

جامعة الإسكندرية
ALEXANDRIA
UNIVERSITY



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول ٢٠٠٦



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول 2006



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

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

قواعد النشر

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

المحتويات

- البنوك الاسلامية
د/ جلال وفاء محمدين
٢٠٦-١
- تطوير قواعد قانون النقل البحري تحت تأثير استخدام الحاويات
د/ محمد السيد الفقي
٣٦٨-٢٠٧
- النطاق الاجرائي لمسئولية الناقل الجوي الدولي للبضائع
د/ محمد السيد الفقي
٤٥٦-٣٦٩
- القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المتصلة باسواق
الاوراق المالية ذات الطابع الدولي
د/ مصطفى ياسين محمد
٥٠٦-٤٥٧
- دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة "التحليل الاقتصادي
للقانون
د/ المعتصم بالله الغرياني
٥٣٢-٥٠٧

البنوك الإسلامية

دراسة مقارنة للنظم في دولة الكويت ودول أخرى

الدكتور

جلال وفاء البدرى محمدى

أستاذ القانون التجارى

كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله سبحانه وتعالى :

" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ
وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " .

صدق الله العظيم

سورة النساء - الآية (29)

الفهرس

رقم الصفحة	المحتويات
7	مقدمة
	الفصل الأول : ماهية البنوك الإسلامية وتنظيمها القانوني
11	ونشاطها
13	المبحث الأول : ماهية البنوك الإسلامية وتنظيمها القانوني
13	أولاً : فكرة البنوك الإسلامية
16	ثانياً : نشأة وتطور البنوك الإسلامية
22	ثالثاً : التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية
	رابعاً : التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في دولة الكويت
28	ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية
44	خامساً : ماهية البنك الإسلامي
52	سادساً : خصائص وأهداف ووظائف البنوك الإسلامية
55	المبحث الثاني : نشاط البنوك الإسلامية
56	أولاً : نطاق النشاط المصرفي للبنوك الإسلامية
57	ثانياً : نطاق النشاط الإستثماري للبنوك الإسلامية
	ثالثاً : الودائع المصرفية كصورة هامة للنشاط المصرفي
58	الإسلامي
77	رابعاً : أساليب وأدوات عمل البنوك الإسلامية
103	الفصل الثاني : تأسيس وتسجيل وإدارة البنوك الإسلامية
105	المبحث الأول : الجوانب القانونية لتأسيس البنوك الإسلامية
105	أولاً : الشكل القانوني للبنوك الإسلامية والفروع

110	ثانياً : إجراءات تأسيس البنوك الإسلامية والفروع
115	ثالثاً : رأس مال البنك الإسلامي
125	المبحث الثاني : تسجيل البنوك الإسلامية
125	أولاً : نظام تسجيل البنوك الإسلامية
126	ثانياً : إجراءات تسجيل البنوك الإسلامية
132	ثالثاً : شروط تسجيل البنوك الإسلامية
135	المبحث الثالث : إدارة البنوك الإسلامية
135	أولاً : الجمعية العمومية للمساهمين
141	ثانياً : مجلس الإدارة
147	الفصل الثالث : الرقابة على البنوك الإسلامية
149	المبحث الأول : رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية
		أولاً : لزوم وماهية رقابة البنك المركزي بالنسبة للبنوك الإسلامية
149	ثانياً : أساليب البنك المركزي في الرقابة على البنوك الإسلامية
155	ثالثاً : تقدير رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية
171	المبحث الثاني : الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية
175	أولاً : الحاجة إلى الرقابة الشرعية
176	ثانياً : تشكيل الرقابة الشرعية
183	ثالثاً : وظيفة ومهام هيئة الرقابة الشرعية
		رابعاً : تقدير وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية
192	خاتمة
201	

مقدمة *

البنوك الإسلامية موضوع حديث ، والبحث القانوني فيه صعب وشائك . وصعوبة البحث ودقته ليس مردهما الحداثة فقط ، بل وللارتباط أيضاً بمدخلين مختلفين لكل من الفقه الإسلامي ، والقانون الوضعي . فالبنك في فكر القانوني الوضعي هو تاجر نقود يسعى إلى الربح وهو في ذلك يتعامل بالفوائد التي هي ركيزة العمل في (البنوك التقليدية) - وهي التسمية التي أطلقها كثير من الكتاب الإسلاميين على البنوك التي تتعامل بالفوائد - والتي نشأت في رحاب الأعراف التجارية وأخذت في الاستقرار من خلال النظم المصرفية والتشريعات البنكية . وأما الفقه الإسلامي ، إذا كان في الوقت المعاصر يسلم بأهمية البنوك باعتبارها أحد التنظيمات الاقتصادية الحديثة التي لاغنى عنها في أي مجتمع ، فإنه قد حاول التوفيق بين البنوك كونها كيانات ترتكز على الفوائد ، وبين ما تفرضه الشريعة الإسلامية من تحريم التعامل بالربا ، وذلك من خلال إنشاء تنظيمات جديدة هي البنوك الإسلامية أو البنوك اللاربوية ، وهي بنوك تقوم بالأعمال والأنشطة المصرفية التي تزاولها البنوك التقليدية ولكن دون تعامل بالفوائد وبمراعاة الشريعة الإسلامية في كل أعمالها . ومعنى ذلك أن غالبية الدول الإسلامية تشهد في الوقت الحالي نوعين من البنوك هما : البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية ، مما يثير التساؤل عن العلاقة بينهم ، وعن مدى اختلاف القواعد القانونية التي تطبق عليهم في الموضوعات المختلفة ، وهل هناك اختلاف حقيقي بين أعمال وهياكل كل منها تستوجب انفراد كل نوع بتنظيم قانوني مستقل ؟

* قام بإعداد وكتابة وتأليف هذه الدراسة الأستاذ الدكتور جلال وفاء البدري محمدين (المؤلف) . وهي دراسة تم تمويلها وتوجيهها ومراجعتها وتدقيقها من قبل وحدة البحوث بمعهد الدراسات المصرفية بدولة الكويت . وقد قام المعهد بتوفير العديد من البيانات والمعلومات الهامة واللازمة لاستكمال الدراسة من البنوك المركزية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومن مؤسسات أخرى .

وعلى أي الأحوال ، فقد قامت بعض الدول الإسلامية بسن تشريعات للبنوك الإسلامية على غرار القوانين التي تحكم البنوك التقليدية وذلك لتنظيم كافة أمورها ، وذلك كما هو الحال في دولة الإمارات العربية المتحدة ، وفي لبنان . بل إن بعض الدول الإسلامية اتخذت موقفاً صارماً من البنوك التقليدية وذلك بإصدار قانون موحد يحكم البنوك الإسلامية حيث لا يسمح للعمل فيها إلا لهذه البنوك الأخيرة ، كما هو الحال في إيران وباكستان . أما في دولة الكويت ، فقد أصدر المشرع الكويتي القانون رقم 30 لسنة 2003 وذلك بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية ، وبما مفاده أن دولة الكويت لم تسن تشريعاً قائماً بذاته للبنوك الإسلامية ، وإنما أفردت بعض القواعد والأحكام للبنوك الإسلامية بالنظر إلى طبيعتها وذلك في إطار قانون بنك الكويت المركزي ، وبحيث يصبح قانون بنك الكويت المركزي هو الإطار القانوني الشامل الذي يحكم كافة البنوك في الكويت سواء البنوك التقليدية أو البنوك الإسلامية .

والحقيقة أن قضية الفوائد المصرفية - وعلى أهميتها - قد استغرقت الباحثين في مجال البنوك الإسلامية بشكل كبير ، بحيث تركزت معظم الدراسات على التحليل الفقهي لمعاملات البنوك ، أو التأصيل لفكرة الفوائد والربا ، ودون إعطاء الاهتمام الكافي للجوانب القانونية الأخرى للبنوك الإسلامية ، والتي نحاول في هذه الدراسة أن نتناولها بالشرح والتحليل على ضوء التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية الذي استحدثه المشرع الكويتي في قانون بنك الكويت المركزي مقارناً ببعض قوانين الدول العربية التي سنت تشريعات خاصة للبنوك الإسلامية مثل قوانين المصارف الإسلامية في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة ولبنان ، مع التركيز على تجربة بعض البنوك الإسلامية في بعض الدول ، كما في قطر ومصر وغيرها ، وذلك دون إغفال التحليل الفقهي لبعض المسائل بالقدر اللازم لخدمة موضوع الدراسة ، لبيان مدى اتفاق أو اختلاف القواعد القانونية للبنوك

الإسلامية عن مثيلتها في البنوك التقليدية ومع إبراز أهم المشكلات القانونية للبنوك الإسلامية .

ونتناول بالدراسة موضوع الجوانب القانونية للبنوك الإسلامية في دولة الكويت من خلال منهج تحليلي مقارنة لبعض قوانين البنوك الإسلامية لاسيما في لبنان ودولة الإمارات العربية المتحدة ، مع دراسة ميدانية لبعض البنوك الإسلامية مثل بنك دبي الإسلامي ، وبنك قطر الدولي الإسلامي ، وبيت التمويل الكويتي وبنك بوبيان ، وبنك فيصل الإسلامي المصري وغيرها . وفي سبيل ذلك يمكن تقسيم الدراسة إلى ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية البنوك الإسلامية وتنظيمها القانوني ونشاطها .

الفصل الثاني : تأسيس وتسجيل وإدارة البنوك الإسلامية .

الفصل الثالث : الرقابة على البنوك الإسلامية .

الفصل الأول

ماهية البنوك الإسلامية وتنظيمها القانوني ونشاطها

تمهيد وتقسيم :

البنوك الإسلامية - كغيرها من مؤسسات مالية مصرفية - تزاول الأعمال المصرفية المختلفة، ولكن بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. وأبرز الخصائص الفارقة للبنوك الإسلامية هو عدم تعاملها بالفوائد بأي شكل من الأشكال. وينعكس ذلك على أهداف ووظائف البنوك الإسلامية، إذ المأمول منها ليس فقط الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية كغاية في ذاتها، وإنما أيضاً النهوض بالاقتصاد الإسلامي ورفع الأمة الإسلامية إلى مكانة أعلى بتحقيق قفزة في مختلف النواحي الاقتصادية والمالية والاجتماعية، وبما يسهم في تنمية المجتمعات الإسلامية وفقاً لمقاصد الشريعة الغراء. ولكي تتمكن البنوك الإسلامية من سلوك غاياتها وبلوغ طموحاتها كان عليها خلق أساليب العمل وتطوير أدوات العمل المصرفي القائمة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، والتي تتفق في نفس الوقت مع الأساليب التمويلية العصرية للبنوك، وبما يمكّنها من جذب العملاء ويعزز مكانتها للصمود في وجه المنافسة الشديدة من البنوك التقليدية. وقد مرت فكرة البنوك الإسلامية منذ نشأتها وتطورها بمراحل عديدة، حتى أصبحت نظاماً وتنظيماً متكاملًا وبما يلقي عليها بمسؤوليات كبيرة للقيام بأهدافها من خلال نشاطها الذي يتوافق مع الشريعة الإسلامية.

وعليه، ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين؛ نُبين في المبحث الأول ماهية البنوك الإسلامية وتطورها والتنظيم القانوني لها وخصائصها وأهدافها، ونعالج في المبحث الثاني نشاط البنوك الإسلامية من حيث نطاق وأدوات العمل.

المبحث الأول : ماهية البنوك الإسلامية وتنظيمها القانوني .

المبحث الثاني : نشاط البنوك الإسلامية .

المبحث الأول

ماهية البنوك الإسلامية وتنظيمها القانوني

أولاً: فكرة البنوك الإسلامية

1- تنهض البنوك بدور حيوي في الحياة الاقتصادية بما تقوم به من دور هام في تجميع المدخرات من الجمهور ثم إعادة توظيفها من خلال عمليات مصرفية عديدة ومتنوعة مع عملائها، وبما يسهم في استثمار الأموال وتفعيل السياسة الاقتصادية للدولة (1). وتعتمد البنوك - في تحقيق أرباحها بصفة أساسية - على القيام بإقراض فوائض الودائع لديها بفوائد بنسب أعلى من نسب الفوائد التي قد تمنحها للمودعين (2). فالوظيفة الرئيسية للبنوك هي الحصول على النقود بأقل الأسعار ثم استخدامها واستثمارها بأعلىها (3)، وتمثل أرباحها في الفارق بين السعيرين، أي سعري الفائدة الدائنة والمدينة، علاوة على ما قد تحصل عليه في معاملاتها مع العملاء من رسوم وعمولات وأجور مقابل ما تؤديه لهم من خدمات (4). وقد دفع ذلك البعض إلى حد وصف البنك بأنه مجرد (تاجر نقود) إذ يسعى إلى بيع النقود بثمن أعلى من ثمن

(1) في معنى قريب: الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (دار النهضة العربية - القاهرة 1981) ص ص 1-2. والدكتور إدوار عيد العقود التجارية وعمليات المصارف، (مطبعة النجوى - بيروت 1968)، ص ص 462-463.

(2) في معنى قريب: إلياس ناصيف: الكامل في قانون التجارة - الجزء الثالث - عمليات المصارف (منشورات عويدات - الطبعة الأولى 1983) ص ص 9-10. وراجع بصفة خاصة: الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري (دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية 1986)، ص 455.

(3) راجع: في تعريف البنوك ودورها: الدكتور على محمد البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية (منشأة المعارف - الإسكندرية - بدون سنة النشر) ص ص 249-252.

(4) في نفس المعنى: إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة - الجزء الثالث - عمليات المصارف، ص ص 186-187.

شرائها⁽⁵⁾ ، بل إن الهجوم على البنوك بلغ ذروته بتوجيه اتهامات بتعاملها (بالربا) المحرم في الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾ ، الأمر الذي حدا بكثير من علماء وفقهاء المسلمين وبعض المفكرين الاقتصاديين في الدول الإسلامية إلى تحريم وحظر التعامل مع البنوك التي تمارس نشاطها وأعمالها بالفائدة وذلك انطلاقاً من أن أي فائدة على الأموال ما هي إلا ربا⁽⁷⁾ .

2- وقد لاقت قضية (فوائد البنوك) اهتماماً وجدلاً كبيراً في الكتابات الاقتصادية الإسلامية المعاصرة والفتاوى الصادرة من جهات الاختصاص⁽⁸⁾ . فمن ذهب إلى القول إن وظيفة (البنوك التقليدية) لا تقتصر على تقديم القروض

(5) الدكتور على محمد البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، المشار إليه سابقاً ، ص 249 .

(6) الدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة (منشورات المكتبة العصرية - صيدا ، بيروت - بدون سنة النشر ، ص 149 وما بعدها ؛ ضياء مجيد ، البنوك الإسلامية (مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية 1997) ، ص 35 وما بعدها .

(7) الدكتور محمد فؤاد الصواف ، (المعاملات في الأسواق المالية في إطار أحكام الشريعة الإسلامية (سلسلة أضواء الإسلام ، موسوعة الفكر الإسلامي - دار العروبة للنشر والإعلام ، إبريل 1984 ، ص ص 21-23 ؛ محمد نجاهة الله صديقي (لماذا المصارف الإسلامية) - ترجمة : دكتور رفيع المصري - المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز - جدة - سلسلة المطبوعات العربية رقم 10 يونيو 1980 ، ص 8 .

(8) وقد قرر مؤتمر البحوث الإسلامية بالأزهر بالقاهرة في دورته الثانية عام 1385هـ/ 1965م بشأن المعاملات المصرفية ما يأتي :

1- الفائدة على أنواعها للقروض كلها ربا محرم ، لافرق في ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي ، لأن نصوص الكتاب والسنة في مجموعها قاطعة في تحريم النوعين .

2- كثير الربا وقليله حرام كما يشير إلى ذلك الفهم الصحيح في قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) سورة آل عمران - آية 130 .

3- الإقراض بالربا محرم لا تبيحه حاجة ولا ضرورة ، والاقتراض بالربا محرم كذلك ولا يرتفع إثمه إلا إذا دعت إليه الضرورة وكل امرئ متروك لدينه في تقدير ضرورته .

4- أعمال البنوك من الحسابات الجارية وصرف الشيكات وخطابات الاعتماد والكمبيالات الداخلية التي يقوم عليها لعمل بين التجار والبنوك في الداخل ، كل هذا من المعاملات المصرفية الجائزة وما يؤخذ في نظير هذه الأعمال ليس من الربا .

5- الحسابات ذات الأجل ، وفتح الاعتمادات بفائدة وسائر أنواع القروض نظير فائدة كلها من المعاملات الربوية وهي محرمة .

من أموالها وأموال المودعين لديها ، وإنما تقوم بعملية تحويلية لتلك الأموال كما يتم تحويل المواد الأولية في الصناعة إلى منتج نهائي ؛ وعليه فالبنوك التقليدية ما هي إلا مؤسسات لصناعة القروض (9) . كما ذهب البعض إلى حل فوائد البنوك التقليدية باعتبارها ليست من ربا الجاهلية التي نزلت العديد من آيات القرآن الكريم بتحريمها (10) . كما قالت بعض الفتاوى بتحليل تلك الفوائد على أساس اعتبارات الحاجة والضرورة ، أو بكونها شكلاً من أشكال استثمار الأموال كما في صناديق التوفير (11) . لكن كل هذه التبريرات لم تكن الكثيرين عن الموقف الثابت من تحريم أي شكل من الفوائد عند الاقتراض من البنوك للتحريم القطعي للتعامل في الربا المحرم شرعاً (12) . ودون الدخول في الخلاف الفقهي حول هذه المسألة الشائكة ، فقد نادى الكثيرون من الاقتصاديين الإسلاميين بضرورة وأهمية إنشاء بنوك إسلامية لاتتعامل بالفوائد وترتكز في معاملاتها على اجتناب تقديم الائتمان بأسعار فوائد محددة سلفاً . ومن ثم ، فالبنوك الإسلامية لاتقوم بالاقتراض والإقراض

(9) الدكتور محمد زكي شافعي (مقدمة في البنوك والنقود) (مكتبة النهضة المصرية - 1958 - الطبعة الرابعة) ص 190 وما بعدها .

(10) الدكتور محمد شوقي الفنجري ، تصريح : فوائد البنوك ليست ربا بل استثمار . . . ، جريدة القيس الكويتية ، العدد 11267 في 20 / 10 / 2004 ، ص 22 .

(11) موقف الشيخ شلتوت من فوائد البنوك ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد 101 نوفمبر 1989 ص 77 ؛ كذلك : الإمام محمود شلتوت : (الفتاوى : دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة) دار الشروق - القاهرة - بيروت (1975) ص 351 وما بعدها . وكان الشيخ شلتوت قد أصدر في عام 1959 فتوى بجواز الفوائد على صناديق التوفير ، راجع : معاملات البنوك وأحكامها - كتيب صادر من اتحاد المصارف الكويتية - بدون سنة النشر - ص 11-12 ؛ وفي عرض هذا الاتجاه بصفة عامة ، راجع الدكتور محمود محمد الطنطاوي ، (القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية) مجلة الحقوق (جامعة الكويت) العدد الأول يناير 1977 ، ص 42 وما بعدها .

(12) على سبيل المثال : الدكتور يوسف القرضاوي (فتاوى شرعية في المعاملات المصرفية : هل يتحقق الربا في الأوراق النقدية) مجلة الاقتصاد الإسلامي - العدد الرابع ، ص 40 وما بعده ؛ وكذلك لنفس المؤلف : (فتاوى شرعية في المعاملات المصرفية : الحكم الشرعي في التصرف في الفوائد الربوية) مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد الثاني ص 23 وما بعدها .

بفوائد ، بل تقدم بصفة عامة التمويل القائم على المشاركة في الربح والخسارة وذلك وفقاً لصيغ شرعية كالمربحة والمضاربة والاستصناع والإجارة وغيرها من أساليب التمويل الإسلامية⁽¹³⁾ .

ثانياً : نشأة وتطور البنوك الإسلامية

3- وانطلاقاً من تحريم الربا ، ظهرت أهمية إعادة النظر في الهياكل المالية والتفدية والأدوات التمويلية في الدول الإسلامية ، فبدأ التفكير المنهجي في بعض دول العالم الإسلامي لإنشاء البنوك الإسلامية منذ الأربعينيات من القرن العشرين حيث أنشئت في ماليزيا صناديق الادخار بدون فائدة⁽¹⁴⁾ . وأخذت باكستان الفكرة في عام 1950 وذلك بإنشاء مؤسسة في الريف تقبل الودائع من الموسرين بدون عائد ، ثم تعاود إقراضها إلى صغار المزارعين

(13) راجع : ضياء مجيد (البنوك الإسلامية) ، المرجع السابق ، ص ص 35 - 45 ؛ الدكتور توفيق محمد الشاوي ، (البنك الإسلامي للتنمية) (الناشر - الزهراء للإعلام العربي - الطبعة الأولى - 1993 ص 148 وما بعدها ؛ وبصفة عامة : الدكتور رفيع يونس المصري (المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها) مركز النشر العملي - جامعة الملك عبد العزيز - السعودية 1416 هـ ، 1995 .

(14) الدكتور أسامة محمد الفولي (تقييم التجربة الماليزية في إقامة أول سوق نقدي إسلامي) مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ، العددان الأول والثاني 1995 ، ص 15 وما بعدها . وتعود أول تجربة حقيقية للبنوك الإسلامية في ماليزيا إلى عام 1983 حيث صدر (قانون العمل المصرفي الإسلامي) وتأسس أول بنك إسلامي ماليزي وهو (بنك إسلام ماليزيا برهاد) والذي تم تأسيسه بناء على مبادرة حكومية ، راجع الدكتور أسامة الفولي ، المقالة المشار إليها ، ص ص 15-18 . وبصفة خاصة ، راجع :

- Symposium of the Malaysian Experience, in Islamic Dato Ahmad Tajudan Abdul Rahman [The Operation and Technical Aspects of the Islamic Bank: Case Study of the Islam Malaysia Berhad . March 9,12 (1996)
- Mohd, Razif Addul Kadir, [The Role of the Central Bank in the Policy, Regulatory and supervisory Banking in Malaysia

وهما عبارة عن ورقتي عمل مقدمة تحت رعاية اللجنة الاستشارية العليا لاستكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالتعاون بين كل من بنك الكويت المركزي ، والبنك المركزي الماليزي .

بلا فوائد⁽¹⁵⁾، إلا أن التجربة المذكورة لم يكتب لها النجاح بسبب الافتقار إلى جهاز إداري ومالي كفاء، وعدم إقبال المودعين على الإيداع لدى البنك. وعلى نفس النمط، نشأت في الريف المصري (بنوك ادخار محلية) تعمل وفق مقتضيات الشريعة الإسلامية وبلا فوائد على الودائع لديها، ولم تستمر تلك التجربة أكثر من عدة سنوات حيث تم إيقاف العمل في تلك البنوك بسبب عدم توافر الكوادر اللازمة لأداء النشاط المصرفي الإسلامي، فضلاً عن عدم وجود أساس واضح للعمل في البنوك المذكورة⁽¹⁶⁾. وفي عام 1971، تم تأسيس بنك ناصر الاجتماعي في مصر، والذي يعتبر من الناحيتين القانونية والفنية أول بنك في مصر يمارس نشاط البنوك الإسلامية في التعامل بدون فوائد⁽¹⁷⁾.

(15) الدكتور عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي (المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق) (دار أسامة للنشر - الأردن - عمان - الطبعة الأولى 1998)، ص 176.

(16) المرجع السابق. وقد أخذت باكستان بتطبيق النظام المصرفي الإسلامي تدريجياً وذلك بعد عدة دراسات وتعديل في النظم القانونية فيها، حيث تم الإعلان رسمياً في عام 1985 عن إحلال النظام المصرفي الإسلامي محل نظام الفوائد مع استثناء الودائع بالعملة الأجنبية والقروض من الخارج كما أن الفوائد لها مكان على القروض للدولة. راجع بصفة خاصة: عائشة الشرقاوي المالقي (البنوك الإسلامية - التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق) (المركز الثقافي العربي - الدار البيضاء - الطبعة الأولى 2000) ص 89-92. كذلك؛ الدكتور جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية - بين الحرية والتنظيم، التقويم والاجتهاد، النظرية والتطبيق (المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الثانية 1413هـ - 1993) ص 37-42.

(17) الدكتور أسامة محمد الفولي (مسيرة العمل المصرفي الإسلامي بين الصعوبات والآفاق المستقبلية) - مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية - العددان الأول والثاني، 1995 - ص 5؛ كما يشير البعض إلى تجربة سابقة على إنشاء بنك ناصر الاجتماعي في مصر وهي تأسيس بنوك ادخار محلية في قرى مصر، مثل قرية حسين عمر، تعمل بدون فوائد حيث حظيت التجربة المذكورة بتشجيع مواطني الريف المصري لحماسهم الديني الشديد وبلغ عدد المودعين فيها حوالي تسعة وخمسين ألف مودع خلال ثلاث سنوات من عملها، وتم إيقاف العمل بهذه التجربة عام 1967 لعدم رسوخ أساسيات العمل المصرفي الإسلامي وعدم وجود الكوادر القادرة على الأداء. راجع في ذلك، الدكتور عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، المرجع المشار إليه سابقاً، ص 176-177، عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية - التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، المرجع المشار إليه سابقاً، ص 66 وما بعدها.

4- وقد شهدت سبعينيات القرن العشرين طفرة كبيرة في إنشاء البنوك الإسلامية على المستويين المحلي والدولي ، ويرجع ذلك أساساً إلى الدخول الهائلة التي تحققت في عديد من الدول الإسلامية على إثر ارتفاع أسعار البترول والذي حدا إلى إنشاء العديد من البنوك في الدول العربية والإسلامية لا سيما مع وجود إقبال ملموس من الهيئات المالية الدولية للتعامل مع هذه الدول (18) .
 ففي عام 1975 ، تم إنشاء (بنك دبي الإسلامي) في دولة الإمارات العربية المتحدة ، والذي يعتبر أول تجربة متكاملة للبنوك الإسلامية التجارية (19) ، ثم تلا ذلك تأسيس بنوك إسلامية في بعض الدول الإسلامية الأخرى . وعلى سبيل المثال : في السودان ، تأسس (بنك فيصل الإسلامي) السوداني بموجب قانون حمل اسم ذلك البنك في عام 1977 (20) . وفي نفس العام تأسس في مصر (بنك فيصل الإسلامي) بموجب القانون رقم 48 لسنة 1977 (21) ، وفي دولة الكويت تم تأسيس بيت التمويل الكويتي بموجب المرسوم رقم 72 لسنة 1977 ، وكان عند نشأته وتأسيسه عبارة عن شركة مساهمة كويتية تقوم بالنشاطات المالية وأعمال التأمين وأوجه الاستثمار المختلفة مع تحريم واستبعاد أي تعامل بالفوائد وفقاً للنظام الأساسي للشركة المذكورة (22) ، كما تأسس

- (18) الدكتور عبد الرزاق رحيم جدي الهيتمي ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص 177 وما بعدها ؛ عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية - التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق ، المرجع السابق ، ص 70 .
 (19) تأسس بنك دبي الإسلامي بموجب المرسوم الأميري من صاحب السمو الشيخ راشد بن سعيد آل مكتوم - حاكم دبي في 29 صفر 1395 هـ الموافق 12 مارس 1975 ، وتم إدخال تعديلات على النظام الأساسي للبنك المذكور في كل من عامي 1992 و1998 .
 (20) تأسس بنك فيصل الإسلامي السوداني ، بموجب قانون خاص أجازته مجلس الشعب في السودان في عام 1977 ويحتوي هذا القانون على الإعفاءات والاستثناءات التي وافقت حكومة السودان على منحها للبنك المذكور . راجع الدكتور : جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية ، بين الحرية والتنظيم . . . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 23 وما بعدها .
 (21) تأسس بنك فيصل الإسلامي المصري بموجب قانون خاص برقم 48 لسنة 1977 ، وفي شرح بعض جوانب إنشاء وعمل البنك المذكور ، الدكتور جمال الدين عطية المرجع السابق ، ص ص 24-25 .
 (22) تأسس بيت التمويل الكويتي بموجب المرسوم بالقانون رقم 72 لسنة 1977 في 23 مارس 1977 ، الذي نشر في جريدة الكويت اليوم - العدد 1133 ، السنة الثالثة والعشرون .

في الأردن البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار بموجب القانون المؤقت رقم 13 لسنة 1978 كمصرف متخصص بالتعامل دون ربا لممارسة جميع الأنشطة المنصوص عليها في ذلك القانون⁽²³⁾، وفي مملكة البحرين تم تأسيس بنك البحرين الإسلامي بموجب المرسوم رقم 2 لسنة 1979 والذي نص على مزاولة ذلك البنك لأعماله وأغراضه على أسس من العقود الشرعية في المشاركة في الربح والقراض والاستثمار والتأمين وأعمال المصارف التجارية⁽²⁴⁾. وفي دول إسلامية أخرى، نشأت مصارف إسلامية مثل: مصرف قطر الإسلامي بالدوحة - بدولة قطر وكذلك بنك قطر الدولي الإسلامي⁽²⁵⁾، بيت البركة التركي للتمويل في تركيا⁽²⁶⁾، بنك

(23) الدكتور عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، المرجع المشار إليه سابقاً، ص 177؛ وفي شرح نظام البنك المذكور وأعماله، راجع: الدكتور جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم... المشار إليه سابقاً، ص ص 28-32.

(24) الدكتور جمال الدين عطية، المرجع السابق، ص 33. وقد صدر القانون المنشئ للبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار بالقانون رقم 13 لسنة 1978 والذي تم تعديله بالقانون رقم 62 لسنة 1988. وفي دراسة شاملة عن البنك المذكور، راجع: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ص 595-620.

(25) وقد تم إنشاء مصرف قطر الإسلامي - الدوحة بموجب المرسوم الأميري رقم 45 لسنة 1982 ليعمل كمؤسسة مالية مصرفية تهدف إلى تقديم الخدمات المصرفية والاستثمارية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. وقد باشر هذا المصرف أعماله في مدينة الدوحة بدولة قطر في 27 رمضان لعام 1403هـ. وفي دراسة منهجية للمصرف المذكور، راجع: الدكتور عبد الرزاق الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ص 620-642. أما بنك قطر الدولي الإسلامي فقد تم تأسيسه في قطر بموجب المرسوم رقم 52 لسنة 1990.

(26) وقد تأسس بيت البركة التركي للتمويل في تركيا عام 1985، كما تأسس أيضاً فيها بنك فيصل الإسلامي وكذلك بنك الأوقاف الكويتي التركي سنة 1989، وذلك استناداً إلى قانون خاص ينظم نشاط التمويل اللاربوي ويسمى (قانون بيوت التمويل الخاصة) وذلك بالمرسوم رقم 7506/1983 في 16/12/1983 ورقم 84/7833 في 15/3/1984. راجع: (نجاح تجربة البنوك الإسلامية في تركيا)، مجلة الاقتصاد الإسلامي عدد 104 فبراير 1990-

ص ص 20-21. كذلك: الدكتور: جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم...، المشار إليه سابقاً، ص ص 51-53؛ عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية...، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ص 76-77.

فيصل الإسلامي - النيجر (27) ، بنك البركة في بنجلاديش (28) ، بيت التمويل السعودي - التونسي - تونس (29) . المصرف العراقي الإسلامي في بغداد - العراق (30) ، بنك البركة الإندونيسي - إندونيسيا (31) ، بنك البركة في جيبوتي - جيبوتي (32) ، بنك البركة في الجزائر (33) ، كما امتد تأسيس البنوك الإسلامية في دول غير إسلامية ، من ذلك بنك قبرص الإسلامي - قبرص (34) ، المصرف الإسلامي الدولي - الدنمارك (35) ، بنك فيصل الإسلامي - غينيا (36) ، بنك بان أميركان الإسلامي - بوينس أيرس - الأرجنتين (37) ، بنك الأمانة للاستثمار الإسلامي بمانيلا - الفلبين (38) ، بنك البركة بانكوروب / باسدينيا - كاليفورنيا - الولايات المتحدة الأمريكية (39) ،

- (27) وقد تأسس هذا البنك في عام 1983 - راجع : الدكتور عبد الرزاق الهيبي ، المصارف الإسلامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 180 .
- (28) وقد تأسس هذا البنك في عام 1986 . المرجع السابق ، ص 181 .
- (29) وقد تأسس بيت التمويل السعودي - التونسي في تونس بموجب القانون رقم 108 لسنة 1985 في 6 / 12 / 1985 بشأن تشجيع المؤسسات المالية والمصرفية التي تتعامل مع غير المقيمين . التقرير السنوي لبيت التمويل السعودي التونسي 1987 .
- (30) تأسس المصرف العراقي الإسلامي للاستثمار والتنمية في 17 / 1 / 1993 ، راجع في دراسة الجوانب المختلفة للمصرف المذكور ، الدكتور عبد الرزاق الهيبي ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص 643 - 650 .
- (31) المرجع السابق ، ص 182 .
- (32) المرجع السابق ، ص 183 .
- (33) المرجع السابق ، ص 182 .
- (34) وقد تأسس بنك قبرص الإسلامي في عام 1982 . المرجع السابق ، ص 180 .
- (35) وقد تأسس هذا المصرف في 12 / 10 / 1978 في لوكسمبورج للعمل كمراسل للبنوك الإسلامية ولخدمة الجاليات الإسلامية في الغرب وتم افتتاح البنك المذكور في 17 / 2 / 1983 . راجع : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية . . . ، المرجع المشار إليه ، ص ص 56-58 .
- (36) راجع : الدكتور عبد الرزاق الهيبي ، المصارف الإسلامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 180 .
- (37) المرجع السابق ، ص 181 .
- (38) المرجع السابق ، ص 182 .
- (39) المرجع السابق ، ص 182 .

وفي المملكة المتحدة تم افتتاح عدة فروع بنوك إسلامية منها : مصرف فيصل الإسلامي ، بنك البركة الدولي المحدود⁽⁴⁰⁾ ؛ وحديثاً تم تأسيس أول بنك إسلامي في بريطانيا عام 2004 والذي بدأ أعماله بفرعين في كل من لندن وبرمنجهام⁽⁴¹⁾ .

5- وعلى المستوى الدولي ، وفي عام 1975 تم إنشاء (البنك الإسلامي للتنمية) في جدة بالمملكة العربية السعودية برأس مال دول منظمة المؤتمر الإسلامي⁽⁴²⁾ . ويهدف هذا البنك بصفة أساسية إلى دعم المشروعات التنموية في الدول الإسلامية⁽⁴³⁾ ، ودعم الحركة الاقتصادية ، والتقدم الاجتماعي لشعوب الدول الأعضاء ، والمجتمعات الإسلامية - مجتمعة ومنفردة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وكذلك المساعدة في تطوير الجهاز المصرفي والمالي ، بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وتقديم العون للمجتمعات الإسلامية في الدول غير الأعضاء⁽⁴⁴⁾ .

(40) المرجع السابق ، ص 181 . وكان قد تم إنشاء شركة البركة الدولية المحدودة في 1981 / 3 / 11 . ولم تكن سياسة البنك المركزي البريطانية - في ذلك الوقت - تسمح بأي أنشطة مصرفية إسلامية للمؤسسات الحاصلة على ترخيص البنوك أو مؤسسات تلقي الودائع إذ إن النشاط الذي تقوم به البنوك الإسلامية يقع تحت نظم استثمارية ومالية أخرى خلاف النظام المصرفي في إنجلترا . راجع : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . المشار إليه سابقاً ، ص ص 58 - 59 .

(41) راجع : جريدة القبس (الكويتية) - العدد رقم 1219 في 2 / 9 / 2004 ، ص 26- ويعمل هذا البنك تحت اسم (مصرف بريطانيا الإسلامي) . وقد صرح رئيس البنك المذكورة لجريدة القبس أن البنك سيخضع لنفس الشروط التي تخضع لها باقي البنوك العاملة في بريطانيا لاسيما الالتزام بالقواعد الرقابية ، ومع وجود لجنة في المصرف لمراقبة تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية في كل التعاملات بصورة لا تتعارض مع اللوائح المتبعة في بريطانيا .

(42) الدكتور توفيق محمد الشاوي (اتفاقية تأسيس البنك الإسلامي للتنمية - دراسة تحليلية) مجلة القانون والاقتصاد ، السنة 47- العددان الثالث والرابع 1977 ، ص 494 وما بعدها . وكذلك ، الدكتور توفيق محمد الشاوي ، (البنك الإسلامي للتنمية - أول روافد النظام المصرفي على أساس المبادئ الإسلامية) - (الزهراء للإعلام العربي - الطبعة الأولى - 1993) .

(43) الدكتور توفيق محمد الشاوي ، اتفاقية تأسيس البنك الإسلامي للتنمية . . . المرجع السابق ص 499 وما بعدها .

(44) المرجع السابق ، ص 509 وما بعدها .

ثالثاً: التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية

6- قامت مجموعة من البنوك الإسلامية في دول أصبح نظامها البنكي محكوماً بصفة مطلقة بقواعد الشريعة الإسلامية وذلك كما في إيران وباكستان . كما قامت مجموعة أخرى من البنوك الإسلامية في دول تأخذ بالتنظيم الجزئي للبنوك الإسلامية مع بقاء النظام المصرفي التقليدي كنظام أصيل وذلك كما في دولة الإمارات العربية ودولة الكويت وماليزيا وتركيا ولبنان . وهناك ثالثاً مجموعة من البنوك التي صدرت لها إعفاءات من الخضوع للنظم والقواعد والأحكام التي تخضع له البنوك التقليدية ، وذلك كما في مصر والسودان والبحرين والأردن . وأخيراً ، هناك مجموعة من البنوك الإسلامية التي لا تخضع لأي تنظيم قانوني خاص ، ومن ثم فهي تخضع للنظام المصرفي التقليدي . وعليه ، يسير التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في أربعة اتجاهات : النظام المصرفي الإسلامي الكامل ، ونظام الجمع بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية ، ونظام خاص لكل بنك إسلامي ، ونظام خضوع البنوك الإسلامية للقوانين التقليدية للبنوك .

7- (أ) النظام المصرفي الإسلامي الكامل : قامت بعض الدول الإسلامية بإحداث تغيير جذري في نظمها المصرفية وذلك بأسلمتها على المستويين القانوني والمالي . ففي باكستان ، بدأت عملية أسلمة شاملة للنظام المصرفي منذ عام 1979 وذلك بدراسة متكاملة وإعلان خطة مدتها ثلاث سنوات لتطبيق ذلك النظام (45) . ثم صدر في 31/12/1984 قانون الخدمات المصرفية والمالية Banking and Financial Services Ordinance ، كما صدر في ذات التاريخ قانون المحاكم المصرفية (46) . ولتحقيق الوحدة والتكامل للنظام

(45) Zubair Iqbal and Abbas Mirakhor, Islamic Banking, (International Monetary Fund - Washington, D. C. - March 1987).

وصفة خاصة ص ص 14-15 ؛ الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية - بين الحرية والتنظيم المرجع السابق ، ص 37 .

(46) المرجع السابق ، ص 40 . كما أنه ابتداء من 1/1/1985 انحصرت تمويل البنوك للقطاع الحكومي والعام والشركات بالطريقة اللاربوية ، وفي 1/4/1985 شمل النظام الإسلامي =

المصرفي الإسلامي ، تم إدخال تعديلات في العديد من القوانين الأخرى المرتبطة وهي : قانون البنوك وقانون الشركات وقانون ضريبة الدخل وقانون التسجيل وقانون ضريبة الثروة(47) . وفي إيران ، صدر في الأول من سبتمبر عام 1983 القانون المصرفي الإسلامي والذي اشتمل على تنظيم متكامل لأعمال المصارف الإسلامية ، ولقد حظر القانون الإيراني أي تعامل بالفوائد حتى فيما بين المصارف الإيرانية ، كما لا يجوز للمصرف المركزي الإيراني التعامل بالفائدة مع أي من المصارف(48) .

8- (ب) نظم الجمع بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية : تزواج بعض الدول الإسلامية بين ما هو قائم لديها من قوانين للبنوك التقليدية مع إضافة تنظيم قانوني خاص للبنوك الإسلامية . ففي ماليزيا صدر قانون البنوك الإسلامية في عام 1982 ، وبدأ العمل به اعتباراً من عام 1983(49) . ويشتمل ذلك القانون على تنظيم لتأسيس وعمل البنوك الإسلامية والإشراف عليها من البنك المركزي الماليزي(50) ، وذلك على وجه قريب الشبه مع ما يتم بالنسبة للبنوك التقليدية ولكن مع مراعاة طبيعة نشاط البنك الإسلامي . وفي تركيا بدأ العمل عام 1984 في البنوك الإسلامية والتي عرفت في بادئ الأمر باسم (بيوت التمويل الخاصة) والتي تم تأسيسها بموجب المرسوم رقم 7506 لعام

تمويل البنوك للأفراد وفي 1/7/1985 أصبح من غير الجائز أن تقبل البنوك أية ودائع بالعملة المحلية على أساس الفائدة . راجع : (Zubair Iqbal and Abbas Mirakhor, Islamic Bank-) .
المقالة السابقة) ص 15 .

(47) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . المرجع السابق ، ص ص 40-41 .

(48) راجع Zubair Iqbal and Abbas Mirakhor, Islamic Banking المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص 9-10 وما بعدهما .

(49) Mohd, Razif Addul Kadir, [The Role of the Central Bank in the Policy Regulatory and supervisory Banking in Malaysia] . . . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 6 وما بعدها .

(50) المقالة السابقة ، ص 8 وما بعدها .

1983 في 16/12/1983 والمرسوم رقم 7833/84 في 15/3/1984⁽⁵¹⁾، ومن أمثلة البنوك الإسلامية التركية التي نشأت طبقاً لهذين المرسومين كل من بيت التمويل البركة التركي وبيت فيصل للتمويل⁽⁵²⁾. وتقبل بيوت التمويل التركية الودائع في حسابات جارية لا يستحق عليها المودع أية فائدة أو ربح ويلتزم البنك بردها عند الطلب، كما تقبل حسابات المشاركة التي يشارك فيها المودع البنك الربح والخسارة، فلا يتقاضى المودع أية فائدة محددة سلفاً، كما لا يضمن البنك أصل الوديعة ويستحق البنك نسبة في ربح هذه الحسابات أو خسارتها لا تتجاوز 20٪⁽⁵³⁾. وفي لبنان، صدر حديثاً القانون رقم 575 في 11/2/2004 بإنشاء المصارف الإسلامية في لبنان، كما أصدر حاكم مصرف لبنان القرارين رقمي 8828 و 8829 واللذين يتعلقان بضوابط عمل المصارف الإسلامية في لبنان وشروط التأسيس، واستناداً للقانون المذكور فقد تم تأسيس وافتتاح أول بنك إسلامي في لبنان باسم (بيت التمويل العربي) وذلك برأس مال مئة مليون دولار⁽⁵⁴⁾. وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، صدر القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية في 15/12/1985 وذلك بتنظيم الترخيص بإنشاء البنوك الإسلامية والرقابة والتفتيش عليها ونطاق الأنشطة المسموح بها والرقابة الشرعية عليها⁽⁵⁵⁾، وكان قد تأسس قبل صدور ذلك القانون بنك دبي الإسلامي

(51) الدكتور جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية - بين الحرية والتنظيم، المشار إليه سابقاً، ص 51 وما بعدها.

(52) المرجع السابق، ص 51. كذلك تأسس في عام 1989 بنك الأوقاف الكويتي التركي، راجع: عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية... ص 77.

(53) الدكتور جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم... المشار إليه سابقاً، ص 52.

(54) القانون رقم 575 في 11/2/2004 والذي تم النص فيه على العمل بأحكامه فور نشره في الجريدة الرسمية. وراجع: جريدة القيس الكويتية - العدد 11215 في 29/8/2004.

(55) القانون الاتحادي رقم (6) في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية لعام 1985.

في عام 1975 بإمارة دبي للقيام بالمعاملات الإسلامية وذلك بموجب مرسوم صادر من حاكم الإمارة في 12 / 3 / 1975 (56). وفي دولة الكويت ، فقد تم إنشاء بيت التمويل الكويتي بموجب المرسوم بالقانون رقم 72 لسنة 1977 كشركة مساهمة كويتية تقوم بالنشاطات المالية وأعمال التأمين وأوجه الاستثمار المختلفة مع استبعاد عنصر الفائدة كما هو مبين في النظام الأساسي للشركة المذكورة (57) ، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بتأسيس الشركة المذكورة بعدم تقيدها بأحكام القوانين القائمة ، وذلك فيما يتعارض مع طبيعة نشاطها وما ورد في نظامها الأساسي ، مع خضوعها للقوانين المذكورة فيما عدا ذلك (58). ثم صدر في دولة الكويت حديثاً القانون رقم 30 لسنة 2003 بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية ، حيث تم إضافة قسم عاشر إلى الباب الثالث من قانون النقد والبنك المركزي بعنوان (البنوك الإسلامية) (59) وهو ما سيكون محورياً لهذه الدراسة والذي أصبحت بموجبه كافة البنوك الإسلامية التي تنشأ في ظلّه ، بما في ذلك بيت التمويل الكويتي بعد تسجيله كبنك إسلامي خاضع لقانون بنك الكويت المركزي .

9- (ج) نظام خاص لكل بنك إسلامي : قامت بعض الدول الإسلامية ، التي لا يوجد فيها أسلمة للنظام المصرفي والتي تخلو قوانينها من وجود أي تنظيم معين لإنشاء وعمل البنوك الإسلامية ، بالسماح بإقامة بنوك إسلامية بموجب

(56) مرسوم أميري من صاحب السمو الشيخ راشد بن سعيد آل مكتوم بإنشاء بنك دبي الإسلامي في 21 مارس 1975 .

(57) مرسوم بالقانون رقم 72 لسنة 1977 بالترخيص في تأسيس شركة مساهمة كويتية باسم (بيت التمويل الكويتي) - نشر هذا المرسوم في جريدة الكويت اليوم - السنة 23 - العدد 1133 . وكذلك المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور .

(58) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون في شأن تأسيس شركة مساهمة كويتية باسم بيت التمويل الكويتي . كذلك النسخة الحديثة الصادرة عن بيت التمويل الكويتي في 2005 لكل من عقد التأسيس والنظام الأساسي ، ص ص 4-5 .

(59) جريدة الكويت اليوم - العدد 619 - السنة 49 - في 8 / 6 / 2003 .

قانون خاص أو مرسوم لكل مصرف أو بنك ينشأ لممارسة ومباشرة المعاملات الإسلامية . ففي مصر ، تم تأسيس (بنك فيصل الإسلامي) المصري بموجب القانون الخاص رقم 48 لسنة 1977 ، كما صدر النظام الأساسي للبنك المذكور بقرار من وزير الأوقاف المصري رقم 77 لسنة 1977 ، وطبقاً للقانون المشار إليه ، فإن بنك فيصل المصري لا يخضع للقوانين المنظمة للرقابة على النقد الأجنبي وغيرها من أحكام قانون الشركات إلا فيما ورد في القانون المنشئ للبنك ، ومع ذلك يخضع البنك في معاملاته بالعملة المصرية للقوانين التي تنظم الرقابة على البنوك والائتمان وفيما عدا ذلك فهو لا يخضع لقوانين وقواعد الرقابة بصفة عامة . كما نص قانون البنك المذكور على إعفاءات ضريبية عديدة لأرباح البنك وحصانته من اتخاذ أي إجراءات تأميم أو مصادرة أو حراسة ، كما أفرد ذلك القانون نظاماً للعاملين فيه ومكافآتهم ومكافآت أعضاء مجلس الإدارة (60) . كما يلتزم البنك في جميع معاملاته بأحكام الشريعة الإسلامية ، لا سيما فيما يتعلق بتحريم الفوائد في التعامل ، وتشكيل لجنة للرقابة الشرعية . وقد تم تعديل القانون المنشئ للبنك بموجب القانون رقم 142 لسنة 1981 والذي نص على خضوع البنك المذكور للقوانين المنظمة للرقابة على النقد الأجنبي وللقوانين التي تنظم الرقابة على البنوك بصفة عامة وفيما لا يتعارض مع قانون إنشائه (61) . وفي الأردن ، تم تأسيس البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار وذلك بموجب القانون المؤقت رقم 13 لسنة 1978 للقيام بالمعاملات غير الربوية ، وفي نفس الوقت يطبق عليه أحكام قانون الشركات وكذلك قانون البنوك والتعليمات الصادرة إليها وذلك كله فيما لا يتعارض مع أحكام القانون المنشئ لذلك البنك (62) . كما تأسس في البحرين (بنك البحرين الإسلامي) وذلك بموجب المرسوم

(60) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 24 ؛ عائشة الشراوي المالمقي . . . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 68 وما بعدها .
(61) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . المرجع السابق ، ص 26 .

رقم 2 لسنة 1979 . وهو بنك يزاول أعماله المصرفية على أساس العقود الشرعية في المشاركة والربح والإقراض ، فضلاً عن مزاولة الأنشطة المعتمدة قانوناً لشركات الاستثمار والتأمين وأعمال المصارف التجارية وكذلك البنوك المتخصصة كأعمال البنوك الصناعية والعقارية والزراعية والتعاونية وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وبصفة خاصة عدم الدخول في أي معاملات ربوية بجميع صورها ومسمياتها أو حتى تلك المشتبه فيها⁽⁶³⁾ . وفي قطر ، صدر المرسوم رقم 52 لسنة 1990 بتأسيس (بنك قطر الدولي الإسلامي)⁽⁶⁴⁾ . ونص المرسوم المذكور على التزام البنك بأحكام عقد تأسيسه ونظامه الأساسي الصادرين بموجب المرسوم المذكور وبأحكام القانون رقم (7) لسنة 1973 بإنشاء مؤسسة النقد القطري والقوانين المعدلة له والذي حل محل القانون رقم 15 لسنة 1993 بإنشاء مصرف قطر المركزي والقانون رقم (11) لسنة 1981 بإصدار قانون الشركات التجارية والقوانين الأخرى المعمول بها⁽⁶⁵⁾ .

10- (د) البنوك الإسلامية التي تخضع للنظام التقليدي : وهي عبارة عن مجموعة من البنوك الإسلامية التي نشأت دون خضوعها لتنظيم قانوني خاص يحكمها ، وبما يعني خضوعها للنظام المصرفي التقليدي⁽⁶⁶⁾ . ومن

(62) راجع في تفاصيل إنشاء البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار وأعماله ونشاطه : الدكتور عبد الرزاق الهيتي ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق . . . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص 595- 620 ، كذلك ، الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المرجع السابق ، ص 28 وما بعدها .

(63) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المرجع السابق ، ص 33 . وهناك العديد من البنوك الإسلامية الأخرى في مملكة البحرين نذكر منها بنك البركة المصرفية ، ABC البنك الإسلامي ، وغيرها . راجع في ذلك : <http://www.bma.gov.qa/bank-islamic/banks/cmrsule/bh>

(64) وقد صدر المرسوم بإنشاء مصرف قطر الدولي الإسلامي في 6/2/1990 .

(65) راجع المعلومات عن قانون مصرف قطر المركزي رقم 15 لسنة 1993 وتعديلاته والتعليمات الرقابية الصادرة منه إلى البنوك العاملة في دولة قطر : www.qcb.gov.qa

(66) راجع : عائشة الشرقاوي المالحقي ، البنوك الإسلامية . . . المرجع المشار سابقاً ، ص ص 80- 84 ومن أمثلة هذه البنوك في سويسرا : دار المال الإسلامي التي أنشئت في =

أمثلة ذلك : المصرف الإسلامي الدولي في الدانمارك . فقد تم تأسيس شركة قابضة في لكسمبورج في 12/10/1978 باسم (المصرف الإسلامي الدولي) وذلك بغرض العمل كمراسل للبنوك الإسلامية في باقي أنحاء العالم وخدمة المسلمين الذين يعيشون في الدول الغربية⁽⁶⁷⁾ . وفي 17/2/1983 حصل هذا البنك على تصريح بإنشاء فرع له في الدانمارك يباشر العمل المصرفي الإسلامي مع خضوعه للقوانين المصرفية التقليدية السارية ، ولكن مع التصريح بحق المودع في عدم تقاضي فائدة على وديعته ، وحق المساهمين في إشراك المودعين في الأرباح ، وكان ذلك يقتضي فصل الحسابات غير المتفقة مع الشريعة الإسلامية عن الحسابات الأخرى التي تعمل وفقاً للصيغ الإسلامية⁽⁶⁸⁾ .

رابعاً : التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في دولة الكويت ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

11- في دولة الكويت ، تطوّر واتسع نطاق النشاط التجاري لاسيما بعد الارتفاع الكبير في أسعار النفط بعد حرب أكتوبر عام 1973 وتدفق الإيرادات والعائدات الكبيرة على الاقتصاد الكويتي . وهذه العوامل الاقتصادية ، فضلاً عن تأصل الشعور الديني لدى الكويتيين بصفة عامة ، قد ساعدت ومهدت الطريق أمام تأسيس (بيت التمويل الكويتي) في 29/8/1976 وذلك كشركة مساهمة بموجب المرسوم بالقانون رقم 72 لسنة 1977

1987 / 7 / 27 والتي تظهر قوتها كمؤسسة مالية بالذات في الدول الأفريقية ، ومن أمثلة هذه البنوك في لكسمبورج (الشركة القابضة الدولية لأعمال الصيرفة الإسلامية) وفي قبرص بنك كبريس الإسلامي .

(67) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص 56-58 .

(68) المرجع السابق ، ص 57 . كذلك : عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 81-82 .

بالترخيص في تأسيس شركة مساهمة كويتية باسم (بيت التمويل الكويتي) والذي تم توثيق عقد تأسيسه ونظامه الأساسي في 29/1/1978⁽⁶⁹⁾ . ويلاحظ أن كلمة بنك لم تستعمل في تسمية تلك المؤسسة المالية ، وبما يعني عدم خضوعها لبعض القواعد والأحكام والتعليمات والقوانين التي تخضع لها البنوك التجارية العاملة في دولة الكويت لاسيما في علاقة بيت التمويل الكويتي ببنك الكويت المركزي وذلك قبل تعديل قانون بنك الكويت المركزي بالقانون رقم (30) لسنة 2003 والذي أخضع بيت التمويل لرقابة بنك الكويت المركزي بعد أن تم تسجيله كبنك إسلامي⁽⁷⁰⁾ . ويقوم بيت التمويل الكويتي على أساس لاربوي سواء فيما يتعلق بعملياته المصرفية أو العمليات الاستثمارية أو حفظ الأموال ، حيث يحظر التعامل بالفوائد بأي شكل أو بأي صورة أخرى⁽⁷¹⁾ . وكان نشاط بيت التمويل الكويتي يتعدى ميدان المصارف إلى ميادين أخرى من الاستثمار في العقار والتجارة في البضائع بصيغ إسلامية مثل المربحة⁽⁷²⁾ . وقد نجح بيت التمويل الكويتي نجاحاً كبيراً في استثماراته وجذب الأموال ، وبما حدا إلى إنشاء فروع عديدة له في دولة الكويت ، ومساهماته في شركات دولية أخرى⁽⁷³⁾ .

(69) راجع في ظروف نشأة بيت التمويل الكويتي ونشاطه : محمد بو جلال ، (البنوك الإسلامية : مقومها ، نشأتها ، تطورها ، نشاطها ، مع دراسة تطبيقية على مصرف إسلامي) الناشر - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - (1990) ، ص ص 103 - 155 .

(70) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون في شأن إنشاء بيت التمويل الكويتي . وتراجع المادة الثالثة من القانون رقم 30 لسنة 2003 بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية ، والتي ألزمت الشركات القائمة في تاريخ العمل بهذا القانون ، ومنها بيت التمويل الكويتي ، والتي تزاوَل المهنة المصرفية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية أن يتم تسجيلها في سجل البنوك الإسلامية لدى البنك المركزي ، وفي حالة عدم الالتزام يتم تصفية الشركة .

(71) المادة الخامسة من عقد تأسيس بيت التمويل الكويتي . راجع أيضاً : محمد بو جلال ، (البنوك الإسلامية . . . المشار إليه سابقاً ، ص 118 وما بعدها .

(72) المرجع السابق ، ص ص 120 - 124 .

(73) المرجع السابق ، ص ص 123 - 124 .

12- وصدر حديثاً في دولة الكويت القانون رقم 30 لسنة 2003 بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية ، وقد تم نشر ذلك القانون في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) في الثامن من يونيو سنة 2003 ، ونصت المادة الخامسة منه على العمل بأحكامه بعد ستة أشهر من تاريخ النشر المشار إليه⁽⁷⁴⁾ . كما حرصت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور على بيان أن البنوك الإسلامية-رغم طبيعتها الخاصة- إلا أنها تظل جزءاً من الجهاز المصرفي ، وبما يوجب خضوعها في كل أنشطتها وأعمالها لإشراف ورقابة بنك الكويت المركزي في إطار السياسة الاقتصادية للدولة⁽⁷⁵⁾ . وعليه ، فقد أصبح التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في دولة الكويت جزءاً من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية والقوانين المعدلة له (قانون البنك المركزي) ، حيث تم إضافة خمس عشرة مادة إلى قانون البنك المركزي هي المواد من 86 إلى 100 والتي تضمنها القسم العاشر من الباب الثالث من قانون بنك الكويت المركزي (قسم البنوك الإسلامية) ، وتحدد هذه النصوص تعريف البنوك الإسلامية والعمليات المصرفية التي تقوم بها ، والأسس والضوابط التي تنظم نشاط فروع البنوك الإسلامية الأجنبية التي يصرح لها بالعمل في دولة الكويت (مادة 86) ، والضوابط والشروط لإنشاء شركات تابعة للبنوك الكويتية التقليدية لكي تزاوّل النشاط الذي تزاوله البنوك الإسلامية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولأحكام قسم البنوك الإسلامية من قانون البنك المركزي (مادة 87) ، وشروط وإجراءات تأسيس البنوك الإسلامية وفروع البنوك الإسلامية الأجنبية (مادة 88) ،

(74)وقد تم نشر القانون رقم 30 لسنة 2003 في جريدة الكويت اليوم - العدد 619 في 8/6/2003 وبما يعني أن العمل بالقانون المذكور بدأ اعتباراً من 8/12/2003 .
(75) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، جريدة الكويت اليوم - العدد 619 ، ص (د) .

وأحكام تسجيل البنوك الإسلامية وقيد فروعها لدى بنك الكويت المركزي (المواد 89 ، 90 ، 91) ، وشروط وأحكام رأس المال للبنك الإسلامي وفروع البنوك الإسلامية الأجنبية (مادة 92) ، وتشكيل واختصاصات وأسلوب عمل هيئة الرقابة الشرعية (مادة 93) ، وقاعدة فتح الحسابات للبنك المركزي لدى البنوك الإسلامية والعكس ، والاشتراك في غرفة المقاصة ، وكذلك بعض العمليات التي يجوز للبنك المركزي أن يقوم بها مع البنوك الإسلامية (مادة 94 ومادة 95) ، والتزام البنوك الإسلامية برد الودائع تحت الطلب لديها لأصحابها ومبدأ مشاركة أصحاب الودائع الاستثمارية في أرباح أو خسائر البنك الإسلامي (المادة 96) ، والقواعد والضوابط التي يضعها البنك المركزي للرقابة على البنوك الإسلامية (المادة 97 والمادة 98) ، وقاعدة الحظر على البنوك الإسلامية في التملك أو التعامل في قسائم أو مباني السكن الخاص داخل دولة الكويت والاستثناءات على تلك القاعدة (المادة 99) .

13- ولقد نصت المادة 100 من قسم البنوك الإسلامية في قانون البنك المركزي على أنه (فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القسم تخضع البنوك الإسلامية لأحكام هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية) . وبما مفاده أن البنوك الإسلامية في دولة الكويت تظل خاضعة للقواعد التي تُطبق على البنوك التقليدية والواردة في قانون البنك المركزي المذكور فضلاً عن التعليمات الصادرة من بنك الكويت المركزي ، وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وفيما لم يرد به نص خاص في قسم البنوك الإسلامية .

14- وقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم 30 لسنة 2003 المشار إليه على ما يأتي : (تُسَجَّلُ الشركات القائمة في تاريخ العمل بهذا القانون ، التي تزاوُل المهنة المصرفية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، في سجل البنوك الإسلامية خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به ، كما تلتزم بتعديل أوضاعها بما يتفق

وأحكامه خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون . ويجوز مد هذه المدة سنة أخرى بقرار من مجلس إدارة البنك المركزي . وفي حالة عدم التزام الشركة بأحكام الفقرة السابقة يتعين تصفيتها) . ويعالج هذا النص حالة الشركات القائمة التي تزاوّل أعمال المهنة المصرفية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في تاريخ العمل بالقانون رقم 30 لسنة 2003 المذكور ، حيث أوجب القانون عليها التسجيل في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بذلك القانون . كما أوجب القانون المذكور على تلك الشركات أن تقوم خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ العمل بالقانون بتعديل أوضاعها لكي تتوافق مع قواعد وأحكام قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ، وبما مفاده لزوم قيام تلك الشركات خلال المهلة المذكورة بتعديل وتوفيق أغراضها وإدارتها ورأس مالها والرقابة الداخلية والشريعة بما يتفق مع نظام البنوك الإسلامية المستحدث بالقانون المشار إليه ، ويجوز مد هذه المهلة لمدة سنة أخرى ولمرة واحدة بقرار من مجلس إدارة بنك الكويت المركزي . وعليه ، فطبقاً للمادة الثالثة المذكورة تلتزم الشركات التي تزاوّل المهنة المصرفية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية القائمة وقت العمل به بالتزامين هامين هما :

أولاً : التسجيل في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي خلال الحد الأقصى للمهلة المنصوص عليها في القانون وهي ستة أشهر من تاريخ العمل به أي موعد غايته 8 يونيو 2004 (76) .

ثانياً : تعديل الأوضاع بما يتوافق مع أحكام القانون خلال المهلة المذكورة بالقانون أي خلال ثلاث سنوات من تاريخ العمل بالقانون أي في موعد غايته 8 ديسمبر 2006 (77) .

(76) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها ، ص (ز) .
(77) السابق .

وإعمالاً لنص المادة الثالثة المتقدم ذكره ، فقد بادرت التمويل الكويتي باعتباره شركة تزاوّل العمل المصرفي في وقت صدور القانون رقم 30 لسنة 2003 بالتسجيل في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي تحت رقم (1) وذلك بموجب القرار الوزاري رقم 17 لسنة 2004 الصادر من وزير المالية بالإبابة في 24 مايو 2004⁽⁷⁸⁾ . وبذلك كان بيت التمويل الكويتي هو أول البنوك الإسلامية التي يتم تسجيلها لدى بنك الكويت المركزي وفق أحكام القرار الوزاري رقم 40 الصادر في 30/11/2003 بإصدار لائحة البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي⁽⁷⁹⁾ . ثم صدر أيضاً المرسوم رقم 279 لسنة 2004 بالموافقة على تعديل بعض مواد عقد التأسيس والنظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي⁽⁸⁰⁾ . وقد تضمن ذلك المرسوم تعديل أغراض بيت التمويل الكويتي ، وقام بتعداد الأغراض التي يكون له القيام بها وفق قرار الجمعية العمومية غير العادية الصادر في 17/5/2004 والذي عدل الأغراض المنصوص عليها في كل من المادة 5 من عقد تأسيسه والمادة 4 من نظامه الأساسي ، لتشمل الأغراض بعد التعديل تلك التي نصت عليها المادة الأولى من المرسوم المذكور وسائر الأعمال والخدمات المصرفية والاستثمارية التي يكون له القيام بها مباشرة أو بالتعاون مع الهيئات والشركات والحكومات وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁸¹⁾ .

15- وأجازت المادة الرابعة من القانون رقم 30 لسنة 2003 المشار إليه للبنوك التقليدية القائمة في دولة الكويت في تاريخ العمل بهذا القانون أن تتحول إلى مزاولة العمل المصرفي الإسلامي وفقاً لأحكام قسم البنوك الإسلامية في

(78) راجع : جريدة الكويت اليوم - العدد 668 في 30/5/2004 ، ص 7 .

(79) راجع : دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول (قطاع الرقابة) الباب الأول .

(80) راجع جريدة الكويت اليوم - العدد 687 في 10/11/2004 ، ص ص أ - ب .

(81) السابق .

قانون بنك الكويت المركزي ، مع تخويل مجلس إدارة البنك المركزي سلطة وضع الشروط والقواعد الواجب مراعاتها في هذا الخصوص ، وذلك على ضوء ضرورة قيام البنك الراغب في التحول إلى العمل المصرفي الإسلامي بإجراء دراسة جدوى لعملية التحول ووضع تصورات وخطة للتحول وتحديد إجراءات وتصفية وإنهاء أي نشاط له يكون قائماً على غير أساس من الشريعة الإسلامية . ويكون للبنك المركزي أن يتحقق بوسائله من عدم التأثير السلبي لعملية التحول على أوضاع البنك المعنى أو عملائه أو الجهاز المصرفي ككل . وبما مفاده أن عملية تحول البنوك القائمة إلى العمل المصرفي الإسلامي ليست مطلقة ، وإنما تخضع للضوابط التي يحددها بنك الكويت المركزي ، من ناحية ؛ وعدم تأثير عملية التحول بالسلب على عملاء البنك أو أوضاعه أو على الجهاز المصرفي ، من ناحية أخرى (82) .

16- وفي 14 أبريل 2004 ، صدر في دولة الكويت المرسوم رقم 88 لسنة 2004 بالترخيص في تأسيس شركة مساهمة كويتية عامة باسم (بنك بوبيان) (83) . وبموجب المرسوم المذكور تم الترخيص للعضو المنتدب للهيئة العامة للاستثمار بصفته نائباً عن حكومة دولة الكويت وللمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية أن يؤسس في دولة الكويت وتحت مسؤوليتهما (بنك بوبيان) كشركة - مساهمة - برأس مال مقداره مئة مليون دينار كويتي (84) ، ليقوم بممارسة المهنة المصرفية في حدود أحكام الشريعة الإسلامية - وفقاً للنظام الأساسي للبنك المذكور - وذلك مع الخضوع لأحكام قانون بنك الكويت المركزي وقسم البنوك الإسلامية فيه (85) ، وللضوابط والتعليمات الصادرة من بنك الكويت المركزي ، ولا يجوز

(82) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها سابقاً ، ص (ز) .

(83) منشور في جريدة الكويت اليوم ، العدد 664 في 2/5/2004 ، ص 7 وما بعدها .

(84) المادة الأولى من المرسوم المذكور ، السابق ، ص 7 .

(85) المادة الثانية من المرسوم المذكور ، السابق ، ص 7 .

للبنك المذكور أن يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر بمزاولة أي أنشطة مصرفية أو مالية منافية لأحكام الشريعة الإسلامية . وبصفة خاصة يكون للبنك قبول الودائع بأنواعها سواء في شكل حسابات استثمار لأجال ولأغراض محدودة أو غير محدودة ، ومزاولة عمليات التمويل بأجلها المختلفة باستخدام صيغ العقود الشرعية مثل المرابحة والمشاركة والمضاربة والاستصناع والإجارة محلياً وعالمياً ، وتقديم الخدمات المصرفية والمالية بأنواعها المختلفة والتعامل في الأسهم والسندات المالية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ومباشرة عمليات الاستثمار المباشر والمالي سواء لحسابها أو لحساب الغير أو بالاشتراك مع الغير ، وإنشاء الشركات أو المساهمة في الشركات القائمة أو تحت التأسيس التي تزاوّل الأنشطة الاقتصادية المختلفة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وغيرها من أعمال لازمة لتحقيق أغراضها⁽⁸⁶⁾ . وقد اكتتبت الهيئة العامة للاستثمار في رأس مال هذا البنك بعدد مئتي مليون سهم ، كما قامت بدفع كامل القيمة الاسمية لتلك الأسهم ومقدارها عشرون مليون دينار كويتي ، كذلك اكتتبت المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بعدد أربعين مليون سهم وقامت بدفع كامل قيمتها الاسمية ومقدارها أربعة ملايين دينار كويتي⁽⁸⁷⁾ . أما باقي الأسهم فقد طرحت للاكتتاب العام وفقاً لأحكام قانون الشركات التجارية الكويتي ، ولكن لا يجوز لأي شخص أن يكتتب في أكثر من مئة ألف سهم وبحيث لا يجوز لأي شخص أن يمتلك في أي وقت أكثر من 5٪ من رأس مال البنك المذكور⁽⁸⁸⁾ . كما نص النظام الأساسي للبنك على وجوب دفع قيمة الأسهم كاملة عند الاكتتاب⁽⁸⁹⁾ . كما نص النظام الأساسي على تكوين هيئة الرقابة الشرعية - وأعمالها ومسؤوليتها ، كما اشتمل النظام

(86) المادة الخامسة من عقد تأسيس بنك بويان ، السابق ، ص 8 .

(87) المادة السابقة من عقد تأسيس بنك بويان ، السابق ص 8 .

(88) المادتان التاسعة والعاشر من النظام الأساسي لبنك بويان ، السابق ، ص 10 .

(89) المادة السابعة من النظام الأساسي لبنك بويان ، السابق ص 9 .

الأساسي على بنود الإدارة وحسابات البنك ، وغيرها من أمور⁽⁹⁰⁾ . كما صدر قرار وزير المالية رقم 23 في 27 نوفمبر 2004 وذلك بتسجيل بنك بوبيان في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي تحت رقم (2)⁽⁹¹⁾ في 30 نوفمبر 2004 صدر قرار بنك الكويت المركزي رقم 1 / 407 / 2004 وذلك بالتأشير في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي ببيانات بنك بوبيان وهي : اسم البنك ، تاريخ التأسيس ، رأس المال ، صكوك التمويل ، الاحتياطات ، عنوان المركز الرئيسي ، الفروع ، أسماء ورؤساء أعضاء مجلس الإدارة ورئيس الجهاز التنفيذي ، أسماء مراقبي الحسابات ، أسماء أعضاء هيئة الرقابة الشرعية⁽⁹²⁾ .

17- وقد تبينت دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الأخرى في أسلوب التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية . ففي سلطنة عمان ، فإنه لا يوجد فيها قواعد أو نظام قانوني خاص للمصارف الإسلامية ، كما لم ينشأ مطلقاً أي مصرف إسلامي في تلك السلطنة ، وذلك حتى تاريخ إعداد هذه الدراسة⁽⁹³⁾ . وفي دولة الإمارات العربية المتحدة ، صدر مرسوم أميري من حاكم دبي ونائب رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة في 12 مارس 1975 بالترخيص بإنشاء بنك دبي الإسلامي ومركزه الرئيسي دبي⁽⁹⁴⁾ . ونصت المادة الثانية عشرة من المرسوم المذكور على خضوع البنك لأحكام القوانين والأنظمة المعمول بها في إمارة دبي⁽⁹⁵⁾ ، كما نص عقد تأسيس البنك على الالتزام بأن يقوم البنك بجميع أعماله طبقاً لأحكام الشريعة

(90) المواد 44 ، 45 كذلك الفصول الثاني والثالث والرابع من النظام الأساسي لبنك بوبيان ، السابق ، ص ص 10-14 .

(91) جريدة الكويت اليوم ، العدد 694 في 5 / 12 / 2004 ، ص 1-ج .

(92) جريدة الكويت اليوم ، العدد 694 في 5 / 12 / 2004 ، ص 11 .

(93) الكتاب رقم 1-3 / 849 في 20 / 7 / 2004 من عميد كلية الدراسات المصرفية والمالية إلى السيد مدير معهد الدراسات المصرفية بالكويت .

(94) ويلاحظ أن عقد تأسيس بنك دبي الإسلامي قد تم إبرامه في 10 / 3 / 1975 .

(95) المادة الثانية عشرة من المرسوم بتأسيس بنك دبي الإسلامي .

الإسلامية⁽⁹⁶⁾ . وبعد صدور القانون الاتحادي 10 لسنة 1980 في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية في 2/8/1980 والقانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية في 15 ديسمبر 1985 ، والقانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984 في شأن الشركات التجارية ، فقد تم إدخال تعديلات على النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي في 3 سبتمبر 1992 وفي 29 نوفمبر 1998 لكي تتوافق مع كل من قانون المصارف الاتحادي وقانون الشركات التجارية الاتحادي وقانون الشركات التجارية الاتحادي وقانون المصارف الإسلامية⁽⁹⁷⁾ . وفي عام 1985 ، أصبح لدى دولة الإمارات العربية المتحدة تنظيم قانوني متكامل للبنوك الإسلامية وذلك بإقرار قانون قائم بذاته يحكم أعمال ونشاط المصارف الإسلامية هو القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية (قانون المصارف الإسلامية الإماراتي) ، ومع ذلك تخضع البنوك الإسلامية في دولة الإمارات للقانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1980 (قانون المصرف المركزي الإماراتي) والقانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984 (قانون الشركات الإماراتي) وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في قانون البنوك الإسلامية الإماراتي⁽⁹⁸⁾ .

(96) راجع عقد تأسيس البنك المذكور ، تحت عنوان : أغراض الشركة ، النظام الأساسي للبنك المذكور (الباب الثاني) .

(97) راجع : النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي .

(98) راجع : القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية الصادر في 15/12/1985 في دولة الإمارات العربية المتحدة . وقد نصت المادة (10) من القانون المذكور على العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية . وتخضع المصارف الإسلامية في دولة الإمارات أيضاً للقانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1980 وللقانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1984 ولغيرها ، وذلك كله فيما لم يرد في شأنه نص في قانون المصارف الإسلامية الإماراتي ، كما تخضع المصارف الإسلامية لرقابة مصرف الإمارات المركزي طبقاً للقانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1980 وذلك بما لا يتعارض مع أحكام قانون المصارف الإسلامية الإماراتي . راجع المادة (2) من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي المذكور .

18- وفي دولة قطر ، فإنه وإن كان لا يوجد قانون مستقل لتنظيم أعمال البنوك الإسلامية ، إلا أنه تم تأسيس مصرفين إسلاميين بموجب مرسومين أميرين . فقد تم إنشاء (مصرف قطر الإسلامي) بموجب المرسوم الأميري رقم 45 لسنة 1982 وذلك كمؤسسة مالية مصرفية تهدف إلى تقديم الخدمات المصرفية والاستثمارية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية برأسمال قدره مئتا مليون ريال قطري⁽⁹⁹⁾ . وباشر مصرف قطر الإسلامي أعماله في العاصمة الدوحة اعتباراً من عام 1983 ، كما أن للمصرف فروعاً عديدة في مناطق مختلفة من الدولة⁽¹⁰⁰⁾ . وتتكون موارد المصرف من رأسماله ومن ودائع العملاء لديه⁽¹⁰¹⁾ . ويقوم المصرف المذكور بتقديم خدمات مصرفية إسلامية مثل حفظ الودائع وفتح الحسابات المصرفية وإجراء التحويلات وفتح الاعتمادات المستندية وتقديم الخدمات التمويلية والخدمات الاستثمارية كفتح ودائع الاستثمار وتقديم الخدمات الفنية والاستثمارات الخاصة بالعقارات والمساهمة في تأسيس المشروعات الإنتاجية والصناعية⁽¹⁰²⁾ . وساهم مصرف قطر الإسلامي مع عديد من البنوك الإسلامية الأخرى في إنشاء محفظة الأوراق المالية الإسلامية التي يشرف على إدارتها البنك الإسلامي للتنمية في جدة - المملكة العربية السعودية⁽¹⁰³⁾ ، وذلك إلى جانب مساهماته في بعض البنوك الأخرى ، كالمصرف الإسلامي الدولي في لكسمبورج وبيت البركة التركي للتمويل في تركيا⁽¹⁰⁴⁾ ، ومساهماته في العديد من الشركات المالية الإسلامية

(99) بصفة خاصة راجع : الجهاز المصرفي والمالي في دولة قطر - مؤسسة النقد القطري - إدارة البحوث والإحصاء (ديسمبر 1992) .

(100) الدكتور عبد الرزاق الهيتي ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، المشار إليه سابقاً ، ص 621 .

(101) السابق ، ص 621 وما بعدها .

(102) السابق ، ص ص 622 - 623 .

(103) السابق ، ص 637 .

(104) السابق .

كالشركة الإسلامية للتجارة في البحرين⁽¹⁰⁵⁾ . كما صدر المرسوم رقم 52 لسنة 1990 في 6 فبراير 1990 بتأسيس (بنك قطر الدولي الإسلامي) ، وذلك برأس مال قدره مئة مليون ريال قطري ويقوم البنك المذكور بالأعمال المصرفية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، مثل قبول الودائع وفتح الحسابات وفتح الاعتمادات المستندية وإصدار خطابات الضمان والصرف الأجنبي وإصدار بطاقات الائتمان والخدمات المالية ، وكذلك الأعمال الاستثمارية مثل التملك والتأسيس والمشاركة في المشروعات الاستثمارية ، وبعض التصرفات الاستثمارية مثل شراء الأصول المنقولة بهدف تأجيرها أو بيعها ، وكذلك استثمار فائض سيولة البنك وإصدار السندات وإدارة المحافظ المالية والعقارية للأفراد والمؤسسات المالية ، فضلاً عن أي أعمال مالية مصرفية أخرى مقبولة شرعاً ولا تتعارض بأي شكل مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁰⁶⁾ . كما أوجبت المادة 59 من النظام الأساسي للبنك ضرورة أن يستعين مجلس إدارته بهيئة رقابة شرعية فيما يتعلق بأعمال البنك⁽¹⁰⁷⁾ . وتخضع البنوك الإسلامية في دولة قطر ، فيما لم ينص عليه في عقود تأسيسها ونظمها الأساسية ، لقانون مصرف قطر المركزي رقم 15 لسنة 1993 وتعديلاته وكذلك التعليمات الصادرة من مصرف قطر المركزي إلى البنوك العاملة في الدولة⁽¹⁰⁸⁾ ، وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو يجافي طبيعة البنوك الإسلامية⁽¹⁰⁹⁾ . ومن

(105) السابق .

(106) المادة 3 من النظام الأساسي لبنك قطر الدولي الإسلامي .

(107) راجع : الباب الثامن - أحكام ختامية - المادة 49 من النظام الأساسي لبنك قطر الدولي الإسلامي .

(108) مثال ذلك تعليمات الرقابة المصرفية - السياسات التمويلية في البنوك الإسلامية ، الصادرة في أبريل 2004 ، راجع :

<http://www.qcb.gov.qa/pages/rulea-2.html>

(109) ومن ذلك ما ينص عليه البند (1) من السياسات التمويلية في البنوك الإسلامية الصادرة في أبريل 2004 ، من مصرف قطر المركزي على أن (ينبغي أن يستعين البنك الإسلامي بلجنة شرعية مكونة على الأقل من شخصيتين إسلاميتين مؤهلتين وتعين من مجلس إدارة البنك وتعتمد من الجمعية العامة) .

ذلك ما تنص عليه المادة 59 من قانون مصرف قطر المركزي المذكور من أن البنوك الإسلامية لا تخضع للحظر العام المفروض على البنوك لمزاولة أعمال غير مصرفية⁽¹¹⁰⁾ .

19- وفي المملكة العربية السعودية ، ورغم أن المملكة هي أول من ساند فكرة إنشاء البنوك الإسلامية⁽¹¹¹⁾ ، إلا أنه لازالت العديد من البنوك التجارية تراول العمل المصرفي في المملكة⁽¹¹²⁾ . ومن أمثلة البنوك التجارية في المملكة : بنك الرياض ، البنك الأهلي التجاري ، البنك السعودي التجاري المتحد ، البنك السعودي البريطاني ، البنك السعودي الفرنسي ، البنك العربي الوطني ، بنك القاهرة السعودي ، بنك الجزيرة ، البنك السعودي الهولندي⁽¹¹³⁾ . ومع ذلك ، تستخدم البنوك التجارية وسيلة لتجاوز بها نظام الفائدة البنكية ويتمثل ذلك في استخدامهما اصطلاح (الدخل) بدلاً من (الفائدة)⁽¹¹⁴⁾ . كما توجد في المملكة العربية السعودية بنوك متخصصة في المجالات الاقتصادية والصناعية والزراعية ، ومن ذلك بنك التسليف السعودي وهو يقدم قروضاً بلا فوائد للسعوديين ذوي الدخل المحدودة مع الحصول على ضمانات شخصية و/ أو عينيه مقبولة له ، كما يحصل البنك على مقابل خدمة⁽¹¹⁵⁾ . ومن البنوك المتخصصة أيضاً الصندوق السعودي للتنمية الصناعية وهو يدعم القطاع الخاص في المجال الصناعي بقروض بدون فوائد على المدى المتوسط والطويل ويحصل على مقابل خدمة

(110) المادة 59 من قانون مصرف قطر المركزي رقم 15 لسنة 1993 . وتعديلاته :راجع

<http://www.qcb.gov.qa/pages/rulea-2.html>

(111) عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 72-73 .

(112) الدكتور عبد المجيد محمد عبودة ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية - (معهد الإدارة العامة - إدارة البحوث - جدة - 1410هـ) ، ص 47 وما بعدها .

(113) المرجع السابق ، ص ص 57-58 .

(114) عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 73 .

(115) بصفة خاصة ، راجع : الدكتور عبد المجيد محمد عبودة ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية . . . المشار إليه سابقاً ، ص 32 و ص 95 وما بعدها .

لأعماله (116) . كما تم إنشاء صندوق التنمية العقارية الذي يقدم قروضاً بدون فوائد للسعوديين لتمويل بناء السكن الخاص لهم ، وكذلك البناء لأغراض تجارية مع الحصول على ضمانات مقبولة ومقابل خدمة (117) . وحديثاً ، تم تحويل شركة الراجحي المصرفية للاستثمار إلى بنك إسلامي ، وذلك بموافقة السلطات النقدية السعودية في عام 1988 (118) . ويعد هذا البنك من أكبر البنوك حالياً في المملكة العربية السعودية بالنظر إلى حجم الودائع الهائلة لديه ، بل إنه احتل المرتبة الأولى ما بين عامي 1994-1995 على مستوى البنوك الإسلامية العاملة في الدول العربية وذلك من حيث الموجودات والتمويل وحقوق المساهمين ، كما تبوأ المرتبة الأولى في ذات الفترة على كل البنوك العاملة في السعودية - بما في ذلك البنوك التجارية - من حيث العائد على الموجودات . كما تم إنشاء بنك آخر هو بنك البلاد ليعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (119) .

وتأتي مؤسسة النقد العربي السعودي على رأس البنوك السعودية والتي تقوم بوظائف البنك المركزي ، إذ هي التي تقوم بإصدار وتنظيم العملة وتسيطر على شؤون النقد والائتمان في السعودية وتقوم بالأغراض والوظائف المنصوص عليها نظامها (120) . وتنهض مؤسسة النقد العربي السعودي بدورها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومن ذلك ما نصت عليه المادة (2 / أ) من نظامها (لا يجوز لمؤسسة النقد العربي دفع أو قبض فائدة وإنما يجوز لها فقط فرض رسوم لقاء الخدمات التي تؤديها

(116) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية . . . المشار إليه سابقاً ، ص 73 ، هامش

106 .

(117) السابق ، ص 73 ، هامش 106 .

(118) السابق ص 73 .

(119) السابق ص 73-74 ، وهامش 107 .

(120) الدكتور عبد المجيد محمد عبودة ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، المشار إليه سابقاً ، ص 36 وما بعدها .

للجمهور أو الحكومة لسد نفقات المؤسسة . . . (121) ، كما حظرت المادة السادسة من النظام المذكور على المؤسسة استلام الودائع الخاصة وإقراض الحكومة والهيئات الخاصة والأفراد (122) ، كما لا يجوز لها مباشرة أي عمل يتعارض مع قواعد الشريعة السمحاء فلا يجوز لها دفع أو قبض فائدة على الأعمال (123) .

وقد نهضت المملكة العربية السعودية بدور كبير لأحياء فكرة البنوك الإسلامية على المستوى الدولي . فمن ناحية أولى ، تم إنشاء (البنك الإسلامي للتنمية) في مدينة جدة في 20 / 10 / 1975 (124) ، وذلك بناء على اقتراح كل من مصر وباكستان لإقامة بنك إسلامي . وقد قامت مصر بإعداد الدراسات والبحوث اللازمة لإخراج الفكرة إلى حيز الواقع العملي والقانوني ، وتمت الموافقة على الدراسات التي تقدمت بها مصر من جانب كل وفود مؤتمر وزراء الخارجية الذي انعقد في عام 1972 (125) . كما تمت الموافقة النهائية على نصوص اتفاقية تأسيس البنك المذكور في المؤتمر الثاني لوزراء مالية الدول الإسلامية الذي انعقد في جدة عام 1974 (126) . ورغم أن البنك الإسلامي للتنمية يخضع لاتفاقية تأسيسه باعتبارها وثيقة دولية ، إلا أن الدول الإسلامية الأعضاء قد أسندت مهمة الإشراف على إنشاء البنك إلى مؤسسة النقد السعودي كما أصبحت السعودية ،

(121) السابق ، ص 37 ، هامش (1) .

(122) السابق ، ص 70 ، هامش (2) .

(123) السابق .

(124) الدكتور رفيع المصري (مصرف التنمية الإسلامي أو محاولة جديدة في الربا والفائدة والبنك) (الناشر - مؤسسة الرسالة بيروت - الطبعة الثالثة 1987) ص ص 384 - 385 ؛ أيضاً : الدكتور توفيق محمد الشاوي (اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية - دراسة تحليلية) ، مجلة الاقتصاد ، العددان الثالث والرابع (1977) ص 494 .

(125) السابق ؛ كذلك : عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 74 ، كذلك ، الدكتور توفيق محمد الشاوي ، البنك الإسلامي للتنمية - أول روافد النظام المصرفي . . . المشار إليه سابقاً ، ص 12 وما بعدها .

(126) عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية . . . السابق ، ص 74 .

هي الدولة المضيفة للبنك بمقره بمدينة جدة⁽¹²⁷⁾ . وتعتبر اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية مثلاً يحتذى به من الناحية القانونية للبنوك الإسلامية⁽¹²⁸⁾ . ومن ناحية ثانية ، فقد أنشئ في عام 1977 بمدينة مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية هيئة إسلامية تسمى (الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية) (الاتحاد) ، وهو يتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وله ذمة مالية مستقلة⁽¹²⁹⁾ . ومدينة مكة المكرمة هي مقر رئاسة الاتحاد⁽¹³⁰⁾ . ويهدف الاتحاد إلى دعم الروابط بين البنوك الإسلامية وتنسيق أنشطتها ودعم وجودها ، لاسيما تقديم المعونة الفنية والخبرة للدول الإسلامية التي ترغب في إنشاء بنوك إسلامية ومتابعة إجراءات إنشاء البنوك الإسلامية على المستويين المحلي والدولي والمساعدة على تطويرها ، وإيداء المشورة ، ومهمة الوساطة والتحكيم بين البنوك الإسلامية ، وبحث مشكلات النقد والائتمان للبنوك الإسلامية وتقديم الحلول والمقترحات ، وغيرها من أهداف نصت عليها المادة الثالثة من الاتفاقية الخاصة بإنشاء الاتحاد⁽¹³¹⁾ . وتكون عضوية الاتحاد للبنوك الإسلامية ، أي تلك البنوك التي تنص قوانين إنشائها أو عقود تأسيسها ونظمها الأساسية صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذاً أو عطاء⁽¹³²⁾ . ويباشر الاتحاد مهامه وصلاحياته من خلال أجهزة معينة هي : مجلس الإدارة والأمين العام وهيئة الرقابة الشرعية⁽¹³³⁾ .

(127) السابق ، ص ص 74-75 .

(128) الدكتور توفيق محمد الشاوي ، البنك الإسلامي للتنمية - دراسة تحليلية . . . المشار إليه . ص ص 494-496 .

(129) راجع في اتفاقية الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية : مجموعة اتفاقيات وأنظمة وقوانين البنوك الإسلامية - 3 سلسلة الأنظمة - السعودية - عدد خاص (صادر عن كلية الاقتصاد والإدارة - مركز البحوث والتنمية - السعودية 1977 م) ص 15 وما بعدها ، المادة (1) من اتفاقية الاتحاد ، ص 17 من المرجع المذكور .

(130) المادة 2 من اتفاقية الاتحاد ، المرجع السابق ، ص 17 .

(131) المادة 3 من اتفاقية الاتحاد ، المرجع السابق ، ص ص 17-18 .

(132) المادة 5 من اتفاقية الاتحاد ، المرجع السابق ، ص 19 .

(133) المواد 8 ، 9 ، 10 ، 11 ، 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 من اتفاقية الاتحاد ، المرجع السابق ، ص ص 20-22 .

خامساً : ماهية البنك الإسلامي

(أ) التعريف الفقهي للبنك الإسلامي :

20- تعددت التعاريف بشأن البنوك الإسلامية في الكتابات المعاصرة (134) . ففي رأي أحد الكتاب أن (البنك الإسلامي هو مؤسسة لتجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية بما يخدم بناء مجتمع التكافل الإسلامي ، وتحقيق عدالة التوزيع ، ووضع المال في المسار الإسلامي) (135) . ويرى نفس الكاتب أن (البنوك الإسلامية هي أجهزة مالية تستهدف التنمية وتعمل في إطار الشريعة الإسلامية وتلتزم بكل القيم الأخلاقية التي جاءت بها الشرائع السماوية وتسعى إلى تصحيح وظيفة رأس المال في المجتمع ، وهي أجهزة تنمية اجتماعية مالية ، من حيث إنها تقوم بما تقوم به البنوك من وظائف في تسيير المعاملات ، وتنمية من حيث أنها تضع نفسها في خدمة المجتمع وتهدف تحقيق التنمية فيه ، وتقوم بتوظيف أموالها بأرشد السبل بما يحقق النفع للمجتمع أولاً وقبل كل شيء ، واجتماعية من حيث إنها تقصد في عملها وممارستها إلى تدريب الأفراد على ترشيد الإنفاق وتدريبهم على الادخار ومعاونتهم في تنمية أموالهم بما يعود عليهم وعلى المجتمع بالنفع والمصلحة ، هذا فضلاً عن الإسهام في تحقيق التكافل بين أفراد المجتمع بالدعوة إلى أداء الزكاة وجمعها

(134) راجع في تعداد تعريفات البنك الإسلامي : الدكتور عبد الرزاق الهيتي ، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 172-174 ؛ دكتور صبري شحاتة السيد بيومي : دراسات في إدارة البنوك الإسلامية بالتطبيق على الجهاز المصرفي السوداني ، (الناشر مكتبة عين شمس - 1992) ص 49 ومن بعدها . ويُعرف البعض البنك الإسلامي بأنه (مؤسسة مالية مصرفية - شعبية أو حكومية تعمل على تجميع فوائض التوازن لدى الأشخاص - سواء طبيعيين أو اعتباريين وتوجيهها في أوجه استثمار إنمائية - لصالح الفرد والجماعة - وذلك طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها الأساسية (الضرورات - الحاجات - التحسينات) . انظر : الدكتور عبد الحميد محمود البعلي ، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية - دراسة فقهية وقانونية ومصرفية (الناشر - مكتبة وهبة - القاهرة - 1991) ص 203 .

(135) الدكتور أحمد النجار ، مجلة البنوك الإسلامية ، العدد 7 ص 22 ، ذو القعدة 1399 .

وأنفاقها في مصارفها الشرعية) (136) .

كما يقول كاتب آخر إن (البنك الإسلامي مؤسسة نقدية مالية تعمل على جذب الموارد النقدية من أفراد المجتمع وتوظيفها توظيفاً فعالاً يكفل تعظيمها ونموها في إطار القواعد المستقرة للشريعة الإسلامية وبما يخدم شعوب الأمة ويعمل على تنمية اقتصادياتها) (137) . وفي رأي أحد الباحثين فإنه (يقصد بالمصارف أو بيوت التمويل الإسلامية ، تلك المؤسسات التي تباشر الأعمال المصرفية ، مع التزامها باجتناب التعامل بالفوائد الربوية أخذاً أو إعطاء - بوصفه تعاملاً محرماً شرعاً - واجتناب أي عمل مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية) (138) .

21- ويلاحظ أن التعريفات السابقة وغيرها مما جرت به أقلام الكتاب الإسلاميين تدور في فلك الأعمال التي يجوز وتلك التي لايجوز للبنك الإسلامي القيام بها (139) ، وإن ضم إليها البعض ذكراً لبعض الغايات والأهداف التي يتعين على البنك الإسلامي الحرص على تحقيقها (140) . ولقد أجملت اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية تعريف البنك الإسلامي ، إذ جاء نص المادة (5 / أ) من اتفاقية الاتحاد على النحو الآتي (. . . ويقصد بالبنوك الإسلامية في هذا النظام تلك البنوك أو المؤسسات المالية التي ينص قانون إنشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذاً أو عطاء) (141) .

(136) الدكتور أحمد النجار (عن البنوك الإسلامية : ماذا قالوا - الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية القاهرة 1982) ص 9-10 .

(137) الدكتور محسن أحمد الخضيرى ، البنوك الإسلامية (كلية العلوم الإدارية 1995) ص 17 .

(138) الدكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون مؤسسة الرسالة - دار الشروق - القاهرة - بدون سنة النشر) ص 389 وما بعدها .

(139) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 25-26 .

(140) دكتور عبد الرزاق الهيبي ، المصارف الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 173 .

(141) اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ، مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية (القاهرة - 1977) ص 10 .

ويبين مما تقدم أن غالبية الفقه الإسلامي المعاصر يجمع على أن البنك الإسلامي - في تعريفه النظري - هو مؤسسة مالية تجارية تقوم على فكرة جمع الأموال ثم استثمارها بوسائل التمويل التي لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية مع تحريم نظام الفوائد في معاملاته (142) .

(ب) تعريف البنك الإسلامي في القانون الكويتي ، وفي بعض القوانين الأخرى :

22- تنص المادة (86) من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أن (البنوك الإسلامية هي البنوك التي تزاول أعمال المهنة المصرفية وما ينص عليه قانون التجارة أو يقضى العرف باعتباره من أعمال البنوك وذلك وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وتقوم بصفة معتادة بقبول الودائع بأنواعها سواء في شكل حسابات جارية أو حسابات توفير أو ادخار أو حسابات استثمار لآجال ولأغراض محددة أو غير محددة ، وتزاول عمليات التمويل بأجلها المختلفة مستخدمة في ذلك صيغ العقود الشرعية مثل المرابحة والمشاركة والمضاربة . كما تقدم الخدمات المصرفية والمالية بأنواعها المختلفة لعملائها والمتعاملين معها ، وتباشر عمليات الاستثمار المباشر والمالي سواء لحسابها أو لحساب الغير بما في ذلك إنشاء الشركات أو المساهمة في الشركات القائمة أو تحت التأسيس التي تزاول أوجه النشاط الاقتصادي المختلفة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ووفقاً للضوابط التي يضعها مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن . وذلك

(142) وتطبيقاً لذلك ، تنص النظم الأساسية للبنوك الإسلامية على ممارسة الأعمال المصرفية والاستثمارية بأشكال بديلة لنظام الفوائد وذلك في ثوب إسلامي بعيداً عن الفوائد المحرمة . راجع : بنك فيصل الإسلامي المصري (تعريف بالبنك) نشرة صادرة عن البنك المذكور بدون سنة النشر . وما تنص عليه المادة 5 من وثيقة تأسيس بيت التمويل الكويتي بأن الأغراض التي تأسس من أجلها هي القيام بجميع العمليات والخدمات المصرفية والاستثمارية المنصوص عليه لحسابه أو لحساب الغير على غير أساس الربا سواء في صورة فوائد أو أية صورة أخرى . كذلك راجع : دكتور محمد الوطيان (المؤسسات المالية في دولة الكويت) (الناشر : مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع - الكويت - الطبعة الأولى - 1992) ص 75- 92 .

كله وفقاً للأحكام الواردة في هذا القانون) (143).

ويلاحظ أن تعريف القانون الكويتي للبنوك الإسلامية جاء واضحاً ومرناً في نفس الوقت . فمعطيات البنك الإسلامي وفقاً للمادة (86) من قانون بنك الكويت المركزي هي :

(أولاً) : وجوب أن يزاول البنك الإسلامي الأعمال المصرفية أو ما ينص عليه قانون التجارة أو يقضى به العرف من أعمال البنوك المعتادة أو ما نص عليه قانون التجارة أو ما جرى العرف على اعتباره من أعمال البنوك . ومن ثم ، يتعين على البنك الإسلامي الالتزام في أغراضه ونشاطه ومعاملاته بحدود العمل المصرفي ، إلا فيما نص عليه القانون من أعمال أخرى يجوز لها القيام بها وذلك كمباشرة عمليات الاستثمار المباشر والمالي سواء لحسابها أو لحساب الغير .

(ثانياً) : يجب على البنك الإسلامي أن يزاول أعماله وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية . والحقيقة أن التعريف في المادة (86) من القانون الكويتي وإن لم يشمل صراحة على تحريم لجوء البنك الإسلامي للتعامل بالفوائد الربوية كأهم ضابط نظري للفرقة بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية - إلا أن عبارة النص من وجوب قيام البنك الإسلامي بالأعمال المصرفية (وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) تتضمن بالضرورة تحريم تعامل البنوك الإسلامية في دولة الكويت بنظام الفوائد الربوية - لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية (144) .

23- وقد اشتملت المادة (86) من قانون بنك الكويت المركزي على تعداد للأعمال المصرفية التي تقوم بها البنوك الإسلامية بصفة معتادة مثل قبول الودائع بأنواعها سواء في شكل حسابات جارية أو حسابات توفير أو ادخار أو حسابات استثمار لأجال ولأغراض محددة أو غير محددة ، وكذلك مزاوله عمليات التمويل المختلفة بالأساليب الإسلامية كالمضاربة والمرايحة

(143) راجع : المذكرة الايضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، جريدة الكويت اليوم - العدد 619 في 6/8/2003 - ص ص د - هـ .

(144) الدكتور صبري شحاتة السيد البيومي ، إدارة البنوك الإسلامية . . . المشار إليه سابقاً ، ص 50 وما بعدها .

والمشاركة وغيرها ، فضلاً عن ما تقدمه من خدمات مصرفية أخرى للعملاء أو المتعاملين معها . وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (30) لسنة 2003 أن المادة (86) منه تتناول الإطار العام للعمل المصرفي الإسلامي ، وما ورد في المادة المذكورة من ذكر لأساليب تمويل جاء على سبيل المثال وليس الحصر ، مع الأخذ في الحسبان إمكانية ظهور أساليب جديدة غير المتبعة حالياً في مجال العمل المصرفي الإسلامي (145) . كما يجدر ذكر أن المادة (86) من القانون المشار إليه قد أجازت للبنوك الإسلامية عمليات الاستثمار المالي والاستثمار المباشر في أنشطة نوعية غير مصرفية أو مالية ، سواء لحسابها أو لحساب الغير أو بالاشتراك مع الغير بما ذلك إنشاء الشركات والمساهمة فيها ، وذلك وفقاً للضوابط والتعليمات من بنك الكويت المركزي في هذا الشأن (146) . وهذا يعني ببساطة أن نطاق أعمال البنوك الإسلامية أكثر اتساعاً من النطاق المسموح به للبنوك التقليدية ، وذلك بما أجازته القانون للبنوك الإسلامية في الحق بالقيام بعمليات الاستثمار المباشر والمالي في أنشطة غير مصرفية في إطار ضوابط وتعليمات البنك المركزي ، الأمر الذي يدعم القدرة التنافسية للبنوك الإسلامية . وقد جاء نص المادة (5) من عقد تأسيس بنك بويان تطبيقاً لتعريف البنوك الإسلامية الوارد في المادة (86) من القانون رقم (30) لسنة 2003 . إذ نصت المادة (5) من عقد تأسيس بنك بويان المذكور على أن الأغراض التي تأسس البنك من أجلها هي مزاوله جميع أعمال المهنة المصرفية وما ينص عليه قانون التجارة أو يقضي العرف باعتباره من أعمال البنوك وذلك وفقاً للشريعة الإسلامية وللضوابط التي يضعها البنك المركزي . ولا يجوز للبنك أن يقوم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بأي أنشطة مصرفية أو مالية منافية لأحكام الشريعة الإسلامية . ويكون للبنك المذكور بصفة خاصة قبول الودائع بأنواعها في شكل حسابات جارية أو حسابات

(145) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها ، ص (د) .

(146) الفقرة الأولى من المادة 86 من القانون رقم 30 لسنة 2003 .

توفير أو ادخار أو حسابات استثمار لأجال ولأغراض محددة أو غير محددة ، وكذلك مزاوله عمليات التمويل بأجالها المختلفة استناداً إلى الصيغ الإسلامية كالمرابحة والمشاركة والمضاربة والاستصناع والإجارة محلياً وعالمياً ، وتقديم الخدمات المصرفية والمالية بأنواعها المختلفة والتعامل في الأسهم والسندات المالية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ومباشرة عمليات الاستثمار المباشر والمالي سواء لحسابها أو لحساب الغير أو بالاشتراك مع الغير ، وإنشاء الشركات أو المساهمة في الشركات القائمة أو تحت التأسيس التي تزاول نشاطاً اقتصادياً لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وأية أعمال أخرى لازمة لتحقيق الأغراض السابقة أو الناشئة عنها أو المتعلقة بها أو المساعدة لها بصورة مباشرة أو غير مباشرة . كما يجوز للبنك المذكور أن تكون له مصلحة أو يشترك بأي وجه مع الهيئات أو المؤسسات أو الشركات التي تزاول أعمالاً شبيهة بأعماله أو التي قد تعاونه على تحقيق أغراضه في دولة الكويت وفي الخارج ، كما يجوز للبنك أن يشترى هذه الهيئات أو المؤسسات أو الشركات أو يلحقها به أو يدمجها معه بشرط أن تلتزم تلك الشركات بالقيام بالأعمال التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ووفقاً للضوابط التي يضعها البنك المركزي في هذا الشأن (147) . كما قام بيت التمويل الكويتي - بعد تسجيله في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي في 24 مايو 2004 - بتعديل أغراضه في عقد التأسيس ونظامه الأساسي وذلك بموجب المرسوم رقم 279 لسنة 2004 الصادر في 3 أكتوبر 2004 (148) . ومع ذلك فإن هذا التعديل في الأغراض تركز بصفة أساسية في الأعمال غير المصرفية التي كان بيت التمويل الكويتي يباشرها قبل صدور هذا المرسوم الأخير ، إذ لم يحتفظ بيت التمويل الكويتي - بعد التعديل - إلا ببعض الأغراض

(147) المادة 5 من عقد تأسيس بنك بويان ، والمادة 4 من النظام الأساسي له . جريدة الكويت اليوم ، العدد 664 في 2 / 5 / 2004 ، ص ص 8 - 9 .
(148) جريدة الكويت اليوم - العدد 687 في 10 / 10 / 2004 ، ص ص أ - ب .

الاستثمارية مثل تأسيس الشركات الجديدة أو الاشتراك فيما هو قائم فيها أو تمويله ، والقيام بكافة الدراسات وأعمال الخبرة والاستقصاء وتقديم المشورة المتعلقة بتوظيف رؤوس الأموال وتقديم كافة الخدمات الخاصة بهذه العمليات للأفراد والهيئات الحكومية⁽¹⁴⁹⁾ ، فضلاً عن شراء الأراضي والعقارات بقصد بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تجزئتها أو تأجيرها خالية أو مع إضافة المنشآت والأبنية والمعدات ، وكذلك التمويل الاستثماري في نشاط المقاولات على اختلاف أنواعها ، كما يجوز للبنك - وعلى وجه العموم - القيام بجميع الأعمال التي تحقق أغراضه المصرفية والاستثمارية مباشرة أو بالتعاون مع الهيئات والشركات والحكومات وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁵⁰⁾ .

24- وفي دولة الإمارات العربية المتحدة ، نصت المادة الأولى من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي على أنه (يقصد بالمصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزاماً بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقاً لهذه الأحكام) ، وطبقاً للقانون المذكور ، يكون للمصارف الإسلامية أن تباشر جميع أو بعض الخدمات والعمليات المصرفية والتجارية والمالية والاستثمارية ، وجميع أنواع الخدمات والعمليات التي تباشرها المصارف التقليدية في القانون الاتحادي رقم (10 لسنة 1980 أي القانون الاتحادي في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي) وذلك دون التقييد بالمدد الواردة فيه سواء تمت هذه الخدمات أو العمليات لحساب المصرف الإسلامي أو لحساب الغير أو بالاشتراك معه ، كما يكون للمصارف الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة أيضاً الحق في تأسيس الشركات والإسهام في مشاريع قائمة

(149) راجع المادة 7 من وثيقة تأسيس بيت التمويل الكويتي - قبل التعديل - والتي كانت تنص على سبعة عشر عملاً من الأعمال الاستثمارية (على سبيل المثال) . وراجع بعد التعديل المادة 5 من وثيقة التأسيس .

(150) المادة 5 من وثيقة تأسيس بيت التمويل الكويتي .

أو تحت التأسيس بشرط أن يكون نشاطها متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية . واستناداً إلى الاستثناء المقرر بالمادة (4) من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي ، فإنه يجوز للمصارف الإسلامية أن تمارس التجارة أو الصناعة كما يحق لها امتلاك البضائع والمتاجرة بها لحسابها الخاص ، كما يحق لها مباشرة التعامل في العقارات ، وذلك كله فيما لا يتعارض مع أحكام التشريعات المعمول بها في الإمارة المعنية (151) .

25- وفي دولة قطر ، نص عقد تأسيس بنك قطر الدولي الإسلامي على أنه يجوز للبنك أن يقوم لحسابه أو لحساب الغير أو بالاشتراك معه في الداخل والخارج بأوجه النشاط المصرفي والاستثماري والمالي مثل قبول الودائع بأشكالها وفتح الحسابات المختلفة ، وفتح الاعتمادات المستندية وتعزيزها ، وإصدار الكفالات وخطابات الضمان ، والتعامل بالصراف الأجنبي وتمويل التجارة الخارجية ، وإصدار أو الاشتراك في إصدار بطاقات الائتمان والشيكات السياحية ، وتملك أو تأسيس أو الاشتراك في المشروعات الاستثمارية في القطاعات المختلفة ويشمل ذلك على سبيل المثال البنوك الإسلامية وشركات التأمين وإعادة التأمين التعاوني وشراء الأصول المنقولة بهدف تأجيرها أو بيعها عن طريق الإيجار ، واستثمار فائض سيولة البنوك والمؤسسات المالية ، وإصدار السندات للمشاركة في المشاريع المختلفة وإدارة المحافظ المالية والعقارية للأفراد والمؤسسات ، والقيام بجميع أعمال التمويل لمختلف القطاعات والأنشطة الاقتصادية سواء بشكل مباشر أو عن طريق أسلوب التجمعات المصرفية أو إصدار الأوراق المالية ، وتقديم التمويل اللازم للأفراد والمؤسسات على الأسس المقبولة شرعاً وتمويل المشروعات . ويلتزم البنك في جميع أعماله بمراعاة أحكام الشريعة الإسلامية وعدم الخروج عليها في جميع الأحوال (152) .

(151) المادة 3 والمادة 4 من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة .

(152) المادة الثالثة من عقد تأسيس بنك قطر الدولي الإسلامي . أما بالنسبة لمصرف قطر =

26- وفي جمهورية لبنان ، نصت المادة الأولى من قانون إنشاء المصارف الإسلامية رقم (575) لسنة 2004 على أنه (يقصد بالمصارف الإسلامية تلك التي يتضمن نظامها الأساسي التزاماً بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية في العمليات التي تقوم بها وخاصة عدم التعامل بالفائدة أخذاً أو عطاءً) (153) .

سادساً : خصائص وأهداف ووظائف البنوك الإسلامية

27- تركز خصائص البنوك الإسلامية على قاعدة أصولية هي الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاتها وأعمالها ، ذلك أن الشريعة الإسلامية تقدم نظاماً شاملاً للحياة بما في هذا النشاط الاقتصادي متمثلاً في جميع أوجه ذلك النشاط بما يشمله من أوجه الادخار والاستثمار وغيرها (154) . ولا يعني ذلك فقط التزام البنوك الإسلامية بعدم التعامل بالربا أو بالفوائد وإنما كذلك وجوب تقيدها في كل معاملاتها بقاعدة الحلال والحرام ؛ فلا يجوز للبنك الإسلامي أن يقدم خدماته في أنشطة تدخل في دائرة التحريم الشرعي أو القيام بتوظيف أمواله في مجالات لا يقرها الشرع الإسلامي (155) . وبعبارة وجيزة ، يتعين أن تكون جميع معاملات البنك وأنشطته داخله في إطار الحلال وفقاً للإسلام . وفي نفس الوقت ، فإن تحريم تعامل البنوك الإسلامية بالفوائد ليس معناه عدم استهداف

الإسلامي ، راجع : الدكتور عبد الرزاق الهبتي ، المصارف الإسلامية . . . المشار إليه سابقاً ، وبصفة خاصة ص 628 وما بعدها .

(153) المادة الأولى من قانون إنشاء المصارف الإسلامية رقم 575 لسنة 2004 في لبنان .

(154) الدكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية (دار أبو لولو للطباعة والنشر - القاهرة - 1996) ص 47 وما بعدها . دكتور محسن أحمد الخضير ، البنوك الإسلامية ، المشار إليها سابقاً ، ص 14 . دكتور عوف محمود الكفراوي ، البنوك الإسلامية : النقود والبنوك في النظام الإسلامي (مركز الإسكندرية للكتاب 1998) ص 143 وما بعدها .

(155) دكتور صبري شحاتة السيد بيومي ، إدارة البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 53 . عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 27 .

الربح ، بل هي - باعتبارها مؤسسات مالية - تقوم على تحقيق الربح في إطار ضوابط إسلامية محددة يتقرر من خلالها مصدر الربح على أساس معاملات مصرفية وأنشطة استثمارية مرتكزة على أدوات وصيغ إسلامية (156)

28- كما يجب أن تعمل البنوك الإسلامية في إطار وظيفة اجتماعية ، بحيث تعطي كل الأولوية فيما تقوم به من معاملات مصرفية واستثمارية ، للأنشطة والمشروعات النافعة والتي يكون من ضمن أهدافها تحقيق مصالح المجتمع الإسلامي بشكل عام وبما يقتضي ألا يكون جل أهداف البنوك الإسلامية تحقيق الأرباح والعوائد فقط ، بل الاهتمام بالأبعاد الاجتماعية والتنموية للاقتصاد الإسلامي بشكل تنتفع به هي وكذا المتعاملون معها وبما يعمل على رفعة الاقتصاد الإسلامي ككل (157) . فضلاً عن ذلك فإن للبنوك الإسلامية دوراً ووظيفة هامة في تنمية الوعي الادخاري لدى الأفراد من أجل تعبئة الإذخارات لاسيما تلك التي كانت في منأى من التعامل مع البنوك بشكل خاص لأسباب عدة لعل أبرزها هو تفضيل أصحابها البعد عن التعامل مع البنوك التقليدية لمخاوف شبيهة عدم توافق معاملاتها مع الشريعة الإسلامية (158) ، وبما يشجع على عدم حبس الأموال أو حجبها عن الاستثمار الحلال (159) . وعليه ، يكون الهدف البعيد للبنوك الإسلامية

(156) في معنى قريب : الدكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية ، المشار إليه سابقاً ، ص 392 . ضياء مجيد : البنوك الإسلامية المشار إليه سابقاً ، ص 37-38 ، أيضاً : دكتور محسن الخضيرى : البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 23 .

(157) دكتور محسن الخضيرى ، السابق ، ص 29 وما بعدها . الدكتور محمود حسن صوان ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، (دار وائل للنشر - عمان - الأردن - الطبعة الأولى 2001) ص 96 وما بعدها .

(158) في نفس المعنى : عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 27 : دكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية ، المشار إليه سابقاً ص 392 .

(159) وذلك مصداقاً لقوله تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعباد أليم . . .) . راجع : الدكتور محسن أحمد الخضيرى ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 25-26 .

هو تجميع المدخرات من أجل توجيهها وجهة صحيحة في تحقيق النفع للاقتصاد الإسلامي في ظل الالتزام بمقاصد الشريعة واستخدام وسائل في العمل طيعة لها لترشيد عمليات الاستثمار وكافة المعاملات المصرفية . وفي نفس المعنى يقول الدكتور أحمد النجار إن : (البنوك الإسلامية هي أجهزة مالية تستهدف التنمية وتعمل في إطار الشريعة الإسلامية وتلتزم بكل القيم الأخلاقية التي جاءت بها الشرائع السماوية وتسعى إلى تصحيح وظيفة رأس المال في المجتمع . وهي أجهزة تنمية اجتماعية مالية ، مالية من حيث أنها تقوم بما تقوم به البنوك من وظائف في تيسير المعاملات ، وتنموية من حيث إنها تضع نفسها في خدمة المجتمع وتهدف تحقيق التنمية فيه ، وتقوم بتوظيف أموالها بأرشد السبل بما يحقق النفع للمجتمع أولاً وقبل كل شيء ، واجتماعية من حيث أنها تقصد في عملها وممارستها إلى تدريب الأفراد على ترشيد الإنفاق وتدريبهم على الادخار ومعاونتهم في تنمية أموالهم لتحقيق التكافل بين أفراد المجتمع بالدعوة إلى أداء الزكاة وجمعها وإنفاقها في مصارفها الشرعية) (160) .

(160) الدكتور أحمد النجار ، عن البنوك الإسلامية : ماذا قالوا - الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية - القاهرة 1982 ، ص ص 9- 10 .

البحث الثاني

نشاط البنوك الإسلامية

29- تزاوّل البنوك الإسلامية نشاطها في إطار الشريعة الإسلامية . وينقسم نشاط تلك البنوك بصفة عامة ، إلى قسمين : الأعمال المصرفية بالمعنى الدقيق أي تلك المنصوص عليها في قانون التجارة أو ما يقضي به العرف باعتباره من أعمال البنوك ، وكذلك مباشرة عمليات الاستثمار المباشر والمالي سواء لحسابها أو لحساب الغير أو في الاشتراك مع الغير في هذا الخصوص بما في ذلك إنشاء الشركات أو المساهمة في الشركات القائمة أو تحت التأسيس التي تزاوّل الأنشطة الاقتصادية المختلفة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية . وقد أخذت المادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي بالمفهوم المتقدم (161) ، وكذلك المادة 3 من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي (162) . كما أخذ قانون المصارف الإسلامية اللبناني بأحكام مماثلة وذلك بما نصت عليه المادة الثالثة منه على أن يكون للمصارف الإسلامية الحق في القيام بجميع الخدمات والعمليات المصرفية والتجارية والمالية والاستثمارية بما في ذلك تأسيس الشركات المساهمة في مشاريع قائمة أو قيد التأسيس ، كما أجازت المادة الخامسة من القانون المشار إليه للبنوك الإسلامية ، إضافة إلى الحقوق العينية العقارية التي يجوز للمصارف اكتسابها ، أن تكتسب تلك البنوك الحقوق العينية حصراً لإقامة مشاريع

(161) المادة 86 من قانون بنك الكويت المركزي . وراجع بصفة عامة في شرح الأعمال والخدمات المصرفية والأعمال الاستثمارية للبنوك الإسلامية : دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 187 - 223 .
(162) المادة 3 من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية - دولة الإمارات العربية المتحدة .

استثمارية وذلك بموجب ترخيص مسبق من المجلس المركزي لمصرف لبنان الذي عليه أن يتحقق من جدية المشروع وأن يحدد في ترخيصه مدة إنجاز المشروع شريطة أن لا تتعدى مدة اكتساب هذه الحقوق خمسة وعشرين عاماً غير قابلة للتجديد وضمن حدود المساحات القصوى الجائز تملكها في كل محافظة لغير اللبنانيين ، ولا يكون مثل هذا الترخيص جائزاً إلا بعد موافقة مجلس الوزراء (163) .

أولاً : نطاق النشاط المصرفي للبنوك الإسلامية

30- طبقاً للمادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي يجوز للبنوك الإسلامية أن تزاوّل كافة أعمال المهنة المصرفية وما ينص عليه قانون التجارة أو يقضي العرف باعتباره من أعمال البنوك وأن تقدم سائر الخدمات المصرفية والعمليات المصرفية لحسابها أو لحساب الغير وذلك بشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية . وعليه ، يكون للبنوك الإسلامية أن تتلقى الودائع على اختلاف صورها سواء لحفظها أو إعادة استثمارها بشروط أو بدون شروط ، أن تصدر خطابات الضمان المصرفية ، أن تفتح الاعتمادات المستندية وأن تقدم التسهيلات المصرفية بكفالة أو بدون كفالة ، وأن تقوم بتحصيل بدلات الحوالات والكمبيالات والصكوك وبوالص الشحن والمستندات الأخرى لقاء عمولة لحساب العملاء وغيرهم ، أن تتلقى الاكتتابات في مراحل تأسيس شركات المساهمة ورفع رأس المال ، وأن تقوم بالعمليات التي تجري على الأوراق التجارية كتحويلها وحفظها وخصمها ، أن تقوم بعمليات التحويل المصرفي ، أن تقوم بشراء الأسهم وشهادات الاستثمار وما في حكمها من أوراق مالية وذلك لحسابها أو لحساب الغير ، أن تقوم بأعمال الأمين والوكيل وقبول

(163) المادة 3 من القانون رقم 575 في شأن إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان - 11 شباط (فبراير) 2004 .

التوكيلات وتعيين الوكلاء بالعمولة أو بدون عمولة ، أن تقوم بشراء السبائك الذهبية والعملات الأجنبية وبيع وشراء حوالاتها ، وأن تقوم بصفة عامة بسائر الأعمال والخدمات المصرفية وذلك طبقاً للقوانين والتعليمات الصادرة من جهات الاختصاص وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية (164) .

ثانياً : نطاق النشاط الاستثماري للبنوك الإسلامية

31- تزاوّل البنوك الإسلامية نشاطها الاستثماري مباشرة أو بشراء مشروعات أو بتمويل مشروعات أو أعمال للغير ، وذلك على غير أساس الربا المحرم شرعاً . وتنص عقود تأسيس البنوك الإسلامية صراحة على القيام بالنشاط الاستثماري ، ومن ذلك ما ينص عليه المرسوم رقم 79 لسنة 2004 بالموافقة على تعديل بعض مواد عقد التأسيس والنظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي من أنه يجوز له القيام بتأسيس شركات جديدة أو الاشتراك فيما هو قائم منها أو تمويله ، القيام بكافة الدراسات وأعمال الخبرة والاستقصاء وتقديم المشورة المتعلقة بتوظيف رؤوس الأموال وتقديم كافة الخدمات الخاصة بهذه العمليات للغير من الأفراد والهيئات الحكومية ، شراء الأراضي والعقارات بقصد بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تجزئتها أو تأجيرها خالية أو مع إضافة المنشآت والأبنية والمعدات ، التمويل الاستثماري في نشاط المقاولات على اختلاف أنواعها ، وعلى وجه العموم جميع الأعمال الاستثمارية التي لا تتعارض لامع القوانين والتعليمات السارية ولا مع أحكام الشريعة الإسلامية (165) . كما نصت عقود تأسيس بعض البنوك

(164) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها سابقاً ، ص ص (د - هـ) .

(165) المادة 5 من وثيقة تأسيس بيت التمويل الكويتي بعد تمويلها بموجب قرار الجمعية العمومية غير العادية في 17 / 4 / 2004 والموافق عليه بموجب المرسوم رقم 279 لسنة 2004 ، المشار إليه سابقاً .

الإسلامية صراحة على أعمال استثمارية أخرى ، إضافة إلى ما تقدم ، ومن ذلك ما ينص عليه المرسوم الأميري المرخص بإنشاء بنك دبي الإسلامي من أنه يجوز للبنك المذكور إنشاء أو شراء المصانع وأدواتها وتسويق منتجاتها وإنشاء المصارف وشركات الاستثمار على اختلاف أنواعها ، والقيام بكافة الأعمال المرتبطة بها أو المشابهة لها والأعمال المتعلقة باستخراج المعادن والزيوت والمحاجر وغيرها من موارد الثروة الطبيعية ، وكافة أعمال الاستثمار الزراعي وشراء الأراضي والعقارات بقصد بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تجزئتها أو بقصد تأجيرها ، وجميع عمليات الاستيراد والتصدير الخاصة بالسلع على اختلاف أنواعها وشراء السلع وغيرها من الأموال المنقولة بقصد بيعها أو بقصد تأجيرها من الباطن ، وكافة الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية والجوية والنقل البري وبناء الطرق وتعبيدها وإقامة الجسور والسدود والأحواض الجافة وصيانتها وإقامة الخزانات والمستودعات بأرصفتها الموانئ وتخزين السلع والمحاصيل والمنقولات بوجه عام ، وإنشاء أنظمة تعاونية أو تبادلية تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية لتأمين أموالها الخاصة والودائع النقدية وسائر القيم المنقولة ، وإنشاء هيئات تأمين تبادلي لصالح الغير وتملك جميع أنواع براءات الاختراع والعلامات التجارية والشهادات والامتيازات وحقوق الملكية الأدبية والفنية التي تراها الشركة ضرورية لأعمالها واستعمالها والتجارة والتصرف فيها بكافة الأشكال (166) .

ثالثاً : الودائع المصرفية كصورة هامة للنشاط المصرفي الإسلامي

1- ماهية الوديعة المصرفية وأنواعها في البنوك الإسلامية

32- النقود هي عماد النشاط المصرفي للبنوك . وتستمد البنوك مواردها المالية النقدية من مصادر عديدة : رأس المال ، الاحتياطات ، العمولات والرسوم

(166) المادة 5 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي .

والأجور ، القروض والودائع لديها وغيرها . والودائع هي أهم الموارد المالية للبنوك الإسلامية⁽¹⁶⁷⁾ . وتشير الودائع المصرفية لدى البنوك الإسلامية مشكلات عملية وقانونية هامة لاسيما فيما يتعلق بمدى استحقاق عوائد على الودائع وعلاقة المودعين مع البنوك ومع المساهمين . والوديعة المصرفية هي مال يتلقاه البنك من المودع مع الالتزام بإعادته إلى المودع بمجرد الطلب أو في الميعاد المقرر لذلك وطبقاً للاتفاق الذي يكون بين البنك والمودع . وطبقاً للمفهوم المصرفي التقليدي يكون للبنك أن يستخدم أموال الودائع لديه وفقاً لما يجري عليه العمل المصرفي أو بحسب الاتفاق مع العميل ، كما يلتزم برد مثلها للعميل بذات نوع العملة بغض النظر عن الاختلاف الذي يطرأ على قيمة النقد للوديعة وقت الرد ومع فوائدها إذا كان متفقاً عليها في عقد الوديعة⁽¹⁶⁸⁾ . أما في البنوك الإسلامية ، فلا يجوز إضافة أية فوائد على الوديعة ، وإن جاز في بعض أنواع الودائع كالودائع الاستثمارية أن تحسب أرباحاً عليها إذا كان العميل قد فوض البنك في عملية استثمارها⁽¹⁶⁹⁾ .

33- وقد اختلف كل من الفقه القانوني والفقه الشرعي حول تكييف عقد الوديعة المصرفية ، ولاسيما أن البنوك تستخدم الودائع لديها في عملياتها التمويلية والاستثمارية وبما يضيف صعوبة أكبر على التكييف القانوني والشرعي لها ، فذهب اتجاه إلى اعتبار الودائع لدى البنوك عقد وديعة

(167) دكتور صبري شحاتة السيد بيومي ، إدارة البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 68-69 . عائشة الشرقاوي المألقي ، البنوك الإسلامية المشار إليه سابقاً ، ص 206 . دكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية ، المشار إليه سابقاً ، ص 419 وما بعدها . (168) الدكتور على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 30-33 .

(169) الدكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 420-421 . دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 259-260 . الدكتور محمود حسن صوان ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، المشار إليه سابقاً ، ص 108 ، والفصل الرابع من ذات المرجع المذكور .

بالمعنى الحرفي ، وبما يرتب عدم انتقال ملكية الوديعة إلى البنك وعدم أحقيته في الانتفاع بها أو التصرف فيها ، ومن ثم إعادتها إلى صاحبها بصفتها وعينها ولا يضمنها إلا إذا حصل لها هلاك أو خطأ في الحفظ عليها⁽¹⁷⁰⁾ . ولكن هذا النظر وإن كان يسري ويناسب الوديعة العادية ، فإنه لا يمكن أن يصدق على الودائع المصرفية التي يودعها أصحابها لدى البنوك والتي تقوم الأخيرة باستعمالها واستثمارها ولا تلتزم إلا بإعادة مثلها إلى المودعين⁽¹⁷¹⁾ . وبناء على هذا الانتقاد ، ذهب اتجاه في الفقه إلى اعتبار الوديعة المصرفية وديعة ناقصة أو شاذة بمقتضاها يسلم المودع المال للبنك ويرخص له باستخدامه مع التزام البنك برد مثله⁽¹⁷²⁾ . كما ذهب رأي في الفقه بأن الوديعة المصرفية هي من قبيل الإجارة لأن العبرة هي بنية المودع ، والتي تتمثل في إتاحة الفرصة للبنك في الانتفاع بالمال المودع ، وليس إقراضه إياه ، لفترة معينة أو لحين الطلب⁽¹⁷³⁾ . ويسعى هذا الرأي الأخير إلى تبرير العائد أو الفائدة على الوديعة باعتبار أن ذلك العائد أو تلك الفائدة هي الأجرة مقابل استخدام البنك للمال المودع ، وليس فائدة أو عائداً عن اقتراض . ولكن فكرة الإجارة ، فضلاً عن أنها تحافي أركان عقد الوديعة والتي لا تخول أصلاً المودع الانتفاع بها بل حفظها ، فإنها لا تتماشى كذلك مع ما يجري عليه العمل المصرفي سواء بالنسبة للودائع بأجل التي لا يجبر البنك على ردها لأصحابها قبل حلول الأجل أو بالشروط المتفق عليها

(170) راجع في عرض هذا الاتجاه وانتقاده : عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 212-213 .

(171) الدكتور علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المشار إليه سابقاً ، ص 34 .

(172) في عرض هذا الاتجاه وانتقاده : الدكتور علي جمال الدين عوض ، السابق ، ص 35 ، كذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني 1964 - الجزء السابع - مجلد 1 ، فقرة رقم 385 .

(173) في عرض هذا الاتجاه وانتقاده ، عائشة الشرقاوي المالقي ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 216-217 . الدكتور محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي . (الناشر - دار الثقافة - القاهرة 1989) ص ص 85-86 .

للرد ، أو بالنسبة للودائع تحت الطلب التي لا يرد فيها البنك ذات المال بل مثله (174) . ويميل الرأي الراجح قانوناً وشرعاً إلى اعتبار الوديعة المصرفية قرضاً ، وبما مفاده انتقال ملكية المال من العميل إلى البنك ، فيلتزم الأخير بأن يرد مثله لا عينه (175) . الأمر الذي يعطي البنك فرصة توظيف الأموال المودعة لديه ، وليس مجرد الحفاظ عليها بالإبقاء عليها مجمدة لديه . كما أن فكرة القرض تجعل البنك ضامناً لهلاك المال (176) . والحقيقة أن هذا التكييف الأخير للوديعة النقدية لدى البنوك من شأنه تحقيق مصلحة كل من البنك والعميل ، إذ يكون للبنك تجميع الأموال اللازمة للاستثمار وإعادة التوظيف ، كما يسمح للعميل - في ظل البنوك التقليدية - بالحصول على الفوائد ، ولعملاء البنوك الإسلامية بإمكانية الحصول على مردود عن ودائعهم الاستثمارية في شكل مردود ربحي أو عوائد (177) .

34- ويذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي المعاصر إلى اعتبار الوديعة المصرفية كالقرض لاتفاقها معه في تملك البنك العين وتعلقها بذمته والتزامه برد مثلها حال مطالبة العميل (178) . فالوديعة المصرفية تتوفر على أركان القرض ، مثل انتقال المال إلى ملك البنك مع التزامه برد المثل ، فضلاً عن

(174) في نفس الانتقاد ، راجع : عائشة الشرفاوي الملقبي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 216-217 .

(175) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، المشار إليه سابقاً . الدكتور على جمال الدين عوض ، المشار إليه سابقاً ، ص 36 ، ص 38 وما بعدها . الدكتور أحمد فهمي أبوسنة ، الحكم الفقهي للمسائل الواردة في الحوار الذي دار حول كتاب - نحو اقتصاد إسلامي - مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي - العدد 2 المجلد الأول (1984) ص 124 . راجع أيضاً : المعاملات المصرفية - إعداد : اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ، مجلة البحوث الإسلامية العدد 8 (1983) ص ص 23-24 ، وأيضاً ص 41 .

(176) الدكتور على جمال الدين عوض ، السابق ، ص ص 39-41 .

(177) الدكتور على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك . . . المشار إليه سابقاً ، ص ص 47-53 . دكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 438-439 .

(178) المعاملات المصرفية (إعداد اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء) ، المشار إليها سابقاً ، ص 41 .

المنفعة التي يحصل عليها كل طرف وهي حفظ المال لمنفعة صاحبه واستخدامه من جانب البنك المودع لديه سواء كان هذا الانتفاع بعائد أو بدون عائد (179) . ولا يؤثر في سلامة هذا النظر ما يثيره البعض من أن نية المودعين لدى البنك لا تنصرف عند الإيداع إلى إقراض البنك لعدم تفاوضهم حول شروط الاقتراض ، وأن نسب الفائدة - في البنوك التقليدية - والأرباح أو العوائد عن الودائع الاستثمارية - في البنوك الإسلامية - ما هي إلا نصيب لهم من جراء توظيف أموالهم في البنك ، فهو مردود عليه بأن العميل المودع يوقع عند فتح حساب الوديعة على قبول شروطها وأحكامها وبما لا يكون معه محل للقول بعدم انصراف نيته إلى إقراض البنك (180) . وحتى بالنسبة للودائع تحت الطلب ، فإن ما يذهب إليه البعض من أن المهمة الأساسية للبنك يجب أن تكون الحفاظ عليها خوفاً من الطلب المفاجئ من المودعين عليها لاستردادها وبما يشل حركة البنك في استخدامها أو توظيفها ، الأمر الذي يبعد هذا النوع من الودائع عن فكرة القرض (181) ، هو قول مردود عليه بأن البنك يمكنه توظيف هذه الودائع دون وجل لما جرى عليه العمل المصرفي من أن أصحاب الودائع تحت الطلب لن يطالبوا كلهم في وقت واحد بودائعهم ، كما أن عمليات استرداد بعض الودائع تقابلها إيداعات أخرى من عملاء جدد أو آخرين ، وفي كل الأحوال تترك البنوك هامشاً معيناً من أموالها لمواجهة طلبات السحب المتوقعة ، وحتى ولو حصل وفاقت طلبات الاسترداد هذا الهامش فإن

(179) راجع: الدكتور عبد الحميد محمود البعلي ، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية - دراسة فقهية وقانونية ومصرفية (الناشر - دار وهبة - القاهرة - الطبعة الأولى - 1991) ص ص 45-46 .

(180) في مناقشة هذا الرأي والرد عليه ، راجع : عائشة الشرفاوي الملقبي ، البنوك الإسلامية ص 221 وما بعدها .

(181) في عرض هذا الرأي والرد عليه : الدكتور على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 40-41 .

للبنوك أدواتها لتلبية طلبات السحب المفاجئة⁽¹⁸²⁾ . ومما يضمني قوة على التكيف القانوني للوديعة المصرفية بالقرض هو أن البنك هو الذي يكافئ العميل المودع إما بالفوائد لدى البنوك التقليدية حسب شروط وحجم المال المودع ، أو بالأرباح في الودائع الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية حسب شروط الوديعة الاستثمارية⁽¹⁸³⁾ ، وذلك على العكس فيما لو كان تم الأخذ بالقول بأن الوديعة المصرفية هي عقد وديعة بحت والذي يفترض فيه أن يقوم المودع (أي العميل) بمكافأة البنك المودع لديه نظير حفظ المال لدى هذا الأخير وهو ما لا يجري به العمل المصرفي . والخلاصة ، أنه إذا كان الرأي الراجح قانونياً وشرعاً أن الودائع المصرفية لدى البنوك هي قروض أو على الأقل تأخذ أحكام القرض ، فإن الاختلاف بين القانون والفقہ الإسلامي يأتي من موقف الشريعة الإسلامية في تحريم الفوائد عن الودائع بعكس ما يجري عليه العمل في البنوك التقليدية ، وذلك لما هو محظور شرعاً من اشتراط أي زيادة على أصل الدين في الحدود وبالناطق المقرر شرعاً⁽¹⁸⁴⁾ . والبنوك الإسلامية وإن كانت تعطي عوائد على الودائع الاستثمارية ، فإن هذه العوائد ليست فوائد ثابتة كالمقررة في البنوك التقليدية وإنما هي أرباح ناتجة عن إسهامات المودعين لدى البنوك

(182) السابق .

(183) السابق ، ص 41 .

(184) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 149-150 . وكان مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمر علماء المسلمين الثاني قد أصدر القرار التالي (الفائدة على أنواع القروض كلها محرم لا فرق في ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي وكثير الربا في ذلك وقليله حرام لا تبينه حاجة ولا ضرورة وأن أعمال البنوك من الحسابات الجارية وصرف الشيكات وخطابات الاعتماد والكمبيالات الداخلية التي يقوم عليها العمل بين التجار والبنوك في الداخل ، كل هذا من المعاملات الجائزة وما يؤخذ نظير هذه الأعمال ليس من الربا . وأن الحسابات ذات الأجل وفتح الاعتماد بفائدة وسائر أنواع الإقراض نظير فائدة كلها من المعاملات الربوية وهي محرمة . وأن استثمار المال الخاص وما يتبع فيه من الطرق حق خالص لصاحب المال على أنه إذا سلك في هذا مسلكاً يؤدي إلى ضياع المصلحة العامة وجب على ولي الأمر أن يتدخل ليمنع الضرر وليصون المصلحة العامة بطرق لا عدوان فيها على الحق المشروع لصاحب المال) .

الإسلامية في تمويل الاستثمارات والتوظيف للأموال (185) . وتنقسم الودائع في البنوك الإسلامية إلى نوعين أساسيين وذلك بحسب ما تمت الموافقة عليه في مؤتمر البنك الإسلامي الذي انعقد في دبي عام 1979 وهما : الودائع تحت الطلب أو ما يطلق عليها في أحيان أخرى الحسابات الجارية أو القرض الحسن والودائع الاستثمارية .

35- الودائع تحت الطلب : وتعرفها بعض النظم الأساسية للبنوك الإسلامية بأنها الودائع بدون تفويض بالاستثمار والتي تأخذ حكم الحسابات الجارية (186) . ويمثل هذا النوع من الودائع مكانة هامة في المعاملات المصرفية للعملاء وللبنوك سواء بسواء . إذ يمكن للعملاء تسهيل أداءاتهم من خلالها وذلك بأوامر التحويل المصرفي أو بإصدار شيكات مثلاً ، كما يقوم البنك بتوظيفها دون فوائد أو عوائد عليها للعملاء مع ترك هامش لمواجهة طلبات الاسترداد اليومية من العملاء (187) . ومع هذا يجري العمل في بعض البنوك التقليدية على منح فوائد على تلك الودائع في أحوال معينة كما إذا كانت مبالغ الوديعة ضخمة أو تجاوز حدوداً معينة (188) . وإذا كان الأصل أن الودائع تحت الطلب بدون عوائد ، فإن البنوك تجري على تحصيل نفقات معينة من عملائها عن حسابات هذه الودائع . وإلى حد كبير تتماثل وضعية الودائع تحت الطلب في البنوك الإسلامية مع تلك التي قبلها البنوك التقليدية سواء من حيث شكل العقد وإبرامه وشروطه وحق العميل في استرداد كامل مبلغ الوديعة دون تحميله

(185) في معنى قريب : الدكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية ، ص ص 429 - 430 .

(186) مثال ذلك ، راجع : المادة 7 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي ، والتي قررت صراحة أن الودائع تحت الطلب تأخذ صفة القرض الحسن أي لا تدر أي دخل من أي نوع . كذلك المادة 43 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(187) دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص 260 - 261 .

(188) الدكتور على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، المشار إليه ، ص 32 هامش (1) .

أية خسارة عند الطلب ، مع اختلاف جوهرى هو أن البنوك الإسلامية لا تمنح أية عوائد على تلك الودائع في كل الأحوال⁽¹⁸⁹⁾ . فهي ودائع بدون دخل أو ربح . وبترتب على ذلك أن البنوك الإسلامية تستفيد إفادة كبيرة من الودائع تحت الطلب المبيعة لديها ، فتقوم باستثمارها أو توظيفها دون الالتزام بتوزيع أية عوائد أو أرباح عنها من أي نوع على العملاء . مما دفع البعض إلى القول بوجود إجحاف للعملاء في تلك الأحوال⁽¹⁹⁰⁾ ، كما حاولت بعض البنوك الإسلامية تخفيف وتعويض المودعين برصد جوائز أو مكافآت عينية أو مالية أو غيرها من التشجيعات وطالما لا يكون متفقاً عليها سلفاً مع العملاء عند فتح الحساب ، كما يجري العمل لدى البنوك الإسلامية بالحصول على إذن مسبق من أصحاب هذه الودائع في حالة قيامها باستخدامها⁽¹⁹¹⁾ . وقد تم حسم شرعية الودائع تحت الطلب لدى البنوك الإسلامية ، طالما هي بدون فوائد أو أي مردود ، وذلك بما تقرر في هذا الخصوص برأي مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره بالقاهرة عام 1965⁽¹⁹²⁾ . كما نص قانون البنوك الإسلامية الباكستاني صراحة على أن الودائع تحت الطلب والحسابات الجارية لا

(189) في معنى قريب : دكتور عوف محمود الكفراوي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 152-154 . عائشة الشرقاوي الملقى ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 228-229 .

(190) عائشة الشرقاوي الملقى ، السابق ، ص 230 .

(191) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 92-93 . وهو يرى إنه في حالة توزيع جوائز تشجيعية من البنوك الإسلامية على الحسابات الجارية (تشور الشبهة في أن هذا التوزيع - مع تكرار حدوثه عاماً بعد عام ، ومع النية الكامنة خلفه في تشجيع المودعين - يصبح أمراً ملحوظاً وإن لم يكن مشروطاً ، وينسحب عليه حكم التحريم لشبهة الربا فيه . والمخرج في رأي من هذه الشبهة هو التفريق بين نوعين من الحسابات تحت الطلب أحدهما يكون مضموناً ولا توزيع عليه أي مكافآت ، ويكون الثاني مشاركاً يتحمل نسبه في الربح والخسارة) المرجع المذكور ، ص 93 .

(192) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، الجزء 5 ، ص 161 ، كما تم الإشارة إليه في : عائشة الشرقاوي الملقى ، البنوك الإسلامية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص 232 .
(193) راجع : Zubair Iqbal and Abbas Mirakhor, Islamic Banking: المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 10 .

تستحق أية عوائد عليها⁽¹⁹³⁾ . كما نصت كل من المادتين 43 و 44 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على أن الودائع بدون تفويض بالاستثمار يجوز سحبها كلها أو بعضها في أي وقت ، كذلك ما نصت عليه المادة 7 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي من أن الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) تأخذ صفة القرض الحسن ، وهي قابلة للرد عند الطلب ويضمنها البنك ولا يتحمل أصحابها أية مخاطر ، كما أنهم لا يحصلون على أية أرباح عنها ، إذ القاعدة أن الغنم بالغرم⁽¹⁹⁴⁾ . كذلك ما نص عليه النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري من فتح حسابات بالعمليتين المصرية والأجنبية تتيح السحب والإيداع في أي وقت دون قيد أو شرط وتدفع عند الطلب⁽¹⁹⁵⁾ . وكذلك ما نص عليه قانون البنوك الإيراني في مادته الثالثة من قبول هذه الودائع بصفتها قروض لاربوية⁽¹⁹⁶⁾ ، وكذلك قانون البنك الإسلامي الأردني من النص على قبول الودائع النقدية وفتح حسابات جارية لها يطلق عليها (حساب الائتمان) والتي على أساسها يفوض المودعون البنك في استخدامها وله أرباحها وعليه خسائرها ، وهي غير مقيدة بأي شرط عند السحب أو الإيداع ولا تتحمل مخاطر التوظيف ولا ينال المودعون أي عوائد عليها⁽¹⁹⁷⁾ .

36- الودائع الاستثمارية : لما كانت الودائع عند الطلب لدى البنوك الإسلامية لا تدر عوائد للمودعين ، فإن الإقبال على الودائع الاستثمارية لديها زاد بشكل كبير . لذلك فإن الودائع الاستثمارية تشكل أهم الموارد المالية بالنسبة للبنوك

(194) راجع المادتين 43 ، 44 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي ، والمادة 7 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي .

(195) بنك فيصل الإسلامي المصري - تعريف بالبنك - نشرة بدون توثيق .

(196) راجع : Zubair Iqbal and Abbas Mirakhor, Islamic Banking: المشار إليه سابقاً ، ص 32 .

(197) البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار : المادة 3/3 أ من عقد التأسيس ، المادة 3/3 أ والمادة 7/7 من النظام الداخلي للبنك المذكور .

الإسلامية (198) . وتثير مسألة عوائد أو أرباح العوائد الاستثمارية الجدل الفقهي . وبصفة عامة ، يذهب البعض إلى وجوب قيام البنوك الإسلامية بمنح العملاء حق الاختيار إما بالحصول على نسبة من الربح مشاعة لتحدد سلفاً أو على مقدار من الربح لا يتحدد إلا بنهاية المشروع أو بانتهاء مدة معينة . ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على أساس أن هذه الودائع تأخذ حكم المضاربة ما دام أصحابها قد أودعوا البنوك بنية الاستثمار وليس الإفراض (199) . كما اقترح محافظو البنوك المركزية في بعض الدول الإسلامية أن يكون استخدام البنوك للودائع الاستثمارية بناء على نظام المشاركة في الأرباح والخسائر وليس على أساس المضاربة . وقد يبدو هذا الاقتراح الأخير محققاً لنوع من العدالة في العلاقة بين البنك والمودعين . ذلك أن الخسارة في المضاربة يتحملها المودع وحده كونه صاحب المال ، أما البنك الإسلامي فلا يتحمل أية خسارة مالية بحسبان أنه قد خسر جهده ووقته إلا إذا حصلت الخسارة بفعله (200) ، وأما نظام المشاركة فيتم فيه الاتفاق بين البنك والمودع على المشاركة في تحمل تبعات الاستثمار .

والودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية على أنواع . فهناك أولاً : ما يعرف بالودائع الاستثمارية المطلقة أو العامة ، وهناك ثانياً الودائع الخاصة أو المقيدة ، وأخيراً الودائع الادخارية .

37- الودائع الاستثمارية المطلقة أو العامة ، هي التي يقوم البنك الإسلامي باستثمارها للمودعين على أساس المضاربة غير المشروطة ، ويحصلون على نسبة معينة من الأرباح التي يحققها البنك في المشروعات أو الأنشطة التي

(198) الدكتور محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص 90 .
(199) راجع : الدكتور محمد شوقي الفنجري (رد على نقد كتاب : نحو اقتصاد إسلامي - مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي) . العدد 2 المجلد الأول (1985) ص 120 . وفي تكييف الوديعة الاستثمارية بأنها مضاربة ، راجع أيضاً : الدكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 259-260
(200) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 62-65 ، وبصفة خاصة ص 65 .

يمولها البنك بأمواله وأموال المودعين ، ويتم توزيع الأرباح سنوياً أو حسب ما يتم عليه الاتفاق . ولا يكون البنك ملتزماً بتوزيع أرباح إذا حصلت خسارة(201) . ولقد نصت المادة 7 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي على هذا النوع من الودائع الاستثمارية حيث تأخذ هذه الودائع صفة المضاربة بين بنك دبي الإسلامي وبين المودع ، وتخضع هذه الودائع لشروط العقد المبرم بين الطرفين ، وتستثمر أموال المساهمين مع أموال المودعين في وعاء واحد ويوزع العائد بينهما بنسبة استثمار أموال كل منها . وتكون الودائع الاستثمارية المطلقة لدى بنك دبي الإسلامي محددة لمدة ثلاثة أشهر أو ستة أو تسعة أشهر أو اثني عشر شهراً أو أكثر حسب ما يقرره مجلس الإدارة ، وإذا كانت الوديعة محددة المدة ، فالأصل هو عدم جواز سحبها قبل الموعد المحدد في عقد الإيداع ، وإن جاز على سبيل الاستثناء وفي حالات خاصة وبناء على طلب صاحب الوديعة الموافقة له على سحبها قبل موعدها على أن يحاسب على حصته في الأرباح وفقاً لما يقرره مجلس الإدارة ، أما الودائع غير المحددة المدة فينص في عقد الإيداع على الإجراءات اللازمة لإشعار البنك بسحب الوديعة وإجراء تصفية حساب الاستثمار الخاص بها (202) . كما تنص المادة 45 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على أنه يجوز أن يكون التفويض في الاستثمار مطلقاً ، والودائع التي يفوض أصحابها بيت التمويل الكويتي (بيتك) في استثمارها تدخل في جملة الأموال المخصصة للاستثمار في المشروعات التي يقوم بها بيتك سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في تمويل المشروعات للغير . ويكون الإيداع لمدة محددة في عقد الإيداع أو لمدة غير محددة . وإذا كان الإيداع لمدة محددة ، فإن عقد الإيداع ينص على المدة اللازمة لقيام المودع بإشعار بيتك قبل السحب وتصفية حساب الوديعة . إما إذا كانت الوديعة غير محددة المدة ، فإن الأصل هو عدم سحبها قبل الموعد المحدد في

(201) عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية . . . المشار إليه سابقاً ، ص 239 .

(202) المادة 7 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي .

عقد الإيداع وإنما يجوز استثناء في حالات خاصة بناء على طلب المودع وموافقة مجلس إدارة بيتك سحب الوديعة قبل موعدها والتنازل عن حصة المودع في الأرباح عن السنة المالية التي يتم السحب خلالها كلها أو بعضها وفقاً لما يقرره مجلس الإدارة⁽²⁰³⁾. ويرى البعض أن اشتراط تخلي المودع عن نصيبه في الأرباح كلها أو بعضها عند سحب الوديعة قبل موعدها فيه إضرار غير مبرر بالمودع فضلاً عن عمومية السلطة التقديرية الممنوحة لمجلس الإدارة في هذا الخصوص⁽²⁰⁴⁾. وفي لبنان، نصت المادة الثالثة من قانون المصارف الإسلامية اللبناني على أنه يجوز الاتفاق مع العميل على أن تكون وديعته مرتبطة بنتائج المصرف السنوية أو بنتائج العمليات ولا يجوز أن يقل أجل استحقاق الوديعة عن ستة أشهر⁽²⁰⁵⁾. كما صدر القرار الأساسي من حاكم مصرف لبنان رقم 8828 في 25/8/2004 والذي نص على أنه يجب أن يتضمن عقد إنشاء الوديعة على الأقل ويشكل صريح: مبلغ الوديعة وشروط التصرف فيها وتاريخ استحقاقها، وحصة كل طرف (أي العميل والبنك) من الربح على أن تكون نسبة مئوية شائعة وليست مبلغاً محدداً، والمصروفات التي يتحملها العميل وكيفية توزيع الخسائر في حال حدوثها وإمكانية أو عدم إمكانية قيام المودع بسحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل وشروط ذلك وإمكانية أو عدم إمكانية اختلاط الوديعة مع أموال المصرف الخاصة أو الأموال التي للمصرف حق التصرف المطلق بها⁽²⁰⁶⁾. أما فيما يتعلق بالودائع المرتبطة بالنتائج السنوية للمصرف فقد نصت المادة الأولى - ثانياً من القرار المذكور على أن ترتبط نتائج الوديعة بنتائج المصرف السنوية إذا تم الاتفاق في عقد الوديعة

(203) المادة 45 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(204) راجع في هذا الرأي: عائشة الشرفاوي المالقي، البنك الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص 238-239 .

(205) المادة الثالثة من قانون إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان رقم 575 في 11/2/2004 .

(206) المادة الأولى / أولاً من قرار أساس رقم 8828 الصادر عن حاكم مصرف لبنان في 25/8/2004 .

على أن تكون مختلطة مع أموال المصرف الخاصة أو الأموال التي للمصرف حق التصرف المطلق بها (الحسابات الجارية أو غيرها من الأموال التي يتسلمها المصرف على أساس عقد مضاربة) ، وتكون بالتالي ، الوديعة المرتبطة بالنتائج السنوية للمصرف إما على شكل حساب استثمار مطلق أو على شكل حساب استثمار مقيّد مختلط . أما فيما يتعلق بالعوائد المرتبطة بنتائج العمليات ، فتكون إذا لم تختلط الوديعة بأموال المصرف الخاصة أو الأموال التي للمصرف حق التصرف المطلق فيها ، وجرى بالتالي تدوينها خارج ميزانية المصرف ، وهي تكون في هذه الحالة على شكل حساب استثمار مقيّد غير مختلط (207) .

38- أما الودائع الاستثمارية المقيّدة فهي التي يتفق فيها المودع مع البنك على استثمارها في مشاريع محددة يختارها المودع ويتحمل المودع وحده عبء مخاطر ذلك الاستثمار ، وله الربح وعليه الخسارة . ويكون البنك في هذه الحالة إما مديراً للاستثمار أو كميلاً عن العميل وله عمولة (208) . ومع ذلك يجوز أن تكون هناك شراكة بين البنك والمودع في هذا الشكل الاستثماري بحيث تتوزع الأرباح والخسارة بين الطرفين حسب الاتفاق (209) . ولقد نصت المادة 7/3 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي على هذا الشكل للوديعة بقولها إنها (هي الودائع التي يحدد صاحبها المجال الذي يرغب استثمار أمواله فيه . وفي هذا الحالة يتحمل المودع نتائج هذا الاستثمار وينظم العلاقة بين الشركة والمودع عقد المضاربة الخاص المبرم

(207) السابق - المادة الأولى / ثانياً .

(208) راجع : الدكتور رفیق یونس المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها (مركز النشر العلمي - جامعة الملك عبد العزيز - جدة - السعودية 1990) ص 14 . دكتور عوف الكفراوي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 155-156 . عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص 242 .
(209) في معنى قريب : الدكتور غريب الجمال ، المصارف والمعاملات المصرفية ، المشار إليه سابقاً ، ص 421 .

بينهما(210) . كما نصت المادة 45 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على أنه (ويجوز أن يكون التفويض مقيداً بالاستثمار في مشروع معين - عقاري - أو صناعي - أو مالي أو غير ذلك في مشروعات الشركة (أي بيت التمويل الكويتي)(211) . كما عرفها النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي بأنها الحسابات التي يودع فيها أصحابها أموالاً من أجل مشروعات تجارية واستثمارية محددة ومعينة بذاتها يعلن عنها البنك ويقوم بمباشرتها وتكون عوائدها مرتبطة بالنتائج النهائية لكل عملية(212) .

39- أما الودائع الادخارية ، فهي التي تفتح عادة بغرض تشجيع صغار المدخرين على التوفير . وفي البنوك التقليدية ، يطلق على هذه الودائع ودائع أو حسابات التوفير وهي تكون بفائدة وتكون تحت تصرف المودعين بحيث يكون لهم الحق في السحب منها متى شاؤوا(213) . أما في البنوك الإسلامية ، فإنه يجوز كذلك فتح حسابات الادخار ، ولكن مع استخدامها وفقاً لأدوات التعامل الإسلامي بحيث يجوز الاتفاق بين العميل والبنك على أن يتم استثمار حساب التوفير على أساس المضاربة ، وبحيث يحصل العميل على عوائد من الاستثمارات التي يباشرها البنك عن ذلك الحساب ، مع ملاحظة أن نسبة الأرباح في هذه الحالة لا تتحدد مسبقاً ، بل تكون متغيرة(214) . ومن ذلك ما تنص عليه المادة 4/7 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي من أن ودائع الادخار الاستثمارية هي (الودائع التي تفتح بغرض تشجيع صغار المدخرين ، ويخضع الحد الأدنى والأقصى لهذه الودائع لما يقرره مجلس الإدارة ، وتشارك هذه الودائع في الوعاء

(210) المادة 3/7 من النظام الأساسي - بنك دبي الإسلامي .

(211) المادة 45 من النظام الأساسي - بيت التمويل الكويتي .

(212) بنك فيصل الإسلامي المصري - تعريف بالبنك - نشرة بدون توثيق .

(213) الدكتور على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المشار إليه سابقاً ، ص 148 .

(214) الدكتور محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، المشار إليه سابقاً ، ص 91 .

الاستثماري للشركة (أي البنك) . ويحكم العلاقة بين المودعين والشركة عقد المضاربة المبرم بينهما (215) .

2- علاقة المودعين مع البنوك الإسلامية :

40- تركز علاقة المودعين مع البنوك التقليدية ، وكما ذكرنا سلفاً ، على عقد القرض بحسب التكليف الراجح قانوناً . وبما مفاده أن علاقة المودع بالبنك التقليدي هي علاقة دائن ومدين ، حيث أن ما يهيم المودع في البنك التقليدي أن يسترد أمواله مع الفوائد المتفق عليها ، سواء حقق البنك ربحاً أو لحقت به خسارة . وهذا النظر مرفوض من الوجهة الإسلامية الشرعية ، إذ تقوم العلاقة بين المودعين والبنوك الإسلامية على رابطة المشاركة ، لاسيما في حالة الودائع الاستثمارية (216) . صحيح أن الودائع تحت الطلب في البنوك الإسلامية تنأسس أيضاً - بحسبان الراجح شرعاً - على فكرة القرض ، كما أسلفنا ، إلا أن المودعين في مثل هذا النوع من الودائع لا يحصلون على أية فوائد عن ودائعهم لعدم جواز ذلك شرعاً (217) ، كما أنه لا نصيب لهم في الأرباح حتى عند قيام البنك الإسلامي باستخدام جانب من تلك الودائع في استثماراته ، لأن المركز القانوني والشرعي لأصحاب الودائع عند الطلب أو أصحاب الحسابات الجارية هو أنهم مقرضون بلا فوائد فيما يعرف في الاصطلاح الشرعي بالقرض الحسن . وبحسب ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 بإنشاء قسم

(215) المادة 7/4 من النظام الأساسي - بنك دبي الإسلامي .
(216) الدكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 258 . وراجع في العلاقة بين البنوك الإسلامية والمودعين : الدكتور رفيق يونس المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص 13-21 . الدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة (منشورات المكتبة العصرية - صيدا - بيروت) ص ص 237-242 .
(217) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص 92-93 .

خاص بالبنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي من أن الودائع تحت الطلب هي التي يودعها أصحابها لدى البنك الإسلامي لغير غرض الاستثمار على أساس أن يتم الحصول عليها عند طلبها ، ومن ثمّ فلا يتحمل أصحاب الودائع أي نوع من الخسائر التي قد تنجم عن أنشطة البنك في التمويل والاستثمار وإن استخدمها البنك كلها أو جانباً منها في مثل هذه الأنشطة⁽²¹⁸⁾ ، كما تلتزم البنوك الإسلامية برد الودائع تحت الطلب كاملة لأصحابها دون أية خسائر ، وذلك إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة 96 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

41- أما بالنسبة لأصحاب الودائع الاستثمارية ، فإن علاقة المودعين بالبنك الإسلامي هي علاقة قائمة على الشراكة ، إذ من الناحية الشرعية يتحمل المودعون مخاطر استثمار المال ، كما أنه من المحظور عليهم شرعاً الحصول على فوائد ثابتة ، وإنما هم أصحاب مال في شركة مضاربة أو إقراض ، كما أن البنك الإسلامي لا يضمن هذه الودائع إلا إذا ثبت تعديده أو تقصيره⁽²¹⁹⁾ . وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 96 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أنه (ويشارك أصحاب الودائع الاستثمارية في الأرباح أو الخسائر التي تتحقق من النشاط بنسبة أموالهم المشاركة في الاستثمار ووفقاً للعقود المبرمة معهم والأحكام الواردة في هذا القانون) (220) .

(218) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، جريدة الكويت اليوم المشار إليها سابقاً ، ص (و) .
(219) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 257 . أيضاً راجع : الدكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص 430 وما بعدها .

(220) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 (في الكويت) إن المادة 96 من القانون المذكور تقضي بمشاركة أصحاب الودائع الاستثمارية في الأرباح والخسائر التي تتحقق من النشاط وفقاً للقواعد الشرعية في هذا الخصوص . حيث إنه من الأسس التي يقوم عليها البنك الإسلامي في التعامل مع عملائه أن الغنم بالغرم ، وبناء على ذلك فإن الودائع الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية يشارك أصحابها في تحمل مخاطر استثمارها شرعاً ، =

42- ولما كان المودعون في البنوك الإسلامية ، في نطاق الودائع الاستثمارية ، يعتبرون أصحاب مال وشركاء في النشاط الاستثماري الذي تزاوله البنوك المذكورة ، فقد ثار التساؤل عن مدى اختلاف مركزهم القانوني عن المساهمين في تلك البنوك . ذلك أن المساهمين في البنك لهم حصص في رأس المال وتمثل فيما يملكونه من أسهم فيه وبما يخولهم أيضاً باعتبارهم شركاء نصيباً في الأرباح بحسب ملكية الأسهم . ومع ذلك يذهب البعض إلى أنه يجب عدم التفرقة بين المساهمين والمودعين في البنوك الإسلامية وعلى نعي من أنه إذا كان المساهمون يقدمون رأس المال اللازم لتأسيس البنك والبدء في نشاطه ، فإن المودعين يقدمون أموالهم كودائع لدى البنك الإسلامي لاستثمارها باعتبار أن تلك الودائع من موارده الأساسية ، بل إنه بمرور الوقت قد يصبح حجم الودائع الاستثمارية أكبر بكثير من رأس مال البنك . وبناء على هذا ، يخلص أصحاب الرأي المتقدم إلى أنه وحيث إن كلاً من المودعين والمساهمين في البنوك الإسلامية يعتبرون شركاء بما يقدمونه من أموال في تلك البنوك ، فإن العدالة توجب اشتراكهم ليس في الأرباح الناشئة عن الاستثمار ، ولكن يجب أن يكون لكل فريق منهم حصة في موجودات البنك أو حصة في ناتج التصفية ؛ بل ويبالغ البعض بالقول بوجود تمثيل المودعين في إدارة البنك الإسلامي سواء بطريق التعيين أو الانتخاب لعضوية مجلس الإدارة ومنحهم حق التصويت في الجمعية العمومية للبنك (221) .

وبالتالي لا يضمنها المصرف الإسلامي إلا إذا ثبت تعديه أو تقصيره . المذكرة الإيضاحية ، جريدة الكويت اليوم المشار إليها ، ص (و) .

(221) راجع : محمد عمر شبرا ، النظام النقدي والمصرفي في اقتصاد إسلامي - ترجمة عربية ، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي - المجلد الأول - العدد (1984) 2 ، ص 21 وما بعدها . أيضاً : Patrice Piquard (des Banquiers d'Allah) Revue , Science et vie- Economie, No 42 September 1988 P. 31

كما هو مشار إليه في : عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص 258 - 259 وهامش رقم 938 من المرجع المذكور أخيراً .

والحقيقة أن هناك مبالغة شديدة فيما ذهب إليه الرأي السابق ترقى به إلى حد الزلل في التصور القانوني . فهناك فروق عديدة بين مراكز المساهمين ووضع المودعين في البنوك الإسلامية ؛ ومن ذلك أن قابلية السهم للتداول تمكن المساهم من الخروج من الشركة في أي وقت ، وهذه حرية لا يتمتع بها المودع الذي يكون له الحق في سحب وديعته بانقضاء مدتها أو حسب الاتفاق المبرم مع البنك في هذا الخصوص . وفضلاً عن ذلك فإن تداول الأسهم يعني تغيير شخص المساهم مع بقاء رأس المال باعتباره ملكاً للشخص المعنوي طوال فترة حياة البنك ، أما انتهاء الوديعة فمعناها سحبها من نطاق موارد البنك . كما أن رأس مال البنك ، الذي يشترك المساهمون فيه ، ضامن للديون التي على البنك ، أما أصحاب الودائع فإنهم غير ضامين لديون البنك وإن كانوا يتحملون نصيبهم في الخسارة عن الاستثمارات التي تولاهم لهم البنك . كما أن للمساهمين دوراً في إدارة البنك ولهم نصيب في موجوداته لأن لهم حصصاً في ملكية البنك تقدر بما يملكه كل منهم من أسهم في البنك والتي تخوله حقوق الإدارة ونصيب في الموجودات والأصول . أما المودعون فليس لهم إلا وديعتهم لدى البنك يستردونها كاملة مع أرباحها ، أو منقوضة عندما تلحقها خسارة (222) .

لذلك ، نرى أن التكييف القانوني لعلاقة المودعين بالبنوك الإسلامية هو أنهم شركاء في شركة محاصة ، لهم نصيب في الأرباح ويتحملون نصيبهم في الخسارة ، وتنقضي هذه الشركة بانتهاء الغرض منها أي الاستثمار من البنك لصالح المودعين وذلك بانقضاء عقد الوديعة بالشروط المتفق عليها بينهم . وهذا التكييف هو الذي يفسر عدم انخراط المودعين في إدارة البنك الإسلامي ، باعتبار أن المودع في البنك الإسلامي يكون له مركز الشريك

(222) راجع : الدكتور رفيع يونس المصري ، المصارف الإسلامية . دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 13-21 . الدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من البنوك الإسلامية المعاصرة ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 237-242 . عائشة الشرفاوي المألقي ، البنوك الإسلامية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 258-261 .

في شركة المحاصة في علاقة البنك بالمدعين وحتى في علاقة المدعين مع بعضهم البعض ، أما الإدارة فتكون بيد البنك باعتباره مدير هذه المحاصة وفقاً لهذا التكيف . كما أن هذا التكيف يمكن أن يفسر عدم أحقية المدعين في موجودات البنك وذلك على أساس أن شروط الوديعة ، باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من المحاصة ، هي المناط في علاقة الشركاء المحاصين والتي لا تخول المدعين الإنصيباً في الأرباح والخسائر مع الحق في استرداد الوديعة بقيمتها وقت الرد أو حتى خسارتها .

43- وتبقى مشكلة هامة في علاقة المدعين بالبنوك الإسلامية ، لاسيما بالنسبة لأصحاب الودائع الاستثمارية ، ذلك أن المدعين - باعتبارهم شركاء مع البنك - قد تتعرض ودائعهم للخسارة أو على الأقل تنعدم أرباحهم أو تكون ضئيلة إلى حد كبير ، مما قد يصيب المتعاملين مع البنوك الإسلامية بالهلع ، ثم الإحجام عن الإيداع لديها للحذر والخشية من الخسارة . مع العلم أن هذا الحذر وهذا الخوف لا نجدهما في البنوك التقليدية التي تتعامل بفوائد ثابتة مع الالتزام برد كامل مبلغ الوديعة باعتبارها دين في ذمة البنك التقليدي . ومع هذا ، فإن حجم الإيداعات في البنوك الإسلامية في زيادة واطراد بالنظر إلى اتباع تلك البنوك الأسس الشرعية في معاملاتها ، وهذا في ذاته يدفع الكثيرين من المسلمين إلى التعامل معها ، لاسيما وأن هذه البنوك أصبحت لديها سياسات تمويلية راسخة تقوم على التنوع وعلى مبدأ توزيع المخاطر والتي تركز على دراسات فنية ومالية وقانونية وشرعية دقيقة⁽²²³⁾ ، فضلاً عن أن الاحتياطات التي تكونها البنوك الإسلامية غالباً ما تكون كافية لمواجهة الأزمات ، وهو ما خلق نوعاً من روح الاستقرار للنشاط الاستثماري للبنوك الإسلامية ، وبما يشجع المدعين على الإيداع

(223) راجع : محمد عمر شبرا ، النظام التقدي والمصرفي في اقتصاد إسلامي ، المشار إليه سابقاً ، ص 15 . وراجع في علاقة المصرف بالمدعين والمستثمرين في المضاربة ومسألة الضمان : الدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة الإسلامية من المصارف المعاصرة ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 237 - 242 .

فيها ، حتى إنه لوحظ أن الأرباح التي يحصلون عليها من البنوك الإسلامية قد تكون أعلى من نسب الفوائد الثابتة للودائع المماثلة في البنوك التقليدية (224) .

رابعاً : أساليب وأدوات عمل البنوك الإسلامية :

44- تزاوّل البنوك الإسلامية نشاطها المصرفي بأساليب وأدوات تتفق مع الأسس الشرعية والتي تحرّم التعامل بالفوائد أياً كان شكلها ، والتي تقوم - بصفة عامة - علي مبدأ الاشتراك في الأرباح والخسائر كما في المضاربة والمشاركة ، أو بالتمويل بهدف تحقيق هامش ربحي كما يبيوع المربحة والإجارة ، بل والتمويل في بعض الأحيان دون غاية الربح كما في القرض الحسن ، وهذا فضلاً عن الخدمات المصرفية في مجال فتح التسهيلات كفتح الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والتعامل في الأوراق المالية والأوراق التجارية وأعمال الصرف وتأجير الخزائن الحديدية وغيرها من معاملات أخرى ، لا سيما ما ابتدعه العمل المصرفي من عمليات مستحدثة كما في عقود المبادلات Swaps والخيارات Options (224 مكرر) . وإذ لا

(224) الدكتور رفيع يونس المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 15-17 .

(224 مكرر) ويقول الدكتور جمال الدين عطية بأن المربحة الإسلامية Islamic Swap أو القروض المتبادلة بعمولات مختلفة هي عملية (تتلخص في الاتفاق على تبادل مبلغين بعمليتين مختلفتين ولمدة محددة يسترد بعدها كل من المبلغين ، ويعامل المبلغان كقرض حسن من الجانبين ، ويستخدم كل طرف المبلغ الذي اقترضه لحسابه وعلى مسؤوليته خلال مدة القرض . ولتوضيح العملية نضرب مثلاً بمسثمر يملك دولارات ويريد أن يستثمرها في ألمانيا مثلاً ويخشى أن يؤدي انخفاض سعر المارك بعد انتهاء العملية الاستثمارية التي يرغب في الدخول فيها إلى أن تستغرق خسارته - عند تحويل حصيلة العملية مرة ثانية إلى الدولار - ما حققه من ربح في العملية الاستثمارية ، والحل الذي تقدمه البنوك التقليدية هو أن يتفق على سعر شراء الدولار في موعد مقبل محدد ويقوم العميل ببيع دولاراته وشراء الماركات بسعر اليوم ، وبعد انتهاء عملية الاستثمار التي استخدم فيها الماركات يقوم بتحويلها إلى دولارات بالسعر الذي سبق أن اتفق مع البنك عليه . أما في طريقة تبادل القروض ، فإنه يقوم بتقديم ما لديه من دولارات قرضاً حسناً =

يتسع المجال في هذه الدراسة لتحليل تأصيل كل أدوات العمل المصرفي الإسلامي ، فإنه لا يجب أن يفوتنا في نفس الوقت أن نقف على الملامح الأساسية لأهم هذه الأدوات ، وبصفة خاصة المضاربة والمرابحة والمشاركة والإجارة والقرض والاستصناع وغيرها من خدمات مصرفية .

(1) المضاربة :

45- هي شركة بين المال والعمل بغرض تحقيق الربح . فيقوم أحد الطرفين بتقديم المال اللازم ، بينما يقوم الطرف بالعمل اللازم ، ثم يتم توزيع الأرباح الناشئة بينهما على أساس نسب معينة شائعة متفق عليه ، وليس حسب مبالغ محددة . أما إذا حصلت خسارة ، فإن صاحب المال يتحملها وحده ، وبحسبان أن المضارب بعمله قد خسر جانباً من وقته فضلاً عن جهده (225) . ومن هذا المنظور ، فإن المضاربة تشجع على التعاون فيما بين

إلى البنك الذي يقوم بإقراضه قرصاً حسناً كذلك ، ويقوم باستثمار المراكات لحسابه ، كما يقوم البنك باستثمار الدولارات لحسابه ، وفي الموعد المحدد يسترد كل من الطرفين أصل القرض المقدم منه ، وبذلك لا يتعرض العميل لأي مخاطر في تقلبات سعر الصرف بالنسبة لأصل رأس ماله ، وإنما تنحصر مخاطرته فيما حققه من ربح أو خسارة إذا أراد تحويل الربح من مارك إلى دولار ، أو تغطية الخسارة بتحويل بعض الدولارات إلى ماركات) . كما يقول عن Options يرى بعض الفقهاء أن التعامل في الخيارات الخاصة بالعملات غير جائز ، إذ إن عقد الصرف يتطلب تسليم البدلين عند العقد ، كما أن الخيار إذا اعتبر وعداً فإنه لا يكون ملزماً ؛ إذ لا يجوز اتفاق الطرفين مسبقاً على سعر الصرف في المستقبل . أما عن الخيارات في السلع والأسهم فهي وإن كانت من حيث المبدأ ملزمة ؛ إلا أن أثرها قاصر على طرفيها ، ولا يجوز في رأي بعض الفقهاء بيع الخيار نفسه إلى طرف ثالث ، إذ لا يمكن اعتباره حقاً مالياً - مستقلاً عن العقد الأصلي - قابلاً لأن يكون محلاً للتعامل (راجع : الدكتور جمال عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . ، المشار إليه سابقاً) ، ص ص 174 - 175 ، و ص ص 155 - 156 .

(225) الدكتور رفيق يونس المصري ، المصارف الإسلامية ، دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص 23 وما بعدها . أيضاً ، راجع : الدكتور محمود الشربيني (أحكام المضاربة في الشريعة الإسلامية) - مجلة المحاماة - مصر - السنة الحادية والستون ، العددان الثالث والرابع (مارس - إبريل 1981) ص 67 وما بعدها . الدكتور الغربي ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليها سابقاً ، ص ص 149 - 150 . الدكتور عوف الكفراوي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 104 .

رأس المال والعمل ، إذ من شأنها إشراك مقدم المال في المشروع أو التجارة أو الأعمال . وهذا ما يحقق أحد غايات الشريعة في بناء اقتصاد لا يقوم على الفوائد المحظورة بل على العمل بالاشتراك مع المال . ويلزم أن تتوافر المضاربة ، باعتبارها من العقود ، على الأركان العامة للعقد من حيث توفر أهلية التعاقد للطرفين ، والرضا الصحيح ، علاوة على أهمية تنفيذ المضاربة بمجرد حصول الاتفاق عليها مع التزام مقدم المال بعدم التدخل في عمل المضارب وعدم استخدام المال في المحرمات شرعاً ، بل اشتراط أن تتم المضاربة في أعمال التجارة فقط . كما يجب أن يكون المال المقدم نقداً معلوم المقدار وذلك حتى يتسنى احتساب الأرباح والخسائر بين الطرفين ، كما يتعين أن يقوم مقدم المال بتسليمه إلى المضارب بالعمل⁽²²⁶⁾ . ويذهب الفقه الإسلامي في مجموعه إلى منع اشتراط الضمان على المضارب إذا هلك رأس المال المقدم للمضاربة⁽²²⁷⁾ . كما يتعين أن ينص عقد المضاربة على تحديد نسبة كل من طرفي العقد في الأرباح بنسبة شائعة ، فلا يجوز أن تكون الأرباح في شكل مبلغ ثابت معين في العقد⁽²²⁸⁾ . كما يحظر على مقدم المال أن يشترط على المضارب بالعمل أن يضمن له ربحاً معيناً ، كما لا يجوز ربط حصة أي طرف في الأرباح بنسبة من رأس المال ، وإن جاز أن تكون النسبة في الأرباح⁽²²⁹⁾ . كما يجوز في رأي بعض الفقه تأقيت

(226) الدكتور غرب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية - في الشريعة الإسلامية والقانون ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 430 - 431 .

(227) راجع في عرض آراء الفقه الإسلامي في هذه المسألة : عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، السابق ، ص 293 وما بعدها . أيضاً راجع : الدكتور محمد طوموم (المصارف في الشريعة الإسلامية) مجلة الحقوق والشريعة - جامعة الكويت ، السنة الرابعة - العدد الثاني (أبريل 1980) ص 108

(228) الدكتور رفیق یونس المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص 24 . عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، السابق ، ص ص 294 - 296 . أبو المجد حرك ، البنوك الإسلامية - مالها وما عليها (الناشر - دار الصحوة - القاهرة - الطبعة الأولى 1988) ص 96 .

(229) الدكتور رفیق المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه ، ص ص 24 - 25 . عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، السابق ، ص 297 .

المضاربة⁽²³⁰⁾ ، كما تنقضي في كل الأحوال بانتهاء العمل ، أو بهلاك المال ، أو بحلول الأجل إذا كانت مؤقتة⁽²³¹⁾ . وإذا انتهت المضاربة بإتمام العمل ، استعاد مقدم المال ما قدمه مع الأرباح ، كما يحصل المضارب على نسبته في الربح طبقاً للعقد⁽²³²⁾ .

وقد أخذت البنوك الإسلامية بالمضاربة كأحد أساليب أعمالها . وأساس مشروعية المضاربة شرعاً هو أنها تساهم في تحقيق التعاون بين المال والعمل بعيداً عن الربا والفوائد المحرمة شرعاً ، لا سيما وأن المضاربة المطلقة تمنح البنوك الإسلامية فرصة تحديد الشروط التي تعمل وفقاً لها وتعطيها حرية وتقدير أكبر في الأعمال التي تستخدم فيها الأموال للمضاربة⁽²³³⁾ . وقد نصت المادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على اعتبار المضاربة أحد الصيغ الشرعية المقبولة لمزاولة الأعمال المصرفية⁽²³⁴⁾ . كما أن المشرع الباكستاني أصدر في عام 1980 قانوناً خاصاً لتنظيم قيام البنوك الإسلامية بالمضاربة⁽²³⁵⁾ ، وبموجب أصبح هذا النظام القاعدة للاستثمارات المالية للبنوك الإسلامية في باكستان والذي يقوم على مبدأ توزيع الأرباح والخسائر من خلال إنشاء شركات تمويلية للتعامل مع البنوك من خلال آليات محددة⁽²³⁶⁾ . ومع ذلك ، وكما لاحظ البعض ، فإن كثيراً من البنوك الإسلامية لا تتفق مع أصحاب الودائع على تحديد وتعيين نسبتهم في الربح في عقد المضاربة ذاته ، بل تترك ذلك

(230) دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 153 . وعكس

ذلك : أبو المجدد حرك ، البنوك الإسلامية مالها وما عليها ، المشار إليه سابقاً ، ص 95 .

(231) عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 312-313 .

(232) السابق ، ص 300-302 .

(233) في معنى قريب : الدكتور غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية - في الشريعة

الإسلامية والقانون ، المشار إليه سابقاً ، ص 430-431 .

(234) المادة 86 من القانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليه سابقاً .

(235) القانون الباكستاني : قانون شركات المضاربة رقم 31 لسنة 1980 . انظر : Zubair Iqbal :

and Abbas Mirakhor , Islamic Banking ، المشار إليه سابقاً ، ص 14 .

(236) السابق ، ص 16-17 .

التحديد لتقدير جهة الإدارة المعنية بالبنك أو بناء على رأي هيئات الرقابة الشرعية وهذا رغم أن ذلك التحديد شرط جوهري لصحة عقد المضاربة ، الأمر الذي قد يفسدها ويؤدي إلى الإضرار بأصحاب الودائع لدى البنوك الإسلامية بغرض المضاربة عليها⁽²³⁷⁾ . وعلى أي الأحوال ، فإنه ينبغي العمل على تطوير المضاربة كأسلوب للتمويل في ظل المعاملات المصرفية الحديثة ، ذلك أن المضاربة بشكلها التقليدي كانت تركز على المعرفة والعلاقة الشخصية بين مقدم المال والمضارب بالعمل والذي يناسب الاستثمار محدود النطاق سواء من حيث الأشخاص أو حجم المال المستثمر ، بينما المعاملات المصرفية الحديثة تعتمد على الاستثمارات الضخمة والاستثمار الجماعي ، وبما يدعو للتساؤل أيضاً عن مدى جدوى استمرار العمل بتحمل المودع الصغير للخسارة باعتباره مقدم المال في المضاربة ، بينما يفلت البنك من تلك المسؤولية باعتباره مضارباً بالعمل في علاقته بعميله (238) .

(2) المشاركة :

46- وهي تُعرّف بأنها الاشتراك بين شخصين أو أكثر في استثمار مال معين أو أموال معينة وذلك من أجل اقتسام وتوزيع الأرباح أو الخسائر الناشئة عن القيام بعمل أو أعمال محددة . وهذا ما يطلق عليه شرعاً في الفقه الإسلامي (شركة العنان)⁽²³⁹⁾ . ويختلف نظام المشاركة عن المضاربة في أن رأس

(237) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 339-340 .
(238) راجع : في مشكلات البنوك الإسلامية في استخدام المضاربة وتقديرها كصيغة في التوظيف : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 116-117 . الدكتور رفيع المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص 25 وما بعدها . عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 340-346 .

(239) وشركة العنان هي اشتراك اثنين أو أكثر بمالهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما على ما يتفقان ، ولا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه . ويذهب البعض إلى أن تسمية هذه الشركة =

المال يتم تقديمه من جميع المشتركين في الاتفاق ، بينما يقتصر الأمر في المضاربة على تقديم المال من جانب شخص معين هو رب العمل ليقوم بالعمل شخص آخر هو المضارب بعمله⁽²⁴⁰⁾ . ومع أن نظام المشاركة هو من النظم التي يجوز للبنوك الإسلامية العمل وفقاً لها ، إلا أن معظم النظم الأساسية لها لم تعرفه تعريفاً محدداً ، إلا في البعض منها كما هو الحال في لبنان وذلك بحسب ما ورد بالقرار رقم 8954 لحاكم مصرف لبنان الصادر في (19 / 1 / 2005) 19 كانون الثاني 2005 والذي جاءت مادته الأولى بتعريف المشاركة بأنها (هي تقديم المصرف وعميل أو عملاء ما لا ينسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو المساهمة في مشروع قائم بقصد اقتسام ما ينتج عنه من ربح ، بحيث يصبح كل واحد منهم مالكا لحصة في رأس المال بنسبة تقديما⁽²⁴¹⁾ . وتكون المشاركة إما ثابتة أو متناقصة أي منتهية بالتملك . والمشاركة الثابتة (هي المشاركة التي تبقى فيها حصة الشريك أو الشركاء في رأس مال المشروع طوال أجلها المحدد في العقد)⁽²⁴²⁾ . أما المشاركة المنتهية بالتملك أو المشاركة المتناقصة فهي (التي يعطي فيها المصرف الحق للشريك أو للشركاء الآخرين في شراء حصة المصرف تدريجياً بحيث تتناقص حصة المصرف وتزيد حصة الشريك أو للشركاء الآخرين إلى أن ينفرد هؤلاء بملكية كامل رأس مال

بالعنان مأخوذة من عنان الدابة أي الحبل بعنقها ، ذلك أن كلاً من الشركاء شرط على الآخرين ألا يفعلوا شيئاً في الشركة إلا بإذنه ومعرفة أي وكان كلاً منهم قد أخذ بعنان صاحبه ، أي بناصيته . راجع : دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 159 . أيضاً راجع : عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 350 - 351 .

(240) في ذات المعنى : الدكتور رفيق يونس المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص 23 .

(241) المادة الأولى من القرار الأساسي رقم 8954 الصادر عن حاكم مصرف لبنان في 19 / 1 / 2005 بشأن عمليات المشاركة أو المساهمة التي تقوم بها المصارف الإسلامية .

(242) الدكتور محمد ابراهيم البلتاجي ، العمليات في المصارف الإسلامية (معهد الدراسات المصرفية - الكويت ، يونيو 2004) - صيغ التمويل في المصارف الإسلامية ، ص 9 .

المشروع⁽²⁴³⁾ . كما نصت المادة الرابعة من قرار محافظ مصرف لبنان المذكور على أنه (لا يجوز أن يتضمن عقد المشاركة أي نص يعطي أيّاً من أطرافها الحق باسترداد حصته من رأس المال . على أنه يجب النص على شروط الاسترداد في حالة المشاركة المتناقصة ، في صك منفصل عن عقد المشاركة الأساسي) (244) .

47- ويعتبر نظام المشاركة من أهم أدوات العمل في البنوك الإسلامية للقضاء على الخلل الذي يعتري الصلة بين عوائد رأس المال ومكافأة العمل والجهد والمبادرة . وتتأسس فكرة المشاركة على فكرة تحمل الخطر ، إذ إن كلاً من المشاركين المودعين مثلاً والبنك والمستثمرين ، وبطريقة غير مباشرة مساهمي البنك أيضاً يتحملون خسائر المشروع ، أو يجنون أرباحه⁽²⁴⁵⁾ . وذلك على خلاف الوضع في البنوك التقليدية والتي تقوم عادة بتمويل المشروعات بطريق القروض بفوائد ، ودون أن تتحمل تلك البنوك نتائج هذه المشروعات ، ودون أن يتحمل أصحاب الودائع والمساهمين في البنك أية مسؤولية عن خسائر المشروعات التي يتم تمويلها بالقروض ، والتي يتحمل في النهاية المقترضون عبء الخسارة فضلاً عن الالتزام برد مبالغ القروض باعتبارها ديوناً بذمتهم مضافاً إليها الفوائد بكل أنواعها⁽²⁴⁶⁾ . ومن ثم فإن نظام المشاركة من شأنه أن يقتسم جميع المشاركين تبعات المشروعات بأرباحها وخسائرها ، وبما يفعل مساهمة البنوك الإسلامية في دفع عجلة الاقتصاد لاشتراكها المباشر في المشروعات التجارية والصناعية والمالية ، لاسيما وأن انخراط البنوك في هذه المشروعات يكون وفق دراسات دقيقة ومتكاملة من النواحي المالية والفنية بالنظر إلى إمكاناتها الكبيرة

(243) السابق ، ص ص 10 - 11 .

(244) قرار حاكم مصرف لبنان رقم 8954 الصادر في 19 / 1 / 2005 ، المشار إليه سابقاً .

(245) راجع في المذاهب المختلفة لأسلوب توزيع الأرباح في شركة العنان : عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 356 - 358 .

(246) السابق ، ص ص 361 - 363 .

وحرصها على نجاح المشروعات ، بعكس الحال فيما لو كانت في مركز المقرض الذي لا يهتم سوى بتحصيل مبالغ القرض وفوائده .

48- وقد نصت بعض عقود التأسيس والنظم الأساسية لبعض البنوك الإسلامية صراحة أو أشارت ضمناً إلى استخدام المشاركة كأحد أساليب التمويل . ومن ذلك ما نص عليه القانون المنشئ لبنك فيصل الإسلامي المصري في حق البنك المذكور في العمل بنظام المشاركة كوسيلة للتمويل وفقاً للاتفاق الذي يبرم بين البنك وعملائه . ويقوم البنك المذكور بتوزيع عوائد المشاركة بعد إتمامها وبعد خصم التكاليف والمصروفات ، فيحصل الشريك المستثمر على نسبة منها مقابل الإدارة ، ويتم تقسيم باقي الأرباح بين الأطراف كل حسب نسبته أو حصته في رأس المال (247) . كما نصت المادة 10 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي على جواز التمويل بطرق الاستثمار المختلفة بما يحقق مصلحة البنك والمودعين . فيجوز أن يتم الاستثمار بإنشاء مشروعات جديدة أو المساهمة في مشروعات قائمة ، كما نصت المادة (11) من النظام الأساسي للبنك المذكور على أن يحدد مجلس الإدارة النسبة التي لا يتجاوزها تمويل أي مشروع جديد أو قائم ، والنسبة التي يجوز تشغيلها في مشروعات قصيرة أو متوسطة أو طويلة لأجل وذلك من جملة الأموال المستثمرة (248) . كما نصت المادة الثالثة من قانون المصارف الإسلامية اللبناني على حق المصارف الإسلامية في لبنان بالقيام بجميع الخدمات المصرفية والتجارية والاستثمارية بما في ذلك تأسيس الشركات والمساهمة في مشاريع قائمة أو قيد التأسيس (249) ؛ وقد صدر قرار حاكم مصرف لبنان رقم 8954 في 19 / 01 / 2005 بتنظيم أحكام المشاركة التي تقوم بها المصارف الإسلامية اللبنانية حيث نصت المادة الثانية من القرار المذكور على أن (يحظر على المصارف الإسلامية الدخول لحسابها ، بشكل مباشر أو غير

(247) بنك فيصل الإسلامي المصري - نشرة تعريفية - المشار إليه سابقاً .

(248) المادتان 10 ، 11 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي .

(249) المادة الثالثة من القانون رقم 575 بشأن إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان .

مباشر في أية مشاركات أو مساهمات إلا باستعمالها إما أموالها الخاصة وإما الودائع التي تتوفر فيها أحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة 307 من قانون التجارة أو التي يوافق أصحابها خطياً على ذلك) ، كما نصت المادة الثالثة من القرار المشار إليه على وجوب أن يذكر في عقد المشاركة موضوعها ، وحجم وشكل ونسبة رأس المال ، ومدة المشاركة ، وحقوق والتزامات الأطراف ، خصوصاً لجهة تمكين المصرف من مراقبة ومتابعة أعمال المشاركة في حال تكليف العميل بالانفراد بإدارة أعمال المشاركة ، وكيفية توزيع الأرباح والخسائر التي يجب أن تكون نسباً شائعة وليس مبلغاً مقطوعاً ؛ بحيث تقسم الخسائر على قدر حصة كل شريك في رأس المال ولا يصح اشتراط خلاف ذلك ، والضمانات المقدمة من قبل العميل التي تضمن نتيجة تقصيره أو إهماله في إدارة أعمال المشاركة في حال تفويضه بهذه الإدارة⁽²⁵⁰⁾ . كما نص المرسوم الصادر بتأسيس بيت التمويل الكويتي ونظامه الأساسي على حق البنك المذكور في القيام بأعمال الاستثمار مباشرة أو بشراء مشروعات أو بتمويلها أو تمويل أعمال مملوكة للغير ، وله في سبيل ذلك تأسيس شركات جديدة أو الاشتراك فيما هو قائم أو تمويله⁽²⁵¹⁾ . كما نصت اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية على تنظيم المشاركة في المشروعات - بشيء من التفصيل - سواء ما تعلق منها بالمشروعات التي يتم المشاركة فيها أو القواعد التي يلتزم بها البنك في هذا الخصوص⁽²⁵²⁾ .

49- ومع أن نظام المشاركة ، على الأقل نظرياً ، هو من أفضل أساليب التمويل في البنوك الإسلامية ، إلا أنه يواجه في العمل مشكلات عديدة وخطيرة قد

(250) القرار رقم 8954 الصادر عن حاكم مصرف لبنان في 19 / 1 / 2005 بشأن نظام المشاركة ، المشار إليه سابقاً .

(251) المادة 4 / ثانياً من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(252) المادة 17 من اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية . راجع أيضاً : الدكتور توفيق محمد الشاوي ، البنك الإسلامي للتنمية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 137 وما بعدها .

تفضي إلى إحجام البنوك الإسلامية عن استخدامه . إذ توجد مشكلات عميقة في نواحي إدارة مشاريع المشاركة حيث تفتقر البنوك الإسلامية إلى نظم الإشراف على المشروعات التي تشترك في تمويلها ، فضلاً عن عدم الكفاءة في متابعة تنفيذها لاسيما عند تنوع المشروعات بين مشروعات مالية وصناعية وغيرها ، علاوة على الافتقار إلى العنصر البشري الفني داخل البنك للدراسة والمتابعة ، أضف إلى ذلك أن هناك مشكلات للمتعاملين مع البنوك الإسلامية في نظام المشاركة لعدم توافر المهارات المهنية والفنية اللازمة لتلك البنوك ، واستخدام البعض منهم وسائل للتحايل بتقديم معلومات غير صحيحة عن المشروعات المشتركة ، أو عزوفهم عن استخدام نظام المشاركة لتوقعهم نجاح المشاريع ورغبتهم في الاستثمار بكافة عوائده - خاصة على المدى البعيد - وتفضيلهم لذلك التعامل مع البنوك التقليدية بنظام الاقتراض بفائدة والذي بمقتضاه تنتهي علاقتهم مع البنك التقليدي بسداد مديونيتهم الناشئة عن القرض⁽²⁵³⁾ . ومع ذلك يبقى نظام المشاركة - على الأقل في إطاره النظري - من أهم الأدوات التمويلية للبنوك الإسلامية كبديل عن نظام القرض بفوائد في البنوك التقليدية ، الأمر الذي يوجب على البنوك الإسلامية أن تعطي لنظام المشاركة الاهتمام الكافي والدراسات الفقهية والعملية اللازمة للتغلب على مشكلاته ، وابتكار الأساليب المناسبة من النواحي الفنية والإدارية والمالية كي يتبوأ المكانة الهامة في أساليب التمويل الإسلامية⁽²⁵⁴⁾ .

(253) في معنى قريب : الدكتور مصطفى كمال السيد طایل : القرار الاستثماري في البنوك الإسلامية (1999) ص ص 194-195 . وفي تفصيل مشكلات البنوك الإسلامية في استخدام المشاركة ، راجع : عائشة الشرقاوي المالقسي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 396-398 .

(254) ويذكر الدكتور جمال الدين عطية ، أنه بسبب ضعف القيم والأخلاقيات الخاصة بالمعاملات ، فقد حصرت البنوك الإسلامية تعاملها على أساس المشاركة والمضاربة في أضيق نطاق . الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 120-121 .

البنك باستخدام الإجارة في المنقولات لتمويل عملائه وذلك استناداً إلى ما جاء في عجز المادة المذكورة من عبارة جامعة تنص على أنه (وعلى وجه العموم للشركة - أي لبيت التمويل الكويتي) أن تقوم بجميع الأعمال التي تحقق أغراضها المصرفية والاستثمارية مباشرة أو بالتعاون مع الهيئات والشركات والحكومات وبما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية)⁽²⁵⁷⁾ . كما نص النظام الأساسي لبنك قطر الدولي الإسلامي على حق البنك في شراء الأصول المنقولة بهدف تأجيرها أو بيعها عن طريق الإيجار⁽²⁵⁸⁾ . وكذلك ما نص عليه المرسوم الصادر بتأسيس بنك دبي الإسلامي من حق البنك في شراء الأراضي والعقارات بقصد بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تجزئتها أو بقصد تأجيرها وشراء السلع وغيرها من الأموال المنقولة بقصد بيعها أو بقصد تأجيرها من الباطن⁽²⁵⁹⁾ .

كما تستخدم الإجارة حتى من جانب البنوك الإسلامية التي لم تنص عقود تأسيسها أو نظمها الأساسية صراحة عليها ، وذلك كما هو الحال في بنك فيصل الإسلامي المصري ، وأيضاً بنك بوبيان في دولة الكويت إذ تم إعطاء كل منهما هذا الحق بشكل عام فيما نص عليه في حق قيام البنك مباشرة كافة الأعمال الاستثمارية المالية الكفيلة بتحقيق أغراضه وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، وبما يغطي الحق في استخدام الإجارة كأداة للتمويل⁽²⁶⁰⁾ .

(257) المادة الأولى من المرسوم رقم 279 لسنة 2004 ، المشار إليه سابقاً . كذلك المادة 4 / ثانياً - 3 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي بعد تعديلها بموجب قرار الجمعية العمومية غير العادية في 17 / 5 / 2004 .

(258) المادة 2 / 3 (ب) من النظام الأساسي لبنك قطر الدولي الإسلامي .

(259) راجع أغراض البنك الواردة بعقد تأسيس بنك دبي الإسلامي : الأعمال الاستثمارية رقم 8 ، 10 .

(260) المادة 2 من قانون بنك فيصل الإسلامي المصري . كما تنص المادة 2 / 5 من النظام الأساسي لبنك بوبيان صراحة على استخدام الإجارة بقولها إن للبنك (مزاولة عمليات التمويل بأجالاتها المختلفة باستخدام صيغ العقود الشرعية مثل المرابحة والمشاركة والمضاربة والاستصناع والإجارة محلياً وعالمياً) .

(3) الإجارة :

50- الإجارة من أهم وسائل التمويل في البنوك الإسلامية ، وهي تكون في المنقول وفي العقار ، وإن كان الغالب في العمل المصرفي الإسلامي أن يكون محلها منقولات كالآلات والمعدات والركبات ، إلى غير ذلك . ويحصل التمويل بطريق الإجارة بقيام البنك بتأجير الشيء إلى العميل لقاء أجره محددة تقابل الانتفاع به والذي يقوم البنك باقتنائه لتأجيره إلى العميل بناء على طلب ذلك الأخير (255) . وغالباً ما تكون الإجارة مقترنة بخيار التمليك ، أي حق العميل المستأجر في تملك الشيء المؤجر عند نهاية عقد الإجارة ، فتبقى الملكية للبنك طوال مدة الإجارة ؛ أما الانتفاع فيكون للعميل المستأجر مقابل دفعات الأجرة مع حق المستأجر في خيار الشراء والتمليك أي مع الوعد من البنك ببيع الشيء المؤجر إلى العميل في نهاية مدة العقد (256) .

51- وقد نصت الوثائق المنشئة لبعض البنوك الإسلامية صراحة على الحق في استخدام الإجارة في التمويل . ومن ذلك بيت التمويل الكويتي والذي نصت المادة الأولى من المرسوم رقم 279 لسنة 2004 بالموافقة على تعديل بعض مواد عقد التأسيس والنظام الأساسي على حق البنك المذكور في (شراء الأراضي والعقارات بقصد بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تجزئتها وتأجيرها خالية أو مع إضافة المنشآت والأبنية والمعدات) . ومع أن النص المذكور قد اقتصر على الإشارة إلى العقارات ، إلا أن ذلك لا يمنع من قيام

(255) دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية المشار إليه سابقاً ، ص 182 وما بعدها . الدكتور محمد إبراهيم البلتاجي ، العمليات في المصارف الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 24 وما بعدها . دكتور مصطفى السيد طابيل ، القرار الاستثماري في البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ص 205 وما بعدها . ويذكر البعض أن الإجارة في المنقول تحتل ما نسبته 90٪ من المعاملات الإيجارية في البنوك الإسلامية ، بينما تحتل الإجارة في العقارات النسبة الباقية ، راجع في ذلك : عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 506-507 . (256) الدكتور رفيع يونس المصري ، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها ، المشار إليه ، ص ص 30-35 . راجع أيضاً : المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل (الناشر - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - البحرين 2000) ص ص 33-46 .

52- وجدير بالذكر أن البنوك التقليدية لا تستخدم الإجارة في المنقول أو العقار لتمويل عملاتها ، ذلك أن نظام الإجارة يقتضي بقاء البنك بتملك المنقول أو العقار ثم تأجيره إلى العميل ، وهو أمر محظور على البنوك التقليدية والتي لا يجوز لها بصفة عامة المتاجرة في المنقول والعقار ، وإن جاز لها القيام بمنح التمويل للشركات المالية المتخصصة التي تقوم بمزاولة ذلك النشاط . وهنا يبرز أحد الأدوار الهامة للبنوك الإسلامية في تلبية حاجات عملاتها مباشرة لتمويل مشروعاتهم بالإجارة ، وهو ما لا يجوز للبنوك التقليدية ، الأمر الذي يجب على البنوك الإسلامية الاستفادة منه في كسب جانب كبير من السوق المصرفي ، وفي نفس الوقت المساهمة في البناء الاقتصادي والمالي للعديد من المشروعات النافعة (261) .

(4) المراجعة :

53- المراجعة هي بيع الشيء مقابل ثمن نقدي يتكون من أصل مبلغ الشراء مضافاً إليه هامش من الربح الذي يستحقه البائع أو ما يطلق عليه شرعاً وعملاً الربح المعلوم ، وبما يلزم معه إعلام وتبصير المشتري بأصل ثمن الشيء أو ثمنه الأساسي ومقدار الربح المعلوم ، وذلك فضلاً عن المصروفات وأية نفقات وتكاليف أخرى محل البيع (262) . وبصفة عامة ، يكون البيع بطريق المراجعة إما على نوعين البيع مؤجل الثمن وبيع السلم . والبيع مؤجل الثمن هو بيع ائتماني يتم فيه تأجيل دفع ثمن المبيع ؛ سواء تم ذلك لاحقاً على دفعة واحدة أو على دفعات أو أقساط ؛ كما أن الثمن في ذلك البيع إما أن يكون بذات القيمة كما في البيع الناجز أو بزيادة عليه ، وهذه

(261) في معنى قريب : عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 520- 521 .

(262) الدكتور مصطفى السيد طایل ، القرار الاستثماري في البنوك الإسلامية ، المشار إليه ، ص 20 . أيضاً : المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل (الناشر - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - البحرين 2000) ص 14 .

الزيادة في الثمن مقبولة شرعاً في البيع ، على عكس القروض ، لأن الزيادة في الثمن في البيع تمثل الربح مقابل الأجل . أما البيع المؤجل التسلم أو بيع السلم أي شراء الأجل بالعاجل وذلك بتعجيل الثمن وتأجيل تسليم المبيع إلى وقت لاحق مع تعيين موضوع التسليم ، فيتم أداء الثمن مقدماً مقابل تسليم المبيع في المستقبل (263) .

54- وعادة ما تستخدم البنوك الإسلامية في التمويل نموذج البيع بالمربحة للأمر بالشراء ، والذي بموجبه لا يشتري البنك الشيء إلا بناء على طلب العميل ، وبعد الحصول عليه طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها مع العميل ، ثم يقوم البنك ببيعه إلى العميل بثمن يتضمن التكلفة الحقيقية للشراء مضافاً إليها ما يسمى بالربح المعلوم مع باقي المصروفات والتكاليف الأخرى (264) . وقد عرفته المادة الأولى من القرار الأساسي رقم 8870 الصادر من حاكم مصرف لبنان في 20/12/2004 بأنه (البيع الذي يتفاوض بشأنه طرفان أو أكثر ويتواعدان على تنفيذ هذا التفاوض الذي يطلب بمقتضاه الأمر من المأمور شراء أصل لنفسه ، ويُعد الأمر المأمور بشرائه منه وتربحه فيه ، على أن يعقداً بيعاً بعد تملك المأمور للأصل المذكور) . وعليه ، لا يدخل الشيء في ملكية البنك البائع إلا بعد الطلب عليه من العميل ، وقبل إبرام عقد المربحة بينهما وعلى أن يدخل في ملك العميل

(263) المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل ، السابق ، ص 14 . راجع في تفصيل ذلك : عائشة الشرفاوي المالقي ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 494 - 501 .
(264) راجع بصفة خاصة في البيع بالمربحة للأمر بالشراء : الدكتور يوسف القرضاوي (بيع المربحة للأمر بالشراء كما تجر به المصارف الإسلامية) (الناشر - دار القلم - القاهرة 1405 هـ) ص 3 ، وبصفة خاصة ص ص 77 - 84 . أيضاً راجع : الدكتور سامي حسن حمود (تطبيقات بيوع المربحة للأمر بالشراء من الاستثمار البسيط إلى بناء سوق رأس المال الإسلامي مع اختيار تجربة بنك البركة في البحرين نموذجاً عملياً) - ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية = : الجوانب التطبيقية والمشكلات ، التي عقدت في عمان - الأردن من 16 - 21 يونيو 1987 - كتاب البحوث والمناقشات (مطبوعات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية - عمان - الأردن 1990) ص 419 .

الأمر بالشراء بعد إبرام عقد المراجعة مع البنك⁽²⁶⁵⁾ . كما يفرض العمل في بعض البنوك الإسلامية إلزام الأمر بالشراء بوعده بالشراء ، وذلك عندما يقوم البنك بالحصول على الشيء محل الأمر لصالح الواعد أو الأمر ثم عنّ للأخير النكوص عن تعهده بالشراء ، الأمر الذي يضر بمصالح البنك حتى لا تتكدس لديه البضائع وهو أصلاً ليس بتاجر بضائع ، فيصاب بالخسارة من وراء ذلك ، وبما جعل بعض البنوك الإسلامية تنص صراحة على إلزامية الوعد بالشراء بالنسبة للأمر لإجباره على تنفيذه⁽²⁶⁶⁾ . وعلى سبيل المثال ، يفرض بنك دبي الإسلامي على العميل قيامه بتقديم مقدم الثمن لإلزامه بالوفاء بوعده مهما كانت الصفة التي سوف يتم الإنجاز بها⁽²⁶⁷⁾ . وكذلك نصت المادة الثالثة من قرار حاكم مصرف لبنان رقم 8870 بالنسبة للمراجعة في المصارف الإسلامية على أن (يطبق هذا القرار على عمليات المراجعة للأمر بالشراء المتضمنة وعداً ملزماً بالشراء من قبل الأمر ، سواء تملك المصرف الإسلامي الأصل من أمواله الخاصة أو من الأموال التي له حق تصرف مطلق أو قيد بها)⁽²⁶⁸⁾ . أما بيت التمويل الكويتي ، فإنه يطبق - بصفة عامة - إلزامية اللواعد الأمر بالشراء في المعاملات الخارجية ؛ أما في المعاملات الداخلية ، فإنه عندما يكون الشيء محل الوعد غير موجود بحيازة البنك المذكور ويصدر الوعد من العميل بالوعد بالشراء حين حصول البنك على الشيء ، فإن البنك لا يفرض على العميل أي إلزام بتنفيذ الوعد ويبقى لكل منهما الخيار في إتمام البيع⁽²⁶⁹⁾ . كما تقضي

(265) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية المشار إليه سابقاً ، ص ص 440 - 441 .
(266) راجع في مناقشة هذه الإشكالية : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 121 - 124 . أيضاً عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 458 - 468 ، وكذلك الفتاوى التي أشارت إليها ، بالذات في ص 206 و ص 464 .

(267) راجع : بنك دبي الإسلامي (أهدافه وأنشطته واستثماراته) نشرة صادرة عن البنك بدون سنة النشر ، ص 19 .

(268) المادة الثالثة من قرار حاكم مصرف لبنان رقم 8870 الصادر في 20 تشرين الأول 2004 .

(269) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 449 .

تعليمات الرقابة المصرفية الصادرة عن مصرف قطر المركزي بشأن السياسات التمويلية في البنوك الإسلامية على أنه يجب على البنك الإسلامي تطبيق قاعدة إلزام الأمر بالشراء بوعده في عمليات بيع المرابحة وعدم الدخول في أي مرابحات لا يلتزم فيها الأمر بالشراء بقبول البضاعة بعد مطابقتها للمواصفات مع ضرورة ذكر ذلك في عقود المرابحة وعقود الأمر بالشراء⁽²⁷⁰⁾. وعلى أي الأحوال، فإنه على الرغم من الخلاف الفقهي في مسألة إلزامية الوعد للأمر بالشراء، وما يذهب إليه جانب من فقهاء الشريعة من أن العميل يكون له دائماً الحق في تنفيذ وعده أو العدول عنه على أساس أن البنك عندما يصدر إليه الوعد بالشراء يكون غير مالك للشيء محل المرابحة، وما يذهب إليه البعض الآخر من إلزامية هذا الوعد بحسبان الضرر الذي يلحق بالبنك لعدم تنفيذ الوعد، فإن المؤتمر الثاني للبنوك الإسلامية الذي انعقد في دولة الكويت عام 1983 أوصى بإعطاء الخيار للبنوك الإسلامية بين اعتبار الوعد للأمر بالشراء ملزماً أو غير ملزم بحسب ما تراه هيئات الرقابة الشرعية فيها وإن اعتبار الوعد ملزماً قانونياً هو السبيل الأفضل لاستقرار المعاملات لاسيما وأنه لا يوجد ما يحول دون ذلك في الشريعة الإسلامية، كما أوصى المؤتمر المذكور بإقرار مشروعية حصول البنك الإسلامي على العربون أو ما يعرف في العمل بهامش الجدية وحق البنك في أن يقتطع منه ما يراه جابراً للضرر الحاصل⁽²⁷¹⁾.

(270) راجع: تعليمات الرقابة المصرفية - تعليمات إلى البنوك صادرة عن مصرف قطر المركزي في أبريل 2004، بشأن السياسات التمويلية في البنوك الإسلامية، بند رقم 1/3/3، الطبعة السادسة، ص 102.

(271) راجع: فتاوى وتوصيات لجنة العلماء، المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي، الكويت من 21-23 مارس 1983 - مطبعة السلام الكويت، ص 8. كذلك الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية - بيت التمويل الكويتي - الجزء الأول (1985-1986) ص ص 19-20. وفي أحقية فرض هامش جدية على العميل الذي ينكث بوعده في الشراء، راجع: المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل، المشار إليه سابقاً، بند 4/3، ص 18.

55- كما تستخدم البنوك الإسلامية نوعين من البيوع الآجلة هما : البيع المؤجل الثمن ، وبيع السلم . والبيع المؤجل الثمن هو الذي يتم فيه تسليم الشيء المبيع مع إعطاء العميل المشتري أجلاً للسداد سواء كان يتم دفع الثمن دفعة واحدة أو على دفعات (272) . أما بيع السلم فهو الذي يتم فيه دفع الثمن من العميل المشتري وعلى أن يتم تسليم الشيء المبيع في وقت لاحق يتم الاتفاق عليه (272 مكرر) . ويشير البيع المؤجل فيه الثمن مشكلة هامة هي الزيادة التي تضاف على أصل الثمن مقابل الأجل الذي يمنحه البنك للمشتري ، إذ يعتقد البعض أن مثل هذه الزيادة هي من الربا المحرم شرعاً كما في الفوائد على القروض (273) . على أن البنوك الإسلامية تبنت الرأي الفقهي الذي يرى أن الأجل مسألة ضرورية في بعض المعاملات المقبولة شرعاً كالبيع الذي يجوز فيه الناجز بسعر أقل من السعر العادي ، وبما يترتب عليه بالتالي جواز البيع الآجل بسعر أعلى ، ما عدا في بيع العينة ، وذلك على أساس تبادل البضاعة بنقد باتفاق الأطراف (274) . أما في حالة الاقتراض في البنوك التقليدية ، فإن الفوائد تقوم على تبادل نقد بنقد أي بزيادة دون مقابل . وذلك فضلاً عن أن الزيادة في البيع تكون مقطوعة عند إبرام العقد ، ولا يمكن للبائع زيادته خلال فترة السداد حتى ولو تخلف المشتري عن أداء ما عليه في مواعيد الاستحقاق . ورغم ما قد يثيره البعض من الشبهة في هذا النوع من البيع ، إلا أن البنوك الإسلامية تجري على

(272) دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 229 . الدكتور محمد إبراهيم البلتاجي ، العمليات في المصارف الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 20 . (272 مكرر) عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 495 . (273) في عرض هذا الرأي وانتقاده : دكتور محمد إبراهيم البلتاجي ، العمليات في المصارف الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 20 . عائشة الشرقاوي المالقي ، السابق ، ص 499 - 502 . دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 175 - 176 . وأساس شرعية البيع المؤجل الثمن هو عموم قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) - سورة البقرة آية 275 . (274) عائشة الشرقاوي المالقي ، السابق ، ص 500 - 501 .

استخدامه لعدم وجود نص شرعي بتحريمه ، ولأن الأصل في الأشياء الإباحة (275) .

(5) القروض والتسهيلات المصرفية :

56- تقوم عمليات البنوك التقليدية بدرجة كبيرة على الاقتراض والإقراض . والقروض المصرفية إما أن تكون قروضاً عادية أي يلتزم فيها البنك بتسليم العميل مبلغ القرض دفعة واحدة أو على دفعات ، كما يلتزم العميل بسداد ذلك المبلغ في ميعاد أو مواعيد الاستحقاق مع الفوائد المتفق عليها(276) . وقد تكون القروض المصرفية في شكل تسهيلات اعتماد مصرفي يلتزم فيه البنك بأنه يضع تحت تصرف العميل حق استعمال حقه في سحب أو استعمال مبلغ أو مبالغ في حدود سقف معين ولمدة معينة ، وبما مفاده أن العميل يمكنه استعمال هذه التسهيلات بالشروط وبالحدود المتفق عليها وكلما كان بحاجة إلى استخدامها ؛ وعليه فإن التسهيلات بفتح اعتماد لا تؤدي بذاتها إلى قيام البنك بتسليم العميل مبلغ القرض ، بل إعطائه حق الاستفادة من ذلك المبلغ ، كما أن العميل قد لا يستعمل إلا نسبة معينة من الاعتماد ، ولا يلتزم العميل عند انتهاء عقد فتح الاعتماد إلا برد قيمة ما استخدمه من مبالغ مع الفوائد والعمولات(277) . ولما كانت القروض والتسهيلات المصرفية في البنوك التقليدية ترتبط بالفوائد التي تمثل زيادة ثابتة محددة سلفاً على أصل الدين ، فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين إلى تحريمها شرعاً باعتبارها من قبيل ربا النسيئة (278) ، وذلك

(275) السابق ، ص 501 .

(276) دكتور على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المشار إليه

سابقاً ، ص ص 465-476 .

(277) في تعريف الاعتمادات المصرفية وصورها ، راجع : الدكتور على جمال الدين عوض ،

السابق ، ص ص 423-524 .

(278) راجع بصفة خاصة : دكتور محمود محمد الطنطاوي ، القروض المصرفية في ضوء

الشريعة الإسلامية ، مجلة الحقوق والشريعة - (جامعة الكويت) - العدد الأول - يناير 1977 =

على خلاف العملات التي يلتزم بها العميل لصالح البنك عن التسهيلات والخدمات المصرفية كما في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان وغيرها من خدمات مصرفية يقدمها البنك لعملائه مقابل عمولة، وذلك على أساس أن البنك عند تقاضيه العمولة يستهدف تغطية أعباء أعمال وخدمات حقيقية يقوم بها لصالح العملاء (279).

أما في البنوك الإسلامية، فإن الخلاف مع البنوك التقليدية هو أنه وإن كان الإقراض والاقتراض أمر جائز شرعاً كأسلوب في التمويل في حد ذاته، إلا أنه لا يجوز بحال من الأحوال - كما يجري عليه العمل في جميع البنوك الإسلامية - إلزام المقرض بسداد أي مبالغ ثابتة تحدد مقدماً على مبلغ القرض وأياً كان شكل أو أسلوب تحديد ذلك المبلغ أو المبالغ الزائدة عن أصل مبلغ القرض (280). ويذهب المدافعون عن الفوائد في البنوك التقليدية إلى تبريرها على أساس أنها ثمن للوساطة المصرفية التي يقوم بها البنك بين جمهور المدخرين أو المودعين وبين المقرضين وأن الفارق في سعر الفائدة التي يدفعها البنك للمدخرين وللمودعين لديه وبين الفائدة التي يحصل عليها من المقرضين منه هي في الواقع عبارة عن ربح البنك عن هذه الوساطة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الفوائد هي مقابل الأجل الذي يمنحه البنك للمقرض لسداد القرض، وذلك لأن للنقود سعراً حين طلبها وسعراً حين ردها لما لها من قدرة على التوظيف في المجالات المختلفة، وبالتالي فإن الفوائد هي ثمن تخلي البنك للمقرض عن

محمود الشربيني، أحكام القرض في الشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة (مصر) العددان الثالث والرابع (مارس - أبريل 1981). الدكتور محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، المشار إليه سابقاً، ص 104.

(279) في نفس المعنى: دكتور الغرب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص 220 أيضاً راجع: الدكتور سامي محمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية (الناشر - دار الاتحاد العربي - القاهرة 1976) ص 377.

(280) الدكتور محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي. المشار إليه سابقاً، ص 104. الدكتور جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، المشار إليه سابقاً، ص 150.

جزء من أمواله لاستثمارها⁽²⁸¹⁾ . وبصفة عامة ، يرفض فقهاء الشريعة الإسلامية التبريرات السابقة ، فقالوا بتحريم الفوائد المصرفية على أساس أن المقترض عادة ما يضطر إلى الاقتراض تحت حاجات ملحة فيكون إلزامه بالفوائد هو نوع من الاستغلال والظلم له ؛ أو أن المقترض يحصل على القرض لاستثماره في مشروع ما ، فيخسر المشروع الذي اقترض من أجله ، فيكون من غير العدل بل من الظلم أن يتحمل دفع فوائد للمقرض الذي يكون بمنأى عن مخاطر الاستثمار وذلك علاوة على خسارة المقترض في المشروع ، ذلك أن الإسلام يشجع ويحض على تفاعل رأس المال والعمل في الاشتراك في تحمل مخاطر التمويل . وترتيباً على ذلك ، فقد ذهب غالبية فقهاء الشريعة إلى تحريم الفائدة المصرفية باعتبارها ربا ، وتدخل في نطاق التحريم كونها زيادة ثابتة على أصل الدين وسواء كان اشتراطها عند إبرام العقد أو عند حلول أجل الدين ، وأياً كان شكل الفائدة أو نوعها وأياً كان نوع القرض . كما يسري التحريم على كافة الفوائد ، سواء تلك التي تدفعها البنوك للمدخرين والمودعين لديها ، أو تلك التي تفرض على المقترضين ، وذلك لتحريم الفوائد عطاءً أو أخذاً⁽²⁸²⁾ .

57- ومع هذا ، حاول جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين التخفيف من غلواء التحريم المطلق للفوائد المصرفية من خلال تخريجات عديدة . فذهب البعض إلى حل الفوائد التي تقدمها صناديق التوفير للمدخرين على أساس أن استثمار المصرف للمال في هذه الحالة هو نوع من المضاربة أو شكل من الوديعة أو على أساس أن المعاملات التي يقصد بها الاتجار لا

(281) في عرض هذه الحجج - دون اعتناقها - عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 545- 547 .
(282) فتاوى شرعية في المعاملات المصرفية ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد الأول ص 26 وما بعدها . وفي عرض آراء الفقه الذي يحرم الفوائد البنكية تحريماً مطلقاً ، راجع : عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه ، ص ص 560- 564 .

القرض للحاجة أو الاحتياج هي قسم من البيع الجائز شرعاً (283) . وكذلك ما يراه البعض من حل بعض أنواع الفوائد البنكية كتلك التي تمنحها البنوك في شكل عوائد على شهادات الاستثمار وصناديق التوفير لانقضاء شبهة الاستغلال من البنك ، ولأن في هذه المعاملات منفعة للناس ، وهي بذلك تدخل تحت بند المضاربة ، كما أنه لا يمكن أن تعد كل فائدة ربا لأنه ما حرمه الإسلام هو الزيادة على رأس المال في القرض أما في حالة تفاعل رأس المال والعمل ، فإن نتاجه يكون مشروعاً حتى ولو اتخذ شكل فائدة أو عائد أو ربح محدد بالنسبة لرأس المال كعائد للاستثمار (284) . كما أصدر مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر فتوى هامة في جلسته بتاريخ 2002/10/31 والتي خلص فيها إلى أن استثمار الأموال في البنوك التي تحدد الربح مقدماً حلال شرعاً . وذلك (أن تحديد الربح مقدماً للذين يستثمرون أموالهم عن طريق الوكالة الاستثمارية في البنوك أو غيرها حلال ولاشبهة في هذه المعاملة فهي من قبيل المصالح المرسله وليست من قبيل العقائد أو العبادات التي لا يجوز التغيير أو التبديل فيها . . .) (285) .

58- ولقد ناقش المؤتمر السنوي الثاني لمجمع البحوث الإسلامية لعام 1965 موضوع الفوائد ، وجاء في توصياته أن أية فائدة على القرض تعد من الربا المحرم شرعاً مهما كان نوع القرض أو قيمته وأياً كان شكل الفائدة أو نوعها ، وإن الضرورة والحاجة لا يمكنهما أن يصبغا على القرض بفائدة صفة المشروعية ، لأن علة تحريم الربا ليست فقط الاستغلال أي استغلال الموسر

(283) في عرض هذه الفتاوى ومناقشتها : المرجع السابق ، ص ص 564-586 . وكذلك الدكتور محمود محمد الطنطاوي ، القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية ، المقالة المشار إليها سابقاً ، ص 42 وما بعدها .

(284) مقال بعنوان : بيان هام لدار الإفتاء : أرباح التوفير وشهادات الاستثمار حلال . منشور بجريدة الأخبار (مصر) في 8/9/1989 - ص 1 .

(285) فتوى مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر في جلسته المنعقدة في يوم الخميس 2002/11/28 ، منشورة في الكتيب الصادر عن اتحاد المصارف الكويتية تحت عنوان : معاملات البنوك وأحكامها الشرعية .

للمحتاج أو للمعسر ، وإنما كذلك لأن نظام الفوائد على القروض في حد ذاته يحرم المجتمع من دورة رأس المال في العمل (286) .

59- وعلى أي الأحوال ، ولما كانت الفوائد على القروض المصرفية هي من المسائل التي تجمع البنوك الإسلامية على حظرها وتحريم إدخالها في معاملاتها صراحة ، سواء ورد هذا التحريم في قوانين البنوك الإسلامية أو في عقود تأسيس هذه البنوك ونظمها الأساسية (287) . لذلك يثور التساؤل عن جدوى قيام البنوك الإسلامية بالإقراض كإطار لتوظيف جانب من أموالها طالما أن ذلك التوظيف بهذا الأسلوب يكون مجرداً من الفوائد . وكانت أولى التجارب في هذا الخصوص هي تجربة بنوك الادخار المحلية في مصر والتي استهدفت تمكين المحتاجين من الحصول على ما يلزمهم من قروض بدون فوائد ، وبدون ضمانات مرهقة ، فيكون أساس منح القرض هو شخصية المقترض ودواعي الاقتراض ، مع مراعاة منح القروض بالأولوية للمشروعات مضمونة الربح حتى يتمكن المقترض من السداد (288) . وكذلك تجربة بنك فيصل الإسلامي المصري والتي نصت عليها لوائحها الداخلية لتقديم القرض الحسن ، أي بدون فوائد أو غيرها (289) . كما أنشأ بنك دبي الإسلامي صندوقاً خصصت بعض أمواله للقرض الحسن لبعض الفئات المعينة من مواطني دولة الإمارات مثل طالبي الزواج وحديثي التوظيف وذلك استناداً إلى المادة الثالثة من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي التي تحيز للبنوك الإسلامية الحق في القيام بعمليات التسليف والإقراض طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (290) .

(286) مجمع البحوث الإسلامية : المؤتمر السنوي الثاني ، القرارات والتوصيات : 1 ، 2 ، 3 ، 4 - القاهرة - مجمع البحوث الإسلامية .

(287) عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 599 .

(288) السابق ، ص ص 599-601 .

(289) بنك فيصل الإسلامي ، نشرة تعريفية ، المشار إليها سابقاً .

(290) عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 603 . دكتور جمال

الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص 54 .

ويظهر من تلك التجارب أن القرض لم يكن يستخدم كأسلوب استثماري ، وإنما لأهداف اجتماعية وغايات غير اقتصادية . أما بيت التمويل الكويتي ، فلم يذكر في عقد تأسيسه ولا نظامه الأساسي القرض صراحة كأسلوب للتمويل ، وإن كان يبين من سياق النصوص المحددة لأغراضه حق البنك المذكور في القيام بجميع الخدمات والعمليات المصرفية على غير أساس الربا ، لاسيما مع النص صراحة على القيام بالتمويل لأجل قصيرة وفتح الاعتمادات المصرفية⁽²⁹¹⁾ . أما بنك بويان في دولة الكويت ، فلم يذكر عقد تأسيسه القرض صراحة كأسلوب للتمويل ، وإن كان لا يوجد في عقد تأسيسه ونظامه الأساسي ما يحول دون قيامه بالإقراض والاقتراض بناء على ما نصت عليه المادة 5 من عقد تأسيس البنك المذكور من حقه في القيام بمزاولة جميع أعمال المهنة المصرفية وما ينص عليه قانون التجارة أو يقضي به العرف المصرفي باعتباره من أعمال البنوك طالما يتم بشكل غير مناف لأحكام الشريعة الإسلامية وبدون اشتراط أية فوائد⁽²⁹²⁾ . وكذلك ما نصت عليه المادة 3/2 من اتفاقية تأسيس البنك الإسلامي للتنمية من إمكانية قيامه بتقديم القروض لتمويل المشروعات والبرامج الإنتاجية في القطاعين الخاص والعام في الدول الأعضاء ، وهي القروض بدون فوائد إعمالاً لما يقتضي به أهداف البنك المذكور من أن أعماله يجب أن تكون متطابقة مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بما في ذلك تحريم التعامل بالفوائد أخذاً وعطاءً⁽²⁹³⁾ .

ومع أنه من الناحية النظرية ، يجوز للبنوك الإسلامية مزاولة النشاط المصرفي بالإقراض بدون فوائد (القرض الحسن) ، إلا أن الواقع العملي والممارسة التطبيقية يدلان على عدم استخدام البنوك الإسلامية لهذا الأسلوب في

(291) المادة 4/ أولاً من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(292) المادة 4 من النظام الأساسي لبنك بويان .

(293) راجع : دكتور توفيق محمد الشاوي . البنك الإسلامي للتنمية ، المشار إليه سابقاً ، وبصفة خاصة نصوص الاتفاقية في الملحق بالمرجع المذكور ، ص 6 من الملحق .

التمويل بالنظر إلى انعدام ربحيته ، وبما يثير التساؤل بين ما يتم التمسك به نظرياً وبين ما يجري عليه العمل . وقد جاء في دراسة حديثة أنه لا أثر للقرض الحسن في التقارير السنوية للغالبية من البنوك الإسلامية كبنك فيصل الإسلامي المصري وبنك دبي الإسلامي وبنك فيصل الإسلامي السوداني وغيرهم⁽²⁹⁴⁾ . كما يلاحظ ، على جانب آخر ، ضآلة حجم المبالغ المستخدمة في الإقراض بدون فوائد من بعض البنوك الإسلامية الأخرى مثل مصرف فيصل الإسلامي - البحرين ، بل إن هذه المبالغ في نقصان بمرور الأعوام⁽²⁹⁵⁾ . أما بنك التنمية الإسلامي ، فهو ذو وضع خاص لقيامه أساساً على فكرة تمويل وإقراض الدول الأعضاء بصفة أساسية في قطاعات التنمية والتجارة الخارجية بدون فوائد ، دعماً لمسيرتها نحو التقدم⁽²⁹⁶⁾ .

(6) الاستصناع :

60- الاستصناع عقد يتعهد بموجبه شخص هو الصانع بأن يصنع شيئاً (المصنوع) لصالح شخص آخر هو المستصنع بناء على طلب هذا الأخير وطبقاً للمواصفات التي يحددها ، وعلى أن يقدم الصانع المواد الأولية وغيرها مما يلزم المصنوع من عنده ، وذلك مقابل ثمن يؤديه المستصنع⁽²⁹⁷⁾ . ويشمل الاستصناع مجالات عديدة لاسيما أنشطة المقاولات والتركيب للمعدات والتشطيبات للمرافق والمساكن والمحلات التجارية والمصانع وغيرها .

(294) عائشة الشراقوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 606 .

(295) السابق ، ص ص 606 - 608 .

(296) الدكتور عوف محمود الكفراوي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 236 - 238 .

(297) راجع : الدكتور أحمد جابر بدران ، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق - مع عرض تجارب ونماذج لعقد الاستصناع في البنوك الإسلامية (سلسلة رسائل البنك الصناعي - العدد 72 - مارس 2003 - تصدر عن بنك الكويت الصناعي) وبصفة خاصة من ص ص 16 - 20 .

ويستخدم الاستصناع لتمويل المنتجين والصناع كأحد البدائل الشرعية بدلاً من الإقراض بفائدة الذي تقوم به البنوك التقليدية⁽²⁹⁸⁾. وبذلك تساهم البنوك الإسلامية بأموالها في مجالات الاستثمار والعمل والتجارة والصناعة لاسيما لتلبية حاجات صغار الصناع والحرفيين. كما يحقق الاستصناع ميزات كبيرة لكل من صاحب المشروع المستصنع حيث يمكنه من استكمال بناء وتشيد مشروعه مع إمكانية سداد الثمن لذلك خلال فترة الإنتاج ومن عوائده؛ أما بالنسبة للبنك الصانع، فإنه يحقق عائداً يتمثل في هامش الربح الذي يحصل عليه لإنجاز المصنوع. وعليه، فإن من شأن اللجوء إلى الاستصناع كصيغة تمويلية تحقيق السيولة النقدية للعملاء للبناء والتشيد دون تقاضي فوائد⁽²⁹⁹⁾.

61- ولما كان البنك غير متخصص أصلاً في إنجاز عمليات البناء والمقاولات، فإنه وبعد أن يقوم بإبرام عقد الاستصناع مع العميل المستصنع، يقوم بإبرام عقد آخر مع مقاول من الباطن لتنفيذ المصنوع. وهذا العقد الآخر بين البنك والمقاول من الباطن يطلق عليه عادة تسمية الاستصناع الموازي⁽³⁰⁰⁾. ويجب أن يلتزم البنك الإسلامي بعدم الربط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي، فمثلاً يحظر توكيل المستصنع بالتعاقد مع المقاول من الباطن أو إشرافه على المصنوع أو أي عمل آخر من شأنه الانتقاص من مهام والتزامات البنك في الاستصناع أو أي عمل آخر من شأنه تحويل العملية إلى مجرد تمويل بفوائد⁽³⁰¹⁾. ولقد أجازت الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي عقود الاستصناع المبرمة مع العملاء، والتي تتعاقد فيها المؤسسة

(298) في تفصيل ذلك، راجع: الدكتور أحمد جابر بدران، السابق، ص 53-78. الدكتور محمد إبراهيم البلتاجي، العمليات في المصارف الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص 19.

(299) في معنى قريب: الدكتور أحمد جابر بدران، السابق، ص 58-59.

(300) الدكتور محمد إبراهيم البلتاجي، العمليات في المصارف الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص 20.

(301) الدكتور أحمد جابر بدران، عقد الاستصناع...، المشار إليه سابقاً، ص 8.

المالية المذكورة مع مقاولين من الباطن بشرط أن يتم الفصل بين العقدين . كما يجب عدم الوقوع في مخالفة المحظور شرعاً ، وصورة ذلك أن يتدخل البنك بين شخصين قد تم حصول اتفاق بينهما مقدماً باعتبار أحدهما صانع والآخر مستصنع راغب في التمويل من البنك لكي يدفع للصانع ، فتورط البنك في هذه العملية لا يعد استصناعاً جائزاً شرعاً ، وإنما صورة للتمويل بفائدة⁽³⁰²⁾ . ويستفاد من نصوص النظم الأساسية لبعض البنوك الإسلامية الحق في القيام بالتمويل باستخدام صيغة الاستصناع . من ذلك ما تنص عليه المادة (4) . ثانياً- 4 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي من جواز قيامه بأعمال التمويل الإستثماري في نشاط المقاولات على اختلاف أنواعها على غير أساس الربا . وما تنص عليه المادة (5) ثانياً- 2 و4 و8 من جواز قيام البنك بكافة أعمال المقاولات الإنشائية والصناعات الهندسية المرتبطة بها والأعمال الكهربائية والميكانيكية وأعمال الاستشارات الفنية والهندسية وإنشاء وشراء المصانع والقيام بكافة أعمال الاستثمار العقاري .

(302) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية - بيت التمويل الكويتي - فتوى رقم 422 ، 1/ 417 ، فتوى رقم 267 ، 2/197 . كما هي مذكورة ومشار إليها في مؤلف الدكتور أحمد جابر بدران ، عقد الاستصناع ، السابق ، ص ص 89- 90 .

الفصل الثاني

تأسيس وتسجيل وإدارة البنوك الإسلامية

تمهيد وتقسيم :

تخضع البنوك الإسلامية ، في إجراءات التأسيس - إلى حد كبير - لذات القواعد والضوابط والشروط التي تحكم تأسيس البنوك التقليدية ، خاصة بالنسبة للشكل القانوني للبنك وقواعد الاكتتاب في رأس المال وغيرها ، وإن اختلفت بعض القوانين البنوك الإسلامية ببعض الإجراءات المختلفة أو الضوابط الإضافية ، لا سيما فيما يتعلق برأس المال اللازم لتأسيس البنك وتأسيس الشركات التابعة للبنك الإسلامي وإنشاء فروع البنوك الإسلامية الأجنبية ، وذلك كما في القانون الكويتي . كما تخضع البنوك الإسلامية لنظام التسجيل لدى البنوك المركزية وهو ذات النظام الذي تخضع له أيضا البنوك التقليدية ، وإن تم اختصاص البنوك الإسلامية ببعض القواعد والإجراءات في هذا الإطار وبما يتناسب مع طبيعتها . أما بالنسبة لنظام إدارة البنوك الإسلامية فهو يكاد يتطابق من حيث الأسس والأطر العامة مع نظام إدارة البنوك التقليدية والتي تدار من خلال الأجهزة التي تدار بها شركات المساهمة وهي الجمعيات العمومية ومجالس الإدارة والمراقبين ، وإن تمايزت البنوك الإسلامية فيما بينها في بعض التفصيلات في هذا الخصوص ، فضلاً عن بعض المشكلات الخاصة بها . ونعالج فيما يلي أهم الجوانب القانونية لتأسيس وتسجيل وإدارة البنوك الإسلامية وذلك في ثلاثة مباحث كما يلي :

المبحث الأول : الجوانب القانونية لتأسيس البنوك الإسلامية .

المبحث الثاني : تسجيل البنوك الإسلامية .

المبحث الثالث : إدارة البنوك الإسلامية .

المبحث الأول

الجوانب القانونية لتأسيس البنوك الإسلامية

أولاً: الشكل القانوني للبنك الإسلامي والفروع

62- تخضع البنوك في تأسيسها للقوانين الداخلية لكل دولة . وتقضي أغلبية القوانين العربية بوجوب تأسيس البنوك في شكل شركات مساهمة ، وهي في هذا الخصوص لا تختلف كثيراً عن البنوك التقليدية . وتطبيقاً لذلك ، نصت المادة 90 من القانون رقم 30 لسنة 2003 في دولة الكويت على أنه (مع مراعاة أحكام قانون الشركات التجارية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يشترط لتسجيل البنوك الإسلامية في السجل (أي سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي) ما يلي :

1- أن يتخذ البنك شكل شركة مساهمة تطرح أسهمها للاكتتاب العام . ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من مجلس إدارة البنك المركزي وموافقة وزير المالية أن يستثنى من هذا الحكم فروع البنوك الإسلامية الأجنبية وذلك عند السماح لهذه البنوك بإنشاء فروع لها في دولة الكويت .

2-

وبين من النص المتقدم أن القانون الكويتي يفرض على جميع البنوك الإسلامية العاملة في دولة الكويت أن تتخذ شكل شركة المساهمة التي تطرح الأسهم للاكتتاب العام . وبحسب تعريفها ، طبقاً للمادة 63 من قانون الشركات التجارية رقم 15 لسنة 1960 ، فإن شركة المساهمة هي شركة تتألف من عدد من الأشخاص يكتبون فيها بأسمهم قابلة للتداول ولا يكونون مسؤولين عن التزامات الشركة إلا بمقدار القيمة الاسمية لما اكتتبوا به من أسهمها ، وهي طبقاً للمادة 64 من قانون الشركات المذكورة عارية عن العنوان بحيث يجب أن يطلق عليها اسم تجاري معين يشير إلى غايتها

ويخصصها ولا يجوز أن يكون هذا الاسم مستمداً من اسم شخص طبيعي إلا في حالات استثنائية محددة بالمادة المذكورة (303) . ومفاد ذلك أنه لا يجوز مطلقاً أن يتخذ البنك الإسلامي شكل الشركة المساهمة المغلقة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو أي شكل آخر غير الشركة المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام . ويعود إصرار المشرع على إلباس البنوك بصفة عامة هذا الشكل القانوني إلى أن شركات المساهمة المفتوحة للاكتتاب العام قادرة على تجميع رأس المال الكبير الذي يحتاجه البنك للتأسيس وللنهوض بأعماله ، كما أن الاشتراك في الشركة من خلال الاكتتاب يخضع لضوابط وقواعد تصب في حماية المكتتبين ومنع التحايل ، وذلك فضلاً عن أن تداول الأسهم يتم من خلال آلية من الشفافية في سوق الأوراق المالية ، مع الخضوع في مراحل التأسيس والعمل للسلطات الرقابية المختلفة المختصة في الدولة (304) .

ومع ذلك يجوز أن يستثنى من الحكم المتقدم ، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 90 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ، فروع البنوك الإسلامية الأجنبية التي يصرح لها بالعمل في الكويت (305) . ومفاد ذلك أن الفروع المذكورة يجوز لها أن تتخذ شكلاً آخر غير شكل شركة المساهمة التي تطرح الأسهم للاكتتاب العام ، ومن ثم يجوز أن يكون فرع البنك الإسلامي الأجنبي في شكل شركة مساهمة مغلقة أو شركة ذات مسؤولية محدودة مثلاً . ويشترط لإعمال هذا الاستثناء أن يصدر قرار بالموافقة على ذلك من مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس إدارة البنك المركزي وموافقة وزير المالية (306) . ومع هذا ، نعتقد أن الاستثناء المذكور لا

(303) في نفس المعنى : الدكتور طعمة الشمري . قانون الشركات التجارية الكويتي (مؤسسة دار الكتب - الطبعة الأولى - الكويت 1986 ، ص ص 267 - 268 .
(304) راجع في الركائز التي قام عليها القانون رقم 30 لسنة 2003 ، المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور ، المشار إليها سابقاً ، ص (د) .
(305) المادة 1/90 من قانون بنك الكويت المركزي .
(306) السابق .

يجوز أن يبسط ليشمل كافة أشكال الشركات . بمعنى أنه لا يجب التوسع في السماح لفروع البنوك الإسلامية الأجنبية في حرية اتخاذ أي شكل من أشكال الشركات ، ذلك أن شركات الأشخاص كشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة لاتناسب العمل المالي المصرفي . ومن ثم فإن نطاق الاستثناء - كما نراه - يجب أن ينحصر في السماح لفروع البنوك الإسلامية الأجنبية في اتخاذ شكل شركات المساهمة المقفلة أو شركات ذات المسؤولية المحدودة . وعلى أي الأحوال ، فإن تطلّب حصول فروع البنوك الإسلامية الأجنبية على موافقة الجهات المالية والإدارية المنصوص عليها في المادة 90 المذكورة تمثل ضمانه رقابية هامة . كما أنه وبحسب صياغة المادة المذكورة وكذلك الفقرة الثانية من المادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ، فإنه بين جواز أن يكون للبنك الإسلامي الأجنبي أكثر من فرع يعمل في دولة الكويت ؛ ويستفاد ذلك من عبارة نص المادة 86 المذكورة والتي تنص على أنه (. . . وتعتبر فروع أي بنك إسلامي أجنبي تعمل في دولة الكويت في حكم البنك الواحد بالنسبة لأحكام هذا القانون)⁽³⁰⁷⁾ . وذلك على خلاف البنوك التقليدية الكويتية حيث أجاز القانون لكل بنك كويتي مسجل في سجل البنوك لدى بنك الكويت المركزي أي كل بنك تقليدي أن ينشئ أو يؤسس شركة واحدة فقط لها مقر واحد فقط لمزاولة النشاط الذي تزاوله البنوك الإسلامية وذلك بعد الحصول على موافقة البنك المركزي⁽³⁰⁸⁾ .

وتقضي غالبية قوانين البنوك الإسلامية ، وكذلك القوانين المنشئة للبنوك الإسلامية أو عقود تأسيسها في الدول المختلفة على وجوب أن يتخذ البنك الإسلامي شكل شركة مساهمة . من ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من قانون إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان من خضوع المصارف الإسلامية في

(307) المادة 86/2 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

(308) المادة 87 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

لبنان لجميع الأحكام القانونية والأنظمة القانونية المعمول بها في لبنان لاسيما تلك المتعلقة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالمصارف بما فيها كل من قانون التجارة البرية وقانون النقد والتسليف وقانون سرية المصارف والتي تستلزم أن يكون المصرف في شكل شركة مساهمة⁽³⁰⁹⁾. وكذلك ما اشترطته المادة الثالثة من نظام مراقبة البنوك الصادر في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/5 في 22/2/1386 هـ من أنه يشترط لمنح الترخيص لمزاولة الأعمال المصرفية للبنوك الوطنية في المملكة أن يكون البنك شركة مساهمة سعودية⁽³¹⁰⁾. وما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (2) من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي من وجوب أن تتخذ المصارف الإسلامية شكل شركة المساهمة العامة أي التي تطرح الأسهم للاكتتاب العام وفقاً لقانون الشركات الاتحادي. وما نص عليه المرسوم الأميري بتأسيس بنك دبي الإسلامي في 12 مارس 1975 بأن يؤسس ذلك البنك في شكل شركة مساهمة عامة محدودة⁽³¹¹⁾. وأيضاً المرسوم 52 لسنة 1990 بتأسيس بنك قطر الدولي الإسلامي كشركة مساهمة قطرية⁽³¹²⁾.

63- ويذهب بعض المفكرين الإسلاميين المعاصرين إلى أن شكل الشركة المساهمة مستعار من الأنظمة الغربية ولا يتوافق مع النمط الإسلامي للشركة⁽³¹³⁾، إذ إن شركة المساهمة تقترب من النظام منها إلى العقد

(309) المادة الأولى من القانون رقم 575 بشأن إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان. المشار إليه سابقاً.

(310) المادة الثالثة/1 من نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/5 في 22/2/1386 هـ

[Http://www.sama.gov.sa/ar/control/procedure/cofmbldr/3.htm](http://www.sama.gov.sa/ar/control/procedure/cofmbldr/3.htm)

(311) المادة الثالثة من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي، المشار إليه سابقاً، والمادة (أولاً) من المرسوم بتأسيس بنك دبي الإسلامي.

(312) المادة الأولى من عقد تأسيس بنك قطر الدولي الإسلامي.

(313) في مناقشة هذا الاتجاه والرد عليه، راجع: عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية، المشار إليه، ص ص 51-52.

سواء من حيث شروط التأسيس أو نظام الإدارة الذي يتم من خلال أجهزة الشركة وليس من خلال الشركاء المساهمين أنفسهم ، كما أن المساهمين عادة ما يجهلون بعضهم البعض بسبب التداول المستمر للأسهم ، فهم كما يصفهم فقه القانون التجاري مجرد دائنين عابرين ، وبالتالي فإن شخصية المساهم لا اعتبار لها بصفة عامة في شركات المساهمة⁽³¹⁴⁾ . ولعل أهم انتقاد من بعض المفكرين الإسلاميين لشركة المساهمة هو أنها كغيرها من الشركات - عدا شركة المحاصة - تقوم على فكرة الشخصية المعنوية ، وهي فكرة مجازية مؤداها أن للشركة شخصية قانونية منفصلة عن شخصية الشركاء فيها بحيث تنسب الحقوق والالتزامات إلى الشركة مباشرة التي تتمتع بموجب هذه الشخصية بذمة مالية مستقلة وبأهلية الالتزام . أما في الإسلام فلا فصل بين ذمة الشركة وذمة الشريك ، لأن الشركات فيه لا تعرف كياناً قائماً بذاته ينفصل عن الشركاء في الشركة وعلى أساس أن الالتزام واكتساب الحقوق لا يتصور إلا للشخص الطبيعي⁽³¹⁵⁾ . ومع كل هذه الحجج والآراء التي تهاجم شركة المساهمة ، ودون الدخول في تفصيلات الرد ، فإنه يكفي القول بأن الشريعة الإسلامية عرفت تنظيمات معينة تظهر فيها بوضوح فكرة الشخصية المفترضة من ذلك نظام الوقف وبيت المال ؛ وفكرة الذمة المفترضة كالملكية الجماعية والجنين⁽³¹⁶⁾ . كما أن الشخصية المعنوية للشركة ، كما تُعرف في القوانين الوضعية الحديثة هي افتراض قانوني يقصد به تسهيل المعاملات بما فيه الصالح الاقتصادي للمجتمع ، الأمر الذي لا يتعارض مع أهداف الشريعة الإسلامية⁽³¹⁷⁾ .

(314) في معنى قريب : الدكتور طعمة الشمري ، قانون الشركات التجارية في القانون الكويتي ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 264 - 267 .

(315) في عرض هذا الرأي والرد عليه : عائشة الشرفاوي المالقي ، ص ص 50 - 51 .

(316) السابق ، ص ص 51 - 52 .

(317) السابق ، ص ص 52 - 53 .

ثانياً : إجراءات تأسيس البنوك الإسلامية والفروع

64- تناول المادة 88 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي إجراءات تأسيس البنوك الإسلامية وفروع البنوك الإسلامية الأجنبية ، وهي إجراءات تتسق بصفة عامة مع الإطار العام لإجراءات تأسيس البنوك التقليدية المتبعة حالياً وفقاً لأحكام القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية ، وعلى النحو الذي أوضحته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003⁽³¹⁸⁾ . كما حددت المادة 88 المذكورة المستندات الواجب تقديمها مع طلب التأسيس بما يتضمن جدية الطلبات المقدمة ، وهي :

1- بيان بأسماء المؤسسين وجنسياتهم وعناوين وحصص كل منهم في رأس المال .

2- مشروع عقد التأسيس والنظام الأساسي .

3- دراسة بالجدوى الاقتصادية لإنشاء البنك .

4- أي مستندات أخرى يطلبها البنك المركزي .

وبالنسبة لفروع البنوك الإسلامية الأجنبية في دولة الكويت يجب للنظر في طلب تأسيسها أن يرفق بها المستندات الآتية :

1- عقد التأسيس والنظام الأساسي للبنك صاحب الطلب .

2- دراسة بالجدوى الاقتصادية لإنشاء الفرع .

3- ما يفيد خضوع المركز الرئيسي للبنك الإسلامي الأجنبي لإشراف السلطة الرقابية للدولة التي يقع فيها هذا المركز ، وموافقتها على إنشاء الفرع المطلوب .

4- أي مستندات أخرى يطلبها البنك المركزي .

(318) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها سابقاً ، ص (هـ) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أن يقوم بنك الكويت المركزي بوضع الأسس والقواعد والضوابط التي تنظم نشاط فروع البنوك الإسلامية الأجنبية التي يصرح لها بالعمل في دولة الكويت . وتعتبر فروع أي بنك إسلامي أجنبي تعمل في دولة الكويت في حكم البنك الواحد بالنسبة لأحكام هذا القانون .

كما أجازت المادة 87 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي للبنوك الكويتية القائمة حالياً والمسجلة لدى بنك الكويت المركزي ، أي البنوك التقليدية ، أن تقوم - وبعد موافقة البنك المركزي - بتأسيس شركات تابعة تزاوّل النشاط المصرفي والاستثماري الذي تزاوّل البنوك الإسلامية وطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولأحكام هذا القسم من قانون بنك الكويت المركزي ، وبشروط ألا يزيد ما يؤسس البنك التقليدي الواحد في هذا الخصوص على شركة واحدة لها مقر واحد فقط . ويشترط أن تتخذ هذه الشركة شكل الشركة المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام ، وبشروط ألا يقل رأس مال تلك الشركة عن خمسة عشر مليون دينار كويتي وأن يكتتب البنك المؤسس بنسبة لا تقل عن 51٪ من رأس مال الشركة الفرع ، ومع الاحتفاظ بهذه النسبة في كل وقت مع طرح باقي الأسهم للاكتتاب العام ؛ وفيما عدا ذلك تعتبر الشركة التابعة والتي تزاوّل نشاطها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بنكاً مستقلاً في خصوص تطبيق قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي⁽³¹⁹⁾ . ونعتقد أن هذا النص يستهدف منع اختلاط أموال البنك التقليدي المؤسس بأموال الشركة التابعة والتي تقوم بنشاط مصرفي واستثماري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية . كما حرص المشرع على النص صراحة في الفقرة الأخيرة من نص المادة 87 المشار إليها على أنه لا يجوز للبنك أن يبيع أو أن يتنازل عن

(319) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، السابق .

ملكية الشركة التابعة له أو عن جزء منها إلى أي طرف آخر⁽³²⁰⁾ . وقد أصدر بنك الكويت المركزي التعليمات رقم (2/ رب أ/ 114/ 2003) في 10/ 11/ 2003 في شأن قواعد وإجراءات فتح فروع مصرفية للبنوك الإسلامية داخل دولة الكويت وخارجها⁽³²¹⁾ .

ويلاحظ أن هذه التعليمات خاصة بالبنوك الإسلامية الكويتية التي تتأسس طبقاً لقسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي والتي ترغب في إنشاء فروع لها في دولة الكويت أو في خارجها⁽³²²⁾ . وبالنسبة لفتح فروع داخل دولة الكويت ، فيجب أن يقدم البنك الإسلامي طلباً خطياً إلى بنك الكويت المركزي موضحاً فيه جدوى افتتاح الفرع ومدى حاجة المنطقة التي يطلب افتتاح الفرع بها إلى الخدمات المصرفية له ومدى تأثير نشاط الفرع المطلوب على نشاط المركز الرئيسي وباقي الفروع ، والتقديرات المالية بشأن الفرع المطلوب وغيرها من أمور أخذها البنك في الاعتبار عن اتخاذ قرار افتتاح الفرع⁽³²³⁾ . أما بالنسبة لإجراءات فتح فروع للبنوك الإسلامية الكويتية في الخارج ، فإنه يتعين على البنك المعني إحاطة بنك الكويت المركزي قبل الشروع في إجراء أية اتصالات مع سلطات رقابية مالية أو مصرفية في دولة أخرى ، ثم التقدم مباشرة إلى بنك الكويت المركزي بطلب إنشاء الفرع المطلوب في الخارج مرفقاً به دراسة الجدوى وغيرها من أوراق ومبررات مالية لإنشاء الفرع المطلوب⁽³²⁴⁾ . وعلى أي الأحوال ، إذا وافق بنك الكويت المركزي على طلب البنك الإسلامي لإنشاء فرع سواء داخل دولة الكويت أو خارجها ، فإن هذه الموافقة تعتبر مبدئية ، وتكون صالحة لمدة ستة أشهر من تاريخ صدورها بالنسبة للفروع داخل

(320) المادة 87/ 3 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

(321) انظر : دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي - التعليمات رقم (2/ رب أ/ 114/ 2003) .

(322) التعليمات رقم (2/ رب أ/ 114/ 2003) ، السابق ، ص 1 .

(323) السابق ، ص ص 2- 1 .

(324) السابق ، ص ص 2- 3 .

دولة الكويت ، وتسعة أشهر بالنسبة للفروع خارج دولة الكويت . ويلتزم البنك عندئذ بالعمل على اتخاذ الإجراءات اللازمة نحو افتتاح الفرع قبل انتهاء الفترة المشار إليها . وإذا تعذر على البنك افتتاح الفرع في الفترات المشار إليها ، جاز له أن يتقدم للبنك المركزي بطلب تمديد فترة الموافقة وذلك قبل انتهائها مع مبرراته لذلك . وإذا لم يلتزم البنك بمراجعة تلك الفترات ، اعتبرت الموافقة المبدئية على إنشاء الفرع لاغية بمجرد فوات الفترات المذكورة(325) . ويجب تسجيل الفرع في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي قبل خمسة عشر يوماً من تاريخ الافتتاح مع استيفاء كافة الأوراق والمستندات اللازمة ، ولا يجوز للفرع مباشرة النشاط قبل تمام التأشير بتسجيله في سجل البنوك الإسلامية لدى البنك المركزي (326) .

65- وفي لبنان ، نصت المادة الثانية من قانون المصارف الإسلامية اللبناني على أن يخضع تأسيس المصارف الإسلامية وكذلك أي فرع لمصرف إسلامي أجنبي في لبنان لترخيص من المجلس المركزي لمصرف لبنان . كما يضع المجلس المركزي لمصرف لبنان نظاماً خاصاً يتضمن جميع الشروط الواجب توافرها لمنح الترخيص ، ويمنح هذا الترخيص إذا رُئي أنه يخدم المصلحة العامة بحسب السلطة التقديرية للمجلس في ذلك ، ولا يخضع القرار الصادر بمنح الترخيص أو منعه لأي طريق من طرق الطعن أو المراجعة القضائية أو الإدارية بما في ذلك المراجعة لتجاوز حد السلطة (327) . كما أجازت المادة المذكورة للمصارف غير الإسلامية أي المصارف التقليدية العاملة في لبنان أن تؤسس أو تشارك في تأسيس مصارف إسلامية ، كما يمكنها أن تملك أسهم مصارف إسلامية قائمة في لبنان بشرطين : الاستحصال على موافقة مسبقة بذلك من المجلس المركزي لمصرف لبنان

(325) السابق ، ص 3 .

(326) السابق .

(327) المادة الثانية من القانون رقم 575 بشأن إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان .

ومراعاة أحكام المادة 153 من قانون النقد والتسليف⁽³²⁸⁾ . كما صدر من حاكم مصرف لبنان القرار الأساسي رقم 8829 في 26 / 8 / 2004 في شأن شروط تأسيس المصارف الإسلامية ، وقد حظرت المادة الأولى من القرار المذكور مزاولة أعمال الصيرفة الإسلامية في لبنان إلا من قبل المصارف الإسلامية المؤسسة في لبنان أو فروع المصارف الإسلامية الأجنبية . كما أوجبت المادة الثانية من القرار المذكور أن يكون من بين مؤسسي أي مصرف إسلامي في لبنان مصارف عاملة في لبنان أو مصارف أجنبية ، إسلامية أو ذات خبرة مرموقة في مجال العمليات المصرفية الإسلامية ، كما يجب دائماً وبصفة مستمرة أن تعود نسبة الثلث على الأقل من كامل أسهم المصرف الإسلامي اللبناني إلى المصارف المشار إليها في المادة الثانية المذكورة⁽³²⁹⁾ . أما بالنسبة لشروط تأسيس المصارف الإسلامية في لبنان ، فقد أوجبت المادة الرابعة من القرار المذكور أن يتم تقديم طلب الحصول على ترخيص المصرف الإسلامي إلى مصرف لبنان (أي المصرف المركزي) موقعاً من المؤسسين ومرفقاً به نسخة أصلية وثلاث صور عن كل من المستندات المحددة من مصرف لبنان . وبوجه خاص ، يجب أن يتضمن النظام الأساسي للمصرف الإسلامي اللبناني قسماً خاصاً بالهيئة الاستشارية الشرعية وبيان شروط تعيينها وصلاحياتها والتزام المصرف في جميع معاملاته بأحكام الشريعة الإسلامية⁽³³⁰⁾ . وبالنسبة لفروع البنوك الإسلامية الأجنبية ، فقد أجازت المادة الخامسة من القرار المشار إليه أن يتقدم المصرف الإسلامي الأجنبي إلى مصرف لبنان بطلب للحصول على ترخيص بتأسيس فرع له في لبنان . ويشترط أن يكون هذا الطلب موقعاً من إدارة ذلك المصرف الأجنبي بالإضافة إلى تعهد منها بالالتزام في معاملات

(328) السابق .

(329) المادتان الأولى والثانية من القرار رقم 8829 الصادر عن حاكم مصرف لبنان في 26 آب 2004 بشأن شروط تأسيس المصارف الإسلامية في لبنان .

(330) السابق ، المادة الرابعة .

الفرع بكافة أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك بإنشاء هيئة للرقابة الشرعية .
وتمنح المجلس المركزي لمصرف لبنان الترخيص بتأسيس المصرف الإسلامي
بعد التحقق من توفر الشروط القانونية والنظامية ، ووفقاً لما يراه في إطار ما
يخدم المصلحة العامة . وعلى المصرف الإسلامي الأجنبي المرخص بتأسيسه
أن يستكمل كافة إجراءات ومعاملات التأسيس الأخرى خلال مدة
أقصاها ستة أشهر من تاريخ إبلاغه بقرار الترخيص ، وإلتم إلغاء هذا
الترخيص (331) .

66- وفي دولة الإمارات العربية المتحدة ، نصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من
قانون المصارف الإسلامية الإماراتي على أن يتم تأسيس المصارف الإسلامية
وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984 في
شأن الشركات التجارية ، كما تخضع المصارف الإسلامية للترخيص
بإنشائها من مصرف الإمارات المركزي ورقابته وتفتيشه طبقاً لأحكام القانون
الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي
وتنظيم المهنة المصرفية وبما لا يتعارض مع أحكام قانون المصارف
الإسلامية (332) .

ثالثاً : رأس مال البنك الإسلامي

67- رأس مال البنك هو مجموع المساهمات التي اشترك بها المساهمون في
البنك والمتمثلة في عدد الأسهم التي يتم الاكتتاب فيها عند التأسيس وأية
زيادة تطراً عليها وتم وفقاً لأحكام القانون (333) . وتجري أغلبية القوانين
على اشتراط حد أدنى لرأس مال أي بنك . ويذهب البعض إلى أنه يتعين أن
يكون الحد الأدنى لرأس مال البنك الإسلامي أعلى من ذلك الذي يشترط

(331) السابق ، المادة الخامسة .

(332) المادة 2/3 من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي ، المشار إليه سابقاً .

(333) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 174 - 175 .

لتأسيس البنوك التقليدية ، وعلى سند من أن طبيعة أعمال وأنشطة البنوك الإسلامية تقتضي ذلك لاسيما مع احتمال انصراف جزء كبير من أموالها في استثمارات طويلة الأجل يصعب معه التسييل إذا ما دعت الحاجة إلى ذلك (334) . على أننا ننضم إلى الاتجاه الذي لا يرى ضرورة للتفرقة بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية فيما يتعلق بحجم الحد الأدنى لرأس المال ، وذلك على أساس أن معظم استثمارات البنوك الإسلامية هي قصيرة أو متوسطة الأجل ؛ هذا من جهة ، ولأن هناك حجم سيولة عالياً من الودائع لدى البنوك الإسلامية ، من جهة أخرى ، وبما لا تنهض معه الحاجة إلى رفع الحد الأدنى لرأس مالها عن البنوك التقليدية (335) .

68- وفي دولة الكويت ، نصت المادة 92 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أنه مع مراعاة أحكام المادة 87 من القانون المذكور والقوانين المعمول بها ولاسيما قانون الشركات التجارية ، فإنه يجب ألا يقل رأس المال المدفوع لأي بنك إسلامي عن خمسة وسبعين مليون دينار كويتي ، ويشترط ألا تقل النسبة التي يكتب فيها المؤسسون في رأس مال البنك عن 10٪ وألا تزيد عن 20٪ منه (336) . وقد راعى المشرع الكويتي بهذه الاشتراطات وجوب توفر حجم معين مناسب لكي يبدأ البنك الإسلامي نشاطه المصرفي وذلك بحسب ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 بهدف ضمان جدية الطلب ومراعاة لأهمية وجود مؤسسين رئيسيين في بداية النشاط (337) . كما اشترطت المادة 92 المذكورة ألا تزيد نسبة اكتتاب المؤسسين عن 20٪ من رأس مال البنك الإسلامي ، بما يعني أن يتم طرح 80٪ من الأسهم على

(334) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص 97 .

(335) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 195 - 196 .

(336) المادة 92 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

(337) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها ص (هـ) .

الأقل في اكتتاب عام ، وذلك لتحقيق الهدف من استلزام ألا يتم ممارسة النشاط المصرفي إلا من خلال شركات مساهمة تطرح الأسهم في الاكتتاب العام لمنع تركيز الملكية⁽³³⁸⁾ . وهنا نلاحظ فارقاً بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية ، إذ إن المادة 57 من قانون بنك الكويت المركزي اشترطت بالنسبة للبنوك التقليدية ألا يقل رأس مال أي بنك عن خمسة وسبعين مليون دينار كويتي وذلك دون اشتراط ألا تزيد نسبة المؤسسين عن 20٪ من رأس مال البنك التقليدي ، وإن كان تم اشتراط ألا تقل نسبة المؤسسين عن 10٪ من رأس المال إعمالاً للمادة 81 من قانون الشركات الكويتي . ونعتقد أن هذه التفرقة بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية غير مبررة ، لاسيما أن فكرة منع تركيز الملكية قد تحققت بالنسبة للبنوك التقليدية بموجب الفقرة الثانية من المادة 57 من قانون بنك الكويت المركزي والتي حظرت بغير موافقة مسبقة من البنك المركزي - أن تتجاوز ملكية الشخص الواحد طبيعياً كان أو اعتبارياً في أي بنك من البنوك الكويتية 5٪ من رأس مال البنك سواء كان التملك بشكل مباشر أو غير مباشر مع استثناء الجهات الحكومية والجهات ذات الميزانيات الملحقه والمستقلة . وإذا تجاوزت ملكية الشخص الواحد هذه النسبة لأي سبب من الأسباب وجب عليه التصرف في الزيادة في المدة التي يحددها البنك المركزي ، ويترتب على المخالفة عدم إفادة مالك الأسهم من مقدار الزيادة فيما يتعلق بحقوق التصويت في الجمعية العمومية وفي إدارة البنك⁽³³⁹⁾ . وهذا المبدأ الذي تقرّر بالنسبة للبنوك التقليدية من حظر تملك الشخص الواحد أكثر من 5٪ من رأس مال البنك ، أصبح مطبقاً كذلك بالنسبة للبنوك الإسلامية بموجب التعميم الذي أصدره بنك الكويت المركزي إلى البنوك الإسلامية في 6/4/2004 تحت رقم (2/154/2004) ، الأمر الذي يثير التساؤل عن حكمة التفرقة بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية فيما يتعلق باختصاص البنوك الإسلامية بأحكام

(338) السابق .

(339) المادة 57 من قانون بنك الكويت المركزي .

أشد بالنسبة لاشتراط ألا تزيد نسبة اكتتاب المؤسسين عن 20٪ في رأس مال البنك (340) .

أما بالنسبة للبنوك الإسلامية التي تنشأ في شكل شركات تابعة للبنوك التقليدية الكويتية ، فقد اشترطت المادة 87 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ألا يزيد ما يؤسسه البنك التقليدي الواحد في هذا الخصوص عن شركة واحدة لها مقر واحد وألا يقل رأس مال تلك الشركة - التي تزاوّل النشاط المصرفي والاستثماري الإسلامي - عن خمسة عشر مليون دينار . كما يشترط كذلك أن يقوم البنك بتغطية كامل الجزء الباقي من رأس المال الذي لم يحصل الاكتتاب فيه (341) . وحرصاً على استقلالية أعمال الشركة التابعة وأموالها ومعاملاتها لكي تكون منبته الصلة بأعمال ونشاط وأموال البنك التقليدي الذي ساهم في تأسيسها ، فقد نصت المادة 87 المذكورة على أنه (وفيما عدا ما ورد النص عليه في الفقرة السابقة من استثناء ، تعتبر الشركة التابعة المشار إليها في تلك الفقرة والتي تزاوّل نشاطها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بنكاً إسلامياً مستقلاً في خصوص تطبيق أحكام هذا القانون) . وعليه ، نعتقد أن المشرع قد أراد بهذا النص الفصل التام بين البنك التقليدي المؤسس وأمواله ومعاملاته وبين الشركة التابعة التي تزاوّل النشاط المصرفي والاستثماري الإسلامي رغم كون البنك التقليدي هو صاحب النسبة الغالبة في رأس مالها . بل إننا نرى كذلك إن هذا الفصل والاستقلال المقصود للشركة التابعة يجب أن ينصرف أيضاً إلى إدارتها . ذلك أن إدارة الشركة في جوهرها تنصرف إلى القدرة على رسم السياسات الخاصة بها واتخاذ القرارات دون تأثير من البنك التقليدي الذي ساهم فيها وصاحب مبادرة التأسيس . ويؤيد وجهة النظر

(340) راجع تعميم بنك الكويت المركزي إلى البنوك الإسلامية رقم (2/145/2004) في 6/4/2004 - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الثاني - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي .
(341) راجع أيضاً : المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها ، ص (هـ) .

هذه ، أن الفقرة الثانية من المادة 87 المشار إليها قد ذكرت صراحة أنه فيما عدا ما ورد من أحكام في الفقرة الأولى من تلك المادة والخاصة باشتراطات الحد الأدنى لرأس مال الشركة التابعة ونسبة اكتتاب البنك التقليدي فيه ، فإن الشركة التابعة تكون مستقلة تماماً في جميع أمورها عن البنك التقليدي⁽³⁴²⁾ . وعليه ، لا تنصرف تبعية الشركة للبنك التقليدي إلا في نسبة الملكية التي يتمتع بها في رأس مالها والتي لا يجوز له أن يبيعها أو يتنازل عنها أو عن أي جزء منها إلى أي طرف آخر بحسب الفقرة الثالثة من المادة 87 المشار إليها . وبما مفاده أن السيطرة التي يتمتع بها البنك التقليدي في تلك الشركة تأتي عن طريق حقوق الملكية والتي تخوله السيطرة بطريقة ما على الإدارة الفعلية للشركة التابعة .

أما بالنسبة لفروع البنوك الإسلامية الأجنبية التي تنشأ في دولة الكويت ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 92 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أنه (وبالنسبة لفروع البنوك الإسلامية الأجنبية يجب أن لا يقل المال المخصص للفرع عن خمسة عشر مليون دينار كويتي ، ويجوز بقرار من مجلس إدارة البنك المركزي تعديل النسب الخاصة باكتتاب المؤسسين وكذا زيادة مقدار المال المخصص للفرع عند الاقتضاء)⁽³⁴³⁾ . ومن ثم فقد ساوى المشرع في حجم رأس المال اللازم لبداية النشاط بين فرع البنك الإسلامي الأجنبي وبين الشركة التابعة التي ينشئها أحد البنوك التقليدية الكويتية لتباشر النشاط المصرفي الإسلامي . ومع ذلك يجوز بقرار من مجلس إدارة البنك المركزي تعديل النسب الخاصة باكتتاب المؤسسين وكذلك زيادة مقدار المال الذي يتم تخصيصه من قبل البنك الإسلامي الأجنبي للفرع⁽³⁴⁴⁾ . وعليه ، يجوز زيادة أو تخفيض النسب التي يكتب

(342) المادة 87/2 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

(343) راجع أيضاً : المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها سابقاً ، ص (هـ) .

(344) المادة 92/2 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

بها المؤسسون في رأس مال الفرع إن اتخذ فرع البنك الإسلامي شكل شركة المساهمة ، أو المال المخصص للفرع في حالة عدم اتخاذه ذلك الشكل باعتبار أنه يجوز استثناء فروع البنوك الإسلامية الأجنبية من أن تكون في شكل شركات مساهمة بحسب ما نصت عليه المادة 90 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي . كما يجوز أن يشترط بنك الكويت المركزي زيادة مقدار الأموال التي يخصصها البنك الإسلامي الأجنبي للفرع لمباشرة النشاط في دولة الكويت عن الحد الأدنى المذكور بالفقرة الثانية من المادة 92 المشار إليها ، وذلك للأسباب والدواعي التي يقدرها البنك المركزي ، مثلاً لضمان جدية أعمال البنك أو زيادة الضمان للمتعاملين مع الفرع أو غير ذلك من مبررات . على أنه يراعى عدم جواز النزول بأي شكل عن الحد الأدنى للمال المخصص لفرع البنك الإسلامي الأجنبي وهو خمسة عشر مليون دينار كويتي⁽³⁴⁵⁾ . بل إنه ، وأسوة بما تضمنته المادة 58 من قانون بنك الكويت المركزي والتي تقرر حقه في أن يطلب من البنوك التقليدية تغطية أي نقص في رأس مال البنك التقليدي عن الحد الأدنى ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 92 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على وجوب قيام البنك الإسلامي الأجنبي بتغطية أي نقص في المال المخصص للفرع إذا كان من شأن ذلك أن يدنو إلى أقل من حجم رأس المال الذي اشترطه القانون للفرع ، سواء كان هذا النقص قد حصل لأسباب تشغيلية أو لأي سبب آخر ، ويجب تغطية هذا النقص خلال المدة التي يحددها بنك الكويت المركزي لذلك . وفي كل الأحوال ، فإنه يتعين على البنك الإسلامي الأجنبي أن يقدم لبنك الكويت المركزي ما يفيد تحويل قيمة الحد الأدنى للمال المخصص لمباشرة نشاط الفرع في دولة الكويت⁽³⁴⁶⁾ .

(345) راجع المذكرة الإيضاحية ، المشار إليها سابقاً ، ص (هـ) .

(346) المادة 3/92 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

وتنص الفقرة الثانية من المادة 57 من قانون بنك الكويت المركزي بعد تعديلها بموجب القانون رقم 28 لسنة 2004 على أنه (2) - لا يجوز بغير موافقة مسبقة من البنك المركزي ، أن تتجاوز ملكية الشخص الواحد ، طبيعياً كان أو اعتبارياً في أي بنك من البنوك الكويتية ، خمسة في المائة من رأس مال البنك ، سواء كان التملك بشكل مباشر أو غير مباشر ، وتستثنى من ذلك الجهات الحكومية والجهات ذات الميزانيات الملحقة والمستقلة . وإذا تجاوزت ملكية الشخص الواحد هذه النسبة لأي سبب من الأسباب وجب عليه التصرف في الزيادة في المدة التي يحددها البنك المركزي . وترتب على المخالفة عدم إفادة مالك الأسهم من مقدار الزيادة فيما يتعلق بحقوق التصويت في الجمعية العمومية وفي إدارة البنك . ويضع مجلس إدارة البنك المركزي الأسس والقواعد التي تحدد مفهوم التملك غير المباشر ولا تسري أحكام هذا البند على الحالات القائمة قبل العمل بهذا القانون(347) .

وكما أسلفنا ، فإن هذا النص الذي يستهدف منع تركيز ملكية الأسهم في البنوك التقليدية يسري أيضاً في حق البنوك الإسلامية الكويتية بدليل أن نص المادة 57 المذكور يقضي صراحة بأن نطاق أعماله (أي من البنوك الكويتية) وكما أن دليل تعليمات البنوك الإسلامية الذي أصدره بنك الكويت المركزي وضع الضوابط والمعايير لتطبيقه بالنسبة لها ، وكذلك الإجراءات التنفيذية لذلك ، وذلك بموجب التعميم إلى البنوك الإسلامية رقم (2/ رب / 154 / 2004) بشأن الإجراءات التنفيذية لأحكام البند (2) من المادة (57) المعدلة من القانون رقم 32 لسنة 1968 المؤرخ 6 / 4 / 2004 ، حيث يتعين على البنوك الإسلامية تقديم البيانات الخاصة بالمساهمين لديها الذين تزيد نسبة ملكيتهم - سواء بشكل مباشر أو غير مباشر - عن 5٪ من

(347) المادة 57 من قانون بنك الكويت المركزي .

رأس مال البنك . وفقاً للنموذج المرفق وذلك بصفة ربع سنوية (348) . كما وضع التعميم المذكور الأسس والقواعد التي تحدد مفهوم التملك غير المباشر وفقاً لفقرة (2) من المادة (57) المذكورة ، والذي يقصد به (تملك الأطراف المترابطة اقتصادياً أو قانونياً بالمستثمر ، سواء كان المستثمر شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، وسواء كان هذا الارتباط عن طريق الملكية المشتركة أو الإدارة المشتركة أو المصالح المتداخلة) ، كما أوضح التعميم المذكور المتطلبات الواجب استيفاؤها من قبل طالب التملك للحصول على موافقة البنك المركزي لزيادة نسبة تملكه عن 5٪ من رأس مال أي من البنوك الكويتية ، وكذلك المدة التي يجب أن يتم خلالها التصرف في مقدار الزيادة عن الحد الأقصى المحدد بنسبة 5٪ للملكية الشخص الواحد في رأس مال أي من البنوك الكويتية (349) .

69- وفي المملكة العربية السعودية ، نصت المادة الثالثة من نظام مراقبة البنوك على وجوب ألا يقل رأس المال المدفوع لأي بنك سعودي عن مليونين ونصف مليون ريال سعودي وأن تدفع جميع اكتتابات رأس المال نقداً (350) . وفي دولة الإمارات العربية المتحدة ، لم ينص قانون المصارف الإسلامية الإماراتية صراحة على رأس المال اللازم للبنوك الإسلامية ، ومع ذلك يستفاد من نص الفقرة 2 من المادة 3 من القانون المذكور الإحالة في هذا الخصوص إلى القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية والذي تنص المادة 80 منه على عدم جواز أن يقل رأس مال أي مصرف عن أربعين مليون درهم

(348) دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الثاني - قطاع الرقابة بنك الكويت المركزي ، المشار إليه سابقاً .

(349) التعميم رقم (2/ر ب / 154 / 2004) في 6 / 4 / 2004 بشأن الإجراءات التنفيذية لأحكام البند (2) من المادة (57) من القانون رقم 32 لسنة 1968 بشأن تملك الشخص الواحد لنسبة تجاوز 5٪ من رأس مال أي من البنوك الكويتية ، دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الثاني ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 2-6 .

(350) المادة الثالثة من نظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية ، المشار إليه سابقاً .

إماراتي مدفوعين بكاملهم ، كما يجب على فروع أي مصرف أجنبي أن تثبت أنها خصصت مثل هذا المبلغ لعملياتها في دولة الإمارات العربية المتحدة ، كما أنه يجوز بمرسوم اتحادي بناء على اقتراح مجلس الإدارة (أي مجلس إدارة المصرف المركزي) وموافقة مجلس الوزراء تعديل الحد الأدنى لرأس مال المصرف (351) .

70- وفي لبنان ، صدر عن حاكم مصرف لبنان القرار الأساسي رقم 8829 بشأن شروط تأسيس المصارف الإسلامية في 26 / 8 / 2004 والذي حدد الحد الأدنى لرأس مال المصرف الإسلامي في لبنان وكذلك الحد الأدنى لرأس المال الواجب تخصيصه لفروع المصارف الإسلامية الأجنبية المرخص لها بالعمل في لبنان بمبلغ مقداره مئة وخمسون مليار ليرة لبنانية يحزر بكامله نقداً على مصرف لبنان ، ويجمد من أصله قبل مباشرة أعماله النسبة التي يحددها المجلس المركزي كأمانة لحساب المصرف المعني لدى الخزينة اللبنانية ، وتعاد إليه بدون فائدة عند تصفية أعماله (352) . ويجوز لمصرف لبنان في حالات استثنائية مسببة ، لاسيما إذا كانت المصارف التي طلبت الترخيص تتمتع بمقومات مهنية عالية ، أن يقرر إما منح مهلة محددة لقيام المصرف الإسلامي اللبناني أو فرع المصرف الإسلامي الأجنبي بزيادة رأس ماله إلى الحد الأدنى المذكور ، أو أن يوافق على رأس مال أدنى لا يقل عن ثلاثين مليار ليرة لبنانية بشرطين مجتمعين هما : أولاً : أن لا تقل في أي وقت الأموال المخصصة عن مبلغ مئة وخمسين مليار ليرة لبنانية للمصارف التي تساهم في رأس مال المصرف الإسلامي وذلك إذا كانت تلك المساهمات من مصارف لبنانية عاملة في لبنان أو مصارف أجنبية إسلامية أو ذات خبرة مرموقة في العمليات المصرفية الإسلامية أو للمصرف الإسلامي الأجنبي المرخص له بفتح فروع له في لبنان . وثانياً : أن تتعهد المصارف

(351) المادة 2/3 من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي . المادة 80 من قانون المصرف المركزي الإماراتي .

(352) المادة الثالثة من القرار المذكور ، والمشار إليه سابقاً .

المذكورة في الشرط أولاً أو المصرف الإسلامي الأجنبي المرخص له بفتح فروع في لبنان ، وبشكل صريح ومتضامنين بإعادة تكوين رأس مال المصرف الإسلامي اللبناني أو رأس المال المخصص لفرع المصرف الإسلامي الأجنبي في لبنان في حالة حصول أية خسائر لرأس المال (353) .

(353) السابق .

البحث الثاني

تسجيل البنوك الإسلامية

أولاً : نظام تسجيل البنوك الإسلامية

71- تنص المادة 89 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أن (يتم تسجيل البنوك الإسلامية في سجل خاص بالبنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي بناء على طلب يقدم إلى البنك المركزي على النموذج المعد لذلك . ويكون التسجيل بقرار من وزير المالية بناء على توصية مجلس إدارة البنك المركزي . ولا يجوز لهذه البنوك أن تباشر أعمالها إلا بعد تسجيلها في ذلك السجل . كما لا يجوز للبنوك الإسلامية أن تنشئ لها فروعاً في الداخل أو في الخارج إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة من البنك المركزي ، وقيد تلك الفروع في سجل البنوك الإسلامية . ويصدر وزير المالية بناء على اقتراح مجلس إدارة البنك المركزي لائحة بنظام سجل البنوك الإسلامية مشتملة على قواعد وإجراءات ومواعيد القيد فيه وتعديل هذا القيد وشهره)⁽³⁵⁴⁾ . وبصفة عامة ، يهدف نظام تسجيل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي إلى التأكد والتحقق من استيفائها لكافة شروط وإجراءات التأسيس ، وذلك قبل بدء مباشرة تلك البنوك لأعمالها . فنظام تسجيل البنوك هو أحد الوسائل الرقابية التي أسندها القانون للبنك المركزي كي يباشر من خلالها التحقق من استيفاء البنك الإسلامي للشكل القانوني المطلوب ، ورأس المال ، وتكوين أجهزة البنك وتاريخ التأسيس وغيرها من إجراءات ومسائل . ولا تقتصر أهمية نظام التسجيل على اعتباره وسيلة رقابية لازمة لكي تبدأ البنوك الإسلامية أعمالها ونشاطها ، بل تنبسط أهمية ذلك النظام إلى ما بعد استكمال وإتمام

(354) المادة 89 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

إجراءات التأسيس ، وذلك بهدف التحقق أيضاً وبصفة مستمرة من أية تعديلات على عقد تأسيس البنك أو بياناته الأخرى أو على نظامه الأساسي والتي لا تكون سارية إلا بعد قيدها على هامش سجل البنوك لدى بنك الكويت المركزي ، وبما يضمن الرقابة الدائمة للبنك المركزي (355) .

ثانياً : إجراءات تسجيل البنوك الإسلامية

72- صدر قرار وزير المالية رقم 40 بلائحة نظام سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي واشتمل القرار المذكور على قواعد ومواعيد القيد في السجل وشهره (356) . وتقيد في هذا السجل بيانات معينة للبنك الإسلامي هي : اسم البنك ورقم التسجيل وتاريخه والشكل القانوني للبنك . كما يتم قيد تاريخ تأسيس البنك عند تسجيل البنك ومباشرة نشاطه ، ويكون تاريخ تأسيس البنك هو تاريخ إعلان تأسيسه نهائياً من قبل الجمعية التأسيسية للبنك ، ولا يحصل أي تغيير في صفحة هذا البيان طول حياة البنك (357) . كما يتم قيد أول رأس مال بدأ به البنك أعماله عند تسجيله . ويحصل أي تعديل في قيد رأس المال وفقاً لخطوات محددة هي : (أ) لدى اعتماد البيانات المالية الختامية للبنك في نهاية كل سنة مالية من قبل كل من البنك المركزي والجمعية العامة للبنك المعني ، يتقدم البنك بطلب تعديل بيانات في سجل البنوك الإسلامية بقيمة الزيادة في الاحتياطات بما تم تغذيته لها من حساب توزيع الأرباح والخسائر الخاص للعام (358) . وفي حالة إجراء

(355) وفي نظام تسجيل البنوك في لبنان على سبيل المثال ، راجع : إدوار عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 471 - 473 .

(356) قرار وزير المالية رقم 40 في 30/11/2003 بإصدار لائحة بنظام سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي - في دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي .

(357) السابق ، ص 1 .

(358) السابق ، ص 10 .

توزيعات على المساهمين بأسهم منحه ، يتقدم البنك بطلب تعديل بيانات في سجل البنوك الإسلامية لزيادة رأس المال بقيمة أسهم المنحة ، كما يتم السير في اتخاذ الإجراءات الخاصة بالتعديل في سجل البنوك سواء فيما يتعلق بتعديل الاحتياطات أو رأس المال نتيجة إجراء توزيعات في صورة أسهم منحة ، وذلك بعد العرض على محافظ البنك المركزي ، ولا يجوز أن يعمل بهذه التعديلات إلا بعد التأشير بها في سجل البنوك الإسلامية وإخطار البنك المعني بذلك (359) . وفي حالة حصول زيادة لرأس مال البنك الإسلامي بطريق الاكتتاب الجديد ، وجب على البنك الإسلامي أن يتقدم بطلب تعديل البيانات بقيمة الزيادة التي تمت على رأس المال نتيجة الاكتتابات الجديدة ، وعلى أن يرفق بها موافقة الجمعية العمومية غير العادية للبنك على هذه الزيادة ، وما يفيد تحصيلها بالفعل وتخصيصها للمساهمين . ويتم السير في اتخاذ الإجراءات الخاصة بذلك التعديل في سجل البنوك الإسلامية وذلك بالعرض على محافظ البنك المركزي . ولا يتم العمل بهذه التعديلات إلا بعد التأشير بها في السجل . كما يتعين صدور القرار اللازم من محافظ البنك المركزي فيما يخص زيادة احتياطات البنك بما تم تغذيته من حساب توزيع الأرباح والخسائر ، وزيادة رأس المال الذي يتضمن أسهم المنحة ، وأسهم الاكتتاب العام إن وجدت وزيادة الاحتياطي القانوني بعلاوة الإصدار . وإذا كانت زيادة رأس مال البنك الإسلامي تتضمن اكتتاباً عاماً ، فإن المرسوم الأميري بنشر ذلك يشمل أسهم المنحة وأسهم الاكتتاب العام ؛ وإذا كانت زيادة رأس مال البنك بأسهم منحة فقط ، لزم نشر قرار محافظ البنك المركزي . وفي كل الأحوال ، وبعد صدور القرارات المذكورة ، يقوم البنك المركزي بالكتابة إلى البنك الإسلامي المعني لإخطاره بالتأشير في سجل البنوك الإسلامية بزيادة الاحتياطات بما تم تغذيته من حساب توزيع الأرباح والخسائر وكذا علاوة

(359) السابق ، ص 10 - 11 .

الإصدار ، إن وجدت(360) . وبالنسبة لصكوك التمويل الإسلامية ، فإنه يتم استصدار قرار محافظ بنك الكويت المركزي بما تم إصداره من صكوك تمويل باسم البنك ولحسابه والتأشير بالقيود في السجل(361) . كما يتم التأشير في السجل بقيود الاحتياطي القانوني والاحتياطي الاختياري والاحتياطات المخصصة للعمل في دولة الكويت بالنسبة لفروع البنوك الإسلامية الأجنبية(362) . ويحصل قيد عنوان المركز الرئيسي للبنك عند تسجيل البنك ، ويتم استصدار قرار محافظ البنك المركزي في حالة تغيير عنوان المركز الرئيسي للبنك ويتم النشر ، كما يحصل التأشير الفعلي في السجل بموجب قرار المحافظ مع إخطار البنك المعني بتمام التأشير . كما يتم قيد أسماء أعضاء أول مجلس إدارة للبنك الإسلامي واسم رئيس الجهاز التنفيذي أو المدير المسؤول في حالة فروع البنوك الإسلامية الأجنبية ، ويتم تعديل هذا البيان عند حصول أي تغيير لأعضاء مجلس إدارة البنك أو تغيير في صفاتهم ، ويلزم استصدار قرار من محافظ البنك المركزي بالأسماء الجديدة وصفاتهم والتأشير في السجل بقرار المحافظ ، ويخطر البنك المعني بتمام التأشير في السجل . كذلك يتعين قيد أسماء مراقبي حسابات البنك لدى تسجيله والتأشير بذلك وبأي تعديل في هذا الخصوص وبتقرر محافظ البنك المركزي بشطب اسم المراقب السابق وقيد اسم المراقب الجديد ، وإخطار البنك الإسلامي المعني بذلك . كما يتم قيد أسماء هيئة الرقابة الشرعية عند تسجيل البنك ، وعند تغييرهم يطلب من البنك المعني إجراء التعديل في بيانات السجل بذلك . واستصدار قرار من محافظ البنك المركزي بشطب اسم العضو القديم والموافقة على الاسم الجديد ، ويتم التأشير في سجل البنوك الإسلامية بقرار المحافظ ، ويحصل إخطار للبنك

(360) السابق ، ص ص 11 - 12 .

(361) السابق ، ص 12 .

(362) السابق ، ص ص 10 - 11 - 13 .

الإسلامي المعني بتمام التأشير بذلك في السجل (363) . كما تجدر ملاحظة أن تسجيل البنوك الإسلامية في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي لا يحصل إلا بعد تمام تأسيس البنك بما في ذلك الموافقات اللازمة من البنك المركزي . على أنه لا يجوز مطلقاً لأي بنك إسلامي أن يبدأ أعماله إلا بعد تسجيله في سجل البنوك الإسلامية لدى البنك المركزي ، حتى ولو كانت إجراءات التأسيس قد اكتملت وفقاً للقانون (364) .

73- وبالنسبة للبنوك الإسلامية الجديدة ، أي التي يتم تأسيسها بعد العمل بالقانون رقم 30 لسنة 2003 ، فإن طلب التسجيل يقدم إلى محافظ البنك المركزي على النموذج المعد لذلك ، وقبل مباشرة أي نشاط للبنك . ويرفق بطلب البنك على النموذج المذكور : صورة من عقد تأسيس البنك ونظامه الأساسي ومحضر جلسة الجمعية التأسيسية التي تم التصديق فيها على انتخاب أعضاء مجلس الإدارة وأسماء أعضاء هيئة الرقابة الشرعية وأية مستندات أخرى أو تعهدات يطلبها بنك الكويت المركزي (365) . وتطبيقاً لذلك ، صدر قرار وزير المالية رقم (23) في 28 / 11 / 2004 بتسجيل بنك بوييان في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي تحت رقم (2) (366) .

74- وبالنسبة للشركات / البنوك القائمة في وقت العمل بأحكام القانون رقم 30 لسنة 2003 بإضافة قسم خاص للبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم

(363) السابق ، ص 12 ، ص 14 ، ص 15 .

(364) المادة 89 / 1 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

(365) المادة 2 / 2 من قرار وزير المالية رقم 40 في 30 / 11 / 2003 ، المشار إليه سابقاً .

(366) وزارة المالية - قرار وزاري رقم 23 في شأن تسجيل بنك بوييان في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي في 28 / 11 / 2004 ، راجع : جريدة الكويت اليوم - العدد 694 في 5 / 12 / 2004 . كما صدر قرار سعادة محافظ بنك الكويت المركزي رقم 1 / 407 / 2004 بالتأشير في سجل البنوك الإسلامية ببيانات بنك بوييان ، راجع : جريدة الكويت اليوم العدد 694 في 5 / 12 / 2004 .

المهنة المصرفية ، والتي كانت تزاوّل في ذلك الوقت المهنة المصرفية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، فقد أوجبت المادة الثالثة من القانون المذكور أن يتم تسجيل هذه الشركات في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي في خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بالقانون المذكور . وتطبيقاً لذلك صدر قرار وزير المالية رقم 17 لسنة 2004 بتسجيل بيت التمويل الكويتي في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي تحت رقم (1) (367) . وعلى أي الأحوال ، تشترط المادة (2ب) من قرار وزير المالية رقم 40 في 30/11/2003 لتسجيل البنوك أو الشركات القائمة وقت صدور هذه اللائحة لكي تتقدم بالتسجيل في سجل البنوك الإسلامية لدى البنك المركزي أن يرفق بطلبها صورة عقد تأسيس البنك والنظام الأساسي له وصورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين الماليّتين السابقتين وذلك مع شهادة وتقرير مراقب الحسابات ، وصورة من محضر آخر جمعية عمومية تم التصديق فيها على انتخاب أعضاء مجلس الإدارة الحاليين ، وصورة من القرار الصادر بتعيين رئيس الجهاز التنفيذي الحالي للبنك ، وأسماء أعضاء هيئة الرقابة الشرعية وغيرها من مستندات حسبما يرى البنك المركزي (368) .

75- وفي إطار ما تجيزه المادة 87 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي من السماح للبنوك التقليدية بتأسيس شركات تابعة تزاوّل النشاط الذي تزاوله البنوك الإسلامية ، وعلى ألا يزيد ما يؤسسه البنك التقليدي الواحد في هذا الخصوص عن شركة واحدة ، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة من اعتبار تلك الشركة التابعة/ الفرع

(367) المادة الثالثة من القانون رقم 30 لسنة 2003 . وكذلك راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور ، المشار إليها سابقاً ، ص (ز) . وراجع : قرار وزارة المالية رقم 17 لسنة 2004 في 24/5/2004 في شأن تسجيل بيت التمويل الكويتي في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي ؛ جريدة الكويت اليوم - العدد 668 في 30/5/2004 .
(368) المادة 2/ب من قرار وزير المالية رقم 40 لسنة 2003 المشار إليها سابقاً .

كالبنك الإسلامي المستقل في خصوص تطبيق أحكام القسم الخاص بالبنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ، وبما مفاده وجوب تسجيل هذه الشركة التابعة في سجل البنوك الإسلامية وفقاً لذات الأحكام الخاصة بالبنوك الإسلامية (369) .

76- كما تنص المادة 2/89 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أنه (كما لا يجوز للبنوك الإسلامية أن تنشئ لها فروعاً في الداخل أو في الخارج إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة من البنك المركزي ، وقيد تلك الفروع في سجل البنوك الإسلامية) . وينطبق هذا النص بالنسبة للبنوك التي ترغب في إقامة فروع لها في الداخل أو في الخارج ، وبما يلزم معه الحصول على الموافقات اللازمة قبل المضي في إنشاء الفرع ، ثم بعدئذ قيده في سجل البنوك الإسلامية لدى البنك المركزي . وفي هذا الخصوص ، نصت لائحة نظام سجل البنوك الإسلامية على أنه بعد دراسة طلب إنشاء الفرع ، وفي حالة الموافقة تصدر موافقة مبدئية على فتح الفرع المطلوب من بنك الكويت المركزي . وتكون تلك الموافقة سارية المفعول لمدة ستة أشهر بالنسبة للفروع داخل دولة الكويت ، ويمكن أن يتم تحديدها بطلب من البنك الأم في الأحوال التي تتأخر فيها تهيئة الفرع . وعند انتهاء البنك من تجهيز مقر الفرع وتحديد موعد افتتاحه ، وذلك خلال المدة المقررة من البنك المركزي المشار إليها ، يتقدم البنك بطلب تعديل بيانات في السجل على النموذج المخصص لذلك موضحاً موعد افتتاح الفرع بالتحديد ، وذلك قبل خمسة عشر يوماً من تاريخ الافتتاح ، مرفقاً به ما يفيد الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة من الجهات المختصة ، ثم يتم استصدار قرار محافظ البنك المركزي بالتأشير في السجل بالفرع المطلوب ، كما يتم التأشير الفعلي في السجل بموجب قرار المحافظ وإخطار البنك المعني بذلك (370) .

(369) المادة 2/87 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .
(370) المادة 2/89 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي . انظر : =

ثالثاً: شروط تسجيل البنوك الإسلامية

77- تناولت المادة 90 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي الشروط الجوهرية لتسجيل البنوك الإسلامية حيث أوجبت أن يتخذ كل بنك إسلامي في دولة الكويت شكل شركة المساهمة التي تطرح الأسهم للاكتتاب العام . وعليه ، فلا يجوز أن يتم تسجيل أي بنك لم يتخذ هذا الشكل ، ما عدا فروع البنوك الإسلامية الأجنبية التي يجوز إعفاؤها من اتخاذ ذلك الشكل في أحوال معينة وبشروط محددة . كما يتعين تسجيل الشركات التابعة (الفروع) التي تؤسسها البنوك التقليدية الكويتية ، في شكل شركات مساهمة لمزاولة النشاط المصرفي الإسلامي طبقاً لأحكام المادة (87) من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي . كما يشترط علاوة على ذلك صدور موافقة البنك المركزي على عقد التأسيس والنظام الأساسي للبنك⁽³⁷¹⁾ . وهذا شرط منطقي ، ويتوافق مع نصوص قانون بنك الكويت المركزي في استلزام الحصول على تلك الموافقة بالنسبة لكافة البنوك . ومن ثم يكون لبنك الكويت المركزي أن يتحقق من كافة المسائل وأن يمحس بنود عقود تأسيس الشركات التابعة ونظمها الأساسية لاسيما الشكل القانوني ومراعاة قواعد الاكتتاب وحجم رأس المال ومضمون الأغراض والنشاط لاسيما فيما يتعلق بمزاولة النشاط المصرفي الإسلامي بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

78- وبالنسبة لتسجيل فروع البنوك الإسلامية الأجنبية في سجل البنوك ، فإن المادة 91 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي تشترط أن يتم تقديم تعهد من المركز الرئيسي للبنك الإسلامي الأجنبي يلتزم بموجبه بكافة الحقوق المترتبة للمودعين والدائنين وكافة الالتزامات التي تستحق على الفرع ، وكذلك ما يقيد تحويل الحد الأدنى للمال المخصص لإجراءات التسجيل في سجل البنوك الإسلامية ، دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 13 .

(371) المادة 90 ، والمادة 87 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي .

لمباشرة نشاط الفرع في دولة الكويت وطبقاً لما هو مقرر في القانون المذكور كما نص قرار وزير المالية رقم 40 بإصدار لائحة نظام سجل البنوك الإسلامية على شروط إضافية لتسجيل فروع البنوك الإسلامية الأجنبية كاشتراط تقديم صورة من القرار الصادر بتعيين المدير المسؤول عن إدارة الفرع في دولة الكويت وأسماء أعضاء هيئة الرقابة الشرعية⁽³⁷²⁾ . وتستهدف هذه الإجراءات ضمان حقوق المودعين من جهة ، وجدية قيام فرع البنك الإسلامي الأجنبي لمباشرة ومزاولة أعماله ، من جهة أخرى . كما حرص المشرع الكويتي على النص على وجوب الحصول على تعهد من البنك الإسلامي الأجنبي الذي يزاول النشاط المصرفي الإسلامي عن طريق فرع له في دولة الكويت بالتزامه بحقوق المودعين والدائنين وغيرها من التزامات تترتب على الفرع ، لاسيما وأن فروع البنوك الأجنبية مستثناة من اتخاذ شكل شركة المساهمة ، كما وأن الحد الأدنى لرأس المال المخصص لنشاط الفرع هو خمسة عشر مليون دينار كويتي فقط وهو مبلغ يقل كثيراً عن الحد الأدنى اللازم لرأس مال البنك الإسلامي الكويتي⁽³⁷³⁾ ، لذلك رئي ضرورة النص على التزام المركز الرئيسي للبنك الإسلامي الأجنبي لحقوق المودعين والدائنين وغيرها ، لاسيما وأن الفرع قد تكون له أنشطة وحجم أعمال كبير في دولة الكويت .

79- ولم تنص معظم قوانين البنوك الإسلامية في الدول الأخرى بطريقة مباشرة على إجراءات وشروط تسجيل البنوك الإسلامية . ففي دولة الإمارات العربية المتحدة مثلاً ، لم ينص قانون المصارف الإسلامية الإماراتي صراحة على إجراءات وشروط التسجيل للبنوك الإسلامية . ومع ذلك نصت المادة 2/2 من القانون المذكور على أنه (وتخضع هذا المصارف والمؤسسات

(372) المادة 91 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ، انظر أيضاً : المادة 2/ج من قرار وزير المالية رقم 40 لسنة 2003 المشار إليه سابقاً .
(373) في معنى قريب : المذكرة الإيضاحية لقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها ، ص (هـ) .

والشركات للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 ، وللقانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984 المشار إليها ولغيرها من القوانين والنظم المعمول بها في الدولة ولقواعد العرف السائدة ، وذلك كله فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون⁽³⁷⁴⁾ . وبما مفاده أن المصارف الإسلامية الإماراتية تخضع في إجراءات وشروط تسجيلها لذات الإجراءات والشروط التي تخضع لها البنوك التجارية وفروعها ويتم تسجيلها وفقاً للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 في شأن المصرف المركزي والذي نص في القسم الثالث منه على قواعد تسجيل البنوك في دولة الإمارات العربية المتحدة .

(374) راجع القسم الثالث (المواد من 83 الى 89) من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية (دولة الإمارات العربية المتحدة) . وفي دولة قطر ، راجع في شأن نظام الترخيص وتسجيل البنوك ، تعليمات الرقابة المصرفية الصادرة في أبريل 2004 عن مصرف قطر المركزي ، المشار إليها سابقاً ، ص 197 وما بعدها .

الهبحت الثالث

إدارة البنوك الإسلامية

80- تدار البنوك الإسلامية - باعتبارها شركات مساهمة - بواسطة أجهزة الشركة نفسها وهي الجمعيات العمومية للمساهمين ومجالس الإدارة ، وهي في ذلك - وطبقاً للقانون الكويتي - تخضع لأحكام قانون الشركات رقم 15 لسنة 1960 وذلك فيما لا يكون فيه نص خاص في قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ، وذلك كما يبين من ديباجة القانون رقم 30 لسنة 2003 والمواد 86 و87 و90 و92 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي . ولا تختلف كثيراً الأحكام والقواعد التي تحكم الجمعيات العمومية ومجالس إدارات البنوك الإسلامية عن تلك التي تتبع في البنوك التقليدية ، إلا إذا كان هناك ثمة تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية . وسوف نبين فيما يلي أهم الضوابط والأحكام الخاصة بالجمعيات العمومية للمساهمين ومجالس الإدارة على ضوء بعض القوانين المنشئة للبنوك الإسلامية وعقود تأسيسها ونظمها الأساسية مع طرح أهم المشكلات المتعلقة بالإدارة .

أولاً : الجمعية العمومية للمساهمين

81- الجمعية العمومية للبنك هي مجموعة المساهمين الذين يملكون أسهم البنك ، أي المؤسسون والمساهمون الذين اكتتبوا بأسهم البنك أو الذين آلت إليهم بأي طريق ملكية الأسهم . وهي إما جمعية عمومية عادية أو غير عادية (375) . والجمعية العادية تنعقد عادة لمناقشة أمور بطبيعتها عادية ، أما

(375) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 98 . الدكتور طعمة الشمري ، قانون الشركات التجارية الكويتي ، المشار إليه سابقاً ، ص 462 .

الجمعية غير العادية فهي تنعقد في أحوال معينة لمناقشة أمور بطبيعتها غير عادية وأكثر خطورة (376) .

82- وبالنسبة للجمعية العمومية العادية ، فإنها تختص بكل ما يتعلق بأمور الشركة عدا ما احتفظ به القانون أو النظام الأساسي للبنك للجمعية العمومية غير العادية . وهذا الحكم متفق مع قانون الشركات الكويتي ، وهو ما نصت عليه كل من المادة 38 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي ، والمادة 37 من النظام الأساسي لبنك بويان (377) ، والمادة 57 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي . وتنص غالبية النظم الأساسية للبنوك الإسلامية على انعقاد الجمعية العمومية العادية مرة واحدة في السنة على الأقل (378) ، ومع اختلافهم في تاريخ هذا الانعقاد ، ففي بنك بويان بدولة الكويت تنعقد الجمعية العمومية العادية مرة على الأقل في السنة بناء على دعوة مجلس الإدارة خلال ثلاثة أشهر من انتهاء السنة المالية للبنك أيضاً ، أما في بنك دبي الإسلامي فهي تنعقد خلال الأربعة أشهر التالية لنهاية السنة المالية (379) ، وفي مصرف قطر الدولي الإسلامي تنعقد الجمعية العمومية العادية خلال الستة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية (380) . ويحصل انعقاد الجمعيات العمومية للبنوك الإسلامية - كما في البنوك التقليدية - بناء على دعوة من مجلس الإدارة أو بناء على طلب عدد من المساهمين يملكون ما لا يقل عن عشرين رأس المال ، وذلك استناداً إلى المادة 154 من قانون الشركات الكويتي ؛ ومع ذلك فإن كل من بيت التمويل الكويتي وبنك بويان يخول لوزارة التجارة والصناعة الحق في طلب انعقاد الجمعية العمومية

(376) الدكتور طعمة الشمري ، قانون الشركات التجارية الكويتي ، السابق ، ص 463 .
(377) انظر المادة 38 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي ، والمادة 37 من النظام الأساسي لبنك بويان .

(378) مثال ذلك : المادة 37 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(379) المادة 36 من النظام الأساسي لبنك بويان .

(380) المادة 37 من النظام الأساسي لمصرف قطر الدولي الإسلامي .

العادية⁽³⁸¹⁾ . أما بالنسبة للبنك الإسلامي للتنمية - وبالنظر إلى وضعيته الخاصة باعتبار أن الدول هي التي تتمتع بعضويته - فإنه يحق لمجلس المديرين التنفيذيين للبنك دعوة المجلس للانعقاد ويمكن ذلك أيضاً لكل عضوه⁽³⁸²⁾ .

أما بالنسبة للنصاب المطلوب لصحة اجتماع الجمعية العمومية فهو متباين بين البنوك الإسلامية . ففي حالة كل من بيت التمويل الكويتي وبنك بويان ، فقد تمت الإحالة إلى قانون الشركات التجارية الكويتي في شأن ذلك النصاب⁽³⁸³⁾ ، وفي هذا الخصوص تنص المادة (155) من قانون الشركات المذكور على أن اجتماع الجمعية العمومية للمساهمين لا يكون صحيحاً إلا إذا حضره عدد من المساهمين يملكون أكثر من نصف الأسهم وفي حالة عدم توفر هذا النصاب ، فإن الاجتماع الثاني يكون صحيحاً مهماً كان عدد الحاضرين فيه . أما في البنك الإسلامي للتنمية ، فيشترط لصحة انعقاد اجتماع الجمعية حضور أغلبية تمثل ثلثي الأعضاء ويتم تأجيل الاجتماع تلقائياً لمدة 48 ساعة في حالة عدم توافر هذا النصاب⁽³⁸⁴⁾ . كما تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمصرف قطر الدولي الإسلامي على أنه يشترط لصحة اجتماع الجمعية العمومية العادية للبنك أن يحضره عدد من المساهمين يمثلون نصف رأس المال على الأقل ، وإذا لم يتوافر هذا النصاب وجهت الدعوة إلى اجتماع ثان خلال ستين يوماً من تاريخ الاجتماع الأول⁽³⁸⁵⁾ .

(381) المادة 31 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي . المادة 30 من النظام الأساسي لبنك بويان .

(382) المادة 28 / أ من اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية المشار إليها سابقاً .

(383) المادة 35 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي . المادة 33 من النظام الأساسي لبنك بويان .

(384) المادة 6 من اللوائح والنظام الداخلي ، البنك الإسلامي للتنمية .

(385) المادة 38 من النظام الأساسي لمصرف قطر الدولي الإسلامي .

كما لا يوجد اختلاف كبير بين البنوك الإسلامية وبين البنوك التقليدية فيما يخص كيفية التصويت ونصابه في الجمعية العمومية العادية . ففي دولة الكويت ، نصت المادة 33 من النظام الأساسي لبنك بويان وكذلك المادة 35 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على أن يسري على النصاب اللازم لصحة انعقاد الجمعية العامة بصفاتها المختلفة اللازمة لاتخاذ القرارات أحكام قانون الشركات التجارية ، والذي تنص المادة 156 منه على أن تصدر القرارات في الجمعية العمومية العادية بالأغلبية المطلقة للأسهم الممثلة (386) . أما المادة 54 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي ، فقد نصت على أن يكون التصويت في الجمعية العمومية بالطريقة التي يعينها رئيس الجمعية إلا إذا قررت الجمعية العمومية طريقة معينة بالتصويت (387) . ولم ينص النظام الأساسي صراحة على نصاب اتخاذ القرارات في الجمعية العمومية للبنك ، وإن نص على كيفية حصول التصويت (388) . ومع ذلك ، ففي بعض البنوك الإسلامية قد يحصل خروج على قاعدة الأغلبية المطلقة لاتخاذ القرارات في الجمعية العمومية للبنك . من ذلك ، ما ينص عليه البنك الإسلامي للتنمية حيث يمكن اتخاذ القرار دون تصويت وهي مسألة تعود إلى رئيس مجلس المحافظين ، كما يمكن لأحد المحافظين أن يطلب ذلك أيضاً (389) . كذلك فإن النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني - يجعل اتخاذ القرار في الجمعية العمومية العادية منوطاً بالرئيس الذي يحق له إعلان أن القرار قد تم إجازته أو أنه سقط ، ويعتبر ذلك دليلاً قاطعاً على صحة النتيجة دون حاجة إلى

(386) المادتان 34 و 35 من النظام الأساسي لبنك بويان . المادة 35 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي ، كما تنص المادة 36 من ذلك النظام على أن (يكون التصويت في الجمعية العامة بالطريقة التي يعينها رئيس الجلسة إلا إذا قررت الجمعية العامة طريقة معينة للتصويت ويجب أن يكون التصويت سرياً في انتخاب أعضاء مجلس الإدارة والإقالة من العضوية) .
(387) المادة 54 من النظام الأساسي - بنك دبي الإسلامي .

(388) السابق .

(389) المادة 15 / ج من اللوائح والنظام الداخلي - البنك الإسلامي للتنمية .

إثبات عدد ونسبة الأصوات التي حصل عليها القرار أو كانت ضده (390) .
وبصفة عامة ، تشابه إلى حد كبير اختصاصات الجمعية العمومية العادية للبنوك التقليدية والبنوك الإسلامية والتي تتركز في كل ما يتعلق بأمور الشركة عدا ما احتفظ به القانون أو النظام للجمعية العمومية غير العادية (391) . ومع ذلك ، ينص عادة النظام الأساسي لكل بنك إسلامي على اختصاص الجمعية العمومية في تعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية للبنك وتحديد اختصاصاتها ، وهذا لا نظير له في البنوك التقليدية بطبيعة الحال . ومثال ذلك ، ما تنص عليه المادة 43 من النظام الأساسي لبنك بويان في دولة الكويت من أن تقوم الجمعية العمومية للبنك بناء على ترشيح مجلس الإدارة في اجتماعها العادي السنوي بتعيين هيئة الرقابة الشرعية وتحديد مخصصاتهم ومكافآتهم (392) . على أن بعض البنوك الإسلامية يعطي سلطة تعيين هيئة الفتوى والرقابة الشرعية إلى مجلس إدارة البنك وليس إلى الجمعية العمومية للبنك ، كما هو الحال في بنك دبي الإسلامي (393) .

83- أما الجمعية العمومية غير العادية فهي التي تنظر أموراً بطبيعتها غير عادية أي مسائل على درجة عالية من الأهمية والخطورة للبنك ، بحيث يقتصر نظرها عليها بما يتوفر لهذه الجمعية من نصاب غير عادي للانعقاد ولاتخاذ القرارات فيها . فلا يجوز إلا بقرار من الجمعية العمومية غير العادية تعديل عقد تأسيس البنك أو النظام الأساسي له ، أو بيع أصول البنك أو التصرف فيها بأي شكل ، أو حل البنك أو اندماجه في بنك آخر أو زيادة أو تخفيض رأس ماله ، وفي كل الأحوال لا يجوز أن يؤثر التعديل أو الاندماج على قدرة البنك على التمويل ، كما يجب لنفاذ التعديل الحصول على موافقة

(390) المادة 28 من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني .

(391) مثال ذلك المادة 38 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(392) المادة 43 من النظام الأساسي لبنك بويان .

(393) المادة 77 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي .

كل من البنك المركزي ووزارة التجارة والصناعة - أو صدور مرسوم إذا كان التعديل في اسم البنك أو تخفيض رأسماله أو تعديل في أغراضه . وهذا ما نصت عليه كل من المادة 41 من النظام الأساسي لبنك بويان⁽³⁹⁴⁾ ، والمادة 42 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي⁽³⁹⁵⁾ .

ولما كانت الجمعية العمومية غير العادية للبنوك لها اختصاصات استثنائية وخطيرة ، فقد اشترطت النظم الأساسية للبنوك نصاباً خاصاً لصحة اجتماعاتها ولاتخاذ القرار فيها . فمثلاً تشترط المادة 40 من النظام الأساسي لمصرف قطر الدولي الإسلامي لصحة انعقاد اجتماع الجمعية العمومية غير العادية حضور عدد من المساهمين يمثلون ثلاثة أرباع الأسهم على الأقل ، فإذا لم يتوفر هذا النصاب ، تتم الدعوة إلى اجتماع ثان بعد ثلاثين يوماً من الاجتماع الأول ، ويصح الاجتماع الثاني بحضور عدد من المساهمين يمثلون أكثر من نصف رأس مال المصرف ، وفي حالة عدم توفر هذا النصاب ، تتم الدعوة إلى اجتماع ثالث يكون صحيحاً أياً كانت نسبة أو عدد الحضور وتتخذ القرارات بتوافر أغلبية ثلثي الأسهم الحاضرة في المرتين الأولى والثانية وبالأغلبية المطلقة في المرة الثالثة⁽³⁹⁶⁾ . وفي دولة الكويت تنص كل من المادة 33 من النظام الأساسي لبنك بويان وكذلك المادة 35 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على أن تسري على النصاب الواجب توافره لصحة اجتماعات الجمعية العمومية غير العادية وعلى الأغلبية اللازمة لاتخاذ القرارات فيها أحكام قانون الشركات التجارية الكويتي ؛ وفي هذا الخصوص تشترط المادة 160 من قانون الشركات المذكور لصحة الاجتماع أن يحضره مساهمون يمثلون ثلاثة أرباع أسهم الشركة ، فإذا لم يتوافر هذا النصاب ووجهت الدعوة إلى اجتماع ثان يكون صحيحاً إذا حضره مساهمون يمثلون أكثر من نصف الأسهم ، وتصدر

(394) المادة 41 من النظام الأساسي لبنك بويان .

(395) المادة 42 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(396) المادة 40 من النظام الأساسي لمصرف قطر الدولي الإسلامي .

القرارات بأغلبية تزيد على نصف مجموع أسهم الشركة⁽³⁹⁷⁾. وفي هذا الخصوص نجد تطابقاً كبيراً بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية فيما يخص نظام اجتماعات الجمعية العمومية غير العادية والتصويت فيها ، حيث تم الأخذ في كل منهم بطريقة تكاد تكون حرفية بالمادة 160 من قانون الشركات المذكور .

ثانياً : مجلس الإدارة

84- مجلس الإدارة هو السلطة الإدارية الأعلى في البنوك الإسلامية ، باعتبارها من شركات المساهمة . ويتولى عقد تأسيس البنك ونظامه الأساسي أو القانون المنشئ ، بشكل تفصيلي ، تحديد كيفية تكوين هذا المجلس ومدة العضوية وعدد الأعضاء واختصاصاتهم وواجباتهم وشروط العضوية في المجلس واتخاذ القرارات ومسؤوليته⁽³⁹⁸⁾ . وبصفة عامة لا تختلف هذه المسائل في البنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية حيث إن الضابط الذي يحكمهم في هذا الخصوص هو خضوعهم في تنظيم مجلس الإدارة للقواعد والنصوص في قانون الشركات المساهمة⁽³⁹⁹⁾ . لذلك فإن الاختلاف بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية فيما بين بعضها البعض هو اختلاف في الجزئيات وفي بعض التفاصيل فقط . وعلى أي الأحوال ، وكما لاحظ البعض ، فإن البنوك الإسلامية قد أخذت واقتبست تجربة البنك الإسلامي للتنمية عند تنظيم مجالس إدارتها ، مع مراعاة الظروف الخاصة لكل بنك في نفس الوقت ، وخصوصية بعض القواعد لبنك التنمية الإسلامي والتي لا تصلح للبنوك الإسلامية الخاصة⁽⁴⁰⁰⁾ .

(397) المادة 33 من النظام الأساسي لبنك بويان ، والمادة 35 من النظام الأساسي لبنت التمويل الكويتي .

(398) مثال ذلك المواد من 16 إلى 30 من النظام الأساسي لبنت التمويل الكويتي .

(399) راجع المواد من 138 إلى 153 من قانون الشركات الكويتي رقم 15 لسنة 1960 .

(400) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 103 - 104 .

85- وفيما يخص تشكيل وتكوين مجالس إدارات البنوك الإسلامية نصت المادة 15 من النظام الأساسي لبنك بوييان في دولة الكويت على تكوينه من تسعة أعضاء يعين وزير المالية عددا منهم يتناسب مع ما تملكه حكومة دولة الكويت في البنك ، وتنتخب الجمعية العمومية للبنك باقي الأعضاء بالاقتراع السري ، ومدة العضوية في المجلس هي ثلاث سنوات ، مع جواز إعادة انتخاب العضو (401) . أما بيت التمويل الكويتي فقد نصت المادة 16 من نظامه الأساسي على أن يتولى إدارة البنك مجلس إدارة مؤلف من عشرة أعضاء تنتخبهم الجمعية العمومية بالاقتراع السري . كما اشترطت كل من المادة 16 من النظام الأساسي لبنك بوييان ، وكذلك نصت المادة 17 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على وجوب امتلاك عضو مجلس الإدارة لعدد معين من الأسهم ، ويخصص هذا القدر من الأسهم لضمان العضوية في مجلس الإدارة (402) . كما اشترطت كل من المادة 17 من النظام الأساسي لبنك بوييان والمادة 18 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي ألا يكون رئيس مجلس الإدارة أو أي عضو في المجلس عضواً في مجلس إدارة بنك مماثل أو شركة منافسه أو أن يكون تاجراً في تجارة مشابهة للبنك أو أن تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العقود والصفقات التي تبرم مع البنك أو لحسابها أو أن تكون له مصلحة تتعارض مع مصلحة البنك ما لم يكن شيء من ذلك بترخيص خاص من الجمعية العمومية للبنك وبنفس الشروط التي يتعامل بها البنك مع الغير (403) .

كما صدر في 15/6/2003 قرار محافظ بنك الكويت المركزي رقم 2003/292/35 بشأن القواعد والضوابط الخاصة بالخبرة المطلوبة في المادة 68 من القانون رقم 32 لسنة 1968 وتعديلاته ، والمعدل في

(401) المادة 15 من النظام الأساسي لبنك بوييان .

(402) المادتان 16 ، 17 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(403) المادة 17 من النظام الأساسي لبنك بوييان . المادة 18 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

04/04/2004 بموجب القرار رقم 30/299/2004 وذلك فيما يتعلق بالبنوك الإسلامية ، حيث اشترط القرار المذكور أن تتوفر في المرشح لعضوية مجلس إدارة البنك الإسلامي أحد الشروط الآتية : أن يكون لديه مؤهل جامعي أو مؤهل من أحد المعاهد التطبيقية المتخصصة في مجال الدراسات الاقتصادية أو المالية أو المصرفية ، أو أن يكون قد سبقت له عضوية مجلس الإدارة لمدة ست سنوات على الأقل في بنوك أو مؤسسات مالية محلية أو أجنبية معروفة أو في مؤسسات عامة أو هيئات عامة مالية أو اقتصادية ، أو أن يكون قد شغل لمدة ثلاث سنوات على الأقل وظائف أو مناصب قيادية في مؤسسات مصرفية أو مالية ويتصل اختصاص هذه الوظائف أو المناصب بالنشاطات الأساسية للبنك أو أن يكون مجموع خبرتيه في المناصب القيادية في المؤسسات المصرفية أو المالية وعضوية مجالس الإدارة نكوّن معاً ست سنوات على الأقل ، أو أن يكون من رجال الأعمال وأن يزاوّل نشاطاً مخصصاً به في المجالات التجارية أو الاقتصادية أو المالية وذلك لمدة عشر سنوات على الأقل (404) .

86- كما يختلف تشكيل مجلس الإدارة من بنك إسلامي إلى آخر ، فبعض البنوك مثل البنك الوطني الإسلامي الأردني يبلغ سبعة أعضاء ، وبنك بوبيان بدولة الكويت تسعة أعضاء (405) ، وبيت التمويل الكويتي عشرة أعضاء وبنك دبي الإسلامي بعدد يتراوح بين خمسة إلى تسعة أعضاء (406) ، كما تختلف مدة المجلس فتتراوح بحسب البنك إلى ما بين

(404) راجع : دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي ، المشار إليه سابقاً : التعميم رقم (2/رب أ/155/2004) من سعادة محافظ بنك الكويت المركزي في 6/4/2004 . وكذلك قرار مجلس إدارة بنك الكويت المركزي رقم (35/292/2003) في 15/6/2003 ، والمعدل في 04/04/2004 بموجب قرار مجلس إدارة بنك الكويت المركزي رقم (30/299/2004) .

(405) عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 106 . المادة 15 من النظام الأساسي لبنك بوبيان .

(406) المادة 16 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي . المادة 30 من النظام الأساسي - بنك دبي الإسلامي .

ثلاث سنوات كما هو الحال في بنك بويان وبيت التمويل الكويتي وبنك دبي الإسلامي وقد تكون أربع سنوات كما هو الحال في البنك الوطني الإسلامي الأردني (407) .

87- وبصفة عامة لا تختلف اختصاصات مجالس إدارات البنوك الإسلامية عن تلك التي تسند إلى مجالس إدارة البنوك التقليدية والتي تتمثل في القيام بجميع الأعمال التي تقتضيها إدارة البنك وفقاً لأغراضه ، ولا يحد من سلطة الإدارة في هذا الخصوص إلا ما نص عليه القانون أو النظام الأساسي للبنك أو ما يصدر عن الجمعية العمومية للمساهمين من قرارات (408) .

وإذا كان مجلس إدارة البنك هو المسؤول الأول عن إدارة أعمال البنك ، فإن مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة لا تنحصر فقط أمام مساهمي البنك بل تنبسط أيضاً لمسؤوليتهم أمام المودعين في البنوك الإسلامية والدائنين الآخرين ، وهو ما يستوجب أن يضطلع مجلس الإدارة بمسؤولياته واختصاصاته لانتهاج سياسة منضبطة للعمل المصرفي (409) ، كما يظل مجلس الإدارة هو المسؤول الأول عن كافة النتائج المترتبة على السياسات والممارسات التي تتعلق بأنشطة البنك وأوضاعه ، لاسيما في ظل ما تقضي به المادة 148 من قانون الشركات الكويتي بمسؤولية رئيس مجلس الإدارة والأعضاء عن جميع أعمال الغش ومخالفة القانون وإساءة استعمال السلطة والخطأ في الإدارة (410) . وفي سبيل قيام مجلس إدارة البنك الإسلامي بواجباته على أكمل وجه ، صدر قرار محافظ بنك الكويت

(407) المادة 15 من النظام الأساسي لبنك بويان . المادة 16 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي . المادة 31 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي . بالنسبة للبنك الوطني الإسلامي الأردني ، راجع : عائشة الشراوي المألقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 107 .

(408) مثال المادة 27 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي .

(409) راجع : تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (2/ رب أ/ 104 / 2003) في 15 / 06 / 2003 - الباب الثاني من دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول ، المشار إليه سابقاً .

(410) السابق .

المركزي بالتعليمات رقم (2/رب أ/ 104 / 2003) في 15 / 6 / 2003 كدليل استرشادي لواجبات ومسؤوليات أعضاء مجالس إدارات البنوك الإسلامية⁽⁴¹¹⁾ . وقد نص التعميم المذكور على أربعة محاور لواجبات ومسؤوليات أعضاء مجالس الإدارة : فمن ناحية أولى ، في إطار قيام مجلس الإدارة بدوره في إدارة أعمال البنك والمحافظة على سلامة أوضاعه المالية ، فإنه يجب على مجلس الإدارة أن يختار الإدارة التنفيذية بالبنك من بين الأشخاص المؤهلين علمياً وعملياً مع مراعاة الالتزام بالقواعد والضوابط الخاصة بالخبرة المطلوبة للإدارة العليا بالبنك وفقاً لأحكام المادة 68 من قانون بنك الكويت المركزي ، كما يجب على مجلس الإدارة أن يضع الأهداف والإطار العام للسياسات لتحقيق تلك الأهداف ، لاسيما التخطيط الاستراتيجي طويل الأجل ، والتخطيط المرحلي قصير الأجل . كما أن لمجلس الإدارة مسؤوليات في الإشراف والرقابة الفعالة على أنشطة وأعمال البنك ، وذلك بما يتبناه من نظم للرقابة الداخلية الفعالة مثل كفاية السجلات المحاسبية . كما يقع ضمن مسؤوليات مجلس الإدارة الحفاظ على قاعدة رأسمالية للبنك ، أي قاعدة لاتناسب فقط مع حجم وأوضاع النشاط القائم للبنك بل تأخذ في الاعتبار التوقعات المستقبلية لنمو وتطور البنك أي التخطيط الرأسمالي للبنك⁽⁴¹²⁾ . ومن ناحية ثانية ، يكون مجلس إدارة البنك مسؤول عن الالتزام بالقوانين والقرارات والتعليمات الرقابية الصادرة عن البنك المركزي⁽⁴¹³⁾ . ومن ناحية ثالثة ، يقع على مجلس الإدارة التأكد من صحة ودقة البيانات المالية المنشورة عن البنك ، ومراعاة متطلبات المساهمين والمودعين والجمهور بشأن الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بأداء البنك وأوضاعه المالية⁽⁴¹⁴⁾ . ومن ناحية رابعة ،

(411) السابق ، ص 7 .

(412) السابق ، ص ص 8-9 .

(413) السابق ، ص 9 .

(414) السابق ، ص ص 9-10 .

يجب على عضو مجلس الإدارة أن ينأى عن الدخول في أية ممارسات تحمل شبهة استغلال النفوذ أو تحقيق مصالح شخصية ؛ فيجب عدم استخدام أموال البنك في تحقيق مصالح شخصية كأن يتم الحصول على تمويل من بنك آخر بشروط ميسرة مقابل تمتع أعضاء مجلس إدارة البنك الأخير بذات الشروط لدى البنك ، أو كاستخدام المعلومات المتوفرة لدى عضو مجلس الإدارة عن أوضاع البنك المختلفة في تحقيق مصلحة شخصية له أو الأطراف أخرى ، أو كحصول عضو مجلس الإدارة أو أطراف ذات علاقة به على تمويل من البنك دون تطبيق المعايير والضمانات اللازمة لذلك لكافة العملاء(415) .

(415) السابق ، ص ص 10 - 11 .

الفصل الثالث

الرقابة على البنوك الإسلامية

تمهيد وتقسيم :

تخضع كافة البنوك ، التقليدية والإسلامية ، لأشكال عديدة من الرقابة على أعمالها ؛ ومن ذلك الرقابة عند التأسيس والاكتاب في رأس المال من الوزارات المعنية والرقابة على حساباتها من مدققي الحسابات والرقابة من المساهمين أو الرقابة الداخلية من الجمعيات العمومية فيها باعتبار أن البنوك تأخذ شكل الشركات المساهمة . ولا تختلف كثيراً هذه الأشكال من الرقابة في البنوك الإسلامية عنها في البنوك التقليدية . كما تنبسط رقابة البنك المركزي في الدولة - باعتباره السلطة المالية الأعلى - على البنوك كافة . ولا تفلت البنوك الإسلامية من نطاق ومجال تلك الرقابة . ولقد نصت المادة 97 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على خضوع البنوك الإسلامية لرقابة البنك المركزي وذلك بقولها (يضع مجلس إدارة البنك المركزي القواعد والأحكام التي تتبع في الرقابة على البنوك الإسلامية في شأن سيولتها وملاءتها وانتظام العمل بها . . .) . وحرصاً على توفير الإطار للقواعد الإشرافية والرقابية للبنوك الإسلامية ، قام بنك الكويت المركزي بإعداد دليل مستقل لعمل هذه البنوك تحت اسم (دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية) - ونشير إليه فيما يلي بـ (دليل التعليمات) - والذي اشتمل على كافة التعليمات الصادرة عن بنك الكويت المركزي في مختلف مجالات النشاط الذي تزاوله البنوك الإسلامية والضوابط اللازمة لأعمالها وعلاقتها بالعملاء وغيرهم ، وذلك علاوة على القرارات الوزارية ذات الصلة في هذا الخصوص ضماناً للالتزام الدقيق بها من البنوك الإسلامية .

كما يوجد شكل آخر من الرقابة تتميز به البنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية

وهو الرقابة الشرعية من الهيئة الشرعية . وتنهض هيئة الرقابة الشرعية أساساً بمهمة التحقق من عدم تعارض معاملات البنك الإسلامي مع أحكام الشريعة الإسلامية ؛ وهذا ما نصت عليه المادة 93 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي بالتزام كل بنك إسلامي في دولة الكويت بتشكيل هيئة مستقلة للرقابة الشرعية على أعمال البنك .

ونظراً لأهمية كل من رقابة البنك المركزي لنشاط البنوك الإسلامية ورقابة هيئة الرقابة الشرعية لمطابقة معاملات تلك البنوك لأحكام الشريعة الإسلامية وما تضمنه كل من قانون بنك الكويت المركزي ودليل التعليمات من قواعد وضوابط مستحدثة في شأن هذين الشكلين من الرقابة ، فسوف نقوم في هذا الفصل بمعالجتهما في مبحثين مستقلين :

المبحث الأول : رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية

المبحث الثاني : الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية

البحث الأول

رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية

أولاً : لزوم وماهية رقابة البنك المركزي بالنسبة للبنوك الإسلامية

88- تضطلع البنوك المركزية بدور هام في الاقتصاديات الوطنية ، إذ تساهم - ضمن وظائف عديدة - في توجيه الاستثمارات بحسب حاجات الدولة ومراقبة مسار الائتمان بشكل يتوافق مع سياسة الدولة في التنمية والحفاظ على قيمة العملة الوطنية ومراقبة أسعار الصرف . كما تعتبر البنوك المركزية ملاذاً تلجأ إليه البنوك عند حاجتها للسيولة . وفي سبيل تحقيق هذه الوظائف ، يكون للبنوك المركزية إلزام البنوك بنسب وسياسات محددة للسيولة وضوابط لتمويل الاستثمارات المختلفة ، وأيضاً تحديد أسعار الفوائد في التسهيلات والقروض بالنسبة للبنوك التقليدية ، وكذلك الحدود القصوى للسقوف الائتمانية(416) .

ولما كانت البنوك الإسلامية ذات طبيعة خاصة من حيث عدم تعاملها بالفوائد والقروض أخذاً وعطاء ، ومن حيث إن أموالها هي في الجزء الأكبر مصدرها أموال المودعين فضلاً عن رأس مالها ، فقد جنتحت بعض الآراء إلى إقصاء البنوك الإسلامية من نطاق رقابة البنوك المركزية على أساس أن خضوعها لتلك لرقابة من شأنه إلحاق إضرار بها تتمثل في عدم إمكانها توظيف الأموال المودعة لديها بأدواتها الخاصة(417) . وتطبيقاً لذلك ،

(416) راجع بصفة خاصة : إلياس ناصيف ، الرقابة المصرفية في التشريعات العربية المقارنة ، مجلة المصارف العربية ، المجلد 16 - العدد 185 مايو 1996 ص 56 وما بعدها . كذلك : الدكتور محمود حسن صوان ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي (الناشر دار وائل للنشر - عمان - الأردن - الطبعة الأولى 2001) ، ص ص 227 - 229 .

(417) راجع على سبيل المثال : أبو المجد حرك ، البنوك الإسلامية - مالها وما عليها (الناشر - دار الصحوة للنشر - القاهرة - الطبعة الأولى - 1998 ص 68) ، والذي يقول : (. . . وترجمة هذا التعارض في الواقع تتضح في أن البنك الربوي يقوم على ضمان أصل الودائع لديه مع =

ذهب اتجاه - لم يلق نجاحاً - إلى ضرورة إعفاء البنوك الإسلامية من أية رقابة مصرفية من البنوك المركزية ، وإسناد الدور الرقابي إلى الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية (الاتحاد)⁽⁴¹⁸⁾ . ويرجع إخفاق ذلك الاتجاه إلى الضعف الشديد لأجهزة الاتحاد ، لاسيما مع عدم صلاحيتها لأداء الدور الرقابي الذي يحتاج بالضرورة إلى سلطات وصلاحيات وفرض جزاءات وعقوبات لا تتوفر لغير الجهات الرقابية الحكومية ، هذا فضلاً عن أن عدداً من البنوك الإسلامية غير منضم إلى عضوية ذلك الاتحاد⁽⁴¹⁹⁾ . كما ذهب اتجاه آخر بأن يناط هذا الدور الرقابي للبنك الإسلامي للتنمية بجدة ، وعلى سند من أن ذلك البنك مؤسسة دولية حكومية تشترك في عضويتها جميع الدول الإسلامية⁽⁴²⁰⁾ . ورغم المبادرة لوضع هذا الاتجاه حيز التنفيذ بعد اجتماعات ودراسات ، إلا أن مصيره كان الإخفاق أيضاً لعدم تمتع البنك المذكور بالسلطات الذاتية لإلزام البنوك الإسلامية المختلفة ، فضلاً عن الروتين والبطء الشديدين وضعف التنسيق بين الدول الأعضاء في ذلك البنك⁽⁴²¹⁾ .

نسبة الفائدة ، بينما البنك الإسلامي لا يضمن للمودع أصل وديعته ولا يضمن له ربحاً ، فهو شريك متضامن في الربح والخسارة ، ولذلك فإن القوانين والقواعد المصرفية التي تنظم بها الحكومة نشاط البنوك الربوية لا تصلح لتنظيم نشاط البنوك الإسلامية ، وقد اتضح جلياً ضرورة إعفاء البنوك الوليدة من القواعد والسلطات الرقابية التي تحكم البنوك العتيقة) .

(418) بل إن البعض يقرر صراحة بأنه (يمكن اعتبار الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية بمثابة البنك المركزي بالنسبة للبنوك وبيوت المال الإسلامية الأعضاء فيه) انظر : الدكتور عوف محمود الكفراوي ، البنوك الإسلامية - النقود والبنوك في النظام الإسلامي ، المشار إليه سابقاً ، ص 270 . وفي عرض هذا الاتجاه وانتقاده ، راجع : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 61-62 . وراجع في اتفاقية الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية : مجموعة اتفاقيات وأنظمة وقوانين البنوك الإسلامية ، المشار إليها سابقاً ، ص 17 وما بعدها . وفي شرح نظام الاتحاد المذكور ، انظر : الدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 161-164 .

(419) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية ، بين الحرية والتنظيم ، السابق ، ص 62 .

(420) في عرض هذا الاتجاه وانتقاده ، الدكتور جمال الدين عطية ، المرجع السابق ، ص 62 .

(421) السابق .

لذا ، فلم يكن هناك من بُدِّ إلا خضوع البنوك الإسلامية في كل دولة لرقابة البنك المركزي فيها . فالبنوك الإسلامية ، كالبنوك التقليدية ، تقوم بدور هام وحيوي في الميدان المالي والاقتصادي . ومن هذه الزاوية ، فلا يصح أن ينفرد كل بنك إسلامي بسياسات خاصة قد تتعارض مع النظام الأساسي للدولة والتوجهات الاقتصادية الحيوية فيها ، بل على العكس يتعين على البنوك الإسلامية أن تنضوي تحت لواء البنك المركزي باعتباره الجهة التي ترسم سياسة موحدة لأعمال البنوك الإسلامية وبما له من سلطات على إنفاذ الرقابة عليها وإنزال الجزاءات على أي بنك مخالف . وعليه ، فإن عدم تعامل البنوك الإسلامية بنظام الفوائد والقروض ليس مبرراً للقول بإفلاتها من الرقابة والإشراف من جانب البنوك المركزية ، لاسيما أن البنوك الإسلامية تمارس نشاطاً مصرفياً بالمعنى الدقيق ، فضلاً عن ما هو مسموح لها بمزاولته من أنشطة استثمارية عديدة (422) .

89- والخلاصة ، تخضع البنوك الإسلامية - في أغلب الدول - لرقابة البنوك المركزية ، إذ تنقيد بالضوابط والتعليمات الرقابية مثلها في ذلك مثل البنوك التقليدية وذلك باستثناء المجالات التي تتضمن التعامل بالفوائد أخذاً وعطاءً أو التي قد تتعارض مع الطبيعة الإسلامية للبنك . كما صدرت في دول أخرى ، كما هو الحال في دولة الكويت ، تعليمات رقابية خاصة بالبنوك الإسلامية (423) . وبصفة عامة ، لا يسمح للبنوك الإسلامية أو فروعها بالعمل إلا بعد الحصول على الترخيص اللازم من البنوك المركزية والقيام بما تفرضه لوائح تسجيلها لديهم ، كما يتعين على البنوك الإسلامية الالتزام بالسياسة المالية والنقدية والائتمانية التي ترسمها البنوك المركزية وكذلك ما

(422) السابق ، ص 62 . أيضاً راجع : الدكتور محمد سويلم ، إدارة المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية - مدخل مقارنة (دار الطباعة الحديثة - 1987) ص ص 462-463 .
عائشة الشرفاوي الملقبي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 122-123 .
(423) راجع : دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - قطاع الرقابة (الجزء الأول والجزء الثاني) بنك الكويت المركزي .

يتعلق بالحدود القصوى للسقوف الائتمانية ومعامل السيولة والعمولات وأسعار الخدمات وغيرها ، فضلاً عن التزام البنوك الإسلامية بتزويد البنوك المركزية بالمعلومات أو البيانات التي تطلبها وحق الأخيرة في التفتيش وغيرها من وسائل وأدوات الرقابة اللازمة لحسن سير العمل المصرفي والحد من مخاطره⁽⁴²⁴⁾ . وفي دولة الكويت ، نصت المادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أن البنوك الإسلامية تراول أعمالها وفقاً لما ينص عليه قانون التجارة أو يقضي به العرف باعتباره من أعمال البنوك ، وذلك وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ووفقاً للضوابط التي يضعها مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن ووفقاً لأحكام القانون المذكور ، كما يضع البنك المركزي الأسس والقواعد والضوابط التي تنظم نشاط فروع البنوك الإسلامية الأجنبية التي يصرح لها بالعمل في دولة الكويت . كما ألزمت المادة 88 من ذات القانون تقديم طلبات تأسيس البنوك الإسلامية إلى البنك المركزي ، وتعرض هذه الطلبات على مجلس إدارته لتقرير الموافقة المبدئية أو الرفض في شأن طلب إنشاء البنك إسلامي أو فرع بنك إسلامي أجنبي . كما تقضي المادة 89 من القانون المذكور على أن يتم تسجيل البنوك الإسلامية في سجل خاص بالبنوك الإسلامية لدى البنك المركزي بقرار من وزير المالية بناء على توصية من مجلس إدارة البنك المركزي ، ولا يجوز لتلك البنوك مباشرة أعمالها إلا بعد تسجيلها في ذلك السجل ، كما لا يجوز لتلك البنوك إنشاء فروع لها في داخل الكويت أو في الخارج إلا بعد الحصول على موافقة - مسبقة من البنك المركزي وقيد الفرع في سجل البنوك الإسلامية⁽⁴²⁵⁾ ، وعلى أي الأحوال ، اشترطت المادة 90 من ذلك القانون لتسجيل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي

(424) إلياس ناصيف ، الرقابة المصرفية في التشريعات العربية المقارنة ، المشار إليه سابقاً ، ص 56 وما بعدها . كذلك : عائشة الشراوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 465 - 470 .

(425) المادة 86 من قانون بنك الكويت المركزي المعدل بالقانون رقم 30 لسنة 2003 .

موافقته على عقد التأسيس والنظام الأساسي للبنك . كما اشترطت كل من المادتين 91 و 92 من القانون المذكور قيام البنوك الإسلامية باستيفاء شروط وتعهدات معينة فيما يخص حقوق المودعين ورأس المال ، واختصت المادة 97 من ذلك القانون مجلس إدارة البنك المركزي بوضع القواعد والأحكام التي يتعين اتباعها في الرقابة على البنوك الإسلامية لا سيما نظام السيولة وتحديد عناصرها ومعايير كفاية رأس المال وقواعد حساب المخصصات الواجب توافرها لمواجهة مخاطر الأصول ، كما أجازت المادة 98 من القانون المشار إليه أن يعين مجلس إدارة البنك المركزي للبنوك الإسلامية الحد الأقصى لقيمة العمليات المتعلقة بنشاط معين ، والحد الأقصى والقواعد والشروط لمساهمة البنك الإسلامي في الشركات التي يقوم بتأسيسها أو يسهم في تأسيسها أو يمتلك أسهماً فيها ، وقواعد المساهمة من البنك الإسلامي في المشروع الواحد ، والحد الأقصى لمقدار التزام عميل واحد قبل البنك الإسلامي ، وحجم الأموال التي يسمح بها للبنك الإسلامي باستثمارها في السوق المحلية ، والجزء من الأموال المودعة الذي يجب على البنك الإسلامي إيداعه نقداً لدى البنك المركزي ، والقواعد والشروط التي يجب على البنك الإسلامي اتباعها في علاقته بعملائه وبين عملائه ومساهميهم (426) .

كما تضمنت المادة 99 من القانون المذكور الحظر على البنوك الإسلامية من تملك أو التعامل في قسائم السكن الخاص داخل الكويت ما عدا ما تملكه أو تتعامل فيه لأغراض تنفيذ عمليات التمويل التي تم أو يتم الاتفاق عليها مع العملاء وفقاً لأساليب وصيغ التمويل الإسلامية ، وما تحتاج إليه البنوك الإسلامية لممارسة أعمالها أو لسكن موظفيها أو للترفيه عنهم ، وما تؤول ملكيته إليها بسبب عدم وفاء الغير بالتزاماته تجاهها مع التزامها ببيعها خلال

(426) المواد 90 ، 91 ، 92 ، 97 من قانون بنك الكويت المركزي المعدل بالقانون رقم 30 لسنة

ثلاث سنوات من تاريخ أيلولته إليها مع جواز مد تلك الفترة لعام واحد عند الاقتضاء بموافقة البنك المركزي (427) .

90- وفي دولة الإمارات العربية المتحدة ، تقضي المادة الثانية من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية (قانون المصارف الإسلامية الإماراتي) على أنه إلى جانب خضوع المصارف الإسلامية في دولة الإمارات إلى القانون المذكور ، فإنها تخضع كذلك لأحكام القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية (قانون المصرف المركزي الإماراتي) ، لاسيما فيما يتعلق بالترخيص بتأسيس المصرف الإسلامي ورقابته والتفتيش عليه (428) . وفي المملكة العربية السعودية ، تخضع كافة البنوك السعودية لرقابة مؤسسة النقد العربي السعودي من حيث الترخيص بالإشياء ونظامه الأساسي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م / 5 في 22 / 2 / 1386 هـ (429) . وفي دولة قطر ، تخضع البنوك الإسلامية ، كغيرها من البنوك التجارية وفيما لا يتعارض مع طبيعتها ، لرقابة مصرف قطر المركزي وتعليماته وذلك بموجب قانون مصرف قطر المركزي رقم 15 لسنة 1993 (430) . وفي لبنان ، نص القانون رقم (575) في 11 شباط (فبراير) 2004 في شأن إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان (قانون المصارف الإسلامية اللبناني) في المادة الثانية منه على أن يخضع تأسيس المصارف الإسلامية في لبنان لترخيص من المجلس المركزي لمصرف

(427) المادة 99 من قانون بنك الكويت المركزي بعد تعديله بالقانون رقم 30 لسنة 2003 ، وكذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور أخيراً ، المشار إليها سابقاً .

(428) المادة الثانية من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي المشار إليه سابقاً .
(429) الدكتور عبد المجيد محمد عبود ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 62- 77 . الدكتور عوف محمود الكفراوي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 237- 274 .

(430) راجع : تعليمات الرقابة المصرفية ، أبريل 2004- مصرف قطر المركزي ، المشار إليها سابقاً : أيضاً ، انظر الدكتور محمود حسن صوان ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، المشار إليه سابقاً ، ص 230 .

لبنان والذي يضع نظاماً خاصاً يتضمن جميع الشروط الواجب توافرها لمنح الترخيص المذكور . كما صدر قراران من حاكم مصرف لبنان : القرار الأول رقم 8828 في 26/8/2004 والمتعلق بممارسة عمل المصارف الإسلامية في لبنان والذي حدد شروط حسابات الودائع وعوائدها ونسبة الاحتياطات والأصول الثابتة والاستثمارات والضمانات وتمويل الشركات التابعة ، والقرار الثاني رقم 8829 في 26/8/2004 والمتعلق بشروط تأسيس المصارف الإسلامية في لبنان (431) .

ثانياً : أساليب البنك المركزي في الرقابة على البنوك الإسلامية

91- تفرض البنوك المركزية على البنوك - عامة - وسائل رقابية متنوعة بحسب الغرض من الرقابة . فهناك رقابة تهدف إلى ضمان استمرارية سير العمل المصرفي فضلاً عن حماية المودعين والعملاء ، وهناك رقابة تهدف إلى وضع ضوابط للتمويل . ولقد نص قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي صراحة على وسائل الرقابة المتاحة للبنك المركزي بالنسبة للبنوك الإسلامية ، وذلك من حيث نظام السيولة وتحديد عناصرها ومعايير كفاية رأس المال ، وقواعد حساب المخصصات وقواعد انتظام العمل فيها والحد الأقصى لقيمة العمليات لأنشطة البنك والحد الأقصى لمساهمة البنك في الشركات التي يقوم بتأسيسها أو يساهم أو يملك أسهماً فيها والحد الأقصى لمساهمة البنك في أي مشروع والحد الأقصى لمقدار التزام العميل الواحد قبل كل بنك إسلامي ، وحجم الأموال التي يتعين على البنك الإسلامي الاحتفاظ به لدى البنك المركزي والتزام البنوك الإسلامية برد

(431) كما صدر أيضاً عن مصرف لبنان : القرار الأساسي رقم 8870 في 20/10/2004 والمتعلق بعمليات المراجعة المجرة مع / أو عن طريق المصارف الإسلامية المرفق بالتعميم الأساسي رقم 96 في 20/10/2004 ، والقرار الأساسي رقم 8954 في 19/11/2005 والمتعلق بعمليات المشاركة أو المساهمة التي تقوم بها المصارف الإسلامية المرفق بالتعميم الأساسي رقم 97 في 19/1/2005 .

الودائع لأصحابها فضلاً عن الوثائق والمعلومات والتقارير والبيانات التي تلتزم البنوك الإسلامية بتزويد البنك المركزي بها .

92- فمن ناحية أولى ، وضع بنك الكويت المركزي نظاماً للسيولة وفقاً لسلم الاستحقاقات لدى البنوك الإسلامية(432) . ولقد عرّف دليل التعليمات السيولة لدى البنك الإسلامي (بمدى قدرته على مواجهة الانخفاض في جانب المطلوبات وتمويل الزيادة في جانب الموجودات ، ويعتبر مستوى السيولة لدى البنك مناسباً إذا ما توفرت القدرة التمويلية لديه ، وبكلفة سوقية مناسبة ، لتمويل موجوداته ونموها بالإضافة إلى مواجهة الانخفاض المتوقع أو (غير المتوقع) في موارده (المطلوبات) . فمناطق السيولة هو التزام البنك بالاحتفاظ بمراعاة نسبة معينة بين موجوداته من الأموال السائلة مثل النقد في خزائنه وودائعه لدى البنك المركزي أو القابلة للتسييل الفوري مثل السندات التي يمكن تسييلها ، وذلك بالمقارنة مع التزاماته على المدى القصير لتجنب أي عجز مفاجئ عن تأدية طلبات السحب ، وبما يضمن المتعاملين مع البنك(433) .

وعلى الرغم من أن المبالغ التي يحتفظ بها البنك الإسلامي كسيولة لا يكون له توظيفها بأسلوب ربحي ، إلا أن البنك المركزي يفرض نسب السيولة حتى لا تلهث البنوك في سعيها لتحقيق أعلى عوائد ربحية بتوظيف كل أموالها أو أكبر حجم من الأموال لديها مما قد يوقعها في مشاكل كبيرة لعجزها عن مواجهة طلبات السحب من المودعين لديها .

وتزداد أهمية الاحتفاظ بالسيولة بالنسبة للبنوك التقليدية لقيامها في تحقيق

(432) راجع : تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (2/ رب أ/ 149 / 2003) بشأن نظام السيولة وفقاً لسلم الاستحقاقات لدى البنوك الإسلامية - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي .

(433) التعليمات السابقة ، ص 1 . وفي قواعد نظام السيولة طبقاً لنظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية ، راجع : نظام مراقبة البنوك ، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/ 5 في 22 / 2 / 1386 هـ ، المشار إليه سابقاً . انظر أيضاً : الدكتور عبد المجيد عبوده ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، المشار إليه سابقاً ، ص 62 وما بعدها .

أرباحها على الفوائد ، ومع ذلك فقد أجازت المادة (95) من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي أن يقدم البنك المذكور للبنوك الإسلامية في الحالات الاضطرارية تمويلاً لمدة لا تتجاوز ستة شهور باستخدام الأدوات والأساليب التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وطبقاً للشروط والقواعد التي يقررها مجلس إدارة البنك المركزي (434) .

وتجلى دور بنك الكويت المركزي في مراقبة البنوك الإسلامية الخاضعة له في إلزامها بالقيام بالوفاء بالتزاماتها عند حلول آجالها ، لذا يتم إلزام البنوك بحد أدنى من الأموال السائلة أو التي يمكن تسيلها أو الحصول على تمويل في مقابلها لمواجهة الالتزامات الآتية ، وعلى وجه الخصوص الطارئة منها ، مع الحفاظ على حد أدنى من التوافق بين استحقاقات الموجودات والمطلوبات وذلك مع أهمية مراعاة توزيع المخاطر في الموجودات ذات الاستحقاقات طويلة الأجل (435) .

وكما لاحظ البعض ، فإنه من الناحية العملية - ورغم حرص البنوك المركزية على تنظيم توفر السيولة للبنوك الإسلامية - فإنه عادة لا تتوفر للبنوك أية مشكلة في السيولة . ذلك أن إقبال الجمهور على التعامل مع البنوك الإسلامية قد خلق لها ودائع وأموالاً ضخمة قد لا تستطيع في أحوال غير قليلة توظيفها أو إيجاد سبل لاستثمارها (436) ، الأمر الذي حدا ببعض

(434) المادة 95/1 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي . وأيضاً : المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 . المشار إليها سابقاً ، ص (و) .
(435) تعليمات رقم (2/ رب أ / 149 / 2003) بشأن نظام السيولة وفقاً لسلم الاستحقاقات لدى البنوك الإسلامية ، ص 2 .
(436) في معنى قريب : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 89-90 ، حيث يقول عن البنوك الإسلامية (. . . إذ إنها تحسن حظها تشكو من توافر السيولة - لا من عجزها - نتيجة تدفق الودائع لديها بما يزيد أضعافاً عن إمكانات استخدامها في بلاد مصدرة لرؤوس الأموال كدول النفط ، أو في بلاد مستوردة لرؤوس الأموال كمصر والسودان) .

هذه البنوك إما إلى المضاربة بفوائض الأموال على المعادن الثمينة أو العملات الأجنبية أو في البورصات العالمية أو توظيفها لدى البنوك الأجنبية؛ الأمر الذي يرى فيه البعض أن جانباً من هذه المعاملات يتعد عن الأهداف المعلنة للبنوك الإسلامية⁽⁴³⁷⁾. ومع ذلك، تظل البنوك الإسلامية ملزمة بنظام السيولة طبقاً لقواعد وتعليمات البنوك المركزية وذلك درءاً لأي احتمال أو مخاطر لتقص عارض في السيولة لديها لسبب من الأسباب.

93- ومن ناحية ثانية، تلتزم البنوك الإسلامية في دولة الكويت بمعايير محددة بشأن كفاية رأس المال من خلال تحديد نسبته إلى عناصر الأصول⁽⁴³⁸⁾. وقد روعي في هذه المعايير طبيعة أنشطة ومعاملات البنوك الإسلامية سواء مع عملائها في مجال استخدامات مواردها أو مع عملائها من أصحاب حسابات الاستثمار لديها، وكذلك توافقها مع القواعد الدولية ذات العلاقة والصادرة من لجنة بازل في عام 1988 وعام 1996 بالإضافة إلى البيان الصادر في عام 1999 عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية⁽⁴³⁹⁾. ولقد أصدر بنك الكويت المركزي التعليمات رقم (2/ رب أ/ 145 / 2003) من دليل التعليمات في شأن معيار كفاية رأس المال لدى البنوك الإسلامية والذي يوجب ضرورة سعي تلك البنوك لزيادة القاعدة الرأسمالية لديها بما يتناسب مع حجم ونوع تلك الأصول والأنشطة والمخاطر الكامنة فيها، الأمر الذي يسهم في زيادة قدراتها التنافسية في السوق كما تهدف التعليمات المذكورة إلى تحديد الحد الأدنى من رأس المال الواجب الاحتفاظ به في هذا الخصوص. ومعيار كفاية رأس المال للبنك المحسوب طبقاً لتلك التعليمات يجب ألا يقل عن 12% وذلك وفقاً للنموذج

(437) عائشة الشراوي المالقي، البنوك الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص 129.

(438) راجع: التعليمات رقم (2/ رب أ/ 145 / 2003) في 3/ 11/ 2003 في شأن معيار كفاية رأس المال لدى البنوك الإسلامية - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي، المشار إليه سابقاً.

(439) السابق، ص 2.

رقم (1) من التعليمات المشار إليها(440) .

94- ومن ناحية ثالثة ، يراقب بنك الكويت المركزي البنوك الإسلامية من حيث تصنيف عمليات الاستثمار والتمويل المقدمة للعملاء وفقاً لصيغ الاستثمار والتمويل الإسلامية واحتساب مخصصاتها وكيفية معالجة الإيرادات الناتجة عنها(441) . وعمليات الاستثمار والتمويل المقدمة للعملاء هي ما تبرمه البنوك الإسلامية مع عملائها من عمليات استثمار تمويل نقدية كالمشاركة والمضاربة والمراوحة والإجارة التمويلية ، وعمليات استثمار غير نقدية مثل خطابات الضمان والاعتمادات المستندية والقبول وغير ذلك(442) . ولقد وضع دليل التعليمات الصادر من بنك الكويت المركزي أسساً وقواعد محددة بشأن كل من عمليات الاستثمار والتمويل للعملاء المقيمين وغير المقيمين وعمليات التمويل الاستهلاكي وغيرها من عمليات التمويل الشخصي المقسط والعمليات السيادية الدولية . كما وضع دليل التعليمات كيفية تحديد المخصصات للبنوك الإسلامية ، وهي المخصصات المطلوبة لعمليات الاستثمار والتمويل التي صنف بأنها غير منتظمة ، وكذلك تكوين الحد الأدنى لها بحسب ما إذا كانت المخصصات المحددة مطلوبة على عمليات الاستثمار والتمويل للعملاء ، وكذا عمليات التمويل الاستهلاكي وغيرها من عمليات التمويل الشخصي المقسط ، والمخصصات المطلوبة للعمليات السيادية الدولية ، والمديونيات المعاد جدولتها والمخصصات العامة(443) .

(440) السابق ص ص 7- 8 .

(441) تعليمات رقم (2 / رب أ / 148 / 2003) في 3 / 11 / 2003 في شأن قواعد وأسس تصنيف عمليات الاستثمار والتمويل المقدمة للعملاء وفقاً لصيغ الاستثمار والتمويل الإسلامية واحتساب مخصصاتها وكيفية معالجة الإيرادات الناتجة عنها - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي ، المشار إليه سابقاً .

(442) السابق ، ص 1 .

(443) السابق ، ص ص 2- 5 .

95- ومن ناحية رابعة ، يقوم بنك الكويت المركزي بفرض رقابته على البنوك الإسلامية من حيث الحدود القصوى لقيمة العمليات المتعلقة بنشاط معين ، ومن ذلك تعليماته رقم (2/ رب أ / 241 / 2003) في شأن ضوابط وقواعد الاستثمار المباشر لدى البنوك الإسلامية (444) .

وقد حددت التعليمات المذكورة الاستثمار المقصود لدى البنوك الإسلامية بموجب تلك التعليمات بأعمال الاستثمار في مجالات الأنشطة النوعية غير المصرفية أو المالية كالتجارة والعقار والتي يترتب عليها تملك البنوك أصول منقولة وأصول غير منقولة سواء لأغراض المتاجرة بهدف تحقيق الأرباح من خلال التصرف بالبيع للعملاء أو لأغراض الاستثمار للحصول على عوائد دورية منها و/ أو الاستفادة من ارتفاع القيمة الرأسمالية لها (445) .

ولما كانت عمليات الاستثمار المباشر تنطوي على مخاطر معينة كمخاطر السوق والسيولة والتي تضاف إلى المخاطر التي قد تتعرض لها البنوك الإسلامية عند مباشرتها للأعمال المصرفية والمالية المعتادة كالتحويل والاستثمار المالي ، فإن مزاولتها يجب أن تتم من خلال سياسات سليمة تأخذ في الاعتبار نوعية كل نشاط . لذلك ، فإنه استناداً إلى حكم المادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي والتي تسمح للبنك الإسلامي بمباشرة عمليات الاستثمار المباشر وفقاً للضوابط التي يضعها مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن ، واستناداً إلى حكم المادة 98 من ذات القانون والتي تميز لمجلس إدارة البنك المركزي أن يعين للبنوك الإسلامية الحد الأقصى لقيمة العمليات المتعلقة بنشاط معين ، فقد قرر البنك المركزي في جلسته بتاريخ 19/10/2003 وضع الضوابط لمزاولة عمليات نشاط الاستثمار المباشر وكذلك الحدود القصوى لها (446) . وطبقاً

(444) تعليمات رقم (2/ رب أ / 142 / 2003) في 19/10/2003 في شأن ضوابط وقواعد الاستثمار المباشر لدى البنوك الإسلامية - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي - المشار إليه سابقاً .

(445) السابق ، ص 1 .

(446) السابق ، ص ص 1-2 .

للتعليمات المشار إليها ، فإنه ينبغي على كافة البنوك الإسلامية وضع سياسة استثمارية مكتوبة ومعتمدة من مجلس إدارة البنك لكل نشاط استثماري إلى أكبر حد ممكن واتباع قواعد سليمة في إدارة الأصول وتحقيق التوازن بين أهداف البنك في تعظيم عوائده الاستثمارية وبين دوره التنموي في النواحي الاقتصادية (447) .

كما اشترطت التعليمات المذكورة أن لا تتجاوز القيمة الدفترية الإجمالية للأصول محل نشاط الاستثمار المباشر عن ما نسبته 100٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل الوارد في التعليمات الصادرة بشأن معيار كفاية رأس المال لدى البنوك الإسلامية والذي يتكون من رأس المال الأساسي ورأس المال المساند (447) ، وبحيث لا تتجاوز القيمة الدفترية للأصول محل نشاط الاستثمار العقاري المباشر ، سواء لأغراض المتاجرة أو الأغراض الاستثمارية عن ما نسبته 50٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل وعلى أن لا تزيد قيمة الاستثمار في العقار الواحد عن 10٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل ، كما لا يجوز أن تتجاوز القيمة الدفترية للأصول محل نشاط الاستثمار التجاري عن ما نسبته 10٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل ، وأن لا تتجاوز القيمة الدفترية للأصول محل أي نشاط آخر للاستثمار المباشر بخلاف ما تقدم عن ما نسبته 10٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل (448) .

96- ومن ناحية خامسة ، يراقب بنك الكويت المركزي السياسة الاستثمارية للبنوك الإسلامية التي تهدف إلى أعمال الاستثمار المالي في محافظ الأوراق المالية التي تشمل الأدوات المالية من أسهم وصكوك تمويل وغيرها من أدوات الاستثمار المالي المصدرة من جهات أخرى والتي يملكها البنك سواء لأغراض المتاجرة وتحقيق الربح أو لأغراض الاحتفاظ بها حتى تاريخ

(447) السابق ، ص 2 .

(448) السابق ، ص 3 .

الاستحقاق للحصول على عوائد منتظمة منها و/ أو الاستفادة من ارتفاع القيمة الرأسمالية لها . ولقد أوجب دليل التعليمات أن تتم عمليات الاستثمار المالي وفقاً لسياسة استثمارية واضحة ومكتوبة معتمدة من مجلس إدارة البنك (449) . وإعمالاً لنص المادة 98 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي والتي تميز لمجلس إدارة البنك المركزي أن يعين للبنوك الإسلامية الحد الأقصى لمساهمة البنك الإسلامي في الشركات التي يقوم بتأسيسها أو يساهم في تأسيسها أو يمتلك أسهماً فيها وكذلك الحد الأقصى لمساهمة أي بنك إسلامي في مشروع واحد ، فقد أصدر البنك المركزي في 19/10/2003 القواعد والضوابط لذلك (450) .

فيجب ألا تتعدى النسبة الإجمالية للقيمة المدرجة بدفاتر البنك لمحفظه الأوراق المالية (بخلاف صكوك التمويل) عن 50٪ من رأس مال البنك الإسلامي بالمفهوم الشامل لرأس المال الوارد في دليل التعليمات بشأن معيار كفاية رأس المال والذي يتكون من كل من رأس المال الأساسي والمساند . كما يجب أن لا تزيد نسبة الاستثمار في الأوراق المالية بكافة أنواعها المصدرة من جهة واحدة والأطراف ذوي العلاقة بها عن 10٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل ، ويجب أن لا تتجاوز القيمة الاسمية لما يمتلكه البنك من أوراق مالية في صور أسهم أو حصص في رؤوس أموال الشركات والمشروعات نسبة 10٪ من رأس مال الشركة أو المشروع . ومع ذلك يستثنى من النسب السابقة الشركات التابعة للبنك بشرط الحصول على موافقة مسبقة من بنك الكويت المركزي بالنسبة لكل حالة ، وكذلك أسهم البنك المشتراة وفقاً للقرارات والتعليمات السارية في هذا الشأن ، كما يستثنى من نسبة 10٪ في الاستثمار في الصكوك المالية الإسلامية المصدرة

(449) التعليمات رقم (2/ رب أ / 143 / 2003) في 19/10/2003 في شأن تنظيم سياسة الاستثمار المالي لدى البنوك الإسلامية - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي ، المشار إليه سابقاً ، ص 1 .

(450) السابق .

من حكومات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية أو من حكومات دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية مع مراعاة مخاطر الاستثمار في كل دولة على حدة (451) .

97- ومن ناحية سادسة ، واستناداً إلى حكم المادة (98) من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي ، فقد قرر مجلس إدارة ذلك البنك المذكور في 03 / 11 / 2003 وضع القواعد والقيود التي يتعين على البنوك الإسلامية مراعاتها بشأن الحدود القصوى لمقدار التزام العميل الواحد قبل البنك الإسلامي (452) . وتستهدف تلك القواعد والقيود توزيع مخاطر التمويل من البنك الإسلامي على قاعدة عريضة من عملائه بما يقلص من المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها البنوك الإسلامية (453) . وطبقاً لتلك التعليمات ، فإنه يجب أن لا يزيد الحد الأقصى للالتزامات التمويلية للعميل الواحد تجاه البنك ، سواء في صورة عمليات استثمار وتمويل مقدمة للعميل أو أدوات للاستثمار المالي مصدرة من العميل عن 15% من قاعدة رأس مال البنك . ويستثنى من ذلك الحد الأقصى الهيئات والإدارات والمؤسسات الحكومية وشبه الحكومية التي لا تعمل على أسس تجارية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية . كما تستثنى من هذه التعليمات الالتزامات التمويلية الممنوحة من البنك الإسلامي للبنوك ، ولكن مع توخي الدقة والحرص في هذا الخصوص لاسيما عند تحديد الحدود القصوى للتركز التمويلي لكل بنك على حدة ، كما يجوز لمجلس إدارة بنك الكويت المركزي - عندما يجد ضرورة لذلك - أن يستثنى أي عميل من تلك الحدود القصوى المقررة للتمويل وذلك بناء على طلب يقدم من البنك الإسلامي

(451) السابق ، ص ص 3-4 .

(452) المادة 98/3 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي . أيضاً : تعليمات رقم (2 / رب أ / 147 / 2003) في 03 / 11 / 2003 في شأن الحد الأقصى لمقدار التزام العميل الواحد قبل البنك الإسلامي .

(453) السابق ، ص 1 .

صاحب العلاقة قبل تقديم الاستثمار أو التمويل مصحوباً بدراسة وافية توضح جدوى الاستثمار أو التمويل المقدم وأسباب هذا الاستثناء، وذلك في أضيق الحدود وعند الضرورة القصوى، كما يتحمل البنك كافة المخاطر عن التمويل خارج الحدود القصوى حتى مع الحصول على موافقة البنك المركزي على الاستثناء⁽⁴⁵⁴⁾. كما قررت التعليمات المذكورة، استناداً إلى الفقرة (3 من المادة 98) من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي، منح ميزة نسبية للشركات التابعة للبنك الإسلامي بحيث يجب ألا تتجاوز إيداعات البنك الإسلامي وعمليات الاستثمار والتمويل المقدمة منه للشركات التابعة 20٪ من قاعدة رأس مال البنك للشركة الواحدة و60٪ لتلك الشركات مجتمعة⁽⁴⁵⁵⁾.

98- ومن ناحية سابعة، واستناداً إلى حكم المادة 86 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي والتي تسمح للبنوك الإسلامية الكويتية بمباشرة عمليات الاستثمار، وحكم المادة (98) من ذات القانون التي تجيز لمجلس إدارة البنك المركزي أن يعين للبنوك حجم الأموال التي يجوز استثمارها في السوق المحلية؛ فقد حددت التعليمات رقم (2/ ر ب أ/ 142/ 2003) من دليل التعليمات الحدود القصوى لأنشطة الاستثمار المباشر للبنك الإسلامي بأنه يجب أن لا تتجاوز القيمة الدفترية الإجمالية للأصول محل أنشطة الاستثمار المباشر التي يزاولها البنك عملاً نسبه 100٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل الوارد في التعليمات الصادرة بشأن معيار كفاية رأس المال لدى البنوك الإسلامية. كما تقضي التعليمات رقم (2/ ر ب أ/ 98/ 2003) من دليل التعليمات بأن يكون الحجم الأقصى لعمليات التمويل المستخدمة في المتاجرة في الأسهم في سوق الكويت للأوراق المالية ما لا يزيد عن 10٪ من إجمالي المحفظة

(454) السابق، ص ص 3- 4 .

(455) السابق، ص 5 .

التمويلية المقدمة للعملاء المقيمين أو 25٪ من رأس مال البنك بمفهومه الشامل، أيهما أقل (456) .

99- ومن ناحية ثامنة، واستناداً إلى نص المادة 98 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي، فقد حدد دليل التعليمات القواعد والشروط التي يجب اتباعها في علاقة البنك الإسلامي بعملائه وطبقاً للتعليمات الصادرة من بنك الكويت المركزي رقم (2/ رب أ/ 132 / 2003) يجب أن تتحدد حقوق والتزامات كل من البنك والعميل بموجب عقود واضحة الصياغة مفهومة المعنى ومتوافقة مع القوانين والأعراف المصرفية السائدة وتعليمات البنك المركزي، وأن يتضمن العقد المبرم بين البنك والعميل تحديداً واضحاً للعائد و/ أو أسس تحديده وفقاً لطبيعة العمليات وكافة الرسوم والعمولات المرتبطة بالعقد، وأن يتم تزويد العميل بنسخة من العقد الذي يبرمه مع البنك عند توقيعها أو عند تجديده أو جدولته أو إجراء أي تعديل فيه، كما يكون على البنك تزويد العميل بكشوف الحسابات الدورية أو بناء على طلب العميل، وأن يتضمن العقد مع العميل بنوداً واضحة صريحة تحدد حقوق والتزامات العميل وأية رسوم أو عمولات مرتبطة بالخدمات التي يقدمها البنك للعميل، وغيرها من مسائل وردت بالتعليمات المشار إليها (457). كما تضمنت التعليمات رقم (2/ رب أ/ 134 / 2003) من دليل التعليمات ما يتوجب على البنوك الإسلامية من

(456) تعليمات رقم (2/ رب أ/ 142 / 2003) في 19 / 10 / 2003 في شأن ضوابط وقواعد الاستثمار المباشر لدى البنوك الإسلامية - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الأول - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي، المشار إليه سابقاً، ص ص 1-2 من التعليمات المذكورة. كذلك التعليمات رقم (2/ رب أ/ 98 / 2003) في 15 / 6 / 2003 في شأن عمليات التمويل التي تقدمها البنوك الإسلامية لعمليات المتاجرة بالأسهم في سوق الكويت للأوراق المالية، ص 8 من التعليمات المذكورة .

(457) المادة 6/98 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي. راجع أيضاً : تعميم بنك الكويت المركزي رقم (2/ رب أ/ 132 / 2003) في 10 / 11 / 2003 بشأن معايير تنظيم العلاقة بين البنوك وعملائها، دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الثاني - قطاع الرقابة، المشار إليه سابقاً .

إجراءات فيما يتعلق بالأجور والعمولات ، إذ يجب الإعلان عن أسعار الخدمات المصرفية التي يقدمها البنك للعملاء على لائحة خاصة لذلك في المركز الرئيسي وكافة فروع البنك في دولة الكويت ، وتزويد البنك المركزي بهذه اللائحة وأية تعديلات عليها ، ويجب عدم تحصيل أية مبالغ من العملاء تحت أية مسميات دون أن تقابلها خدمات فعلية تم تأديتها للعملاء أو توفر مستندات تؤيد تحمل البنوك لتلك المبالغ نيابة عن العملاء وتبرر تقاضيتها ، كما لا يتم استيفاء أجور تأمين مقابل عمليات التمويل بكافة أنواعها إلا في حالة وجود اتفاق مع شركة تأمين متخصصة يوجب دفع أقساط التأمين لها وفي حدود أقساط التأمين ، كما يجب ألا تتجاوز قيمة تقييم العقارات ذات الصلة بعمليات التمويل للعملاء أكبر من القيمة المدفوعة لجهات التقييم المختصة أو للأسعار السائدة في السوق إذا كان البنك يقوم بالتقييم عن طريق أحد أجهزته المتخصصة ؛ وبخلاف ما تقدم لا يجوز للبنوك الإسلامية استيفاء أية أجور أو عمولات تحت أي مسميات في مجال عمليات التمويل إلا بعد موافاة البنك المركزي بطبيعة تلك الأجور والعمولات وتكلفتها الفعلية على البنك مدعومة بالمستندات ولا يعمل بهذه الأجور والعمولات إلا بعد الحصول على موافقة البنك المركزي . كما يجب عدم استيفاء أي رسوم أو عمولات أخرى مرتبطة بكافة مجالات عمل البنوك الإسلامية إلا بعد الحصول على موافقة خطية من البنك المركزي على ذلك الرسم أو العمولة . فضلاً عن ذلك ، أكد دليل التعليمات على ضرورة أن تحافظ البنوك الإسلامية على سرية ما لديها من معلومات وبيانات خاصة بعملائها وذلك استناداً إلى الأعراف المصرفية ونص المادة 28 من قانون بنك الكويت المركزي والمادة 43 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية (458) .

(458) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (2/ رب أ/ 134/ 2003) في 10/ 11/ 2003 بشأن الإجراءات التي يتوجب العمل بها من قبل البنوك الإسلامية فيما يتعلق بالأجور والعمولات - دليل التعليمات ، السابق . وكذلك تعليمات رقم (2/ رب أ/ 119/ 2003) إلى كافة البنوك =

100- ومن ناحية تاسعة ، أجازت المادة 95 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي أن يقوم البنك المركزي - في الحالات الاضطرارية - بتقديم تمويل للبنوك الإسلامية باستخدام الأدوات والأساليب التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وبشرط أن يكون أجل التمويل لمدة ستة أشهر مع مراعاة عدم جواز مد هذا الأجل أكثر من ستة أشهر أخرى . ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، بأنه قد زوعي في نص المادة 95 المشار إليها أن يكون التعامل مع البنوك الإسلامية في هذا الصدد وفقاً للشروط وللقواعد التي يقرها مجلس إدارة بنك الكويت المركزي ، الأمر الذي يتم من خلال وعلى ضوء الدراسات التي تجري في هذا الصدد وفقاً للظروف والأوضاع السائدة في حينه (459) . كما أجازت الفقرة الثانية من المادة 95 المذكورة لبنك الكويت المركزي أن يتعامل مع البنوك الإسلامية بالبيع والشراء في الأوراق المالية وغيرها من الأدوات التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية . كما سمحت الفقرة الثالثة من المادة 95 المشار إليها لبنك الكويت المركزي بإصدار أدوات مالية تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية والتعامل فيها بيعاً وشراء مع البنوك الإسلامية وغيرها من الجهات الخاضعة لرقابة البنك المركزي وبالشروط التي يقرها مجلس إدارته . وتشير المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 إلى أن الهدف من نص المادة 95 المذكورة - بصفة عامة - هو إثراء الأدوات والأساليب الاستثمارية والتمويلية التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية والتي يمكن استخدامها في إطار السيولة المصرفية وفقاً لمقتضيات السياسة النقدية والائتمانية الواجب اتباعها وإدارة أوضاع السيولة لدى البنوك الإسلامية (460) .

الإسلامية بشأن محافظة البنوك على سرية ما لديها من معلومات وبيانات خاصة بعملائها ، دليل التعليمات المذكور .
(459) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها سابقاً ، ص (و) .
(460) السابق .

101- ومن ناحية عاشره ، نظمت المادة 94 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي الحسابات المتبادلة الممكن فتحها بين البنك المركزي والبنوك الإسلامية وعلى أساس حق الأول في الرقابة والإشراف على البنوك المذكورة ، إذ أجازت الفقرة الأولى من تلك المادة للبنك المركزي أن يفتح حسابات بالدينار الكويتي أو بالعملات الأجنبية لدى البنوك الإسلامية ، وأن يفتح لديه لتلك البنوك حسابات بالدينار الكويتي أو بالعملات الأجنبية ، هذا فضلاً عن السماح للبنوك الإسلامية بالاشتراك في غرفة المقاصة باعتبار ذلك من الإجراءات المطلوبة لتيسير العمل في هذه البنوك باعتبارها جزءاً من الجهاز المصرفي المحلي ، ومع مراعاة اشتراط القواعد وتحديد الأوضاع التي يمكن التعامل بها في الأحوال المختلفة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية (461) .

102- ومن ناحية حادية عشرة ، وفي مجال رقابة بنك الكويت المركزي على البنوك الإسلامية في علاقاتها بعملائها ، فقد نصت الفقرة السادسة من المادة 97 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أن يضع مجلس إدارة البنك المركزي القواعد والشروط التي يجب اتباعها في علاقة البنك بعملائه وبين عملائه ومساهميه . ويهدف هذا النص - وعلى نحو ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور- إلى توفير الأداة القانونية اللازمة للبنك المركزي للتدخل في مجال تنظيم هذه العلاقات لضمان سير العمل المصرفي على وجه سليم من جهة ، ووفقاً لمتطلبات السياسة النقدية والائتمانية المقررة والظروف الاقتصادية والمصرفية السائدة من جهة أخرى ، وذلك في أحوال الضرورة التي تقتضي ذلك (462) .

وفي ذلك الإطار أصدر بنك الكويت المركزي تعليماته رقم (2/ ر ب أ/ 132/ 2003) إلى البنوك الإسلامية بشأن معايير تنظيم العلاقة بين البنوك

(461) السابق .

(462) السابق ، ص ص (و- ز) .

وعملائها ، والتي تستند إلى أقصى درجات المصادقية والشفافية في التعامل ، مع الأخذ في الاعتبار الحرص على راحة وإرضاء العملاء وتلبية احتياجاتهم . ووفقاً للمعايير التي أرساها بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص ، فإنه يجب أن تتحدد حقوق كل من البنك الإسلامي والعميل بموجب عقود واضحة الصياغة مفهومة المعنى ومتوافقة مع أحكام القوانين المحلية والقرارات الوزارية ذات الصلة وتعليمات بنك الكويت المركزي وكذلك الأعراف المصرفية السائدة ، وهذا كله بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽⁴⁶³⁾ . كذلك يجب أن تتضمن العقود المبرمة بين البنوك الإسلامية وعملاتها تحديداً واضحاً للعائد و/ أو أسس تحديده وفقاً لطبيعة العمليات المبرمة فضلاً عن كافة الرسوم والعمولات المرتبطة بتلك العقود ، وأن يتم تزويد كل عميل بنسخة من العقد الذي يبرمه مع البنك سواء لدى توقيعه أو عند تجديده أو جدولته أو إجراء أي تعديل عليه . وعلاوة على كشف الحساب الدورية التي يرسلها البنك أو يوافي بها عميله ، فإنه يتعين على كل بنك إسلامي أن يزود العميل بناء على طلبه بنسخة من أي كشف حساب خاص به ولأي فترات يرغب بها وأي شهادة أو بيان يخصه ، ودون مغالاة من قبل البنك في احتساب رسوم مقابل طلب العميل ، وأن يتضمن نموذج طلب العميل أو الاتفاق الذي يبرمه مع البنك الإسلامي المقابل لأي خدمة من الخدمات المصرفية التي يقدمها البنك للعملاء وكما ورد بالتعليمات ، وأن يراعى البنك الشفافية والعناية اللازمة عند شرح خدماته للعملاء ، لاسيما عند الإعلان عن تلك الخدمات حيث يجب أن تعكس تلك الإعلانات الصورة الحقيقية للخدمات والمنافع التي سيحصل عليها العميل والالتزامات التي قد تترتب عليه ، ومع مراعاة الرد على الاستفسارات والشكاوى التي ترد من العملاء ، مع ضرورة مراعاة توفير الموظفين الأكفاء والعمالة الماهرة للتعامل مع العملاء لاسيما التزامهم

(463) تعليمات رقم (2/ رب أ/ 132 / 2003) ، المشار إليها سابقاً ، ص 1 .

بالسلوك المهني المصرفي (464) .

كما أصدر أيضاً بنك الكويت المركزي تعليماته إلى البنوك الإسلامية رقم (2/ رب أ/ 134 / 2003) بشأن الإجراءات التي يتوجب العمل بها فيما يتعلق بالأجور والعمولات . ومع لزوم تزويد البنك المركزي بلائحة أسعار الخدمات والعمولات ، فإنه يجب على البنوك الإسلامية أن تراعي أن تتناسب تلك الأجور والعمولات التي تتقاضاها من العملاء مع تكلفة تلك الخدمات والإعلان عنها للجمهور . كذلك ينبغي مراعاة عدم قيام البنوك الإسلامية بتحصيل أية مبالغ من العملاء تحت أية مسميات دون أن يقابلها خدمات فعلية مؤداة لهم أو توافر مستندات تؤيد تحمل البنوك لتلك المبالغ عن العملاء وتبرر تقاضيها . كذلك ينبغي عدم قيام البنوك الإسلامية باستيفاء أي رسوم أو عمولات أخرى مرتبطة بكافة مجالات عمل البنوك الإسلامية تحت أية مسميات إلا بعد الحصول على موافقة خطية بذلك مسبقاً من البنك المركزي (465) . كما أكدت التعليمات رقم (2/ رب أ/ 119 / 2003) على وجوب التزام البنوك الإسلامية وجميع موظفيها وأعضاء مجالس إدارتها بالمحافظة على سرية ما لديها من معلومات وبيانات خاصة بكل عميل من عملائها ، ما عدا الأحوال التي تصرح فيها القوانين بذلك ، وذلك حرصاً على توفير الثقة في الجهاز المصرفي بصفة عامة ، ورصد عقوبات للمخالفين وتعريض البنك للمساءلة القانونية بالتعويض في حالة عدم التقيد بواجب السرية (466) .

وفي نطاق العلاقة بين البنك وعملائه ، أوضحت وأكدت المادة 96 على التزام البنك الإسلامي برد الودائع تحت الطلب كاملة لأصحابها عند طلبها

(464) السابق ، ص ص 1- 2 .

(465) تعليمات رقم (2/ رب أ/ 134 / 2003) ، المشار إليها سابقاً ، ص ص 4- 5 .

(466) تعليمات رقم (2/ رب أ/ 134 / 2003) ، المشار إليها سابقاً ، ص 5 .

وعدم تحمل تلك الودائع بأي خسائر (467) . أما العملاء أصحاب الودائع الاستثمارية فيإنهم يشاركون البنك في الأرباح أو الخسائر من الأنشطة الاستثمارية التي يشارها لهم البنك الإسلامي وذلك وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص . ذلك أنه وعلى ما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، فإنه من الأسس التي يقوم عليها البنك الإسلامي في التعامل مع عملائه أن الغنم بالغرم . وبناء على ذلك ، يشارك أصحاب الودائع الاستثمارية تحمل مخاطر الاستثمار لدى البنك الإسلامي شرعاً ، ولا يضمن البنك الإسلامي تلك الودائع إلا إذا ثبت تعديه أو تقصيره (468) . أما الودائع تحت الطلب ، فإن أصحابها يودعونها لدى البنك الإسلامي للحصول عليها عند طلبها ، وليس لكي يقوم البنك باستثمارها ، وبما لا يجوز معه تحميل أصحاب تلك الودائع بأي نوع من الخسائر التي تترتب على أنشطة البنك في الاستثمار والتمويل حتى ولو قام البنك باستخدام جانب من الودائع تحت الطلب في تلك الأغراض الاستثمارية (469) .

ثالثاً : تقدير رقابة البنك المركزي على البنوك الإسلامية

103- ذهب البعض إلى ضرورة إنشاء بنك مركزي خاص للبنوك الإسلامية بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لعمل هذه البنوك والتي لا تناسبها الوسائل التقليدية للرقابة التي تمارسها البنوك المركزية بالنسبة للبنوك التقليدية (470) . وقد نوقشت هذه الفكرة في عديد من المحافل العلمية والمؤتمرات الدولية ، من ذلك ندوة المصارف الإسلامية بين الواقع والمستقبل

(467) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها سابقاً ، ص (و) .

(468) السابق .

(469) السابق .

(470) في عرض هذا الاتجاه وانتقاده ، عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 149 - 151 .

في عام 1991 وأيضاً في اجتماع الهيئة العالمية للبنوك الإسلامية الذي انعقد في دولة الكويت عام 1982⁽⁴⁷¹⁾. بل إن البعض يبالغ في الرأي إذ يقترح أن يكون هناك بنك مركزي إسلامي واحد على مستوى العالم تسند إليه كافة السلطات الرقابية على جميع البنوك الإسلامية في العالم وبصرف النظر عن الدولة التي تعمل فيها تلك البنوك، وبهذه الطريقة يمكن للبنك المركزي الإسلامي الإشراف على تسوية العمليات المالية والمصرفية في الدول الإسلامية قاطبة بهدف بلوغ التوازنات المالية المنشودة وتحقيق السياسة النقدية السليمة للاقتصاد الإسلامي في مجموعته والسيطرة على سقوف التمويل وأدواته وتوجيه الائتمان وتدقيق الأموال وفقاً للشريعة الإسلامية⁽⁴⁷²⁾.

والحقيقة أن مسألة إنشاء بنك مركزي إسلامي واحد تخضع لرقابته جميع البنوك الإسلامية في العالم، فضلاً عن كونها مجرد فكرة مثالية لا يمكن أن تصب في الواقع العملي بالنظر إلى الاختلافات في النظم القانونية والاقتصادية لكل دولة، فإنها تمس بشكل واضح السيادة الداخلية للدولة، إذ يفرض أن البنك المركزي في كل دولة هو أعلى سلطة نقدية فيها ولا يتصور أن تكون هناك سلطة أخرى أعلى منه. وفي نفس الوقت، فإنه لا يمكن - حتى في نطاق الدولة الواحدة - تصور وجود بنكين مركزيين أحدهما لمراقبة البنوك الإسلامية والآخر للرقابة على البنوك التقليدية. لذلك فإن الضرورات القانونية والاقتصادية والسيادية تفرض خضوع جميع البنوك في كل دولة، بما في ذلك البنوك الإسلامية، لرقابة وإشراف البنك المركزي في الدولة والذي تخضع لرقابته وإشرافه أيضاً البنوك

(471) في مناقشة هذه الأفكار وتطورها: عائشة المالقي، البنوك الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص ص 150 - 151.

(472) في نفس المعنى: الدكتور عوض محمود الكفراوي، البنوك الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص ص 315-316. الدكتور محمد هاشم عوض، البنوك الإسلامية جاءت لتبقى - جريدة الشرق الأوسط في 9/4/1983، كما هو مذكور ومشار إليه في: عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية، السابق ص 151 وهامش (371) من المرجع المذكور.

التقليدية⁽⁴⁷³⁾ . ذلك أن خضوع البنوك الإسلامية لقواعد الشريعة الإسلامية وتحريم الفوائد أخذاً وعطاء لا يبرر إفلات تلك البنوك من رقابة البنك المركزي . ذلك أن عمليات البنوك الإسلامية وإن كانت تستند في المقام الأول على مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر أو على وسائل التمويل الإسلامي فإن البنوك الإسلامية في ذلك تقوم بما تقوم به البنوك التقليدية من كونها وسيط بين الادخار والاستثمار وبما يفرض خضوعها لرقابة البنك المركزي . وعليه ، فإن (خضوع البنوك الإسلامية لرقابة البنك المركزي ، مسألة ضرورية ، نظراً للطبيعة الخاصة للعمليات المصرفية عموماً ، وعمليات هذه البنوك خصوصاً ، وما تنطوي عليه من مخاطر اقتصادية ومالية ، كما أن القول بإعفائها من بعض التدابير أمر غير مقنع ، ما دامت رقابة البنك المركزي لا تهدف إلى التضييق أو أحكام الخناق على المصارف ، ولكن إلى حماية الاقتصاد من الآفات ، وإيجاد التوازنات الأساسية ، وتشجيع التنمية الاقتصادية الحقة)⁽⁴⁷⁴⁾ .

ومفاد ما تقدم ، أن البنك المركزي في كل دولة هو الأقدر على فرض سياج الرقابة على أعمال البنوك الإسلامية ، وذلك ليس فقط حماية للمودعين وإنما كذلك للاقتصاد الوطني في مجموعه لمواجهة أي اختلال في توزيع التمويل المصرفي أو في معاملات البنوك ، يستوي في ذلك أن تكون البنوك إسلامية أو تقليدية . ويكون تدخل البنوك المركزية في أعمال الرقابة على البنوك الإسلامية متفاوتاً بحسب قانون كل دولة . فقد يكون تدخل البنك المركزي في الرقابة على البنوك الإسلامية جزئياً كما هو الحال في دولة قطر⁽⁴⁷⁵⁾ وإن كان دور مصرف قطر المركزي قد أصبح أكثر مغالاة في الفترة الأخيرة وبحيث يمكن القول بخضوع البنوك الإسلامية في قطر لرقابة

(473) في معنى قريب : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص 62 .

(474) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 153 .

(475) عائشة الشرفاوي المالقي ، البنوك الإسلامية ، السابق ، ص 143 .

الكاملة ، لاسيما بعد صدور التعليمات الرقابية من مصرف قطر المركزي إلى البنوك الإسلامية في قطر في إبريل 2004 (475 مكرر) . وقد يكون هذا التدخل تدريجياً كما هو الحال في مصر (476) ، وقد يكون كلياً كما هو الوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة وكذلك في لبنان (477) .

104- وفي دولة الكويت ، فقد كان بيت التمويل الكويتي قبل صدور القانون رقم 30 لسنة 2003 غير خاضع لرقابة بنك الكويت المركزي . أما بعد صدور ونفاذ ذلك القانون وتسجيل بيت التمويل الكويتي في سجل البنوك الإسلامية لدى بنك الكويت المركزي ، فقد صار خاضعاً كغيره من البنوك للرقابة الكاملة للبنك المركزي . والحقيقة أن بنك الكويت المركزي في إعماله للرقابة على البنوك الإسلامية عمد إلى الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لتلك البنوك وأساليب وصيغ وأدوات التمويل التي تباشر من خلالها العمل المصرفي ، فأصدر لذلك دليل تعليمات خاصاً بالبنوك الإسلامية يهدف إلى رسم الضوابط للرقابة عليها في كافة أمورها (478) . ومن ثم فإن البنوك الإسلامية في دولة الكويت تخضع للرقابة الكاملة من جانب بنك الكويت المركزي .

(475 مكرر) الدكتور محمود حسن صوان ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، المشار إليه سابقاً ، ص 230 . راجع : تعليمات رقابية إلى البنوك الإسلامية في دولة قطر صادرة عن مصرف قطر المركزي (أبريل 2004) المشار إليها سابقاً .

(476) مثال : بنك فيصل الإسلامي المصري . راجع : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 24-26 .

(477) السابق ، ص ص 53-55 . وفي لبنان راجع القرارات الصادرة عن حاكم مصرف لبنان المشار إليها سابقاً ، والمادتان الأولى والثانية من القانون رقم 575 في 11/2/2004 بشأن إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان .

(478) راجع : دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية ، الجزء الأول ، والجزء الثاني - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي .

المبحث الثاني

الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية

أولاً: الحاجة إلى الرقابة الشرعية

105- لما كانت البنوك الإسلامية يجب أن تلتزم في معاملاتها وأعمالها بأحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه من حسن سير العمل أن توجد هيئة أو إدارة أو مستشار شرعي للقيام بالاجتهاد والبيان والتوجيه إلى مطابقة ومراقبة أعمال تلك البنوك - لاسيما في نشاط الاستثمار والتمويل - حتى لا تخرج عن المسار الشرعي وكذلك التأكد من التزام هذه البنوك في أنشطتها المختلفة وكافة علاقاتها بأحكام الشريعة الإسلامية⁽⁴⁷⁹⁾ . وتختلف البنوك الإسلامية بحسب قانون كل دولة أو بحسب نظمها الأساسية في شكل وأسلوب الرقابة الشرعية . فقد قامت بعض البنوك الإسلامية بالنص في النظام الأساسي لكل منها على تشكيل هيئة للرقابة الشرعية ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (49) من النظام الأساسي لبنك قطر الدولي الإسلامي بوجود أن يستعين مجلس الإدارة بهيئة رقابة شرعية للحصول على المشورة الشرعية فيما يتعلق بأعمال البنك ، وكذلك ما تنص عليه المادة 6 من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي من أن يقوم كل بنك إسلامي بالنص في عقد تأسيسه وفي نظامه الأساسي على تشكيل هيئة شرعية لا يقل عدد الأعضاء فيها عن ثلاثة لكي تتولى مطابقة معاملاته وتصرفاته لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما تنص المادة 93 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على أن تشكل في كل بنك إسلامي هيئة مستقلة للرقابة الشرعية على أعمال البنك لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة

(479) راجع بصفة خاصة : دكتور عبد الحميد محمود البعلبي ، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية - دراسة فقهية قانونية ومصرفية (الناشر - مكتبة وهبة - القاهرة - 1991) ص 199 - 202 .

تعيينهم الجمعية العامة للبنك . وفي نظم أخرى ، يتولى الرقابة الشرعية على أعمال البنك الإسلامي مستشار شرعي خارجي ، ومثال ذلك ما نص عليه قانون إنشاء البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار من أن يقوم مجلس إدارة البنك بتعيين مستشار شرعي من بين أهل العلم والتخصص بالأمور الشرعية العلمية ولا يكون عزله ممكناً إلا بقرار مسبب من ثلثي أعضاء مجلس إدارة البنك⁽⁴⁸⁰⁾ ، وفي بنوك أخرى يكون هذا المستشار الشرعي هو عضو معين في مجلس إدارة البنك كما هو الأمر في بنك ناصر الاجتماعي في مصر⁽⁴⁸¹⁾ .

وعلى أي الأحوال ، فإن الحاجة إلى عمل هيئة الرقابة الشرعية أو المستشار الشرعي هي للاطمئنان من جانب المتعاملين مع البنك الإسلامي من أن جميع تعاملاته وعملياته وعلاقاته مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك فضلاً عن أن الرقابة الشرعية هي أيضاً هيئة للفتوى في المسائل المختلفة التي تعرض عليها وفقاً لكل حالة على حدة⁽⁴⁸²⁾ .

ثانياً : تشكيل هيئة الرقابة الشرعية

106- كما أسلفنا ، فإن تشكيل هيئة الرقابة الشرعية منوط بالقانون الداخلي لكل دولة وبالنظام الأساسي للبنك الإسلامي . وقد تباينت القوانين الداخلية في شكل وأسلوب الرقابة الشرعية . ففي دولة الكويت ، نصت

(480) وبصفة عامة : راجع هيئة الرقابة الشرعية في نماذج من قوانين ونظم البنوك الإسلامية ، دكتور عبد الحميد محمود البعلي ، الاستثمار والرقابة الشرعية . . . المرجع السابق ، ص 239 وما بعدها . وراجع : البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار ، قانون البنك ، المادة 27 .
(481) انظر : دكتور الغريب ناصر ، أصول المصرفية الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 230 .
(482) الدكتور عبد الحميد محمود البعلي ، السابق ، ص ص 217-218 . الدكتور رفيع يونس المصري ، المصارف الإسلامية دراسة لعدد منها ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 4-5 .
الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 71-75 .

الفقرة الأولى من المادة 93 من قسم البنوك الإسلامية صراحة على وجوب أن (تشكل في كل بنك إسلامي هيئة مستقلة للرقابة الشرعية على أعمال البنك لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة تعينهم الجمعية العامة للبنك ، ويجب النص في عقد التأسيس والنظام الأساسي للبنك على وجود هذه الهيئة وكيفية تشكيلها واختصاصها وأسلوب ممارستها لعملها) ويستخلص من هذا النص أن هيئة الرقابة الشرعية لا يجب أن يقل عدد أعضائها عن ثلاثة ، ومن ثم يجوز أن تتكون من عدد أكبر ، ولا يشترط في التشكيل أن يكون العدد وترأ ، وبالتالي يجوز أن تتكون الهيئة المذكورة من أربعة أعضاء أو خمسة أو أكثر ، وهكذا . كما يجب أن تكون هذه الهيئة مستقلة . ونرى أن الاستقلال بهذا المعنى يعني ألا تكون هذه الهيئة خاضعة في أعمالها لمجلس إدارة البنك حتى يتسنى لها القيام بأعمالها دون أي تأثير منه . كما يلاحظ أن النص المتقدم أوجب على كل بنك إسلامي أن ينص صراحة في عقد تأسيسه وفي نظامه على وجود هذه الهيئة وكيفية تشكيلها واختصاصاتها وأسلوب عملها . وتطبيقاً لذلك ، نصت المادة 42 من النظام الأساسي لبنك بويان على التزامه بأن تكون جميع معاملاته طبقاً للشريعة الإسلامية ، كما نصت المادة 43 من النظام المذكور على أن تعين الجمعية العمومية للبنك بناء على ترشيح مجلس الإدارة في الاجتماع العادي السنوي هيئة للرقابة الشرعية المكوّنة من ثلاثة أعضاء على الأقل من بين العلماء المتخصصين في فقه المعاملات الإسلامية بصفة خاصة كما تحدد مخصصاتهم ومكافآتهم ، ويختار أعضاء هذه الهيئة من بينهم رئيساً ويشترط لصحة اجتماعات الهيئة حضور كامل أعضائها إذا كان عدد أعضاء الهيئة لا يتجاوز ثلاثة أعضاء⁽⁴⁸³⁾ . ويتضح من نص المادة (43) من النظام الأساسي لبنك بويان الحرص على استقلالية هيئة الرقابة الشرعية إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة 93 من قانون بنك الكويت

(483) المادة 43 من النظام الأساسي لبنك بويان .

المركزي وذلك بعدم إخضاعها في أي من شؤونها سواء في تحديد اختيارهم أو الاختصاصات أو المكافآت لمجلس الإدارة ولكن للجمعية العمومية للبنك مباشرة ، ولا يطعن في ذلك ما نصت عليه المادة 45 من النظام الأساسي للبنك المذكور بالنص على أن (يصدر مجلس الإدارة لائحة بنظام عمل هيئة الرقابة الشرعية واختصاصها واجتماعها وتنظيم علاقاتها بأجهزة الشركة (أي البنك) .

فهذا النص الأخير لا يجعل لمجلس الإدارة سلطة التدخل في أعمال أو اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية وإنما هو من قبيل الأعمال التنفيذية التي يقوم بها مجلس الإدارة تنفيذاً لقرار الجمعية العمومية للشركة بإنشاء هيئة الرقابة الشرعية . ولكن يتعين التوقف عند نص الفقرة الثانية من المادة 45 من النظام الأساسي لبنك بوييان والتي تقضي بأن (يعين مجلس الإدارة ، بناء على ترشيح هيئة الرقابة الشرعية مراقباً شرعياً داخلياً للشركة (أي البنك) تكون مهمته مراقبة كافة أعمال الشركة والتأكد من مطابقتها للقرارات والتوصيات الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية ويقدم تقاريره وملاحظاته لرئيس الهيئة) (484) . ومفاد هذا النص الأخير أنه إلى جانب هيئة الرقابة الشرعية يوجد مراقب شرعي داخلي للبنك تكون مهمته مراقبة كافة أعمال البنك والتأكد من مطابقتها للقرارات والتوصيات الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية . وإذا كان من المسلم به ، حرصاً على استقلالية هيئة الرقابة الشرعية ، أن تعيينها يكون من الجمعية العامة ، فإن المراقب الشرعي المشار إليه في نص المادة 45 من النظام الأساسي للبنك المذكور كان ينبغي أن يكون تعيينه أيضاً من قبل الجمعية العمومية . صحيح أن هيئة الرقابة الشرعية هي التي تتولى ترشيحه إنما هذا لا ينفي تبعيته لمجلس الإدارة الذي يتولى تعيينه . ومع ذلك ، حسناً ما نصت عليه المادة 47 من النظام الأساسي لبنك بوييان من أنه (لا يجوز وقف أي من أعضاء هيئة الرقابة الشرعية عن

(484) المادة 45 من النظام الأساسي لبنك بوييان .

العمل أو عزله إلا بقرار من الجمعية العامة بناء على أسباب موجبة لمثل هذا الإجراء). وفي ذلك تأكيد على استقلالية هيئة الرقابة الشرعية للبنك المذكور. وبالنسبة لبيت التمويل الكويتي، وإعمالاً لنصوص القانون رقم 30 لسنة 2003، فقد قام بيت التمويل الكويتي بإلغاء المواد 61، 62، 63، 64، من نظامه الأساسي، واستحداث المواد 64 مكرر 1، 64 مكرر 2، 64 مكرر 3، 64 مكرر 4 بموجب قرار الجمعية العمومية غير العادية في 16/02/2004. وبموجب هذا التعديل فقد تم النص صراحة في النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على إنشاء هيئة فتوى ورقابة شرعية على الأقل عدد أعضائها عن ثلاثة يتم تعيينهم بقرار من الجمعية العمومية، وتختار الهيئة من بين أعضائها رئيساً لها. كما يناط بالهيئة المذكورة مسؤولية إيداء الرأي حول مدى التزام بيت التمويل الكويتي في جميع معاملاته وعملياته بأحكام الشريعة الإسلامية⁽⁴⁸⁵⁾. كما تجتمع الهيئة المذكورة اثني عشر اجتماعاً سنوياً على الأقل بدعوة من رئيسها وتكون اجتماعاتها في المقر المعد لها في بيت التمويل الكويتي⁽⁴⁸⁶⁾.

وقد حرص بنك الكويت المركزي من خلال التعليمات رقم (2/ رب أ/ 100/2003) الصادرة في 15/6/2003 في شأن قواعد وشروط تعيين واختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية إلى وضع الشروط الخاصة بتعيين هيئات الرقابة الشرعية فيها، إذ يقوم مجلس إدارة كل بنك إسلامي بترشيح أعضاء هيئة الرقابة الشرعية من علماء الشريعة الإسلامية المشهود لهم بالكفاءة والخبرة وبخاصة في فقه المعاملات، ثم يعرض هذا الترشيح على الجمعية العامة للبنك لأخذ موافقتها على التعيين⁽⁴⁸⁷⁾.

(485) المادة 64 مكرر 1 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي.

(486) المادة 64 مكرر 4 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي.

(487) تعليمات رقم (2/ رب أ/ 100/2003) في 15/6/2003 في شأن قواعد وشروط تعيين واختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الثاني - قطاع الرقابة - بنك الكويت المركزي.

وطبقاً للتعليمات المذكورة لا يجوز أن يقل عدد أعضاء هيئة الرقابة الشرعية عن ثلاثة أعضاء ، ولا يجوز أن تضم الهيئة المذكورة في عضويتها أيًا من أعضاء مجلس الإدارة أو الجهاز التنفيذي في البنك أو مساهماً ذا تأثير فعال وهو الذي يمتلك 5% فأكثر من أسهم رأس مال البنك . وإذا كان عدد أعضاء هيئة الرقابة الشرعية لا يتجاوز ثلاثة أعضاء ، فإنه يشترط لصحة اجتماعاتها حضور كل هؤلاء الأعضاء ، كما يجوز لتلك الهيئة أن تطلب من إدارة البنك تشكيل أمانة لها تتكون من موظفين مناسبين لتسيير أداء الهيئة لعملها . وتأكيداً لاستقلالية أعضاء هيئة الرقابة الشرعية ، فقد حرصت التعليمات المشار إليها على النص على أن تنتهي خدمات عضو هذه الهيئة بموجب استقالته منها أو توصية مسببة من مجلس إدارة البنك يتم الموافقة عليها من قبل الجمعية العامة للبنك ، أو بقرار من الجمعية العامة للبنك بذلك (488) .

107- وفي دولة الإمارات العربية المتحدة ، تنص المادة 6 من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي على وجوب النص في كل من عقد تأسيس البنك الإسلامي ونظامه الأساسي على وجود هيئة للرقابة الشرعية لا يقل عدد الأعضاء فيها عن ثلاثة (489) . وتطبيقاً لذلك نصت المادة 77 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي على أن يكون للبنك هيئة للفتوى والرقابة الشرعية تتكون من ثلاثة أعضاء على الأقل وخمسة على الأكثر ويتم تعيينهم من جانب مجلس إدارة البنك ، ويختارون من بينهم رئيساً للهيئة ، كما يعين مجلس الإدارة مراقباً شرعياً للبنك تكون مهمته مراقبة كافة أعماله والتأكد من مطابقتها للفتاوى الصادرة عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية إضافة إلى توليه أعمال أمانة سر الهيئة وتقديم تقريره وملاحظاته للهيئة ولرئيس مجلس الإدارة . كما تصدر الهيئة المذكورة لائحة خاصة

(488) التعليمات السابقة ، ص ص 1-2 .

(489) المادة السادسة من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي .

بتحديد اختصاصات ومهام المراقب الشرعي (490) .

108- وفي دولة قطر ، نصت المادة (49) من النظام الأساسي لبنك قطر الدولي الإسلامي على أن (يستعين مجلس الإدارة بهيئة رقابة شرعية للحصول على المشورة الشرعية فيما يتعلق بأعمال البنك) . ويلاحظ على النص المذكور أنه اقتصر فقط على تقرير مبدأ الاستعانة بهيئة للرقابة الشرعية للحصول على المشورة فيما يخص أعمال البنك ، ودون النص صراحة على كيفية تشكيل تلك الهيئة وتحديد مهامها واختصاصاتها وغيرها من مسائل ، الأمر الذي يترك حرية تقديرية لأجهزة البنك في هذا الخصوص ، لاسيما في ظل عدم وجود قانون خاص للبنوك الإسلامية في دولة قطر لتنظيم أمورها بما في ذلك هيئات الرقابة الشرعية ، ومع ملاحظة التعليمات الحديثة الصادرة من مصرف قطر المركزي في شأن البنوك الإسلامية قد أوجبت صراحة على أي بنك إسلامي أن يستعين بلجنة شرعية تتكون على الأقل من شخصيتين إسلاميتين مؤهلتين يتم تعيينهما من مجلس إدارة البنك وتعتمد من الجمعية العامة (491) .

109- وفي لبنان ، تنص المادة التاسعة من قانون المصارف الإسلامية الصادر في شباط (فبراير) 2004 على أن تقوم الجمعية التأسيسية لكل مصرف إسلامي ومن بعدها الجمعيات العمومية العادية بتعيين هيئة استشارية تتكون من ثلاثة مستشارين من المختصين في أحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء والعمليات المصرفية والمالية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد وذلك لإبداء الرأي في عدم مخالفة معاملات المصرف للشريعة الإسلامية ، وللهيئة المذكورة أن ترفع تقريراً بذلك إلى مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين ، كما أن لها أن تقترح تلقائياً على الجمعية العمومية

(490) المواد 77 ، 78 ، 79 ، 80 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي .

(491) المادة 49 من النظام الأساسي لمصرف قطر الدولي الإسلامي . وراجع : الباب السابع - تعليمات الرقابة المصرفية (السياسة التمويلية للبنوك الإسلامية) مصرف قطر المركزي (أبريل 2004) المشار إليها سابقاً .

للمساهمين ومجلس الإدارة كل ما تراه مفيداً من أجل تحقيق المصرف لأغراضه على الوجه الشرعي المناسب⁽⁴⁹²⁾. وفي مصر، نصت المادة 40 من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري على إنشاء هيئة الرقابة الشرعية على أن تتكون من علماء الشرع وفقهاء القانون المقارن المؤمنين بفكرة البنك الإسلامي وألا يزيد عددهم عن خمسة أشخاص على الأكثر وعلى أن تقوم الجمعية العمومية للبنك بتعيينهم لمدة ثلاث سنوات⁽⁴⁹³⁾.

110- ويتضح مما تقدم أن البنوك الإسلامية تحرص على تشكيل هيئات أو لجان الرقابة الشرعية من علماء الشريعة المتخصصين لا سيما في فقه المعاملات. ومن ذلك ما نصت عليه المادة 43 من النظام الأساسي لبنك بويان في الكويت بأن يكون أعضاء هيئة الرقابة الشرعية جميعاً من العلماء المتخصصين في فقه المعاملات الإسلامية بصفة عامة وفي فقه المعاملات المالية الإسلامية بصفة خاصة. ومع ذلك، يذهب اتجاه آخر في بعض البنوك الإسلامية إلى ضم عناصر اقتصادية ومصرفية وقانونية إلى هيئة الرقابة الشرعية إذ بهذه الطريقة يتحقق (لتمازج المطلوب بين الثقافتين الشرعية والعصرية اللتين بتكاملهما يمكن الوصول إلى اجتهاد جماعي في أمور المعاملات المعاصرة)⁽⁴⁹⁴⁾.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون المصارف الإسلامية اللبناني من تكوين هيئة استشارية مؤلفة من ثلاثة مستشارين اختصاصيين

(492) المادة التاسعة من قانون المصارف الإسلامية في لبنان، المشار إليه سابقاً.
(493) وتنص المادة 3 من القانون رقم 28 لسنة 1977 بإنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري على أن (. . .) وتشكل بالبنك هيئة الرقابة الشرعية الإسلامية. ويحدد النظام الأساسي للبنك كيفية تشكيلها وممارستها لعملها واختصاصاتها الأخرى). وراجع: الدكتور عبد الحميد محمود البعلبي، الاستثمار والرقابة الشرعية . . .، المشار إليه سابقاً، ص 241، ص 247.
(494) الدكتور جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم . . .، المشار إليه سابقاً، ص 72. ويرى البعض أنه لا بد من تواجد هيئة الرقابة الشرعية في مجلس الإدارة للبنك وذلك كنوع من الضمانة في المشاركة في صنع القرار والرقابة عليه، راجع: الدكتور عبد الحميد البعلبي، الاستثمار والرقابة الشرعية، المشار إليه سابقاً، ص 214.

في أحكام الشريعة والفقه والعمليات المصرفية والمالية ، وكذلك المادة 40 من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي والتي حرصت على النص على تكوين هيئة الرقابة الشرعية من علماء في الشريعة وفقهاء القانون المقارن ، وأيضاً ما نصت عليه المادة 78 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي من أن يتم اختيار هيئة الفتوى والرقابة الشرعية من بين العلماء المتخصصين في الفقه الإسلامي بصفة عامة وفي المعاملات المالية بصفة خاصة ، ويفضل من لهم إلمام بالنظم الاقتصادية والقانونية والمصرفية . ونعتقد أن الطريقة الثانية في تشكيل هيئة الرقابة الشرعية التي تأخذ بضم خبراء قانونيين ومصرفيين إلى جانب علماء الشريعة الإسلامية هي الطريقة الأفضل لما يتيح من تبادل الفكر والرأي في المسائل المعروضة لتكوين رأي شرعي يتماشى مع العمل المصرفي الحديث (495) .

ثالثاً : وظيفة ومهام هيئة الرقابة الشرعية

111- بصفة عامة ، فإن وظيفة ومهام هيئة الرقابة الشرعية بالبنوك الإسلامية هي الإفتاء ومراقبة تنفيذ البنك لمعاملته وعملياته للتأكد من أنها تتوافق مع أحكام الشريعة . فأما عن دور الهيئة الشرعية في الفتوى فينحصر في إبداء الرأي الشرعي في المسائل أو الأمور أو النشاط أو المعاملات التي تعرض عليها أو تسأل فيها من جانب الإدارة المعنية في البنك ، وهي بهذا المفهوم

(495) ومع ذلك يرى البعض ضرورة (أن يكون كل من أعضائها - أي من أعضاء هيئة الرقابة الشرعية - فقيهاً وتتوافر فيه الحد الأدنى من شروط المجتهد وهي كثيرة مبسطة في كتب الأصول . . .) . الدكتور عبد الحميد محمود البعلي ، الاستثمار والرقابة الشرعية . . . ، المشار إليه سابقاً ، ص 220 ، وما بعدها . وهذا الرأي وإن كان مثالياً في اشتراطه أن يكون كل عضو في الهيئة فقيهاً ، وليس مجرد عالم في أمور الشرع والدين ، فإنه يتعد عن الواقع العملي فضلاً عن صعوبة حصوله - ذلك أن دور هيئة الرقابة الشرعية ليس فقط الإفتاء في أمور دينية بحته وإنما في أمور ومسائل مرتبطة بالعمل المصرفي والمالي ، وبما يدعو إلى ضم ماليين وقانونيين إليها أيضاً - على دراية أيضاً بأمور دينهم - وإن لم يصل بهم المستوى إلى اعتبارهم فقهاء ، وذلك فضلاً عن علماء أو فقهاء في الشريعة .

تعتبر رقابة مسبقة أي يتم الحصول على رأي الهيئة المذكورة قبل التنفيذ⁽⁴⁹⁶⁾. ومن الناحية العملية، فإن الدور الإفتائي لهيئة الرقابة الشرعية في بعض البنوك الإسلامية يقتصر على الإجابة عما تسأل عنه فقط وفي حدود التساؤل المطروح؛ وعليه، فإن الفتوى في مسألة قد سئلت فيها تكون مقيدة بشروطها، ومن ثم فقد لا تصلح نفس الفتوى لحالة مشابهة درءاً لوجود فارق بين الحالتين يؤدي إلى اختلاف الحكم الشرعي بينهما. وهكذا، فإن الدور الإفتائي للهيئة المذكورة ينصرف إلى دورها في إصدار الحكم الشرعي فيما يعرض عليها فقط؛ دون الفصل في أية مسألة أخرى لم تطرح عليها أو تسأل فيها⁽⁴⁹⁷⁾. أما الدور الآخر لهيئة الرقابة الشرعية فهو مراقبة التنفيذ أو ما يعرف بالرقابة الشرعية اللاحقة. وتتصرف مراقبة التنفيذ إلى التحقق من أن جميع معاملات البنك وأنشطته، التي لم تعرض على الهيئة المذكورة، غير متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك فإن ما قام البنك بتنفيذه من معاملات أو عمليات كانت قد عرض شأنها على الهيئة قد تمت وفق الفتاوى الصادرة عن الهيئة المذكورة⁽⁴⁹⁸⁾. ومع أهمية دور الهيئة الشرعية في المراقبة على تنفيذ جميع معاملات البنك سواء ما سبق عرضه على الهيئة وأصدرت بشأنها فتاوى محددة، أو غير ذلك من

(496) الدكتور عبد الحميد البعلي، السابق، ص 218، والذي يرى أنه يتعين على هيئة الفتوى (إبداء الرأي الشرعي فيما يستوجب ذلك من معاملات البنك دون توقف أو انتظار لعرض أو طلب، أي القيام بولاية الإفتاء في البنك، وهذا يحقق في نظرنا فاعلية الهيئة وتفاعلها مع كل أجهزة البنك ونشاطاته ووقوفها على كل ما يجري فيه لأن تنتظر حتى تعرض عليها المعاملة إذا رأت إدارة البنك ذلك).

(497) الدكتور جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، المشار إليه سابقاً، ص ص 73-74.

(498) السابق، ص ص 74-75. أيضاً: عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية، المشار إليه سابقاً، والتي لاحظت (أنه طبقاً للأنظمة الأساسية لبعض البنوك الإسلامية، بناط بها اختصاص إداري بعيد عن الإفتاء، إذ يجوز لها أن تطالب بعقد مجلس إدارة البنك، إذا ارتأت ذلك ضرورياً) كما هو الحال في بنك فيصل الإسلامي - المادة 40/5 من نظامه الأساسي، المرجع المذكور أخيراً، ص 157 وهامش 397 من نفس المرجع.

معاملات لم تعرض عليها ، فقد لوحظ أن دور الهيئات الشرعية في عدد غير قليل من البنوك الإسلامية لا يتعدى دورها الإفتائي (499) . ولا شك أن في ذلك خللاً وقصوراً ينبغي تداركهما . على أن هناك تجارب أخرى جيدة لعدد من البنوك الإسلامية التي أناطت بهيئات الرقابة الشرعية الدور المزدوج من حيث اختصاصاتها في إصدار الفتاوى في المسائل التي تعرض عليها ، فضلاً عن سلطتها في مراقبة التنفيذ لكل معاملات البنك . ومن ذلك ، ما تنص عليه المادة 44 من النظام الأساسي لبنك بوييان في دولة الكويت من أن (تكون هيئة الرقابة الشرعية مسؤولة عن إبداء الرأي حول مدى التزام الشركة (أي البنك) في جميع معاملاتها وعملياتها بأحكام الشريعة الإسلامية وفي سبيل ذلك تتولى الهيئة فحص العقود والاتفاقيات والسياسات والمعاملات التي تجريها الشركة مع الغير ، ويحق للهيئة الإطلاع الكامل وبدون قيود على جميع السجلات والمعاملات لدى الشركة للتأكد من التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية ، وعلى إدارة الشركة تزويد الهيئة بجميع البيانات والمعلومات التي تطلبها لأداء مهامها ، ويجب على الهيئة أن تقدم تقريراً سنوياً إلى الجمعية العامة للبنك يشتمل على رأيها في مدى مسابقة أعمال البنك لأحكام الشريعة الإسلامية وما قد يكون لديها من ملاحظات بهذا الخصوص ، ويدرج هذا التقرير ضمن التقرير السنوي للبنك) (500) . كما نصت المادة 81 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي على أن (تشرف الهيئة على جميع النواحي الشرعية بالشركة ، ولها حق التأكد من مطابقة معاملات الشركة مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها وحق الاعتراض على الأعمال غير المطابقة إن وجدت ، ويلتزم مجلس الإدارة بتنفيذ توصياتها سواء كانت بالإجماع أم بالأغلبية المطلقة) ومفاد نص المادة 44 من النظام الأساسي لبنك بوييان ، والمادة 81 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي أن دور هيئة الرقابة الشرعية في كل منهما لا

(499) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، السابق ص 73 .

(500) المادة 44 من النظام الأساسي لبنك بوييان .

يقتصر على ما يعرض عليها من مشكلات أو الإفتاء فيما يعرض عليها للنظر فيه ، ولكن يمتد دورها إلى أعمال رقابة عملية شرعية للتأكد من مطابقة كافة معاملات وأنشطة البنك لأحكام الشريعة الإسلامية بل وفحص البيانات والاتفاقيات والعقود والاطلاع على ما يلزم من مستندات وسجلات للقيام بهذا الدور . والحقيقة أن هذا الدور جوهرى لهيئة الرقابة الشرعية ، إذ لا يجب أن تقتصر وظيفتها على إيداء الفتاوى ، بل يجب أن تبسط الرقابة الشرعية إلى كافة أمور البنك ، إذ بهذه الطريقة تتحقق الرقابة الفعالة التي تضمن سير عمل البنك الإسلامي في طريق شرعي لا يحد عنه . ولقد بنى هذا النظر أيضاً قانون المصارف الإسلامية اللبناني حيث إن الفقرة الثانية من المادة التاسعة منه جعلت للهيئة الاستشارية إيداء الرأي في عدم مخالفة معاملات المصرف للشريعة الإسلامية وأن ترفع تقريراً بذلك إلى مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين . بل لقد ذهب القانون اللبناني المذكور إلى حد بعيد بإعطاء الهيئة الاستشارية الحق في أن تقترح من تلقاء نفسها على الجمعية العمومية للمساهمين ومجلس الإدارة كل ما تراه مفيداً من أجل تحقيق أغراض المصرف على الوجه الشرعي (501) . كما أن المادة 81 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي ، واعتداداً بأهمية الرأي الشرعي للهيئة في مراقبة كافة أعمال البنك ، أوجبت على مجلس الإدارة تنفيذ توصيات الهيئة الشرعية سواء كانت تلك التوصيات قد صدرت عنها بالإجماع أو بالأغلبية المطلقة لأعضائها . كما تنص المادة 64 مكرر 2 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على أن (يناط بهيئة الفتوى والرقابة الشرعية مسؤولية إيداء الرأي حول مدى التزام بيت التمويل الكويتي في جميع معاملاته وعملياته بأحكام الشريعة الإسلامية ، وفي سبيل ذلك تتولى الهيئة فحص العقود والاتفاقيات والسياسات والمعاملات

(501) المادة 81 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي . المادة التاسعة من قانون المصارف الإسلامية اللبناني .

التي يجريها بيت التمويل الكويتي مع الغير . ويحق لهيئة الفتوى والرقابة الشرعية الاطلاع الكامل وبدون قيود على جميع السجلات والمعاملات لدى بيت التمويل الكويتي للتأكد من التزامه بأحكام الشريعة الإسلامية ، وعلى إدارة بيت التمويل الكويتي تزويد الهيئة بجميع البيانات والمعلومات التي تطلبها لأداء مهامها وتكون قراراتها ملزمة . كما تختص هيئة الفتوى والرقابة الشرعية بما يلي :

- 1- تقديم تقرير سنوي يعرض على الجمعية العمومية في شأن توافق أعمال بيت التمويل الكويتي وأحكام الشريعة الإسلامية .
- 2- الإشراف على أعمال المراقبين الشرعيين الذين تستعين بهم قطاعات بيت التمويل الكويتي .
- 3- تنظيم دورات شرعية للعاملين في بيت التمويل الكويتي لتمكينهم من ممارسة أعمالهم بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ، ولها أن تقترح على مجلس الإدارة إقامة الندوات والمؤتمرات التي لها علاقة بالاقتصاد الإسلامي .
- 4- أي أعمال أخرى تكلف بها الهيئة من قبل مجلس الإدارة .

112- وفي دولة الكويت ، نصت تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (2/ رب أ/ 100/ 2003) على أن (يناط بهيئة الرقابة الشرعية مسؤولية إبداء الرأي حول التزام البنك في جميع معاملاته وعملياته بأحكام الشريعة الإسلامية ، وفي سبيل ذلك تتولى الهيئة فحص العقود والاتفاقات والسياسات والمعاملات التي يجريها البنك مع الغير . ويحق لهيئة الرقابة الشرعية الاطلاع الكامل وبدون قيود على جميع السجلات والمعاملات لدى البنك للتأكد من التزامه بأحكام الشريعة الإسلامية . وعلى إدارة البنك تزويد الهيئة بجميع البيانات والمعلومات التي تطلبها لأداء مهامها) . كما يتعين - وفقاً للتعليمات المذكورة - أن تقوم إدارة كل بنك إسلامي في دولة الكويت بعرض العقود والعمليات والمعاملات التي يجريها البنك على هيئة الرقابة

الشرعية لإبداء الرأي الشرعي بشأنها⁽⁵⁰²⁾ . كما يجب أن يحتوي التقرير السنوي لهيئة الرقابة الشرعية المطلوب وفقاً لحكم المادة 93 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي على عنوان التقرير والجهة التي يوجه إليها (المساهمون) ، وكذلك نطاق عمل الهيئة ووصف العمل الذي تم أدائه ، ورأي الهيئة فيما إذا كانت العتود والوثائق والعمليات التي يجريها البنك تتفق وأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية . وفي حالة إذا ما تبين للهيئة حدوث مخالفات من جانب إدارة البنك لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية أو للفتاوى والقرارات والإرشادات التي أصدرتها الهيئة ، فيجب عليها بيان ذلك في التقرير⁽⁵⁰³⁾ . ولقد سار قانون المصارف الإسلامية اللبناني على نفس النهج ، من حيث اتساع نطاق مهام الرقابة الشرعية ، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من ذلك القانون على أن (تتولى الهيئة الاستشارية إبداء الرأي في عدم مخالفة معاملات المصرف الشريعة الإسلامية ، ولها أن ترفع تقريراً بذلك إلى مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين)⁽⁵⁰⁴⁾ . كما تبني نفس الموقف قانون المصارف الإسلامية الإماراتي والذي نص في المادة 6 منه على أن تتولى هيئة الرقابة الشرعية في كل بنك مطابقة معاملاته وتصرفاته لأحكام الشريعة الإسلامية ونوعاً منها⁽⁵⁰⁵⁾ . كما نصت المادة 81 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي على أن تشرف هيئة الفتوى والرقابة الشرعية على جميع النواحي بالبنك ، ولها حق التأكد من مطابقة معاملات البنك مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها وحق الاعتراض على الأعمال غير المطابقة إن

(502) التعليمات رقم (2/ رب أ/ 100 2003) في 15/06/2003 في شأن قواعد وشروط تعيين وختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية - دليل تعليمات الرقابة على البنوك الإسلامية - الجزء الثاني - قطاع الرقابة بنك الكويت المركزي ، المشار إليه سابقاً ، ص 2 من التعليمات المذكورة .

(503) سابق .

(504) المادة 9/ 2 من قانون المصارف الإسلامية اللبناني .

(505) المادة السادسة من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي .

وجدت ، كما نصت المادة 84 من النظام الأساسي المذكور على أن تراجع الهيئة جميع نماذج العقود المتعلقة بمعاملات البنك للتثبت من عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية ووفقاً للمادة 85 من ذات النظام الأساسي يكون للهيئة حق الإطلاع في أي وقت على جميع دفاتر البنك وسجلاته ومستنداته وطلب البيانات التي ترى ضرورة الحصول عليها ، ولها كذلك أن تتحقق من موجودات الشركة والتزاماتها . وفي حالة عدم تمكين الهيئة من ذلك ، فإنه يتعين عليها إثبات ذلك كتابة في تقرير يقدم إلى مجلس الإدارة ، بل إن للهيئة - وفقاً للنظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي - حق دعوة الجمعية العمومية للبنك للانعقاد لهذا الغرض إذا اقتضى الأمر ذلك (506) .

113- ويثور التساؤل عن الحالة التي يحصل فيها خلاف في الرأي حول مسألة معينة بين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية في البنك الإسلامي . في دولة الكويت ، أجابت عن هذا التساؤل الفقرة الثانية من المادة 93 من قسم البنوك الإسلامية في قانون بنك الكويت المركزي بقولها (وفي حالة وجود خلاف بين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية حول الحكم الشرعي يجوز لمجلس إدارة البنك إحالة الخلاف إلى هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية التي تعتبر المرجع النهائي في هذا الشأن) . ويلاحظ على هذا النص أن أمر الإحالة هو جوازي من مجلس إدارة البنك المعني . ونعتقد أن هذا نقص تشريعي ، إذ كان ينبغي أن تكون الإحالة وجوبية ، وإلا كيف سيتم حل هذا الخلاف؟ وعلى أي الأحوال ، فإنه إذا ما تمت إحالة الموضوع الذي انقسم فيه رأي هيئة الرقابة الشرعية في البنك ، فإن الرأي الذي يصدر عن هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية يكون هو الرأي الشرعي النهائي الذي يجب على البنك اتباعه في الموضوع (507) .

(506) المواد 81 ، 84 ، 85 من النظام الأساسي - بنك دبي الإسلامي .
(507) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 30 لسنة 2003 ، المشار إليها سابقاً ، ص (و) .

وتطبيقاً لذلك ، تنص المادة 46 من النظام الأساسي لبنك بوبيان في دولة الكويت على أنه (إذا حدث خلاف بين أعضاء الهيئة حول الحكم الشرعي في موضوع معروض على الهيئة ، فيجوز لمجلس إدارة الشركة (أي البنك) خلال فترة لاتزيد عن ثلاثين يوماً ، أن يحيل الأمر إلى هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ويكون رأي هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية نهائياً وملزماً . كما تنص المادة 64 مكرر 3 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي على أنه (في حالة وجود خلاف بين أعضاء هيئة الفتوى والرقابة الشرعية حول الحكم الشرعي يجوز لمجلس الإدارة إحالة الخلاف إلى هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية التي تعتبر المرجع النهائي في هذا الشأن) .

114- أما في دولة الإمارات العربية المتحدة ، فقد نصت المادة 5 من قانون البنوك الإسلامية الإماراتي على أن (تشكل بقرار من مجلس الوزراء هيئة عليا شرعية تضم عناصر شرعية وقانونية ومصرفية تتولى الرقابة العليا على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية للتحقق من مشروعية معاملاتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كذلك إبداء الرأي فيما يعرض على هذه الجهات من مسائل أثناء ممارستها لنشاطها . ويكون رأي الهيئة العليا ملزماً للجهات المذكورة وتلحق هذه الهيئة بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف) . وقد أحرز القانون الإماراتي في هذا الخصوص تقدماً ملحوظاً ، إذ راعى إنشاء هيئة مركزية عليا شرعية للإشراف والرقابة على كافة البنوك الإسلامية وعلى الهيئات الشرعية في تلك البنوك . وقد روعي في تشكيل هذه الهيئة العليا أن تضم ، إلى جانب العناصر الشرعية ، عناصر قانونية ومصرفية ، وبذلك تأتي الفتاوى والآراء الصادرة عنها بناء على دراسات وبحث للمسائل من جميع النواحي الشرعية والقانونية والمصرفية . ويعتبر رأي الهيئة العليا ملزماً للبنوك فيما تضمنه (508) .

(508) المادة الخامسة من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي .

115- وجدير بالذكر أن هيئات الرقابة الشرعية في مختلف البنوك الإسلامية الأعضاء في الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية تخضع إلى حد ما - في آرائها والفتاوى الصادرة عنها - لرقابة الهيئة العليا للرقابة الشرعية المنصوص عليها في المادة 16 من اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ، وذلك بغض النظر عن مكان تأسيس البنك أو جنسيته أو القاتون الذي يخضع له (509) . وعليه ، يكون للهيئة العليا للرقابة الشرعية المذكورة أن تنظر في الفتاوى والآراء التي تصدر عن الهيئة الشرعية لأي من البنوك الإسلامية الأعضاء في ذلك الاتحاد للتأكد من عدم مخالفتها لأحكام الشرعية الإسلامية ، والرقابة على مختلف معاملات وعمليات هذه البنوك ولفت نظر من حاد منها عن المبادئ والأسس الشرعية ، كما يكون للهيئة المشار إليها حق الإطلاع على قوانين ولوائح البنوك الإسلامية أعضاء الاتحاد وعلى نماذج عقودها ، ويكون لها كذلك إصدار الفتاوى في المسائل التي ترفع إليها وفي المسائل المصرفية والمالية التي تطرح عليها لإبداء الرأي فيها . وتكون الفتاوى والآراء الصادرة من الهيئة العليا للرقابة العليا للاتحاد إلزامية للبنوك الإسلامية الأعضاء في الاتحاد وذلك بشرط أن تصدر بإجماع آراء أعضاء الهيئة المذكورة ، ومع عدم الإخلال بحق البنك المعني في المطالبة بإعادة النظر في الموضوع (510) . أما إذا لم ينعقد الإجماع في الرأي أو

(509) وتنص المادة 16 من اتفاقية الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية على ما يلي : (تشكل هيئة الرقابة الشرعية العليا للاتحاد من رؤساء هيئات الرقابة الشرعية لكل بنك وللمجلس الإدارة الحق في أن يضم لها من يراه من الفقهاء والعلماء . وتختص الهيئة بالآتي :

أ - متابعة أعمال البنوك الإسلامية الأعضاء والتأكد من مطابقتها للأحكام الشرعية ولها أن تطلب عن طريق الأمانة العامة للاتحاد من البنوك الأعضاء موافقاتها بالبيانات التي تعينها على أداء مهمتها .

ب - النظر فيما يتقدم به أي من المسلمين في شأن ما يراه من مدى شرعية أعمال أي من البنوك الأعضاء) .

راجع : مجموعة اتفاقيات وأنظمة وقوانين البنوك الإسلامية ، المشار إليها سابقاً ، ص 22 . كذلك اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا ، المادة 2 الباب الأول ، فقرة 3 . (510) اللائحة المنظمة لهيئة الرقابة الشرعية العليا ، المادة 2 من الباب الأول ، المشار إليها سابقاً .

الفتوى بين أعضاء الهيئة المذكورة ، كان من حق البنك المعني أن يأخذ بأي من الرأيين المختلفين ، ما لم تقرر الهيئة أن المصلحة الشرعية تقتضي الالتزام برأي معين على ضوء المقاصد العامة في الشريعة الإسلامية⁽⁵¹¹⁾ . وتطبيقاً لذلك نصت المادة 82 من النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي على أنه (إذا حدث خلاف بين الهيئة وإدارة الشركة (أي البنك) في شرعية أمر ما ، يرفع الأمر إلى الهيئة العليا المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985- إن وجد - كما يرفع الأمر أيضاً إلى الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية التابعة للاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية - إن وجدت - في حدود ثلاثين يوماً ، ويكون رأي الهيئة المحتكم إليها نهائياً وملزماً للطرفين ، . . .) .

رابعاً : تقدير وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية

لامراء في أهمية ولزوم هيئة الرقابة الشرعية في كل بنك إسلامي . ومع هذا ، وكي يتحقق الهدف القويم لممارسة هذه الهيئة لأعمالها ووظائفها على وجه صحيح وفعال في التحقق من عدم خروج البنك الإسلامي عن المسار الشرعي والتزامه في كافة معاملاته وأعماله بأحكام الشريعة الإسلامية ، فإن ذلك يقتضي مناقشة مسائل ثلاث : نطاق عمل واختصاصات الهيئة المذكورة ، ومدى إلزامية الفتاوى والآراء الصادرة منها ومتابعة تنفيذها ، وأخيراً ؛ الاستقلال المطلوب لها .

116- فمن ناحية أولى ، وفي عدد غير قليل من البنوك الإسلامية ، فإن عمل هيئة الرقابة الشرعية لا يتعدى دورها في الإفتاء النظري في المسائل أو الأمور الفرعية التي تعرض عليها ، ودون أعمال رقابة فعلية أو فاعلة على كافة معاملات وأعمال البنك⁽⁵¹²⁾ . ومع ذلك ، فإن بنوكاً إسلامية أخرى ،

(511) السابق ، المادة 3 من الباب الأول .

(512) الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص ص 73-74 ، وقد لاحظ (أن تقارير معظم هيئات الرقابة الشرعية دقيقة في التعبير عن أن =

أعطت لهيئة الرقابة الشرعية دوراً كبيراً في إعمال الرقابة المطلوبة . ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 44 من النظام الأساسي لبنك بويان في دولة الكويت ، إذ تنبسط مسؤولية هيئة الرقابة الشرعية للبنك المذكور على إبداء الرأي حول مدى التزام البنك في جميع معاملاته وعملياته بأحكام الشريعة الإسلامية فضلاً عن فحص العقود والاتفاقيات والسياسات والمعاملات التي يجربها البنك ، مع حق الهيئة في الإطلاع الكامل ودون قيود على جميع السجلات والمعاملات وطلب تزويدها بما تراه لازماً من بيانات ومعلومات لأداء مهامها . وأيضاً ما تنص عليه المادة 64 مكرر 2 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي من إعطاء هيئة الفتوى والرقابة الشرعية دور كبير كما هو منوط بها بالمادة المذكورة للتحقق من شرعية معاملات البنك وعملياته ، كما أن إدارة البنك ملزمة بقرارها . وكذلك ما نص عليه النظام الأساسي لمصرف دبي الإسلامي من قيام هيئة الرقابة الشرعية بالإشراف على جميع النواحي الشرعية للبنك بما في ذلك حقها في الإطلاع في أي وقت على جميع دفاتر البنك وسجلاته ومستنداته وطلب البيانات التي ترى ضرورة الحصول عليها ، ولها كذلك أن تتحقق من موجودات الشركة والتزاماتها⁽⁵¹³⁾ . والحقيقة أن هذا الدور الواسع لهيئة الرقابة الشرعية من شأنه تفعيل دورها وتحقيق الغاية الجوهرية من وجودها في التزام البنك في جميع معاملاته بأحكام الشريعة الإسلامية ، بل إن هذا

التماذج والعقود التي عرضت عليها موافقة للشريعة الإسلامية . فهي بطبيعة عملها الاقتاتي لا تستطيع الحكم على ما لم يعرض عليها . ولا ينفي هذا الوضع الغالب أن قليلاً من البنوك الإسلامية تتيح لمستشارها الشرعي مراجعة عملياتها الاستثمارية بالتفصيل من واقع بياناتها المالية الخاصة بالاستثمارات وبالدخل ، بحيث يستطيع الحكم على ما إذا كانت كل العمليات قد تمت بصورة سليمة وإعطاء توجيهاته بالنسبة للعمليات التي يرى بها مخالفات ، ويدون كل ذلك في تقرير مفصل إلى مجلس الإدارة . إن هذا المستوى من الرقابة الشرعية على التنفيذ هو الذي تفتقده البنوك الإسلامية المرجع المذكور أخيراً ، ص 74 .

(513) راجع المادة 44 من النظام الأساسي - بنك بويان . المادة 64 مكرر 2 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي . المادة 81 من النظام الأساسي - بنك دبي الإسلامي .

الدور قد اتسع في بعض البنوك الإسلامية كما هو الحال في بنك فيصل الإسلامي المصري وذلك بما نصت عليه المادة 41 من النظام الأساسي للبنك المذكور من منح هيئة الرقابة الشرعية سلطات تماثل مع تلك الممنوحة لمراقب الحسابات الخارجي وكذلك سلطتها في إقرار ميزانية البنك وحسابات النتيجة والتقارير المالية المرفقة بهما . وهذا تقريباً هو نفس النهج الذي سار عليه كل من بنك البحرين الإسلامي ومصرف فيصل الإسلامي في البحرين (514) .

وقد حرصت بعض البنوك الإسلامية ، تفعيلاً لرقابة هيئة الرقابة الشرعية على كافة معاملاتها وأعمال البنك ، على تعيين مراقب شرعي أو مستشار شرعي داخلي يتولى مراجعة عمليات البنك بالتفصيل ويقدم تقريراً عنها إلى إدارة البنك وهيئة الرقابة الشرعية (515) . وبذلك يكون للرقابة الشرعية هيمنة على التنفيذ ، مما يساعد هيئة الرقابة الشرعية للتفرغ لأعمالها الأصلية في إصدار الآراء والأحكام لشرعية أو عدم شرعية المعاملات وغيرها من مسائل وتصحيح أي عوار يعترى نشاط البنك من حيث عدم مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية (516) ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 45 من النظام الأساسي لبنك بويان في الكويت من أنه (يعين مجلس الإدارة بناء على ترشيح هيئة الرقابة الشرعية مراقباً شرعياً داخلياً للشركة (أي البنك) تكون مهمته مراقبة كافة أعمال الشركة والتأكد من مطابقتها للقرارات والتوصيات الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية ويقدم تقاريره وملاحظاته لرئيس الهيئة) . وكذلك ما تنص عليه المادة 79 من النظام

(514) راجع المادة : 41 من النظام الأساسي - بنك فيصل الإسلامي المصري . عائشة الشرفاوي المالقي : البنوك الإسلامية ، المشار إليه سابقاً ، ص 163 وهامش رقم 425 .
(515) انظر على سبيل المثال : البنك الأردني للتمويل والاستثمار : التقرير السنوي عام 1982 ص ص 19-20 ، والتقرير السنوي لنفس البنك عام 1990- ص ص 33-34 . كذلك : المصرف الإسلامي الدولي في الدنمارك ، وبنك التضامن الإسلامي في السودان ، راجع : الدكتور جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الجرية والتنظيم ، المشار إليه سابقاً ، ص 74 .
(516) السابق ، ص ص 74-75 .

الأساسي لمصرف دبي الإسلامي من أن (يعين مجلس الإدارة مراقباً شرعياً للشركة (أي للبنك) تكون مهمته مراقبة كافة أعمال الشركة والتأكد من مطابقتها للفتاوى الصادرة عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية بالشركة إضافة على توليه أعمال أمانة سر الهيئة ويقدم تقريره وملاحظاته للهيئة ولرئيس مجلس الإدارة) .

117- ومن ناحية ثانية ، يثور التساؤل عن مدى لزوم قيام إدارة البنك الإسلامي بطلب رأي هيئة الرقابة الشرعية ، وعن مدى إلزامية الرأي الصادر عن الهيئة المذكورة في المسائل التي تعرضت لها . الحقيقة أن الدور الأصيل لهيئة الرقابة الشرعية هو التأكد من مطابقة جميع أعمال ومعاملات البنك الإسلامي للأسس الشرعية ، ومن ثم فإن اللجوء إلى طلب الرأي منها هو إلزامي على كافة إدارات البنك الإسلامي . بل ونرى أنه يدخل في صميم أعمال هيئة الرقابة الشرعية التدخل من تلقاء نفسها ، حتى بدون طلب من إدارات البنك ، وذلك لضبط كافة أعمال ومعاملات البنك لمطابقتها مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما يعرف بـ (الدور الوقائي) لهيئة الرقابة الشرعية . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 81 من النظام الأساسي لمصرف دبي الإسلامي من أن (تشرف الهيئة (أي هيئة الفتوى والرقابة الشرعية) على جميع النواحي الشرعية بالشركة (أي البنك) ، ولها حق التأكد من مطابقة معاملات الشركة مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها وحق الاعتراض على الأعمال غير المطابقة إن وجدت . . .) . وكذلك ما تنص عليه المادة 42 من النظام الأساسي لبنك بوييان في دولة الكويت من أن (تلتزم الشركة (أي البنك) بصفة أساسية ، بأن تقوم بجميع أعمالها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) ، والمادة 44 من النظام الأساسي المذكور من أن (تكون هيئة الرقابة الشرعية مسؤولة عن إيداء الرأي حول مدى التزام الشركة في جميع معاملاتها وعملياتها بأحكام الشريعة الإسلامية وفي سبيل ذلك تتولى الهيئة فحص العقود والاتفاقيات والسياسات والمعاملات

التي تجربها الشركة مع الغير ، ويحق للهيئة الإطلاع الكامل وبدون قيود على جميع السجلات والمعاملات لدى الشركة للتأكد من التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية ، وعلى إدارة الشركة تزويد الهيئة بجميع البيانات والمعلومات التي تطلبها لأداء مهامها) . وكذلك ما تنص عليه كل من الفقرتين الثانية والثالثة من المادة التاسعة من قانون المصارف الإسلامية اللبناني من أن (تتولى الهيئة الاستشارية إبداء الرأي في عدم مخالفة معاملات المصرف للشريعة الإسلامية ولها أن ترفع تقريراً بذلك إلى مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين . وللهيئة أن تقترح تلقائياً على الجمعية العمومية للمساهمين ومجلس الإدارة كل ما تراه مفيداً من أجل تحقيق المصرف لموضوعه على الوجه الشرعي المناسب) . وإذا كان اللجوء إلى هيئة الرقابة الشرعية ملزم لإدارات البنك الإسلامي ، فإن فعالية الهيئة المذكورة لا تكون مؤثرة إلا إذا كانت الآراء والفتاوى والملاحظات الصادرة عنها ملزمة للبنك ، إذ بدون هذا الإلزام تنعدم الفائدة والغاية المرجوة من وجود الهيئة المذكورة . ونرى أن إغفال النص صراحة في النظام الأساسي لأي بنك إسلامي على إلزامية الآراء والفتاوى والملاحظات الصادرة من هيئة الرقابة الشرعية ، لا يؤثر على وجوب الأخذ بما يصدر عن الهيئة المذكورة وانصياع البنك لها . ومع هذا فقد حصل النص صراحة على إلزامية آراء وفتاوى هيئة الرقابة الشرعية بالنسبة للبنك ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 81 من النظام الأساسي لمصرف دبي الإسلامي من أنه (. . .) . ويلتزم مجلس الإدارة بتنفيذ توصياتها (أي توصيات هيئة الفتوى والرقابة الشرعية) سواء كانت بالإجماع أم بالأغلبية المطلقة) . وكذلك ما تنص عليه المادة 64 مكرر 2 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي من أن تكون قرارات هيئة الفتوى والرقابة الشرعية ملزمة . وبحسب لهيئات الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية ما تصدره من فتاوى وآراء في المسائل المصرفية المتنوعة ، لاسيما وأن بعض البنوك الإسلامية تقوم بطباعة ونشر

هذه الفتاوى والآراء، إلا أنه لم يصدر حتى الآن دليل موحد للعمل المصرفي الإسلامي، وهذا نقص خطير ينبغي تداركه حتى تشر أعمال هيئات الرقابة الشرعية. ولعل التعليمات الصادرة عن بنك الكويت المركزي في هذا الخصوص تكون اللبنة الأولى لوضع مثل هذا الدليل لمعاملات البنوك الإسلامية وذلك بما نصت عليه تلك التعليمات من أن (يقوم البنك الإسلامي بنشر الفتاوى والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية، وذلك عن طريق طبع كتيبات أو نشرات بتلك الفتاوى والقرارات تكون متاحة لكل من يرغب في الاطلاع عليها) (517).

118- ومن ناحية ثالثة، فإن قضية تحقيق الاستقلال اللازم لهيئة الرقابة الشرعية جوهرية لقيامها بأعمالها على وجه سليم. وقد أثبتت في هذا الخصوص مسألة المكافآت التي يحصل عليها أعضاء الهيئة المذكورة مقابل أعمالهم، حتى إن البعض قد طعن في استقلالية أعضاء الهيئة المذكورة على أساس أن ما يتقاضونه من مكافآت يجعلهم تابعين لإدارة البنك الذين تم تعيينهم به كأعضاء في الهيئة (518). بل إن البعض قد بالغ في استقلالية أعضاء هيئة الرقابة الشرعية باقتراح أن تكون مستقلة حتى عن البنوك المركزية في الدول

(517) تعليمات بنك الكويت المركزي رقم (2/ رب أ/ 2003) 100 في 15/6/2003، المشار إليه سابقاً، ص 3. وبحسب لبعض البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية قيامها بنشر كتب في هذا الخصوص، من ذلك: بيت التمويل الكويتي الذي أصدر كتاباً بعنوان (الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية في عام 1980، ثم في عام 1985. كما نشرت بعض المصارف الإسلامية بعض نشرات مفردة لبعض صيغ وعمليات التمويل الإسلامية، كما فعل البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار وبيت التمويل الكويتي. راجع: الدكتور - رفيق يونس المصري، المصارف الإسلامية دراسة شرعية لعدد منها، المشار إليه سابقاً، ص 5.

(518) انظر في هذا الرأي على سبيل المثال: الدكتور رفيق يونس المصري، المصارف الإسلامية - دراسة شرعية لعدد منها، المشار إليه سابقاً، حيث يقول: (غير أن ما يمكن طرحه للنقاش هو أخذ المفتي أجره من المستفتي نفسه. فعضو هيئة الرقابة الشرعية يقضي للمصرف، ويتقاضى أجره منه. وهذا قد لا يوفر للمفتي الاستقلالية الإدارية والمالية اللازمة لحسن سير الفتوى وحصانته من احتمالات الاستغناء عن خدماته واستبدال غيره به)، المرجع المذكور، ص 9. وفي مناقشة هذه المسألة بشكل تفصيلي، راجع: عائشة الشراوي الملقبي، البنوك الإسلامية، المشار إليه سابقاً، ص 167 - 170.

التي تعمل فيها ، بل وقد ذهب البعض إلى حد القول بوجود تكوين هيئة مركزية للرقابة الشرعية على غرار البنك المركزي⁽⁵¹⁹⁾ . وأياً ما كانت الآراء المختلفة في هذه المسألة الشائكة والشطط والمغالاة فيها ، فإننا نعتقد أن استقلالية هيئة الرقابة الشرعية يمكن أن تتأكد بتوفير الضمانات اللازمة لعملها وذلك من خلال عدم تبعيتها لمجلس إدارة البنك ، بأن يكون تعيين أعضائها عن طريق الجمعية العامة للبنك . وفي هذا الخصوص جاءت المادة 93 من قانون بنك الكويت المركزي واضحة في وجوب استقلالية هيئة الرقابة الشرعية وذلك بالنص صراحة على أن يكون (تشكل في كل بنك إسلامي هيئة مستقلة للرقابة الشرعية على أعمال البنك لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة تعينهم الجمعية العامة للبنك . . .) . وتطبيقاً لذلك نصت المادة 43 من النظام الأساسي لبنك بوبيان الكويتي على أن (تُعيّن الجمعية العامة للشركة (أي البنك) بناء على ترشيح مجلس الإدارة في اجتماعها السنوي ، هيئة الرقابة الشرعية . . .) . وكذلك ما تنص عليه المادة 64 مكرر 1 من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي من أن يكون تعيين أعضاء هيئة الفتوى والرقابة الشرعية بقرار من الجمعية العمومية . كما يجب لاستقلالية أعضاء الهيئة المذكورة أن يحاط عزلهم بضمانات معينة كأن يكون العزل بناء على أسباب وأن يكون قرار العزل مسبباً ومن جهة عليا ، ومن ذلك ما تنص عليه المادة 86 من النظام الأساسي لمصرف دبي الإسلامي من أنه (لا يجوز وقف أي من أعضاء الهيئة عن العمل أو عزله إلا

(519) ويقول دكتور رفيع يونس المصري : (قد يكون من المناسب إيجاد هيئة رقابية شرعية مستقلة عن المصارف الإسلامية ، وتتقاضى مكافأتها من خارج هذه المصارف ، كي لا تكون في الترتيب أو المكافآت أي شبهة) ، المشار إليه سابقاً ، ص 9 . وراجع : دكتور عبد الصبور مرزوق ، مداخلة قدمت في ندوة المصارف الإسلامية بين الواقع والمستقبل ، الحلقة 3 ، جريدة الأهرام في 4 / 4 / 1991 ص 10 ، وأيضاً الدكتور أحمد إبراهيم البعثي ، نتائج الحلقة الثالثة من ندوة المصارف الإسلامية بين الواقع والمستقبل جريدة الأهرام في 5 / 4 / 1991 ، كما هما مذكوران ومشار إليهما في : عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الإسلامية - المشار إليه سابقاً ، ص ص 170 - 171 وهامش 455 وهامش 456 .

بقرار من مجلس الإدارة بناء على أسباب موجبة لمثل هذا الإجراء وتعرض هذه الأسباب على العضو، ويرفع قرار العزل المسبب مع رد العضو إلى الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية بالاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية). وكذلك ما تنص عليه المادة 47 من النظام الأساسي لبنك بوييان من أنه (لا يجوز وقف أي من أعضاء هيئة الرقابة الشرعية عن العمل أو عزله إلا بقرار من الجمعية العامة بناء على أسباب موجبة لمثل هذا الإجراء).

خاتمة

ترسخت البنوك الإسلامية عبر سنين عديدة من العمل المصرفي الإسلامي الذي يركز على عدم التعامل بالفوائد أخذاً و/أو عطاءً، وذلك من خلال استخدام الصيغ الإسلامية في التمويل والاستثمار. وقد واجهت البنوك الإسلامية في بداية أعمالها منافسة كبيرة من البنوك التقليدية، فضلاً عن العقبات والتحديات التي صادفتها خاصة في مجال الإدارة وتطوير الأداء تماشياً مع متطلبات العمل المصرفي الحديث، إلا أنها استطاعت أن تتجاوز العديد من العقبات وأن تتغلب على كبار التحديات بإيجاد أدوات العمل المصرفي اللازمة لنجاحها لاسيما بما تتوفر لديها من رؤوس أموال وموجودات ضخمة وبما أتيج لها من خبرات مصرفية إسلامية متراكمة*.

وانتشرت البنوك الإسلامية في العالم كمؤسسات مالية مرموقة ذات وزن مالي كبير وأداء مصرفي عال في الدول الإسلامية. بل إن البنوك الإسلامية غزت السوق المصرفية في دول غير إسلامية كما هو الحال في بريطانيا مؤخراً حيث تم تأسيس أول بنك إسلامي فيها في عام 2004 تحت اسم (بنك بريطانيا الإسلامي)، فضلاً عن بنوك إسلامية أو فروع لها في دول أوروبية أخرى مثل البنك الإسلامي الدولي في الدانمارك، والمصرف الإسلامي الدولي في لكسمبورج؛ وفي الولايات المتحدة الأمريكية مثل بنك البركة - تكساس، وغيرها الكثير. كما قامت بعض الدول الإسلامية بأسلمة نظمها المصرفية بشكل كامل كما هو الحال في إيران وباكستان. كما شرعت دول أخرى، مثل ماليزيا، في تعميق وتطوير آليات العمل المصرفي الإسلامي. وفي دول أخرى، كما في مصر، بدأت تجربة البنوك الإسلامية بمنح إعفاءات وامتيازات لبعض البنوك، مثل بنك فيصل الإسلامي المصري والذي نشأ بموجب قانون خاص، إلى أن

* راجع: تقرير «جلوبل» عن أداء القطاع المصرفي في دول مجلس التعاون. بنوك المنطقة لاعب رئيسي والأجنبية تأثيرها محدود. القيس الكويتية - العدد 11465 في 10 مايو 2005.

وصل الأمر بالتدرج إلى تقليص هذه الامتيازات والإعفاءات ، وخضوع البنوك الإسلامية لنفس القواعد التي تخضع لها البنوك التقليدية إلا فيما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، لاسيما مع صدور القانون رقم 88 لسنة 2003 بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد في يونيو 2003 . كما قامت دول أخرى ، مثل لبنان بسن تشريع خاص في عام 2004 يحكم إنشاء وعمل البنوك الإسلامية مع خضوعها للقوانين الأخرى السائدة ، وبصفة خاصة قانون مصرف لبنان وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام قانون المصارف الإسلامية اللبناني .

وفي دول الخليج العربي ، تشير الدلائل إلى نجاح تجربة البنوك الإسلامية ، إذ بلغ عدد هذه البنوك فيها - حتى تاريخ إعداد هذه الدراسة - سبعة عشر بنكاً إسلامياً تنتشر في كافة دول الخليج العربي ، ما عدا سلطنة عمان ، وبموجودات ضخمة تصل إلى حوالي سبعة وأربعين مليار دولار أمريكي ** . وقد قامت دولة الإمارات العربية المتحدة في عام 1985 بسن قانون خاص ليحكم إنشاء وعمل المصارف الإسلامية ، بعد أن كان قد تأسس فيها بنك دبي الإسلامي في عام 1977 ، ثم بعد ذلك ، بنك أبوظبي الإسلامي . ورغم صدور قانون خاص للمصارف الإسلامية في دولة الإمارات ، إلا أن البنوك الإسلامية فيها تظل خاضعة ، فيما لا يتعارض مع ذلك القانون الخاص ، إلى القوانين الأخرى مثل قوانين الشركات وقانون مصرف الإمارات المركزي فضلاً عن خضوعها لرقابة المصرف المركزي . وفي دولة قطر ، تم تأسيس كل من بنك قطر الدولي الإسلامي ، ومصرف قطر الإسلامي وذلك بموجب مرسوم خاص صدر لكل منها . ومع عدم وجود أي تشريع خاص للبنوك الإسلامية في دولة قطر ، فإنها تظل خاضعة لرقابة مصرف قطر المركزي ولتعليماته الخاصة بالبنوك الإسلامية التي صدرت عنه في عام 1991 ثم في عام 2004 . وفي المملكة العربية السعودية ، تم في عام 1988 تحويل شركة الراجحي المصرفية للاستثمار إلى بنك

** جريدة القبس الكويتية - العدد 11410 في 16 مارس 2005 .

خاضع لرقابة السلطات النقدية السعودية ، كما تم تأسيس بنك آخر تحت اسم بنك البلاد ، وكلاهما يتعامل حسب الصيغ الإسلامية تحت مظلة مؤسسة النقد العربي السعودي والتي لا تتعامل بالفوائد أخذاً أو عطاء . وفي مملكة البحرين ، يوجد العديد من البنوك الإسلامية ، وإن لم يصدر تشريع خاص لتنظيمها ، إلا أنها تخضع للقوانين المصرفية السائدة التي تتميز بالمرونة ولتعليمات الرقابة المصرفية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، مما ساعد البنوك الإسلامية البحرينية على تحقيق النجاح وتطوير آليات العمل المصرفي الإسلامي فيها . وفي دولة الكويت ، وانسجاماً مع ترسخ العمل المصرفي الإسلامي ، صدر القانون رقم 30 لسنة 2003 بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم 32 لسنة 1968 في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية ، وبموجب القانون المذكور ، تم تنظيم البنوك الإسلامية في إطار قانون بنك الكويت المركزي . وعليه ، فقد أصبح قانون بنك الكويت المركزي هو الإطار القانوني الشامل الذي يحكم أعمال كافة البنوك في دولة الكويت سواء تلك التي تسمى عند البعض بالبنوك التقليدية ، وأيضاً البنوك الإسلامية . ومن ثم ، فإنه لا يجوز القول بوجود قانون مستقل للبنوك الإسلامية في دولة الكويت ، وإنما يوجد قانون جامع هو قانون بنك الكويت المركزي تخضع له كافة البنوك القائمة أو التي تؤسس في دولة الكويت . وحسناً فعل المشرع الكويتي ، إذ إن البنوك الإسلامية لا تختلف عن البنوك التقليدية من حيث وجوب خضوعها في أعمالها المصرفية والاستثمارية - وفيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية - لرقابة بنك الكويت المركزي باعتباره صاحب الهيمنة على السياسات النقدية والمصرفية . ومع ذلك ، فقد أفرد المشرع الكويتي قواعد خاصة في قانون بنك الكويت المركزي تتناسب مع طبيعة أعمال البنوك الإسلامية ، وذلك فضلاً عن القواعد التي تحكم تأسيس وتسجيل البنوك الإسلامية ، والشركات التابعة التي تقوم البنوك التقليدية بإنشائها لمزاولة الأعمال المصرفية والاستثمارية طبقاً للشريعة الإسلامية ، وفروع البنوك الإسلامية

الأجنبية . وفي سبيل دعم الرقابة ، صدرت عن بنك الكويت المركزي تعليمات خاصة للبنوك الإسلامية للتأكد والتحقق من التزاماتها في أعمالها بخضوعها للقوانين والأعراف المصرفية السائدة في إطار عدم مخالفة الشريعة الإسلامية .

ويلقى العمل المصرفي الإسلامي في دولة الكويت نجاحاً ملحوظاً يشهد عليه إنجازات بيت التمويل الكويتي ، والذي كان يزاوُل المهنة المصرفية حتى قبل صدور القانون رقم 30 لسنة 2003 ، وكان أول بنك إسلامي يتم تسجيله لدى بنك الكويت المركزي تطبيقاً للمادة الثالثة من القانون المذكور ، وأصبح بذلك خاضعاً للرقابة المصرفية من بنك الكويت المركزي . كما تم الترخيص أيضاً في الكويت لبنك بويان كبنك إسلامي جديد وذلك بموجب المرسوم رقم 88 لسنة 2004 والذي تم تسجيله لدى بنك الكويت المركزي باعتباره ثاني بنك إسلامي في دولة الكويت . واستناداً إلى المادة الرابعة من القانون رقم 30 لسنة 2003 المذكور والتي تميز للبنوك القائمة في تاريخ العمل به وترغب في مزاولة أعمالها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه تجرى اتخاذ الإجراءات والتدابير كي يتحول البنك العقاري الكويتي إلى بنك إسلامي تحت اسم (بنك الكويت الدولي)*** .

وإذا كان المشرع الكويتي قد نظم البنوك الإسلامية في إطار وتحت هيمنة بنك الكويت المركزي ، وبما يدعم فرص نجاح هذه البنوك ، إلا أنه تبقى على تلك البنوك مسؤوليات كبيرة في تنمية وتطوير نشاطاتها ووسائلها وأدواتها لكي تحقق المزيد من النجاح ، لا سيما مع توفر كل من الطاقات والخبرات البشرية والموارد المالية الضخمة . وقد يكون من أهم الأهداف المستقبلية للبنوك الإسلامية الوصول إلى توحيد الرأي الفقهي بشأن العمليات والمعاملات غير المشروعة والمشروعة طبقاً للشريعة الإسلامية ، من أجل الحد من تباين الآراء الفقهية والذي قد يشتمل الهمم وبيعثر الجهود ، وبما يلقى على هيئات الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بمسؤوليات كبيرة في هذا الإطار ، ولعل تعليمات بنك الكويت المركزي التي

*** جريدة القيس الكويتية - العدد رقم 11458 ، 3 مايو 2005 .

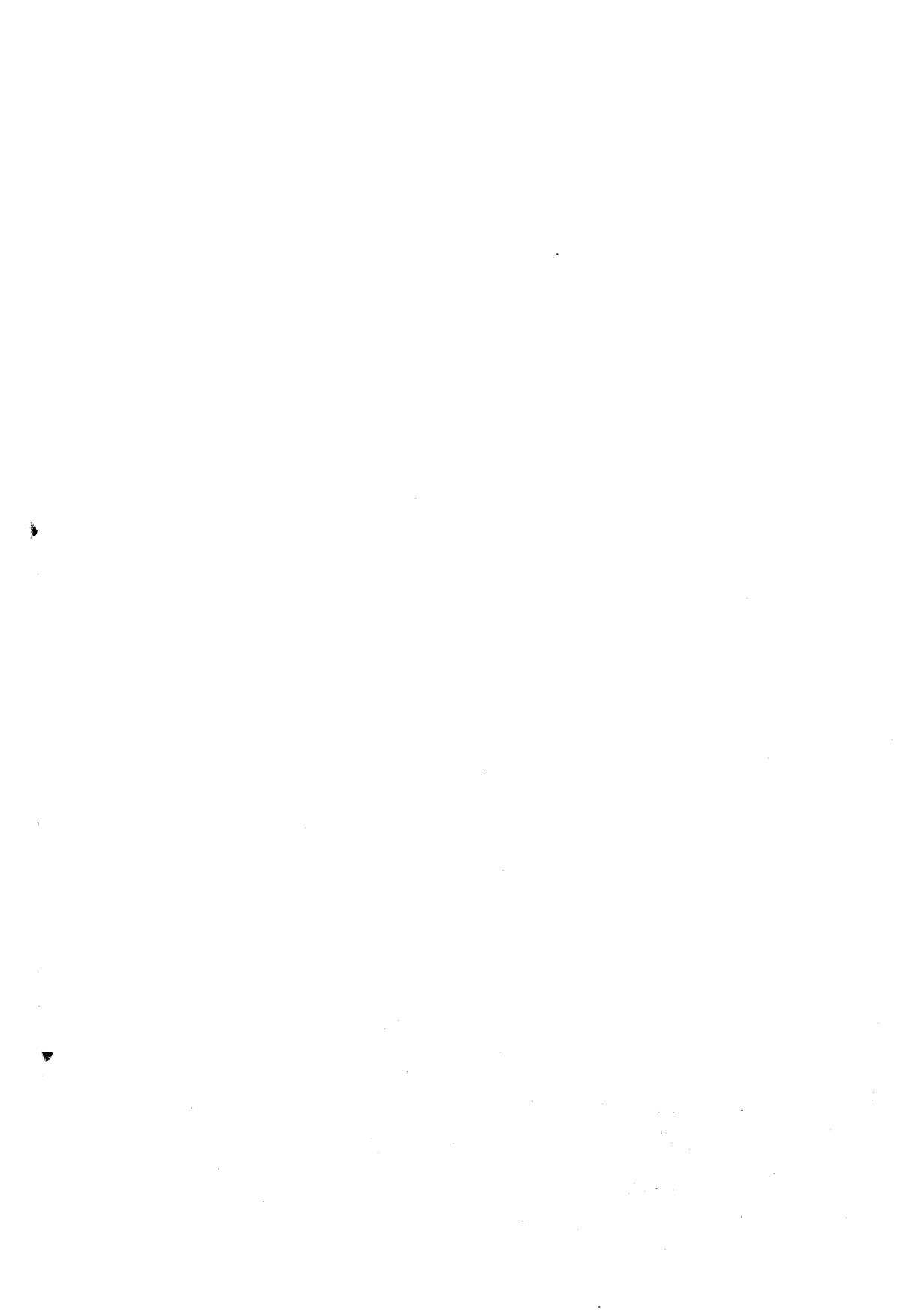
تقضي بقيام كل بنك إسلامي بنشر الفتاوى والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية تكون اللجنة الأولى من أجل الوصول إلى جهد فقهي جماعي لتوحيد الرأي في المعاملات المصرفية الإسلامية في دولة الكويت .

تطور قواعد قانون النقل البحري تحت تأثير استخدام الحاويات

دكتور

محمد السيد الفقى

**مدرس القانون التجارى والبحرى
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية**



مقدمة

١. نشأة وأهمية الحاويات:

عاش المجتمع البشرى فى العصور الأولى حياة حضرية لم يكن يشعر خلالها بحاجة إلى التنقل، بيد أن هذا الوضع سرعان ما تبدد ليضحي نقل الأشخاص والأموال أمراً ضرورياً لا غنى عنه. فالباحث فى تاريخ المجتمعات البدائية يسترعى انتباهه ظهور الهجرات داخل أوساطها حتى أن مجرد نقل قطيع من الماشية بحثاً عن مرعى جديد كان يطرح على بساط البحث مشكلة النقل. ولم تفلح مساعي بعض الدول لاعتماد اقتصاد الاكتفاء الذاتى فى تقليص أهمية هذا النشاط الهام، فبصرف النظر عن استحالة الحد منه داخل حدود الدولة الواحدة لم يعد ممكناً الاستغناء عنه على المستوى الدولى لا سيما فى ظل زخم التيار الجارف الذى شمل اقتصاديات العالم ونمط حياة مجتمعاتها والمعروف بتيار العولمة.

ويمتزج تاريخ النقل فى العصر الحديث مع تاريخ تحرير الفرد وذيوع الشخصية الإنسانية. فمنذ أن باشر الإنسان الأنشطة الاقتصادية والصفقات التجارية والأمر يستلزم اللجوء إلى إجراء عملية أو أكثر من عمليات النقل. لذا فليس مستغرباً أن نجد ما يزيد على ٨٠% من النشاط الإنسانى مكرساً للنقل. وقد شهدت عمليات النقل بصفة عامة تطوراً هائلاً وزيادة مستمرة بسبب الحاجات الجديدة والمتلاحقة للبشرية. فما من شك أن قيمة الشئ، وهى تعتمد أساساً على فائدته، لا تؤخذ غالباً بعين الاعتبار إلا فى أماكن بعيدة عن أماكن

إنتاجه أو تصنيعه. وآية هذا القول ما يحدث كثيراً من هبوط سعر بضاعة معينة نتيجة فائضها في بلد ما، لكنها تكون محط صفقات رابحة لمنتجها ريثما تبلغ بلداً آخر تنقص فيه. خلاصة القول إذن أن وسائل النقل هي من الأهمية بمكان في الاقتصاد الحديث على النحو الذى يؤدي توقف عملياتها إلى تهديد الصناعة والتجارة في الدولة بل وتهديد كيان هذه الأخيرة ذاتها^(١).

وتتعدد أنواع النقل من حيث موضوعه والمكان الذى يباشر فيه، ومع ذلك فمن المسلم به أن أكثر هذه الأنواع أهمية من الناحية العملية هو النقل البحرى للبضائع^(٢) والذى يباشر فى البحار والمحيطات بواسطة السفن والناقلات بصرف النظر عن حجمها أو حمولتها. فعلاوة على كونه يغطى ثلاثة أرباع المسطح الكلى للكرة الأرضية^(٣)، لم يزل البحر كمسرح لعمليات النقل البحرى وطريق طبيعى للمواصلات حتى زمننا الحاضر هو الوسيلة الرئيسية إن لم تكن الوحيدة للاتصال فيما بين الشعوب البعيدة. بعبارة أخرى فهو يمثل الدعامة الجوهرية للتبادل التجارى الدولى وواسطة تصريف المنتجات الوطنية فى الخارج^(٤). ويزداد البحر أهمية خاصة بالنسبة للدول الصناعية المطلّة عليه،

(١) Jean Escarra, Traité théorique et pratique de droit commercial, les contrats commerciaux, Librairie du recueil sirey, II. 1955, p. 167.

(٢) صحيح أن تطور النقل الجوى للبضائع بوصفه نقلاً سريعاً قد حرم النقل البحرى من جزء مربح من تجارته، إلا أنه ما زال للنقل البحرى أهمية قصوى لا تضاهى نظراً للسعة الضخمة التى تتميز بها السفينة (فعلى سبيل المثال تتمتع طائرات النقل الضخمة لنقل ٧ حاويات بحد أقصى بينما تستطيع السفن الحديثة نقل ما يقرب من ٢٠٠٠ حاوية) وقلة استهلاكها للوقود مقارنة بالطائرة.

Martine Remond – Gouilloud, Droit maritime, 2^e édition, No 2, 1993, Pedone, p. 23..

(٣) حوالى ٣٦٢ مليون كيلو متر مربع بما يساوى ٧١% تقريباً من مساحة الكرة الأرضية وبالتحديد ٨٣% من مساحة نصفها الجنوبي.

Laurant Lucchinin et Michel voelickel, Droit de la mer. Tome 1, Pedone, p. III.

(٤) د. مصطفى طه، أصول القانون البحرى، مطبعة دار نشر الثقافة، ١٩٥٢، ص ١.

فما من شك أن توقف حركة التجارة البحرية في مثل هذه الدول يعنى إفلاساً محققاً للعديد من الصناعات فيها، بل وقد يصل الأمر إلى حد التأثير سلباً على اقتصاد تلك الدول^(١).

والنقل بمفهومه الإقتصادي يعنى التحريك المادى من مكان لآخر أياً كان موضوعه أو سرعته أو كيفية القيام به. وهو بهذا المفهوم يكون عادة موضوعاً أساسياً لعقد يسمى عقد النقل. وعقد النقل البحرى هو ذلك العقد الذى يلتزم بمقتضاه الناقل بأن ينقل بحراً بضائع لحساب شخص آخر هو الشاحن لقاء أجر محدد^(٢).

ويثير النقل البحرى مشاكل عديدة من بينها التكلفة الباهظة لتغليف البضائع والوقت الطويل الذى تستغرقه عمليات شحن وتفريغ البضاعة من الوسائل الأولية للنقل. فتمام التغليف وكفايته هو من الأمور الحتمية لنفاذ عملية النقل بمشتملاتها. ورص البضائع فى السفينة عند القيام والمحافظة عليها طيلة الرحلة البحرية إنما هو إلزام يدخل فى صميم الوظائف الفنية للربان بوصفه تابعاً للمجهز. ويفترض القيام بهذا الإلتزام تغليف البضاعة على نحو يضمن حمايتها من البضائع المجاورة أو مياه البحر أو حتى اهتزاز السفينة وكذلك المحافظة عليها خلال عمليات الشحن والتفريغ. ويختلف التغليف باختلاف نوع

(١) فعلى سبيل المثال تأتى أكثر من ٧٥% من واردات فرنسا عن طريق البحر.

Martine Remond, op. Cit., p. 19.

(٢) انظر فى هذا التعريف المادة ١٩٦ من قانون التجارة البحرية والمادة الأولى، فقرة سادسة، من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحرى للبيضاق لسنة ١٩٧٨ (قواعد هامبورج). وجليد بالإشارة أن العرف قد جرى على استخدام عبارة "النقل البحرى" للدلالة على نقل البضائع بحراً باعتبار أن نقل البيضاق هو أهم أنواع النقل البحرى على الإطلاق. د. مصطفى طه، المرجع السابق، هامش (١) ص ٣٦٤.

البضاعة وطبيعتها وطبيعة الرحلة ومدتها^(١)، ومن ثم فهو يتطلب فى بعض الأحيان تكلفة باهظة مما من شأنه زيادة نفقات النقل، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فقد تغيرت ظروف الاستغلال البحرى عن ذى قبل، فكان أن أدى التطور فى صناعة المنشآت العائمة إلى ظهور السفن الضخمة والناقلات العملاقة وصاحب ذلك بطبيعة الحال إرتفاع تكاليف الاستغلال البحرى. لذا فقد روى ضرورة العثور على وسيلة لاختصار الوقت الذى تستغرقه عمليات الشحن والتفريغ حتى لا تتعطل السفينة عن رحلتها وما يستتبع ذلك من خسارة تلحق بمجهزها.

وفى إطار البحث عن حل لتلك المشكلات ظهرت الحاويات^(٢) والتي تتدرج من الناحية التجارية ضمن أفضل الوحدات تجميعاً للبضائع بغرض تسهيل نقلها مع ضمان حمايتها قدر المستطاع من الأضرار المختلفة. واليوم صار نقل البضائع بالحاويات مألوفاً حتى بات الواقع العملى يشهد بإمكانية نقل كافة أنواع البضائع تقريباً أياً كانت حالتها المادية بواسطة الحاويات،

(١) د. كمال حمدى، عقد الشحن والتفريغ فى النقل البحرى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٩٤.

(٢) ويرجع أصل كلمة حاوية إلى المصطلح الإنجليزى Container. وقد استخدم الفقه الفرنسى القديم لفظ cadre (صندوق الشحن) للتعبير عن الحاوية، ولما لم يشع هذا اللفظ فى الأوساط البحرية الدولية لجأ الفرنسيون فى البداية إلى استعمال المصطلح الإنجليزى كما هو (مثال ذلك J. Warot, L'avènement du container dans le trafic maritime, DMF 1951, p. 263) ثم تمت ترجمته إلى الفرنسية "Conteneur" ليبدأ تعميمه فى فرنسا منذ ١٥ سبتمبر عام ١٩٧٧. (JO 24 sept. 1977, NC P. 6077). ومن المصطلحات العربية الشائعة والمقابلة للفظ حاوية "السحارات" و"المستوعبات" و"أوعية الشحن". ومع ذلك فقد أخذ قانون التجارة البحرية المصرى باصطلاح "الحاويات" بوصفه لغوياً الأكثر دلالة على المراد. فحوى الشئ أحويه حاوية واحتويت عليه إذا ضمته واستوليت عليه فهو محوى وأصله مفعول، أحمد بن محمد بن على الفيومى المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ١٩٩٠، ص ٦١.

سواء جرى هذا النقل برا أو جوا أو بحرا، وسواء تعلق الأمر بنقل دخلي أم دولي^(١).

وبرغم قدم الفكرة وتنوع تطبيقاتها^(٢) فإن استخدام الحاويات في نقل البضائع حديث النشأة نسبيا^(٣). فهذه الطريقة المتبعة لنقل البضائع لم يتعد عمرها بعد قرنا من الزمان حيث وطنت يابس الولايات المتحدة الأمريكية أولى محاولات تحوية البضاعة في الثلث الأول من القرن العشرين (سنوات العشرينات) وذلك في إطار النقل النهري، كما شهدت فرنسا منذ عام ١٩٢٥ استخدام الحاوية في النقل البحري للبضائع^(٤). ومع هذا فقد ظل اللجوء إلى

R. Pollier, universalité du Conteneur, JMM 29 Juin 1978, 1530. (١)

(٢) يذكر أن فكرة الحاوية أو الوعاء كانت قد استخدمت منذ ١٤٠٠ سنة قبل الميلاد (أي منذ حوالي ٢٤٠٥ سنة) حينما تم اختراع الساعة المائية (KLEP - Suh - druh) (Clepsydra) في مصر. فهذه الساعة تم التوصل إليها من خلال حاويتين للماء، إحداهما أعلى من الأخرى، بحيث يمر الماء من الحاوية العليا إلى السفلى داخل أنبوية تربطهما معا. وتشتمل الحاويات على علامات تبين مستوى الماء على نحو يمكن معه معرفة الوقت من خلال تلك العلامات. WWW. Arcytech.org.

(٣) قديما كان اللجوء إلى صنایق الشحن (cadres) في فرنسا قصرا إلى حد ما على نقل الأثاث والأمتعة بحرا بأقل أخطار ممكنة، أما البضائع الأخرى فقد كُتبت تنقل سائبة أو مغلفة تغلفا بسيطا للغاية داخل كراتين أو أكياس. مثل هذه الطرق للتغليف لم تكن تقدم الحماية الكافية ضد مخاطر النقل، علاوة على عدم قابليتها عموما للاستعمال إلا لرحلة واحدة فقط. يضاف إلى ذلك أن الاعتماد الكلي على القوة البدنية للأشخاص كان يحتم في البداية تحديد أوزان الطرود التي تتجمع فيها البضائع، ثم ما لبث أن تم تجاوز هذه المشكلة بعد ظهور الرافعات الميكانيكية وشاحنات النقل القادرة على حمل الأوزان الثقيلة.

P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, Transport Par Conteneur, J. cl, Commercial, éditions techniques, 1993, Fas. 975.

(٤) جدير بالإشارة أنه في عام ١٩٢٢ تم إنشاء مكتب دولي للحاويات تحت رعاية غرفة التجارة الدولية (Bureau international des Containers (BIC) والذي تكفل بوضع أول تعريف للحاوية على الوجه التالي:

“Le Conteneur est un récipient conçu Pour contenir des marchandises ... Spécialement en Vue de leur transport Sans manipulations=

الحاويات فى عمليات النقل البحرى على وجه الخصوص محدوداً لأسباب تقنية منها عدم وجود سفن متخصصة (سفن حاملة للحاويات) وكذلك عدم وجود آلات رفع وتفريغ تتناسب مع الأحمال الثقيلة للحاويات المملوءة. وليس إلا منذ الحرب العالمية الثانية أن انطلقت الحاويات فى العمل بشكل غير عادى^(١)، إذ سهل استعمالها إلى حد كبير نقل البضائع وخصوصاً النقل متعدد الوسائط Transport multimodal^(٢) والذى لم يزل حتى الآن الميدان المفضل

=intermédiaires, ni rupture de charge, par un moyen de Locomotion quelconque ou la Combinaison de Plusieurs d'entre eux".

نظر فى هذا الصدد:

J. Warot, L'avènement du Container dans le Trafic maritime, DMF 1951, p. 263 s.

(١) وازداد استعمالها أكثر فى الحرب الكورية (١٩٥٠ - ١٩٥٣) حيث لجأ الجيش الأمريكى قديماً إلى نقل البضائع فى حاويات.

(٢) ويشير إلى هذا النوع من النقل أيضاً بالنقل المشترك أو النقل المختلط (متعدد

الوسائط) أو النقل الوسائطى intermodal. وقد جرى العمل على تفضيل

اصطلاح النقل المشترك، أما مصطلح النقل متعدد الوسائط فقد أخذت به المعاهدات

الدولية للمنظمة لهذا النوع من النقل، فى حين لم يشع استخدام لفظ النقل الوسائطى

بسبب ما يحمله من دلالة إقتصادية. وأياً كانت التسمية فالمقصود فى هذا المقام هو

نقل البضاعة بموجب عقد واحد يستخدم لتنفيذه طريقين أو أكثر من طرق النقل

الخاضعة لأنظمة مختلفة. والأكثر شيوعاً هو النقل الدولى المشترك، حيث تشحن

البضاعة فى دولة معينة ويتم التسليم فى دولة أخرى، والذى صدرت بشأنه معاهدة

جنيف فى ٢٤ مايو عام ١٩٨٠. ومما يدل على أهمية النقل المشترك أن أكثر من

٧٠% من عمليات النقل تجرى فى الوقت الحاضر إتباعاً لهذا النظام، والمتابع

لمجلة التجارة البحرية الفرنسية (Journal de la marine marchande) سيلاحظ أن

عنوانها قد تغير منذ فترة ليصبح "مجلة التجارة البحرية والنقل متعدد الوسائط"

(Journal de la marine marchande et du transport multimodal)

نظر أكثر تفصيلاً حول هذا الموضوع:

R. Rodière et E. du Pontavice, Droit maritime, 11 édition, Dalloz, 1991,

p. 318 et s.; Pulette VEAUX-FOURNERIE, Transports Successifs, J.CI

Transport, 11, 2003, Fasc. 965, p. 7. =

للحاويات^(١). فاللجوء إلى هذه الأخيرة يساعد على الانتقال من وسيلة نقل لأخرى دون فقد حقيقى للحمولة وبأقل أضرار يمكن أن تتعرض لها البضائع^(٢).

ومع بلوغ وضع البضائع فى حاويات حد الظاهرة عند بداية الستينات لم تكن الوسائل المساعدة قد تغيرت فبقيت السفن التقليدية على حالها تقوم بنقل هذه الحاويات دون أن تكون موائمة لهذا الغرض. ثم أخذ للمجهزون الأمريكيون زمام المبادرة فقاموا عام ١٩٦٥ ببناء وتشغيل سفن ذات مواصفات خاصة عرفت بحاملات الحاويات (Les Porte-conteneurs, celluar ships) وتزامن مع ذلك ثورة فى الموانئ البحرية بنت معالمها فى تطور التجهيزات والآلات اللازمة لاستقبال وتوديع سفن الحاويات^(٣). وقد تنامت هذه التطورات فبرزت على السطح وسائل جديدة لنقل الحاويات أطلق عليها اسم NVOCC (Non Vessel operating (ou owning) Common Carriers) وهى تعنى بتجميع الحاويات الكاملة ونقلها فى بطار إتفاقات مبرمة مع المجهزين^(٤).

ـ جدير بالإشارة أن التقنين البحرى المصرى لم يتعرض للنقل متعدد الوسائط على أهميته.

(١) انظر فى هذا الموضوع على وجه الخصوص: د. فاروق ملش، النقل متعدد الوسائط، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، ١٩٩٦.

(٢) Veaux-Foumerie, op.cit, p.3.

(٣) وتؤدى هذه التجهيزات أحيانا إلى إثارة مسئولية الميناء. انظر مثلا على ذلك:

CA Aix-en-Provence, 2^e ch. Civ., 23 mars 1997: Juris-Data n° 1997 - 057505

(٤) انظر فى هذا الموضوع :

A.Chao, Non Vessel Operating (ou Owing) Common Carriers, BTL 1993, p. 320.

هذا وقد تبينت الآراء في وصف الدور الذى تلعبه الحاويات فى النقل البحرى للبضائع. ففي الماضى ذهب البعض إلى تصوير الأمر بأنه مجرد إشكال زائف^(١) معتبرا المشاكل القانونية المتعلقة به أقل أهمية مما عليه الوضع فى وسائل النقل الأخرى العادية^(٢). على العكس فقد ارتأى البعض الآخر فى تحوية البضائع أبعاد ثورة تقنية حقيقة^(٣) تأكدت تدريجيا بالتزامن مع العولمة الاقتصادية^(٤). هذه الثورة لم تثمر فحسب عن تبدل حال النقل البحرى^(٥) وإنما أثارت العديد من المشاكل الجديدة قانونا لم يكن يشهدها النقل العادى فيما قبل.

٢ - المفهوم المادى للحاوية:

الحاوية هى عبارة عن وعاء أو صندوق متنوع السعة والشكل يتم تصنيعه خصيصاً لتجميع البضائع بداخله سائبة أو مغلقة تغليفاً بسيطاً بغرض

(١) Rodière, un faux Problème: celui des Containers, DMF, 1967 p. 394 et s.

(٢) Mercadal, Les Problèmes Juridiques de La conteneurisation dutransport maritime, DMF 1982 p. 371; R. PARENTHOU, L'avarie commune et Les "Containers", DMF, 1970, p. 451.

Remond – Gouilloud, op. cit. p. 371. (٣)

(٤) فقد اتسع حجم تجارة الحاويات بشكل ملحوظ فى الأونة الأخيرة حيث زاد فى فرنسا عدد الحاويات ذى العشرين قدما (EVP) خلال الفترة بين عام ١٩٧٥ وعام ١٩٩٥ من ٤٢٠.٠٠٠ إلى ٤,٢٠٠,٠٠٠ حاوية، وفى الولايات المتحدة يجرى ثلثى التجارة البحرية (٤٨٠ مليار دولار) بواسطة حاويات تمثل فى مجموعها ١٨ مليون حاوية ذات عشرين قدما.

Veaux – Fournerie, transport Par conteneur, J. cl. transport, 2003, Fasc. 975, p. 4.

(٥) فقد تم بناء سفن خاصة للحاويات وتطوير الموانئ البحرية بالتجهيزات والمعدات الحديثة علاوة على استخدام الكمبيوتر وتكنولوجيا المعلومات فى هذا المجال ... الخ.

Henri SCHADEE, Le contenu juridique du container. DMF, 1967, p.602.

نقلها من مكان لآخر^(١).

وتتميز الحاويات عموماً بخصائص معينة جعلتها الأكثر استخداماً بواسطة الشاحنين لما تمنحه من أعلى درجات السلامة فيما يتعلق بمخاطر النقل البحري للبضائع، علاوة على سهولة وسرعة شحنها على السفينة^(٢). فمن جهة وبعدما كان الخشب هو الإطار التقليدي للحاوية أصبحت هذه الأخيرة في الوقت الحاضر تصنع غالباً من المعدن^(٣)، الأمر الذي يضمن أفضل حماية ضد الصدمات والعواصف. هذه الصلابة التي تتمتع بها الحاويات تسمح كما سنرى لاحقاً بنقلها على سطح السفينة دون حاجة لإذن خاص من الشاحن. كذلك وفي

(١) وقد أجمعت قواميس اللغة الفرنسية على قرب هذا المعنى:

Le Conteneur "est un récipient de capacité et de Formes diverses, utilisé pour la manutention, le stockage ou le transport de matières en vrac ou de lots d'objets dont il premet de simplifier L'emballage (le Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, t. 4) ou de caisse métallique (La petit Robert) ou de grand Contenant Pour le transport des marchandises (Grand Robert, Dictionnaire historique de la langue Française).

ونظراً أيضاً في ذات المعنى د. مصطفى كمال طه، القاتون البحري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٣٣٩. أيضاً فقد أوردت المعاهدة الدولية لسلامة الحاويات والصادرة في جنيف بتاريخ ٢ ديسمبر عام ١٩٧٢ تعريفاً للحاوية تضمنته المادة الثانية، فقرة أولى، على الوجه الآتي:

"Le Conteneur est un engin de transport de Caractère Permanent, et de ce Fait assez resistant Pour Permettre un usage répété, spécialement conçu Pour Faciliter le transport des marchandises Sans rupture de charge par un ou plusieurs modes de transport, conçu pour être assujetti et/ ou manipulé Facilement, des accessoires ayant été prévus à cet effet".

Georges-André GAUTHIER, Régime des conteneurs, J. cl., commercial, Fasc. 976, 1, 1996. (٢)

الصلب أو الألمنيوم وإن كان أغلب الحاويات يصنع من الألمنيوم بسبب جمعه بين القوة وخفة الوزن. (٣)

النقل المتتابع البحري والذي يقوم به عدة ناقلين ويكون بحريا في جميع أجزائه، تستفيد البضاعة فوق تغليفها الخاص من الحماية التي تقدمها الحاوية عند النقل من سفينة لأخرى. أخيرا فإن الحاويات المعدنية ونظرا لإمكانية استخدامها عدة مرات ولفترة طويلة (١) تكفل الحماية للبضائع دون زيادة في تكلفة النقل، اللهم إلا إذا كانت الحاوية غير مملوكة للشاحن حيث يتوجب عليه عندئذ دفع أجرتها.

ومن جهة أخرى فقد كان لتوحيد أبعاد الحاويات (٢) دور جوهري في نجاحها وتزايد اللجوء إليها. فمن المسلم به أن اتباع القواعد الفنية لرص البضائع في السفينة، والمنصوص عليها في المعاهدات الدولية (٣) ليس الهدف منه فحسب المحافظة على البضائع وإنما أيضا ثبات السفينة وتوازنها. ومن هنا فإن استخدام الحاويات النمطية Standardized containers من شأنه تسهيل رصها في وسائل النقل المختلفة ومن بينها السفن وانتقالها من سفينة لأخرى (٤).

وقد أريد بتوحيد أبعاد الحاويات أيضا أن تتوافق مع دعائمها سواء أكانت السفن أم أي مركبة أخرى وذلك من أجل تسهيل النقل متعدد الوسائط الذي كما أشرنا سلفا يمثل التربة الخصبة للحاويات (٥). وتعيلا لهذا الهدف فقد

(١) جدير بالإشارة أن متوسط حياة الحاوية من ١٠ إلى ١٥ سنة مع الوضع في الاعتبار بعض الإصلاحات المحتملة.

(٢) جرى العمل على أن يكون عرض الحاوية ٨ أقدام وارتفاعها ٨ أقدام وطولها ٢٠ أو ٤٠ قدم. ومع ذلك فهناك بعض الحاويات تخرج عن هذه المعايير مثل حاويات درافوس dravos والحاوليات الشاذة odd containers وهي حاويات صغيرة بأحجام مختلفة خارجة عن المقاسات المعتمدة.

(٣) ويندرج ضمن هذه المعاهدات معاهدة لندن عام ١٩٦٦ الخاصة بخطوط الشحن.

(٤) VEAUX – Fourmerie, op. cit. p. 3.

(٥) جدير بالإشارة أن المنظمة الدولية للتوحيد القياسي L'international Standardisation Organization (ISO) تلعب دورا جوهريا في مجال النقل البحري بواسطة الحاويات. فقد سعت للوصول إلى قياسات لأبعاد الحاويات تتناسب مع الدعائم المستخدمة في النقل متعدد الوسائط كالمشاحنات والقطارات على=

ظهرت على الساحة البحرية السفن حاملة الحاويات Navires Porte Conteneurs / Full – containers Ships والمخصصة لنقل الحاويات بحر^(١).

عوجه الخصوص. وكانت المنظمة سائلة الذكر قد أقرت في البداية حاويات يبلغ طولها ١٠، ٢٠، ٣٠، ٤٠ قدم، ثم ما لبثت تلك التي يبلغ طولها ١٠ و ٣٠ قدم أن اختفت لأسباب عملية. وعليه فقد بقيت الحاويات ذات الأربعين قدما (ويصل طولها الإجمالي خارجيا ١٢,١٩٢ متر وطول المساحة الداخلية المستعملة ١٢,١٢٧ متر) ونصف الحاويات وطولها ١٩,٩ قدم (يصل طولها الإجمالي خارجيا ٦,٠٥٨ متر وطول المساحة الداخلية المستعملة ٥,٨٣٩ متر) هي الأكثر استخداما في التعامل بين الدول الصناعية التي تملك تجهيزات ملائمة في موانئها. أما بالنسبة للحاويات الكبرى "high Cubes" التي يصل طولها إلى ٤٩ قدم (طولها الإجمالي الخارجي ١٤,٩٣٥ متر وطول مساحتها الداخلية المستعملة ١٤,٧٦٣ متر) وكذلك نصف الحاويات التي تبلغ ٢٤,٤ قدما (طولها الإجمالي الخارجي ٧,٤٣٠ متر وطول المساحة الداخلية المستعملة ٧,٢٦٥ متر) فإن استخدامها بكثرة يقتصر فقط على الموانئ الضخمة التي تمتلك آلات وتجهيزات عملاقة تستطيع التعامل معها. ويذكر أن الـ ISO تستعمل وحدة قياس خاصة: Longton (LT) لتحديد الوزن القائم للحاوية المطابقة للمعايير وتساوي هذه الوحدة ١,٠١٦٠ طن متري.

Veaux, transport par Conteneur, J. cl transport, 2003, Fas 975 p. 5.

وتعد "The ideal X" أول حاملة حاويات تتطلق في العمل حيث قامت برحلتها الأولى في ٢٦ أبريل عام ١٩٥٦ من ميناء نيوجرسي الأمريكي. وفي نهاية السبعينات دخل في الخدمة أكثر من عشرة آلاف حاملة للحاويات ثم أصبح الاستثمار البحري في مثل هذا النوع من السفن ضخما في الوقت الحاضر حيث برز على السطح العديد من شركات التجهيز العاملة في هذا المجال مثل:

(Maersk, Leader mondial, Atlantic container Line, COSCO, danois, chine, china, Shipping, Malaysia international shipping copr., Evergreen, Taiwan, Hyundai, Coré ... etc.

وتقاس سعة حاملة الحاويات بوحدة يطلق عليها

TEU (Twenty-Foot-equivalent unit) EVP (equivalent 20 Roeds)

وذلك نسبة إلى عدد الحاويات ذات العشرين قدم التي تستطيع نقلها. وكان الجيل الأول من حاملات الحاويات قادر على نقل ما بين ٧٠٠ و ١٥٠٠ وحدة. أما في الوقت الحاضر فتصل قدرة الاستيعاب إلى ٥٠٠٠ وحدة وتحملها سفن يطلق =

ومن جهة ثالثة تطورت صناعة الحاويات لتلائم متطلبات الظروف البيئية المحيطة بالبضائع المنقولة. فكم من بضائع تحتاج، للحفاظ عليها أثناء الرحلة، إلى نقلها في ظل درجة حرارة معينة سواء مرتفعة أو منخفضة تصل في بعض الأحيان إلى حد التجميد. مثل هذا النوع من الحاويات يسمح بأن تشحن داخل نفس السفينة أو على سطحها بضائع تختلف عن بعضها البعض في درجة الحرارة المطلوبة.

أخيرا فإن لاستخدام الحاوية أهميته في حالة تعدد الطرود المرسلة من قبل شخص واحد إلى عملاء عدة. فقد جرت العادة على أن يكون مرسل الحاوية وكيلًا بالعمولة للنقل⁽¹⁾ مكلفًا من قبل أصحاب بضائع مختلفة بإبرام عقد نقلها لميناء آخر. لذا وفي سبيل تنفيذ التزاماته تجاه الموكلين يسعى الوكيل بالعمولة للنقل إلى تجميع الطرود في حاوية واحدة وتوزيعها على المرسل إليهم عند الوصول.

٣ - المفهوم القانوني للحاوية:

ثار الخلاف حول التكيف القانوني للحاويات المنقولة على السفن وما إذا كانت تعتبر من ملحقات السفينة أم من ملحقات البضاعة التي تتجمع بداخلها.

= عليها اسم "overpanamaux". ومن المنتظر أن يصل العدد إلى ٨٠٠٠ وحدة بواسطة سفن الحاويات المسماة "Post Panamax" أنظر:

La Lettre du transport international: Lamy, N° 28, sept. 2002, p. 3.

انظر أيضا في أنواع الحاويات:

Georges-André GAUTHIER, op. Cit., p.3

(١) وقد عرفت المادة ٢٧٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الوكالة بالعمولة للنقل بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يبرم باسمه ولحساب موكله عقدا لنقل أشياء أو عقد نقل أشخاص وبأن يقوم عند الاقتضاء بالعمليات المرتبطة بهذا النقل".

وقد أحاطت بالإجابة على هذا التساؤل صعوبة نتيجة قلة النصوص القانونية المتعلقة بالنقل بالحاويات عموماً^(١) علاوة على عدم وجود تعريف قانوني محدد للحاوية البحرية على وجه الخصوص.

إزاء هذا الوضع فقد دعت المحاكم مراراً لإبداء وجهة نظرها في تلك المسألة فكانت أن أتت أحكامها متباينة وغير مباشرة في بعض الأحوال. فثم إتجاه في القضاء رأى في الحاوية جزءاً من السفينة^(٢) أو بتعبير المحكمة "الأجزاء المتحركة التي تتألف منها حاملة الحاويات". هذا الحكم يبدو مفتقداً لأي أساس معقول إذ أن الحاوية لا تمثل عنصراً ضرورياً لملاحة السفينة أو لاستغلالها التجاري، بل إن إدراجها تحت مسمى "أجزاء السفينة" يتعارض مع إمكانية نقلها من سفينة لأخرى أو من سفينة لأية وسيلة أخرى من وسائل النقل^(٣). علاوة على ذلك فقد اعتمد الحكم المتقدم على فرضية غير مؤكدة وهي كون الحاوية ملكاً لمجهز السفينة، فمن المحتمل تماماً أن تكون على العكس ملكاً للشاحن أو حتى مستأجرة من شركة متخصصة.

وفي ذات المعنى ذهب التنظيم الخاص بالنقل الدولي النهري للحاويات إلى تعريف الحاوية في مادته الأولى، فقرة ثانية، كأداة للنقل. بيد أنه من غير المتصور أن يكون مراد المشرع من هذا التعريف إقرار الحاوية كوسيلة نقل مستقلة بذاتها نظراً لافتقادها وسائل الدفع أو التسيير الذاتي. بعبارة أخرى

Tribunal de commerce du Havre, 19 oct. 1973, DMF 1974 p. 304; (١)

CA Rouen. 14 Fév. 1975, DMF 1975 p. 473.

CA Aix-en-Provence, 2e ch., 18 décembre 1980, DMF 1981, p. 550 (٢)
obs. R. A.

Veaux – Fournerie, op. cit, p. 5. (٣)

فالحاوية تحتاج بطبيعتها إلى النقل عبر إحدى وسائل النقل المألوفة في العمل كالسفينة أو الطائرة أو الشاحنة البرية^(١).

وإذا كانت الحاوية لا تعد جزءاً من السفينة فإنه يصعب كذلك اعتبارها من ملحقات البضاعة المنقولة كونها، خلافاً للتغليف العادي، مكلفة في تصنيعها علاوة على أنها معدة لإعادة الاستعمال لفترة طويلة^(٢).

والراجح فقهاً وقضاءً أن الحاوية لا يمكن اعتبارها جزءاً من السفينة أو إدراجها في عدل البضاعة^(٣) لكنها عبارة عن مال يتخذ شكل التغليف emballage^(٤). غاية الأمر أنها ليست كالتغليف الأخرى العادية^(٥) بل هي تغليف ذي طبيعة خاصة^(٦). وتطبيقاً لذلك إذا كانت الحاوية ممتلئة فهي تندمج كأي تغليف آخر مع البضاعة التي تحتويها بحيث أنه إذا تعرضت ومحتواها لضرر ما فإن الناقل يعد مسئولاً طبقاً لذات الشروط الموضوعية التي تخضع

(١) انظر في نفس المعنى حكم محكمة الجماعة الأوروبية الصادرة في ٦ يونيو عام ١٩٩٠.

CJCE, 6 juin 1990, aff. C - 17/89: BTL 1991, p. 76.

Remond - Gouilloud, op. cit, p. 372. (٢)

Cass. Crim. 3 juin 1986, B. T. p. 459; BTL 1995 p. 654. (٣)

CA Paris, 10 juin 1986, navire Hélène Delmas: DMF 1987. p. 506. (٤)

CA Aix-en-Provence, 2e ch. , 19 déc. 1979, navire zim Ibéria, DMF 1980, p. 731, Trib. Com. Marseille, 5 mars 1993, DMF 1993, p. 163, Trib. Com. Marseille, 12 mai 1978, DMF 1980 p. 732.

وأنظر أيضاً في نفس المعنى:

K. Pineus, Les Conteneurs et Les transports Combinés, DMF 1967, p. 398, M. Tilche, conteneurs, Pas de responsabilité accrue Pour le transporteur, BTL 1991, p. 496.

P. Bonassies, obs., DMF 1994, p. 165. (٥)

CA Rouen, 2^e ch. Civ., 23 mai 1991, BTL 1991, p. 607. (٦)

لها أى بضاعة أخرى خارج الحاوية تبعاً لطريقة النقل المتبعة^(١). أما إذا كان الضرر قد أصاب الحاوية أثناء عودتها فارغة تحت يد الناقل أو كانت الحاوية مملوءة لكن الضرر قد لحقها وحدها دون البضائع الموجودة فيها، فإن التعويض عن هذا الضرر لا يخضع للحدود القانونية لمسئولية الناقل البحرى وإنما للقواعد العامة فى القانون المدنى^(٢).

٤ - تقسيم:

لم يتعرض القانون البحرى الدولى أو الوطنى فى باب استغلال السفينة لنقل البضائع بواسطة الحاويات^(٣) على أهميته وانتشاره من الناحية العملية، ومن ثم يخضع هذا النوع من النقل للقواعد القانونية المتعلقة بالنقل البحرى بوجه عام. صحيح أن الثورة التقنية التى أحدثتها النقل بالحوايات لم تسهم فى قلب الأحكام العامة للنقل البحرى وإنما بلا شك كان لها أبلغ الأثر فى بروز عدد من المشاكل القانونية الجديدة. هذه المشاكل هى التى فرضت ضرورة إعادة النظر فى بعض قواعد عقد النقل البحرى على النحو الذى يجعلها تتلائم مع خصوصيات تحوية البضائع بغرض نقلها^(٤).

(١) Trib. Com. Marseille, 15 oct. 1991, BTL 1992, p. 120.

(٢) CA Aix 25 mai 1988, DMF 1990, Somm. 250.

أنظر عكس هذا التحليل:

CA Aix-en-Provence, 2e ch., 19 déc. 1979, DMF 1980, p. 731.

(٣) باستثناء النصوص الخاصة بتحديد مسئولية الناقل البحرى فى حالة نقل البضائع بواسطة الحاويات.

(٤) Rodière, op. cit, p. 707.

هذا وينعكس استخدام الحاوية على عقد النقل البحري فى جميع
مراحله، أى أن الأمر لا يقتصر على المرحلة البحرية فحسب بل يمتد أيضاً
ليغطى مرحلة أخرى غير بحرية تشمل العمليات السابقة على الشحن وتلك
اللاحقة للتفريغ وهو ما يعد محض تطبيق لمبدأ "وحدة عقد النقل البحري".
أكثر من ذلك قد تظهر آثار تحوية البضائع على قانون النقل البحري فى الفترة
التمهيدية السابقة على بدء عملية النقل ذاتها. فاختيار الطريقة التى يتم بها نقل
البضائع سواء بواسطة الحاوية أو دونها قرار مرجعه فى النهاية لإرادة الشاحن
من تلقاء نفسه أو بناء على مشورة الناقل. وهو حين يختار اللجوء للحاويات
يضع فى حسابه مدى ملائمة هذا الأسلوب للنقل مع طبيعة وخصائص البضاعة
المنقولة. فكما عبرت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها " لا يحق للناقل بأى
حال من الأحوال أن يعدل من شروط نقل الحاويات على سفينة مجهزة
خصيصاً لهذا الغرض لا سيما رص تلك الحاويات الواحدة بموازاة الأخرى
عرضاً وارتفاعاً"^(١). وبالتالي إذا ثبت علم الشاحن بعدم ملائمة ظروف النقل
بالحاوية مع طبيعة بضائعه^(٢) ورغم ذلك قبلها بإرادته الحرة فلا يلوم من إلا
خطئه، إذ لا محل لمساءلة الناقل عما يكون قد أصاب البضاعة من جراء هذا
الخطأ.

ومتى قرر الشاحن سلوك طريق النقل بواسطة الحاوية فالغالب أنه
يتولى تعبئة empotage^(٣) بضائعه داخلها وذلك قبل أن يقوم بتسليمها إلى

(١) Cass. Com. 8 juin 1993, navire Neptune Garent, DMF 1994, p. 359, note Y. Tassel.

(٢) كما لو كانت البضائع من النوع الذى يحتاج إلى تهوية أثناء الرحلة وهو ما لا توفره الحاويات.

(٣) ويقصد بتعبئة البضاعة ليس فقط وضعها داخل الحاوية بل أيضاً رصها بما يضمن استقرارها أثناء الرحلة.

الناقل أو وكيله^(١). والأصل أن يحتفظ الناقل بحقه في التحقق من صحة البيانات التي يدرجها الشاحن في سند الشحن عن البضاعة الموجودة داخل الحاوية، بيد أن العادة جرت على تسليم الحاوية إلى الناقل مغلقة ومختومة Scellé بهدف حماية محتواها من السرقة^(٢). لذا فإن الناقل بفقدانه أى وسيلة للتحقق من محتوى الحاوية عند تسليمها لا يملك إلا معرفة وزنها. وعليه وباستثناء الحالة التي يكتشف فيها فراغ الحاوية في نهاية الرحلة خلافاً لبيان تعبئتها الوارد في سند الشحن^(٣) فإن الوزن الكلى للحاوية لا يعطى الناقل أى دلالة حقيقية على محتواها. وحلاً لتلك المشكلة فقد يضطر الناقل إلى إبداء تحفظات مسببة في سند الشحن كأن ينص مثلاً على أن " الحاوية مجهولة المحتويات"، أو يرفض من الأساس تصريحات الشاحن عن البضاعة بدعوى شكه في صحتها^(٤).

وتوجب القواعد العامة على الناقل شحن البضائع في عنابر السفينة وليس على سطحها. والعلّة من هذا الحكم أن الشحن على سطح السفينة يعرض البضائع لمخاطر التلف^(٥) والسقوط في البحر^(٦)، كما يعرض السفينة ذاتها

(١) ويؤدى قيام الشاحن بمهمة تعبئة الحاوية إلى توفير نفقات كبيرة من أجرة النقل.

M. De Juglart, E. du Pontavice, J. Dutheil de la Rochère, G.-M. Miller, Traité de droit aérien, t.1: LGDJ, 2^e ed. 1989, N° 3380.

(٢) علاوة على أن ذلك يلبي اشتراطات الإدارة الجمركية.

(٣) وقد حدث في إحدى الدعاوى أن كانت سندات الشحن تشير إلى وجود ١٣ حاوية يفترض إحتوائها على ٥٠٠٠ كرتونة ثياب بقيمة تقدر بثلاثة مليون فرنك ووزن ٥٠ طن، وعند فتح الحاويات لدى الوصول ظهر أنها لا تحتوى إلا على كراتين فارغة.

CA Aix-en-Provence, 2^e ch. Civ. 14 sept. 2001: DMF 2002. P. 594, note y. Tassel.

(٤) المادة ٢٠٥، فقرة أولى، من التقنين البحرى المصرى.

(٥) وذلك بسبب رزاز مياه البحر والأمواج العالية والعواصف وسقوط الأمطار.

(٦) ولعل إمكانية حدوث هذه الأضرار هي التى تجعل عادة أجرة النقل على سطح السفينة أقل من أجرة النقل في العنابر.

خطر فقدان توازنها وبالتالي غرقها. على أن المشرع أورد على القاعدة المتقدمة عددا من الاستثناءات^(١) من بينها الحالة التي تقتضى فيها طبيعة الشحنة أو يجرى العرف فى ميناء القيام على جواز الشحن على سطح السفينة^(٢). وقد استقر العرف على أن استخدام الحاويات فى نقل البضاعة يجرى للناقل شحنها على سطح السفينة دون حاجة للحصول على موافقة الشاحن^(٣). وفيما يؤدى شحن البضائع عامة على سطح السفينة إلى إلزام الناقل باتخاذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة عليها^(٤) يترتب على استعمال الحاويات إلزامات جديدة على الربان وطاقم السفينة لاسيما فيما يتعلق بالحوايات الباردة والتي يعطى الشاحن بشأنها تعليماته الخاصة للناقل^(٥). وفى هذه الحالة وعلاوة على مسنوليته عن الأضرار الناجمة عن عدم إتخاذ الاحتياطات المعتادة فى

(١) يراعى أن الناقل وهو يقوم استثناء شحن البضاعة على سطح السفينة يضع فى اعتباره عدم تأثير ذلك على سلامة سفينته وإلا جاز له الرفض.

(٢) فطبقا للمادة ٢١٦ من التقنين البحرى المصرى " عدا الملاحة الساحلية بين الموانى المصرية لايجوز للناقل شحن بضائع على سطح السفينة إلا إذا لئن له الشاحن فى ذلك كتابة، أو إذا كان الناقل ملزما بالشحن بهذه الكيفية بمقتضى القانون المعمول به فى ميناء الشحن أو إذا اقتضت طبيعة الشحنة أو جرى العرف فى هذا الميناء على الشحن بهذه الكيفية، ويجب فى جميع الأحوال أن يذكر فى سند الشحن أن البضاعة مشحونة على السطح".

(٣) جدير بالإشارة أن المشرع الفرنسى قد أقام قرينة قانونية على إعطاء هذه الموافقة فى حالة شحن الحاويات على متن السفن المخصصة لهذا الغرض (المادة ٢٢، فقرة ثانية، من القانون الفرنسى رقم ١١٠٣ الصادر فى ٢١ ديسمبر عام ١٩٧٩). انظر أيضا فى ذات المعنى:

US District Court, District of Marly Land, 6 décembre 1984, AMC, juin 1985, P. 1606 et s.

(٤) مثل إحكام الربط والتغطية بمشمع والاحتفاظ بمسافات مناسبة بين البضائع منعا لحدوث أى اصطدام أو احتكاك بينها أثناء الرحلة البحرية.

(٥) كان يكون للحاوية نظام التبريد الخاص بها (Conteneur isotherme) أو يتعين تغذيتها بتيار كهربائى من مصدر خارجى يأتى من السفينة (Conteneur reefer Van).

الشحن^(١)، يعتبر الناقل مسئولاً عن عدم اتباع التعليمات الواردة في سند الشحن طالما تسبب ذلك في وقوع أضرار للبضائع داخل الحاوية^(٢).

أخيراً فقد تتعرض الحاوية أو محتواها أثناء نقلها بحراً على السفينة لاحتمال وقوع أضرار لها بسبب تمايل واهتزاز السفينة، علاوة على مخاطر الملاحة البحرية التي تحيط بالسفينة أثناء رحلتها الطويلة. وبدهى والحال كذلك أن تبرز مسؤولية الناقل البحري باعتبارها أهم ما يثور عملاً أمام المحاكم فيما يتعلق بموضوعات النقل البحري بل والقانون البحري عموماً. ورغم خضوعها للقواعد العامة تبعاً لوسيلة النقل المستخدمة فإن مسؤولية الناقل البحري للحاويات تثير صعوبات كبيرة في الإثبات^(٣) لا سيما في النقل متعدد الوسائط. فالواقع أن الحاوية أصبحت أكثر العوامل فعالية للحث على إنشاء سلسلة طويلة من النقل تصل الباب بالباب. ومن ثم يكون من الأهمية حتماً بمكان لإلقاء عبء المسؤولية ليس فقط إثبات الضرر وإنما أيضاً مصدره علاوة على تحديد المرحلة التي وقع فيها. هذا الإثبات يستحيل تحقيقه عملاً من دون فتح الحاويات خلال الرحلة وهو ما لا يحدث إلا عرضاً.

تلك كان لمحة سريعة حاولنا من خلالها قطف بعض ثمار الخصوصية التي تتسم بها الحاويات البحرية بوصفها أحد الأشكال الجديدة نسبياً لتغليف البضائع. ورغم أن التقدم التقني الذي حدث في هذا المجال قد ساهم في تقييد

(١) د. مصطفى طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٣٠٦.

(٢) انظر أمثلة على ذلك:

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 13 décembre 1995, DMF 1996, P. 923, obs. P – Y Nicolas; CA Paris, 3^e ch., 26 mars 1997: Juris – Data N° 1997 – 043966.

(٣) Paulette Veaux-Fournerie, transports Successifs, op.cit., p.19.

أو التخفيف من حدة المشاكل القانونية الناجمة عن استخدام الحاويات في نقل البضائع، إلا أنه ساهم من جهة أخرى في بزوغ نوعية أخرى من المشاكل لا تجد حلالها في ظل القواعد القائمة للقانون البحري.

وإيضاحاً لما تقدم بشئ من التفصيل نرى تقسيم موضوع هذا البحث إلى فصلين رئيسيين على الوجه التالي:

الفصل الأول: الحاويات وانعكاساتها على قانون النقل البحري.

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن حوادث الحاويات.

الفصل الأول

الحاويات وانعكاساتها على قانون النقل البحرى

٥ - تمهيد وتقسيم:

تنص المادة ٢١٥ من التقنين البحرى المصرى على أن "يلتزم الناقل بشحن البضائع فى السفينة وتفريغها ما لم يتفق على غير ذلك، كما يلتزم برص البضائع بالسفينة ونقلها وتسليمها عند وصولها.

ويلتزم الناقل بالمحافظة على البضائع التى تشحن على السفينة".

وبالنظر لتطبيق هذا النص على نقل البضائع بواسطة الحاويات فالأصل أن الناقل هو الذى يلتزم بشحن الحاوية وتفريغها ما لم يتفق على غير ذلك. ويعنى هذا أنه يجوز الاتفاق فى عقد النقل على تولى الشاحن وضع الحاوية على متن السفينة فى ميناء القيام وتوليه هو أو المرسل إليه إنزالها من السفينة فى ميناء الوصول.

ومع ذلك فقد جرى العمل فى النقل البحرى المنتظم على أن يقوم الناقل بنقل الحاويات من مخازن الشاحن وشحنها على السفينة ثم تفريغها منها عند الوصول والعناية بها والمحافظة عليها لحين دخولها مخازن المرسل إليه. وعندئذ يبدأ النقل من وقت تسليم الحاوية للناقل وينتهى عند تسليمها للمرسل إليه.

وإنطلاقاً مما سبق فقد استقر القضاء فى مصر وفرنسا منذ وقت طويل على أن عقد النقل البحرى يشمل علاوة على المرحلة البحرية التى تفصل بين شحن الحاوية فى السفينة وتفريغها منها العمليات السابقة على الشحن أو اللاحقة

للتفريغ على النحو الذى تكون فيه هذه العمليات جميعها كلا لا يتجزأ تسرى عليه أحكام عقد النقل البحرى، وهذا ما يعرف بمبدأ وحدة عقد النقل البحرى^(١)

.Le principe de L'unité du contrat de transport maritime

ولما كان لاستخدام الحاويات أثره على العمليات التى يمر بها تنفيذ عقد النقل البحرى فقد أثرنا معالجة المشاكل القانونية الناجمة عن ذلك من خلال ترتيب زمنى يبدأ منذ التحضير لعملية النقل وإعداد مستلزماته حتى نهايته. لذا فقد رأينا أن نتخذ دراستنا فى هذا الفصل التقسيم التالى:

المبحث الأول: العمليات السابقة على تنفيذ العقد.

المبحث الثانى: العمليات المعاصرة لتنفيذ العقد.

المبحث الأول

العمليات السابقة على تنفيذ العقد

٦ - تمهيد وتقسيم:

تتميز الحاويات بوجه عام، خلافاً لأشكال التغليف الأخرى، بخصائص معينة^(٢) جعلتها موضوع صناعة رابحة من قبل العديد من الشركات التجارية المتخصصة فى هذا المجال. ويثور التساؤل بهذه المناسبة عن شخص المتعاقد مع تلك الشركات، هل هو الشاحن مستخدم الحاوية أم هو ناقلها، وما إذا كان الأمر يتعلق بعقد شراء للحاوية أم عقد إيجار؟ أخيراً وأياً ما كانت طبيعة العقد الخاص بالحاوية يدور البحث عن مدى وجود علاقة قانونية بين هذا العقد وعقد النقل البحرى المبرم بين الشاحن والناقل والنتائج المترتبة على ذلك.

(١) د. مصطفى طه، أصول القانون البحرى، دار نشر الثقافة، ١٩٥٢، ص ٣٧٨.

(٢) راجع البند ٢ ص ١١ ومابعدهما.

ومتى أصبحت الحاوية حاضرة فإن تساؤلاً آخر يطرح نفسه عن
يقوم بوضع البضاعة ورسها داخل الحاوية. والمسألة بدون شك لها أهميتها من
حيث المسؤولية عن الأضرار ومدى تركيزها في شخص معين.

وسوف نحاول فيما يلي طرح التساؤلات السابقة تحت مزيد من الضوء
عسى يساعدنا ذلك على إيجاد إجابة لها. وحتى نتال كل مسألة نصيها الوافر
من البحث فقد رأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين على الوجه الآتى:

المطلب الأول: تقديم الحاوية.

المطلب الثانى: تعبئة الحاوية.

المطلب الأول

تقديم الحاوية

٧- ملكية أم استنجاز الحاوية:

إذا اتخذ الشاحن المرسل قراره بنقل البضاعة بحراً بواسطة الحاوية
فإن أول ما يستلزمه وضع هذا القرار موضع التنفيذ هو التعاقد مع إحدى
المؤسسات المتخصصة فى صناعة الحاويات على شراء أو استنجاز واحدة
ناتج مع نوع وطبيعة بضاعته المنقولة. ونادراً ما يقدم الشاحن على شراء
حاوية لاستخدامها فى نقل بضائعه، إذ بغض النظر عن ثمنها ليس من المؤكد
دوماً أن يعاود هذا الشاحن إرسال بضائع أخرى عبر الحاوية. وحتى إذا كان
الشاحن من المصدرين الذين يعتادون استخدام الحاويات فى تنفيذ ما يبرمونه
من بيوع بحرية فقد يختلف وزن أو حجم ونوع البضاعة من رحلة إلى أخرى
بما يتطلب تغيير نوع الحاوية ذاتها. أخيراً وفى ظل نظام الحاويات النمطية

ذات الأبعاد المحددة قد لا يحتاج الشاحن عادة إلى المساحة الكلية للحاوية فيعود عليه شراؤها حينئذ بالخسارة.

إزاء ما تقدم فالغالب أن تكون الحاوية محلا لعقد إيجار يلتزم بمقتضاه المؤجر، والذي قد يكون الناقل نفسه أو إحدى الشركات المتخصصة، بوضع الحاوية تحت تصرف المستأجر، الشاحن أو الوكيل بالعمولة للنقل^(١)، لمدة محددة في مقابل أجر معين. وفي هذه الحالة يختلف الوضع القانوني لعقد إيجار الحاوية بحسب ما إذا كانت مقدمة من جانب الناقل أم من جانب إحدى الشركات العاملة في هذا المجال.

الفرع الأول

الحاوية المقدمة من الناقل والملاقة بين عقد الإيجار وعقد النقل البحري

٨- شراء الحاويات لأجل تأجيرها أو استئجارها بقصد إعادة تأجيرها:

تجرى عادة الناقلين البحريين على شراء الحاويات من الشركات المصنعة لها ثم وضعها تحت تصرف الشاحنين الراغبين في استخدامها لتنفيذ عقد النقل البحري المبرم بينهم. ويعتبر العقد الذي يربط الناقل بالشاحن فيما يخص تقديم الحاوية بمثابة إيجار مال منقول^(٢)، ومن ثم فهو يخضع كأصل

(١) وقد عرفت المادة ٢٧٣ من التقنين التجارى المصرى الوكالة بالعمولة للنقل بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يبرم باسمه ولحساب موكله عقدا لنقل أشياء أو عقد نقل أشخاص وبأن يقوم عند الإقتضاء بالعمليات المرتبطة بهذا النقل". أنظر فى الإطار القانونى للوكالة بالعمولة للنقل ومسئولية الوكيل بالعمولة للنقل بوجه عام، د. سوزان على حسن، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣.

(٢) Tribunal Commercial, Nanterre, 1^{er} mars 1996 et CA Versailles, 12^e ch., Sect.1, 14 janvier 1999, DMF 1999, p. 933. obs. cl. Humann.

عام للأحكام التي يتفق عليها الطرفان المتعاقدان^(١) ثم للقواعد العامة المقررة في القانون المدني لعقد إيجار المنقول. ولا يغير من وصف العقد بأنه إيجار منقول إحتفاظ الناقل المؤجر بالسيطرة على الحاويات وحراستها منذ شحنها على سفينته وحتى بلوغها ميناء الوصول. ويدعم هذا القول أن تلك الحراسة أو السيطرة لا تحول دون انتفاع المرسل المستأجر بالحاوية واستعمالها لفترة موقوتة بغرض الاطمئنان ومراقبة البضاعة المنقولة بداخلها خلال الرحلة البحرية^(٢).

وتطبيقاً لنص المادة ٥٧٦ من التقنين المدني يضمن الناقل مؤجر الحاوية للمستأجر جميع ما يوجد فيها من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع انتقاصاً كبيراً طالما أن المستأجر لم يكن على علم بتلك العيوب وقت التعاقد^(٣). وإذا لحق المستأجر ضرر من العيب موضوع الضمان

(١) وقد يتضمن العقد شرطاً يلتزم بمقتضاه الناقل مقدم الحاوية ليس فقط بضمان الانتفاع الهادئ بالحاوية المؤجرة بل وأيضاً صيانتها خلال مدة الإيجار. وعندئذ تحسب أجرة الحاوية على أساس الانتفاع بهيكلها و ببعض الخدمات الأخرى التي يقدمها الناقل. لذلك يطلق على العقد في هذه الحالة إيجار - خدمات (Location-Service). وقد تكون الحاوية محلاً لعقد إيجار تمويلي Crédit- bail وفيه تقوم إحدى المؤسسات المالية بشراء حاوية أو أكثر من الشركة المصنعة لحساب المستأجر. وبانتهاء العقد يتعين على هذا المستأجر إعادة الحاوية إلى مقدمها الذي يجوز له إعادة بيعها إلى البائع الأصلي (المصنع). ويستطيع هذا الأخير أن يعيد بيع الحاوية إلى المستأجر بمقتضى عقد بيع مستقل تماماً عن عقد الإيجار. بيد أن مثل هذه العملية قليلاً ما تحدث نتيجة تآكل الحاويات وعدم قابليتها للاستعمال بعد مرور بضع سنوات.

Veaux - Fournier, op. cit, p. 14.

(٢) تقضى المادة ٥٧١، فقرة أولى، من التقنين المدني بأنه "على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع".

(٣) CA Montpellier, 2^e ch. A, 24 novembre 1992, BTL 1993, p. 163.

التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود هذا العيب^(١). فى المقابل يلتزم الشاحن مستأجر الحاوية بدفع أجرة هذه الأخيرة^(٢) وفقا لما تم الاتفاق عليه^(٣) علاوة على التزامه بردها عند انتهاء الإيجار^(٤).

وإذا كان الأصل هو امتلاك الناقلين البحريين للحاويات التى يقدمونها إلى الشاحنين بغرض الانتفاع بها، فإنه يحدث أحيانا أن يكون هؤلاء الناقلين فى الأساس مستأجرين لتلك الحاويات، بيد أن هذا الوضع يظل استثنائيا بسبب الكلفة الباهظة للإيجار. وفى مثل هذه الحالة تنطبق أحكام الإيجار من الباطن^(٥)، وبالتالي يعد الناقل كمستأجر أصلى للحاوية مسؤولا فى مواجهة الشاحن المستأجر من الباطن عن أية عيوب تظهر فيها ولو كانت عيوباً خفية. وإذا اضطر الناقل إلى تعويض الشاحن عن الأضرار اللاحقة به من جراء هذه العيوب كان له الرجوع بالتعويض على الشركة المصنعة أو البانية للحاوية^(٦).

وجدير بالإشارة أنه فى النقل متعدد الوسائط قد يعهد الشاحن إلى الناقل الأول الذى قدم له الحاوية بأن يتعاقد لحسابه على نقل الحاوية مع الناقل الثانى.

(١) المادة ٥٧٧، فقرة ثانية، من التقنين المدنى.

(٢) ويجرى العمل على إدخال أجرة الحاوية فى الثمن الإجمالى للعملية التى يقوم بها الناقل البحرى (وضع الحاوية تحت تصرف الشاحن وإرسالها إلى ميناء الوصول). وفى هذه الحالة تحسب أجرة النقل على أساس أن الناقل هو فى الوقت ذاته مؤجر الحاوية. وطالما أن تقديم الحاوية يتخذ شكل المعاوضة فإنه من المسبب إنزال وصف عارية الاستعمال Prêt à usage باعتبار أن هذه الأخيرة لا تكون إلا تبرعا، فهى طبقا لنص المادة ٦٣٥ من التقنين المدنى "عقد يلتزم به المعتبر أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عمد من أجل مدة معينة أو فى غرض معين، على أن يردده بعد الاستعمال".

(٣) المادة ٥٨٦ من التقنين المدنى.

(٤) المادة ٥٩٠ من التقنين المدنى.

(٥) CA Paris, 13 septembre 1989, BTL 1990, p. 151.

(٦) CA Aix-en-Provence, 2^e ch. Civ., 31 mai 1990. BTL 1990, p. 663.

وحينئذ تكون للناقل الأول صفتان: صفته كناقل للحاوية فى النقل الأول، وصفته كوكيل بالعمولة للنقل بالنسبة للنقل الثانى حيث يبرم عقد نقل الحاوية باسمه ولكن لحساب موكله الشاحن^(١).

أخيراً وبصرف النظر عن تجارية عقد النقل البحرى للبضائع بواسطة الحاويات فإن شراء الناقل للحاويات بقصد تأجيرها وكذلك تأجير هذه الحاويات أو استئجارها بقصد تأجيرها وكذلك التأجير فى ذاته، كل ذلك يندرج فى عداد الأعمال التجارية المنفردة طبقاً لنص المادة الرابعة، فقرة (أ) و (ب) من التقنين التجارى، ومن ثم تخضع المنازعات المتعلقة بها لقواعد القانون التجارى.

٩ - عقد تأجير الحاوية وعقد النقل البحرى: إرتباط أم إنفصال:

من المسلم به أن السفينة تمثل، إن صح التعبير، العمود الفقرى للقانون البحرى بوصفها الأداة الرئيسية للملاحة البحرية التى تنظمها أحكام هذا القانون. وقياساً على ذلك تعتبر الحاوية أيضاً بمثابة المحور الأساسى الذى تركز حوله عملية النقل البحرى للبضائع بواسطة الحاويات، أحد أهم أنواع الملاحة البحرية التجارية. وتزداد أهمية الدور الذى تلعبه الحاوية البحرية إذا كان الناقل هو الذى قدمها للشاحن، إذ يتولى هو بعد تعبئتها توصيلها إلى الميناء المقصود. وعليه إذا ارتأى الشاحن ضرورة تحوية بضاعته أمكننا القول حينئذ أنه بدون الحاوية لا يمكن حتماً إبرام عقد النقل أو على الأقل تنفيذه. ومن هنا يصبح التساؤل منطقياً عن علاقة عقد إيجار الحاوية بعقد النقل البحرى وما إذا

CE, 25 juillet 1986, Sté Sea Land Service: JCP G 1987, IV, 54.

(١)

كان من الممكن اعتبار الأول تابعا للثاني أم أن لكل منهما على العكس ذاتيته
المستقلة؟

١٠- تأرجح القضاء الفرنسى فى حل المسألة:

لم تتخذ المحاكم الفرنسية عند طرح المسألة عليها موقفا موحدا بل
جاءت أحكامها فى البداية متباينة وشهدت حالة من التردد إزاء مدى التأثير
الذى يمارسه عقد النقل البحرى على عقد إيجار الحاوية خصوصا وأن
أطرافهما واحدة علاوة على أن العقد الثانى لازم إيرامه لتنفيذ العقد الأول.

فعلى جانب من الرأى اتجهت بعض الأحكام إلى التأكيد على انفصال
عقد إيجار الحاوية المقدمة من الناقل عن عقد النقل البحرى ذاته^(١). وفى
محاولة لتحليل وجهة النظر المتقدمة قضت إحدى المحاكم الفرنسية فى دعوى
منظورة أمامها^(٢) بأن "عملية النقل التى تتم بواسطة حاوية مؤجرة من الناقل
لا تشكل فى مجملها عقد نقل واحد يجسده سند الشحن ولا حتى عقدا مركبا؛ بل
هى تغطى إتفاقيين منفصلين لكل منهما ذاتيته الخاصة من دون أى رابطة بينهما
غير قابلة للتجزئة أو ارتباط قانونى، إذ أن التفاوت بين أجره للنقل ومقابل
إيجار الحاوية لا يسمح بوجود وحدة تعاقدية ولا باعتبار عقد الإيجار عقدا
ثانويا بالنسبة لعقد النقل، وإذ أن وجود العقد الثانى لا يشترط وجود العقد الأول
لأنه بحسب تجهيز السفينة قد لا يحدث إيجار لحاوية فى الأساس أو ينعقد العقد
مع شخص من الغير أجنبى عن عقد النقل، وإذ أنه حتى ولو كانت السفينة لا

CA Aix-en-Provence, 19 Février 1987, navire Emalda, DMF 1988, (١)
P. 757; CA Aix-en-Provence, 2^e ch. Civ., 9 décembre 1999, navire Jolly
Rubino, DMF 2000, p. 914, obs. Y. Tassel.

CA Versailles, 12^e ch., Sect.1, 14 jany. 1999, navire st Georges, DMF (٢)
1999, p. 933, obs. CL. Humann.

تحتوى على عنابر مبردة فإن سبب استتجار حاويات مبردة ليس عقد النقل وإنما الانتفاع بهذه التجهيزات للحفاظ على البضائع تبعا لخصائصها، وإذ أنه بافتراض أن عقد الإيجار تابع لعقد النقل فإن هذا الوضع لا يمكن أن يودى إلى إدغام الأول فى الثانى وبالتالى افتقاده لنظامه القانونى الخاص " (١).

فى المقابل وعلى جانب آخر شددت أحكام أخرى على الصلة بين عقدى إيجار الحاوية والنقل البحرى وطابع التبعية الذى يحمله العقد الأول فى علاقته بالثانى، بل وصل الأمر إلى حد وصف هذه التبعية فى بعض الحالات بأنها منيعة *insurmontable* لا يمكن فصمها من الناحية القانونية^(٢). وقد أبدت بعض المحاكم^(٣) تمسكها بهذا الرأى حينما ذهبت إلى تطبيق أحكام التقادم الخاصة بالدعاوى الناشئة عن عقد النقل على الدعاوى التى يقيمها المرسل تأسيسا على عقد الإيجار^(٤). كذلك قضى بأن القواعد المتعلقة بالنقل البحرى قابلة للانطباق على مسؤولية الناقل عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة بسبب عيب فى عزل الحاوية التى قدمها^(٥).

بيد أنه أخذ على الاتجاه المتقدم صعوبة التمييز فى بعض الحالات بين مسؤولية الناقل بوصفه هذا ومسئوليته بوصفه مؤجرا للحاوية كما لو كانت الحاوية التى تسلمها المرسل من الناقل مستهلكة وانتهى الأمر أثناء نقلها إلى

(١) انظر فى ذات المعنى أيضا:

CA Aix-en-Provence, 9 décembre 1999: Juris-Data n° 1999 – 125598; CA Paris, 5^e ch., A, 6 mai 1998, DMF 1998, p. 1063.

CA Aix-en-Provence, 2^e ch. Civ., 21 juin 1994, BTL 1995, p. 340. (٢)

(٣) انظر على سبيل المثال:

T. Com. Paris, 26 Février 1992, Juris-Data N° 1992 – 040164.

(٤) كما لو تعلق الأمر مثلا بالحالة السينة للحاوية المقدمة من الناقل.

CA Aix-en-Provence, 2^e ch. Civ., 21 juin 1994, BTL 1995 p. 340. (٥)

حدوث ثقب فيها أثر على البضاعة المنقولة بداخلها^(١). لذا فقد كان طبيعياً أن تنتهج بعض المحاكم الأخرى موقفاً مغايراً مؤداه عدم تطبيق تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد النقل على تلك المتولدة عن عقد إيجار الحاوية، إذ أن القول بغير ذلك قد يفضي أحياناً إلى نتائج شاذة. ففي إحدى الدعاوى كان النزاع متعلقاً بتعويض عن المهلة الإضافية للشحن والتفريغ طالب به الناقل مجهز السفينة (ومقدم الحاوية في نفس الوقت) بسبب وقف الحاويات في ميناء الوصول لمدة ثلاث سنوات دون تفريغها بعد رفض السلطات الصحية لمحتواها من البضائع. وقد ارتأت المحكمة في هذه الدعوى أن تطبيق مدة التقادم الخاصة بعقد النقل (سنة واحدة) على دعوى الناقل مؤجر الحاوية يؤدي إلى نتيجة غير معقولة تماماً وهي رفض دعوى المطالبة بالوفاء رغم أن إيجار الحاويات لم تكن مدته قد انتهت بعد. وعليه فقد استندت المحكمة إلى عقد الإيجار على النحو الذي أخضعت معه دعوى الوفاء للتقادم المنصوص عليه في القواعد العامة (عشر سنوات)^(٢).

كذلك قضى بأن "الصلة بين عقد إيجار الحاوية وعقد النقل البحري لهذه الأخيرة لا تكفي لتطبيق الحدود القانونية لمسئوليته الناقل البحري للبضائع المنصوص عليها في القواعد العامة على الناقل الذي قدم حاوية غير معزولة لأن مسئوليته في هذه الحالة لا تخضع لعقد النقل"^(٣).

(١) أنظر في هذا المعنى:

Veaux – Fournerie, Transport par conteneur, J. cl. transport, 2003, p. 14.

CA Aix-en-Provence, 19 Février 1987, DMF 1988 p. 757. (٢)

وأنظر في ذات المعنى أيضاً:

CA Aix-en-Provence, 25 mai 1988, Revue Scapel 1990, p. 7; Trib.

Com. Nanterre, 1^{er} mars 1999, P. 598; CA Versailles, 12e ch., sect. 1, 14 janvier 1999, DMF 1999 p. 933, obs. Cl. Humann.

CA Paris, 5^e ch., 14 novembre 1984, DMF 1986, p. 282 et DMF 1987 p. 137. (٣)

١١ - مظاهر الانعكاس القانوني للعلاقة بين عقد إيجار الحاوية وعقد النقل البحري:

هذا وتتضح أهمية بيان حدود العلاقة بين عقد إيجار الحاوية وعقد النقل البحري فيما ترتبه من آثار سواء على مستوى مسؤولية الناقل أم المركز القانوني للغير. وما يثير اللبس في هذا الصدد أن الناقل في العقدین السالفین طرف مشترك مما يوحي للوهلة الأولى بشئ من التداخل بين نطاق تطبيق كل منهما:

والأصل بداءة أن النطاق الزمني لمسئولية الناقل البحري يتحدد بالفترة بين تسلمه البضائع في ميناء الشحن وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها^(١). ويقوم سند الشحن، وهو الإيصال الذي يصدره الناقل أو الربان، حجة على أن الناقل قد تسلم كمية البضائع الواردة فيه وعلى أنه قد تسلمها بالحالة والكيفية الموصوفة في السند. هنالك ينبغي التأكيد على أن قيام الناقل بتقديم الحاوية أو بوضعها تحت تصرف المرسل لا يؤدي بحد ذاته إلى تغيير لحظة تسلم البضاعة. فطالما أن البضاعة لم يتم تعبئتها داخل الحاوية وتسلم الناقل هذه الأخيرة فإنه يكون تجاوزا للحقيقة القول بأن الناقل قد تسلم البضاعة ومن ثم أصبح مسئولاً عنها^(٢). هذه المسئولية لا يتحملها الناقل كما قدمنا إلا منذ تحريره سند الشحن وتوقيعه أو من ينوب عنه إياه^(٣).

-
- (١) المادة ٢٢٧، فقرة أولى، من التقنين البحري ويقابلها المادة الرابعة من إتفاقية هامبورج.
- (٢) أنظر في هذا المعنى:
- CA Aix-en-Provence 9 décembre 1999, DMF 2000, p. 914 obs. Y. Tassel; DMF, Hors Série, n° 5, mai 2001, p. 63, obs. Bonassies.
- (٣) المادة ٢٠٢، فقرة ثانية، من التقنين البحري.

١٢- أولا: أثر العلاقة بين العقدین على مسؤولية الناقل البحري:

من المسلم به أن نقل البضاعة من ميناء القيام إلى ميناء الوصول هو الالتزام الرئيسي للناقل في عقد النقل البحري، ذلك الالتزام الذى يتفرع عنه إلتزام الناقل بالمحافظة على البضاعة أثناء الفترة التى تتواجد فيها تحت حراسته. وحرصا من المشرع البحرى على دفع الناقل نحو تنفيذ تلك الإلتزامات فقد ألزمه أيضا قبل بدء السفر بأن يعد السفينة إعدادا حسنا لتكون صالحة للملاحة وأن يجهزها ويزودها بالمهمات والغرف الباردة والمبردة وسائر أقسام السفينة المعدة لشحن البضائع^(١).

وإذا كانت الإلتزامات السابقة تتلائم مع النقل البحرى العادى للبضائع فإن النقل بواسطة الحاويات يتطلب إضافة إلتزام آخر على عاتق الناقل بتقديم حاوية فى حالة صالحة للاستخدام طبقا للغرض المخصصة له. ويساعد تنفيذ هذا الإلتزام على تسليم البضاعة إلى المرسل إليه بالحالة التى تم استلامها عليها. وترتبط على ذلك إذا كانت الحاوية المقدمة من الناقل معيبة (غير معزولة على سبيل المثال) أو فى حالة سينة فإنه يعد مسئولا كمؤجر عما يسببه هذا العيب أو تلك الحالة من أضرار تلحق بالبضاعة المنقولة داخل الحاوية^(٢) وتظل مسؤوليته قائمة حتى ولو كان العيب غير ظاهر باعتبار أنه ضامن للعيوب الخفية فى مواجهة المستأجر.

(١) المادة ٢١٤ من التقنين البحرى وتقابلها المادة الثالثة، فقرة أولى، من معاهدة سندات الشحن.

(٢) CA Rouen, 9 janvier 2000, DMF 2001, p. 900, obs. Y. Tassel.

كذلك يعتبر باطلا بطلانا مطلقا أى شرط يرد فى سند الشحن ويكون من شأنه إعفاء الناقل من المسؤولية التى تقع على عاتقه طبقا للقانون^(١)، كما لو نص فى السند على عدم مسؤليته عن الأضرار التى يمكن أن تحدث نتيجة خلل فى نظام التبريد الملحق بالحاوية. ومع ذلك إذا أثبت الناقل مؤجر الحاوية أن هذه الأخيرة كانت فى حالة تشغيل جيد قبل تعبئتها فإنه لا يعد مسؤولا عما يحدث للبضائع من أضرار بسبب خلل طرأ على الحاوية أثناء الرحلة^(٢).

وقد قضى فى هذا الصدد أيضا بأنه إذا كانت الحاوية التى قدمها الناقل قد تم تعبئتها بالبضاعة تبعا لتعليماته وجرى شحنها على السفينة، فإنه يعد مسؤولا كناقل عما عسى يصيب هذه البضاعة من أضرار نتيجة تكون بخار بالداخل مماثل لذلك الموجود بعنابر السفينة^(٣). وفى ذلك إعمال لنص المادة ٢١٥، فقرة ثانية، من التقنين البحرى والتى تقضى بأن "يلتزم الناقل بالمحافظة على البضائع التى تشحن على السفينة". فالترام الربان كممثل للناقل لا يقتصر على رص الحاويات على السفينة عند القيام، بل عليه أيضا أن يراقب هذا الرص ويعنى بالحاويات طيلة الرحلة البحرية. فهو يقوم بتهوئتها إذا تطلب الأمر ذلك وإعادة رصها إذا انتقلت من مكانها بسبب اهتزاز السفينة.

وفى كل الأحوال يجب على المرسل المستأجر أن يكون حريصا عند التحقق من حالة الحاوية المقدمة إليه قبل قبولها. ومن ثم يحدث أحيانا أن تكون الأضرار اللاحقة بالبضاعة المنقولة داخل الحاوية بسبب خطأ مشترك للناقل

(١) ويعد ذلك تطبيقا للمادة ٢٣٦ من التقنين البحرى (المادة ٢٣، فقرة أولى، من معاهدة هامبورج لعام ١٩٧٨).

(٢) CA Paris, 5^e ch., Sect. A, 23 octobre 2002, BTL 2002, p. 831.

(٣) Cass. Com., 16 juillet 1985, DMF 1987, p. 283; DMF 1988, p. 150, obs. P. Bonassies.

المؤجر والمرسل المستأجر. وفي هذه الحالة توزع المسؤولية عليهما بحسب نصيب خطأ كل منهما في وقوع الضرر^(١).

١٣ - حكم حديث محكمة النقض الفرنسية وذاتية عقد إيجار الحاوية:

تلك كانت أمثلة أردنا من خلالها إيضاح معالم مسؤولية الناقل سواء بوصفه مؤجر للحاوية أم ناقل لها، وذلك في إطار العلاقة القائمة بين عقد إيجار الحاوية (المقدمة من الناقل) وعقد النقل البحري. وبرغم اختلاف قضاء الموضوع في فرنسا حول تفسير حدود هذه العلاقة على نحو ما أسلفنا فالغالب من الأحكام في الوقت الحاضر تتجه نحو إعطاء عقد إيجار الحاوية ذاتيته الخاصة استقلالاً عن عقد النقل البحري للحاوية نفسها. وهذا ما أكدته ضمناً الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها عام ٢٠٠٢^(٢). وكانت الدعوى المنظورة آنذاك قد أثير خلالها مسؤولية الناقل البحري مقدم الحاوية تحت مظلة القانون رقم ٤٢٠-٦٦ الصادر في ١٨ يونيو عام ١٩٦٦

CA Versailles, 16 juin 1988, DMF 1989 p. 465.

(١)

جدير بالإشارة أن معاهدة سندات الشحن وبعض القوانين الوطنية (كقانون التجارة البحرية اللبناني) لا تغطي المرحلة السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ (المادة ٢٠٨، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية اللبناني). وتبعاً لذلك لا شئ يمنع في ظل أحكام المعاهدة أو القانون اللبناني من النص في سند الشحن على إعفاء الناقل من المسؤولية بوصفه مؤجر للحاوية إذا قبل المرسل المستأجر الحاوية دون إيداء أي تحفظات عليها. أنظر في صحة هذا الشرط:

CA Rouen 7 février 1985, DMF 1987 p. 510.

أما في ظل التقنين البحري المصري فالوضع يختلف حيث يطبق المشرع مبدأ وحدة عقد النقل البحري والذي مؤداه أن عقد النقل لا يقتصر على المرحلة البحرية فحسب، بل يغطي أيضاً مرحلة أخرى غير بحرية تشمل العمليات السابقة على الشحن وتلك اللاحقة للتفريغ. ومن ثم حتى ولو كانت عيوب الحاوية مرتبطة بعقد الإيجار فإن الأضرار اللاحقة بمحتواها من البضائع يتحمل مسؤوليته الناقل البحري بمجرد تسلمه الحاوية مملوءة من المرسل.

Cassation commercial, 5 mars 2002, DMF 2002 p. 969.

(٢)

والمتعلق بالنقل البحري. وفي معرض حكمها قضت المحكمة بأنه "أيا كان أساسها فإن دعوى المسؤولية ضد الناقل بسبب الخسائر والأضرار اللاحقة بالبضاعة منذ لحظة تسلمها وحتى تسليمها لا يمكن أن تقام إلا طبقاً للشروط والحدود المنصوص عليها في الباب الرابع من القانون".

ومما تجدر ملاحظته في هذا المقام أن احتفاظ عقد إيجار الحاوية باستقلاله وذاتيته الخاصة في علاقته بعقد النقل البحري لا ينتج آثاره فحسب بالنسبة لدعوى المسؤولية التي يقيمها المرسل ضد الناقل بل والعكس أيضاً. فقد تكون الدعوى مرفوعة من الناقل على المرسل^(١)، وفي هذه الحالة حيث يندرج النزاع في إطار عقد الحاوية يجب تطبيق القواعد العامة وليس تلك المتعلقة بعقد النقل.

وفي مجال تأثر مسؤولية الناقل البحري مقدم الحاوية بنوع العلاقة التي تربطه بالمرسل الشاحن مستأجر الحاوية يتوجب تحديد النظام القانوني الذي تخضع له عملية النقل، وذلك نظراً لاختلاف نطاق تلك المسؤولية من نظام لآخر.

بداءة نصت المادة الأولى، فقرة هـ، من معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤^(٢)، والمعدلة ببروتوكول بروكسل في ٢٣ فبراير عام ١٩٦٨^(٣)، على

(١) أنظر حكم محكمة استئناف أكس أون برفانس الصادر في ١٩ فبراير عام ١٩٨٧، سالف الإشارة إليه ص ٣٢ هامش رقم ٢.

(٢) المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن والصادرة في بروكسل في ٢٥ أغسطس عام ١٩٢٤. وقد وافقت مصر على هذه المعاهدة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠، وصدر المرسوم بإصدارها في ٣١ يناير عام ١٩٤٤ على أن يعمل بها ابتداء من ٢٩ مايو عام ١٩٤٤.

(٣) وقد أطلق على هذا البروتوكول اسم "قواعد وسبي" ودخل حيز التنفيذ في ٢٣ يونيو عام ١٩٧٧. وكانت مصر قد وافقت على البروتوكول المذكور بمقتضى قرار رئيس =

أن "نقل البضائع ينسحب إلى الوقت الذي ينقضى بين شحن البضائع في السفينة وبين تفريغها منها". وطبقا لهذا النص فإن أحكام المعاهدة لا تسرى إلا على المرحلة البحرية فحسب والتي تبدأ بشحن البضائع على السفينة لحين تفريغها منها. ومن ثم إذا كان الضرر الذي لحق بالبضاعة المنقولة داخل الحاوية قد وقع قبل شحنها على متن السفينة فإنه لا يجوز مساءلة الناقل بموجب عقد النقل.

وقد أكد القضاء الفرنسي مرارا على هذا الحكم، ففي إحدى الدعاوى الحديثة كانت سندات الشحن محررة في أبديجان^(١) وكانت البضاعة موضوع هذه السندات قد أصابها البلل بماء الوحل أثناء مكوث الحاويات التي تحتويها على رصيف بميناء أبديجان. ولم يكن ممكنا طبقا لوقائع الدعوى مساءلة مقدم الحاوية بوصفه ناقلا نظرا لوقوع الضرر خارج فترة النقل البحري، وفيما يتعلق بكونه مؤجرا للحاوية قررت المحكمة أنه إذا كان واجبا على الحاوية حماية البضائع ضد تقلبات الجو إلا أنه لا يمكنها ضمان العزل الكامل حال انغمارها في مادة سائلة، ومن ثم كان قضاؤها بعدم مسؤلية مقدم الحاوية عن بلل البضائع الحاصل لها قبل شحنها^(٢).

أما إذا كانت عملية النقل تخضع للتقنين البحري المصري أو حتى قواعد هامبورج لعام ١٩٧٨ فإن الأمر يختلف. فقد نصت المادة ٢٢٧، فقرة أولى، من التقنين على أن "يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلّم الناقل البضائع في ميناء الشحن، وبين قيامه في

=الجمهورية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٨٢ في ٢٣ سبتمبر عام ١٩٨٢ وصدر قرار وزير الخارجية بنشره والعمل به اعتبارا من ٣٠ إبريل عام ١٩٨٣.

(١) جدير بالإشارة أن ساحل العاج تدرج ضمن الدول المصدقة على معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤.

(٢) CA Aix-en-Provence, 9 décembre, DMF 2000, p. 919, obs. Y. Tassel.

ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها، أو إيداعها طبقاً للمادة السابقة^(١). ففي هذا النطاق الزمني تسرى أحكام المسؤولية المنصوص عليها في التقنين البحري. أما خارجه، أي ما قبل هذه المدة أو ما بعدها، فتخضع مسؤولية الناقل للقواعد العامة في المسؤولية، ومن ثم يجوز الاتفاق بشأنها على شروط الإعفاء من المسؤولية تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية.

وقد أتى التقنين المصري في حكمه المتقدم على غرار قواعد هامبورج والتي نصت في مادتها الرابعة، فقرة أولى، على أن "مسئولية الناقل عن البضائع بموجب هذه الاتفاقية تشمل المدة التي تكون فيها البضائع في عهدة الناقل في ميناء الشحن وأثناء النقل وفي ميناء التفريغ". وتعتبر البضائع في عهدة الناقل، طبقاً للفقرة الثانية من ذات المادة، بدءاً من اللحظة التي يتلقى فيها البضائع من الشاحن أو من أى شخص يعمل لحسابه أو من سلطة أو طرف ثالث توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء الشحن تسليم البضائع له لغرض الشحن. وتظل البضائع تحت حراسة الناقل حتى لحظة تسليمها إلى المرسل إليه أو وضعها تحت تصرفه وفقاً للعقد أو القانون أو العرف المتبع في التجارة المعنية بميناء التفريغ وذلك في الحالات التي لا يتسلم فيها المرسل إليه البضائع من الناقل، أو تسليمها إلى سلطة أو طرف ثالث توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء التفريغ تسليم البضائع إليه. وعليه وخلافاً لمعاهدة سندات الشحن فقد أدمجت إتفاقية هامبورج وكذلك التقنين البحري المصري في نطاق النقل البحري المرحلة البرية السابقة على الشحن وتلك اللاحقة للتفريغ بالإضافة إلى المرحلة البحرية التي تفصل بين الشحن والتفريغ.

(١) وتتص المادة ٢٧، فقرة أولى، من القانون الفرنسي الصادر في ١٨ يونيو عام ١٩٦٦ على أن "الناقل مسئول عن الخسائر والأضرار التي تلحق بالبضائع منذ استلامها وحتى تسليمها".

وسواء أكانت القواعد القابلة للإنطباق هي قواعد التقنين البحري المصري أم قواعد هامبورج ينبغي التمييز بين ما إذا كان الحادث المسبب للضرر قد وقع قبل إبرام عقد النقل (أو على الأقل قبل تسلم الناقل للحاوية) أو بعد تسلمه إياها.

ولا تتور أية مشكلة فيما لو حدثت الواقعة مصدر الضرر قبل تسلم الناقل للحاوية بمحتواها من البضائع. ففي هذه الحالة حيث لا تكون فترة النقل البحري قد بدأت في السريان لا يمكن مسائلة مقدم الحاوية كناقل طبقاً لقواعد التقنين البحري، وإن جاز اعتباره مسنولاً عن الضرر بوصفه مؤجراً للحاوية⁽¹⁾.

على العكس فقد دار الجدل في الحالة التي يكون فيها الناقل قد ألقى على عاتقه عبء المحافظة على البضاعة، وذلك من خلال تسلمه الحاوية بموجب عقد النقل الذي أبرمه مع المرسل. والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هنا يتعلق بما إذا كان ثم تلازم بين مسئولية الناقل البحري للحاوية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في التقنين البحري وبين ضرورة وقوع الحادث المسبب لأضرار البضاعة في فترة النقل البحري حيث تكون البضاعة تحت حراسته، أم أنه يجوز للمضرورين الاستناد في دعواهم إلى إخلال الناقل بواجباته كمؤجر للحاوية؟

ولدى إجابته على هذا التساؤل لم يكن القضاء الفرنسي فيما سبق ليرتكز على لحظة بدء عملية النقل البحري بقدر ما كان يحاول الربط بين الضرر اللاحق بالبضاعة المنقولة داخل الحاوية وبين عيوب هذه الأخيرة.

CA Rouen, 2^e chambre civil 18 décembre 1997: juris- Data N° (1)
1997-056654.

بعبارة أخرى كان جائزا وفقا لهذا القضاء مسائلة الناقل البحري للحاوية عن الأضرار اللاحقة بمحتواها ليس استنادا لاخلاله بالتزاماته كناقل وإنما تأسيسا على إخلاله بالتزاماته كمؤجر. ومن أبرز تلك الالتزامات على وجه الخصوص الالتزام بضمان العيوب الخفية^(١) وكذلك الإلتزام بالصيانة. فقد قضى فى هذا الصدد بأن "الناقل البحري الذى وضع حاوية مبردة تحت تصرف الشاحن وتعهد بموجب عقد بتقديم جهاز قادر على الاحتفاظ بدرجة حرارة معينة داخل الحاوية، يعتبر مسنولا عن الأضرار اللاحقة بالأفلام وغيرها من مواد التصوير والناجمة عن عيب فى الوحدة الحرارية، وهو عيب مرتبط بخلل فى الصيانة التى يلتزم بها الناقل مقدم الحاوية"^(٢). وفى نفس الاتجاه ذهبت محكمة استئناف فرساي إلى أنه "حتى ولو أعتبر عقد إيجار الحاوية تابعا لعقد النقل البحري، فإن هذا الوضع لا يمكن أن يؤدي إلى دمج الأول بالثانى وبالتالي فقدانه نظامه القانونى الخاص به". وقد استندت المحكمة فى حكمها الصادر ضد الناقل البحري على قواعد القانون المدنى المتعلقة بإيجار المنقولات مستبعدة بذلك التقادم الناشئ عن عقد النقل البحري^(٣).

وقد ظل موقف المحاكم الفرنسية على هذا الحال إلى أن صدر حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير فى ٥ مارس عام ٢٠٠٢ والذى نقض حكم محكمة فرساي سالف الذكر. وفى واقع الأمر لم تأت الغرفة التجارية فى المحكمة بجديد فى هذا الشأن، بل كل ما فعلته هو أنها أوضحت صحيح

(١) انظر مثلا على ذلك:

CA Rouen, 2^e chambre civile, 2 décembre 1982, DMF, 1983, p. 295, note R. Achard.

Cass. Com. 13 juin 1995, C^{ie} Générale Maritime (CGM) c/soc. (٢)
Commercial union assurance Company (PLC) et a., BTL 1996, p. 79.

CA Versailles, 12^e ch. 1^{re} Sect., 14 janvier 1999, DMF 1999, p. 933, (٣)
obs. Cl. Humann.

نصوص القانون وأعطتها قيمة القواعد المتعلقة بالنظام العام^(١). فقد أقرت المادة ٢٧ من القانون الفرنسى الخاص بعقود الإيجار والنقل البحرى لعام ١٩٦٦ بمسئولية الناقل عن أى خسارة أو ضرر تتعرض له البضائع منذ استلامها وحتى تسليمها ما لم يثبت الناقل عكس ذلك^(٢). كما أخضعت المادة ٣٢، فقرة أولى، من القانون دعوى المسئولية المقامة ضد الناقل لتقادم قصير مدته سنة^(٣). وأخيرا أكدت المحكمة على ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من ذات المادة ٣٢ من أنه "لا يجوز إقامة دعوى المسئولية ضد الناقل عن الخسائر والأضرار اللاحقة بالبضاعة منذ تسلمها وحتى تسليمها إلا طبقا للشروط والحدود المنصوص عليها فى الفصل الرابع من القانون".

وكانت الدعوى المطعون فى حكمها تتعلق بحاويتين مبردتين تحملان بضائع ذات نوعية تتطلب حفظها فى درجة حرارة معينة. وقد تم شحن الحاويتين فى ميناء لوهافر الفرنسى على متن السفينة CGM Saint-Georges بغرض نقلهما بحرا إلى ميناء دجراد Degrad فى كان، وذلك بواسطة الشركة العامة البحرية الجنوبية (CGM) La Compagnie générale maritime Sud وعند وصول البضائع لوحظ إصابتها ببعض الأضرار فما كان من شركات التأمين إلا أن قامت بتعويض الشركة المرسله (الشاحن) لتحل بعد ذلك محلها فى حقوقها تجاه الناقل مقدم الحاويات.

Veaux – Fournerie, op. cit, p. 17.

(١)

أنظر فى طبيعة مسئولية الناقل البحرى وحالات الإعفاء منها طبقا للقانون الفرنسى:

(٢)

R. Gouilloud, op. cit. p. 373 et s.

جدير بالإشارة أن مدة تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحرى للبضائع طبقا للقانون المصرى سنتان تبدأ من تاريخ تسليم البضائع أو من التاريخ الذى كان يجب أن يتم فيه التسليم (المادة ٢٤٤، فقرة أولى، من التقنين البحرى المصرى).

(٣)

"وحيث أنه بموجب المادة ١٧٢١ من التقنين المدني الفرنسى يتوجب على الشركة الناقلة بوصفها مؤجرة الحاويات ضمان الأضرار الناشئة عن أى عيوب أو تلف بالشئ المؤجر وتعويض الشركة المرسله عنها حتى ولو لم تكن على علم بهذه العيوب عند إبرام عقد الإيجار".

"وحيث إنه تبين للمحكمة قيام الشركة الناقلة بعد شحن الحاويات على السفينة بإبلاغ الشركة الشاحنة عن حدوث عطل فى الحاويتين المبردتين وأن جزءا من البضاعة قد تم نقله إلى الغرف المبردة الموجودة فى السفينة، وأن وقوع الأضرار ناجم عن توقف سلسلة التبريد عن العمل. ولما كان هذا يؤدي إلى القول بأن الأضرار اللاحقة بالبضاعة قد وقعت فى الفترة بين تسلمها وتسليمها بواسطة الشركة الناقلة فإن هذه الأخيرة لا يمكن أن تكون مسؤولة عن تلك الأضرار إلا طبقا للشروط والحدود المنصوص عليها فى الفصل الرابع من القانون". وانتهت محكمة النقض فى منطوقها إلى أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون ومن ثم استوجب نقضه.

وليس من بادرة شك فيما يحمله توجه حكم محكمة النقض الفرنسية من مزايا للناقلين البحريين مؤجرى الحاويات. فمسنوليتهم داخل إطار قواعد القانون البحرى هى بالتاكيد أخف وطأة من تلك المقررة طبقا للقواعد العامة سواء من حيث حدود المسئولية وحالات الإعفاء منها أم مدة تقادم الدعوى ضدهم. وليس معنى ذلك أن يرى الشاحنون مستأجرو الحاويات وهم بمنأى عن استخدام أى وسيلة للدفاع عن مصالحهم تجاه هذا الوضع، إذ يمكنهم تقديم بيان قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وذكر هذا البيان فى سند الشحن. وهناك لا يجوز للناقل أن يتمسك بالتحديد القانونى لمسئوليته بل يلزم بتعويض الضرر كاملا على أساس القيمة المصرح بها. وفى ذلك تنص المادة ٢٣٤ من

التقنين البحرى المصرى "لا يجوز للناقل التمسك فى مواجهة الشاحن بتحديد المسئولية إذا قدم الشاحن بياناً قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على المحافظة عليها من أهمية خاصة وذكر هذا البيان فى سند الشحن. ويعد البيان المذكور قرينة على صحة القيمة التى عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الناقل الدليل على ما يخالفها". على أن ما يخفف من أثر هذا الإعلان أن الناقل يستطيع تقويض هذه القرينة بإثبات مبالغة الشاحن فيما يعلقه من أهمية على تسليم البضاعة، علاوة على أن مثل هذا التصريح يتم عادة مقابل دفع رسم إضافى فوق أجره النقل إلى الناقل^(١).

وأياً ما كان الأمر فقد أبدى البعض^(٢) تخوفه من انعكاس هذا الارتياح، الذى ولده المبدأ القضائى سالف الذكر فى نفوس الناقلين، على تصرفاتهم سلباً. بعبارة أخرى قد تدفعهم الطمأنينة إلى تقديم حاويات مشكوك فى صلاحيتها أو رديئة. صحيح أن الناقل يفقد حقه فى تحديد المسئولية فى حالتى الغش والخطأ غير المغتفر^(٣) إلا أن الواقع العملى يشهد بصعوبة إثبات هذه العناصر. ومما يدعم هذا الخوف أحياناً أن الناقل مؤجر الحاوية قد يكون فى الأصل مستأجراً لها فيعوزه الوقت للتحقق من صلاحيتها الأمر الذى يجعله يعتمد على التزام المؤجر الأصلى بتقديم حاوية سليمة.

(١) د. محمد فريد العرينى ود. محمد السيد الفقى، القانون البحرى والجوى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٥، ص ٦٢١.

(٢) Veaux – Fourmerie, op. cit. p. 18.

(٣) تنص المادة ٢٤١، فقرة أولى، من التقنين البحرى المصرى على أن "لا يجوز للناقل التمسك بتحديد مسئوليته عن هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير تسليمها إذا ثبت أن الضرر نشأ عن فعل أو امتناع صدر منه أو من نائبه أو من أحد تابعيه بقصد إحداث الضرر أو بعدم أكثرات مصحوب بإدراك أن ضرراً يمكن أن يحدث".

وبغض النظر عن مدى تأثير حكم قضاء النقض الفرنسي على محاكم الموضوع حول تلك المسألة فمن المؤكد أن هذا الحكم، وهو يشجع على التسامح مع الناقلين مؤجرى الحاويات، يخاطب بطريقة غير مباشرة الشاحنين المستأجرين الذين لا يابهون بالتحقق من سلامة الحاوية قبل قبولها. هذا التقصير من جانب الشاحنين يواجهه القضاء بتحميلهم جزءا من تبعة الأضرار التي يتعرضون لها^(١). أكثر من ذلك وحيث نقلت المرحلة السابقة على الشحن من نطاق تطبيق أحكام مسنولية الناقل البحري^(٢) فقد أقر القضاء بصحة الشروط التي تقضى بإعفاء الناقل من المسؤولية طالما قبل المستأجر الحاوية المعروضة عليه من دون أى تحفظ. فكان المستأجر يتخلى فى هذه الحالة عن إقامة دعوى المسؤولية على الناقل بوصفه مؤجرا للحاوية^(٣).

والأصل أخيرا أنه ما دامت الأضرار اللاحقة بالبضاعة المنقولة داخل الحاوية قد حدثت فى الفترة الفاصلة بين تسلّم وتسليم الحاوية فالفرض أنها تجد سببها فى نطاق عملية النقل البحري. وترتيباً على ذلك لا يجوز للشاحن مستأجر الحاوية رفع دعوى المسؤولية عن هذه الأضرار ضد الناقل إلا تأسيساً على قواعد القانون البحري. ومع ذلك، وتقديراً للاصطدام بأحكام تحديد المسؤولية وقصر مواعيد التقادم، يستطيع الشاحن مطالبة الناقل بالتعويض استناداً للقواعد العامة حتى ولو كانت الأضرار أو الخسائر قد تم اكتشافها أثناء فترة النقل البحري أو بعدها^(٤)، بيد أن هذا يتطلب نجاحه فى إثبات عدم ارتباط

(١) CA Versailles, 16 juin 1988 DMF 1989, p. 465; CA Rouen 8 sept. 1994, DMF 1997, p. 264 note Y. Tassel

(٢) كما هو الحال بالنسبة لمعاهدة بروكسل عام ١٩٢٤.

(٣) CA Rouen, 2^e ch. Civ- 7 Février 1985, DMF 1987 p. 510 note R.A.

(٤) Cass. Com., 17 sept. 2002, BTL 2002, p. 623, et Bull. Actual. Lamy Transport, t. 2, n° 82, oct. 2002.

تلك الأضرار بعملية النقل ذاتها. والغالب في هذه الأحوال أن يتم الاستعانة بخبير تكون مهمته إثبات أن الضرر الحاصل للبضاعة ناجم عن عيب أو عطل في الحاوية المستأجرة ظهر أثناء وجودها على متن السفينة.

١٤- ثانيا: أثر العلاقة بين العقدين على التزامات الغير:

وللعلاقة بين عقد إيجار الحاوية وعقد النقل البحري أثرها الفعال أيضا على المركز القانوني لمتعاقدين آخرين غير الناقل كما هو الحال بالنسبة للبنك ففتح الاعتماد المستندي وكذلك البنك الكفيل.

ففي عقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بين البنك وعميله المشتري يلتزم البنك بعد إبلاغ الاعتماد للبائع المستفيد وقبل قبول الكمبيالة المستندية أو الوفاء بها بتلقى المستندات التي يقدمها البائع وفحصها للتحقق من مطابقتها للمستندات المطلوبة. وإعمالا لهذا الإلتزام يجب على البنك أن يتحقق من وجود جميع المستندات المطلوبة ومن أن مضمونها مطابق تماما لشروط خطاب الاعتماد. وعلاوة على المستندات الرئيسية التي يرد عليها الإلتزام البنك^(١) قد تشترط شهادة أخرى تحرر بمعرفة خبير تثبت صلاحية الحاوية لنقل البضاعة طبقا لطبيعتها. ومن ثم فلا مسؤولية على البنك إن هو امتنع عن الوفاء بالتزامه تجاه البائع طالما أن الحاوية لا تستجيب للشروط المطلوبة^(٢).

وفي الكفالة المصرفية لا يقوم البنك بوضع أى مبلغ تحت تصرف العميل (الشاحن مستأجر الحاوية) بل يقتصر دوره على إقراض توقيع له لبث

(١) سند الشحن ووثيقة التأمين وفاتورة البضاعة.

(٢) CA Paris, 15^e ch., Sect. B, 27 Février 1992: juris – Data n° 1992 – 020450.

الثقة والطمأنينة في نفس العميل دون إقراض النقود ذاتها. والأصل طبقا للقواعد العامة هو عدم التوسع في تحديد نطاق ضمان الكفيل، ومع ذلك يتجه القضاء إلى أن الكفالة المصرفية الضامنة لايجاز الحاوية تمتد لتشمل توابع دين الأجرة. بتعبير آخر إذا كفل البنك مستأجر الحاوية فإن كفالاته لا تقتصر على الوفاء بأجرتها وإعادتها للناقل بل تشمل أيضا تعويض الأضرار اللاحقة بها ونفقات إعادتها^(١).

وإذا قام المؤمن بدفع تعويض التأمين للمستأمن المرسل إليه بسبب وصول البضاعة المنقولة داخل الحاوية هالكة أو تالفة، فإنه يحل محله في جميع حقوقه التي نشأت بمناسبة الأضرار التي يشملها التأمين في حدود التعويض المدفوع^(٢). ويعنى ذلك أن شركة التأمين لا تملك رفع دعوى عقديّة مباشرة ضد مؤجر الحاوية حيث لا تربطهما معا أى صلة تعاقدية. بل ولا يجوز للمؤمن رفع دعوى مباشرة باسمه الخاص على مؤجر الحاوية استنادا إلى أحكام المسئولية التقصيرية، ومرد هذا أنه لا توجد ثمة علاقة سببية مباشرة بين خطأ مؤجر الحاوية حال ثبوته والضرر اللاحق بالمؤمن، وأن قيام الأخير بتعويض المستأمن ليس نتيجة مباشرة لخطأ مؤجر الحاوية بل هو تنفيذ للالتزام تعاقدى تحمله بمقتضى عقد التأمين^(٣).

أخيرا يسأل حارس الحاوية طبقا للقواعد العامة مسئولية تقصيرية عما تسببه الحاوية من أضرار للغير، كما لو أدى سقوطها مثلا إلى وفاة أحد الأشخاص^(٤).

(١) Cassation commerciale, 3 mars 1992, BTL 1992, p. 351.
(٢) المادة ٣٧١ من التقنين البحرى المصرى.
(٣) انظر فى ذات المعنى د. مصطفى طه، المرجع السابق ص ٥٣٣.
(٤) Cassation 1^{re} civ. 23 juin 1992: BTL 1992, p. 623.

الفرع الثاني

الحاوية المقدمة من الغير

تختلف طبيعة المشاكل القانونية التي تثيرها هذه الحالة^(١) عن تلك المترتبة حال قيام الناقل نفسه بتقديم الحاوية للشاحن. وأساس هذا الاختلاف يكمن في عدم وجود ذلك التداخل القانوني بين عقد إيجار الحاوية وعقد النقل البحري والذي تسبب فيه وحدة أطراف كلا العقدين. فالمرسل هنا يحصل على الحاوية التي تلائم احتياجاته من إحدى الشركات المتخصصة في إدارة منقزه حاويات ثم يقوم بعد تعبئتها بتسليمها إلى الناقل مكلفا إياه بتوصيلها إلى الميناء المقصود^(٢)، وبذلك يتضح استقلال عقد إيجار الحاوية عن عقد النقل البحري.

على أن الواقع العملي لا يفضي دوما إلى سلوك هذا الطريق البسيط. فقد يتعاقد الناقل مع إحدى شركات الحاويات على أن تضع هذه الأخيرة تحت تصرفه (على سبيل الإيجار) حاوية أو أكثر يخصصها لنقل بضاعة المرسل المتعاقد معه. في مثل هذه الحالة تترد إلى الأفق مرة أخرى تلك العلاقة الفعلية بين عقد إيجار الحاوية وعقد النقل البحري على الرغم من عدم وحدة الأطراف في العقدين. فالناقل هو الذي يتعاقد مع شركة الحاويات على استئجار حاوية ليضعها بعد ذلك تحت تصرف المرسل المتعاقد معه في عقد النقل البحري. وقد تتعقد الأمور أحيانا حينما ينص عقد إيجار الحاوية على إلزام الناقل المستأجر

(١) والأمر يتعلق هنا بمؤسسة متخصصة في إدارة مشروع لصناعة الحاويات حتى ولو كان للناقل البحري أسهما يمتلكها في هذا المشروع.

(٢) M.G. TANTIN, Gestion d'un Parc de conteneurs, DMF 1982, p. 363.

بضمان المحافظة وإصلاح الحاوية الموجودة تحت تصرفه أثناء الرحلة البحرية^(١).

وبالنظر للأوضاع السابقة فليس ثمة صعوبة في حل المشاكل القانونية التي تنشأ حالما يكون الاستقلال الكامل هو سمة العلاقة بين عقد إيجار الحاوية وعقد النقل البحري. فطالما أن مقدم الحاوية ليس هو الناقل وإنما الغير (إحدى شركات الحاويات)، فالعقد الذي يربطه بالمرسل لا يعدو أن يكون مجرد إيجار أشياء^(٢) يفترق أي صلة بعقد النقل البحري. هذا الفصل الواقعي بين العقدتين أكده القضاء الفرنسي حينما أقر في حالات مشابهة بعدم خضوع العلاقة الإيجارية للأحكام المطبقة على عقد النقل البحري لا سيما التقادم المسقط^(٣). وترتيباً على ذلك فإن شركة الحاويات (المؤجر) دون الناقل^(٤) تعد في تلك الحالة هي الوحيدة المسنولة عن أية أضرار تلحق بالبضاعة نتيجة الحالة السيئة للحاوية التي تحويها أو عدم إحكام جوانبها^(٥).

CA Rouen, 2^e ch. Civ., 28 Févr. 2002, navire contship Germany: DMF (١)
2002, p. 965.

CA Paris, 5^e ch., Sect. B, 24 Septembre 1993: BTL 1993, P. 841; (٢)
Juris – Data n° 1993 – 022897 – CA Montpellier, 2^e ch. A, 24 nov.
1992: BTL 1993, p. 163.

Cass. Civ, 22 nov. 1926: DP 1927, 1, P. 159, note R. Roger. (٣)

أنظر في اعتبار تعطل دائرة التبريد في الحاوية المقدمة من شركة الحاويات حالة (٤)
من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية تحت مسمى عيب في التغليف.

CA Paris, 10 juin 1986: DMF 1987, p. 506, note R. A., p. 512, comp.
CA Paris, 5^e ch., sect. A, 13 Févr. 1990: Juris- Data n° 1990 – 020557.

CA Aix-en-Provence, 31 mai 1990, BTL 1990, p. 663; CA Paris, 5^e ch. (٥)
Sect. B, 24 sept. 1993, BTL 1993, p. 841; juris-Data 1993-022879;
CA Rouen, 2^e ch. Civ., 18 déc. 1997, juris – Data n° 1997-056654.

على العكس فإن القلق يستبد بالناقل إذا كان قد استأجر الحاوية من الشركة المالكة لها ثم قام بوضعها تحت تصرف المرسل تنفيذاً لعقد النقل البحرى المبرم بينهما. هنا ومع التسليم بأن العقد بين شركة الحاويات والناقل البحرى هو إيجار أشياء، فإن هذا العقد يرتبط واقعياً مع عقد النقل البحرى الذى يورمه ذات الناقل مع المرسل. وبوصفه مقدم الحاوية التى ينقل بداخلها بضاعة المرسل قد يسعى الناقل إلى درء مسؤوليته المحتملة عما يحدث لهذه البضاعة من أضرار، فيدرج فى سند الشحن شرطاً يعفيه من المسؤولية إذا كانت هذه الأضرار قد نتجت بسبب الحاوية المقدمة له من الغير. والسؤال الذى يثور فى هذا المقام يدور حول مدى صحة ذلك الشرط المعدل لقواعد مسؤولية الناقل البحرى؟.

ويطرح التساؤل السابق على أحكام القانون البحرى نرى المادة ٢٢٧، فقرة أولى، من التقنين البحرى تنص على أن "يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف فى المدة بين تسلّم الناقل البضائع فى ميناء الشحن، وبين قيامه فى ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق فى تسليمها....". فى هذا النطاق الزمنى تسرى أحكام المسؤولية المنصوص عليها فى القانون. بعبارة أخرى يكون الناقل مسئولاً فى هذه المرحلة عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها، ولا ترتفع هذه المسؤولية عن كاهله إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو التأخر فيه ناشئ عن سبب أجنبى لا يد له فيه أو ناجم عن إحدى حالات الإعفاء المنصوص عليها فى القانون. وفى المقابل يقع باطلاً كل إتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذى نشأ عنه الضرر ويكون موضوعه إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها^(١).

(١) المادة ٢٣٦ (أ) من التقنين البحرى.

وتطبيقاً لهذه النصوص وحيث يكون الناقل قد استأجر الحاوية من الغير ليضعها تحت تصرف المرسل ويتسلمها منه بعد تعبنتها، فإن الشرط الذي يدرجه في سند الشحن ليدرأبه عن نفسه المسؤولية الناجمة عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة بسبب عيب في الحاوية يعتبر باطلاً. ومؤدى ذلك أن الناقل، كونه يتحمل في مواجهة المرسل إليه المسؤولية عن عيوب الحاوية مصدر الأضرار، لا يملك حينئذ سوى الرجوع بدعوى الضمان على الشركة المؤجرة للحاوية^(١). وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا الرأي عندما رفض اعتبار تقديم الحاوية المعيبة خطأ من الغير يعفى الناقل من المسؤولية^(٢).

المطلب الثاني تعبئة الحاوية

يقصد بتعبئة الحاوية وضع أو شحن البضاعة بداخلها، ولهذه العملية أهمية خاصة تركز أساساً على شخص القائم بها وكيفية تنفيذها^(٣). وحتى يكتمل الهدف من تعبئة الحاوية ويحين الوقت بالسفينة لبدء رحلتها البحرية فإنه يلزم رص البضاعة داخل الحاوية، فالتعبئة والرص عمليتان ضروريتان لا تكتمل أولاهما إلا بإجراء الثانية.

وينبغي هنا عدم الخلط بين رص البضاعة داخل الحاوية ورص هذه الأخيرة مع غيرها من الحاويات على سطح السفينة. فالرص بمفهومه العام

(١) V. FOURNERIE, D. Veaux, op. cit. p. 20.

(٢) Cour de Rouen, 28 Février 2002, DMF 2002, p. 965.

(٣) جدير بالإشارة أن المنظمة البحرية الدولية قد ألقت الضوء حديثاً على مخاطر حوادث العمل التي تتسبب فيها الحاويات المحملة حملاً زائداً، وذلك في كافة مراحل النقل متعدد الوسائط. أنظر في هذه المخاطر: =

يعنى ترتيب الحاويات وتنظيمها على متن السفينة بطريقة معينة تضمن حمايتها من مخاطر الهلاك أو التلف وتحفظ للسفينة توازنها أثناء الرحلة البحرية. والأصل أن الالتزام بالرص وفقا لهذا المفهوم يندرج ضمن الالتزامات التي يتحملها الناقل بمقتضى عقد النقل البحرى. بيد أنه لما كانت هذه العملية تتعلق بثبات السفينة وتوازنها فإنها تتم من الناحية الواقعية بمعرفة الربان إذ تدخل فى صميم وظيفته الفنية. وهو ملزم بمتابعة الإشراف عليها خلال الرحلة البحرية ويظل مسنولا عنها ولو تولاهما تابعون للشاحن^(١). أما الرص فى مقام حديثنا هذا فهو يمثل مع تعبئة البضاعة فى الحاوية إحدى الخطوات الضرورية التي تسبق تسليم الحاوية ذاتها إلى الناقل وشحنها على السفينة.

هذا وتختلف الآثار القانونية المترتبة على تعبئة الحاوية بحسب ما إذا كان القائم بهذه العملية هو المرسل أم الناقل أم إحدى الشركات المتخصصة فى هذا المجال.

١٥- أولا: التعبئة بواسطة المرسل:

الغالب عملا أن المرسل هو الذى يقوم بعملية تعبئة البضاعة داخل الحاوية، ويحدث عادة أن يتم الإتفاق على إرسال الحاوية إلى المرسل وتركها لديه فترة زمنية محددة قبل أن يتسلمها منه الناقل معبأة بالبضائع تنفيذاً لعقد النقل البحرى المبرم بينهما.

=Chargement excessif des conteneurs, Bulletin de la Sécurité des navires, N° 15, 1988, WWW. tc. Ca/marine safety/Bulletins/1998/15 - f. htm.

(١) وقد صدرت بشأن القواعد الفنية للرص عدة معاهدات دولية أهمها معاهدة لندن لعام ١٩٦٦ الخاصة بخطوط الشحن، والتي انضمت إليها مصر بالقرار الجمهورى رقم ٧٥٣ لسنة ١٩٦٨.

وتدق المشكلة فى هذه الحالة عندما يتسبب خطأ التعبئة فى إلحاق أضرار بالبضاعة. فإذا كان المبدأ يقر عندئذ بمسئولية المرسل عن هذه الأضرار، إلا أن عدم وضوح سببها عند الوصول يميل بالمرسل إليه إلى سلوك الطريق المعتاد فى مثل هذه الأحوال ورفع الدعوى ضد الناقل. فوفقاً لنص المادة ٢٢٧ من التقنين البحرى "يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف فى المدة بين تسلم الناقل البضائع فى ميناء الشحن، وبين قيامه فى ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق فى سلمها...". كما نصت المادة ٢٢٩ على أن "يعفى الناقل من المسئولية المنصوص عليها فى الفقرة ١ من المادة ٢٢٧ من هذا القانون إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يرجع إلى سبب أجنبى لا يدل له أو لثابته أو لأحد تابعيه فيه".

وطبقاً لهذين النصين فإن إلزام الناقل البحرى هو بإلتزام بتحقيق نتيجة بحيث يكون مسئولاً عن عدم تحقيق النتيجة المرجوة، أى عن هلاك البضائع أو تلفها أو للتأخير فى تسليمها. ولا يبرأ الناقل من هذه المسئولية إلا إذا نجح فى نفي علاقة السببية بين خطئه والضرر الذى لحق بالشاحن. وهو لا يمكنه نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ الشاحن أو عيب فى البضاعة أو خطأ الغير. وتقريراً على ذلك يجب على ناقل الحاوية، إن هو أراد دفع المسئولية عن نفسه فيما يتعلق بالأضرار اللاحقة بالبضاعة الموجودة داخل الحاوية، أن يثبت العلاقة الحصرية بين هذه الأضرار وخطأ المرسل فى تعبئتها أو رصها^(١).

ويظل عبء الإثبات واقعاً على عاتق الناقل ولو تضمن سند الشحن شرطاً بعدم مسئوليته عن تعبئة و رص البضاعة فى الحاوية، حيث تقضى المادة

Cass. Com. 22 juin 1993. DMF 1994, p. 368.

(١) أنظر:

٢٣٦ من قانون التجارة البحرية بأن "يقع باطلا كل إتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذي نشأ عنه الضرر ويكون موضوعه:

١- إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها.

٢- تعديل عبء الإثبات الذي يضعه القانون على عاتق الناقل ...".

ويخلص من النص السابق أن المشرع البحرى قد رتب جزاء البطلان المطلق على أى شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية تتضمنه سندات الشحن ولو بطريق غير مباشر. فكان مسؤولية الناقل البحرى كما رسم المشرع حدودها تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن أحكامها إلزامية لا يجوز الإتفاق على مخالفتها وإلا وقع هذا الإتفاق باطلا.

وتطبيقاً لما تقدم يتحمل المرسل كافة الأضرار اللاحقة بالبضاعة إذا ثبت حدوثها بسبب عدم قيامه بتثبيت هذه البضاعة داخل الحاوية^(١)، أو كانت ناجمة عن عدم أخذه فى الاعتبار درجة رطوبة البضاعة عند وضعها فى حاوية مغلقة بدون تهوية^(٢). كذلك يعد المرسل قد ارتكب خطأ يتحمل بمقتضاه الأضرار اللاحقة بالبضائع إذا كان قد قبل حاوية لا تصلح تماماً لنقل هذا النوع من البضائع. فمن المنطق عليه أن ملاءمة الحاوية لطبيعة وخصائص البضاعة المنقولة وقدرتها على حماية تلك البضاعة من المخاطر المرتبطة بظروف الرحلة البحرية، هو من الأمور المتروكة لتقدير المرسل الذى يتحمل عواقب

Cass.Com., 27 mars 1973: Bull. Civ. IV, n° 140: DMF 1973, p.466, (١)
note P.L.

Cass. Com. 20 Février 1990, Juris – Data n° 1990 – 000533; CA Paris, (٢)
5° ch. Sect. A, 23 oct. 2002: BTL 2002, p. 831.

قراره في النهاية^(١). وتقرّياً على ذلك قضى بمسئولية الشاحن عن وصول البضاعة المنقولة في الحاوية مصابة بالصدأ استناداً إلى أنه كان يتعين عليه، وهو يعلم سوء نوعية البضاعة، أن يختار طريقة أسرع للنقل أو يضمن إحاطتها بظروف مناخية أفضل^(٢).

وبرغم ما تقدم فقد يتولى المرسل عملية تعبئة البضائع داخل الحاوية وتكون الأضرار اللاحقة بها ناجمة عن خطأ شخصي من الناقل أو من أحد تابعيه الذي لم يتحقق مثلاً من سلامة رص الحاوية على السفينة. وقد يترافق خطأ المرسل في تعبئة الحاوية مع خطأ الناقل بما يضطر معه القاضي إلى تقسيم المسئولية عليهما^(٣).

وتقايدياً لتبعية الأضرار الناجمة عن الخطأ في تعبئة الحاوية جرت العادة على أن يشتمل التأمين الذي يعقده المرسل على البضاعة مخاطر تعبئتها داخل الحاوية، بيد أن الأمر مرجعه في النهاية وثيقة التأمين^(٤).

(١) CA Aix-en-Provence, 2^e ch. Civ., 27 Février 1997: Juris – Data n° 1997 – 057502

(٢) CA Rouen, 2^e ch. Civ., 28 oct. 1993, DMF 1994, p. 392. وأنظر أيضاً:

CA Montpellier, 1^{re} et 2^e ch. réunies, aud. Sol., 25 avril 1995, DMF 1995, p. 638, note Y. Tassel.

(٣) Cass. Com. 20 Février 1990: Juris – Data n° 1990 – 000463.

ففي إحدى الدعاوى كان المرسل قد قام بتعبئة بعض الثمار الاستوائية داخل الحاوية بشكل سيء في الوقت الذي أهمل فيه الناقل ما كلف به من مراقبة درجة الحرارة المحددة والحفاظ عليها في الحاوية أثناء الرحلة البحرية.

CA Rouen, 2^e ch. Civ., 23 mai 1991: BTL 1991, p. 607.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضى بأن وثيقة التأمين على البضائع التي تستبعد ضمان الأضرار الناجمة عن التغليف السيء لا تغطي أي خسارة تنتج عن عدم تثبيت الصفائح بطريقة سليمة داخل الحاوية.

T. Com. Paris, 21 juin 1977, DMF 1978, p. 285.

ولا يقتصر ضمان المسئولية عن تعبئة الحاوية على مجرد التأمين بل قد يتكفل بهذا الضمان وكيل بالعمولة للنقل وهو الغالب عملاً. فواقع الأمر أن النهضة الحقيقية للوكالة بالعمولة للنقل لم تتحقق إلا مع ظهور الحاويات وزيادة الجوء إليها^(١). ومن بين الوظائف التي تختص بها الشركات العاملة في هذا المجال تجميع البضائع المتماثلة لشاحنين مختلفين والمتجهة إلى جهة واحدة، حيث يقوم الوكيل بالعمولة للنقل برصها داخل حاوية قبل نقلها وبصدر في المقابل لهؤلاء الشاحنين ما يسمى بسندات شحن من الباب إلى الباب *house bills of Lading*^(٢).

هذا وتخضع مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة الموجودة داخل الحاوية للقواعد العامة. فطبقاً لنص المادة ٢٨٧ من التقنين التجارى "يسأل الوكيل بالعمولة للنقل من وقت تسلمه الشئ موضوع النقل عن هلاكه كلياً أو جزئياً أو عن تلفه أو التأخير فى تسليمه". وعليه فمئذ لحظة تسلمه البضائع من الموكل الشاحن تبدأ التزامات الوكيل بالعمولة للنقل ومن بينها على وجه الخصوص إلتزامه بالتحقق من سلامة تعبئة البضائع ورصها داخل الحاوية^(٣).

وتطبيقاً لما تقدم يعتبر الوكيل مسئولاً عن أى إهمال فى أداء مهمته المتعلقة بتعبئة البضائع داخل الحاوية على أحسن وجه^(٤)، كما لو قصر مثلاً فى وضع أكياس صغيرة ذات طبيعة خاصة داخل الحاوية تحول دون تعفن

A. CHAO, Conteneur, Bilan de 25 ans de Pratique, B. T. 1993, P. 761. (١)

د. سوزان على حسن، الإطار القانونى للوكالة بالعمولة للنقل، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣، ص ١٦. (٢)

CA Rouen, 2^e ch. Civ., 27 mai 1999: Juris-Data N° 1999-164913 et 1999- 044030. (٣)

CA Paris 7 sept, 1995: Juris-Data N° 1995-023070. (٤)

البضاعة الموجودة بها^(١)، أو كان قد عبأ بضاعة باردة في حاوية لا تتناسب من حيث درجة حرارتها مع طبيعة البضاعة المنقولة^(٢).

ويستطيع الوكيل بالعمولة للنقل أن يتخلص من المسؤولية الملقاه على عاتقه إذا نجح في نفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر اللاحق بالبضاعة وذلك بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو فعل الغير (خطأ الربان على سبيل المثال)^(٣).

وقد يبدو اللبس ظاهراً لأول وهلة عند الحديث عن مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل في مواجهة الشاحن بسبب التداخل القانوني بين عقد الوكالة بالعمولة للنقل وعقد النقل البحري بواسطة الحاويات. ففضلاً عن إبرامه عقد النقل لحساب موكله، يلتزم الوكيل بالعمولة للنقل بإتمام جميع العمليات اللازمة لعملية النقل^(٤) طبقاً للتعليمات الواردة إليه من موكله لاسيما اختيار الحاويات كأداة تغليف للبضاعة المراد نقلها. بل وحتى في ظل غياب هذه التعليمات أو عدم اشتغالها على استعمال الحاويات في عملية النقل فإن الوكيل بالعمولة للنقل، بوصفه محترفاً، يلتزم بتقديم النصيحة لموكله وحثه على استخدام الحاويات طالما أرتأى في عدم اللجوء إليها إضراراً بمصالح الموكل المرتبطة بالبضاعة.

ويعتبر الوكيل وفقاً لنص المادة ٢٧٧ من التقنين التجاري ضامناً لسلامة البضاعة موضوع النقل. والتزامه في هذا المقام هو التزام بتحقيق نتيجة

CA Rouen, 2^e ch. Civ., 12 juin 1997: Juris-Data N° 1997-055223. (١)

CA Paris, 5^e ch., 15 juin 1979, DMF 1980 p. 86. (٢)

CA Aix-en Provence, 2^e ch., 18 avril 1975. DMF 1975, p. 533. (٣)

المادة ٢٧٣ من التقنين التجاري. (٤)

معينة^(١) تتمثل في وصول البضاعة إلى المكان المحدد سليمة وفي الميعاد. وفي هذه الحالة تنشأ مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل عن فعل الناقل لحظة تسليمه الحاوية للناقل وتنتهى بمجرد تسليمها إلى المرسل إليه. ومن ثم إذا حدث الضرر اللاحق بالبضاعة في الفترة الفاصلة بين لحظة إبرام عقد النقل ولحظة تسليم الحاوية للناقل، فإن الوكيل بالعمولة للنقل يصبح مسئولاً مسؤولية شخصية في مواجهة الشاحن طالما ثبت أن البضائع كانت بحوزته في هذا الوقت^(٢).

١٦- ثانياً: التعبئة بواسطة الناقل:

وإذا كان الأصل هو قيام المرسل أو وكيله بتعبئة الحاوية فمن المتصور استثناء أن يتم الاتفاق على تولى الناقل هذه المهمة. وهناك استقلالاً عن عقد النقل البحري يباشر الناقل عمله في إطار عقد مقاوله يرتبط مع عقد إيجار الحاوية إذا كانت مؤجرة من الناقل للمرسل، أو مع عقد وكالة إذا كان المرسل قد كلف الناقل ببعض الأعمال سواء في الجمارك أو عند التسليم المشروط بدفع ثمن البضاعة.

وبرغم أن قرار تعبئة البضائع في حاوية وتحديد نوع هذه الأخيرة يملكه المرسل وحده، إلا أن الناقل يعتبر مسئولاً عما يبيده من نصائح في هذا الشأن إذا كان اتباعها هو الذي أدى إلى حدوث أضرار للبضاعة^(٣).

(١) د. على البارودي، ود. فريد العرينى، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك. دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٢٥٤.

(٢) د. سوزان حسن، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٣) CA Aix-en Provence, 2^e ch. Com., 18 oct. 2000, Juris-Data N° 2000-153965.

١٧- ثالثاً: التعبئة بواسطة شركة متخصصة:

وأياً كان المسئول من أطراف عقد النقل عن تعبئة الحاوية فإن العمل يشهد عادة بقيام إحدى الشركات المتخصصة بهذه العملية^(١). فبعض أنواع البضائع لاسيما الأثاث والزجاج يحتاج عند تعبئتها ورصها داخل الحاوية إلى أدوات خاصة وعمال متخصصين علاوة على الدقة المطلوبة في التعامل معها، وهو ما لا يتوافر إلا لدى محترفي هذه العمليات.

وطبقاً للقواعد العامة تتحمل الشركة المكلفة بتعبئة الحاوية المسئولية عن أى أضرار تلحق بالبضاعة الموجودة داخل الحاوية إذا كانت ناجمة عن خطأ أحد تابعيها^(٢)، وتثور مسئولية هذه الشركة عندئذ سواء في مواجهة المرسل صاحب الحق في البضاعة أو وكيله بالعمولة للنقل.

ومن الطبيعي أن يخطر المرسل الشركة المذكورة بطبيعة البضاعة القابلة للالتهاب أو الانفجار أو الخطرة حتى يتسنى لها اتخاذ مآثره مناسباً من احتياطات وتدابير وقائية خلال عملية التعبئة. ومن ثم إذا لم تكن الشركة على بينة من الطبيعة الخطرة للبضاعة عند تعبئتها في الحاوية، فإن المسئولية عن الأضرار اللاحقة بهذه البضاعة إنما تنقسمها الشركة مع المرسل الذي لم يقوم بواجب الإخطار^(٣).

إما إذا لم يكن بالإمكان إصاق أى خطأ بالمرسل أثناء عملية التعبئة، فإن الشركة المكلفة بهذه العملية تسأل وحدها عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة

(١) وتتخذ هذه الشركات في الغالب شكل شركات نقل تباشر عملها بوجه عام في الموانئ، أو شركات متخصصة في نقل حاويات الأثاث.

(٢) CA Aix-en Provence, 23 Février 1994 DMF 1995. Somm. p. 326.

(٣) CA Paris, 5^e Ch., sect. A. 24 sept. 1991, Juris-Data N° 1991-023656.

نتيجة خطأ تابعيها دون أى أضرار أخرى يثبت وقوعها خلال عملية نقل الحاوية ذاتها. (١)

المبحث الثانى العمليات المعاصرة لتنفيذ العقد

المطلب الأول استلام الناقل للحاوية

بمجرد الانتهاء من التحضيرات السابقة تبدأ عمليات النقل البحرى للبضائع بواسطة الحاوية بتسلم الناقل هذه الأخيرة. وهناك تبدو جدة المشاكل التى يختص بها النقل بالحاويات نظراً لتسلم الناقل إياها مغلقة وغالبا مختومة فى الوقت الذى يكون فيه مسنولاً عن المحافظة على محتواها من البضائع وتسليمها إلى المرسل إليه بالحالة التى وردت فى سند الشحن.

هذا ويتسلم الناقل الحاوية من الشاحن فى الزمان والمكان المتفق عليهما أو اللذين يقضى بهما العرف السائد فى ميناء الشحن إذا لم يوجد اتفاق على غير ذلك. (٢)

واستلام الحاوية، وهو عمل قانونى يختلف عن الشحن الذى هو مجرد عملية مادية، قد يكون سابقاً على الشحن إذا كان هذا الأخير على عاتق الناقل، أما إذا كان الاتفاق يقضى بتولى الشاحن عملية الشحن فيكون الاستلام لاحقاً له. (٣). وفى كل الأحوال تبرز أهمية الاستلام فى أنه يترتب عليه تغيير جوهرى

CA Paris, 5^e Ch., sect. C, 28 nov. 1991, Juris-Data N° 1991-024462. (١)

المادة ٢١٨ من قانون التجارة البحرية. (٢)

وقد يحدث استلام فعلى للحاوية من جانب الناقل مع الاتفاق على اعتبار هذا الاستلام على سبيل الوديعة لحين الشحن. وفى هذه الحالة تسرى على الحاوية خلال الفترة = (٣)

فى مراكز أطراف عقد النقل، إذ بتمامه يصبح الناقل مسؤولاً عن المحافظة على البضاعة لحين تسليمها إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول.

ومن المسلم به أنه يشترط لبدء سريان أحكام مسؤولية الناقل البحرى التى أوردها قانون التجارة البحرى أن يتم استلام الناقل للحاوية فى ميناء الشحن^(١). أما إذا كان الاستلام قد حصل خارج دائرة ميناء الشحن حيث تتواجد مخازن الشاحن، فإن الناقل الحائز للحاوية يعد مسؤولاً عن الأضرار اللاحقة بالبضائع داخل الحاوية قبيل دخولها ميناء الشحن، ولكن طبقاً للقواعد العامة لعقد النقل.

١٨- التزامات الشاحن:

ويثير استلام الناقل للحاوية مشاكل عديدة لاسيما وأن الشاحن هو الذى يتولى عادة تعبئة الحاوية بعيداً عن رقابة الناقل. فحتى يفى هذا الأخير بالتزامه المتعلق بإصدار سند الشحن، يقع على عاتق الشاحن واجب الإدلاء بالبيانات الخاصة بالبضاعة المجمعة داخل الحاوية. وتتبع المشكلة حينئذ عندما يتسلم الناقل الحاوية محصنة بختم الرصاص من قبل الشاحن فى الوقت الذى يتضمن فيه سند الشحن الذى يصدره بيانات الطرود أو البضاعة الموجودة بالداخل. وفى مثل هذه الحالة تقوم قرينة قانونية تتصل بمقتضاها واقعة إصدار سند الشحن بواقعة أخرى هى تسلم الناقل عدد الطرود أو الكراتين المذكورة فى هذا

=التى تلى ذلك الاستلام وحتى الشحن أحكام عقد الوديعة بما تسمح به من أعمال شروط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها بأقل من التحديد القانونى المقرر لمسؤولية الناقل البحرى.

انظر فى هذا المعنى د. كمال حمدى، القانون البحرى، الطبعة الثانية ٢٠٠٠، منشأة المعارف، ص ٤٩٢.

(١) المادة ٢٢٧، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرى.

السند^(١)، بحيث يؤدي حدوث الواقعة الأولى إلى لزوم وقوع الأخرى من دون قبول إداء الناقل على وجه الإجمال بتسلمه حاوية مختومة بغير علم لمحتواها. وإذا كان صحيحاً أن الناقل يحتفظ من حيث المبدأ بحقه في التحقق من صحة بيانات الشاحن ومطابقتها للبضائع باعتبار أنه في النهاية مسنول عن تسلم تلك البضائع بحالتها المبينة في سند الشحن، إلا أن مهمة الناقل، وخصوصاً في مجال النقل بالحاويات، تبدو صعبة من الناحية العملية، إذ قد لا يوجد لديه الوقت الكافي أو الإمكانيات اللازمة لفحص البضاعة لاسيما وأن عملية الشحن يجب أن تجري بسرعة حتى لا تظل البضاعة على رصيف القيام فترة طويلة وحتى لا تعطل السفينة عن السفر.

خلاصة القول إذاً أن ناقل الحاوية يلتزم أساساً بإصدار سند شحن نظيف، وهو يعد مسنولاً فيما لو لم يتم بتسليم محتواها من البضائع إلى المرسل إليه كما هي مبينة في سند الشحن. ولما كان هذا الالتزام يعتمد في تنفيذه على بيانات البضاعة التي يقدمها الشاحن، فقد أوجب المشرع على هذا الأخير تقديم بيانات صحيحة ودقيقة عن أي بضاعة يتسلمها منه الناقل لشحنها على السفينة ورتب جزاء مخالفة هذا الالتزام. فطبقاً لنص المادة ٢٣٠ من قانون التجارة البحرية " إذا تعمد الشاحن ذكر بيانات غير صحيحة في سند الشحن عن طبيعة البضائع أو قيمتها فلا يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها إذا أثبت عدم صحة هذه البيانات".

ونخلص من هذا النص أنه إذا قدم الشاحن عمداً بياناً غير صحيح عن البضاعة، كان جزاؤه إعفاء الناقل تماماً من المسؤولية. وينطبق هذا الجزاء المدني ولو لم يكن للبيان غير الصحيح أي صلة بتحقيق الضرر، ولو كان قد

CA Rouen, 2^e ch. civ., 7 décembre 2000, Juris-Data N° 2000-151563. (١)

أدرج في سند الشحن لا بقصد غش الناقل ولكن لأسباب أخرى جمركية أو مالية^(١).

والأمر لا يتعلق فحسب بجزء مدنى يتحمله الشاحن سبب النية تجاه الناقل، بل قد يتعرض هذا الشاحن لجزاء جنائى فى مواجهة السلطة العامة إذا ثبت من خلال مباشرة الجمارك لحقها فى فحص وإفراغ الحاوية أنها تحتوى على مواد غير مشروعة كالمخدرات مثلاً^(٢).

١٩ - التزامات الناقل:

وبرغم أهمية التزام الشاحن بذكر بيانات صحيحة فى سند الشحن عن محتوى الحاوية لحظة تسليمها بواسطة الناقل، فإن أكثر الالتزامات التى تقرضها واقعة التسلم هذه تقع على عاتق الناقل.

وبدءة تؤكد القول مرة أخرى بأن عقد النقل البحرى - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض المصرية - لا ينقضى ولا تنتهى به مسنولية الناقل فى جميع الأحوال إلا بتسليم الرسالة موضوع الشحن إلى المرسل إليه أو نائبه تسليمياً فعلياً^(٣). بعبارة أخرى تظل مسنولية الناقل البحرى قائمة حتى تسليم البضاعة للمرسل إليه كاملة وسليمة^(٤). وتطبقاً لذلك إذا كان الناقل قد تسلم من المرسل عدداً من الحاويات ولم يتمكن من شحنها جميعاً على نفس السفينة فإنه يتوجب عليه السعى وراء شحن المتبقى منها على سفينة أخرى فى أقرب وقت

(١) د. مصطفى طه، القانون البحرى، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٣٣١.

(٢) CA Aix-en Provence, ch. corr., 19 avril 1999, Juris-Data No 1999-043237.

(٣) نقض رقم ٣٥ سنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٧.

(٤) نقض رقم ١١٠٤ سنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٢.

ممكن، وذلك مع اتخاذ كافة التدابير الاحتياطية اللازمة في مثل هذه الحالة خاصة إذا تعلق الأمر بحاويات مبردة^(١).

كذلك فمن المسلم به أن لكل سفينة حمولة محددة يتعين على المالك الراغب في تسجيل سفينته إدراجها في الطلب الذى يقدمه إلى السلطة المختصة^(٢)، كما يتعين على المالك أيضا حفر الحمولة الصافية لسفينته على كمرها الرئيسى^(٣). وتوجب بعض التشريعات الأجنبية على ربان السفينة أن يمسك بجانب أوراقها التقليدية المحددة لذاتيتها^(٤) شهادات ومستندات فنية أخرى أهمها Certificat de Franc-Bord والتي تضمن تطابق خطوط الشحن الموجودة على جانب السفينة، وهى خطوط تبين الحد الأقصى للشحنة التى يجوز للسفينة حملها تبعا للمكان والزمان^(٥).

وتفريعا على ماتقدم يجب على الناقل ألا يتسلم سوى الحاويات المنصوص عليها فى أمر الشحن، ومن ثم فهو ملزم برفض استلام أى حاوية أخرى إضافية إذا بد له أن شحنها ورسها على متن السفينة قد يشكلان خطرا على سلامتها أو سلامة الرسالة البحرية فى مجموعها^(٦). ويستعين الناقل (أو الربان) فى العمل بقائمة الشحن La List de chargement^(٧) التى تسلم إليه

CA Dijon, 1^{er} décembre 1987, DMF 1989, p. 160, obs. P. Bonassies. (١)

المادة ٦ من قانون تسجيل السفن رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩. (٢)

المادة ٨ من القانون السابق. (٣)

مثل سند التمليك البحرى ودفتر البحارة وترخيص الملاحة. (٤)

R. Gouilloud, op.cit, p. 62. (٥)

انظر فى ذات الناحية: (٦)

CA Toulouse, 2^e ch., sect. 1, 5 sept. 2001, Juris-Data N° 2001-165034 et N° 2001-174358.

بعبارة أخرى "المانيستو" "Le manifeste"، وهى قائمة تتضمن فهرسا بمفردات البضائع المشحونة على ظهر السفينة. وتؤدى هذه القائمة من ناحية أخرى دورا هاما فى تسهيل عملية تحصيل الرسوم الجمركية. (٧)

لمراجعة ومراقبة الحاويات المشحونة، وبالتالي يستطيع عند وقوع أى ضرر الاستناد إلى هذه القائمة لدفع المسئولية عن نفسه ولصقها بمقاول الشحن والتفريغ بل والاحتفاظ بحقه فى الرجوع على هذا الأخير^(١).

وتتخذ مشاكل تسلم البضاعة فى ميناء الشحن بعدا أكبر فى النقل بواسطة الحاويات حيث يتسم هذا النوع من النقل ببعض الخصائص التى غيرت بطبيعة الحال من شكل ممارسة الناقل لحقوقه وجزاء إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه. وتثور بهذه المناسبة مشكلتان رئيسيتان تتعلق الأولى بمراقبة الحاوية، والثانية بما يترتب على هذه المراقبة من تحفظات للناقل على ذلك المحتوى.

٢٠ - أولا: مراقبة الحاوية:

الأصل، كما سبق القول، أن يقوم الشاحن أو وكيله بالعمولة بتعبئة الحاوية ليتسلمها منه الناقل بعد ذلك مغلقة بالأختام. وفى هذه اللحظة تبدأ أولى خطوات المراقبة والفحص من جانب الناقل، إذ يتعين عليه التأكد من تطابق عدد الأختام الموجودة على الحاوية مع العدد المشار إليه فى سند الشحن^(٢).

ويثور التساؤل بمجرد تسلم الناقل للحاوية عما إذا كان يمكنه التحقق الفورى من صحة بيانات الشاحن المتعلقة بالبضاعة المحواة. وردا على هذا التساؤل لا أحد يستطيع إنكار حق الناقل أو وكيله فى مباشرة تلك المهمة لأنه مسئول فى النهاية عن تسليم البضاعة بحالتها المدرجة فى سند الشحن. بيد أن هذا الحق يظل فرضا نظريا يصعب تفعيله من الناحية العملية خصوصا إذا

CA Rouen, 2^e ch. civ. 26 nov. 1998. navire hamburg senator, DMF (١)
1999, p. 327. Obs. cl. Humann; Juris-Data N° 1998-953572.

cass. com. 18 Janvier 1994, DMF 1994, p. 947. (٢)

كانت الحاوية قد سلمت إلى الناقل بعد تعبئتها بواسطة الشاحن. فليس من المعقول في شئٍ والحاوية معدة للشحن أن يطلب من الناقل إفراغها وبسط محتوياتها من البضائع بالكامل على رصيف الميناء، وذلك للتحقق من صحة بيانات الشاحن^(١).

وقد كان لتلك الصعوبة العملية أثرها المنطقي في إتجاه بعض الأحكام الفرنسية إلى مساندة الناقل في دحض القرينة التي تقضى بالتطابق بين البضاعة المشحونة في الحاوية وتلك المذكورة في سند الشحن ولو لم يستطع إثبات العكس، إذ يكفيه عذرا في هذا المقام إثبات استحالة أو صعوبة التحقق من محتوى الحاوية أو بعبارة أخرى إثبات عدم توافر الوسائل العادية للتحقق من بيانات الشاحن عن البضاعة^(٢).

هذا الواقع العملي الذي ترجمته صعوبة تحقق الناقل من محتوى الحاوية فور تسلمه لها لم يحل دون وجود إتجاه مغاير في القضاء الفرنسي. فقد سلكت غالبية الأحكام هناك موقفاً متشدداً تجاه الناقل يقر بخطئه في كل مرة لا يقوم فيها بمراقبة وزن الحاوية. وبرغم أن الحل المتقدم تدعمه محكمة النقض الفرنسية^(٣) وتشهد بفائدته بعض الأمثلة التي أفرزها الواقع، إلا أنه مثار تحفظ. بتعبير آخر إذا كان صحيحاً أن وزن الحاوية يمثل في بعض الأحيان أهمية كبيرة للناقل توجب عليه التدقيق في الأمر^(٤)، فإن التركيز على هذا

Veaux-Fournerie, D. Veaux, op.cit., p. 23. (١)

CA Paris, 5^e ch., Sect. A. 19 Juin 1990, Juris-Data N° 1990-022342; (٢)

CA Paris 5^e ch., Set B, 27 mars 1992, Juris-Data N° 1992-020840.

Cass.Com., 12 oct. 1993; BTL 1993, P.756; Cass.Com., 14 avril 1992, (٣)

Bull. Civ. IV, N° 166; BTL 1992, p. 705.

CA Aix-en-Provence, 2e ch. Civ., 14 Sept. 2001, DMF 2002, p. 594 (٤)

note Y. Tassel.=

الوزن وتعميم مراقبته بشكل نظامي بالنسبة لكل الحاويات عند تسلمها ينذر
حتما بمشاكل عملية لا يمكن تجاهلها^(١).

يضاف إلى ماسبق أن الناقل ملزم في ميناء الوصول بتسليم البضاعة
الموجودة داخل الحاوية بحالتها المذكورة في سند الشحن، وذلك بغض النظر
عن وزن تلك الحاوية. أكثر من هذا فإن مراقبة وزن الحاوية لاتفضى عادة إلى
نتيجة مفيدة لأن الشاحن غالبا ما يعتمد الإدلاء بتصريحات خاطئة عن حالة أو
طبيعة البضاعة وليس عن وزن الحاوية التي تغلفها^(٢).

ومما قد يؤكد على معقولية المبررات السابقة أن المحاكم الفرنسية،
وهي تتسبب للناقل خطأ عدم مراقبته لوزن الحاوية، تكشف كثيرا عن خطئه
أيضا في حالات أخرى كما لو لم يتحقق من درجة الحرارة الداخلية للحاوية
المبردة عند تسلمها^(٣). وفي إطار النقل متعدد الوسائط يعتبر الناقل متسلم
الحاوية على خطأ إذا لم يتحقق من سلامة الأختام الأصلية وعدم المساس بها،
لاسيما وأن وجود هذه الأختام سليمة لايشكل في حد ذاته ضمانا مطلقة لعدم
العبث بالحاوية ولايثبت عدم تعرض محتوياتها للسرقة^(٤). كذلك وفي ذات

في هذه القضية كانت سندات الشحن تشير إلى ١٣ حاوية يفترض احتوائها على
خمسة آلاف كرتونة ملابس بوزن إجمالي ٥٠ طن، ولكن عند فتح الحاويات تبين
أنها لاتحتوي إلا على كرتين فارغة.

(١) P. Pestel-Debord, Conteneurs et Jurisprudence, MM. Les transitaires
à vos balances, BTL 1991, p. 348.

(٢) CA Paris, 7^e ch., Sect. B, 6 Novembre 1991, Juris-Data N° 1991-
024345.

(٣) CA Paris, 5^e ch. Sect. C, 14 Février 1991, Juris-Data N° 1991-020221.

(٤) CA Rouen. 2^e ch. Civ., 7 décembre 2000, DMF 2001, p. 585, obs.
R.Achard; CA Rouen, 2^e ch. Civ., 4 avril 1996. Juris-Data No 1996-
041843; CA Rouen, 2^e ch. Civ., 8 Septembre 1994, DMF 1994.
P.883, obs. Y. Tassel; CA Rouen, 2^e ch. Civ., 14 avril 1994, DMF
1995, P. 380; T. com. Marseille. 23 avril 1991, BTL 1991, p. 766.

إطار النقل متعدد الوسائط قد يثبت الخطأ في جانب الوكيل بالعمولة للنقل وليس الناقل إذا لم يتم الأول باتخاذ كافة الإجراءات الاحتياطية لتفادي أى ضرر يمكن حدوثه^(١).

صفوة القول إذا أن تعبئة الحاوية بواسطة الشاحن أو وكيله على النحو الذى تتأهب معه للشحن يحول عملاً دون مراقبة محتوياتها من جانب الناقل لدى تسلمه لها ويوصد جوانبها أمام محاولة إفراغها للتأكد من صحة بيانات الشاحن الخاصة بالبضائع. لذا وبهدف إزالة هذا التعارض فقد يكون من المناسب إحلال المراقبة السابقة على تسلم الحاوية محل المراقبة المعاصرة له بحيث يكون للناقل ممثل يتواجد أثناء تعبئة الحاوية^(٢). وتقتصر مهمة الوكيل حينئذ على مراقبة وفحص البضاعة أثناء دخولها فى الحاوية ليضع تقريره بعد ذلك نصب عيني الناقل قبيل إصدار الأخير لسند الشحن.

مثل هذا الاجراء قد يؤدي بطبيعة الحال إلى زيادة إضافية لنفقات الناقل خاصة إذا كانت التعبئة لا تتم داخل حرم الميناء بل فى مخازن الشاحن بالخارج. ومع ذلك فمما يخفف من تلك النفقات تولى أمين السفينة القيام بهذه المهمة ضمن الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه.

CA Paris, 5^e ch. Sect. A, 31 mai 2000, Juris-Data N° 2000-124939. (١)

وفى هذه الدعوى كان الوكيل بالعمولة للنقل قد أبلغ عبر مكتب قبطان الميناء عند تسلم الحاويات إثر نقلها برا بوجود تسرب من حاويات تحتوى على زيوت وشحوم، وبدلاً من استبدال الحاويات اكتفى الوكيل بالعمولة بتغطيتها بغلاف بلاستيكي. وقد أدى ذلك إلى نشوب حريق فى القاطرات أثناء النقل البرى وتدمير البضائع التى كانت تحملها.

CA Rouen. 2^e ch. civ., 17 Novembre 1988, DMF 1990, somm.p.327. (٢)

أيا ما كان الأمر إذا تعذر على الناقل أو وكيله إجراء المراقبة اللازمة فبدهى، والحال كذلك، أن تكون غايته هي إعفاء نفسه من أى مسئولية محتملة ووسيلته في ذلك إدراج بعض التحفظات في سند الشحن.

٢١ - ثانياً: تحفظات الناقل على البضاعة المحواة في سند الشحن:

ترتبط التحفظات التي درج الربانة على تدوينها في سند الشحن منذ فترة طويلة مع ضرورة تعيين البضاعة المطلوب نقلها في هذا الصك. فسند الشحن، في الأساس كما هو معروف، إيصال يصدره الربان بالبضاعة التي تسلمها وجرى شحنها على السفينة. لذا فبدهى أن يندرج ضمن بياناته تعيين للبضاعة المشحونة من حيث نوعها ووزنها وحجمها وعلاماتها.

وتنص المادة ٢٠٠ (ب) من قانون التجارة البحرية على أن يذكر في سند الشحن صفات البضاعة كما دونها الشاحن، وخصوصاً طبيعتها وعدد الطرود ووزنها أو حجمها والعلامات المميزة الموضوعه عليها وحالتها الظاهرة بما في ذلك حالة الأوعية الموضوعه فيها. كما يجب طبقاً للمادة ٢٠١ من القانون المذكور أن تكون العلامات الموضوعه على البضائع كافية لتعيينها وأن توضع بحيث تبقى قراءتها ممكنة حتى نهاية الرحلة.

ومن المسلم به أن البيانات التي يقدمها الشاحن عن البضاعة تمثل أهمية كبيرة، إذ يتم حساب أجره النقل عادة على أساس هذه البيانات، وعلى نفس الأساس أيضاً يقدر المرسل إليه قيمة التعويضات المطلوبة من الناقل بسبب هلاك البضاعة أو تلفها.

ولما كان التحقق من بيانات الشاحن ليس سهلاً ميسوراً في العمل نظراً للسرعة التي تحيط بعملية الشحن، فقد ظهرت الحاجة إلى إقران تلك البيانات

ببعض التحفظات^(١) من جانب الناقل بغية درء مسئوليته العقدية حال اكتشاف ضرر بالبضاعة عند التسليم، أو على الأقل التخفيف من هذه المسؤولية.

أردنا من التذكير بالقواعد السابقة القول بأن وسيلة التحفظات التي يبيدها الناقل في سند الشحن تعود بأدراجها إلى ما قبل ظهور الحاويات حيث كانت تفرض نفسها في حالة أي تغليف تقليدي يصعب التحقق من محتواه قبل شحنه^(٢). ومع ذلك فإن ظهور الحاويات ونمو استخدامها في النقل البحري ساهم بقوة في تحول تلك الصعوبة إلى استحالة عملية لاسيما إذا كانت الحاوية تشتمل على بضائع مختلفة. ومن ضمن التحفظات الشائعة والمتعارف عليها حتى اليوم "ذكر أنها تحتوي" "Said to contain"، "Que dit contenir"، أو "حسب قول الشاحن" "que dit être" "Said to be"، وفيما يتعلق بسندات الشحن الخاصة بالحاويات يدرج عادة عبارة "استحالة الفحص" "Vérification impossible"^(٣).

وقد كان منتظرا من ناقل الحاويات أن يستعملوا تحفظاتهم على البضاعة المحواة في إطارها الطبيعي المعنى بحمايتهم، لكن إدراج هذه

(١) ويعبر عن هذه التحفظات باللغة الانجليزية:

"Said to be" "Weight, measure, quantity, contents, Value unknown".

وباللغة الفرنسية:

"Que dit être" "Poids non vérifié" "Poids inconnu" "Sans approuver".

(٢) Pierre-Yves NICOLAS, Point de vue hérétique sur les réserves" Said to contain" en droit maritime français, DMF 1996, p. 883.

(٣) انظر في تطبيق مثل هذه الشروط داخل مجال النقل بواسطة الحاويات:

Philippe GODIN, Transport par conteneurs: La Clause "Said to contain", DMF 1980, p. 67.

التحفظات في سندات الشحن بشكل تعسفي وعشوائي وبدون مبررات واضحة
أو كافية جعل المحاكم تداوم على إبطالها تلقائياً^(١).

وفي حين أن موقف القضاء من تلك المسألة يصب في مصلحة
الشاحنين، لم يكن من الإنصاف إرغام الناقل على تمرير تصريحات الشاحن
عن البضائع وعيانه مغمضتان. من أجل ذلك سعى المشرع الدولي منذ فترة
طويلة إلى وضع نظام موحد لمسئولية الناقل البحري هدف من ورائه إلى إقامة
التوازن بين المصالح المتعارضة للناقلين البحريين من ناحية وللمستعملي
المسفينة شاحني البضائع من ناحية أخرى. وقد بدت إحدى دعائم هذا النظام من
خلال الحل للوسط الذي أتت به معاهدة سندات الشحن عام ١٩٢٤ حيث نصت
المادة الثالثة، فقرة ثالثة، منها على أنه " ليس النقل أو الربران أو وكيل الناقل
ملزماً بأن يثبت في سندات الشحن أو يدون فيها علامات أو عدداً أو كمية أو
وزناً إذا توافر لديه سبب جدي يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع
المسلمة إليه فعلاً أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها".

وبتبنيها حكم الفقرة السابقة أوجبت المادة ٢٠٥ من التقنين البحري
المصري، في فقرتها الأولى، على الناقل (أو الربران) أن يذكر في سند الشحن
صفات البضاعة بناء على البيانات الخطية التي يقدمها الشاحن إليه قبل الشحن.
ويجب أن تكون العلامات الموضوعية على البضائع كافية لتعيينها وأن توضع
بحيث تبقى دائماً سهلة القراءة حتى نهاية الرحلة البحرية^(٢). وعليه يقع على
الناقل أو الربران واجب التحقق من صحة بيانات الشاحن الخاصة بالبضاعة،
ولا يجوز له أن يضمن سند الشحن أي تحفظات في هذا الشأن إلا في حالتين

(١) CA Rouen. 2^e ch. Civ., 21 Mars 1985, DMF 1985, somm. P. 751; CA Paris, 5^e ch. Sect. A, 13 décembre 1995. BTL 1996, p. 369.

(٢) المادة ٢٠١ من قانون التجارة البحرية.

على وجه التحديد: الأولى، إذا كانت لديه أسباب جدية للشك في صحة البيانات التي قدمها الشاحن عن البضاعة. والثانية، إذا لم تتوفر لدى الناقل الوسائل العادية للتأكد من تلك البيانات. يفهم من ذلك إذن أنه فيما عدا هاتين الحالتين فإن أى تحفظات يبديها الناقل فى سند الشحن مآلها البطلان، فلا أثر لها على مسنوليته تجاه الشاحن.

ويجب على الناقل أن يذكر فى سند الشحن الأسباب الجدية التى دعتة إلى الشك فى صحة بيانات الشاحن أو عدم توافر الوسائل العادية للتحقق منها. كما يقع عليه عبء إثبات جدية أسباب هذا الشك أو عدم توافر وسائل التحقق من صحة تلك البيانات. فإذا عجز عن تقديم دليل الإثبات لم يكن للتحفظ الذى أورده أى اعتبار أو أثر فى رفع المسؤولية عن عاتقه.

أما إذا نجح الناقل فى إثبات وجود أسباب جدية للشك فى البضاعة أو عدم توافر وسائل التحقق من صحة البيانات الخاصة بها، انتقل عبء الإثبات إلى الشاحن أو المرسل إليه. بتعبير آخر يجوز للشاحن أو المرسل إليه، رغم تحفظات الناقل على البضاعة وإثباته صحتها، أن يقيم الدليل على حالة البضاعة عند الشحن ووزنها الحقيقى أو عددها وأن خطأ الناقل أو تابعيه هو السبب فيما حدث من عجز أو تلف، وله فى سبيل هذا الإثبات أن يسلك كافة الطرق الممكنة.

وقد أجازت معاهدة هامبورج بدورها أن يتضمن سند الشحن تحفظات تتعلق بالطبيعة العامة للبضائع أو علاماتها الرئيسية أو عدد الطرود أو القطع أو وزنها أو كميتها إذا كان الناقل يعلم أن البيانات التى قدمها الشاحن غير مطابقة للبضائع، أو إذا كانت لديه أسباب معقولة تحمله على الشك فى صحة هذه البيانات، أو إذا لم تتوفر لديه الوسائل المعقولة للتحقق من هذه البيانات

وعلى الناقل أن يضمن سند الشحن أوجه عدم صحة البيانات أو الأسباب التي حملته على الشك فيها، أو عدم توافر وسائل التحقق منها^(١).

وبالنظر لتطبيق النصوص السابقة على الحاويات نرى القضاء متشددا مع الناقلين في قبول تحفظاتهم المتعلقة بالبضاعة المحواة، وذلك ارتكانا إلى ما يبدونه من أسباب تبرر هذه التحفظات. وعليه تعد باطلة كافة التحفظات التقليدية والمألوفة التي يضعها الناقل في سند الشحن باقتضاب دون مسببات واضحة مثل " ذكر أنها تحوى"^(٢)، أو " حسب قول الشاحن " " ذكر أنها"^(٣)، أو "تحميل وإحصاء الشاحن"^(٤) "Shippers Load and count". فمثل هذه التحفظات، وهي ترد في صورة عامة مطلقة، ليس لها أي أثر في إهدار أو تقويض حجية سند الشحن في الإثبات بالنسبة لبيانات البضاعة المذكورة فيه.

ويجب على الناقل أن يبرز صراحة في سند الشحن الأسباب التي حملته على إيداء تحفظاته على البضاعة المحواة حتى ولو كانت هذه الأسباب مفهومة ضمنا كما هو الحال في تسلمه الحاوية معبأة بالبضائع ومغلقة بالأختام^(٥). وإذا أورد الناقل تحفظا في سند الشحن وذكر أنه لم يتحقق من محتوى الحاوية، فإن هذا التحفظ يصبح لغوا ومن ثم باطلا، إذ يتوجب عليه

(١) المادة ١٦، فقرة أولى، من معاهدة هامبورج.

(٢) Cass. Com. 29 janvier 1980, Bull. Civ. IV, N° 48; JCP G 1980, II, 19388, note R. Rodière; D. 1980, inf.rap. p. 328; DMF 1981, p. 267, comm. R. Achard; DMF 1981, p. 261.

انظر تعليقا على هذا الحكم:

Raymond Achard, Nouveaux commentaires sur la clause " Said to Contain", (L'arrêt de la cour de cassation du 29 janvier 1980, navire "Amerian-LEGACY"), DMF 1981, p. 259.

(٣) Cass. Com. 22 Février 1983, Bull. Civ. IV, N° 77.

(٤) CA Rouen. 2^e ch. Civ., 14 avril 1994, DMF 1995, p. 380.

(٥) T. com. Paris, 25 Sept. 1991, BTL 1992, p. 68.

ايضاح السبب الذى حال دون فحص الحاوية^(١). ولايختلف الحكم إذا كان التحفظ قد أشار إلى قيام الشاحن بتعبئة الحاوية وأن الناقل لم يراقب البضاعة الموجودة بداخلها^(٢).

وإذا كان تسلم الناقل للحاوية فى ميناء القيام غالباً مايقترن ببعض التحفظات، فإن التصريح بأسباب هذه التحفظات فى سند الشحن وقناعة القاضى بها له بلا شك جدواه عند الوصول. بعبارة أخرى إذا لم يقبل المرسل إليه أو مؤمنه حالة الحاوية أو البضاعة المعبأة بداخلها بعد وصولها إلى الميناء المقصود، فإن تحفظات الناقل تلعب حينئذ دوراً مؤثراً فى مسألة الإثبات عماد المسئولية ودفة تحديد الشخص المسنول.

أما إذا تسلم الناقل الحاوية دون أن يضمن سند الشحن أى تحفظ بشأن البيانات المتعلقة بالبضاعة أو كانت التحفظات التى أداها باطلة، فذلك مفاده فتح الطريق أمام القرينة التى بموجبها يفترض تسلم الناقل للبضاعة بأوصافها المذكورة فى سند الشحن تبعاً لتصريحات الشاحن^(٣). وتظل لهذه القرينة

T. com. Marseille, 27 avril 1976, DMF 1976, p. 610. (١)

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 13 décembre 1995, BTL 1996, p. 369; DMF 1996, p. 923, obs. p.-Y. Nicolas; cass. Com., 2 décembre 1963, DMF 1964, p. 206. (٢)

CA Aix-en-provence 13 Janvier 1984, DMF 1984, p. 467, note R.Achard. (٣)

وتطبيقاً لذلك أيضاً فقد قضى بأن درجة الحرارة الزائدة داخل الحاوية المعبأة بالليمون الهندى لايعفى الناقل البحرى من المسئولية عن الأضرار اللاحقة بالشحنة طالما أنه لم يبد أى تحفظات سليمة عند تسلمه الحاوية.

CA Paris, 5^e ch., set. B. 18 Juin 1998, Juris-Data N° 1998-023936; CA Versailles, 25 mai 2000, Juris-Data N° 2000-133958; CA Versailles, 27 avril 2000, juris-Data N° 2000-112612.

فعاليتها فى النقل متعدد الوسائط حيث يتسلم الناقل الحاوية من ناقل سابق دون إبداء أى تحفظات صحيحة^(١).

على أن القرينة السابقة لاتعدو أن تكون بسيطة يجوز للناقل إثبات عكسها رغم صعوبة ذلك فى معظم الأحيان^(٢)، إذ يتوجب عليه حينئذ إقامة الدليل على أن الضرر الواقع للبضاعة غير ناشئ عن فعله أو أنه لم يكن واضحا وقتما تسلّم الحاوية^(٣).

وبوجه عام يستطيع الناقل التخلص من المسؤولية إذا نجح فى نفي علاقة السببية بين خطئه المتمثل فى عدم تحقق النتيجة المقصودة من عقد النقل وبين الضرر الذى لحق بالشاحن^(٤). وهو لايمكنه نفي علاقة السببية إلا بإثبات للسبب الأجنبى.

وتطبيقا لذلك ترتفع المسؤولية عن الناقل البحرى للحاوية إذا أثبت أن ثم عيب ذاتى فى البضاعة المحوارة قبل شحنها هو الذى أدى إلى إلحاق الضرر

(١) CA Aix-en-Provence, 2^e ch., Février 1990, Juris-Data N° 1990-046335.

وانظر أيضا:

CA Rouen, 2^e ch. civ., 25 août 1993, Juris-Data N° 1993-044767.

(٢) CA Rennes, 28 mai 1986, DMF 1987, somm. p. 723 et 1988 p. 150, obs. P. Bonassies.

(٣) Cass. Com., 16 Février 1988, Bull. Civ. IV, N° 74; JCP G 1989, II 21200, note R. Achard; DMF 1989, p. 150, obs. P. Bonassies.

(٤) انظر فى ربط الضرر بإحدى حالات الإعفاء من المسؤولية:
Cass. Com. 22 Février 1983, navire Bordabekoa, BTL 1983, p. 552;
DMF 1994, p. 166, obs. P. Bonassies; Bull. Civ. IV, N° 76.

بها^(١). ولا محل أيضا لمساءلة الناقل عما أصاب البضاعة من ضرر إذا أثبت ان هذا الضرر يرجع حدوثه إلى خطأ الشاحن كما لو قدم الأخير مثلا حاوية معيبة^(٢)، أو عبأ البضاعة في درجة حرارة مرتفعة^(٣) أو رطوبة زائدة^(٤) لا تتناسب البتة مع طبيعتها^(٥)، أو قام بتعبئتها ورسها داخل الحاوية بشكل متلاحم، أو أهمل في إجراء المعالجة الصحية اللازمة للبضاعة^(٦) أو في المراقبة الأولية لنظام تبريد الحاوية^(٧)، أو وافق على قبول حاوية لا تتلاءم ظاهريا مع البضاعة المراد نقلها^(٨) أي غير مستوفية عموما للشروط التي تتطلبها البضاعة المشحونة^(٩).

Cass. Com. 5 mars 1996, DMF 1996, p. 507 Litchis; CA Versailles, 12^e ch. sect. 2, 27 avril 2000, Juris-Data N° 2000-112612, avocats; CA Paris, 5^e ch., sect. A. 2 avril 1997, Juris-Data N° 1997-021045, mangues Fraiches; CA Rouen, 2^e ch., civ., 2 mai 1996, Juris-Data No 1996-043795 sacs de cacao. (١)

Cass. Com., 27 oct. 1998, Navire Bo Johnson, DMF 1999, p. 608. (٢)

CA Rouen, 2^e ch. civ., 26 Juin 1997, Juris-Data No 1997-057717; CA Rouen, 2^e ch. civ., 3 Juin 1999, Juris-Data N° 1999-125605. (٣)

CA Rouen, 2^e ch. civ., 8 sept. 1994, café Robusta, DMF 1995, p. 883, obs. Y. T. (٤)

كما لو تعلق الأمر بشحنة أسماك على سبيل المثال. (٥)

CA Rouen, 2^e ch. civ., 30 novembre 2000, Juris-Fata N° 2000-136601. (٦)

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 2 Juillet 1997, Juris-Data N° 1997-022214. (٧)

CA Aix-en-Provence, 2^e ch. civ., 27 Février 1997, Juris-Data N° 1997-057502. (٨)

CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 15 janvier 1998, Juris-Data N° 1998-040037. (٩)

وانظر في المزيد من أسباب دفع مسؤولية الناقل البحري:

CA Lyon. 3^e ch., 25 Novembre 1994, Juris-Data N° 1994-050988.

وجدير بالإشارة أن الضرر اللاحق بالبضاعة المنقولة داخل الحاوية قد يحدث نتيجة بعض الظروف المجتمعة التي يشكل بعضها حالات إعفاء للناقل البحري من المسؤولية:

Cass. Com., 5 mars 1996, DMF 1996, p. 507, rapp. J.-P.Rémery.

وقد خلصت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد ماتقدم، فأوضحت أن غياب أى تحفظ من جانب الناقل لدى تسلمه الحاوية لايحول مطلقا دون حقه فى إثبات علاقة السببية بين الضرر اللاحق بالبضاعة وبين أحد الأسباب المؤدية لإعفائه كليا أو جزئيا من المسؤولية. يستثنى من ذلك فقط الحالة التى يتخلف فيها الناقل عن ذكر تحفظ خاص بعيب فى البضاعة محط علمه أو كان واجبا عليه العلم به عند إصدار سند الشحن^(١).

ويحدث أحيانا من الناحية العملية أن تتم الاستعانة بخبير متخصص يعهد إليه بتقصى وتأكيد وجود السبب الأجنبى للضرر^(٢). بيد أن عبء الإثبات يظل فى الأصل قائما على عاتق الناقل، فهو الذى يقع عليه إقامة الدليل على نشأة الضرر نتيجة سبب لادخل لإرادته فيه، وله فى سبيل الوصول لهذا الإثبات الالتجاء إلى كافة الطرق الممكنة بما فى ذلك القرائن^(٣).

Cass. Com., 15 mai 2001: Juris-Data N° 2001-09744;

(١)

وانظر أيضا فى نفس المعنى:

Cass. Com., 27 oct. 1998, navire BO Johnson, DMF 1999, p. 608; cass, com., 11 mai 1993, BTL 1993, P. 403; Juris-Data N° 1993-01151; CA Rouen, 2^e ch. civ., 3 Juin 1999, navire Hapa Lloyd clément, DMF 2000, P. 459, obs. R. Achard.

على العكس فقد قضى بأن الناقل البحرى لايجوز له الاحتجاج بعدم إمكانية التحقق من درجة حرارة البضاعة طالما أن سند الشحن يخوله الحق فى ذلك، علاوة على إعطائه شهادة من الغير تبين بوضوح درجة الحرارة لحظة تعبئة الحاوية.

CA Rouen, 2^e ch. civ., 25 août 1993, DMF 1994, p. 375; Rappr. CA Rouen, 2^e ch. civ., 7 décembre 2000, navire NL Créte, DMF 2001, p.585, obs., R. Achard.

CA Paris, 3 Novembre 1987. JCP G 1988, II 21147, note J. Henderyksen; DMF 1988, somm. p. 409 et 1989, p. 161, obs. P. Bonassies.

(٢)

CA Paris, 13 Juillet 1988. DMF 1989, P. 515 et 1990, p. 144, obs. P. Bonassies; CA Rouen, 2^e ch. civ., 3 Juin 1999, Juris-Data N° 1999-125605.

(٣)

أخيرا وفي كل الأحوال يحتفظ الناقل البحري بحق الرجوع على الغير طالما نجح في إثبات مسنوليته عن وقوع الضرر^(١).

المطلب الثاني

شحن ورص الحاوية

يقصد بشحن البضاعة عموما رفعها من على رصيف الميناء ووضعها على ظهر السفينة، وهو في الأصل من مهام الناقل داخل ميناء القيام. ومع ذلك فقد يتضمن عقد النقل إتفاقا على قيام الشاحن نفسه بهذه العملية^(٢).

وأيا كان من يتولى الشحن سواء هو الناقل أم الشاحن، فعادة ما يتعاقد الملتزم منهما مع المقاول البحري لتنفيذ تلك المهمة. ويستعين المقاول في هذه الحالة بعمال الموانئ المتخصصين وبأدوات خاصة تختلف باختلاف نوع البضاعة ومكان رسو السفينة^(٣).

وكما أن تمام تعبئة الحاوية لاتجعلها معدة للشحن على السفينة مالم يتم رص البضاعة داخل الحاوية بطريقة سليمة، فإن عملية الشحن أيضا لاتكتمل على النحو الذي تكون فيه السفينة معدة للسفر إلا إذا جرى رص الحاوية على السفينة تبعا للطرق الفنية المعروفة دوليا.

(١) انظر على سبيل المثال مسنولية مقاول الشحن عن سرقة محتويات الحاوية والتي تمت قبل شحن الحاوية على متن السفينة.

CA Aix-en-Provence, 2° ch. 13 Juin 1999, Juris-Data N° 1990-047419.

(٢) المادة ٢١٥، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية.

(٣) ويتم الشحن عادة برافعات السفينة أو برافعات الرصيف أو بالرافعات العائمة أو بأنابيب إذا تعلق الأمر بسوائل أو بشفطات إذا تعلق الأمر بحبوب، وإذا كانت السفينة بعيدة عن الرصيف لزم الاستعانة بالصنادل أو المواعين.

ولا نظن أن المشاكل العملية التي تثيرها عمليات الشحن والحرص العادية تختلف كثيرا عن تلك المتعلقة بالحاويات، غاية الأمر أن سياق طرحها قد يحنى بعض الشيء ليكون أكثر تكيفا مع تغليف البضاعة بالحاويات. وأيضا كانت تلك المشاكل فالأمر يستلزم حلها داخل إطار النصوص التقليدية التي يتضمنها القانون البحرى فى هذا الصدد.

٢٢- أولا: شحن الحاوية فى السفينة:

الأصل فى التزام الناقل بالشحن أن يقتصر على قيامه برفع البضاعة من الرصيف ووضعها على متن السفينة أيا كانت الوسيلة المستخدمة فى ذلك.

بيد أن تجميع البضائع داخل حاوية قد يتعدى بهذا الالتزام مجرد مفهومه التقليدى حيث يمكن أن تكون الحاوية من النوعية التي تحتم على الناقل حين شحنها مباشرة بعض العمليات المادية أو تنفيذ تعليمات الشاحن فى هذا الصدد. مثال ذلك توصيل جهاز تبريد الحاوية المبردة بتيار كهربائى على السفينة حينما لا تمتلك الحاوية جهاز تبريد خاصا بها^(١)، أو توصيل الحاوية التي تحتوى على بضاعة ذى طبيعة خاصة بمواطن وصول الهواء على السفينة^(٢).

وحرصا منه على تفادى وقوع أضرار لبضاعته المحواة يجوز للشاحن مراقبة العمليات المتممة لشحن الحاوية على السفينة للتأكد من صحتها، فإن تعذر عليه ذلك عد الناقل مسئولا عن أى ضرر ينجم عن خطئه^(٣). وتظل

(١) Tribunal com. Marseille, 5 mars 1993, BTL 1993, p. 288.

(٢) CA Rouen, 2^e ch. civ., 30 Juin 1999, Juris-Data N^o 1999-044032.

(٣) Cass. Com., 5 mai 1987, DMF 1988, P. 150, obs. P. Bonassies.

المسئولية جزاء إهمال الناقل ولو لم يتلق الشاحن أى تعليمات بخصوص مايتعين عليه القيام به^(١).

٢٢ - الشحن على سطح السفينة أم فى عنابرها:

وليس شحن الحاوية فى السفينة بهذه السهولة الظاهرة التى تعبر عنها العبارات السابقة، إذ تدق المشكلة حينما يثار التساؤل حول ما إذا كان ممكنا شحن الحاوية على سطح السفينة أم يتعين شحنها فى العنابر؟

وهذه المشكلة على قدمها وأقول أسبابها مع تطور النقل البحرى وصناعة السفن لم تنزل من المشكلات العصرية التى تثير جدلا أيا كانت طبيعة البضاعة المنقولة بحرا وطريقة تغليفها. وتعود المشكلة بجذورها إلى عصر الملاحة الشراعية حينما روى آنذاك أن شحن البضاعة على سطح السفينة يعرضها لمخاطر السرقة أو التلف أو السقوط فى البحر، كما يعرض السفينة ذاتها لخطر فقدان توازنها وبالتالي غرقها. لذا وفى ظل ما أطلق عليه فى ذلك الحين " قانون رودس الخاص بالرمى فى البحر Lex Rhodia de Jactu"^(٢) كان التهديد بالرمى يصيب أول ما يصيب البضاعة المشحونة على السطح

(١) T.com., Marseille, 10 avril 1987, DMF 1989, p. 160, obs. P.Bonassies.

(٢) والمعروف حاليا بنظام الخسارات المشتركة. وقد كان قانون رودس سائدا فى جزيرة رودس أيام الفينيقيين ثم أخذه الرومان عنهم وأسموه بقانون رودس الخاص بالرمى فى البحر. وقد أعطى هذا القانون مالك البضاعة التى ألقيت فى البحر الحق فى إقامة دعوى على الريان الذى قام بإلقائها للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر. وأعطى الريان دعوى أخرى على الشاحنين للمطالبة بقيمة ما أفادوا من جراء التضحية. انظر فى الأصل التاريخى والتنظيم القانونى للخسارات المشتركة، د.مصطفى طه، أصول القانون البحرى، المرجع السابق ص ٨٥٢ ومابعدها، القانون البحرى، المرجع السابق ص ٤٣٥ ومابعدها.

بهدف التخفيف عن السفينة واستعادة توازنها من أجل السلامة العامة. صحيح أن الشاحنين، وقد أقيمت بضائعهم المضحى بها فى البحر بغير رجعة، يجدون عوضاً فى نظام الخسارات المشتركة، لكن البضاعة فى حد ذاتها قد تمثل لأصحابها قيمة غير مادية^(١). ولم تقف المخاوف من الشحن على السطح عند حد الأضرار الناجمة عن الحوادث، فقد تتعرض البضاعة للضرر دون أن يكون ثمة خطر يهدد السفينة كما هو الحال بالنسبة لتمزيق الأغلفة وتآكل المعادن بسبب رذاذ أمواج البحر ولفحة الرياح.

وبرغم تطور صناعة السفن والتكنولوجيا المستخدمة فيها فقد ظلت النظرة راسخة تجاه الشحن على سطح السفينة حتى إن هذه الطريقة فى الشحن تؤدى عادة إلى زيادة أقساط التأمين على البضاعة.

هذا ويعتبر الربان مسئولاً بصفة عامة عن أى ضرر يلحق بالبضاعة المشحونة على سطح السفينة ولو كانت القوة القاهرة هى التى تسببت مباشرة فى إحداث هذا الضرر، إذ أن إخلاله بتنفيذ التزامه بعدم الشحن على سطح السفينة هو الذى هيا للقوة القاهرة أن تحدث أثرها.

تلك المسئولية الواقعة على الربان لا يرفعها عنه إلا ترخيص الشاحن له بالرص على ظهر السفينة^(٢)، ففى هذه الحالة لا يعتبر الربان مسؤولاً عن الهلاك أو التلف اللاحق بالبضاعة بسبب رصها على هذا النحو. على العكس لا يعفى الربان من المسئولية عن الهلاك أو التلف الناشئ عن سبب آخر أو عن عدم اتخاذ الاحتياطات المعتادة فى الرص.

(١) كما لو تعلق الأمر بعينات يراد إرسالها لبعض العملاء.

(٢) CA Paris, 30 Janvier 1979, DMF 1979, p. 282. note Y.M.L.

وقاعدة حظر الرص على سطح السفينة لا تنطبق فحسب على البضائع غير المغلفة أو المغلفة تغليفاً عادياً بل وأيضاً على الحاويات^(١). وتبرير ذلك ليس مخافة رمى الحاوية في البحر بهدف إنقاذ السفينة مما يتهددها من خطر، فهذا أمر يندر حدوثه عملاً، وإنما الخوف من سقوطها عرضاً في البحر بفعل العواصف والرياح العاتية^(٢). وقد يترتب على هذه الحوادث مشاكل من نوع آخر لاسيما إذا كانت الحاويات تحمل مواداً سامة وخطيرة^(٣) مما من شأنه الإضرار بالبيئة البحرية ضرراً بالغاً^(٤).

على أن مما يخفف من انطباق الحظر السابق على الحاويات تناقص مخاطر شحنها على السطح إذا كانت محكمة الإغلاق ومرصصة بطريقة فنية جيدة وتأخذ مكانها الصحيح على السفينة^(٥). أما من حيث اشتراط موافقة الشاحن فالأمر يتوقف على ما إذا كانت المنشأة الناقلة للحاويات هي من الحاملات المجهزة لهذا الغرض أم من السفن التقليدية.

(١) M. MERCADAL, les problemes juridiques de la conteneurisation du transport maritime, DMF, 1982, p. 372.

(٢) CA Rouen, 2^e ch. civ., 24 février 2000, Juris-Data no 2000-120048; CA Rouen 2^e ch. civ. 19 Juin 1997: Juris-Data No 1997-057520.

(٣) CA Rouen, 2^e ch. civ., 23 sept. 1992, Navire Azilal, DMF 1995, p. 301, note G. Tantin.

(٤) ويثور بهذه المناسبة التساؤل حول مدى خضوع الحاويات الغارقة للنظام القانوني للحطام البحري. انظر بخصوص هذه المسألة:

M. Remond-Gouilloud, op.cit., p. 243 ets.; VIALARD, Déclin du droit de propriété privée dans le nouveau régime des épaves, A.F.D.M., 5 mai 1983.

(٥) CA Rouen, 2^e ch. civ., 30 avril 1997, Juris-Data N° 1997-041217.

(أ) حاملات الحاويات:

لم يتضمن التقنين البحرى المصرى فى حديثه عن الشحن على سطح السفينة أى إشارة للسفن حاملة الحاويات والمصممة خصيصاً لهذا الغرض. على العكس فقد نصت المادة ٢٢، فقرة ثانية، من القانون الفرنسى رقم ٤٢٠-٦٦ الصادر فى ١٨ يونيو لعام ١٩٦٦ والخاص بالنقل البحرى^(١) على أن "تفترض موافقة الشاحن فى حالة شحن الحاوية على سطح السفن المجهزة خصيصاً لهذا النوع من النقل".

كما نصت المادة ٣٠ من القانون نفسه على أنه "خروجاً على المادة السابقة (بطلان شروط التخفيف من المسئولية) يجوز النص على أى شروط تتعلق بالمسئولية أو التعويض فى نقل الحيوانات الحية ونقل البضائع على سطح السفنية بموجب المادة ٢٢، وذلك باستثناء الحاويات المنقولة على متن السفن المجهزة بشكل يناسب هذا النوع من النقل".

وبمقتضى هذين النصين فقد قنن المشرع الفرنسى ماجرى عليه العرف من أنه يجوز للناقل فى سفن الحاويات رص هذه الأخيرة على سطح السفينة دون حاجة للحصول على موافقة الشاحن. فكأن الخشية من مخاطر رص الحاويات على السطح يذللها تجهيز السفينة بالإنشاءات الضرورية لاستقبال تلك الحاويات، على سطحها، الأمر الذى يفترض إذن الشاحن الضمنى فى هذه الحالة. وبمفهوم المخالفة فقد بات من واجب الشاحن الذى لا يريد شحن الحاوية على السطح إبلاغ الناقل بذلك^(٢).

(١) والمعدل بالقانون رقم ٧٩-١١٠٣ الصادر فى ٢١ ديسمبر لعام ١٩٧٩ (المادة الأولى).

JO 22 décembre 1979, JCP G 1980, III, 49132.

M. Mercadal, op. cit., p. 372.

(٢)

ومراعاة لمصلحة الشاحن في هذا الصدد، وفي نقل الحاويات على سطح الحملات المجهزة لهذا الغرض، يقع باطلاً كل شرط يحدد مسؤولية الناقل البحري بمبلغ يقل عن الحد القانوني أو يعفيه من هذه المسؤولية^(١). في المقابل يجوز للناقل التمسك بالحدود القانونية لمسئوليته أو بإحدى حالات الإعفاء منها^(٢)، ولكن شريطة ألا يثبت أن الضرر نشأ عن فعله أو امتناعه الشخصي بقصد إحداث الضرر أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك أن هذا الضرر يمكن أن يحدث^(٣).

(ب) السفن التقليدية:

أما إذا أراد الناقل شحن الحاوية على سطح إحدى السفن العادية غير حاملات الحاويات فيلزمه لذلك موافقة الشاحن وإلا يكون قد ارتكب خطأ يسأل عما ينشأ عنه من ضرر. وفي ذلك تنص المادة ٢١٦ من قانون التجارة البحري على أنه " عدا الملاحة الساحلية بين الموانئ المصرية لايجوز للناقل شحن

CA Aix-en-Provence, 2^e ch.civ., 22 Février 1990, DMF 1992, p. 149. (١)

T. Com, Marseille, 22 avril 1988, DMF 1989, P. 154, obs. P. Bonassies, BTL 1988, p. 348; CA Aix-en-Provence 2^e ch. civ.IV 22 Février 1990, DMF 1992, p. 149. (٢)

Cass. Com. 7 janvier 1997, navire Teleghama, Bull. Civ.IV N° 10; DMF 1997, p. 397, obs. Ph. Delebecque, BTL 1997, p. 237; DMF 1998, Hors-série N° 2, p. 101, obs. P. Bonassies, rejetant le pourvoi C/CA Aix-en-Provence, 31 mai 1994, BTL 1995, p. 147; DMF 1996, p. 243, N° 59. Obs. P. Bonassies. (٣)

انظر في ذات المعنى:

CA Rouen, 2^e ch. civ., 30 avril 1997, Juris-Data N° 1997-041217; CA Paris, 21 mai 1999, navire Ethnos, BTL 1999, p. 689, DMF 2000, Hors-série N° 4. p. 71, obs. P. Bonassies.

وانظر أيضاً حول مشكلة الخطأ غير المغتفر بصفة عامة:

V.A.Vialard. L'évolution de la Faute inexcusable et la limitaion, DMF 2002, p. 579 et s.

بضائع على سطح السفينة إلا إذا أذن له الشاحن في ذلك كتابة، أو إذا كان الناقل ملزماً بالشحن بهذه الكيفية بمقتضى القانون المعمول به في ميناء الشحن أو إذا اقتضت طبيعة الشحنة أو جرى العرف في هذا الميناء على الشحن بهذه الكيفية، ويجب في جميع الأحوال أن يذكر في سند الشحن أن البضاعة مشحونة على السطح" (١).

وطبقاً لهذا النص فقد أورد المشرع المصرى على قاعدة حظر الشحن على سطح السفينة أربعة استثناءات:

(١) إذا حصل الناقل على موافقة الشاحن بالشحن على سطح السفينة. ويلزم أن تثبت هذه الموافقة كتابة سواء على سبند الشحن ذاته أو على سند مستقل عنه. ويأتى رضا الشاحن بشحن بضائعه على سطح السفينة استناداً إلى أن أجره النقل على السطح أقل عادة من أجره النقل فى العنابر.

(٢) إذا كان الناقل ملزماً بالشحن على سطح السفينة بمقتضى القانون المعمول به فى ميناء الشحن، كما لو فرض هذا القانون نقل المواد القابلة للإنفجار أو الالتهاب على سطح السفينة وليس فى عنابرها.

(٣) إذا اقتضت طبيعة الشحنة أو جرى العرف فى ميناء الشحن على الشحن على سطح السفينة، كما هو الحال فى شحن الأخشاب

(١) ويقابل هذا النص فى القانون الفرنسى نص المادة ٢٢ من قانون النقل البحرى لعام ١٩٦٦ وحرفتيه:

“Sauf dans le petit cabotage, le transporteur commet une Faute si, en l'absence de consentement du chargeur mentionné sur le connaissement ou de dispositions réglementaires qui l'imposent, il arrime la marchandise sur le pont du navire”.

والقاطرات والسيارات وغير ذلك من الأشياء ذات الأحجام الكبيرة. وقد سلف القول بأن العرف مستقر على السماح للناقل بشحن الحاويات على السفن المجهزة لهذا الغرض دون حاجة للحصول على موافقة الشاحن.

(٤) إذا كانت الملاحة البحرية التي تقوم بها السفينة ملاحة ساحلية بين الموانئ المصرية. ويرجع إمكان شحن البضاعة على سطح السفينة في هذه الحالة إلى ندرة المخاطر التي تحيط بالسفينة أثناء رحلتها البحرية، كما أن السفن التي تستخدم في هذا النوع من الملاحة لاتتوافر فيها غالباً عناصر يمكن شحن البضاعة داخلها.

ويجب على الناقل في جميع الأحوال التي يتم فيها شحن البضائع على سطح السفينة أن يذكر ذلك في سند الشحن، وذلك حماية للغير حامل سند الشحن حتى يعلم بشحن البضائع بهذه الكيفية^(١).

ولما كان التزام الناقل البحري في القانون المصري إلزاماً بتحقيق نتيجة، فقد ارتأى المشرع التخفيف من وطأة هذا الالتزام بأن حدد بعض الحالات التي يعفى فيها الناقل قانوناً من المسؤولية مراعيًا في ذلك الظروف الخاصة بالنقل البحري. ومن بين هذه الحالات النقل على سطح السفينة، فقد نصت المادة ٢٣١ من قانون التجارة البحرية على أن " لايسأل الناقل عن هلاك أو تلف البضائع التي يذكر في سند الشحن أنها منقولة على سطح السفينة إذا أثبت أن الهلاك أو التلف ناشيء عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل".

(١) د. مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

وبمقتضى هذا النص إذا كان الناقل مرخصاً له بنقل البضاعة على سطح السفينة في الحالات المحددة قانوناً وذكر في سند الشحن أن البضاعة مشحونة على السطح، فإنه لا يكون مسئولاً عن هلاك هذه البضاعة أو تلفها طالما أثبت أن الهلاك أو التلف ناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل.

وتفريعاً على ماتقدم إذا كان الناقل قد شحن الحاوية على سطح السفينة العادية دون الحصول على موافقة الشاحن فإن أي شرط يتضمنه سند الشحن بعدم مسئوليته عن هلاك البضائع المحواة أو تلفها يعتبر باطلاً^(١). أما إذا كان الناقل قد حصل على موافقة الشاحن وأثبت هذه الموافقة في سند الشحن، فيجوز له عندئذ اشتراط عدم مسئوليته عن الأضرار الواقعة للبضاعة.

ويجرى القضاء على أن شروط عدم المسئولية أو التخفيف منها لاتغطي سوى الأضرار الناشئة عن الشحن على السطح أو بتعبير المشرع الهلاك أو التلف " الناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل". ومن ثم تطبق تلك الشروط في حالة سقوط الحاوية في البحر^(٢) باعتبار أن مثل هذا الضرر ماكان ليحدث لو كانت الحاوية مشحونة في عنابر السفينة^(٣). على العكس لآترتب الشروط السابقة أثرها في رفع المسئولية إذا كان الضرر ناشئاً

CA Aix-en- Provence, 28 Janvier 1999, BTL 2000, p. 52; DMF 2001, (١)
Hors-série No 5, 79, obs. P. Bonassies; CA Rouen, 2^e ch. civ., 7 sept.
1995, BTL 1995, p.732.

وانظر في حرمان الناقل من تحديد المسئولية: ١

CA Rouen, 2^e ch. civ., 18 Février 1999, navire Düsseldorf Express:
DMF 2000, p. 231, obs. R. Achard; CA Versailles 30 mars 2000, BTL
2000, p. 541.

T. com. Paris, 1^{re} ch. sect. B, 14 sept. 1992. Juris-Data N° 1992- (٢)
044068.

CA Rouen, 2^e ch. civ. 10 nov. 1999. Juris-Data N° 1999-114744. (٣)

عن سبب آخر لا يرتبط بشحن الحاوية على السطح، كما لو تعلق الأمر مثلاً بسرقة محتواها من البضائع، إذ يتصور حدوث تلك السرقة أثناء وجود الحاوية في العنابر^(١).

٢٤ - وضع المسألة في المعاهدات الدولية:

(أ) معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤:

إذا كانت معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤ تنطبق في الأصل على النقل بسند شحن، إلا أنها استبعدت من نطاق تطبيق أحكامها " الشحنة التي يذكر في عقد النقل أن نقلها يكون على ظهر السفينة وتكون قد نقلت فعلاً بهذه الطريقة"^(٢). ورؤى آنذاك أن هذا الاستبعاد مرده المخاطر الخاصة التي تحيط بمثل هذا النقل لاسيما وأن السفينة تتعرض أحياناً أثناء رحلتها البحرية لظروف وتقلبات جوية وبحرية مما قد يعرض البضاعة لأضرار بالغة فيما لو تم شحنها على سطح السفينة. وترتيباً على ذلك يجوز للناقل وفقاً للمعاهدة التمسك بما أدرجه في سند الشحن من شرط إعفائه من المسؤولية عن أى هلاك أو تلف يصيب البضاعة المشحونة على سطح السفينة.

ومنذ صدور معاهدة سندات الشحن درج العمل البحري على إدراج بند يطبع عادة على ظهر سند الشحن تحت مسمى " خيار الرص" (Optional Stowage-option d'arrimage) يجيز للناقل شحن الحاوية إما في العنابر أو على سطح السفينة دون أدنى إلزام بإخطار الشاحن. وبمقتضى هذا الشرط يحتفظ الناقل أو المجهز لنفسه بحق شحن البضاعة على السطح دون

T. com. Paris. 3^e ch. 20 nov. 1991. Juris-Data N° 1991-045945. (١)

(٢) المادة الأولى فقرة (ج) من المعاهدة.

اعتبار لأي رأى فى هذا الصدد (بدون إخطار الشاحن). وقد لاقى الشرط فى البداية إجازة ثنائية من جانب الفقه^(١) ومحكمة النقض الفرنسية،^(٢) وذلك كنتيجة طبيعية لمبدأ الحرية التعاقدية. وكانت المحكمة قد رفضت الطعن المقدم ضد حكم محكمة استئناف باريس^(٣) إستناداً إلى أن سند الشحن موضوع الدعوى، وهو يمثل قانون العلاقة بين الناقل والشاحن، يجيز للربان شحن البضاعة على سطح السفينة على نفقة وتحت مسؤولية الشاحن.

ورغم التفاف القضاء الفرنسى حول صحة شرط الشحن على السطح "بدون إخطار الشاحن"، فقد انشقت بعض محاكم الموضوع^(٤) على محكمة النقض عند تعرضها لمدى انطباقه. ومفهوم ذلك أن الشرط ولنن كان يسمح للناقل بشحن البضاعة على سطح السفينة بدون إخطار الشاحن، إلا أنه يوجب عليه إبلاغه (أى الشاحن) بالأمر بعد الشحن^(٥).

وبسبب أهمية النتائج المترتبة على الشرط المذكور وارتباطها الجذرى بمسئولية الناقل، فقد اضطرت محكمة النقض الفرنسية إلى التدخل مرة أخرى بغية توحيد الرأى فى المسألة محل الجدل. وفى هذه المرة، ومع تأكدها على

(١) R. Rodière, Affrètements et transports, t. 2, N° 523; ومع ذلك فقد ذهب روديير إلى عدم انطباق الشرط فى حالتى الغش والخطأ الجسيم للناقل.

D. 1963, Jurisprudence, P. 723, not R. Rodière.

(٢) Cass. Com. 16 novembre 1965, DMF 1966, p. 269, note P. Lureau. DMF 1966, p. 718, navire Brasiluso.

(٣) CA Paris, 19 juin 1963, DMF 1963, p. 666. note J.-P Govare.

(٤) انظر فى اختلاف المحاكم حول ضرورة إخطار الشاحن. د. عبد الرحمن سليم، شروط الإغفاء من المسؤولية، رسالة دكتوراه، ١٩٥٥، ص ١٧٥.

(٥) انظر على سبيل المثال:

CA Aix-en-Provence, 2^e ch. cix.. 18 juin 1986, DMF 1986, p. 740, note R. Achard; Revue Scapel 1986, p. 3. obs. K. Bonnaud.

صحة الشرط، أيدت الدائرة التجارية للمحكمة^(١) قضاء الموضوع فيما ذهب إليه من أن الشرط الخاص بإجازة شحن البضاعة على السطح على نفقة وتحت مسؤولية أصحابها لايعفى الناقل أبداً من التزامه بإخطار الشاحن بذلك بعد الشحن. ويقع على الناقل عبء إثبات علم الشاحن، ومن ثم ففي ظل غياب هذا العلم وخارج نطاق الحالات المسموح بها قانوناً يعد الناقل البحري قد ارتكب خطأ إن هو رص البضائع على سطح السفينة، وبناء عليه حرمته المحكمة من الاستفادة من شروط الإعفاء من المسؤولية.

وفي حكم لاحق عام ١٩٩٨ بدا في منطوقه الارتباط المباشر بمعاهدة سندات الشحن، رفضت الدائرة التجارية لمحكمة النقص الفرنسية^(٢) الطعن المقدم ضد حكم محكمة استئناف باس تير Basse-Terre والصادر في ١٨ مارس ١٩٩٦، وارتأت آنذاك أن الشرط المجادل فيه لايمكن أن يحل محل الإخطار بوضع البضاعة على السطح. ولما كانت المادة الأولى، فقرة (ج)، من المعاهدة تتطلب لاستبعاد أحكامها الإعلان في عقد النقل عن شحن البضاعة على السطح، فإن اتباع هذه الطريقة في الشحن في ظل وجود شرط الشحن بدون إخطار الشاحن، يجعل الشحن على السطح معيباً في مفهوم المعاهدة. وتبعاً لذلك، وبالنظر لعدم توافر شروط الاستثناء، فإن أحكام المعاهدة وليست أحكام القواعد العامة في القانون الفرنسي هي الواجبة التطبيق، وهو الأمر الذي يؤدي إلى بطلان شروط إعفاء الناقل من المسؤولية. فالسماح بوضع الحاوية إذن على سطح السفينة لايعنى لدى المحكمة إخطار الشاحن أو علمه بذلك.

Cass. Com. 18 Janvier 1994, BTL 1994, p. 332; DMF 1994, p. 551, (١)
rejetant le pourvoi C/CA Aix-en-Provence, 19 juin 1991, navire Julia.

Cass. Com 7 Juillet 1998, navire Atlantic Island, Bull. Civ. IV, N° (٢)
222; DMF 1998, p. 826, rapp. J.-P Rémy, obs. p. Bonassies; DMF
1999, Hors-série N° 3, N° 94, P. 71, obs. P. Bonassies; Juris-Data N°
1998-003144.

"وإذا كان الناقل من الناحية الواقعية لا يمكنه، عند تحرير سند الشحن، معرفة الخيار النهائي لربانته، إلا أنه، والحال أن الشحن على السطح قد تم بالفعل، كان يتعين عليه الحصول لاحقا على موافقة الشاحن أو إخطاره بطريقة الشحن هذه".

وبصدور حكم محكمة النقض الفرنسية الأخير عام ١٩٩٨، بات الحل الذي أخذت به بعض محاكم الموضوع قبيل هذا التاريخ شبه مؤكد^(١)، بل وتواترت عليه لاحقا العديد من المحاكم الفرنسية^(٢). هذا الاستقرار في محيط قضاء الموضوع ارتكزت نتائجه أساسا في أنه إذا استطاع الشاحن إثبات علاقة سببية بين خطأ الناقل المتمثل في الشحن المعيب للبضاعة (أو الحاوية) على سطح السفينة (أي بدون علم الشاحن) وبين الأضرار اللاحقة بالبضاعة، فإن الناقل لا يمكنه التمسك بإعفائه من المسؤولية.

ويبدو أن الإجماع القضائي لم يكن حليف هذا الحل، حيث ذهبت بعض الأحكام إلى عدم أهمية إخطار الشاحن بالشحن على السطح طالما لم يقيم الناقل الدليل على أن شحن البضاعة في العنابر بدلا من على السطح من شأنه أن يؤدي إلى تفادي الأضرار أو التقليل من ضرامتها^(٣).

ولعل استمرار تأرجح بعض محاكم الموضوع حول المسألة المطروحة هو الذي جعل محكمة النقض الفرنسية تخرج عن عاداتها لتؤكد موقفها مجددا

CA Rouen, 2^e ch. civ., 7 déc. 1995, Juris-Data N° 1995-052556. (١)

CA Rouen, 10 novembre 1999, Navires Atlantic island et camlroko Express, DMF 1999, Hors-série N° 3, N° 94, p. 71. (٢)

CA Montpellier, 23 Janvier 2001. Navire Tiger, DMF 2002, p. 33, obs. Y.Tassel; Juris-Data N° 2001-159776; CA Paris 12 mai 2000, BTL 2000, p. 800, obs. P. Bonassies; DMF 2001. Hors-série N° 5, N° 79, p. 65. (٣)

وفى غضون سنوات قليلة من تأكيدها السابق. ففي حكم حديث لها عام ٢٠٠٢ قضت المحكمة بأن معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ هي الواجبة التطبيق إذا كان الناقل قد شحن الحاوية على سطح السفينة دون إجازة مسبقة من الشاحن أو إخطاره لاحقاً بعد الشحن^(١).

والظاهر تماماً مما سبق أن موقف القضاء الفرنسى فى إطار المسألة المعنية قد جاء متشدداً بعض الشئ تجاه الناقل. فطالما أن سند الشحن لم يتضمن أى بيان صريح يفيد شحن البضاعة على السطح^(٢)، فإن هذه الطريقة فى الشحن لاتعتبر صحيحة فى مفهوم معاهدة بروكسل، اللهم إلا إذا قام الناقل أو الربان بعد شحن البضاعة فعلاً على السطح باخطار الشاحن بذلك. وبدهى أن هذا الحكم لا يحمل فى جنباوته حماية مصلحة الشاحن فقط بل إن المسألة لها أهميتها بالنسبة للتأمين. فشحن البضائع على سطح السفينة، وهو بالطبع له أثره على بنود وثيقة التأمين على تلك البضاعة بصفة عامة، من شأنه زيادة أقساط التأمين على وجه الخصوص^(٣).

وإذا قام الناقل بالشحن على سطح السفينة رغم اعتراض الشاحن على ذلك صراحة، فإنه يكون قد ارتكب خطأ غير مغتفر يحرمه من حق التمسك بالحدود القانونية للمسئولية المنصوص عليها فى التقتين البحرى^(٤).

(١) Cass. Com., 29 avril. 2002, Bull. Civ. IV., N° 78; obs. Ph. Delebecque, RTD com. 2002, P. 599. N° 7.

(٢) فيقال مثلاً "على السطح" "Shipped on deck" ، "On deck" ، "en pontée".

(٣) انظر فى هذا المعنى:

CA Aix-en-Provence, 2^e ch.civ., 18 Juin 1986. DMF 1986. p. 740. note R. Achard; DMF 1987, p. 82. obs. P. Bonassies.

(٤) A. chao, Transport en pontée, incidences des fautes du transporteur sur sa responsabilité. BTL 1995 p. 709.

هذا وجدير بالإشارة أن إخطار المرسل بشحن الحاوية على سطح السفينة لايعنى حتماً وفي كل الأحوال إعفاء الناقل من المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بها. فقد يأذن الشاحن باتباع هذه الطريقة في الشحن ثم يحدث أن تصل إلى الربان قبل إبحاره معلومات من الأرصاد الجوية تنذر بمخاطر جسيمة فيما لو تم الشحن على السطح. ففي مثل هذه الحالة يتعين على الناقل العدول من تلقاء نفسه عن قراره المتعلق بطريقة الشحن، فإن لم يفعل صار مسئولاً عن أى ضرر يقع للبضاعة المحوأة كسقوطها في البحر مثلاً^(١).

(ب) معاهدة هامبورج لعام ١٩٧٨:

وخلافاً لمعاهدة بروكسل لم تستبعد قواعد هامبورج من نطاق تطبيقها البضائع المشحونة على سطح السفينة. وطبقاً لنص المادة التاسعة الأصل هو عدم جواز شحن البضائع على السطح إلا إذا وافق الشاحن على ذلك، أو كان العرف في ميناء الشحن قد استقر على شحن بضائع معينة على السطح، أو إذا وجد نص قانونى أمر يقرر ذلك كما فى حالة بعض أنواع البضائع الخطرة كالمتفجرات والبضائع سريعة الاشتعال^(٢).

وقد تناولت الفقرة الثالثة من ذات المادة التاسعة أساس مسؤولية الناقل الذى يقوم بشحن البضائع على سطح السفينة فى غير الحالات التى يجوز فيها هذا الشحن، وكذلك فى الحالة التى لايجوز فيها للناقل الاحتجاج على الغير حسن النية. وقضت بأنه استثناء من أحكام الفقرة الأولى من المادة الخامسة يظل الناقل مسئولاً عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها الناشئ فقط عن الشحن على السطح، دون أن يستطيع دفع مسئوليته بإثبات أنه قد اتخذ هو

(١) Veaux-Fournerie. Veaux. op.cit.. p. 29.

(٢) والملاحظ أن هذه الحلول هى ذاتها التى اخذ بها التقنين البحرى المصرى.

وتابعوه التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر. بعبارة أخرى لا يبرأ الناقل من المسؤولية في هذه الحالة إلا بإثبات السبب الأجنبي.

٢٥ - ثانياً: رص الحاوية:

لا تكتمل عملية شحن الحاوية على الوجه الذي تكون فيه السفينة جاهزة للإبحار مالم يتم رص هذه الحاوية مع غيرها من الحاويات الأخرى طبقاً للأصول الفنية المتعارف عليها. ويقصد بالرص هنا توزيع الحاويات وترتيبها على متن السفينة بطريقة تقيها خطر الهلاك أو التلف أثناء السفر وتحفظ للسفينة توازنها.

وبهذا المعنى يختلف رص الحاوية على السفينة عن رص البضاعة داخل الحاوية^(١). فهذه العملية الأخيرة، وهي ترتبط بتعبئة الحاوية، يتولاها عادة القائم بالتعبئة سواء أكان الناقل أم إحدى الشركات المتخصصة^(٢) أم المرسل صاحب البضاعة وهذا هو الغالب^(٣). أما رص الحاوية على السفينة فهو إلزام يقع من الناحية العملية على عاتق الربان باعتبار أن الأمر يتعلق بسلامة السفينة من حيث ثباتها وتوازنها، وهو ما يدخل في نطاق الوظائف الفنية للربان.

ويجب على الربان أن يبذل الهمة الكافية ويتخذ الاحتياطات المعقولة في قيامه برص الحاويات. وهو ملزم بمتابعة الإشراف على الرص طيلة الرحلة البحرية^(٤)، ويظل مسئولاً عنها ولو تولاها تابعون للشاحن.

(١) انظر في هذه التفرقة:

CA Rouen, 2^e ch.civ., 5 décembre 1991, Juris-Data N° 1991-048678.

CA Paris, 5^e ch., sect. A.22 janvier 1997, Juris-Data N° 1997-022786.

Cass. Com., 22 juin 1993. DMF 1994, p. 368.

T. com. Paris. 23 juin 1971, DMF 1972, p. 308.

(٢)

(٣)

(٤)

وهكذا يسأل الناقل أو الربان عن الأضرار الناجمة عن عيب الرص،
يستوى فى ذلك أن تكون الحاويات قد اتخذت مكانها فى عنابر السفينة أو على
السطح^(١).

المطلب الثالث

نقل الحاوية

الآن وقد شحنت الحاوية وأخذت مكانها السليم على السفينة أصبح نقلها
هو الخطوة التالية والرئيسية فى تنفيذ العقد المبرم بين الشاحن والناقل. فلا شك
أن جوهر عقد النقل البحرى يكمن فى تحريك البضائع من مكان لآخر، لذلك
فإن الناقل يلتزم بنقل الحاويات من ميناء القيام إلى ميناء الوصول فى الميعاد
المتفق عليه أو، عند عدم الإتفاق، فى ميعاد معقول^(٢) يراعى فى تحديده نوع
السفينة وقوتها وطبيعة البضاعة.

والواقع أن تحوية البضاعة لا يعدل كثيرا فى التزامات الناقل أثناء
الرحلة البحرية، فهو بالإضافة إلى التزامه بنقل الحاويات إلى المكان المتفق
عليه ملزم بالمحافظة عليها أثناء النقل.

(١) انظر فى سقوط إحدى الحاويات المشحونة على السطح فى البحر بسبب عيب
الرص:

CA Aix-en-Provence, 2^e ch. civ., 22 Février 1990, BTL 1991, p.260.
وانظر أيضا فى سقوط الحاويات المحملة فى عنابر السفينة بعضها على البعض
الأخر إثر اهتزاز السفينة مع هياج البحر وذلك بسبب سوء الرص:

CA Paris, 5^e ch., 14 oct. 1976, navire "Priwall" DMF 1977, p. 98.

(٢) وهذا ما تنص عليه المادة الخامسة، فقرة ثانية، من اتفاقية هامبورج فى تحديدها
للمقصود من التأخير فى تسليم البضائع.

وفى أدائه لالتزاماته المتقدمة يتعين على الناقل احترام شروط سند الشحن^(١)، فعليه أن يسلك خط السير المتفق عليه فى عقد النقل أو الذى جرت العادة باتباعه، فإذا لم يوجد خط سير معين للسفينة وجب على الربان سلوك أقصر الطرق وأكثرها أمانا. ولايجوز للربان أن ينحرف عن خط سيره مالم تكن ثمة ضرورة ملجئة كعاصفة شديدة أو إصلاح خلل طارئ فى آلات السفينة. وقد يحدث أن يتضمن سند الشحن شرطا يجيز للربان الانحراف بسفينته عن خط سيرها المعتاد لأسباب معينة.

ويتفرع عن التزام الناقل بنقل الحاويات إلزامه بضمان سلامتها أثناء الرحلة البحرية، ومن ثم يجب عليه عدم القيام بأى عمل أو مناورة قد تؤدى إلى خلل فى توازن الحاويات على السفينة^(٢). كما يلتزم الناقل أيضا باحترام تعليمات الشاحن الخاصة بدرجة حرارة الحاوية أثناء السفر سواء فيما يتعلق بالتأكد من استمرار وصول الكهرباء إليها على السفينة أو الاحتفاظ بدرجة الحرارة المتفق عليها^(٣)، وذلك كله بهدف ضمان سلامة البضاعة المحواة

(١) Cass. Com., 11 mai 1993, navire Korrigan, DMF 1994, p. 165, obs. P. Bonassies, BTL 1993, p. 403, Juris-Data N° 1993-001151; CA Montpellier, 25 avril 1995, DMF 1995, p. 638, note Y. Tassel: DMF 1996, p. 252, N° 75, obs. P. Bonassies.

(٢) CA Paris, 5^e ch., sect. B. 27 mars 1996, BTL 1996. . 610 et p. 682.

(٣) بيد أن الناقل لا يعد مسئولاً عن سوء تشغيل المعدات الداخلية للحاوية والتي يفترض أن تضمن درجة الحرارة المطلوبة للبضاعة المحواة.

Cass. Com., 13 Novembre 1990, juris-Data N° 1990-002973.

ومع ذلك فقد يقضى الاتفاق أو العرف بأن يتولى الناقل مراقبة عمل المعدات الفنية للحاوية والقيام بأى عمليات صيانة أو إصلاح لها أثناء الرحلة.

CA Paris, 2 Novembre 1976. DMF 1977, p. 335; CA Rouen, 2^e ch. civ., 11 Janvier 1995, Juris-Data N° 1995-041842; CA Rouen. 2^e ch.civ., 28 Février 2002, navire contship Germany, DMF 2002, p. 965.

ومن أهم مظاهر التزام الناقل بضمان السلامة واجبه في إتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لمنع سرقة البضائع المحوأة^(٢). وبهذه المناسبة فقد جرى العمل على غلق الحاوية، متى تم تعبئتها، بأختام تتخذ شكل قطع رصاصية مرقمة. ويحدث كثيرا خلال النقل أن تكسر هذه الأختام أو يجرى نزعها بهدف سرقة المحتوى أو لإخراج أحد الطرود حينما يتجمع في الحاوية الواحدة بضائع مملوكة لأكثر من شاحن. في مثل هذه الحالة يقع على الناقل واجب الإسراع بإثبات الواقعة والتحقق من سلامة البضائع المحوأة، وذلك قبل طلب وضع أختام جديدة على الحاوية فور إعادة إغلاقها مرة أخرى^(٣). وتقريبا على ماتقدم إذا كانت الحاوية محلا لنقل متتابع، فإن الناقل الثاني تجوز مساءلته إذا قبل تسلمها دون التحقق من سلامة الأختام الأصلية الموضوعة عليها.

(١) CA Versailles, 25 mai 2000. Juris-Data N° 2000-133958; CA Rouen, 2° ch. civ., 4 Nov. 1999, DMF 2000, p. 1023; CA Paris 5° ch., sect. A, 11 Janvier 1995, Juris-Data N° 1995-020057; T. com. Marseille, 5 mars 1993, BTL 1993, p. 288.

(٢) انظر في مسؤولية الناقل البرى للحاويات عن أخطاء تابعيه:

Cass. Com. 14 avril 1992. Juris-Data N° 1992-001016; CA Rouen, 2° ch. civ., 3 mars 1994, Juris-Data N° 1994-040917; CA Rouen. 2° ch. civ., 13 Janvier 2000, Juris-Data N° 2000-120052; CA Paris, 5° ch., sect. A, 14 oct. 1998, Juris-Data N° 1998-023945; CA Rouen. 2° ch., civ., 16 Nov. 2000, juris-Data N° 2000-128804; CA Paris. 5° ch., sect. B. 23 mars 1995, BTL 1995, p. 378.

(٣) CA Rouen, 2° ch. civ., 4 février 1993. Juris-Data N° 1993-041512; CA Rouen, 2° ch. civ., 15 Janvier 1998. Juris-Data N° 1998-056029.

وباعتباره ضامنا لوصول الحاويات سليمة فى الميعاد يلتزم الناقل بإعداد السفينة إعدادا حسنا وتجهيزها لتكون صالحة للملاحة^(١) ولتنفيذ النقل المتفق عليه، كما يلتزم أيضا بإعداد أقسام السفينة المخصصة للشحن لتكون صالحة لوضع الحاويات فيها والحفاظ عليها^(٢).

ويقتضى تنفيذ هذا الالتزام قيام الناقل بالتأكد من متانة بدن السفينة وكفاءة ماكيناتها وأجهزة القيادة والتوجيه، ويتعين عليه تزويد السفينة بالمهمات والمؤن اللازمة وبطاقم كاف ومؤهل على نحو ما تقتضى به القوانين واللوائح.

والأصل أن يتم النقل على السفينة التى شحنت عليها الحاويات فى ميناء القيام دون أن يكون للناقل الحق فى تغييرها أثناء الطريق. فإذا تعطلت السفينة أثناء الرحلة وجب على الشاحن أن ينتظر حتى يتم الإصلاح، وله إذا لم يشأ الانتظار أن يطلب تسليم الحاويات إليه على أن يدفع الأجرة كاملة. أما إذا لم يمكن إصلاح السفينة، أى أصبحت غير صالحة للملاحة، كان على الناقل تقديم سفينة أخرى صالحة للملاحة لنقل الحاويات عليها إلى ميناء الوصول.

وأخيرا إذا تعذر على الربان إتمام عملية النقل بسبب قوة القاهرة حالت بين السفينة وبين دخولها الميناء المقصود، فإن للربان حينئذ حرية التصرف بما فيه منفعة الشاحنين وقيادة السفينة إلى أقرب ميناء يمكن أن تصل إليه بأمان، وذلك إذا لم يكن مزودا بأوامر محددة فى مثل هذه الحالة.

(١) انظر فى مسئولية الناقل عن خسارة الحاويات بسبب عدم صلاحية السفينة للملاحة إثر تعرضها لحادث ملاحى:

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 6 mai 1998, Juris-Data N° 1998-021371.

(٢) المادة ٢١٤ من قانون التجارة البحرية.

المطلب الرابع

تفريغ الحاوية

إذا وصلت السفينة بسلام إلى الميناء المقصود فإن أول ما يقع على الناقل عندئذ هو فك الحاويات وإخراجها من العنابر تمهيدا لتفريغها. وهذه العملية تقابل عملية رص الحاويات فى عنابر السفينة أو على السطح والتي تحصل فى ميناء الشحن، غاية الأمر أن الربان وهو يقوم بفك الحاويات إنما يهدف بذلك إلى سلامة البضاعة المحوأة فقط أما الرص فتزيد أهدافه لتبغى أيضا توازن السفينة أثناء الرحلة البحرية^(١).

وبانتهاء عمليات الفك والإخراج يبدأ تفريغ الحاويات من السفينة. ويقصد بالتفريغ هنا إنزال الحاويات من السفينة إلى رصيف الميناء أو إلى الصنادل التي تنقلها إلى الرصيف إذا كانت السفينة راسية بعيدا عنه.

والتفريغ مثل الشحن يعتبر جزءا لا يتجزأ من عقد النقل، وهو يقع أساسا كما ذكرنا على عاتق الناقل مالم يتم الإتفاق على قيام الشاحن نفسه أو المرسل إليه بهذه العملية^(٢). وإذا كان الناقل هو الملزم بالتفريغ فليس ثمة مانع من الإتفاق على تحمل الشاحن أو المرسل إليه نفقات التفريغ.

وبدهى إذا كان التفريغ على عاتق الناقل أن يكون تسليم الحاويات لصاحب الحق فيها بعد انتهاء الناقل من تنفيذ مهمته، ومع ذلك فقد يتضمن سند

(١) د. على جمال الدين عوض، القانون البحرى، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٤٧١، د. كمال حمدى، المرجع السابق، ص ٤٩٨.

(٢) المادة ٢١٥، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية.

الشحن شرط التسليم تحت الروافع^(١) Livraison sous palan^(٢) وبمقتضاه يتم تسليم الحاويات على متن السفينة على أن يتولى المرسل إليه تفريغها منها بعد ذلك^(٣).

وإذا كان التفريغ بحسب الاتفاق على عاتق الشاحن أو المرسل إليه، وجب على الربان إخطار المرسل إليه بوصول السفينة حتى يبدأ في تنفيذ مهمته. وتحسبا لعدم قيام المرسل إليه بواجبه فى هذا الصدد يحدث أحيانا أن يتضمن سند الشحن شرطا يتولى الربان بمقتضاه تفريغ البضاعة من تلقاء نفسه على نفقة المرسل إليه ومسئوليته إذا لم يتقدم هذا الأخير لتفريغ البضاعة خلال فترة معينة من وصول السفينة، وهو ما يعرف بشرط التفريغ التلقائى. وهناك يتعين على الناقل إيداع البضاعة بعد تفريغها مخازن الجمرک أو مخزنا عموميا أو لدى أمين لحساب المرسل إليه وذلك إعمالا لالتزامه بالمحافظة على البضاعة لحين تسليمها إلى المرسل إليه^(٤).

وانطلاقا من مبدأ إلتزامه بالتفريغ يجب على الناقل البحرى أن يبذل العناية والدقة وأن يتخذ كل الاحتياطات الكفيلة بالمحافظة على البضائع المحواة أثناء تفريغها.^(٥) ويجد هذا الإلتزام تطبيقه على وجه الخصوص فى الحاويات

(١) والمقصود بذلك أجهزة الرفع التى تستخدم عادة لنقل البضائع بين رصيف الميناء ومتن السفينة وكذلك لوضعها داخل العنابر.

(٢) ويطلق على هذا الشرط بالإنجليزية Under ship's tackle or at ship's rail

(٣) انظر فى صحة شرط التسليم تحت الروافع:
Cass. Com., 18 Janvier 1994, Navire Julia, DMF 1994, p. 494. Obs.
Y. Tassel; BTL 1994, p. 532, obs. A. chao.

(٤) د. مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٥) المادة ٣، فقرة ٢، من معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤.

المبردة التي تحتاج في الإبقاء على برودتها إلى دعم عنصر خارجي عنها، إذ ينبغي على وكلاء الناقل فور تفريغ هذا النوع من الحاويات الإسراع في توصيلها إلى مصدر مناسب للطاقة. وتثور المشكلة حينئذ عندما لا يتوافر بميناء الوصول، سواء بشكل دائم أو مؤقت، مصادر للطاقة يمكن توصيل الحاويات المفرغة إليها على وجه السرعة. وقد واجهت محكمة النقض الفرنسية تلك المشكلة^(١) بقولها: " يتعين على الناقل، بالتشاور مع أمين الحمولة، إتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لضمان تسليم البضائع في ظل ظروف لا تعرض هذه الأخيرة للخطر"^(٢).

ولم تحد محاكم الموضوع عن هذا الحل حيث قضت محكمة استئناف روان الفرنسية^(٣) بأنه " لايجوز للناقل أن يهمل مصير البضاعة القابلة للتلف بعد تفريغها، فيجب عليه إتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لضمان تسليمها في ظل ظروف جيدة لاسيما إخطار المرسل إليه أو تسليم البضاعة لسلطات الميناء". " ومن المسلم به أن تسليم البضاعة إلى السلطات المختصة في ميناء التفريغ يعتبر بمثابة تنفيذ الناقل البحري لواجبه المتمثل في تسليم البضاعة إلى المرسل إليه والذي بتمامه ينتهي عقد النقل"^(٤).

- (١) وكانت المحكمة قد رفضت الطعن المقدم ضد حكم محكمة استئناف باريس: CA Paris, 24 mai 1989, DMF 1991, p. 166, et 1992, p. 151, obs. P.Bonassies.
- حيث كان أمين الحمولة قد أعلم الناقل بصعوبة استلام البضائع بسبب إغلاق المستودعات المبردة بميناء أديجان خلال شهر رمضان.
- (٢) Cass, Com., 14 mai 1991, BTL 1992, p. 656.
- (٣) CA Rouen, 2^e ch. civ., 15 décembre 1994, DMF 1996, p. 734, obs. Y. Tassel; Juris-Data N° 1994-600342.
- (٤) CA Paris, 5^e ch., sect. A, 7 Juillet 1992, navire CR Douala. DMF 1993, somm. p. 311.

وانظر في ذات المعنى حكم محكمة النقض الفرنسية:

Cass. Com., 13 juin 1989. DMF 1991, p. 228. obs. R. Achard.

والظاهر في منطوق الأحكام السابقة أنها تحمل تخفيفا من التزام الناقل البحرى المتعلق بتفريغ البضاعة من السفينة وما يتبعه حتما من تسليمها إلى المرسل إليه. لكن الناقل قد يتنازل عن تلك الميزة بمقتضى شرط صريح فى سند الشحن، إذ يعتبر صحيحا كل شرط لا يودى إلى إعفاء الناقل من المسؤولية التى يفرضها عليه القانون أو إلى تخفيف هذه المسؤولية. وتطبيقا لذلك نصت المادة ٥ ، فقرة أولى، من معاهدة سندات الشحن على أن " للناقل أن يتنازل عن الحقوق والإعفاءات المخولة له كلها أو بعضها. كما يجوز له أن يزيد فى مسؤولياته والتزاماته على الوجوه المبينة فى المعاهدة بشرط أن يكون هذا التنازل أو هذه الزيادة فى المسؤولية واردا فى سند الشحن المسلم إلى الشاحن". كما نصت المادة ٢٣ ، فقرة ثانية، من اتفاقية هامبورج على أن " للناقل أن يزيد مقدار مسؤوليته والتزاماته بموجب هذه الاتفاقية".^(١)

واستنادا لهذه النصوص فقد اعتبر القضاء الفرنسى أن إدراج شرط واستنادا لهذه النصوص فقد اعتبر القضاء الفرنسى أن إدراج شرط (CY (Container Yard=Terminal Portuaire)^(٢) فى سند الشحن يدل على أن " عقد النقل البحرى لا ينتهى عند الروافع ... بل عندما يأتى المرسل إليه أو وكيله لاستلام الحاوية فى ميناء الوصول النهائى".^(٣) بعبارة أخرى لا تنتهى

(١) أيضا فقد نصت المادة ٢٣٧ من قانون التجارة البحرى المصرى على أن " للناقل أن ينزل عن كل أو بعض الحقوق والإعفاءات المقررة له، كما يجوز له أن يزيد مسؤوليته والتزاماته بشرط أن يذكر ذلك فى سند الشحن".

(٢) ويعبر عن هذا الشرط أيضا باصطلاح CFS أو " Container Freight Station".

(٣) CA Paris, 5^e ch., sect. B. 16 février, 1996. BTL 1996, p. 402; DMF 1997, p. 279, obs, P.-Y. Nicolas.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم مؤكدة على أن " التسليم الصحيح للحاويات لا يتحقق إلا إذا قام الناقل البحرى بإخطار المرسل إليه أو وكيله بإيداع الحاويات فى الساحة المخصصة لها داعيا إياه باستلامها فوراً".

Cass. Com., 2 février 1999, navire London Express, Bull. Civ, IV, No 40; DMF 2000, p. 132. Rapp. J.P.-Rémy. obs. Ph. Godin.

مسئولية الناقل وفقا لهذا الشرط إلا عند قيام المرسل إليه أو وكيله بسحب البضاعة في الميناء^(١).

٢٦- الإلتزام بتفريغ الحاويات ومبدأ " وحدة عقد النقل البحري":

تنص المادة ٢٢٧، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية على أن " يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلّم الناقل البضائع في ميناء الشحن، وبين قيامه في ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها".

وطبقا لهذا النص يعتبر الناقل مسؤولا عن تفريغ البضاعة وحتى تمام تسليمها إلى المرسل إليه. ويعد ذلك تطبيقا لمبدأ " وحدة عقد النقل البحري": والذي مؤداه كما هو معروف أن عقد النقل لا يقتصر على المرحلة البحرية التي تفصل بين شحن البضاعة على السفينة وتفريغها منها وإنما أيضا المرحلة البرية السابقة على الشحن والمرحلة البرية اللاحقة للتفريغ^(٢). ويأتى هذا الحكم خلافا لما هو منصوص عليه في معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ والتي تقضى المادة الأولى، فقرة هـ، منها على أن " نقل البضائع ينسحب إلى الوقت

Veaux-Fournerie, op.cit., p. 32.

(١) ولا يختلف الوضع في قواعد هامبورج حيث نصت المادة الرابعة، فقرة أولى، منها على أن " مسؤولية الناقل عن البضائع بموجب هذه الإتفاقية تشمل المدة التي تكون فيها البضائع في عهدة الناقل في ميناء الشحن وأثناء النقل وفي ميناء التفريغ". وطبقا للفقرة الثانية من ذات المادة تعتبر البضائع في عهدة الناقل إعتبارا من الوقت الذي يتلقى فيه البضائع من الشاحن أو نائبه (أو سلطة أو طرف ثالث توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء الشحن تسليم البضائع له لغرض الشحن) حتى الوقت الذي يقوم فيه بتسليم البضائع إلى المرسل إليه أو بوضعها تحت تصرف المرسل إليه وفقا للعقد أو القانون أو العرف المتبع في التجارة المعنية بميناء التفريغ وذلك في الحالات التي لا يتسلم فيها المرسل إليه البضائع من الناقل، أو =

الذى ينقضى بين شحن البضائع فى السفينة وبين تفريغها منها". وعليه فإن أحكام المعاهدة لا تسرى على العمليات السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ، بل تنطبق فقط على المرحلة البحرية التى تنقضى بين الشحن والتفريغ.

أيا ماكان الحال فإن قاعدة مسئولية الناقل عن البضاعة خلال عملية التفريغ والعمليات اللاحقة لها تنطبق سواء أكانت البضاعة منقولة داخل حاوية أو بدون حاوية أساسا^(١). ومن ثم فقد قضى بمسئولية الناقل البحرى عن الحاوية رغم قيامه بتسليمها إلى مقاول التفريغ المتعاقد معه^(٢). وتظل الحاوية تحت مسئولية الناقل حتى ولو بقيت لفترة معينة بعد تفريغها على رصيف ميناء التفريغ قبل أن يتسلمها أمين الحمولة ليضعها فى أحد المخازن^(٣).

يبقى القول أن التزام الناقل بضمان سلامة الحاوية عند تفريغها قلما يكشف العمل عن عدم تنفيذه، وذلك لأن الضرر عادة ما يحدث للبضاعة الموجودة بالداخل وهو ما لا يتم ظهوره إلا عند تسليم الحاوية وفتحها.

بتسليمها إلى سلطة أو طرف ثالث توجب القوانين أو اللوائح السارية فى ميناء التفريغ تسليم البضائع إليه.

CA Aix-en-Provence, 27 mars 1991, BTL 1992, p. 67, note A. chao. (١)

CA Paris, 24 sept. 1992, BTL 1993, p. 188. (٢)

Cass. Com., 18 janvier 1994, DMF 1994, P. 547; BTL 1994, P.235; CA Rouen, 2^e ch.civ., 26 novembre 1998, DMF 2000, somm. P. 663. (٣)

وفى هذه الدعوى الأخيرة لم تتعد رحلة النقل ٣٠ يوما فى الوقت الذى ظلت فيه البضاعة (البن) قابعة داخل الحاويات لمدة ١٦٨ يوما، ثم حدث أن أضرع الناقل هذه الحاويات مع بعض المستندات المتعلقة بها.

بتسليم البضاعة لمن يتقدم إليه أولاً بإحدى نسخ سند الشحن. ويعتبر هذا التسليم صحيحاً حتى ولو تقدم بعد حصوله حامل نسخة أخرى أسبق من متسلم البضاعة فى التظهير الأول، وذلك لأن متسلم البضاعة قد حازها بسبب صحيح وكان حسن النية وقت حيازته، ومن ثم يصبح مالكا لها تطبيقاً لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية. وفى ذلك تنص المادة ٢٥٥، فقرة ثانية، من قانون التجارة البحرية على أنه " إذا تسلم البضائع حامل حسن النية لإحدى النسخ، كانت له الأفضلية على حامل النسخ الأخرى ولو كان تظهيرها أسبق تاريخاً".

أما إذا تقدم حملة نسخ سند الشحن جميعاً فى وقت واحد، فإن الأفضلية تكون لحامل النسخة الأقدم فى تاريخ التظهير^(١). والعبرة فى الأقدمية بتاريخ أول تظهير يحمله سند الشحن، وعليه يفضل حامل نسخة سند الشحن التى تحمل أقدم تظهير ولو كانت هذه النسخة قد انتقلت إليه بموجب تظهير لاحق فى التاريخ لتظهير حامل النسخة الأخرى.

٢٩- تحفظات المرسل إليه:

ذكرنا من قبل أن الناقل يكون قد أتم التزاماته الناشئة عن عقد النقل البحرى بمجرد قيامه هو أو ممثله بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه عند الوصول سليمة وفى الميعاد. فهذا التسليم هو الذى ينتهى به تنفيذ عقد النقل البحرى، ومن ثم تفترض مسئولية الناقل البحرى أن الضرر اللاحق بالبضاعة قد وقع خلال فترة نقلها وقبل تسليمها إلى المرسل إليه.

وتفريعاً على ذلك فمن الأهمية بمكان إثبات الوقت الذى وقع فيه الضرر وسببه، إذ قد يثور الشك حول ما إذا كان الضرر الواقع للبضاعة قد

(١) المادة ٢٢٥، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية.

حدث أثناء النقل أم طراً بعد تسليمها للمرسل إليه ولأسباب لايسأل عنها الناقل. وتزيد درجة الشك فيما لو كانت البضاعة المنقولة بحراً قد شحنت على السفينة داخل حاويات، إذ من النادر عملاً أن يظهر الضرر اللاحق بالبضاعة المحواة عند التفريغ. وبدهى أن طول الفاصل بين تسليم البضاعة إلى المرسل إليه صاحب الحق فيها وبين الإبلاغ عن الضرر يجعل من الصعب تحديد زمن وقوع هذا الضرر وتبعاً الشخص المسئول عنه.

إزاء ماتقدم فقد أراد المشرع حماية الناقل من إصاق المسؤولية به عن الضرر اللاحق بالبضاعة بعد قيامه بتسليمها إلى المرسل إليه سليمة في الميعاد المتفق عليه. يتضح ذلك من نص المادة ٢٣٩، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية والتي فرضت على المرسل إليه في حالة الضرر اللاحق بالبضاعة توجيه تحفظات (أو إخطارات) مكتوبة إلى الناقل في مواعيد قصيرة الأجل يمكن معها التحقق من الضرر في الوقت المناسب.

وقد فرق المشرع بخصوص ميعاد تقديم تلك التحفظات أو توجيه الإخطارات بين ما إذا كان الضرر اللاحق للبضاعة ظاهراً أم غير ظاهر:

(أ) فإذا كان الضرر ظاهراً، وجب على المرسل إليه أن يوجه للناقل أو وكيله إخطاراً مشتملاً على طبيعة الضرر في ميعاد لايجاوز يومى العمل التاليين ليوم تسليم البضاعة.

(ب) أما إذا كان الضرر غير ظاهر، جاز تقديم الإخطار خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتسليم البضاعة. ولاشك أن الأضرار الحاصلة

للبضاعة المحواة هي من الأضرار غير الظاهرة التي لا يمكن إكتشافها إلا بعد فتح الحاوية وتفريغ البضاعة منها^(١).

والمقصود بالضرر الذي يتعين على المرسل إليه توجيه إخطار بشأنه إلى الناقل هو الضرر الجزئي (الهلاك الجزئي). أما الضرر الكلي (الهلاك الكلي) فطبيعي ألا يتطلب بشأنه أي إخطارات باعتبار أن هذا الهلاك لا يتصور فيه التسليم.

وقد استقر القضاء على أن المقصود بالتسليم الذي يبدأ منه ميعاد تقديم الإخطار هو التسليم الفعلي والمادي للمرسل إليه استناداً إلى أنه وحده الذي يمكن هذا الأخير من الكشف على البضاعة وبيان نوع الضرر.

ويشترط المشرع أن يكون الإخطار مكتوباً بصرف النظر عن الشكل الذي يتخذه، وبالتالي فيمكن ذكره على سند الشحن أو على الإيصال الذي يسلمه المرسل إليه للناقل وقت تسلّم البضاعة. ويجب أن يكون الإخطار مسبباً حتى يتمكن الناقل من الوقوف على طبيعة الضرر.

وجدير بالإشارة أنه إذا أجريت معاينة للبضاعة في ميناء التفريغ وأثبتت حالتها وقت التسليم بحضور الناقل أو نائبه ومن تسلّم البضاعة، فلا

Cass. Com., 17 juillet 2001, Juris-Data N° 2001-011069; CA Paris. 20 (١)
janvier 1986, DMF 1987, p. 375 et 1988, p. 158, obs. P. Bonassies.

وجدير بالإشارة أنه إذا كان سند الشحن ينص على أن تفريغ الحاوية من شحناتها يتم في مخازن المرسل إليه، فإن مدة الإخطار تبدأ ليس من تاريخ تفريغ الحاوية من السفينة وإنما من تاريخ تسلمها بواسطة المرسل إليه.

CA Paris, 5^e ch., sect. B, 19 nov. 1998, Juris-Data N° 1998-023587.

حاجة عندئذ لتقديم الإخطار على أساس علم الناقل بالهلاك والتلف في هذه الحالة^(١).

٣٠ - تسليم الحاويات بين الضرر غير الظاهر والضرر المحتمل:

إذا كان الناقل البحري، وعلى ما أشرنا سلفاً، يتسلم الحاوية بعد تعبنتها مغلقة وغالباً مختومة بالرصاص، فأمر بدهى أن تكون الأضرار الحاصلة للبضاعة المحواة غير ظاهرة غالباً وقت تسليمها للمرسل إليه في ميناء الوصول. وبين الضرر الظاهر والضرر غير الظاهر فإن استعمال الحاويات كوسيلة لتغليف البضاعة المنقولة بحراً قد يولد شكلاً جديداً من الضرر يمكن وصفه بالضرر المحتمل *Le dommage probable*^(٢).

وتتجسد شواهد هذا الضرر من الناحية الواقعية حينما تُرى الحاوية أثناء تفريغها من السفينة وقد نزع منها ختم الرصاص أو تم كسره، وذلك بغض النظر عما إذا كان وضع مكانه ختم آخر من عدمه، وسواء أكانت أبواب الحاوية مشوهة أو كانت الحاوية ذاتها مصدومة في بعض أجزائها^(٣). في مثل هذه الحالات تبدو مصلحة المرسل إليه مؤكدة حتماً في الإسراع (خلال يومى العمل التاليين ليوم تسليم البضاعة) بتوجيه الإخطار إلى الناقل دون أن تعوزه الوسيلة في تيرير تحفظاته في هذا الشأن^(٤). ومن هذا المنطلق تتضمن سندات الشحن أحياناً شرطاً يتعين بمقتضاه توجيه إخطارات مكتوبة وفورية بشأن الحاويات التي تسلم بأختام أو أقفال غير مطابقة. ويشترط لقبول الدعوى عندئذ

(١) المادة ٢٣٩، فقرة ثانية، من قانون التجارة البحرية.

(٢) Paulette Veaux-Fournerie. *Transport successifs*, op. cit., p. 26.

(٣) Veaux-Fournerie, op. cit., p. 32.

(٤) CA Rouen, 3^e ch. civ., 3 mars 1994, DMF 1995, p. 223.

أن يتم استدعاء الناقل قبل فتح الحاوية للتحقق بنفسه من الخسائر والأضرار
اللاحقة بالبضاعة المحواة^(١).

وإذا أهمل المرسل إليه أو وكيله في توجيه الإخطار المسبب^(٢) إلى
الناقل أو أخطره في وقت متأخر^(٣) فيفترض أنه تسلم الحاوية بحالتها كما سلمت
في ميناء القيام وأن البضائع المحواة مطابقة لبياناتها الواردة في سند الشحن^(٤)
وأنها قد سلمت تحت درجة الحرارة المبيّنة في السند^(٥). لكن هذه القرينة بسيطة
بحيث يجوز للمرسل إليه إثبات عكسها بكافة الطرق^(٦)، وذلك بأن يثبت أن
مالحق البضاعة المحواة من ضرر إنما حدث أثناء عملية النقل.

وتطبيقاً لما تقدم لايجوز للمرسل إليه مباشرة حق الرجوع على الناقل
بسبب الأضرار اللاحقة بالبضاعة المحواة أو نقصها طالما جرى فض أختام
الحاوية في ظل غياب أي ممثل للناقل^(٧). وقد قضى أيضاً بأن وكيل المرسل
إليه الذي تسلم الحاويات من دون إبداء تحفظات ودون أن يقوم بوزنها للتحقق

(١) Cass. Com., 18 Janvier 1994, BTL 1994, p. 235; DMF 1994, p. 547.

(٢) Cass. Com., 24 oct. 1995, BTL 1996, p. 24; CA Paris, 5^e ch., sect. A, 23 Juin 1999, Juris-Data N° 1999-024061.

(٣) CA Aix-en-Provence, 4 mars 1999, BTL 2000, p. 348; Juris-Data N° 1999-119920.

(٤) المادة ٣، فقرة ٦، من معاهدة سندات الشحن، المادة ٢٣٩، فقرة ١، من قانون التجارة البحرية، المادة ١٩ من قواعد هامبورج. وانظر في هذا المعنى:

Cass. Com., 12 mars 1996, DMF 1996, p. 633, obs. A. Le Bayon.

(٥) CA Rouen, 2^e ch. civ., 11 Janvier 1996, Juris-Data N° 1996-041842.

(٦) CA Paris, 5^e ch., 10 mars 1994, DMF 1995, P.227; CA Rouen, 2^e ch. civ., 9 Février 1995, Juris-Data N° 1995-041119.

(٧) CA Aix-en-Provence, 2^e ch. civ., 4 février. 1986, DMF 1998, somm. p. 758.

مما إذا كان وزنها الفعلى عند الوصول يتطابق مع الوزن المذكور فى سند الشحن، يعتبر مسئولاً عن أى نقص فى البضائع المحواة^(١).

على أن إهمال المرسل إليه أو تأخره فى إخطار الناقل بطبيعة الضرر اللاحق بالبضاعة المحواة لا يعنى إستفادة الناقل حتماً من قرينة التسليم المطابق لسند الشحن. بتعبير آخر من الجائز عملاً إثبات أن الضرر سابق فى حدوثه على تفريغ الحاوية من السفينة، وذلك بمساعدة رأى الخبراء الفنيين^(٢) أو عن طريق قسم الجمارك فى الميناء^(٣) أو خبراء تسوية الأضرار

.Les Commissaries d'avaries

CA Aix-en-Provence, 22 Janvier 1991, BTL 1991. p. 360. (١)

وانظر أيضاً فى مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل مستلم الحاوية:

CA Rouen, 2^e ch. civ., 9 Février. 1995, Juris-Data N^o 1995-041119.

وانظر فى صعوبة إثبات وقوع الضرر أثناء النقل البحرى فى ظل غياب أى تحفظات من جانب المرسل إليه فى المهلة القانونية القصيرة:

CA Rouen, 2^e ch. civ., 16 nov. 1995 Juris-Data N^o 1995-052559.

Cass. Com. 20 mai 1986, Bull. Civ. IV, N^o 96; DMF 1986, p. 665 et (٢)
1987, p. 134, obs. P. Bonassies; CA Rouen, 2^e ch. civ., 10 Juin 1999,
juris-Data N^o 1999-044335.

CA Paris, 5^e ch.. sect. A, 1^{er} oct. 1997, juris-Data N^o 1997-024600; (٣)
CA Rouen, 2^e ch. civ., 5 juin 1997, Juris-Data N^o 1997-056455.

الفصل الثانى

المسئولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن حوادث الحاويات

٣١ - تمهيد وتقسيم:

إذا بلغت السفينة ميناءها المقصود بسلام فإنه يقع على المرسل إليه أو وكيله واجب القيام ببعض العمليات المادية التى تأتى فى المرتبة بعد تفريغ الحاويات من السفينة وتسليمها إليه. فبينما يعهد إلى الشاحن غالباً بمهمة تعبئة الحاوية قبل شحنها على السفينة يقوم المرسل إليه بإفراغ الحاوية من محتوياتها بعد تفريغها، أى الحاوية، من السفينة. وقد تكون البضاعة المحواة مملوكة لأكثر من مرسل إليه فيقوم أمين الحمولة بفرز البضائع المجمعّة تمهيداً لتسليمها إلى أصحاب الحق فيها.

ومنذ اللحظة التى يتم فيها تفريغ البضاعة من الحاوية تبدأ المشاكل القانونية للمسئولية. فالبضائع المحواة بل والحاوية ذاتها قد تتعرض أثناء نقلها بحراً على السفينة لاحتتمال وقوع أضرار لها بسبب تمايل واهتزاز السفينة علاوة على مخاطر الملاحة البحرية التى تحيط بالسفينة أثناء رحلتها الطويلة. ويدهى الحال كذلك أن تبرز مسئولية الناقل البحرى باعتبارها أهم ما يثور عملاً أمام المحاكم فيما يتعلق بموضوعات النقل البحرى والقانون البحرى عموماً.

والأصل أن تنشأ المسئولية عن حوادث الحاويات فى كنف عقد النقل البحرى باعتباره الإطار القانونى الذى تتم عملية نقل الحاوية تحت مظلته. وبرغم خضوع تلك المسئولية فى الأساس لأحكام القواعد العامة فى القانون

البحرى إلا أن الأمر قد يتطلب فى بعض الأحيان تطبيق هذه القواعد بما يتلاءم مع استخدام الحاوية فى تغليف البضاعة المنقولة.

وإلى جانب المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحرى فقد نشور مشاكل أخرى للمسئولية بمناسبة تنفيذ عقود أخرى تتلازم فى حياتها مع عقد النقل مثل عقد الوكالة بالعمولة للنقل وعقد مقاولة الشحن والتفريغ والبيوع البحرية.

وتفصيلاً لما تقدم فسوف نبحث موضوع المسؤولية عن حوادث الحاويات من خلال تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: المسؤولية الناشئة عن عقد النقل البحرى.

المبحث الثانى: المسؤولية الناشئة عن العقود المرتبطة بعقد النقل البحرى.

المبحث الأول

المسئولية الناشئة عن عقد النقل البحرى

لعله من المفيد فى هذا المقام التذكير سريعاً بطبيعة العلاقة التعاقدية بين الشاحنين والناقلين والتي كانت الغلبة فيها بداءة للناقلين حيث درجوا منذ فترة طويلة على تضمين عقود النقل البحرى شروطاً لإعفانهم من المسؤولية أو تحديدها. ولم يكن أمام القضاء آنذاك بدأ من الحكم بصحة هذه الشروط استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين. لذا ومراعاة لحقوق الشاحنين ومعهم المؤمئين والبنوك كانت الجهود التي بذلتها الجماعة الدولية من أجل حماية هؤلاء وإقامة نوع من التوازن بين المصالح المختلفة لأطراف العقد. تلك الجهود التي أثمرت عن إبرام معاهدة سندات الشحن الموقعة فى بروكسل فى ٢٥ أغسطس عام

١٩٢٤ والبروتوكول المعدل لها عام ١٩٦٨. وبعد فترة طويلة من الزمن، ظلت هذه المعاهدة خلالها هي الوحيدة في شأن مسؤولية الناقل البحري للبضائع، حلت محلها إتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع الموقعة في ٣١ مارس عام ١٩٧٨ والمعروفة بقواعد هامبورج. وقد دخلت هذه الاتفاقية دور النفاذ في أول ديسمبر عام ١٩٩٢ وصدقت عليها مصر في ٢٣ أبريل عام ١٩٧٩ لتصبح سارية فيها اعتباراً من أول ديسمبر عام ١٩٩٧.

وبالنظر لقانون التجارة البحرية المصري فقد استوحى المشرع أحكامه الخاصة بمسئولية الناقل البحري من قواعد هامبورج دون أن ينقلها نقلاً حرفياً بل خالفها في كثير من المواضع^(١).

وفيما يتعلق بمسئولية الناقل البحري للحاويات تثور المنازعة أساساً حول الأضرار اللاحقة بالبضائع المحواة، لكن الحاوية ذاتها كغلاف ذات قيمة يمكن أيضاً أن تكون محلاً للضرر سواء بالتلازم مع الأضرار الحاصلة لمحتواها من البضائع أو وحدها بدون وقوع أضرار لتلك البضائع.

المطلب الأول

المسئولية عن الأضرار اللاحقة بالبضائع المحواة

يعتبر الضرر العنصر الأساسي الذي لاتتعقد بدونه المسئولية المدنية بصفة عامة. فلا مسئولية إن لم يتوافر الضرر، حتى ولو توفر الخطأ أو الفعل المنشئ للمسئولية.

(١) انظر في هذه المسألة د. هاني دويدار، توجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٢٦٥ وما بعدها.

وقد كان لطبيعة الأضرار الناجمة عن حوادث الحاويات أثرها الفعال على القواعد التقليدية لمسئولية الناقل البحرى سواء على مستوى شروط هذه المسئولية أو مداها.

الفرع الأول

شروط المسئولية

تنص المادة ٢٢٧، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية على أن "يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف فى المدة بين تسلّم الناقل البضائع فى ميناء الشحن، وبين قيامه فى ميناء التفريغ بتسليمها إلى صاحب الحق فى تسليمها ...". كما تنص المادة ٢٢٩ من ذات القانون على أن "يعفى الناقل من المسئولية المنصوص عليها فى الفقرة ١ من المادة ٢٢٧ من هذا القانون إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يرجع إلى سبب أجنبى لايد له أو لثانبه أو لأحد من تابعيه فيه".

ولا خلاف فى انطباق الأحكام التى يتضمناها النصان السابقان على النقل البحرى بواسطة الحاوية. وعليه فالترام الناقل البحرى للبضائع المحواة هو الترام بتحقيق نتيجة بحيث تفترض مسئوليته عن عدم تحقق النتيجة المقصودة، أى عن الخسارة أو النقص فى البضاعة أو التأخير فى تسليمها. ولايبرأ الناقل من هذه المسئولية إلا إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبى لايد له أو لثانبه أو لأحد من تابعيه فيه.

وجدير بالإشارة في هذا الصدد أن حكم القانون المصري أكثر حماية للشاحنين من الحكم الوارد في قواعد هامبورج^(١)، إذ تقيم هذه الأخيرة مسؤولية الناقل البحري على أساس الخطأ المفترض بحيث لا يحتاج المضرور إلا إلى إثبات الضرر. ومع ذلك يجوز للناقل نفى قرينة الخطأ ودفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه قام هو وتابعوه باتخاذ التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر. وعليه فإن التزام الناقل في ظل قواعد هامبورج، وعلى عكس التقنين البحري المصري، هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة^(٢).

وسوف نعرض فيما يلي لحالات أو صور مسؤولية الناقل البحري للحاويات وكيفية دفعها لنرى مدى خضوعها لأحكام القواعد العامة الواردة في القانون البحري.

٣٢ - أولاً: الخسارة أو النقص:

إذا لم تصل البضاعة المحوأة الثابتة في سند الشحن كلياً أو وصلت ناقصة^(٣)، فمعنى هذا أن النتيجة المرجوة من عقد النقل لم تتحقق ومن ثم تترتب مسؤولية الناقل عن هلاك البضاعة أو العجز فيها. كذلك يعتبر الناقل مسؤولاً عما يتم اكتشافه من تلف بالبضاعة المحوأة عند تسليمها إلى المرسل إليه في ميناء الوصول.

ولا ترفع المسؤولية عن الناقل البحري ما لم ينجح في نفي علاقة السببية بين خطئه المتمثل في عدم تحقق النتيجة المقصودة من العقد وبين الضرر الذي

- (١) المادة الخامسة، فقرة أولى، من الاتفاقية.
- (٢) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع انظر: د. جلال وفاء محمدين، مدى فعالية قواعد مسؤولية الناقل البحري للبضائع في القانون المصري الجديد في حماية الشاحن المصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ١٩٩٣، ص ٤٥.
- (٣) انظر في مدى مسؤولية الناقل البحري عن احتراق إحدى الحاويات المشتملة على ولاعات مملوءة بالغاز، الطعن رقم ٣٥٩٣ لسنة ٧٣ ق، جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨، حكم غير منشور.

لحق بالشاحن. وهو لا يملك نفى تلك العلاقة إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع فعلا إلى قوة قاهرة^(١) أو خطأ الشاحن أو عيب ذاتي في البضاعة أو خطأ الغير^(٢). ومؤدى هذا أنه إذا بقى سبب الضرر مجهولا ظل المالك مسنولا^(٣).

هذا وفيما عدا الحالة التى يتضمن فيها سند الشحن تحفظات خاصة بالبضاعة المحواة يفترض فى هذه الأخيرة أنها قد سلمت عند الوصول بحالتها التى كانت عليها عند القيام والمبينة فى السند^(٤)، على أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

ويجد نقل البضاعة المحواة خصوصيته فى مجال المسؤولية من ناحية أن الناقل البحرى لا يعد مسنولا كمبدأ عام عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة طالما أن الحاوية قد سلمت إليه مقللة ومختومة وأن الرصاص الأصلى ظل سليما لم يمس عند تسليمه الحاوية للمرسل إليه فى ميناء الوصول^(٥).

بيد أن الإرتكان إلى أختام الحاوية رغم وجاهته لايجوز أن يصل فى دلالاته إلى حد القطع بعدم المساس لمحتوى الحاوية خلال فترة النقل البحرى بمرحلتها البحرية وغير البحرية. والبرهان على ذلك ما يحدث كثيرا من قيام

(١) وتطبيقا لذلك فقد قضى بأن حدوث عاصفة شديدة لايجيز للناقل التمسك بها لإعفاء نفسه من المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة الموجودة داخل الحاوية طالما ثبت أن هذه الأخيرة لم تتأثر من جراء العاصفة.

CA Paris. 5^e ch. sect. A, 9 mai 1990, Juris-Data N° 1990-021684.

(٢) المادة ١٦٥ من التقنين المدنى والمادة ٢٢٩ من التقنين البحرى.

(٣) د. مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

(٤) CA Rouen. 2^e ch. civ., 7 déc. 2000, navire NL Crête: DMF 2001, p. 585; CA Paris, 5^e ch., sect. B, 14 mai 1992, Juris-Data N° 1992-021878.

(٥) CA Versailles. 3^e ch., 17 avril 1992, Juris-Data N° 1992-040770.

رجال الجمارك أو سلطات الميناء، لاسيما فى النقل المشترك، بكسر الرصاص الأسمى للحاوية وإعادته إلى مكانه مرة أخرى أو إحلال غيره به بعد الانتهاء من مهامهم.

أكثر من ذلك فقد يسأل الناقل البحرى عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة المحوأة رغم ثبوت عدم المساس بأختام الحاوية، وذلك إذا أكد على أن تلك الأضرار يرجع حدوثها إلى سقوط الحاوية أو رفعها على السفينة بشكل مفاجئ دون اتباع الطرق الفنية^(١).

٣٣- ثانياً: التأخير فى تنفيذ عقد النقل:

نصت المادة ٢٤٠، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية على أن "يسأل الناقل عن التأخير فى تسليم البضائع إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه"^(٢).

(١) CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 12 Février 1991, Juris-Data N° 1991-045894; CA Rouen, 2^e ch. civ., 30 nov. 2000, Juris-Data N° 2000-136234.

(٢) ويأتى هذا الحكم خلافاً لما عليه الوضع فى القانون البحرى الفرنسى الذى يستبعد التأخير فى تنفيذ عقد النقل البحرى من نطاق تطبيقه. ومن ثم يجوز للمتعاقدين وفقاً لهذا القانون الاتفاق فى سند الشحن على عدم مسنولية الناقل فى حالة التأخير أو تحديدها بمبلغ أقل من الحد القانونى. انظر فى هذه المسألة:

Rodière et Du Pontavice. Droit maritime, Dalloz 12^e éd. 1997, N° 3636; M.Rémond-Gouilloud. Droit maritime, Pédone, 2^e éd. 1993, No 600, p.388; Jean-Baptiste RACINE, Le retard dans le transport maritime de marchandises, RTD com., No 2, Avril-Juin 2003, p. 229.

وانظر فى التأخير بوجه عام:

J.-P. Le Gall, le retard dans la livraison des marchandises vedues, RTD com. 1963 p.239; K. Grönfors, liability for delay in combined transport, journal of maritime law and commerce 1974. p. 483; R. Achard, la responsabilité résultant du retard dans le transport international de marchandises par mer, DMF 1990, p. 669.

وتطبيقاً لهذا النص فإن تأخر الناقل في تنفيذ عقد النقل البحري بواسطة الحاويات يؤدي إلى إمكان مساءلته عن الأضرار الناجمة عن هذا التأخير، وذلك وفقاً لقواعد القانون البحري. وعليه يقع باطلاً الإتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية عن التأخير وكذلك تحديدها بمبلغ يقل عن الحد القانوني^(١).

ولما كان التأخير معناه مجاوزة الميعاد، فإنه يفترض حتماً وجود مدة محددة سلفاً لتنفيذ عملية النقل^(٢). وهذا أمر منطقي إذ لا يمكن مساءلة الناقل البحري عن التأخير ما لم يكن قد أخل بالتزامه بالنقل في الميعاد. وقد أدرك المشرع البحري هذا المعنى فنص في المادة ٢٤٠، فقرة ثانية، من قانون التجارة البحرية على أن "يعتبر الناقل قد تأخر في التسليم إذا لم يسلم البضائع في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد الذي يسلمها فيه الناقل العادي في الظروف المماثلة إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق"^(٣).

والمواقع أن اتفاق الأطراف في سند الشحن على تنفيذ النقل في مدة زمنية محددة أمر نادر عملاً^(٤)، فالغالب أن الشاحن في النقل البحري لا يستطيع مجرد التفاوض في المواعيد أو في تحديد مدة الرحلة. فعقد النقل البحري هو

(١) المادة ٢٣٦ من قانون التجارة البحرية.

(٢) انظر في مفهوم التأخير في تنفيذ العقد بصفة عامة:

A. Cathelineau, le retard en droit civil, Petites affiches, 28 et 31 août 1998.

(٣) قارن مع اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل

الجوى الدولي. فهذه الاتفاقية رغم إقرارها مبدأ مسؤولية الناقل الجوى عن التأخير إلا أنها لم تضع معياراً يتسنى على ضوئه تحديد المقصود بالتأخير الذى سيؤدى إلى مواخذه الناقل الجوى. انظر في مسؤولية الناقل الجوى عن التأخير. د. فريد العرينى، القانون الجوى، النقل الجوى الداخلى والدولى، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٣، ص ٢١٤ ومابعدهما. وانظر أيضاً:

J. Sunberg, Quelques aspects de la responsabilité pour retard en droit aérien, RFD aérien 1966, p. 139.

(٤) قارن مع ذلك:

CA Paris, 4 déc. 1987, DMF 1989, 113 note. R. Achard; cass.com. 25 mai 1993, DMF 1993, 458, obs. G. Brajeux.

عقد إذعان يقتصر حق الشاحن فيه على قبوز التعاقد بالشروط الزمنية التي يضعها الناقل أو فى المقابل يرفض إبرام العقد معه. وإذا لم يوجد ثم إتفاق على ميعاد محدد فإنه يجب على الناقل تنفيذ النقل فى ميعاد معقول أو فى الميعاد الذى تجرى به العادة. وفى كل الأحوال تعد البضائع فى حكم الهالكة إذا لم تسلم خلال الستين يوماً التالية لانقضاء التسليم وفقاً للمواعيد السابقة^(١).

ولم تكن معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ بهذه الصراحة التى صدر بها القانون المصرى عندما أجاز مسئولية الناقل البحرى عن التأخير. فأى من النصوص الأصلية للمعاهدة أو البروتوكول المعدل لها لعام ١٩٦٨ (قواعد وسبى) لم يشر صراحة إلى انطباق أحكامها على التأخير فى نقل البضائع. ومع ذلك فقد جاءت ألفاظ المعاهدة واسعة على نحو يمكن معه إدراج التأخير تحت جناح قواعدهما عندما يتسبب هذا التأخير فى خسارة للبضائع أو ضرر اقتصادى. بعبارة أخرى لقد ذكرت المعاهدة مسئولية الناقل عن "الهالك أو التلف"^(٢) دون أن توضح طابع الضرر القابل للتعويض أو مصدره مما يعنى أن التأخير كمصدر لحدوث الضرر يمكن أن يكون محلاً للتعويض طبقاً للمعاهدة.

كذلك وفى معرض حديثها عن بطلان شروط عدم المسئولية^(٣) والتحديد القانونى للمسئولية^(٤) أشارت المعاهدة إلى "الهالك أو التلف اللاحق بالبضاعة والأضرار المرتبطة بها". ومن ثم لا يقتصر نطاق تطبيق المعاهدة على الأضرار اللاحقة بالبضاعة بالمعنى الضيق للكلمة وإنما يمتد ليشمل أيضاً

(١) المادة ٢٢٨ من قانون التجارة البحرية.

(٢) المادة ٤، فقرة ٢،١، من معاهدة سندات الشحن.

(٣) المادة ٣، فقرة ٨، من معاهدة سندات الشحن.

(٤) المادة ٤، فقرة ٥، من معاهدة سندات الشحن.

أى أضرار أخرى مرتبطة بالبضاعة مثل الخسارة الاقتصادية الناجمة عن التأخير.

يضاف إلى ماسبق أن المادة ٣، فقرة ٦، بند ٤، من المعاهدة، بعد تعديلها ببروتوكول ١٩٦٨، نصت على "أى مسنولية للناقل متعلقة بالبضاعة"، وبالتالي فإن أى دعوى للمسنولية تتعلق بالبضائع، بما فى ذلك المسنولية عن التأخير، تخضع لأحكام المعاهدة.

وأخيراً وليس آخراً فقد عنيت المعاهدة كل العناية بفرض إلتزامات محددة على عاتق الناقل البحرى من بينها الإلتزام ببذل العناية والدقة فى نقل البضاعة^(١). ومامن شك فى أن هذا الإلتزام يصلح بذاته سندا لمسنولية الناقل عن التأخير^(٢).

خلاصة ماتقدم إذن أن الناقل البحرى يخضع فى حالة التأخير لنظام المسنولية المنصوص عليه فى المعاهدة لاسيما تحديد مسنوليته عن الأضرار الناجمة عن التأخير^(٣). وعندئذ لايجوز له أن يدرج فى سند الشحن شرطاً بعدم مسنوليته أو بتحديد ما هو منصوص عليه فى المعاهدة^(٤) وإلا عد الشرط باطلاً.

(١) المادة ٣، فقرة ٢، من معاهدة سندات الشحن.

(٢) CA Lyon, 31 oct. 1980. DMF 1981. p. 670.

(٣) CA Paris, 5^e ch. B, 4 déc. 1987, DMF 1989, p. 113. obs. R. Achard et p. 162, N° 87, obs. P. Bonassies.

(٤) Cass. Com., 19 mars 2002, Juris-Data N° 2002-013750.

أما بالنسبة لاتفاقية هامبورج فقد كانت أكثر وضوحاً من سابقتها حيث نصت صراحة على تحديد مسؤولية الناقل عن التأخير في التسليم^(١) بل وأعطت تعريفاً للتأخير بنصها في المادة الخامسة، فقرة ثانية، على أن "يعتبر أن هناك تأخيراً في التسليم إذا لم تسلم البضائع في ميناء التفريغ المنصوص عليه في عقد النقل البحري خلال الميعاد المتفق عليه صراحة أو، إذا لم يوجد إتفاق، خلال ميعاد معقول يسلمها فيه الناقل العادي بالنظر لظروف الحال".

يبقى القول أخيراً أنها قليلة على حد علمنا تلك الأحكام التي صدرت بشأن المسؤولية عن التأخير في تسليم الحاوية. لكن الظاهر أن القضاء الفرنسي يبدى تسامحاً ملحوظاً مع الناقل البحري حيث لايعتبره مسئولاً عن التأخير طالما أن الشاحن لم يعلمه قط بأن نقل الحاوية يمثل بالنسبة له أمراً عاجلاً^(٢). وموقف المحاكم الفرنسية من هذه المسألة قد يكون مفهوماً بعض الشيء على أساس أن القانون البحري الفرنسي يستبعد من نطاق تطبيق أحكامه التأخير في تنفيذ عقد النقل البحري على الوجه الذي تخضع معه الأضرار الناجمة عن هذا التأخير للقواعد العامة^(٣).

(١) المادة ١-٦-١-ب من اتفاقية هامبورج.

(٢) CA Rouen, 13 oct. 1988, DMF 1990, P. 36, note R. Achard.
وفي هذه الدعوى كانت إحدى الشركات الفرنسية قد أرسلت بعض المواد لفتح محل بنيويورك في ميعاد محدد. وبسبب التأخير في الشحن اضطر المرسل إلى استعادة بضائعه و شحنها جواً.
قارن مع ذلك:

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 11 Janvier 1995, Juris-Data N° 1995-020057; CA Paris, 5^e ch., sect. C, 24 Février 1994, Juris-Data N° 1994-020628.

(٣) انظر ص ١٢١ هامش رقم (٢).

الفرع الثاني

مدى المسؤولية

٢٤ - مبدأ تحديد المسؤولية:

الأصل طبقاً للقواعد العامة أن يغطي التعويض مقدار الضرر اللاحق بالمضرور. بيد أنه يصعب في الواقع الأخذ بمبدأ التعويض الكامل للضرر في ظل الظروف الخاصة المحيطة بعملية النقل البحري، ذلك أن الرحلة البحرية للسفينة تكتنفها العديد من المخاطر الجسيمة التي تؤدي كثيراً إلى وقوع حوادث بحرية وماينجم عن ذلك من أضرار ضخمة سواء في الأرواح أو الأموال الموجودة على متن السفينة.

ولاشك أن تحميل الناقل البحري بتعويض هذه الأضرار كاملة من شأنه التأثير سلباً على شركات النقل البحري، فكم من شركة ملاحية شهر إفلاسها بسبب إلزامها بالتعويض الكامل للأضرار الناجمة عن حادث واحد^(١). يضاف

(١) وأبرز مثال على ذلك شركة النقل البحري الأمريكية Exxon. ففي مارس عام ١٩٨٩ جنحت ناقلة البترول Exxon Valdez في مضيق الأمير ويليام بالاسكا مما أدى إلى تسرب ٣٨,٠٠٠ طن من البترول في المحيط وتلوث أكثر من ١٠٠٠ ميل من ساحل الاسكا و ٢٦,٠٠٠ طائر بحري علاوة على العديد من الأضرار الجسيمة الأخرى التي وقعت في المنطقة المحيطة بالكارثة والتي تعد من أغنى مناطق أمريكا الشمالية من حيث الثروة السمكية وصناعة الصيد. وقد أعلن آنذاك أن حجم التعويضات المدفوعة بواسطة Exxon تعدت ٢ مليار دولار. وجدير بالإشارة أن الإدانة الشديدة والشجب الكلى لحكومة الولايات المتحدة وللصناعة الملاحية الدولية كانا سببا رئيسيا في الإلتفات عن المعاهدات الدولية التي كانت الولايات المتحدة في سبيلها للإلتزام إليها بعد تعديها، وإصدار الكونجرس الأمريكي تشريعا جديداً شديد القسوة تمثل في قانون التلوث بالزيت الصادر في ٣ أغسطس عام ١٩٩٠ والمعروف باصطلاح OPA 1990. وقد أصبح هذا الأخير هو القانون الفيدرالي الأساسي الذي يحكم المسؤولية والتعويض عن أضرار التلوث بالزيت داخل الولايات المتحدة الأمريكية. Gold, Marine Pollution Liability after [Exxon Valdez-the U.S. All or Nothing Lottery] JMLC V.22, No 1, jan. 1991, p. 423.

إلى ماسبق أن إلزام الناقل البحرى بدفع تعويض كامل مساو لقيمة الأضرار الناشئة عن خطئه لايجعل فى استطاعته مقدماً معرفة حجم المخاطر التى قد يتعرض لها وبالتالي يستحيل عليه إبرام تأمين يغطيها، إذ يصعب على أى شركة تأمين الموافقة على ضمان غير محدود.

لذا فقد سائر المشرع البحرى المصرى معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ وكذلك قواعد هامبورج لعام ١٩٧٨ عندما أحجم عن إلقاء تبعه المسئولية كاملة على الناقل بسبب عدم تنفيذ إلتزامه الناشئ عن عقد النقل. ومن ثم فقد أقر مثلهما مبدأ تحديد مسئولية الناقل البحرى بمبلغ معين يلتزم بدفعه للشاحن.

وقبل أن نخوض فى بعض تفاصيل المبدأ نوه بدهاءة إلى أن مباشرة الناقل البحرى حقه فى التحديد تتوقف على ضرورة غياب الخطأ من جانبه. فطبقاً لنص المادة ٢٤١، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية يفقد الناقل حقه فى التحديد القانونى فى حالتين:

الأولى: إذا كان الضرر الحاصل للبضاعة أو التأخير فى تسليمها قد نشأ عن فعل أو امتناع صدر من الناقل أو نائبه أو من أحد تابعيه بقصد إحداث الضرر، وهذا هو مفهوم الغش^(١).

الثانية: إذا كان الضرر الحاصل للبضاعة أو التأخير فى تسليمها قد نشأ عن فعل أو امتناع صدر من الناقل أو نائبه أو من أحد تابعيه بعدم اكتراث

(١) والأمر على خلاف ذلك فى معاهدة لندن ١٩٧٦ الخاصة بتحديد المسئولية فى مجال الديون البحرية حيث يجب لسقوط الحق فى تحديد المسئولية أن يكون الفعل أو الإمتناع صادراً من الشخص المسؤول، وبالتالي لايسقط حقه فى تحديد مسئوليته إذا كان الفعل أو الإمتناع صادراً من احد تابعيه.

مصحوب بإدراك أن ضرراً يمكن أن يحدث، وهذا ما يطلق عليه القضاء الفرنسي الخطأ غير المغتفر La Faute Inéxcusable^(١).

وتقديراً من المشرع البحري لصعوبة إثبات الخطأ العمدي فقد افترض إتجاه قصد الناقل أو نائبه إلى إحداث الضرر إذا صدر سند الشحن خالياً من التحفظات مع وجود ما يقتضى ذكرها فى السند وذلك بقصد الإضرار بالغير حسن النية، أو إذا شحن البضائع على سطح السفينة بالمخالفة لاتفاق صريح يوجب شحنها فى عنابر السفينة^(٢). وتعتبر هذه القرينة القانونية على الغش قرينة قاطعة لايجوز إثبات عكسها.

٢٥ - نطاق تطبيق التحديد:

يسرى التحديد القانونى للمسئولية على جميع الدعاوى المقامة ضد الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى وصولها، سواء أكانت الدعوى قد أقيمت على أساس المسئولية العقدية أم المسئولية التقصيرية. فالنص واضح فى عبارته الأولى " تحدد المسئولية أيا كان نوعها"^(٣).

هذا وتتص المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحرية على أنه " لايجوز للناقل التمسك فى مواجهة الشاحن بتحديد المسئولية إذا قدم الشاحن بياناً قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على المحافظة عليها من أهمية

(١) مثال ذلك قيام الناقل بتفريغ الحاوية من دون تأمين مراقبتها الأمر الذى أدى إلى سلب محتوياتها وهى لازالت فى حراسته.

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 15 oct. 1997, Juris-Data N° 1997-024237.

(٢) المادة ٢٤١، فقرة ثانية، من قانون التجارة البحرية.

(٣) فقد يقيم الشاحن أو المرسل إليه دعواه على أساس المسئولية التقصيرية بقصد حرمان الناقل من تحديد المسئولية، لذا جاء النص شاملاً لكافة دعاوى المسئولية أيا كان نوع هذه المسئولية.

خاصة وذكر هذا البيان في سند الشحن. ويعد البيان قرينة على صحة القيمة التي عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الناقل الدليل على ماخالفها".

وطبقاً لهذا النص لا ينطبق تحديد المسؤولية في حالة بيان الشاحن نوع البضاعة وقيمتها قبل الشحن. ففي مثل هذه الحالة لا يجوز للناقل أن يتمسك بالتحديد القانوني، بل يلتزم بتعويض الضرر اللاحق بالبضاعة كاملاً على ضوء قيمتها المصرح بها. ويتطلب المشرع أن يدرج هذا التصريح أو البيان في سند الشحن. ويعتبر تصريح الشاحن عن البضاعة حجة في مواجهة الناقل ما لم يثبت هذا الأخير عكسه ويبين القيمة الحقيقية للبضاعة. بل إن الناقل لا يتعرض إطلاقاً لأي مسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالبضائع إذا استطاع إقامة الدليل على عدم صحة البيانات المتعلقة بقيمة البضاعة وسوء نية الشاحن، بعبارة أخرى تنتفي مسؤولية الناقل البحري تماماً إذا أثبت تعمد الشاحن تدوين بيان غير صحيح عن قيمة البضاعة في سند الشحن^(١).

ويجب التأكيد على أن التحديد القانوني للمسئولية لا يعد تحديداً جزائياً للضرر اللاحق بالشاحن، وإنما هو بمثابة حد أقصى للتعويض لا يلزم الناقل بدفع ما يجاوزه. وترتيباً على ذلك إذا كان الضرر اللاحق بالبضاعة يقل عن الحد الأقصى المقرر قانوناً للتعويض فليس ثم التزام على الناقل إلا دفع تعويض مساو للضرر الواقع.

٢٦ - تحديد مسؤولية تابعي الناقل:

ولا تقتصر الإفادة من أحكام تحديد المسؤولية أو حتى الإعفاء منها على الناقل البحري فحسب وإنما تمتد إلى تابعيه أيضاً، ومن ثم إذا أقيمت دعوى

(١) المادة ٢٣٠ من قانون التجارة البحرية.

المسئولية عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير في تسليمها على أحد تابعي الناقل جاز له التمسك بتحديد مسئوليته ولكن شريطة أن يثبت أن الخطأ الذي ارتكبه وقع حال تأدية وظيفته أو بسببها^(١).

وبهدف سد الطريق أمام أى تحايل على أحكام تحديد المسئولية لم يجز المشرع البحرى الحكم على الناقل وتابعيه بمبلغ تعويض يزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً^(٢)، وذلك حتى لايقوم الشاحن أو المرسل إليه بالجمع بين دعوى المسئولية العقدية على الناقل ودعوى المسئولية التصيرية على تابعه للحصول على تعويض يفوق الحد القانونى.

وكما أن الخطأ العمدى والخطأ غير المغتفر يحرمان الناقل البحرى من الاستفادة بالحق فى تحديد مسئوليته، فلا يجوز أيضاً لتابع الناقل التمسك بتحديد المسئولية إذا ثبت أن الضرر الواقع للبضاعة نشأ عن فعل أو امتناع عن فعل بقصد إحداث الضرر أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك أن ضرراً يمكن أن يحدث^(٣).

٣٧ - مبلغ التحديد وكيفية حسابه:

تنص المادة ٢٣٣، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية على أن "تحدد المسئولية أياً كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها بما لايجاوز ألفى جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما لايجاوز ستة جنيهات عن كل

(١) المادة ٢٣٥، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية.

(٢) المادة ٢٣٥، فقرة ثانية، من قانون التجارة البحرية.

(٣) المادة ٢٣٥، فقرة ثالثة، من قانون التجارة البحرية.

كيلوجرام من الوزن الإجمالى للبضاعة، أى الحديد أعلى" (١). كما تقضى المادة ٢٤٠، فقرة ثالثة، من القانون بأنه " لايجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذى يحكم به على الناقل فى حالة التأخير فى تسليم البضائع أو جزء منها على الحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٣ من هذا القانون".

ويقصد بالطرد فى هذا المقام الشكل الذى يتخذه تغليف البضاعة المشحونة على السفينة كالصندوق أو البرميل أو كيس الورق أو الكرتون... الخ. أما الوحدة فيقصد بها وحدة الوزن أو المقاس أو الحجم وفقاً لنوع البضاعة (كالطن أو الكيلوجرام أو المتر المكعب...). وتستخدم الوحدة فى الإشارة إلى البضاعة التى تشحن صبا على السفينة أى بدون تغليف. وإذا كانت البضاعة المشحونة لاتدرج تحت مفهوم الطرد أو الوحدة بالمعنى السابق فلا يسرى التحديد القانونى للمسئولية ويلتزم الناقل عندئذ بتعويض الضرر كاملاً.

٢٨ - التحديد القانونى لمسئولية الناقل فى إتفاقية هامبورج:

وطبقاً لقواعد هامبورج تتحدد مسئولية الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها بمبلغ يعادل ٨٣٥ وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى، أو ٢,٥ وحدة حسابية عن كل كيلوجرام من الوزن القائم للبضائع الهالكة أو التالفة، أى المبلغين أكبر. أما بالنسبة للتأخير فى التسليم فتتحدد مسئولية الناقل عنه بمبلغ يعادل مثلى ونصف مثل أجره النقل المستحقة الدفع عن البضائع

(١) وقد كانت المادة ٤ فقرة ٥ من معاهدة سندات الشحن بعد تعديلها فى عامى ١٩٦٨ و ١٩٧٩ تنص على أن " لايلزم الناقل أو السفينة فى أى حال من الأحوال بسبب الهلاك أو التلف اللاحق بالبضائع أو مايتعلق بها بمبلغ يزيد على ٦٦٦,٦٧ وحدة حساب عن كل طرد أو وحدة، أو وحدتين حساب عن كل كيلوجرام من الوزن الإجمالى للبضاعة التالفة أو الهالكة، أى الحديد أعلى".

المتأخرة، على ألا يتجاوز هذا المبلغ مجموع أجره النقل المستحقة الدفع بموجب عقد النقل. ولا يجوز في أي حال من الأحوال أن يتعدى مجموع مسؤولية الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها من جهة وعن التأخير من جهة أخرى، الحد الأقصى للتعويض في حالة الهلاك الكلي للبضائع^(١).

ويجوز للناقل التمسك بتحديد مسؤليته على الوجه المتقدم في أي دعوى تقام عليه سواء أكانت تستند إلى المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية. ولتابع الناقل حق الاستفادة من الإعفاءات وتحديد المسؤولية التي يتمتع بها الناقل إذا أثبت أنه يتصرف في حدود وظيفته^(٢). ويسقط حق الناقل (أو تابعه) في التمسك بتحديد مسؤليته إذا ثبت أن الضرر اللاحق بالبضاعة قد نشأ عن فعل أو تقصير من جانبه (أو من جانب تابعه) ارتكبه بقصد إحداث الضرر أو ارتكب عن استهتار وعلم باحتمال وقوع هذا الضرر^(٣).

ويعتبر الناقل سئ النية وبالتالي يسقط حقه في تحديد المسؤولية إذا شحنت البضائع على سطح السفينة بالمخالفة لاتفاق صريح على وجوب شحنها في عنابر السفينة^(٤).

وفي إطار المقارنة بين كل من قواعد القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج يلاحظ أن هذه الأخيرة تستخدم ذات وحدة الحساب المنصوص عليها في معاهدة لندن لعام ١٩٧٦ الخاصة بتحديد المسؤولية عن الديون البحرية وهي حق السحب الخاص. وتحدد قيمة هذه الوحدة كل يوم بواسطة صندوق النقد

(١) المادة ١/٦ أ-ب - ج من قواعد هامبورج.

(٢) المادة ٧ من قواعد هامبورج.

(٣) المادة ٨/٢٠١، من قواعد هامبورج.

(٤) المادة ٤/٩ من قواعد هامبورج.

الدولى على أساس متوسط سعر مجموعة من العملات الأجنبية هي الدولار الأمريكى واليورو والجنيه الاسترلينى والين اليابانى. أما القانون المصرى فلم يزل يستخدم فى حسابه لمبالغ التحديد الجنيه المصرى. وهذا الإختلاف من شأنه أن يودى إلى ازدواج الأحكام القانونية فى ذات المسألة وهو أمر غير مرغوب فيه. " ولما كانت مصر قد انضمت إلى قواعد هامبورج التى اتخذت حق السحب الخاص كما يحدده صندوق النقد الدولى، ومصر عضواً فى هذا الصندوق، أساساً لتحديد مسنولية الناقل البحرى وقضت بتحويل مبالغ التحديد إلى العملة الوطنية تبعاً لقيمة هذه العملة فى تاريخ الحكم، فيكون صواباً تعديل نص المادة ٢٣٣ من التقنين البحرى المصرى بما يتمشى مع حكم قواعد هامبورج توحيداً للتنظيم الوطنى والتنظيم الدولى فى هذا الشأن. وذلك عن طريق الإحالة إلى قواعد هامبورج وكل تعديل يطرأ عليها تكون مصر طرفاً فيه، مما ينفى الحاجة إلى التدخل المستمر لتعديل مبالغ التحديد بمراعاة التغير فى قيمة النقد المصرى"^(١).

٢٩- طريقة حساب التحديد فى النقل بالحاويات:

وأياً ماكان الأمر فإن الحد الأقصى لمسنولية الناقل البحرى يتم حسابه سواء على أساس كل طرد أو وحدة، أو على أساس كل كيلوجرام من الوزن الإجمالى للبضائع الهالكة أو التالفة، أى الحدين أعلى.

٤٠- حساب التحديد بالطرد أو الوحدة:

وتثير هذه الطريقة فى الحساب بعض الصعوبات عند تطبيقها فى مجال النقل البحرى بواسطة الحاويات. والسؤال الذى يطرح نفسه هنا على بساط

(١) د. مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٣٣٧، ٣٣٨.

البحث يتعلق بما إذا كانت الحاوية تعتبر بمثابة وحدة (أو طرد) واحدة أم أكثر بحسب عدد الوحدات (أو الطرود) الموجودة بداخلها. فهل يحسب التعويض على أساس وجود وحدة واحدة تمثلها الحاوية أم على أساس عدد الوحدات أو الطرود التي تشملها الحاوية؟

ولم تثمر نصوص القانون فيما مضى عن أي إجابة لهذا التساؤل الأمر الذي اضطر معه القضاء إلى إيجاد معيار يمكن الاعتماد عليه في حل المسألة. وقد بادرت إحدى المحاكم التجارية الفرنسية^(١) بالحل عندما اعتبرت أن كل غرض موجود داخل الحاوية يشكل بذاته طرداً أو وحدة واحدة طالما أن تغليفه الخاص يسمح بشحنه خارج الحاوية. وفي غير هذه الحالة فإن الحاوية بمشتملاتها الداخلية يمثلان معاً طرداً أو وحدة واحدة.

وبرغم وجاهة هذا المعيار إلا أنه يعاب عليه محاباته الدائمة للناقل على حساب الشاحن، إذ يندر من الناحية العملية أن تكون البضائع الموجودة داخل الحاوية مغلفة تغليفاً خاصاً على النحو الذي يجعلها قابلة للشحن على السفينة بدون حاوية. والسبب في ذلك واضح، فعلاوة على مايمثله إزدواج التغليف من زيادة في النفقات تكمن ميزة الحاوية أساساً في كونها أداة لتجميع البضائع بداخلها سائبة أو مغلفة تغليفاً بسيطاً.

ولعل هذه الأسباب من بين أخرى هي التي جعلت محكمة الاستئناف تلغى حكم أول درجة^(٢) ليظهر فيما بعد معيار آخر مفاده مايلي:

Tribunal com. Le Havre, 19 oct. 1973, DMF 1974, p. 304. (١)

CA Rouen, 14 Février 1975, DMF 1975, p. 473. (٢)

(أ) إذا كان محتوى الحاوية مفصلا في سند الشحن لاسيما عدد الطرود الموجودة بداخلها، فإن الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري يتم حسابه على أساس هذه الطرود أو الوحدات^(١).

(ب) أما إذا لم يكن محتوى الحاوية مفصلا في سند الشحن^(٢) فإن كل حاوية تمثل بذاتها طردا أو وحدة واحدة وذلك لغرض حساب حدود المسئولية^(٣).

وقد سائر المشرع المصري معاهدة سندات الشحن بعد تعديلها عام ١٩٧٩^(٤) في إبتاعها القضاء السابق، حيث نصت المادة ٢٣٣، فقرة ثانية، من قانون التجارة البحرية على أنه " إذا جمعت الطرود أو الوحدات في حاويات، ونكر في سند الشحن عدد الطرود أو الوحدات التي تشملها الحاوية عد كل منها

(١) Cass. Com. 18 avril 1989, Bull. Civ. IV, No 127; DMF 1990, p. 145, obs. P. Bonassies.

وكانت بعض الأحكام تشترط لإجراء هذه الطريقة في الحساب أن يكون الناقل قد تحقق فعلا أو كان بإمكانه التحقق من محتوى الحاوية سواء بنفسه أو عن طريق وكيله.

Cass. Com. 12 oct. 1964, Bull. Civ. III, No 418; DMF 1965, p. 18; T. com, Marseille, 27 avril 1976, DMF 1976, p. 610.

ومع ذلك لم تتطلب غالبية الأحكام تلك المراقبة من جانب الناقل بل اكتفت ببيان تفصيلي لمشتملات الحاوية في سند الشحن أو في أى وثيقة أخرى.

CA Rouen, 22 oct. 1976, DMF 1977, p. 234; CA Paris. 14 nov. 1988, DMF 1989, p. 435 et 1990 p. 150, obs. p. Bonassies; CA Aix-en-Provence 13 Juin 1984, DMF 1986, p. 23, note R.A.

(٢) كما لو نكر في سند الشحن أن الحاوية تشتمل على أثاث أو على منتجات ألبان ولحوم.

CA Rouen, 16 mars 1973, D. 1973, p. 591, note R. Rodière; CA Rouen, 2^e ch. civ., 29 juin 2000, Juris-Data No 2000-126817.

(٣) CA Lyon, 18 mai 1978, DMF 1980, p. 73; CA Aix-en-provence, 19 décembre 1979, DMF 1980 p. 731.

(٤) المادة ٤ فقرة ٥ بند جـ.

طردا أو وحدة مستقلة فيما يتعلق بتحديد الحد الأقصى للمسئولية. وإذا لم تكن الحاوية مملوكة للناقل أو مقدمة منه وهلك أو تلفت اعتبرت طردا أو وحدة مستقلة^(١).

وطبقا لهذا النص إذا لم يذكر في سند الشحن عدد الطرود أو الوحدات التي تشملها الحاوية، فإن هذه الأخيرة تعتبر طردا أو وحدة واحدة لغرض تعيين الحد الأقصى للمسئولية. أما إذا ذكر في السند عدد الطرود أو الوحدات المنقولة داخل الحاوية، اعتبر كل منها طردا أو وحدة مستقلة عند تحديد الحد الأقصى للمسئولية. وفي الفرض الذي لا تكون فيه الحاوية مملوكة للناقل البحري أو مقدمة منه بل تخص الشاحن أو غيره، وتهلك أو تتلف، فإنها تعتبر عندئذ طردا أو وحدة مستقلة بالإضافة إلى عدد الطرود أو الوحدات التي بداخلها^(٢).

والملاحظ على النص السابق أن المشرع لم يتطلب تحقق الناقل من مشتملات الحاوية أو حتى إمكانية ذلك، بل يكفي تفريد الطرود أو الوحدات المحواة في سند الشحن. ويتمشى هذا الحكم مع الصعوبة العملية التي تعترض الناقل في مراقبة الحاوية عند شحنها على السفينة لاسيما إذا كانت معبأة بواسطة الشاحن^(٣). ويحدث أحيانا ألا يقتصر سند الشحن على ذكر عدد الطرود المشحونة في الحاوية وإنما يشير أيضا إلى بعض البيانات وطبيعة البضاعة الموجودة داخل كل طرد^(٤).

(١) انظر النص الفرنسي المشابه في المادة ٢٨ من قانون النقل البحري الصادر في ١٨

يونيو لعام ١٩٦٦ والمعدل في ٢٣ ديسمبر لعام ١٩٨٦.

(٢) نقض مدني مصري رقم ٣٥٩٣ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٥، حكم غير منشور.

(٣) راجع البند رقم (٢٠) ص ٦٥.

(٤) CA Versailles, 12^e ch. sect. 2, 1^{er} avril 1999, Juris-Data N° 1999-040893.

وانظر أيضا في ذات المعنى: =

وبصدور قواعد هامبورج عام ١٩٧٨ صارت مؤكدة طريقة حساب الحد القانوني لمسئولية ناقل الحاويات. ففي حالة استخدام حاوية أو أداة نقل مماثلة لتجميع البضاعة إذا ذكر في سند الشحن عدد الطرود أو وحدات الشحن الأخرى التي تشملها الحاوية، فإنها تحسب طروداً أو وحدات شحن مستقلة. أما إذا لم يذكر في السند عدد الطرود أو الوحدات، عدت الحاوية بما فيها وحدة شحن واحدة^(١). وإذا لم تكن الحاوية مملوكة للناقل أو مقدمة منه وهلك أو تلفت، اعتبرت وحدة شحن مستقلة واحدة^(٢).

هذا وتعتبر القواعد السابقة من الأحكام الأمرة التي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها. لذلك يعد باطلاً أى شرط فى سند الشحن من شأنه اعتبار كل حاوية على السفينة بمثابة طرد أو وحدة واحدة حتى ولو كان محتواها قد ذكر تفصيلاً فى السند^(٣).

٤١- حساب التحديد بالكيلوجرام:

ولم تكن المشكلة السابقة لتتسأ إلا بمناسبة حساب مبالغ التحديد على أساس الوحدة أو الطرد. لكن هذه الطريقة ليست الوحيدة الجائز اتباعها لتقدير التعويض، فنصوص التقنين البحرى المصرى والمعاهدات البحرية الدولية تشير إلى تحديد مسئولية الناقل البحرى سواء بالإستناد إلى كل طرد أو وحدة، أم تأسيساً على الوزن الإجمالى للبضائع (الهالكة أو التالفة) أى الحدين أعلى.

= CA Versailles, 12° ch., sect. 2, 20 avril 2000, Juris-Data N° 2000-112604, N° 2000-125575 et N° 2000-145592; CA Versailles, 27 avril 2000, Juris-Data N° 2000-112612; CA Versailles, 25 mai 2000, Juris-Data N° 2000-133958

(١) المادة ٦ فقرة ٢ (أ) من قواعد هامبورج.

(٢) المادة ٦ فقرة ٢ (ب) من قواعد هامبورج.

(٣) Cass. Com., 18 avril 1989, Bull. Civ. IV, N° 127; DMF 1990, p. 145, obs. P. Bonassies, BTL 1989, p. 1989, p. 498.

وبرغم ماتقدم فقد خلت النصوص السابقة من أى دلالة على المقصود بالبضائع الهالكة أو التالفة. وتفسير ذلك أنه فى الحالة التى يتعرض فيها أحد الأغراض الموجودة داخل الحاوية للهلاك أو التلف يكون للتساؤل محل حول ما إذا كان التعويض الذى يلتزم به الناقل البحرى سيتم تحديده على أساس الوزن الإجمالى لهذا الغرض وحده أم على أساس الوزن الإجمالى للحاوية ككل بوصفها " بضاعة هالكة أو تالفة"؟

والمسألة لها أهميتها بطبيعة الحال بالنسبة للنقل الجوى أيضا (بواسطة الحاويات أو بدونها). تلك الأهمية هى التى جعلت لمعاهدة وارسو لعام ١٩٢٩^(١)، بعد تعديلها ببروتوكول لاهى لعام ١٩٥٥، السبق فى حسم الخلاف أو الشك حول الأمر. فطبقا للمادة الحادية عشرة، فقرة ثانية، من البروتوكول "فى حالة ضياع أو تلف أو تأخير جزء من الأمتعة المسجلة أو البضائع أو أى شى مما تتضمنه، فإن الوزن الكلى للطرد أو الطرود المتعلق بها الأمر هو الذى يؤخذ وحده فى الاعتبار لتعيين حد مسنولية الناقل. غير أنه إذا كان ضياع أو تلف أو تأخير جزء من الأمتعة المسجلة أو البضائع أو أى شى مما تتضمنه يؤثر فى قيمة طرود أخرى تشملها نفس استمارة الأمتعة أو نفس خطاب النقل الجوى، فيجب أن يؤخذ الوزن الكلى لهذه الطرود فى الاعتبار لتعيين حد المسنولية".

ويؤخذ من هذا النص " أن البروتوكول جعل الأساس الذى يتخذ لاحتمساب الحد الأقصى للتعويض هو الوزن الكلى للطرد أو الطرود اللاحق بها الضرر دون غيرها من الطرود الأخرى التى يتضمنها نفس خطاب النقل

(١) المعاهدة الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوى الدولى الموقعة بمدينة وارسو فى الثانى عشر من اكتوبر عام ١٩٢٩.

الجوى^(١) أو استمارة الأمتعة، إلا أن يكون من شأن هذا الضرر الجزئى الانتقاص من قيمة هذه الطرود الأخيرة فحينئذ يتم الحساب على أساس الوزن الكلى لجميع هذه الطرود، مالحقه منها الضرر مباشرة وما انتقصت قيمته بالتبعية^(٢).

ولم يشأ المشرع الفرنسى أن يترك قضاءه البحرى أمام نصوص يحيط بها الشك والنقص، لذا فقد نصت المادة ٥٧، فقرة رابعة، من قانون النقل البحرى لعام ١٩٦٦، بعد تعديلها بالمرسوم الصادر فى ١٢ نوفمبر عام ١٩٨٧، على أنه " إذا لم يتعرض للهلاك أو التلف سوى جزء من الطرود أو الوحدات فإن الحد الأقصى المقرر بالكيلوجرام لاينطبق إلا على وزن الجزء الهالك أو التالف من الطرود أو الوحدات منالم يكن الهالك أو التلف قد أصاب الطرود أو الوحدات فى مجموعها أو جعلها غير قابلة للاستعمال".

المطلب الثانى

المسئولية عن الأضرار اللاحقة بالحاوية

لا تقتصر الأضرار القابلة للتعويض على تلك التى تلحق بالبضاعة المحواة بل قد يودى الحادث إلى تعرض الحاوية ذاتها إلى ضرر، سواء أكان هذا الأخير مصحوبا بضرر للبضائع المحواة أم دونه حيث تنجح الحاوية فى الحيلولة دون وقوع أضرار لما بداخلها.

هذا الأمر كثير الحدوث من الناحية العملية باعتبار أن الحاوية تمثل فى الواقع غلافا غير عادى، ومن ثم فهى أول ما ينتقى الصدمات عند وقوعها أو

CA Paris. 24 mai 1991, BTL 1991, p. 474.

(١)

(٢) د. فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

اهتزازها، فإذا أضيف إلى ذلك أن الحاوية مكلفة فى تصنيعها ويمكن استخدامها مرات عديدة قبل تأكلها، صار منطقيا القول بأنها تمثل قيمة مادية يجوز التعويض عن الأضرار اللاحقة بها. وتتووع هذه الأضرار بين الهلاك والتلف من ناحية وبين تأخر إعادتها إذا كانت محلا للإيجار من ناحية أخرى.

٤٢- أولا: هلاك أو تلف الحاوية:

من المؤلف عملا أن تتعرض الحاويات فى بدنها أو هيكلها لوقوع أضرار لها، وذلك أثناء نقلها بحرا على السفينة أو أثناء عمليات الشحن والتفريغ التى يشوبها أحيانا بعض الأخطاء المؤدية لوقوع الحاوية. وقد تضيع الحاوية تماما فيبتلعها البحر إثر انزلاقها من السفينة أثناء عاصفة شديدة.

ويتوقف حل مشاكل المسؤولية فى مثل هذه الحالات على ما إذا كان الضرر يجد مصدره فى فعل الغير أم فعل الناقل البحرى نفسه.

فإذا كان الغير^(١) هو الذى تسبب بخطئه فى وقوع الضرر للحاوية فإن المضرور مالك أو مستأجر الحاوية (الناقل أو إحدى الشركات المتخصصة فى إدارة الحاويات) يلجأ إلى مؤمنه حيث يحل هذا الأخير محله بما دفعه من تعويض. ويذهب القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه إلى تشبيه الحاوية بالبضاعة وذلك عند حساب مبلغ التعويض، ومن ثم تخضع الأضرار اللاحقة بها لحدود مسؤولية الناقل البحرى طالما أن المتسبب فى حدوث الضرر للحاوية المملوكة للناقل هو مقاول الشحن والتفريغ. ويأتى ذلك تطبيقا لنص المادة ١٥١ من قانون التجارة البحرية التى تقضى بأن "تسرى على المقاول البحرى أحكام تحديد المسؤولية المنصوص عليها فى المادة ٢٢٣ من هذا القانون". فمفاد

(١) مقاول الشحن والتفريغ على سبيل المثال.

هذا النص أن مسئولية مقاول الشحن والتفريغ عن هلاك البضائع أو تلفها محدودة، مثلها في ذلك مثل مسئولية الناقل البحري^(١).

أما إذا كان الضرر الواقع للحاوية قد تولد عن فعل الناقل البحري، وهذا هو الغالب، فإنه يعتبر مسئولاً عنه على ذات النسق الذي يسأل فيه عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة المحواة^(٢). وعلى أي حال فإن العمل يشهد عادة تعاصراً بين الضرر اللاحق بالحاوية وبين ذلك الذي تتعرض له البضاعة المشحونة بداخلها. وعندئذ يحل المؤمن محل المستأمن مالك الحاوية بعد تعويضه في الرجوع على الناقل.

٤٣- ثانياً: تأخر إعادة الحاوية:

وانطلاقاً من القيمة المادية التي تمثلها الحاوية لمالكها أو حتى مؤجرها يجوز لأي منهما المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة تأخر المستأجر في إعادتها عن الميعاد المتفق عليه في العقد.

ولما كانت الوكالة بالعمولة للنقل قد ارتبطت في نهضتها بظهور نجم الحاويات وكثرة استخدامها، فقد غلب من الناحية العملية قيام الوكيل بالعمولة للنقل باستئجار الحاوية من إحدى الشركات المالكة لها ليقوم باستعمالها في تنفيذ عقد النقل الذي يبرمه لحساب موكله. وتفريعا على ذلك يعد الوكيل المستأجر مسئولاً عن أي خسائر تلحق بالحاوية طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بإيجار الأشياء، وكذلك عن أي مصاريف أخرى يتسبب فيها تأخير إعادة الحاوية عن

(١) انظر في هذا المعنى:

CA Aix-en-Provence, 19 déc. 1979, DMF 1980, p. 731.

T. com. Marseille, 15 oct. 1991, BTL 1992, p. 120.

(٢)

الميعاد⁽¹⁾. لذا تكمن مصلحة المضرورين عادة فى رفع دعواهم ضد الوكيل بالعمولة للنقل على أن يكون لهذا الأخير حق الرجوع فيما بعد على المسنول الحقيقى عن التأخير.

المبحث الثانى

المسئولية الناشئة عن العقود المرتبطة بعقد النقل البحرى

لاشك أن المسئولية عن الأضرار اللاحقة بالحاويات وشحناتها من البضائع تجد مصدرها الرئيسى فى عقد النقل البحرى. لكن هذا العقد كثيرا مايرتبط بتنفيذه بعقود أخرى لها دور هام فى سير عمليات النقل البحرى بواسطة الحاويات، ومن ثم يمكن أن تمثل بذاتها أساسا للمسئولية. ويندرج ضمن أهم تلك العقود عقد الوكالة بالعمولة للنقل وعقد الشحن والتفريغ والبيوع البحرية، وهى ماسنحاول إلقاء بعض الضوء عليها على التوالى.

المطلب الأول

عقد الوكالة بالعمولة للنقل

يلتزم الوكيل بالعمولة للنقل كالوكيل بالعمولة العادى بالقيام بالعمليات القانونية المكلف بها، فيبرم باسمه ولحساب موكله عقد النقل مع الناقل الذى يتولى تنفيذ النقل ويعهد إليه بالبضاعة المحوأة بعد أن يتسلمها من المرسل.

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 14 mai 1991, Juris-Data 1991-023766; CA (1)
Montpellier, 2^e ch., A, 24 nov. 1992, BTL 1993, p. 163.

على أنه بخلاف الوكيل بالعمولة العادى الذى لا يضمن تنفيذ العقد إلا باشتراط خاص فيه، فإن الوكيل بالعمولة للنقل ضامن بحكم القانون^(١) لتنفيذ عملية النقل فى مجملها^(٢) ووصول البضاعة المحوأة سليمة فى الميعاد. وبالتالى فإن التزام الوكيل بالعمولة للنقل ليس التزاما ببذل عناية، ولو كانت عناية الوكيل المحترف^(٣)، بل هو التزام بتحقيق نتيجة^(٤).

وإذا كانت التزامات الوكيل بالعمولة للنقل أوسع نطاقا فى هذا الصدد من التزامات الوكيل بالعمولة العادى، فإنه يتعرض أيضا لمسئولية أشد من مسئوليته.

فبداءة يعتبر الوكيل بالعمولة للنقل مسئولاً عن خطئه الشخصى كما لو اختار حاوية غير ملائمة للنقل المكلف بإبرام عقده أو أساء اختيار الناقل المتعاقد معه. وعلى أى حال فمسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن تلف البضاعة المحوأة مفترضة ولا يعفيه منها إلا إقامة الدليل على القوة القاهرة أو العيب الذاتى فى البضاعة أو خطأ أو إهمال من المرسل^(٥)، وكأنه هو الناقل.

هذا ويقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الوكيل بالعمولة للنقل من المسئولية عن هلاك البضاعة المحوأة كلياً أو جزئياً أو تلفها^(٦). على العكس،

(١) د. على البارودى، مبادئ القانون البحرى، منشأة المعارف، ١٩٨٣، ص ١٣٠.

(٢) وغالباً ما يتعلق الأمر هنا بنقل متعدد الوسائط.

(٣) انظر فى مسئولية الوكيل بالعمولة عن احترام تعليمات الموكل، د. على البارودى ود. فريد العرينى، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة، ص ٧٤.

(٤) انظر تطبيقاً لذلك فى مجال النقل بالحاويات:

CA Paris, 5^e ch.. sect. C. 27 mai 1993, juris-Data N° 1993-022464.

(٥) المادة ٢٧٨ من التقنين التجارى المصرى.

(٦) المادة ٢٧٩، فقرة أولى (أ)، من التقنين التجارى المصرى.

وفيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم من الوكيل بالعمولة للنقل أو من أحد تابعيه أو من الناقل أو من أحد تابعيه، يجوز للوكيل بالعمولة للنقل أن يشترط تحديد مسنوليته عن هلاك البضاعة موضوع النقل كلياً أو جزئياً أو تلفها بشرط ألا يقل التعويض المنفق عليه عن ثلث قيمة البضاعة المنقولة من مكان وزمان نقلها، وكل اتفاق على تعويض يقل عن هذا الحد يزداد إليه، أو أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسنولية عن التأخير^(١). ولا يكون شرط الإعفاء من المسنولية أو تحديدها صحيحاً على هذا النحو إلا إذا كان مكتوباً. وإذا كان عقد الوكالة بالعمولة للنقل محرراً على نماذج مطبوعة وجب أن يكون الشرط واضحاً ومكتوباً بكيفية تسترعى الانتباه وإلا جاز للمحكمة أن تعتبره كأن لم يكن.

والوكيل بالعمولة للنقل مسنول ليس فحسب عن أفعاله الشخصية، ولكنه مسنول كذلك عن أفعال الغير لاسيما الناقل وتابعيه^(٢).

خلاصة القول إذن أنه إذا لم يستطع الوكيل بالعمولة للنقل إثبات السبب الأجنبي الذى ترجع إليه الأضرار اللاحقة بالبضاعة المحوأة أو الحاوية ذاتها، فإنه يتحمل مسنولية هذه الأضرار دون أن يكون له حق الرجوع إلا على الطرف المؤمن لمسنوليته.

(١) المادة ٢٨٠، فقرة أولى (أ) و (ج)، من التقنين التجارى المصرى.

(٢) كما لو ترك الناقل الحاوية مدة طويلة تعرضت خلالها للمطر مما ألحق الضرر بالبضاعة الموجودة بداخلها.

T. Com. Nanterre, 6° ch., 30 Janvier 1992; Juris-Data N° 1992-040517.

المطلب الثاني

عقد الشحن والتفريغ

رأينا فيما سبق أن عملية شحن الحاويات أو البضائع عموماً على السفينة وكذلك عملية تفريغها منها، تعدان من المراحل التي يتضمنها تنفيذ عقد النقل البحري. وبرغم التزام الناقل قانوناً أو الشاحن إتفاقاً بإنجازهما فإن هاتين العمليتين الماديتين يتمان عملاً بمعرفة مقاول الشحن والتفريغ وذلك بمساعدة عمال متخصصين^(١) Dockers وأدوات ومركبات خاصة.

وبوصفه حائزاً للبضاعة المحوأة أثناء عمليات الشحن والتفريغ يلتزم المقاول البحري بالمحافظة على البضاعة ورقابتها تفادياً لحدوث أى ضرر أو تلف بها. كما يلتزم أيضاً باتخاذ الاحتياطات اللازمة وبذلك العناية الواجبة لحفظها وتأمين سلامتها^(٢). وتتص المادة ١٤٩، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية على أن "يقوم المقاول البحري بعمليات الشحن أو التفريغ وبالعمليات الإضافية الأخرى لحساب من كلفه بالقيام بها، ولا يسأل في هذا الشأن إلا قبل هذا الشخص الذى يكون له وحده توجيه الدعوى إليه".

(١) وجدير بالإشارة أن الحاوية يمكن أن تكون مصدراً لحادث عمل. ففي إحدى الدعاوى أظهرت الوقائع أن أحد العمال قد جرح بسبب سقوط عدد من الحاويات كان يحاول شحنها بمساعدة رافعة. وقد أقرت المحكمة بوجود خطأ غير مغتفر من جانب رب العمل تمثل في عدم صيانة الحاويات الأمر الذى تسبب في إختلال توازنها، كما أنه امتنع عن إعطاء العمال تعليمات صارمة بشأن تحميل الحاويات وتشغيل الرافعة.

CA Grenoble, ch. soc., 18 avril 2001, Juris-Data N° 2001-164084.

(٢) د. كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ فى النقل البحري، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ١٣٠.

وتطبيقاً لهذا النص إذا كان الناقل هو الذى تعاقد مع المقاول على شحن وتفريغ الحاوية، فلا يسأل المقاول إلا قبل الناقل شريطة إثبات خطئه أو خطأ تابعيه^(١). وفى هذه الحالة لايجوز لأى شخص آخر غير الناقل كالشاحن والمرسل إليه توجيه دعوى المسؤولية إلى المقاول.

وإذا كان الشحن والتفريغ على عاتق الشاحن أو المرسل إليه وكانا هما اللذان أبرما العقد مع المقاول فلا يسأل هذا الأخير إلا تجاههما فقط دون أن يكون لغيرهما كالناقل توجيه دعوى المسؤولية إلى المقاول.

وقد يكون الإلتزام بالشحن أو التفريغ على عاتق الشاحن أو المرسل إليه، ومع ذلك يتضمن سند الشحن شرطاً يتم بمقتضاه تفويض الناقل أو الربان فى إختيار المقاول البحرى على نفقة الشاحن أو المرسل إليه ومسئوليته. ولما كان الناقل أو الربان يتعاقد فى هذه الحالة مع المقاول بوصفه وكيلاً عن الشاحن أو المرسل إليه فإن آثار المقابلة تنصرف إلى الشاحن أو المرسل إليه الذى تعاقد الناقل أو الربان لحسابه. وعليه لايجوز مساءلة المقاول إلا تجاه الشاحن أو المرسل إليه دون غيرهما. ويجب على الناقل عندئذ إخطار المقاول البحرى بهذه النيابة^(٢) وإلا اعتبر المقاول مسئولاً تجاه الناقل الذى كلفه بالقيام بعمليات الشحن والتفريغ، ويكون الناقل مسئولاً عن تعويض الضرر اللاحق بالشاحن أو المرسل إليه.

وليس بالضرورة أن تكون الأضرار اللاحقة بالبضاعة المحوأة ناجمة عن خطأ أو إهمال مباشر من جانب المقاول البحرى. ففى إطار إلتزامه بالمحافظة على البضاعة يعد المقاول مسئولاً عن عدم قيامه بإعلام عميله بأى

(١) المادة ١٥٠ من قانون التجارة البحرية.

(٢) المادة ١٤٩، فقرة ثانية، من قانون التجارة البحرية.

أخطار يمكن أن تتعرض لها بضائعه لاسيما إذا تعلق الأمر بإضراب عام لعمال الميناء يحتمل معه سرقة البضاعة أو إصابتها بضرر^(١).

وفى كل الأحوال يجب على من يدعى مسنولية المقاول البحرى أن يثبت خطأه أو خطأ تابعيه فى أداء الأعمال التى يقومون بها سواء العمليات المادية المتعلقة بالشحن والتفريغ أم العمليات الأخرى التى يعهد إليه القيام بها والمتصلة بالشحن والتفريغ^(٢).

المطلب الثالث

البيوع البحرية

البيع البحرى هو ذلك البيع الذى يفترض تنفيذة نقل البضائع المباعة بطريق البحر. ونكون عندئذ بصدد عقدين متشابهين هما عقد البيع الذى يربط المشتري بالبائع وعقد النقل الذى يربط المشتري أو البائع بالناقل. فارتباط البيع بعقد النقل البحرى هو الذى يضىف عليه الطابع البحرى ويستتبع خضوعه لقواعد خاصة مختلفة. تلك الخصوصية التى يتسم بها البيع البحرى تركت بصمة واضحة على نقل البضائع بواسطة الحاويات.

وكما هو معروف فإن البيوع البحرية تنقسم إلى نوعين، فهناك البيوع التى تتم عند القيام *Ventes au départ* وتشمل البيع سيف *CIF* والبيع فوب *FOB*، وهناك البيوع عند الوصول *Ventes à L'arrivé* والتى قد تكون بسفينة معينة أو غير معينة^(٣). وتظهر أهمية التمييز بين نوعى البيوع البحرية عند

(١) CA Rouen, 2^e ch. civ., 26 Juin 1997, Juris-Data N° 1997-057518.

(٢) المادة ١٥٠ من قانون التجارة البحرية.

(٣) M. R-Gouilloud, op. cit., p. 405.

لحظة انتقال ملكية البضاعة وبالتالي انتقال المخاطر المرتبطة بالملكية. ففي البيع عند القيام يحدث هذا الانتقال عند القيام فيتحمل المشتري مخاطر الطريق. أما في البيع عند الوصول حيث تنتقل ملكية البضاعة والمخاطر المرتبطة بها عند الوصول فإن مخاطر الطريق تكون على البائع.

وتطبيقا لما تقدم ففي البيوع البحرية سيف وفوب، وهي الأكثر انتشارا من الناحية العملية، يستتبع قيام البائع بشحن البضاعة المحواة على السفينة في ميناء القيام إنتقال ملكيتها إلى المشتري منذ الشحن. وقد يتأخر إنتقال الملكية إلى مابعد الشحن، وهو ما يحدث عندما يبرم عقد البيع ذاته بعد شحن البضاعة على السفينة ويقال عندئذ أن البيع وارد على بضاعة عانمة *Marchandises Flottantes*.

وكما ذكرنا يتزامن انتقال مخاطر الطريق إلى المشتري مع انتقال البضاعة المحواة المببعة إليه. وعليه فبمجرد شحن البضاعة تقع تبعة هلاكها أو تلفها أثناء الطريق على عاتق المشتري بوصفه مالكها، كما لو كانت درجة برودة الحاوية المشحونة على السفينة لا تتناسب ألبتة مع طبيعة البضاعة المحواة في الوقت الذي لم تبد فيه أي تحفظات عليها عند التسليم^(١). على العكس إذا كانت الحاوية قد ضاعت أو تلفت محتوياتها أثناء وجودها على رصيف الميناء، أي قبل شحنها على السفينة، فإن تبعة ذلك تظل على عاتق البائع والذي يجوز له في هذه الحالة إقامة دعواه ضد الوكيل بالعمولة للنقل إن وجد^(٢).

T.com. Paris, 3^e ch., 18 décembre 1991, Juris-Data N° 1991-047102. (١)

CA Paris, 5^e ch., sect. A, 6 déc. 2000, Juris-Data N° 2000-143755. (٢)

كذلك إذا كان البائع قد التزم بشحن الحاوية في الميعاد فإن المشتري هو
الذى يتحمل مخاطر التأخر فى وصول البضاعة المحوأة. على أنه ليس ثم
مايمنع المشتري بطبيعة الحال من الرجوع على الناقل بالتعويض أو على
المؤمن بمبلغ التأمين^(١).

(١) د. على البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

الخاتمة

إن القارئ لسطور هذا البحث ليلحظ حتما مدى التطور الذى أدركته مفاهيم قواعد القانون البحرى المتعلقة بنقل البضائع. ذلك التطور الذى دفع إليه استخدام الحاويات فى النقل المتزايد للبضائع بطريق البحر سواء تعلق الأمر بالنقل فى صورته البسيطة أم النقل متعدد الوسائط.

فالنقل البحرى بواسطة الحاويات، وقد فرضت عليه طبيعته خصوصيات معينة، تآبى بعض قواعد القانون البحرى بمفهومها التقليدى على أن تنطبق عليه أو بالأصح على أن تحقق الحماية المنشودة لذوى المصلحة. وقد لاحظنا ذلك على مدار تنفيذ العقد وكذلك جزاء الإخلال بتنفيذه.

يضاف إلى ما تقدم ومع التأكيد على ذاتية القانون البحرى فإن استخدام الحاويات فى عمليات النقل البحرى للبضائع قد استدعى للتطبيق بعض قواعد القانون المدنى والقانون التجارى بل وأيضاً القانون الجنائى. هذا ما سجلته على وجه الخصوص العمليات السابقة على تنفيذ عقد النقل البحرى حين كان الحديث قائماً عن تقديم الحاوية وتعبئتها بواسطة الشاحن ليتم تسليمها مغلقة ومختومة إلى الناقل.

وبالنظر لما سبق وفى ظل غياب قواعد خاصة لنقل البضائع بواسطة الحاويات كان للقضاء البحرى الجهد الأكبر فى تكملة النقص وتفسير الغامض من النصوص القانونية، وذلك فى محاولة جادة للحاق بالتطور التقنى الكبير الذى وصلت إليه الملاحة البحرية فى الوقت الحاضر. ولعلنا لا نتجاوز الحقيقة إذا ذكرنا أن حل المشكلات التى يثيرها نقل البضائع بواسطة الحاويات فى

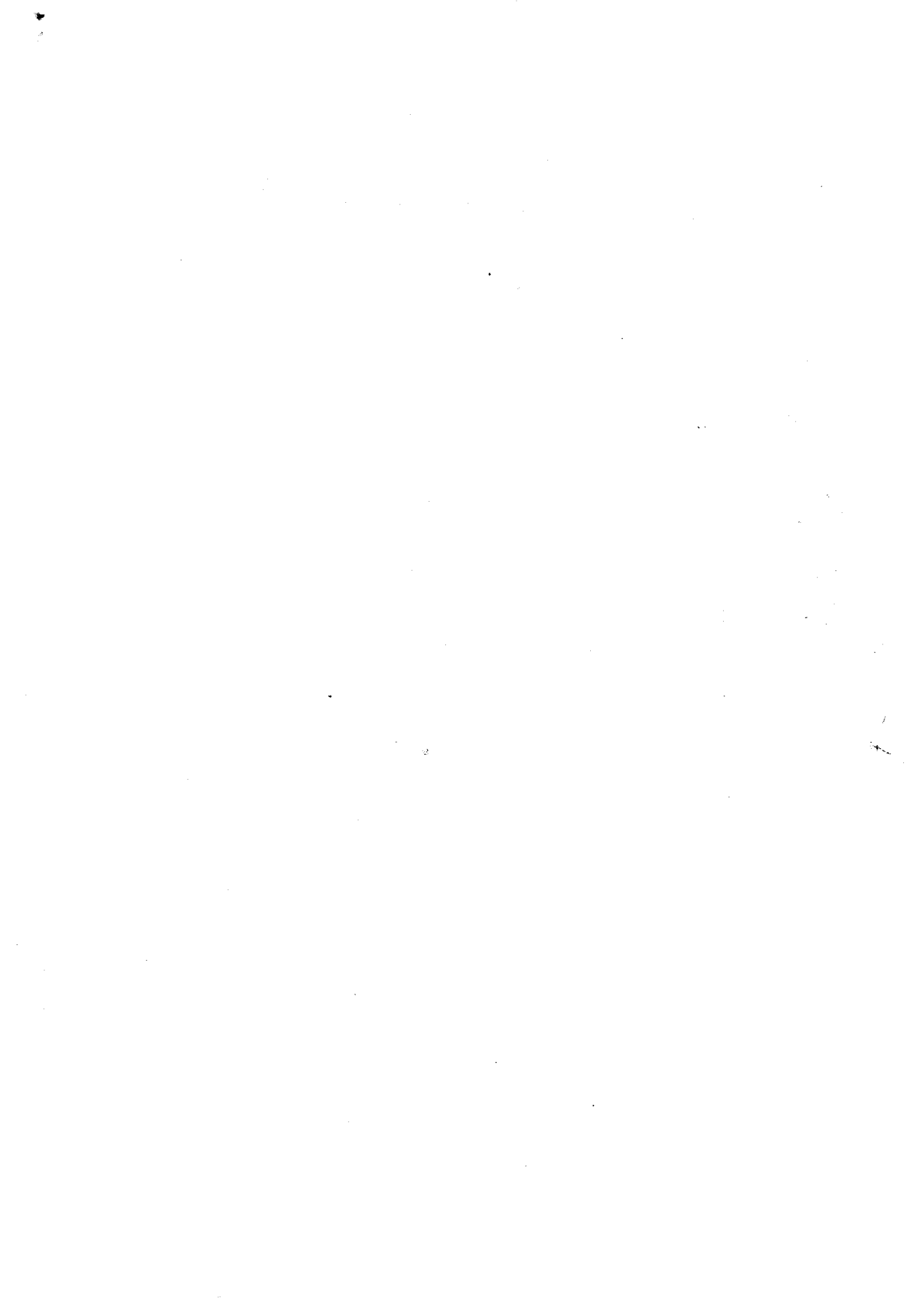
كنف القواعد الحالية للقانون البحرى ىمئل بلا شك خطوة هامة وضرورية فى منظومة تحرير خدمات النقل البحرى.

تم بحمد الله

قائمة المختصرات

A.F.D.M.	: Association Française de droit maritime.
A.M.C.	: American maritime cases.
B.T.	: Bulletin des transports.
BTL.	: Bulletin des transports et de la logistique.
Bull. Civ.	: Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre civil).
CA	: Cour d'appel.
Cass. Com.	: Cassation commercial.
Cass. Crim.	: Cassation criminal.
CE	: Conseil d'Etat.
Ch. Civ.	: Chambre civil.
Ch. Com.	: Chambre commercial.
D.	: Recueil Dalloz.
DMF	: Droit maritime français.
J. Cl.	: Jurisclasseur.
J.C.P.	: Jurisclasseur Périodique.
JMLC	: Journal of maritime law and commerce.
JMM	: Journal de la marine marchande.
JO	: Journal officiel de la République française.
Infra	: Ci-dessous.
Obs.	: Observations.
op. cit.	: Opere citato (dans l'ouvrage cité).
p.	: Page.
Rap.	: Rapport.
RFD aérien.	: Revue française de droit aérien.

RTD com. : **Revue trimestrielle de droit commercial.**
Somm. : **Sommaire.**
T. : **Tome.**
Trib.Com. (T.com.) : **Tribunal de commerce.**



قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- ١- د. جلال وفاء محمدين، مدى فعالية قواعد مسئولية الناقل البحرى للبضائع فى القانون المصرى الجديد فى حماية الشاحن المصرى، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، ١٩٩٣.
- ٢- د. سوزان على حسن، الإطار القانونى للوكالة بالعمولة للنقل، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣.
- ٣- د. على البارودى، مبادئ القانون البحرى، منشأة المعارف، ١٩٨٣.
- ٤- د. على البارودى و د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.
- ٥- د. على جمال الدين عوض، القانون البحرى، دار النهضة العربية، ١٩٦٩.
- ٦- د. فاروق ملش، النقل متعدد الوسائط، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، ١٩٩٦.
- ٧- د. كمال حمدى، القانون البحرى، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.
- ٨- د. كمال حمدى، عقد الشحن والتفريغ فى النقل البحرى، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

- ٩- د. محمد فريد العرينى، القانون الجوى، النقل الجوى الداخلى والدولى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣.
- ١٠- د. محمد فريد العرينى ود. محمد السيد الفقى، القانون البحرى والجوى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- ١١- د. مصطفى كمال طه، أصول القانون البحرى، مطبعة دار نشر الثقافة، ١٩٥٢.
- ١٢- د. مصطفى كمال طه، القانون البحرى، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- ١٣- د. هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1- Achard R., Nouveaux commentaires sur la clause "Said to contain", DMF 1981.
- 2- Achard R., La responsabilité resultant du retard dans le transport international de marchandises par mer, DMF, 1990.
- 3- Bonassies P., Limitation de responsabilité, Notion de colis ou unité, Conteneurs. Jurisprudence des USA, DMF 1974.
- 4- Cathelineau A., Le retard en droit civil, Petites affiches, 1998.
- 5- Chao A., Conteneur, Bilan de 25 ans de Pratique, B.T., 1993.

- 6- Chao A., Non Vessel Operating (Ou Owing) common Carriers, BTL 1993.
- 7- Chao A., Transport en pontée, incidences des fautes du transport sur sa responsabilité, BTL, 1995.
- 8- De Juglart M., Du Pontavice E., Dutheil de la Rochère J., Miller G.-M., Traité de droit aérien, LGDF, 2^e ed. 1989.
- 9- Escarra J., Traité théorique et pratique de droit commercial, les contrats commerciaux, Librairie du recueil Sirey, II, 1955.
- 10- Gauthier GA., Régime des Conteneurs, J.cl. Commercial, 1, 1996.
- 11- Godin P., Transport par conteneurs: La clause "Said to contain", DMF 1980.
- 12- Gold, Marine Pollution Liability after [Exxon Valdes-the U.S' All or Nothing Lottery] JMLC V. 22, N^o 1, jan, 1991, p. 423.
- 13- Gouilloud-Martine R., Droit maritime, 2^e édition, N^o 2, Pedone, 1993.
- 14- Grönfors K., Liability for delay in combined transport, journal of maritime law and commerce 1974.
- 15- Le Gall J.-P., Le retard dans La Livraison des marchandises Vendues, RTD com. 1963.
- 16- Lucchinin L. et voelickel M., Droit de la mer, Tome 1, Pedone.

- 17- Mercadal E., Les Problemes juridiques de la Conteneurisation du transport maritime, DMF, 1982.
- 18- Nicolas PY., Point de Vue hérétique sur les réserves "Said to contain" en droit maritime Français, DMF 1996.
- 19- Parenthou R., L'avarie commune et les "Containers", DMF, 1970.
- 20- Pestel-Debord P., Conteneurs et Jurisprudence, MM. Les transitaires à vos balances, BTL 1991.
- 21- Pineus K., Les Containers et Les transports combinés, DMF, 1967.
- 22- Pollier R., Universalité du Conteneur, JMM, 1978.
- 23- Racine JB., Le retard dans le transport maritime de marchandises, RTDc, Avril/ Juin, 2003, N° 2.
- 24- Rodière R., Affrètements et transports. t. 2.
- 25- Rodière R., Un Faux Problème: celui des containers, DMF, 1967.
- 26- Rodière R., et du Pontavice E., Droit maritime, 11 édition, Dalloz, 1991.
- 27- Schadee H., le contenu Juridique du container, DMF, 1967.

- 28- Sunberg J., Quelques aspects de la responsabilité pour retard en droit aérien, RDD aérien 1966.
- 29- Tantin M.G, Gestion d'un Parc de conteneurs, DMF 1982.
- 30- Tilche M., conteneurs, Pas de responsabilité accrue Pour le transporteur, BTL. 1991.
- 31- Veaux-Fournerie P. et VEAUX D., Transport Par Conteneur, J.cl. Commercial, éditions techniques, 1993, Fas. 975; J.cl, transport, 2003, Fasc. 975.
- 32- Veaux-Fournerie P., Transports Successifs, J.cl, Transport, 2003, Fas, 965.
- 33- Vialard., Déclin du droit de propriété privée dans le nouveau régime des épaves, A.F.D.M. 1983.
- 34- Warot J., L'avènement du container dans le trafic maritime, DMF, 1951.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
209	مقدمة
	الفصل الأول
229	الحاويات وانعكاساتها على قانون النقل البحري
230	المبحث الأول: العمليات السابقة على تنفيذ العقد
231	المطلب الأول: تقديم الحاوية
232	الفرع الأول: الحاوية المقدمة من الناقل والعلاقة بين عقد الإيجار وعقد النقل البحري
254	الفرع الثاني: الحاوية المقدمة من الغير
257	المطلب الثاني: تعبئة الحاوية
266	المبحث الثاني: العمليات المعاصرة لتنفيذ العقد
	المطلب الأول: استلام الناقل للحاوية
284	المطلب الثاني: شحن وحص الحاوية
301	المطلب الثالث: نقل الحاوية
305	المطلب الرابع: تفريغ الحاوية
311	المطلب الخامس: تسليم الحاوية
	الفصل الثاني
321	المسئولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن حوادث الحاويات
322	المبحث الأول: المسئولية الناشئة عن عقد النقل البحري
323	المطلب الأول: المسئولية عن الأضرار اللاحقة بالبضائع المحوأة
324	الفرع الأول: شروط المسئولية

الصفحة	الموضوع
332	الفرع الثاني: مدى المسؤولية
345	المطلب الثاني: المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالحاوية .. المبحث الثاني: المسؤولية الناشئة عن العقود المرتبطة بعقد النقل البحري
348	المطلب الأول: عقد الوكالة بالعمولة للنقل
351	المطلب الثاني: عقد الشحن والتفريغ
353	المطلب الثالث: البيوع البحرية
356	الخاتمة
358	قائمة المختصرات
361	قائمة المراجع
367	الفهرس

النطاق الإجرائى لمسئولية الناقل الجوى الدولى للبضائع

(دراسة فى تفسير المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو)

دكتور

محمد السيد الفقى

مدرس القانون التجارى والبحرى

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمة

١ - أهمية النقل الجوي:

يشهد تاريخ النشاط الإنساني منذ إنطلاقته بأهمية النقل في حياة المجتمعات على مر العصور. فلا تنفك الأحداث تظهر الأهمية البالغة لوسائل النقل في الاقتصاد الحديث، حتى بات تصور احتمال توقف هذا النشاط الحيوي، أو بالأحرى تعرضه لمشاكل، يحمل بين جنباته تهديداً بشل حركة الصناعة والتجارة في عدد كبير من البلدان، أحد شرايين الحياة بالنسبة للشعوب. وليس أدل على ذلك من الضربات الموجهة التي تتعرض لها مؤسسات النقل المختلفة نتيجة إضراب العاملين بها لاعتبارات اقتصادية واجتماعية بل واستراتيجية في بعض الأحيان.

وقد كان لتطور وسائل النقل أثره الهام في تاريخ الحضارة البشرية من حيث مضاعفة الإتصال بين مختلف الدول لاسيما على الصعيدين الاقتصادي والفكري. فبعد اختراع المركبات أو العربات البرية وما لحقه من ركوب البحر، شرع الإنسان في استخدام الجو بغية الانتقال من مكان لآخر. وفي عقود قليلة لم تعد الطائرة مجرد وسيلة يستقلها المغامرون الرائدون بل تحولت إلى أداة يسعى ملايين الأشخاص إلى استخدامها يومياً لنقلهم أو لنقل بضائعهم إلى أماكن بعيدة في زمن قياسي.

هذا ويحسب شرف المحاولة الأولى في محاكاة الإنسان للطير لأبي القاسم العباس بن فرناس وكذلك أبي نصر إسماعيل بن حماد، اللذين

قفزاً من قمة جبل في سماء قرطبة ونيسابور في محاولة منهما للتحليق في الجو مستخدمين جناحين ضخمين تم ربطهما في ذراعيهما، وكان ذلك في القرنين الثالث والرابع للهجرة. ومنذ هذا الحين لم تتوقف محاولات السعي وراء المغامرة والتي أودى بعضها بحياة أصحابها أو إصابتهم. ثم أتى الفنان التشكيلي لعصر النهضة "ليوناردو دافنشي" فقام في عام ١٥٠٠ ميلادية بإجراء تصميم نظري كان بمثابة لبنة إختراع الطائرة الهليكوبتر أو ما يطلق عليها "الحوامة". وفي الثامن عشر من أغسطس عام ١٧٠٩ قام "مارتولو ميودي" بعرض بالون ممتلئ بهواء يتم تسخينه بمادة شمعية تشتعل في صفيحة معلقة في البالون والذي وصل إرتفاعه في الجو إلى اثني عشر قدماً. وفي عام ١٨٠٤ صنع كايلى طائرته الأولى التي كانت نموذجاً منزلقاً يشبه الطائرة الشراعية، وبرغم ما واجهه هذا المخترع من عقبة ثقل وزن المحرك إلا أن مركبته قد اعتبرها عدد من المؤرخين أولى الطائرات في التاريخ. وتقادياً لما وقع فيه سلفه صمم هينسوف مركبة هوائية تعمل بمحرك أخف وزناً لاقت بعض النجاح في الطيران. ثم جاء الأخوان رايت في أول القرن العشرين فقاما بتصميم أول طائرة ونجحا بعد تجربتها وتطويرها في الطيران بها والبقاء في الجو لمدة تزيد على الساعة. وبتلك المحاولات وغيرها صارت المركبة الهوائية حقيقة ملموسة في نهاية القرن التاسع عشر وأعقب ذلك ميلاد القانون الجوى في العشرينات الأولى من القرن العشرين الذي شهد لأول مرة في تاريخ البشرية استعمال تلك المركبة كوسيلة للنقل وسلاح للحرب.

والمتتبع لتاريخ النقل الجوي عموما يراه اليوم وقد غدا التطور التقنى هو سمته الرئيسية. صحيح أن ذلك النوع من النقل، وبسبب حوادثه الكارثية، قد حاصرتة المخاوف منذ نشأته وبدا محفوفًا بالمخاطر، إلا أن تيار التطور الذى لازمه طوال الوقت قد بدد الكثير من تلك المخاوف والمخاطر. هذا التطور يرجع الفضل فيه إلى الطابع التجارى لنشاط النقل والذى لعبت معه المنافسة دورا فعالا بين المؤسسات المعنية. ولم تكن السرعة هى وحدها التى يوليتها مستخدموا الطائرة أهمية كبيرة بل وأيضا السلامة والأمان اللذين تتفوق بهما الطائرة عن غيرها من وسائل النقل الأخرى.

ومع اتصال موضوع هذا البحث بالنقل الجوى للبضائع نجد لزاما من البداية توجيه دفة الحديث نحو هذا النوع من النقل وهو الذى يمثل رغم حادثته أحد الركائز الأساسية للنشاط الاقتصادى فى العصر الحديث.

وبرغم تعدد الأشكال التى يتخذها النقل الجوى فإن أكثرها أهمية ذلك الذى يعتمد على طول الرحلة وينقسم بمقتضاه النقل إلى نقل داخلى ونقل دولى. والنقل الجوى الداخلى هو الذى لا تتعدى فيه الطائرة الحدود الإقليمية للدولة^(١)، لكن النقل الجوى يميل بطبيعته إلى أن يكون دوليا. فباستثناء بعض الدول التى يسبح إقليمها فى مساحات شاسعة حيث يبقى للنقل الداخلى أهميته، تضيق أقاليم العديد من دول العالم على الطائرة

(١) وتعرفه المادة ٢٨٥، فقرة ثالثة، من التقنين التجارى بأنه النقل الذى تكون فيه "النقطتان المعينتان باتفاق المتعاقدين للقيام والوصول واقعتين فى مصر ولو كانت الطائرة تواصل رحلتها بعد مغادرة نقطة الوصول إلى ما وراء الحدود الإقليمية المصرية.

فتجتازها بسرعة لتعبر حدودها الجغرافية في زمن قصير. وكما أن التجارة تستلزم غالباً الدخول في معاملات دولية فإن النقل الجوي يعتمد في رواجه كنشاط تجارى على الذهاب بموضوعه من البضائع إلى أماكن بعيدة عن أماكن إنتاجها أو تصنيعها.

٢ - التنظيم القانوني للنقل الجوي الداخلى والدولى:

وقد كان يحكم النقل الجوي الداخلى فى مصر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ فى شأن الطيران المدنى، والذى أحال فيه المشرع صراحة على أحكام الاتفاقيات الدولية لحكم النقل الداخلى. فقد نصت المادة ١٢٣ من هذا القانون على أن " تطبق أحكام إتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوى الدولى الموقعة فى وارسو بتاريخ ١٢ أكتوبر عام ١٩٢٩ والإتفاقيات الأخرى المعدلة والمكملة لها، المنضمة إليها الجمهورية على النقل الجوى الدولى والداخلى". وطبقاً لهذا النص فقد أعمل المشرع أحكام إتفاقية وارسو على طائفتين من النقل هما النقل الجوى الداخلى والذى يتم تنفيذه كاملاً داخل مصر، وكذلك النقل الجوى الدولى بمعناه الجغرافى شريطة أن يكون هذا النقل خاضعاً، طبقاً لقواعد الإسناد فى قانون المحكمة المختصة بنظر النزاع، للقانون المصرى على النحو الذى تعتبر فيه الإتفاقية بمثابة القانون الوطنى الواجب التطبيق^(١).

(١) د. محمد فريد العرينى، القانون الجوى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٦٨، و د. رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى، ١٩٩٤، ص ٥٥.

لكن الوضع قد تغير بعد صدور قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والذى نصت المادة الأولى، فقرة أخيرة، منه على أن "يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق". ولما كانت أحكام المادة ١٢٣ من قانون الطيران المدنى رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ تتعارض مع قواعد التقنين التجارى الخاصة بالنقل الداخلى، فمفهوم ذلك ضمناً استبعاد النظام القانونى الذى أشارت إليه المادة ١٢٣ سالفه الذكر من التطبيق على النقل الداخلى. بعبارة أخرى فقد أصبح النقل الجوى الداخلى فى مصر يرتكن فى تنظيمه إلى نوعين من الأحكام: أحكام خاصة للنقل الجوى فقط تضمنها الفرع الرابع من الفصل السابع من الباب الثانى من التقنين التجارى، وأحكام عامة تسرى على جميع أنواع النقل، فيما عدا النقل البحرى، اشتملت عليها الفروع الثلاثة الأولى من الفصل السابع المشار إليه^(١).

أما بالنسبة للنقل الجوى الدولى فكانت أولى خطوات تنظيمه عبر المعاهدة الدولية فى شأن تنظيم الملاحة الجوية الموقعة فى باريس فى ١٣ أكتوبر عام ١٩١٩ والتي امتنعت الولايات المتحدة الأمريكية عن التصديق عليها وتبعتها معظم دول أمريكا اللاتينية وبعض الدول الأوروبية. وقد أدى ذلك إلى توقيع الإتفاقية الخاصة بالملاحة الجوية فى مدريد فى ٣٠ أكتوبر عام ١٩٢٦ بين أسبانيا ودول أمريكا اللاتينية، لكن هذه الإتفاقية لم تلق هى الأخرى حظاً وافراً حيث لم يصدق عليها سوى

(١) انظر أكثر تفصيلاً د. رفعت فخرى، حول أحكام النقل الجوى الداخلى طبقاً لقانون التجارة المصرى الجديد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد ٤٤، يناير ٢٠٠٢، ص ٢ وما بعدها.

عدد قليل من الدول. ثم أتت اتفاقية الطيران التجاري والمعروفة باتفاقية بان - أمريكيان للطيران التجاري والموقعة في هافانا في ٢٠ فبراير عام ١٩٢٨.

وبالعودة إلى اتفاقية باريس باعتبارها أول تشريع دولي في مجال القانون الجوي ومع إقرارها سيادة كل دولة على مجالها الجوي الذي يعلو إقليمها، فقد منحت الإتفاقية الطائرات المدنية حق المرور البري وكذلك حق المرور، زمن السلم، على إقليم الدول المصدقة عليها. وفي المقابل تلتزم الدول الأطراف بضمان المعاملة بالمثل وعدم محاباة الدول التي لم تصدق على المعاهدة. ومع ذلك فقد عيب على هذه الأخيرة عدم إنطباقها على الخطوط المنتظمة حيث أجازت المادة ١٥ للدول الأعضاء إخضاع تلك الخطوط لترخيص مسبق الأمر الذي تطلب عقد إتفاقات خاصة بين الدول لإنشاء هذه الخطوط واستغلالها.

وقد ظل الوضع على حاله سنوات عديدة بدا واضحا خلالها فشل التشريعات الدولية الجوية في التوفيق بين مبدأي " الجو الحر " Liberté de l'air و " الجو المنظم " L'ordre dans l'air^(١)، ثم جاءت الحرب العالمية الثانية والتي كانت المركبات الهوائية إحدى أدواتها الرئيسية فبرهنت على تطور كبير في مجال الطيران المدني عموماً والنقل الجوي على وجه الخصوص. إزاء هذه الاعترافات بادرت الولايات المتحدة الأمريكية بالدعوة لعقد مؤتمر دولي حول تنظيم الطيران المدني، وكان أن باشر

(١) WAGNER. Les libertés de l'air, 1948; BERLE. Les Libertés de L'air, Revue General du droit Aérien 1946, 190, ets.

المؤتمر أعماله بمدينة شيكاغو في نوفمبر عام ١٩٤٤ بمشاركة ممثلي ٥٢ دولة. وقد مرت مناقشات الأعضاء بأوقات عصيبة سادها صدام بين وجهات النظر، وذلك قبل أن يثمر المؤتمر في ختام جلساته عن توقيع معاهدة وعدد من الاتفاقات الدولية في السابع من ديسمبر عام ١٩٤٤^(١).

ومع تزايد الاهتمام الدولي بالمركبات الهوائية بدت إرادة المشرع الجوي واضحة في ضرورة تنظيم كافة أوجه استعمالها. فبالنظر إلى الدور الذي لعبته الطائرة غداة ظهورها كسلاح للحرب ووسيلة للنقل في غير الأغراض السلمية، كان طبيعياً أن يكون هدف المعاهدات والاتفاقات الأولية هو تأمين سلامة المركبات الهوائية وحركتها. وهو الأمر الذي غلب معه على أحكام تلك المعاهدات والاتفاقات تنظيم العلاقات بين الناقلين الجويين والدول. وبرغم انتهاء الحرب العالمية الأولى لم تتوقف المركبة الهوائية عن إظهار قدرتها الفائقة في عمليات نقل الركاب والبضائع، لذا فقد روى لزاماً تنظيم العلاقات القائمة بين الناقلين الجويين ومستخدمي الطائرة لاسيما مع استمرار هذه الأخيرة في أداء دورها الهام إبان الحرب العالمية الثانية وبعد ركود رمادها. وكان من بين الخطوات الأولى المتخذة في سبيل تفعيل الأهداف المرجوة آنذاك تأسيس الإتحاد الدولي لحركة المرور الجوي International Air Traffic Association في لاهاي عام ١٩١٩. وإليه يرجع الفضل في حل مشكلات شركات الطيران الأوروبية على وجه الخصوص ودفعها قدماً في مجال النقل الجوي

(١) انظر في معاهدة واتفاقات شيكاغو الدولية لعام ١٩٤٤ د. فريد العريني، القانون الجوي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٢٨ وما بعدها.

التجارى. وفى عام ١٩٤٥ أعيد هيكلة تلك المنظمة وتغير اسمها ليصبح "الاتحاد الدولى للنقل الجوى International Air Transport Association أو إختصاراً " إياتا" I.A.T.A ، وقد أصبحت تضم فى عضويتها الآن معظم شركات الطيران فى العالم.

وقد ساهمت منظمة الإياتا فى إرساء قواعد التنظيم القانونى للنقل الجوى الدولى حينما أعدت عام ١٩٣٠ بمدينة إنفرس البلجيكية شروطاً عامة قابلة للإنطباق على جميع أنواع النقل لا سيما نقل البضاعة، والتي تم تعديلها فى مؤتمر برمودا عام ١٩٤٨. ولم يتم إعادة النظر فى هذه الشروط سوى مرة واحدة فقط فى مؤتمر مكسيكو سیتی عام ١٩٤٩^(١).

ولا تعدو شروط الإياتا أن تكون شروطاً تعاقدية تستمد قوتها الملزمة من عنصر خارجى عنها وهو إرادة المتعاقدين وإتجاهها إلى الأخذ بها فى عقد النقل أو إحالة هذا الأخير إليها صراحة أو ضمناً. ومع إنطباقها على النقل الجوى الدولى والداخلى يشترط عدم مخالفتها لقواعد الإتفاقيات الدولية أو النصوص الأمرة فى التشريعات الوطنية^(٢). وبرغم ذلك فليس خفياً ما ساهمت به تلك الشروط فى سبيل توحيد النظام القانونى للنقل الجوى الدولى، إذ يمكن اعتبارها بمثابة خطوة تكميلية للاتفاقيات الدولية فى هذا الشأن لا سيما وأنها تنطبق على بعض أنواع النقل الجوى غير الخاضع لتلك الإتفاقيات، وحتى بالنسبة للنقل الخاضع لهذه الأخيرة

(١) د. محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٦٣.
(٢) د. رفعت فخرى، حول أحكام النقل الجوى الداخلى طبقاً لقانون التجارة المصرى الجديد، المرجع السابق، ص ٧.

فإن شروط الاياتا تنطبق على المسائل التى أغفلها المشرع الدولى أو سكت عن حكمها.

ولم تكن شروط الاياتا هى الأولى من نوعها فى مجال تنظيم النقل الجوى الدولى بل سبقتها فى ذلك الاتفاقية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوى الدولى الموقعة بمدينة وارسو فى الثانى عشر من اكتوبر عام ١٩٢٩. تلك المعاهدة كانت بمثابة ترجمة واقعية لمحاولة القضاء على تنازع القوانين فى مجال النقل الجوى الدولى. هذا التنازع الذى أفرزته المركبة الهوائية بسرعتها الفائقة، والتى جعلتها أداة عابرة لحدود الدول والقارات فى زمن قياسي. بعبارة أخرى تستطيع الطائرة أن تمر بسماء أكثر من نظام قانونى خلال الرحلة الواحدة، وهو الأمر الذى يودى إلى زعزعة المراكز القانونية لأطراف العلاقات الناشئة عن النقل الجوى. وليس من العدالة فى شئ أن يجد راكبوا وسيلة النقل أنفسهم وقد فرضت عليهم قواعد قانونية شتى لا طائل لهم ألبتة بمعرفتها، وإلا كان ذلك إهدارا لآى قيمة فعلية ينطوى عليها مبدأ عدم جواز العذر بجهل القانون (١) Nul N'est Censé Ignorer La Loi.

وتفعيلا لهذه الأفكار فقد دعت فرنسا لانعقاد مؤتمر دولى فى بارس عام ١٩٢٥ تركزت جهوده فى مناقشة الجوانب المختلفة للنقل الجوى الدولى بغية الوقوف على مشاكله القانونية وإيجاد حلول مناسبة لها. وقد أوصى المؤتمر بتكوين لجنة دولية فنية تحت مسمى " اللجنة

(١) Couannier, Éléments Createurs du droit Aérien, Paris, Per orbem, 1929. P. 3.

الدولية الفنية للخبراء القانونيين الجويين " Comité International Technique D'experts Juridique Aériens، لدراسة مشروع اتفاقية تتوحد من خلال نصوصها أحكام النقل الجوي الدولي. وكانت أعمال هذه اللجنة هي شاغل المؤتمر الدولي الثاني الذي دعت إليه أيضاً فرنسا فى وارسو عام ١٩٢٩، والذي أسفر عن توقيع إتفاقية خاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي فى الثانى عشر من أكتوبر فى ذات العام^(١).

وبرغم الصعوبات التى أثارها فى تفسير بعض نصوصها، نجح واضعو المعاهدة فى توحيد جزء كبير من قانون النقل الجوي الدولي. بعبارة أخرى فقد تضمنت الإتفاقية خمسة فصول عالج المشرع الدولي من خلالها نطاق تطبيق الإتفاقية، سندات النقل، مسنولية الناقل، الأحكام المتعلقة بالنقل المركب، وأخيراً الأحكام العامة والختامية الخاصة بالتصديق على الإتفاقية والانضمام إليها ونقضها وتعديلها.

بداءة ومن جهة أولى لا يتحدد نطاق تطبيق إتفاقية وارسو بجنسية اطراف عملية النقل أو جنسية الطائرة المستخدمة فى هذه العملية، وإنما تبعاً للإقليم المستخدم فى النقل واتفاق الأطراف. ومن جهة أخرى تنطبق الإتفاقية على النقل الجوي الدولي بغض النظر عن صفة الناقل وما إذا كان عبارة عن مؤسسة خاصة أو كان الدولة نفسها أو أحد أشخاص

(١) وقد دخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ على المستوى الدولي فى الثالث عشر من فبراير عام ١٩٣٣، وصدقت مصر عليها فى السادس من سبتمبر عام ١٩٥٥ بالقانون رقم ٥٩٣ لعام ١٩٥٥، الوقائع المصرية، العدد ٩٥ مكرر (أ) بتاريخ ١١ ديسمبر عام ١٩٥٥.

وإذا كانت المعاهدة قد اشترطت لانطباق أحكامها على النقل الجوى أن يكون دولياً، إلا أنها لم تضع فى اعتبارها عند تحديد تلك الصفة أقاليم الدول التى تمر الطائرة عبر سمانها بل فقط تلك التى تتصل الطائرة بأرضها. وعليه فقد نصت المادة الأولى، فقرة ثانية، من الإتفاقية على اعتبار النقل دولياً طالما كانت نقطتا القيام والوصول فيه، طبقاً لاتفاق المتعاقدين، واقعتين إما فى إقليم طرفين ساميين متعاقدين، وإما فى إقليم طرف واحد من الأطراف المتعاقدة طالما نص على حصول رسو جوى فى إقليم خاضع لسيادة دولة أخرى أو لإمارتها أو لانتدابها أو لسلطاتها ولو كانت هذه الدولة غير متعاقدة. ويقصد بالطرف السامى المتعاقدة الدولة التى قامت بالتصديق على المعاهدة أو الإنضمام إليها.

والعبرة فى تحديد الصفة الدولية للنقل على الوجه المتقدم باتفاق أطراف العقد بغض النظر عن واقع عملية النقل ذاتها. ومن ثم إذا هبطت الطائرة إثر تعرضها لحادث ما على ذات إقليم الدولة المتعاقدة الذى أقلعت منه، فإن النقل يظل محتفظاً بصفته الدولية طالما كان مرسوماً لهذه الطائرة طبقاً للعقد أن تحط فى إقليم دولة أخرى متعاقدة. على العكس فإن النقل الجوى يفقد صفته الدولية، ويخرج بالتالى من نطاق تطبيق إتفاقية وارسو، إذا كانت نقطتا القيام والوصول المنفق عليهما واقعتين فى إقليم دولة واحدة ولم يتفق المتعاقدان على حصول رسو جوى فى إقليم خاضع

(١) المادة ١/٢ من إتفاقية وارسو.

لسيادة دولة أخرى، ولا يتغير الوضع حتى ولو هبطت الطائرة فعلا في إقليم دولة أخرى. وقد قيل وبحق في تفسير هذا الحكم أنه يراعى مقتضيات الأمن القانوني، حتى يعلم الطرفان سلفا النظام القانوني الذي سيحكم علاقتهما وحتى لا يكون هذا النظام عرضة للتغيير وفقا لمشيئة القدر^(١).

وقد واجهت الإتفاقية حالة النقل الجوي المتتابع وهو الذي يقوم به عدة ناقلين جويين بالتناوب، فنصت على انطباق أحكامها عليه إذا جاز اعتباره نقلًا واحدًا. وهو يعد كذلك إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى اعتباره عملية واحدة، سواء أبرم الإتفاق بشأنه في صورة عقد واحد أو مجموعة من العقود. ولا يفقد هذا النقل صفته الدولية بسبب أن أحد العقود أو بعضا منها يجب تنفيذه كاملا في إقليم خاضع لسيادة أو إمارة أو إنتداب أو سلطة طرف واحد من الأطراف السامية المتعاقدة^(٢).

أما بالنسبة للنقل المركب، حيث يتم في جزء منه جوا والجزء الآخر عبر وسيلة أخرى للنقل، فإن أحكام الإتفاقية تنطبق فقط على النقل الجوي. وإذا كان للأطراف أن يضمنوا عقد النقل الجوي شروطا خاصة بطرق النقل الأخرى فهذا شريطة احترام نصوص النقل الجوي في هذه الإتفاقية^(٣).

(١) د. ثروت أنيس الأسيوطي، قانون الطيران المدني، ١٩٦٦، ص ١٩٩.

(٢) المادة الأولى، فقرة الثالثة، من إتفاقية وارسو.

(٣) المادة ٣١ من إتفاقية وارسو.

ومتى تحقق للنقل الجوى للبضائع الصفة الدولية وكان نقلا للأشخاص أو الأمتعة أو البضائع على متن طائرة بمقابل فقد لحقته أحكام إتفاقية وارسو. والملاحظ على هذه الأحكام أنها تتسم بطابع أمر قصد المشرع الدولي من وراءه حماية المضرورين وبصفة عامة إقامة نوع من التوازن بين مصالح أصحاب الشأن فى عقد النقل الجوى. وتدعيماً لهذا المقصد فقد رتب المشرع جزاء البطلان المطلق على أى شروط تعاقدية أو أى اتفاقات خاصة سابقة على وقوع الضرر وتكون مخالفة لأحكام الإتفاقية، سواء بتحديد القانون الواجب التطبيق أو بتعديل قواعد الإختصاص باستثناء تلك المتعلقة بالتحكيم فى نقل البضائع^(١).

يتبين إذن مما تقدم أن ثم نقلا للبضائع يتجاوز فى تنفيذ هذه الحدود الإقليمية للدولة ورغم ذلك لا يخضع بالضرورة لأحكام إتفاقية وارسو. بعبارة أخرى يلزم لانطباق تلك الأحكام أن تكون نقطتا القيام والوصول فى إقليم دولتين أطراف فى الإتفاقية، ومن ثم إذا كانت إحدى هاتين النقطتين فى دولة طرف فى الإتفاقية دون الأخرى فقد انتفى عن النقل طابعه الدولي وخرج بالتالى من نطاق تطبيق الإتفاقية. كذلك قد لايتعدى النقل بنقطتيه إقليم الدولة الواحدة مما يفقده الطابع الدولي من الناحية الجغرافية، ومع ذلك يعتبر دولياً فى مفهوم الإتفاقية طالما نص على حصول رسو جوى فى إقليم خاضع لسيادة دوى أخرى أو لإمارتها أو لانتدابها أو لسلطاتها ولو كانت هذه الدولة غير متعاقدة^(٢). وبمفهوم

(١) المادة ٣٢ من إتفاقية وارسو.

(٢) المادة ٢/١ من الإتفاقية.

المخالفة فإن إتفاقية وارسو لا تنطبق قواعدها على النقل الذى يتم بين نقطتين تقعان فى محيط إقليم أحدى الدول المتعاقدة طالما لم ينص على رسو جوى فى إقليم دولة أخرى.

كذلك لا يخضع للإتفاقية النقل الجوى المجانى ولو كان دوليا ما لم يكن القائم به إحدى منشآت النقل الجوى^(١). ويعتبر النقل مجانيا فى كل مرة لا يحصل فيها الناقل على أجر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة سواء جرى سداد هذا الأجر فى شكل نقدى أو عينى أو حتى فى صورة التزام بأداء عمل.

وبرغم إمكانية توفر عنصر المقابل فى النقل الجوى الدولى إلا أن إتفاقية وارسو قد استبعدت من نطاق انطباقها النقل على سبيل التجربة أى الذى تقوم به شركات الطيران بهدف إنشاء خطوط منتظمة للملاحة الجوية. كما استبعدت الإتفاقية أيضا النقل الذى يتم فى ظروف غير عادية وخارج النطاق المألوف لعمليات الاستغلال الجوى^(٢)، مثل عمليات إنقاذ السفن والطائرات حال تعرضها لخطر محقق. وتبرر هذه الاستثناءات بالظروف الخاصة التى تمارس فيها تلك الأنواع من النقل. أخيرا فإن الإتفاقية لا تنطبق على النقل الذى تتولاه الدولة بنفسها أو الذى يتم وفقا للاتفاقات الدولية للبريد^(٣).

-
- (١) المادة ١/١ من المعاهدة
 - (٢) ومع ذلك فقد استثنيت الإتفاقية النقل المجانى الذى يقوم به ناقل محترف (منشأة نقل جوى) حيث أخضعته لأحكامها (المادة ١/١ من الإتفاقية).
 - (٣) المادة ٣٢ من إتفاقية وارسو.

ولعل التساؤل الذى يفرض نفسه فى هذا المقام يدور حول القانون الواجب التطبيق على النقل الذى يتخذ أحد الأشكال السابقة المستثناه من إتفاقية وارسو رغم توفر شروطها. وبدهى فى الإجابة على هذا التساؤل أن تكون إرادة الأطراف هى ركيزة تحديد القواعد الحاكمة للعقد المبرم بينهم، ولكن يشترط أن يتم اختيار قانون دولة على صلة وطيدة بهذا العقد سواء أكانت الدولة التى أبرم العقد أم تم تنفيذه فى دائرتها.

على أن البحث عن القانون الواجب التطبيق يظل فاقدا لأهميته العملية فى ظل تطبيق شروط الاياتا والتي تغطى جميع أنواع النقل الجوى بما فيها النقل الخارج عن إتفاقية وارسو.

ومن المعروف أن إتفاقية وارسو قد تم تعديلها بموجب البروتوكول الموقع فى لاهاي فى الثامن والعشرين من سبتمبر عام ١٩٥٥ والذى صار نافذا على المستوى الدولى اعتبارا من أول أغسطس عام ١٩٦٣^(١). ومنذ هذا التاريخ نال التعديل من الإتفاقية الأصلية عدة مرات كان أولها بموجب البروتوكول الموقع بمدينة جواتيمالا سیتی فى الثامن من مارس عام ١٩٧١^(٢) والذى لم يدخل حيز النفاذ بعد^(٣)، ثم بمقتضى بروتوكولات أربعة وقعت فى مونتريال عام ١٩٧٥ ودخل

(١) وقد صدقت مصر على بروتوكول لاهاي فى ٣١ ديسمبر عام ١٩٥٥ بالقانون رقم ٦٤٤ لعام ١٩٥٥، الوقائع المصرية، العدد ١٠١ مكرر بتاريخ ٣١ ديسمبر عام ١٩٥٥.

(٢) انظر فى تفصيل هذا البروتوكول د. أبوزيد رضوان، القانون الجوى، قانون الطيران التجارى، دار الفكر العربى، ص ٣٠١ وما بعدها.

(٣) ولم تصدق مصر على هذا البروتوكول.

البروتوكولان الأول والثاني حيز النفاذ في ١٥ فبراير عام ١٩٩٦ و البروتوكول الرابع في ١٤ يونيو عام ١٩٩٨، أما الثالث فلم يدخل حيز النفاذ حتى الآن^(١).

ومع تعدد البروتوكولات المعدلة للإتفاقية الأصلية وتباين أحكامها في الوقت الذي لم تتوحد فيه الأطراف المصدقة عليها أو المنضمة إليها، فقد بدا واضحا أقول الهدف الذي أتت معاهدة وارسو من أجل تحقيقه وهو القضاء على تنازع القوانين في مسائل النقل الجوي^(٢). من أجل ذلك انعقد في مونتريال عام ١٩٩٩ مؤتمر دولي تفاوض فيه أعضاء المنظمة الدولية للطيران المدني بشأن إتفاق جديد لتحديث قواعد إتفاقية وارسو وإعادة صياغتها في شكل أداة قانونية واحدة تقدم بها للمضمررين مستوى مناسب من التعويض. وقد اختتم المؤتمر أعماله بوضع إتفاقية دولية تحل محل إتفاقية وارسو والبروتوكولات المكملة والمعدلة لها وتعرف باسم "إتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في مونتريال في الثامن والعشرين من مايو عام ١٩٩٩". ومواد هذه الإتفاقية (٥٧ مادة) موزعة على سبعة فصول عالج فيها المشرع الدولي المسائل الآتية على التوالي:

(١) وقد صدقت مصر على البروتوكول الأول والثاني والرابع بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٤٩ لعام ١٩٧٨ بتاريخ ٢٣ سبتمبر عام ١٩٧٨ لكنها لم تصدق في الأصل على بروتوكول جواتيمالا لعام ١٩٧١ الذي عدله البروتوكول الثالث.

(٢) انظر في التنازع بين البروتوكولات والإتفاقية الأصلية د. محمد فريد العريني، المرجع السابق ص ١١٦ وما بعدها. د. فاروق زاهر، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها. وانظر أيضا:

Mankiewicz. "Conflicts entre la convention de Varsovie et le Protocole de la Haye". RGDA, 1956.

نطاق تطبيق الإتفاقية (الفصل الأول)، وثائق النقل والتزامات أطراف عقد النقل (الفصل الثاني)، مسؤولية الناقل ومدى التعويض عن الضرر (الفصل الثالث)، النقل المركب (الفصل الرابع)، النقل الجوي الذى يقوم به شخص غير الناقل المتعاقد (الفصل الخامس)، أحكام أخرى خاصة بالتطبيق الإلزامى للإتفاقية والتأمين من المسؤولية والنقل الاستثنائى (الفصل السادس)، وأخيراً أحكام ختامية تتعلق بالتوقيع والتصديق على الإتفاقية وسريان مفعولها ونقضها وعلاقتها بإتفاقية وارسو والبروتوكولات والإتفاقيات المعدلة والمكملة لها والتحفظات (الفصل السابع). وباستيفائها الشروط الشكلية اللازمة لسريانها فقد دخلت الإتفاقية حيز النفاذ على المستوى الدولى فى ٤ نوفمبر عام ٢٠٠٣^(١).

وبرغم مرور أكثر من سبعين عاماً على صدور إتفاقية وارسو فقد جاء مفهوم النقل الجوى الخاضع لإتفاقية مونتريال الجديدة على ذات النسق الذى صيغ به هذا المفهوم طبقاً للإتفاقية الأصلية. وعليه يشترط لسريان أحكام الإتفاقية الجديدة على النقل الجوى أن يكون هذا الأخير نقلاً دولياً للأشخاص أو الأمتعة أو البضائع تقوم به طائرة بمقابل، كما تسرى تلك الأحكام أيضاً على النقل الجوى المجانى الذى تقوم به مؤسسة للنقل الجوى. ويعتبر النقل الجوى دولياً فى مفهوم الإتفاقية متى وقع بين إقليم

(١) وقد صدر قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ٢٧٦ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، ووافق مجلس الشعب على هذا القرار على هذا القرار فى ٣ يناير عام ٢٠٠٥ (الجريدة الرسمية، العدد ١٦، فى ٢٣ إبريل عام ٢٠٠٥). وعليه أصبحت الإتفاقية سارية المفعول فى مصر اعتباراً من ٢٥ إبريل عام ٢٠٠٥ (قرار وزير الخارجية رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥، الجريدة الرسمية، العدد ١٦، بتاريخ ٢٣ إبريل ٢٠٠٥).

دولتين طرفين فيها أو فى إقليم دولة واحدة طرف شريطة أن يكون متفقاً على نقطة توقف أثناء الرحلة فى إقليم دولة أخرى ولو لم تكن طرفاً فى الاتفاقية^(١).

ولا يؤثر على الصفة الدولية للنقل الخاضع لأحكام إتفاقية مونتريال الجديدة أن يكون قد تم على مراحل متعاقبة طالما اتجهت إرادة الأطراف إلى النظر إليه منذ البداية على أنه عملية واحدة. ولا يتغير الحكم سواء تم الإتفاق على النقل فى صورة عقد واحد أم سلسلة من العقود. كذلك لا يفقد النقل طابعه الدولى لمجرد وجوب تنفيذ أحد العقود أو سلسلة منها كاملة داخل إقليم نفس الدولة^(٢).

وخلافاً لسابقتها وتقادياً لأى ليس فقد أوضحت الإتفاقية الجديدة المقصود بالدولة الطرف فيها بأنها الدولة التى صدقت عليها أو قبلتها أو وافقت عليها أو انضمت إليها فى أى وقت وأودعت وثائق التصديق أو القبول أو الموافقة أو الإنضمام لدى منظمة للطيران المدنى الدولى بوصفها جهة الإيداع وفقاً لهذه الاتفاقية^(٣).

وعلى صعيد النقل غير الخاضع لإتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ فقد استبعدت هذه الأخيرة من نطاق تطبيقها نقل الموالد البريدية^(٤)، والنقل الذى تقوم به مباشرة الدولة لأغراض غير تجارية فيما يتعلق بوظائفها

(١) المادة الأولى من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

(٢) المادة الأولى، فقرة ثالثة، من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

(٣) المادة ٥٣، فقرة رابعة وخامسة، من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

(٤) المادة ٣/٢ من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

ومهامها كدولة ذات سيادة، وكذلك نقل الأشخاص والبضائع والأمتعة لسلطاتها العسكرية على متن طائرات مسجلة في تلك الدولة أو مستأجرة بواسطتها والتي حجزت حمولتها الكلية بواسطة تلك السلطات أو بالنيابة عنها.

٣ - مسؤولية الناقل الجوي للبضائع:

يعتبر عقد النقل الجوي من العقود الرضائية التي يلزم ويكفي لانعقادها صحة تراضى المتعاقدين (الناقل والشاحن) دونما حاجة لاتباع شكل معين. ولا يغير من الطبيعة الرضائية للعقد قيام الناقل الجوي بتحرير خطاب النقل، إذ ينحصر دور هذا الخطاب في كونه أحد وسائل الإثبات الهامة لوجود العقد ومضمونه. ولقد أكدت على الطابع الرضائي لعقد النقل المادة ٢١٠، فقرة أولى، من القانون التجاري بنصها على أن "يتم عقد النقل بمجرد الإتفاق". والأمر هو ذاته على المستوى الدولي حيث قضت كل من إتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ وإتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ بأن تخلف وثيقة النقل أو عدم انتظامها أو ضياعها لا يؤثر على العقد من حيث وجوده أو صحته، بل يظل العقد مع ذلك خاضعاً لأحكامها^(١).

ويدخل عقد النقل الجوي في دائرة عقود الإذعان التي يعرض فيها الموجب إيجابه في شكل بات نهائي لا يقبل مناقشة فيه، فلا يسع الطرف

(١) المواد ٢/٣، ٤/٤، و ٢/٥ من إتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩، والمادتان ٥/٣ و ٩ من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

الأخر إلا أن يقبل بسبب حاجته الملحة إلى التعاقد. فالشاحن لا يقبل العقد بعد مناقشة ومفاوضة، وإنما هو مضطر إلى القبول بسبب الاحتكار الفعلي الذي يتمتع به الناقلون وتماتل شروط النقل لديهم جميعاً. وطالما أن عقد النقل الجوي هو من قبيل عقود الإذعان فإنه يجب على القاضي أن يفسر عبارات العقد الغامضة بما لا يضر الطرف المدعى وهو الشاحن. ولعل طبيعة العقد هذه هي التي دفعت المشرع الدولي إلى التدخل لحماية الشاحنين من الشروط الجائرة لاسيما الإعفاء من المسؤولية والتي يفرضها الناقلون عادة في العقد، فكان أن أبرمت اتفاقية ولرسو لعام ١٩٢٩ ومن بعدها اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ بنصوصهما الأمرة.

كذلك فإن عقد النقل الجوي ملزم للجانبين، إذ ينتج عنه التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين. ومن أبرز الإلتزامات الجوهرية الناشئة عن هذا العقد ذلك الذي يقع على عاتق الناقل حيث يلتزم بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه المعين في خطاب النقل بحالة جيدة وفي الميعاد المحدد في العقد. وهذا الإلتزام من الأهمية بمكان إذ " إن مسؤولية الناقل الجوي لا تنتهي ولا تنتهي إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه" ^(١). فالتسليم يترتب عليه تغييراً جوهرياً في مراكز أطراف عقد النقل، حيث تنتقل به مسؤولية المحافظة على البضاعة من الناقل إلى المرسل إليه.

(١) تقص ٢٠٠٠/٣/٧، الطعن رقم ١٠٥٠ لسنة ٦٩ ق؛ ١٩٨٩/١/٣٠، س ٤٠، ج ١، ص ٣٤٧.

وفى الواقع أن التسليم كعملية قانونية تزداد أهميته من الناحية العملية لما يترتب عليه كثيراً من تحول مسؤولية الناقل من مسنوليته عن المحافظة على البضاعة أثناء المدة التى توجد فيها هذه الأخيرة فى حراسته إلى مسنوليته عن التعويض عن أى أضرار يتم اكتشافها بواسطة المرسل إليه. فإما تنفيذ للعقد تنفيذاً طبيعياً يرضى نوى المصلحة فيه وإما إخلال بتنفيذه يجلب المسؤولية على من تسبب فى ذلك. وبدهى والحال كذلك أن تبرز مسؤولية الناقل الجوى باعتبارها أهم ما يثور عملاً أمام المحاكم فيما يتعلق بموضوعات النقل الجوى بل والقانون الجوى عموماً.

وإذا كان قيام مسؤولية الناقل الجوى لا يثير من حيث المبدأ أدنى صعوبة، فالوضع ليس كذلك بالنسبة لشروط هذه المسؤولية ومداهها. فالأصل أن الناقل الجوى تخضع مسنوليته لأحكام القواعد العامة فى المسؤولية العقدية على النحو الذى يشترط معه أن يكون قد ارتكب خطأ سبب ضرراً للغير. وبمقتضى تلك القواعد أيضاً تعتبر صحيحة الإتفاقات التى كان يدرجها الناقل فى عقد النقل الجوى سواء لإعفائه من المسؤولية أو التخفيف منها، ولا يلحقها البطان إلا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع عبء إثباتهما على عاتق المضرور. وبسبب عدم التكافؤ بين المراكز القانونية لأطراف عقد النقل الجوى فقد كانت الغلبة فى البداية للناقلين فى علاقاتهم التعاقدية مع الشاحنين ومادرجوا عليه من تضمين عقود النقل شروطاً تعفيهم من المسؤولية أو تحد منها. لذا كانت الجهود التى بذلتها الجماعة الدولية والمشرعون الوطنيون من أجل حماية الشاحنين وإقامة نوعاً من التوازن بين المصالح المختلفة لأطراف عقد

ومع طرح مسؤولية الناقل الجوي على بساط البحث يبدو الحديث عن دعوى المسؤولية المرفوعة عليه أمراً بدهياً، فهذه الدعوى هي بلا شك سبيل المضرور في إقتضاء التعويض الذي يجبر ما لحقه من ضرر. وتثير مباشرة دعوى المسؤولية عادة العديد من المشاكل حاول المشرع الجوي مواجهتها بحلول قانونية قوامها المحافظة على ذلك التوازن الذي حرص دوماً على إقامته بين مصالح الشاحنين من جهة ومصالح الناقلين الجويين من جهة أخرى^(١). وبرغم تعدد أحكام الدعوى المسؤولية فإن أكثرها محلاً للخلاف والجدل تلك المتعلقة بالدفع بعدم قبول الدعوى.

٤ - النطاق الإجرائي لمسئولية الناقل الجوي وخطة البحث:

يلتزم الناقل الجوي بنقل البضائع من ميناء القيام إلى ميناء الوصول دون تأخير، وبالمحافظة عليها أثناء وجودها في حراسته. ومنذ اللحظة التي يقبل فيها الناقل طلب الشاحن نقل البضائع جوا فإنه لا يستطيع الإمتناع عن القيام بهذه العملية ما لم تكن لديه أسباب مقبولة كأن تحول الحالة الظاهرة للبضاعة دون تحملها الرحلة الجوية أو أن تغليفها لا يضمن سلامة نقلها.

ويكون الناقل قد أتم التزاماته الناشئة عن عقد النقل الجوي بمجرد قيامه هو أو وكيله بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه عند الوصول سليمة

(١) د. فاروق زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي، دراسة في إتفاقية فارسوفيا والبروتوكولات المعدلة لها، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ١٠.

وفى الميعاد. فهذا التسليم هو الذى ينتهى به تنفيذ عقد النقل الجوى، ومن ثم تقتضى مسؤولية الناقل أن الضرر اللاحق بالبضائع قد نتج عن واقعة حدثت أثناء فترة النقل الجوى وقبل تسليمها إلى المرسل إليه. وتقرّباً على ذلك فمن الأهمية بمكان إثبات الوقت الذى حدثت فيه الواقعة المسببة للضرر، إذ قد يثور الشك حول ما إذا كانت تلك الواقعة قد حدثت أثناء النقل أم طرأت بعد تسليم البضاعة للمرسل إليه ولأسباب لا يسأل عنها الناقل. وبدى أن طول الفاصل بين تسليم البضائع إلى المرسل إليه صاحب الحق فيها وبين الإبلاغ عن الضرر يجعل من الصعب تحديد زمن وقوع الواقعة المسببة لهذا الضرر وتبعاً الشخص المسئول عنه.

والأمر كذلك فقد روى أنه ليس من العدالة فى شئ ترك الناقل الجوى بدون حماية لاسيما مع إمكانية إصاق المسؤولية به عن الضرر اللاحق بالبضائع بعد قيامه بتسليمها إلى المرسل إليه سليمة فى الميعاد المتفق عليه. وتمشياً مع هذه الروى كان حرص معظم الأنظمة القانونية على مراعاة مصلحة الناقل وعدم إرباكه بقائمة طويلة من دعاوى مسؤولية قد لا يجد بعضها أى أساس لدعمها. وتفعيلاً لإرادة واضعى هذه الأنظمة فقد تطلب الأمر إلزام المرسل إليه بأن يبين وبشكل واضح لابس فيه عدم رضائه عن النتيجة المتحققة لعملية النقل. وحتى يتمكن الناقل من الوقوف على طبيعة الضرر بغية البحث فى أسبابه وإيداء دفعه فى مواجهتها، فقد تطلب المشرع الجوى من المرسل إليه ترجمة إرادته فى صورة إحتجاج يتقدم به لدى الناقل يكشف فيه عن عدم رضائه عن حالة البضائع المسلمة إليه أو التأخر فى تسليمها.

ولم تكن المسألة بالسهلة فى بحثها أو إيجاد حلول لها عند طرحها على مؤتمر وارسو عام ١٩٢٩. بعبارة أخرى فقد دار الجدل آنذاك حول العديد من المسائل فى هذا الصدد مثل حالات الاحتجاج، وأطرافه، وشكله، ومدده، وجزاء تخلفه والآثار المترتبة على تمامه. على أن ماخفف من وطأة المناقشات والمفاوضات التى شهدتها أروقة المؤتمر تجارب قانون النقل البحرى والنقل البرى السابقة فى تلك المسألة. وهناك طرح التساؤل نفسه حول معرفة النظام المراد تطبيقه بهذا الشأن فى مجال القانون الجوى وما إذا كان قوامه تلك المرونة التى سلكها المشرع البحرى، أم القسوة التى تميز بها المشرع البرى، أم أن المشرع الجوى كان له موقف مغاير أملتة عليه ظروف وخصائص رحلة النقل الجوى؟

وإذا كان صحيحاً أن معاهدة وارسو قد اعتبرها الكثيرون بمثابة الإنفراجة من حيث الحلول الموحدة التى أنت بها للعديد من مسائل النقل الجوى، إلا أن غموض بعض نصوصها قد أبقى على حالة الجدل فى بعض المسائل الأخرى لاسيما تلك التى يثيرها موضوع الاحتجاج.

وسعيًا وراء بيان المشكلة بصورة أوضح تفيد فى حلها نرى لزاماً طرح معالمها فى ضوء نصوص الإتفاقية الأصلية والبروتوكولات المعدلة أو المكملة بها مع المقارنة بالوضع فى القانون الداخلى وكذلك الحلول التى أثمرت عنها قواعد كل من القانون البحرى والقانون البرى فى هذا المقام. وعليه فسوف نقسم دراستنا فى هذا البحث إلى المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: حالات الاحتجاج.

المبحث الثاني: شروط صحة الاحتجاج.

المبحث الثالث: جزاء تخلف الاحتجاج.

المبحث الرابع: آثار الاحتجاج.

المبحث الأول

حالات الاحتجاج

نصت المادة ٢٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو على أنه " في حالة تلف البضاعة يجب على المرسل إليه أن يسارع بالاحتجاج لدى الناقل بمجرد اكتشافه التلف، وفي حالة التأخير يجب إجراء الاحتجاج " (١).

وبدأة فأول مايلفت انتباه القارئ لهذا النص أن المشرع الجوى قد قصر الاحتجاج من حيث لزومه على حالتى تلف البضاعة أو الأمتعة والتأخير فى وصولهما (٢). مفاد ذلك إذا أنه يرغم معالجتها نقل الركاب والأمتعة والبضائع إلا أن إتفاقية وارسو لا تتطلب تحرير أى احتجاج فيما يتعلق بالأضرار البننية اللاحقة بالركاب أو التأخير فى نقلهم (٣). وهذا أمر يبدو مفهوما بطبيعة الحال حيث تكمن فلسفة الاحتجاج فى كونه وسيلة يسعى من خلالها المرسل إليه (بالنسبة للبضائع) أو المسافر (بالنسبة للأمتعة) إلى إيداء تحفظه على حالة الأشياء المنقولة بعد تسلمه إياها وقد كانت قبل التسليم فى حراسة الناقل الجوى، وعندئذ يدور البحث فى زمن

(١) انظر المادة ٣١، فقرة ثانية، من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

(٢) على العكس فقد تطلب قانون التجارة المصرى من المرسل إليه ايداء الاحتجاج (التحفظ) فى حالتى التلف والهالك الجزئى لكنه حصره عن الهالك الكلى والتأخير (المادة ٢٥١ من التقنين التجارى).

(٣) Chauveau, Droit aérien, 1952. n° 383 et 384; Rodière, Etudes sur le transport aérien de marchandises, B.T., N° 1. 926. P. 364.

وقوع الضرر ومن ثم الشخص المسئول عنه. والأمر كذلك فما بال الضرر وقد أصاب المسافر في بدنه أو تأخر وصوله إلى الميناء المقصود، ففي مثل هذه الحالة لا يتصور الحديث عن التسليم وبالتالي عن الاحتجاج وجزاء تخلفه (الدفع بعدم قبول الدعوى)، ولا يبقى سوى سقوط دعوى المسئولية إذا لم يتم رفعها خلال المدد المنصوص عليها في الإتفاقية^(١).

وجدير بالتأكيد أن المقصود بالأمته في مفهوم المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو سالفة الذكر، الأمته المسجلة أي تلك التي يصحبها الراكب معه على الطائرة لكنه يترك حراستها للناقل مقابل إيصاله إلى الحق في تسلمها في مطار الوصول. أما الأمته غير المسجلة أو ما يطلق عليها الأمته الشخصية والتي يحتفظ الراكب بحيازتها وحراستها على متن الطائرة فلا تخضع لأحكام الإتفاقية بل تكون المسئولية عنها لقواعد القانون الوطني. وتبقى لهذه الأمته وصفها ولو عهد الراكب بها إلى طاقم الطائرة حيث لا يترتب على ذلك اكتسابها وصف الأمته المسجلة^(٢).

وفيما لا يثير التأخير في نقل البضاعة أو الأمته المسجلة أي غموض في تفسيره، ثار الجدل حول مفهوم التلف " avarie " لاسيما وأنه يمثل الصورة الوحيدة للضرر، باستثناء التأخير، التي تضمنها النص. وللمسألة في الواقع أهميتها في ظل ورود إتفاقية وارسو بلغة رسمية

(١) المادة ٢٩ من إتفاقية وارسو.

(٢) انظر د. رفعت فخرى، القانون الجوي، ١٩٩٤، ص ١٣٠ و ١٣١ والأحكام التي أشار إليها.

وحيدة هي اللغة الفرنسية. وبفرض ذبوع تطبيق نصوص الاتفاقية أمام قضاء معظم الدول المتعاقدة، فأمر بدهى أن يكون التساؤل عن معنى أحد مفرداتها باللغة الفرنسية من الأهمية بمكان. فمن المسلم به أنه فى حالة احتدام الخلاف حول تحديد مدلول أى من عبارات اتفاقية وارسو أو أى من البروتوكولات المعدلة لها يكون النص الفرنسى وحده حجة بما ورد فيه.

ولما كان الإحتجاج قد أريد من خلاله تسجيل تحفظات المرسل إليه على حالة البضاعة المسلمة إليه، وكانت هذه البضاعة بالنظر لطبيعتها المادية تتدرج فى الأشياء التى يمكن تعرضها لصور أخرى من الأضرار خلاف التلف، فقد يكون مفيدا أن نعرض على التوالى لمختلف هذه الصور بحثا عن مدى إمكانية قياسها على الصورة الوحيدة التى كشفت عنها إرادة المشرع الجوى صراحة.

٥- أولا التلف: L'avarie

تلف البضاعة يعنى عطبها عطبا يؤثر على قيمتها بحسب الاستعمال الذى أعدت له^(١) أو أصابها ماديا بشكل يودى إلى اختلافها عما هو مبين فى خطاب النقل. هذه الصورة هي الأكثر شيوعا فى وقوع الضرر، وهى على بساطة وشمول معناها عنصر مشترك بين مختلف

(١) د. رفعت فخرى، المرجع السابق، ص ١٣١.

طرق نقل البضائع، سواء جواً أو بحراً^(١) أو برّاً^(٢).

وخلافاً للوضع فى القانون البحرى^(٣) لم يشر المشرع الدولى صراحة فى إتفاقية وارسو، وهو فى معرض حديثه عن الاحتجاج على تلف البضاعة، إلى التفرقة بين التلف الظاهر والتلف غير الظاهر. فالمرسل إليه، طبقاً لنص المادة ٢٦ من الإتفاقية، يجب عليه ولمصلحته أن يسارع بالاحتجاج لدى الناقل بمجرد إكتشافه تلف بضاعته. وهو فى كل الأحوال يملك لإجراء هذا الاحتجاج ثلاثة أيام فقط بالنسبة إلى الأمتعة وسبعة أيام بالنسبة إلى البضائع تحسب من تاريخ إستلامها. فكأن التلف الظاهر والتلف غير الظاهر كلاهما يستفيد من ذات الميعاد المنصوص عليه^(٤).

وبرغم ماتقدم فى حالة ظهور تلف البضاعة عند التسليم تكمن

(١) انظر المادة ٢٣٩، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية؛ المادة ٥، فقرة أولى، من إتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨. انظر كذلك المادة ٥٧ من قانون النقل البحرى الفرنسى الصادر فى ٣١ ديسمبر عام ١٩٦٦.

(٢) المادة ٢٤٠، فقرة أولى، من التقنين التجارى المصرى.

(٣) المادة ١٩ من إتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨، وانظر أيضا المادة ٢٣٩، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية المصرى والمادة ٥٧ من قانون النقل البحرى الفرنسى لعام ١٩٦٦.

(٤) Tribunal de Commerce de Bruxelles, 20 Janvier 1981, Droit Européen des Transports 1983, P. 702.

انظر عكس ذلك:

Tribunal de Commerce de Bruxelles, 3 octobre 1983. Revue de droit commercial (belge), 1983, P. 311.

مصلحة المرسل إليه^(١) في قيامه بالاحتجاج فوراً وإلا واجهته قرينة التسليم المطابق^(٢). وبمقتضى هذه القرينة يفترض أن البضاعة والأمتعة قد تم تسليمها في حالة جيدة ووفقاً لخطاب النقل. صحيح أن هذه القرينة بسيطة بما يعنى جواز إثبات عكسها إلا أن صعوبة هذا الإثبات قد يكون دافعاً للمرسل إليه إلى الإسراع بالاحتجاج فور التسليم. أما إذا لم يكن بإمكان المرسل إليه اكتشاف التلف عند التسليم، أى كان التلف غير ظاهر، فيتعين عليه أن يبذل جهداً في التأكد من سلامة بضاعته خلال المدد المنصوص عليها في المادة ٢٦ سالف الذكر وإلا تعرض لجزاء عدم قبول دعواه المرفوعة بعد الميعاد^(٣).

خلاصة القول إذن أن استخدام لفظ الوجوب في نص المادة ٢٦، فقرة ثانية، من اتفاقية وارسو " يجب على المرسل إليه أن يسارع ... " ينبغي فهمه ليس فقط على أنه التزام على المرسل إليه يترتب على الإخلال به تعرضه لجزاء عدم قبول دعواه، بل وكذلك على أساس أنه يترجم حرص المشرع على مصلحة المرسل إليه في تجنب عبء الإثبات العكسي لقرينة التسليم المطابق. وليس أدل على ذلك من فتح باب الاحتجاج أمامه خلال الفترات المنصوص عليها في ذات الفقرة السابقة

(١) جدير بالإشارة أن المرسل يجب عليه أيضاً أن يقوم بالاحتجاج لدى الناقل في حالة عودة البضائع مرة أخرى لميناء القيام. انظر:

Paris, 29 nov. 1977. B.T. 1978, P. 307.

(٢) Tribunal de 1^{re} instance de la République du canton de Genève. 25 juin 1980. Bulletin de L'Association Suisse de Droit Aérien et Spatial n° 3, 1980 P. 29; R.F.D.A. 1985. P. 356, cité par Michel de Juglart. Traité de droit aérien. Tome 2, 2^e édition. L.G.D.J., 1992. p. 172.

(٣) Rodiere. op. cit., n° 64; Lamy Transport 1986. n° 6194, p. 1022.

محسوبة من تاريخ التسليم. وإن دل ذلك على شئ فإنما يدل على هدف إقامة التوازن بين مصالح أطراف عقد النقل الذى طالما سعى المشرع الجوى إلى تحقيقه.

ومما يؤكد على سلامة هذا الفهم أن شروط الإياتا الخاصة بالبضائع قد نصت فى المادة ١٢، فقرة ٢ بند ١ على أنه " فى حالة الأضرار الظاهرة أو الهلاك الجزئى للبضاعة فإن التحفظات تجرى فور اكتشافها وبعد أقصى".

وبصدور بروتوكول لاهى عام ١٩٥٥ ظل الوضع بالنسبة للتلف ومفهومه على ما هو عليه ولم تتعدل سوى مواعيد الاحتجاج فقط^(١).

هذا ولا يقتصر إجراء الإحتجاج عند تلف البضاعة أو الأمتعة على النقل الجوى الدولى، بل إن هذا الإجراء مطلوب أيضا فى النقل الجوى الداخلى. وفى ذلك تنص المادة ٢٩٥ من قانون التجارة المصرى على أن "تسلم الأمتعة أو البضائع دون تحفظ يسقط الحق فى الرجوع على الناقل بسبب الهلاك الجزئى أو التلف ما لم يثبت المسافر أو المرسل إليه حالة الأمتعة أو البضائع وقيم الدعوى خلال تسعين يوما من تاريخ التسليم.....".

ومن ظاهر هذا النص يبدو أن المشرع المصرى لا يفرق هو الآخر، فى اشتراطه للتحفظات (الاحتجاج)، بين التلف الظاهر والتلف غير الظاهر، فكلاهما يستفيد من ذات المدة المنصوص عليها فى المادة

(١) المادة ٢/١٥ من البروتوكول.

السابقة. ومن ثم يجب على المرسل إليه، وقد اكتشف تلف بضاعته عند التسليم، أن يبدي تحفظه الفوري أى أن يثبت حالتها بمعرفة أحد رجال الإدارة أو خبير يعينه القاضى المختص بأمر على عريضة^(١)، وهو مايفترض أن الأمر يتعلق هنا بالتلف الظاهر. أما إذا كان التلف غير ظاهر فلم يتبينه المرسل إليه إلا فى وقت لاحق على التسليم فقد تطلب منه المشرع عندئذ أن يسارع بإثبات حالة بضاعته وإقامة الدعوى على الناقل خلال مدة تسعين يوما من تاريخ التسليم وإلا سقط حقه فى الرجوع^(٢).

٦ - ثانيا: الهلاك الجزئى أو النقص: *Pert partielle ou manquants*

يقصد بهلاك البضاعة هلاكا جزئيا عدم وصول البضاعة الثابتة فى خطاب النقل الجوى كاملة أو بعبارة أخرى وصولها ناقصة فى وزنها أو فى عدد وحداتها^(٣).

ومع اختلاف هذا المفهوم عن معنى التلف فقد أغفل المشرع فى إتفاقية وارسو الإشارة إلى الهلاك الجزئى وهو بصدد اشتراطه على المرسل إليه الاحتجاج حتى لا يفقد حقه فى الرجوع بدعوى المسئولية على الناقل. وللمسألة بالتأكيد أهميتها من الناحية العملية حيث إنه كثيرا ما يختلط التلف بالهلاك الجزئى لاسيما إذا أدى التلف إلى انعدام قيمة جزء من البضاعة^(٤).

(١) المادة ٢٥١، فقرة ثلاثة، من التقنين التجارى.

(٢) د. على البارودى ود. فريد العرينى، القانون التجارى، الجزء الثانى، العقود التجارية وعمليات البنوك، ٢٠٠٠، دار المطبوعات الجامعية، ص ٢٢٥.

(٣) Rodière, Droit des transport, 2^e éd, t. 2, 1977, n° 802, P. 396.

(٤) د. على البارودى ود. محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

ومما يؤكد على تلك الأهمية أن المادة ١٩، فقرة أولى، من إتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام ١٩٧٨ المعروفة باسم "قواعد هامبورج" قد أوجبت على المرسل إليه إخطار الناقل بالهلاك أو التلف مع تحديد الطبيعة العامة لهذا الهلاك أو التلف. واللافت للنظر أن المشرع البحري فى هذه الإتفاقية قد فرق فيما يتعلق بالإخطار بين الهلاك الظاهر والهلاك غير الظاهر حيث تطلب براءة أن يتم إخطار الناقل فى ميعاد لايتجاوز يوم العمل التالى لتسليم البضائع، ثم عاد وأشار إلى الهلاك غير الظاهر والذى يجب أن يوجه الإخطار بشأنه خلال خمسة عشر يوما من التسليم^(١). ولامحل للإخطار إذا كانت قد أجريت معاينة أو إثبات لحالة البضائع وقت تسليمها للمرسل إليه بحضور الطرفين^(٢).

ومن نافلة القول أن المقصود بهلاك البضاعة الذى يتعين على المرسل إليه توجيه إخطار به إلى الناقل هو الهلاك الجزئى، أما الهلاك الكلى فبدهى ألا يتطلب بشأنه أى إخطارات باعتبار أن هذا الهلاك لا يتصور فيه التسليم.

ولم يقتصر الإنتباه لأهمية ضرر الهلاك الجزئى على المستوى الدولى فقط بل بدا واضحا أيضا على مستوى التشريعات الوطنية. فطبقا لنص المادة ٥٧ من القانون الفرنسى الصادر فى ٣١ ديسمبر لعام ١٩٦٦ الخاص بالنقل البحري، يجب على المرسل إليه حال اكتشافه نقصا أو تلفا بالبضاعة أن يوجه لحظة التسليم تحفظات مكتوبة إلى الناقل أو ممثله فى

(١) المادة ١٩ فقرة ٢ من قواعد هامبورج.

(٢) المادة ١٩ فقرة ٣ من قواعد هامبورج.

ميناء التفريغ. وإذا كانت الأضرار غير ظاهرة فيمتد ميعاد الإخطار إلى ثلاثة أيام من تاريخ التسليم^(١).

كما تقضى المادة ٢٣٩، فقرة أولى، من قانون التجارة المصرى بأنه " فى حالة هلاك البضاعة أو تلفها يجب على من يتقدم لتسلمها أن يخطر الناقل كتابة بالهلاك أو التلف فى ميعاد لا يجاوز يومى العمل التالين ليوم تسليم البضاعة، وإذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر جاز تقديم الإخطار خلال الخمسة عشر يوما التالية لتسليم البضاعة".

ولم تغب المسألة عن ذهن المشرع المصرى وهو يضع أحكام النقل الجوى الداخلى فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. فبعد خروجه من عباءة إتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ وإتفاقيات الأخرى المعدلة والمكملة لها المنضمة إليها جمهورية مصر العربية^(٢)، أصبح النقل الجوى الداخلى خاضعا الآن لتنظيم قانونى متكامل قوامه نوعان من القواعد: قواعد عامة تسرى على كافة أنواع النقل، فيما عدا النقل البحرى وأفرد لها الفروع الثلاثة الأولى من الفصل السابع من الباب الثانى من قانون التجارة الجديد^(٣). وقواعد خاصة بالنقل الجوى وحده، وخصص لها الفرع الرابع من الفصل السابع المشار إليه.

(١) Martine Remond-Gouilloud, Droit Maritime, 2^e édition, N^o 2. (١) Pedone 1993, n^o 614.

(٢) وكانت المادة ١٢٣ من قانون الطيران المدنى المصرى رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ تنص على أن " تطبق أحكام إتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوى الدولى الموقعة فى وارسو بتاريخ ١٢ أكتوبر ١٩٢٩، وإتفاقيات الأخرى المعدلة والمكملة له، المنضمة إليها الجمهورية على النقل الجوى الدولى والداخلى".

(٣) المادة ٢٠٩، فقرة أولى، من التقنين التجارى.

هذا ولم يكن قانون التجارة القديم ينص على إجراء أية تحفظات في حالة الهلاك الجزئي للأشياء الأمر الذي نشب معه الخلاف آنذاك حول مدى إنطباق الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية عليه. وحسما لهذا الخلاف فقد ظهرت المادة ٢٥١ من القانون الجديد متضمنة ضرورة إبداء المرسل إليه تحفظا على الشيء محل النقل حال إكتشاف تعرضه لهلاك جزئي. وفيما يتعلق بالنقل الجوي الداخلي للأمتعة أو البضاعة نصت المادة ٢٩٥ من القانون المشار إليه أيضا على أن " تسلم الأمتعة أو البضائع دون تحفظ يسقط الحق في الرجوع على الناقل بسبب الهلاك الجزئي أو التلف.....".

ومما سبق يبدو جليا مدى إتفاق معظم المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية الخاصة بالنقل على إدخال الهلاك الجزئي ضمن الحالات التي يشترط فيها على المرسل إليه إجراء الاحتجاج تقاديا للدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية المرفوعة على الناقل. وقد كان يمكن تفهم موقف المشرع في إتفاقية وارسو على أنه إغفال غير مقصود، لكن عدم تدارك المسألة في بروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥ مروراً بالاتفاقيات الأخرى المكتملة أو المعدلة للإتفاقية الأصلية ووصولاً في النهاية إلى إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ لا يعنى بدون شك سوى إصرار على الموقف الأولى.

على أي حال وبصرف النظر عن تفسير موقف إتفاقية وارسو من المسألة المطروحة فقد ثار التساؤل حول مدى إمكانية قياس الهلاك الجزئي للأمتعة أو البضائع على التلف المنصوص عليه في المادة ٢٦ من

الإتفاقية ومن ثم إنطباق أحكامها عليه. ولم تكن الإجابة على هذا التساؤل حاسمة فى مضمونها، إذ ثار الخلاف فى الفقه والقضاء بين إتجاه مؤيد لمبدأ تشبيه الهلاك الجزئى بالتلف وآخر رافض له.

٧- (أ) الإتجاه المؤيد لتشبيه الهلاك الجزئى أو النقص بالتلف:

ذهب البعض^(١) إلى التأكيد على حق الناقل فى تنبيهه عن طريق الاحتجاج إلى إمكان تعرضه للمسئولية طبقا لأحكام إتفاقية وارسو. بعبارة أخرى يجب على المرسل إليه أن يتيح الفرصة للناقل كى يتسنى له بحث كيفية ومكان حدوث الضرر الواقع وما إذا كان قد وقع أثناء فترة النقل الجوى بمفهومها الوارد فى المادة ١٨ من الإتفاقية من عدمه. فإخطار الناقل بواسطة الإحتجاج وما يتضمنه هذا الأخير من بيانات عن البضاعة التالفة أو الناقصة من شأنه إلقاء الضوء على حجم مسئوليته وعلى الأخص حدودها المالية والتي تعتمد فى الأساس من ناحية حسابها على محتوى ووزن البضاعة محل التلف أو النقص.

خلاصة هذا الرأى إذن أنه ليس من المنطق فى شئ تفسير لفظ "التلف" المنصوص عليه صراحة فى المادة ٢٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو تفسيراً حرفياً وإنما يجب البحث عن نية واضعى الإتفاقية. وهو الأمر الذى رؤى معه أن "التلف" ينبغى فهمه على أنه يتضمن أيضا هلاك جزء من البضاعة المنقولة لا سيما وأن اللفظين يجمعهما واقع واحد

(١) Marc GODFROID, Les Transports aériens. Revue Française de droit Aérien et SPATIAL, Vol 178, N° 2, 1991, P. 231 et.s.

الأ وهو استلام البضاعة أو الأمتعة طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦ سالفة الذكر. والحال كذلك فلا يوجد أدنى سبب لمعاملة "التلف" على وجه يختلف عن "الهالك الجزئي" بحيث يتطلب الاحتجاج بالنسبة لأحدهما دون الآخر^(١).

٨ - (ب) الإتجاه الرافض لتشبيه الهالك الجزئي أو النقص بالتلف:

فى المقابل إستند الجانب الآخر من الفقه إلى صراحة نصوص الإتفاقية مؤكداً على أن هذه النصوص قد أفصحت عن نية واضعيها فى وجوب الاحتجاج من جانب المرسل إليه حال اكتشاف تعرض بضاعته للتلف.

فاللافت للنظر حسبما يرى هذا الفريق من الفقه أن المشرع الدولى قد استهل فقرات المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو بالنص على أن " استلام الأمتعة أو البضائع بدون احتجاج المرسل إليه ينشأ قرينة على أن البضائع قد تم تسليمها فى حالة جيدة ووفقاً لسند النقل حتى يقوم الدليل على العكس". وعليه فى حالة عدم الاحتجاج يتعلق الأمر بقرينة الحالة الجيدة

(١) انظر فى هذا المعنى:

Chambre Fédérale de Buenos Aires, 14 mars 1967. R.T.D. com., 1968. P. 472, obs. E. du Pontavice; Tribunal de 1^{re} instance de la République du Canton de Genève, 25 Juin 1980, R.F.D.A 1985, P. 356; Air Law. Vol. XI, N^o 2, avril 1986, P. 100, n^o 24.

وانظر أيضاً:

C. Suprême Rays-Bas, 12 fév. 1982: Air Law 1982, p. 173; C. Cass. Athènes 19 juin 1991, R.F.D. aérien 1992, p. 78; T. com. Bruxelles 4 mars 1991, Air and space Law 1994, P. 95.

للبضاعة وهو ما يفترض عند الاحتجاج أن البضاعة قد سلمت كاملة ولكن تالفة. ودعما لهذا الفهم جاءت الفقرة الثانية من ذات المادة ٢٦ السابقة وقد نصت على أنه " في حالة تلف البضاعة، ينبغي على المرسل إليه أن يسارع بالاحتجاج".

فإذا كانت تلك هي إرادة المشرع الصريحة وكانت المادة ٢٦ قد خلت في فقرتها الأولى من الإشارة إلى قرينة الكمية السليمة وفي فقرتها الثانية من ذكر لفظ الهلاك، فلازم ذلك أن الاحتجاج غير مطلوب في حالة الهلاك الجزئي أو النقص. وتفريعا على ذلك ففي هذه الحالة لا يجوز للناقل أن يتمسك في مواجهة المرسل إليه بالدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية ولو كان رفعها قد جاء متأخرا عن التسليم. غاية الأمر أنه قد يتعذر على المرسل إليه وقد مر على تسلمه البضاعة فترة من الوقت من دون تحفظ أن يثبت سبق وقوع الضرر على التسليم وبالتالي قيام مسؤولية الناقل عنه. ودعما لوجهة نظرهم الراضية لمبدأ إدماج الهلاك الجزئي أو النقص في التلف، ارتكن أنصار هذا الرأي إلى قانون الطيران المدني الفرنسي والذي ألمح بطريقة غير مباشرة إلى التزام المرسل إليه ببيان النقص في بضاعته خلال مدة محددة. فالمشرع، وإن كان قد رتب على تخلف الاحتجاج في الميعاد المحدد عدم قبول دعوى المسؤولية المرفوعة على الناقل، قد استثنى حالة غش أو خطأ الناقل. ويقصد بخطأ الناقل في هذا المقام تعمد إخفاء أو محاولة إخفاء التلف أو النقص أو التأخير، أو الحيلولة بين المرسل إليه وبين إجراء الاحتجاج في المدة المحددة له. فبئس على ضرورة الاحتجاج في حالة نقص البضاعة يكون المشرع

الفرنسي قد صرح بما سكت عنه المشرع الدولي الأمر الذي يفسر ضمنا استبعاد الهلاك الجزئي من نطاق تطبيق الاحتجاج طبقا لأحكام إتفاقية وارسو.

ومن الحجج الهامة التي قيلت أيضا في ذات السياق أن الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من الإتفاقية قد صيغ نصها بصرامة على النحو الذي أولى فيه المشرع رعايته للناقل على حساب المضرورين من المرسل إليهم. ومن العدل والحال كذلك إذا أريد تفسير النص أن يأتي هذا التفسير ضيقا دون أي توسع من شأنه الإضرار بمصلحة المرسل إليه^(١).

هذا وتتجه غالبية المحاكم الفرنسية إلى تأييد الرأي السابق رافضة تشبيه الهلاك الجزئي أو النقص بالتلف^(٢). فعلاوة على اختلاف مفهوم المصطلحين من الناحية اللغوية استند القضاء الفرنسي إلى أحكام التقنين التجاري والتي ميزت صراحة بين اللفظين رغم خضوعهما معا لذات الشروط الشكلية اللازمة لقبول دعوى المسؤولية^(٣). وعليه إذا كان للتلف معنى محدد لا يختلف باختلاف المسافة المقطوعة في النقل، أي سواء أكان النقل داخليا أم دوليا، وكان المشرع الفرنسي دون نظيره الدولي ينص على الهلاك الجزئي إضافة إلى التلف فكأن إتفاقية وارسو قد أرادت إعفاء المرسل إليه من أي مدة للاحتجاج حالما يمكنه إثبات تعرض

(١) انظر في هذا المعنى:

Jean-Pierre Tosi, Responsabilité Aérienne, Litec, 1978, P. 175.

(٢) Cass. com. 6 oct. 1992; Bull. civ. IV, N° 297; CA Paris juin 1990, D. 1992, P. 20, note Mercadal.

(٣) المادة ١٠٥ من التقنين التجاري.

بضاعته لهلاك جزئى أو نقص^(١).

وبعيدا عن نصوص القانون الداخلى فقد نصت المادة الثامنة عشرة من إتفاقية وارسو، وكذلك المادة الرابعة من بروتوكول لاهاي المعدل لها على أن " يسأل الناقل عن الضرر الذى يقع فى حالة هلاك البضاعة أو الأمتعة المسجلة أو ضياعها أو تلفها....".

ولاشك أن هذا النص هو المرجع الرئيسى فى بيان شروط انعقاد مسئولية الناقل الجوى ومن بينها الضرر، أما المادة ٢٦ فتعنى فقط بدعوى المسئولية وإجراءاتها. وانطلاقا من هذا الفهم يمكن القول أن المشرع الدولى فى إتفاقية وارسو، وقد عدد فى المادة ١٨ السابقة صور الضرر ومن بينها الهلاك والتلف، أراد أن يعطى كلاما من اللفظين معنى مختلفا. ومن ثم إذا كان ذات المشرع قد قصر فى المادة ٢٦ الاحتجاج المحدد بميعاد معين على التلف فقط، فلا يمكن منطقيا القول بأنه أراد لهذا التلف معنى مختلفا عن معنى التلف فى المادة ١٨، أو بعبارة أخرى أنه أراد إدخال الهلاك الجزئى أو التقص فى مفهوم التلف، هذا من جهة. ومن جهة أخرى طالما أن المشرع فى المادة ١٨ قد ذكر فى بيانه لصور الضرر الهلاك والتلف فلا يعقل أنه يكون قد قصد بهما نفس المفهوم وإلا كان ذلك من قبيل اللغو الذى يفترض تنزيه المشرع عنه. خلاصة القول

(١) Tribunal de Commerce de Toulouse, 14 Février 1980, R.F.D.A 1981. P. 236; B.T. 1980, P. 387.

وأنظر أيضا فى ذات المعنى:

R.T.D.Com., 1982, P. 488, no 14 et 15 et P. 493, no 20, obs. E.du Pontavice; B.T. 1979, P. 517.

إذن أن التلف في مفهوم المادة ٢٦ كما هو في المادة ١٨ من الإتفاقية لا يتضمن ضياع البضاعة أو هلاكها سواء هلكاً جزئياً أم كلياً.

٩ - (ج) وضع المسألة في شروط الأياتا: I.A.T.A Conditions:

وباعتبار أن الأمر يمس الناقل الجوي بالدرجة الأولى فقد يبدو مفيداً الإطلاع على وضع المسألة في الشروط العامة لنقل البضائع والمعروفة بشروط الأياتا. فهذه الأخيرة صادرة عن الإتحاد الدولي للنقل الجوي والذي يضم في عضويته الآن معظم شركات الطيران في العالم. وتكمن أهمية اللجوء إلى تلك الشروط في مقام عرضنا هذا كونها لا تنطبق فحسب على النقل الجوي الخارج عن اتفاقية وارسو بل وأيضاً على النقل الخاضع لها فيما يتعلق بالمسائل التي أغفلت أو سككتت هذه الأخيرة عن حكمها. صحيح أن الإتفاقيات الدولية والبروتوكولات المعدلة أو المكملة لها تعتبر التشريع الرئيسي في مجال النقل الجوي، لكن شروط الأياتا، بما تمثله من نواة لقواعد عرفية في مجال القانون الجوي^(١) تعد أحد المصادر الهامة التي يستقى التنظيم القانوني للنقل الجوي أحكامه منها. وهي بهذه المكانة جانز تطبيقها على المستوى الدولي طالما لا تتعارض مع قواعد الإتفاقيات، وكذلك على المستوى الوطني شريطة إحترامها للنصوص الأمرة في التشريعات الوطنية وقواعد النظام العام في قانون القاضى^(٢).

(١) د. رفعت فخرى، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٢) Paris 16 oct. 1979, B.T. 1979, P. 517, Gaz. Pal. 16 juillet 1980, Note Rodière, Rev. Dr. Uniforme 1980-II-272; T.G.I. Bobigny, 27 oct 1987, R.F.A.D. 1987, 232; Cour Supreme des Pays-Bas, 12 Fév. 1980, Air Law, Vol. II, N° 3, 1982, 173.

مشار لهذه الأحكام في د. رفعت فخرى، المرجع السابق، ص ٥٦، ٥٧.

ومن المعروف أن شروط الإياتا المتعلقة بالنقل تنقسم إلى شروط

نقل البضاعة Les Condition générales I.A.T.A. de transport des marchandises
و شروط نقل المسافرين والأمتعة Les Conditions générales I.A.T.A. des transport des passagers et des bagages
أولى فقد أوجبت، فى المادة ١٢/٢/١ على المرسل إليه " إجراء احتجاج فى حالة الأضرار الظاهرة أو الهلاك الجزئى لبضاعته فور اكتشافه تلك الأضرار أو هذا الهلاك وخلال فترة ١٤ يوماً على الأكثر من تاريخ التسليم". و يبين من هذا النص أن واضعى تلك الشروط قد ماثلوا بين الهلاك الجزئى والتلف (الضرر الظاهر) من حيث لزوم الاحتجاج كشرط لقبول الدعوى.

على العكس فقد نصت شروط نقل المسافرين والأمتعة، فى المادة ١٦، على " عدم قبول دعوى التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأمتعة مالم يتم المرسل إليه بالاحتجاج لدى الناقل فور اكتشاف الضرر وخلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ التسليم". مقتضى هذه الشروط إذن أن المسافر غير مقيد بمدة معينة لتقديم احتجاجه عن الهلاك الجزئى لأمتعته. فمثل هذا الهلاك لا يمكن إدراجه تحت مسمى " الضرر المتسبب للأمتعة" كما ورد بالنص، بل هو ضرر يلحق بالمسافر شخصياً قوامه عدم تسليمه جزءاً من أمتعته^(١).

وإذا كان الهلاك الجزئى يختلف عن التلف وفقاً لشروط نقل الأمتعة المسجلة فالأمر هو ذاته بالنسبة للبضائع طبقاً لخطاب النقل الجوى

Michel de Juglart, op. Cit.. P. 178.

(١)

العالمى La Lettre de transport aérien universelle^(١). فالمادة ١٢ من هذا الخطاب تميز بين التلف الظاهر فى البضاعة، والأضرار الأخرى اللاحقة بها، وأخيراً عدم تسليمها على الإطلاق. وإذا كان لهذا التقسيم فائدة فى معرض حديثنا فهى التأكيد على اختلاف مفهوم الهلاك الجزئى عن التلف نتيجة إختلاف طوائف الضرر التى يندرج كل منهما تحتها. فالهلاك الجزئى أو النقص لا يفترض أن البضاعة قد تلفت أو أصابها ضرر وإنما شأنه شأن الهلاك الكلى يعنى عدم تسليمها جزئياً أو كلياً. وعليه فبالنسبة لشركات الطيران الأعضاء فى منظمة الإياتا، التى تستخدم عادة خطاب النقل الجوى العالمى، لا يستوى الهلاك الجزئى أو النقص بالتلف بل هو حالة من حالات عدم التسليم ينطبق عليه حكم الهلاك الكلى.

أياً ما كان الوضع وبصرف النظر عما رصده بعض الفقه من شروط بعض شركات الطيران التى ساوت بين الهلاك الجزئى للبضاعة وبين تلفها، وكانت بمثابة ركيزة رئيسية بالنسبة لبعض الأحكام^(٢)، فإن اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ وكذلك اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ يمثلان معاً المرجع الرئيسى والوحيد فى الإجابة صراحة أو ضمناً على المسألة محل الجدل. والقول بغير ذلك فيه دون شك انتهاك للأحكام الأمرة التى أوردتها إتفاقية وارسو ومن بينها نص المادة ٢٣ وحرفيته " كل شرط يهدف إلى

(١) هذا الخطاب أعده الإتحاد الدولى للنقل الجوى لشركات الطيران الأعضاء فيه ليكون بمثابة نموذج لها يجب استخدامه فى جميع أنواع النقل.

(٢) مثال ذلك:

Tribunal de 1^{re} Instance du Canton de Genève, 25 Juin 1980.

مشار لهذا الحكم فى:

De Juglart, op. Cit., P. 179.

إعفاء الناقل من مسؤوليته أو إلى تقرير حد أدنى من الحد المعين في هذه الإتفاقية يكون باطلاً وكان لم يكن، على أن بطلان هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان العقد الذى يظل خاضعاً لأحكام هذه الإتفاقية"^(١). كذلك تقضى المادة ٢٤ من الإتفاقية بعدم جواز مباشرة دعوى المسؤولية الإلزامية فى إطار الشروط والحدود المنصوص عليها فى الإتفاقية، وهو ما يعنى ضمناً عدم إتباع الشروط العامة الإضافية للإياتا أو الشروط الخاصة بأية شركة طيران طالما كانت تتعارض مع أحكام إتفاقية وارسو.

وباستعراض ماتقدم تبدو المسألة شائكة على النحو الذى يصعب معه حلها بشكل حاسم. ومع ذلك، وبرغم إتجاه عدد قليل من الأحكام^(٢) يؤيدها بعض الفقه^(٣) إلى مساواة الهلاك الجزئى بالتلف وبالتالي تطلب إجراء الاحتجاج كشرط لتفادى الدفع بعدم قبول الدعوى^(٤)، فإن الدعم الأقوى قد جاء تجاه الرأى الراض لتلك المساواة. يشهد بذلك تزايد أحكام القضاء فى مختلف الدول التى تطبق إتفاقية وارسو والتي أعفت أصحاب الحق فى البضاعة الناقصة أو الهالكة هلاكاً جزئياً من إرسال احتجاج إلى

(١) جدير بالإشارة أن هذا النص لم يطرأ عليه أى تعديل من قبل البروتوكولات المعدلة لاتفاقية وارسو ولا من قبل إتفاقية مونتريال الجديدة.

(٢) La Chambre des Lords, 10 Juillet 1980, Dr. eur. Transp. 1983. P. 609, cour Suprême de l'état de New York, 27 Juin 1978, Air Law 1979: Vol. IV, P. 229.

(٣) R. Rodière, Droit des Transports, 1977, n° 607; Droit des transports terrestres et aeriens, 1977, n° 271.

(٤) وقد ذهبت بعض الأحكام إلى قصر اشتراط الاحتجاج على الحالة التى يكون فيها الهلاك الجزئى غير ظاهر.

T. Genève 25 juin 1980, Rev. fr. Dr. aerien 1985, P. 356.

الناقل^(١). وقد استند هذا القضاء في أحكامه إلى التفسير الحرفي لنص المادة ٢٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو موضحاً أن التفسير الموسع من شأنه الإضرار بمصلحة المضرورين. فلو كان واضعوا الإتفاقية قد أرادوا اشتراط الاحتجاج في حالة الهلاك الجزئي لما منعهم أي حائل لاسيما وأنهم قد عددوا في المادة ١٨ من ذات الإتفاقية، كما سبق القول، أسباب مسئولية الناقل الجوي ومن بينها الهلاك بصورتيه.

على أي حال ومع غموض لفظ التلف وصعوبة الوقوف على دلالاته اللغوية فإن مصلحة المرسل إليه تقتضى منه سلوك الحذر أو الحرص الشديد عند إستلامه البضاعة أو الأمتعة المسجلة. ومن ثم فمئذ اللحظة التي يتكشف له نقصان بضاعته أو هلاكها هلاكاً جزئياً ينبغي عليه أن يسارع إلى إجراء الاحتجاج المطلوب في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو^(٢).

(١) Cour d'appel de Paris. 20 juin 1990, Dalloz 1992, jurisprudence P. 20: Paris, 16 oct. 1979, Bull. Transport 1979, P. 517; T. com. Lyon. 6 mars 1978, ibid. 1978, P. 250; T. com. Toulouse. 14 févr. 1980. Rev. fr. Dr. zeroem 1981 P. 239; Fort-Lamy, 14 avril 1972, Rev. dr. uniforme 1975 P. 258; T. com. Bruxelles 9 janv. 1976, Rev. Fr. dr. aérien 1977 P. 96; Queen's Bench Division, A Mars 1977, Rev. Dr. uniforme 1978, 355; oberlandesgericht Frankfort, 13 juin 1978. Air Law 1979, Vol. IV, n° 4, P. 229; court of Appeals, 31 juillet. 1979. Lloyd's Reports 1980, P. 149; Gerechtshof von Austerdam, 29 nov. 1979, Dr. eur. Transp. 1983 P. 654; T. com/ Anvers. 8 juin 1982, ibid 1986 P. 273.

مشار لهذه الأحكام في:

Cour d'appel de Paris. 20 juin 1990, note Barthelemy Mercadal.

Lamy Transport, 1986, n° 6195.

(٢)

١٠- ثالثاً: الهلاك الكلى: La perte total

إذا كان النقاش قد احتدم حول مدى إدراج الهلاك الجزئى تحت معنى التلف، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة للهلاك الكلى. فهذا النوع من الهلاك بما ينطوى عليه من عدم تسليم البضاعة على الإطلاق إلى المرسل إليه لا يمكن فهمه أبداً على أنه تلف.

ولما كان الاحتجاج قد قصرته إتفاقية وارسو على حالتى التأخير وتلف البضاعة أو الأمتعة المسجلة، فمفاد ذلك أن دعوى المرسل إليه الذى لم يتسلم تماماً بضاعته هى فى غير حاجة من حيث قبولها لأن يسبقها إجراء الاحتجاج.

وإذا كانت واقعة التسليم تشكل الفارق الجوهرى بين الهلاك الكلى والهلاك الجزئى، فأمر بدهى أن يكون هذا الأخير - بافتراض تسليم البضاعة - ظاهراً أو غير ظاهر بما يتأخر معه إكتشاف الضرر لما بعد التسليم. ولعل هذا هو الذى جعل للنقاش حول تطلب الاحتجاج فى حالة الهلاك الجزئى أهمية. أما الهلاك الكلى فلا يتصور إلا أن يكون على الدوام ظاهراً، إذ الأمر يتعلق حينئذ بعدم تسليم البضاعة أساساً. ومن ثم فمسألة إثبات الوقت الذى وقع فيه الضرر هى من السهولة بمكان بالنسبة للمرسل إليه حيث يكفيه إقامة الدليل على عدم قيام الناقل بالتسليم والذى ينتهى به تنفيذ عقد النقل الجوى. وعليه كان القول بأن مسئولية الناقل تقتضى أن الضرر اللاحق بالبضاعة قد وقع خلال فترة النقل الجوى أثناء وجودها فى حراسة الناقل وقبل تسليمها إلى المرسل إليه. وترتيباً على

مانتقدم يبدو منطقيا عدم تطلب إجراء الاحتجاج فى حالة الهلاك الكلى
والتي يفتقد معها هذا الإجراء فلسفته وأسبابه العملية.

وقد استقر القضاء والفقهاء على أن المقصود بالتسليم، الذى يفترض
مع عدم حدوثه هلاك البضاعة هلاكا كليا، هو التسليم الفعلى والمادى
للمرسل إليه استنادا إلى أنه هو وحده الذى يمكن هذا الأخير من الكشف
على البضاعة وبيان نوع الضرر.

ولم يكن الفهم السابق مقصورا على النقل الجوى، وإنما ينبسط
كذلك على البضاعة المنقولة بمختلف وسائل النقل الأخرى. فحينما يثار
مدى الزام المرسل إليه بإثبات حالة البضاعة عند الوصول كشرط لقبول
دعواه، لا يطلب منه إجراء أى تحفظات أو إحتجاجات فى حالة الهلاك
الكلى والذى قوامه كما قدمنا عدم تسليم البضاعة^(١).

١١ - شروط الاياتا والاحتجاج فى حالة الهلاك الكلى:

وبرغم إنتفاء الصلة بين الهلاك الكلى والتلف فقد تضمنت شروط
الاياتا لنقل البضاعة نصا مؤداه أنه " فى حالة حدوث تلف أو أضرار
للبضاعة، لا يجوز قبول أى احتجاج ضد الناقل ما لم يكن مكتوبا ...
ويجرى هذا الاحتجاج: فى حالة عدم تسليم البضاعة خلال مدة مائة

(١) انظر د. مصطفى كمال طه، القانون البحرى، دار المطبوعات الجامعية،
٢٠٠٠، ص ٣٥١، د. على البارودى ود. فريد العرينى، المرجع السابق ص
٢٢٤، د. محمد السيد الفقى، القانون البحرى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦،
ص ٣٦٩.

وعشرين يوماً من تاريخ إصدار خطاب النقل الجوى أو من تاريخ إعداد ملف الرسالة بحسب الحال"^(١).

وقد قيل فى معرض دعم الإلتزام بالاحتجاج فى حالة الهلاك الكلى، طبقاً للنص السابق، أن الإثبات السريع للضرر يحقق مصلحة الناقل المسئول، إذ أن إخطاره خلال مدة وجيزة يمكنه من مباشرة الحق فى الرجوع على الناقل أو الناقلين الوستاء وتحديد زمان ومكان وقوع الهلاك.

وفى ذات السياق المؤدى إلى مصلحة الناقل فقد روى أيضاً أن شرط الاحتجاج فى حالة الهلاك الكلى يزيد من فرص إعفائه من المسؤولية إذا استطاع إثبات " أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير الضرورية لتوقى الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها"^(٢). فكلما طال الأمد بالمضور لإخطار الناقل المسئول كلما قلت فرص العثور على البضاعة وتضاءلت قدرة الناقل على تقديم الدليل السابق المعفى من المسؤولية.

أما الحجة الرئيسية فى طريق تأييد الإلتزام بالاحتجاج فى حالة الهلاك الكلى فكان قوامها الإستناد إلى نصوص إنفاقية وارسو ذاتها. فشرط الاياتا لنقل البضائع، وهى شروط ملزمة لشركات الطيران

(١) المادة ٤/٢/١٢ من شروط الاياتا لنقل البضاعة.

(٢) المادة ٢٠، فقرة أولى، من اتفاقية وارسو.

الأعضاء فى الاتحاد الدولى للنقل الجوى^(١)، لانتطبق فحسب على النقل الجوى الخارج عن إتفاقية وارسو بل وأيضا على النقل الخاضع للإتفاقية بالنسبة للمسائل التى أغفلتها أو سكتت عن حكمها. فكأن الناقلين من خلال هذه الشروط يكملون إرادة المشرع فى تنظيم تلك المسائل. ولما كان مدى ضرورة إجراء الاحتجاج عند عدم تسليم البضاعة يندرج ضمن المسائل المغفلة فى إتفاقية وارسو، فلا مانع تماما من تطبيق شروط الإياتا الواردة فى هذا الشأن لاسيما وأن الأمر لا يتعلق مطلقا بأى مخالفة للأحكام الأمرة الواردة فى الإتفاقية. فهذه الأخيرة، وإن كانت قد وصمت بالبطلان إتفاقات المسئولية، قصرت حكمها هذا على تلك الإتفاقات التى يراد بها تعديل أحكام المسئولية إما برفعها عن المدين أو بتخفيفها عن عاتقه^(٢). ودعما لتلك الحجة فقد ارتكن القائلون بها إلى نص المادة ٣٣ من إتفاقية وارسو والتى تسمح للناقل بإدخال أى شرط فى عقد النقل أو إبرام أى إتفاقات خاصة طالما لا تتعارض مع نصوص الإتفاقية^(٣).

ولا يخفى على أحد ما تنطوى عليه الحجة السابقة من مفاهيم خاطئة. فجوهر المشكلة يكمن فى تحديد المسائل التى تحكمها إتفاقية وارسو والتى تعد الشروط المخالفة لها باطلة، وتلك التى لا تحكمها الإتفاقية ومن ثم فهى تخضع للحرية التعاقدية. فإذا كانت المادة ٤/٢/١٢ من شروط الإياتا الخاصة بنقل البضائع تتطلب إخطار الناقل كتابة فى

(١) وذلك على عكس شروط نقل المسافرين والأمتعة والتى لاتعدو أن تكون مجرد

توصيات غير ملزمة لشركات الطيران الأعضاء فى منظمة الإياتا.

(٢) المادة ٢٣ من إتفاقية وارسو.

M. Godfroid, op. cit., P. 576.

(٣)

حالة عدم تسليم البضاعة وذلك خلال المدة المشار إليها سلفا (١٢٠ يوما ، فهذا يعنى ضمنا أن الناقل ممثلا بمنظمة الايآتا وهو عضو فيها يهدف ، بعيدا عن القانون، إلى إعفاء نفسه من المسؤولية عن الهلاك الكلى للبضاعة إن لم يقدم الإخطار فى المدة المحددة. وليس من شك فى اعتبار مثل هذا الشرط باطلا بوصفه ينتقص من الحقوق التى تقرها الإتفاقية للمضرور فى سبيل تعويض ما يلحقه من ضرر، وهو ما يعد محض تطبيق لنص المادة ٢٣ من إتفاقية وارسو.

يضاف إلى ما سبق أن المادة ١٣، فقرة ثلاثة، من إتفاقية وارسو تنص على أنه " إذا أقر الناقل بتلف البضاعة أو إذا لم تصل البضاعة خلال سبعة أيام من التايخ الذى كان يجب وصولها فيه، فإنه يجوز للمرسل إليه أن يطالب الناقل بحقوقه الناشئة عن عَدّ النقل".

وهكذا إذا كان النص يجيز للمرسل إليه مقاضاة الناقل بعد إنقضاء مدة سبعة أيام من التاريخ الذى كان ينبغى فيه وصول البضاعة، فكأن باب الدعوى يظل مفتوحا بحيث يجوز إقامتها فى أى وقت بعد فوات المدة المذكورة ولحين سقوطها بمرور سنتين وقا لما هو منصوص عليه فى المادة ٢٩ من إتفاقية وارسو^(١).

ومن دواعى الاعتراض على إلزام المرسل إليه بالاحتجاج فى حالة الهلاك الكلى للبضاعة أن مؤتمر مونتريال لعالم ١٩٧٥، الذى أثمر عن بروتوكولات مونتريال الأربعة فى ذات العام، قد رفض اقتراحا بمد

Michel de Juglart, Op. Cit., P. 183.

(١)

نطاق تطبيق المادة ٢٦ ليشمل حالة الهلاك الكلى^(١). ولعل ذلك خير شاهد على عدم تطلب الاحتجاج في مثل هذه الحالة طبقا لاتفاقية وارسو والإفما الداعي لتقديم الاقتراح أساسا وبالتالي رفضه. وعليه فليس من المقبول أن يتضمن عقد النقل، وهو عقد إذعان، شرطا يفرض بمقتضاه الناقل على الطرف المذعن إجراء استبعده الإتفاقية الأصلية والبروتوكولات المعدلة لها بشكل صريح أو ضمنى.

خلاصة القول إذن أن ما اشتملت عليه المادة ٢٦ من إجراءات شكلية إنما أريد تطبيقها فقط على حالتى التلف والتأخير دون الهلاك الكلى للبضاعة. ومن ثم يصبح ما نصت عليه شروط الإياتا لنقل البضاعة وردده خطاب النقل الجوى العالمى^(٢) مخالفا لعدد من النصوص الأمرة لاتفاقية وارسو والتي أتت لتكفل أمن وسلامة جمهور المتعاملين مع الناقل الجوى وكفالة تعويض مناسب لهم عما يلحقهم من ضرر.

هذا وقد أجمع القضاء الفرنسى، مؤيدا من الفقه، على رفض شرط الاحتجاج فى حالة الهلاك الكلى للبضاعة مؤكدا على أن " مثل هذا الاحتجاج المنصوص عليه فى شروط الإياتا يختلف جوهريا فى طبيعته عن الاحتجاج الذى تطلبته المادة ٢٦، فقرة أولى، من اتفاقية وارسو. فهذه

(١) انظر نص هذا الاقتراح فى:

O.A.C.I. Doc. 9154-L/174-2.1975, P. 158 et 171.

Tosi, Op. Cit., n° 376.

مشار لذلك فى :

(٢) فقد نصت المادة ١٢/٤ من خطاب النقل الجوى العالمى على أنه " فى حالة عدم التسليم فإن مدة الاحتجاج تمتد لمائة وعشرين يوما من تاريخ إصدار خطاب النقل الجوى".

المادة أنشأت لصالح الناقل الجوي قرينة قانونية مؤداها أن عدم احتجاج المرسل إليه يفترض تسلمه البضاعة بحالتها الواردة فى سند النقل حتى يقوم الدليل على العكس. فاشتراط الاحتجاج، أيا كانت مدته، من جانب المرسل إليه فى حالة الهلاك الكلى للبضاعة المنقولة لن يغير بأى حال من الأحوال من واقعة عدم التسليم وتبعاً عدم قيام الناقل بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد" فالشرط المتنازع عليه لا يمثل إمتداداً لشرط عدم القبول المنصوص عليه فى المادة ٢٦، فقرة رابعة، من الإتفاقية بل إنه على العكس يتعارض رسمياً مع نص المادة ٢٤ من الإتفاقية والتي لا تسمح بمباشرة دعوى المسؤولية الناشئة عن المادتين ١٨ و ١٩ إلا طبقاً للشرط وفى الحدود المنصوص عليها فى الإتفاقية". بعبارة موجزة فإن المحاكم الفرنسية قد توحدت حول عدم السماح للناقل بأن يفرض على المضرورين شرطاً، لم يرد به نص فى المعاهدة، مناطه سقوط حقهم فى رفع دعوى المسؤولية.

١٢- رابعاً: التأخير Retard

الأصل، وعلى خلاف بعض الإتفاقيات الدولية^(١)، أن مسؤولية الناقل الجوى لا تتعد طبقاً لإتفاقية وارسو عن التأخير فى حد ذاته، وإنما يلزم لذلك أن يترتب على هذا التأخير أضرار للأمتعة والبضائع المنقولة.

(١) مثال ذلك إتفاقية برن الخاصة بالنقل الدولى بالسكك الحديدية والتي تلزم الناقل بدفع تعويض حال حدوث تأخير ولو لم يؤد هذا التأخير إلى أى أضرار للركاب أو البضاعة.

ولم تتضمن إتفاقية وارسو أى معيار لتحديد المقصود بالتأخير الذى يسأل الناقل الجوى عن الضرر المترتب عليه. ويبدو أن الناقلين الجويين قد انتهزوا فرصة هذا السكوت ليبدو معارضتهم لمبدأ المسؤولية عن التأخير تأسيسا على أنه يؤدي إلى عرقلة الملاحة الجوية وتعريض سلامتها للخطر^(١). " فهذه الملاحة وفقا لهذا الرأي مرهونة بظروف الجو التى قد تسمح أو لا تسمح بها، أو تسمح بها ولكن تحت سرعة أقل للطائرة. وهى مرهونة كذلك من الناحية الفنية بقدرة الطائرة على حمل البضائع، فقد تضطر الطائرة - نظرا لظروف جوية أو لأسباب فنية - أن تحمل من الوقود أكثر مما تحمل عادة على النحو الذى يحد من قدرتها على حمل الركاب والبضائع فى سبيل الحفاظ على سلامتها، وهو ما يؤدي فى النهاية إلى التأخير فى نقل بعض الركاب والبضائع"^(٢).

لهذا فقد نصت الشروط العامة للإيادات على أنه " ليس هناك اشتراط على إتمام النقل فى مدة محددة، وأن ساعات الرحيل والوصول المبينة فى جداول مواعيد الناقلين الجويين أو فى أى وثائق أخرى لا تعتبر جزءا من

(١) انظر فى مزيد من حجج هذا رأى د. فريد العرينى، القانون الجوى، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦، ص ٢٣٢.

(٢) Benathar. La responsabilité du transporteur aérien en droit Français interne. Thèse, Paris, 1962. P. 642; Lacombe et Saporta. La responsabilité du transporteur aérien pour retard, R.G.A. 1950. O. 686; De Rode Verschoor. La responsabilité du transporteur aérien pour retard, R.G.A. 1957, P. 254; M. Farid EL ARINY. La responsabilité du transporteur aérien pour retard d'après l'article 19 de la convention de Varsovie de 1929. Thèse Dact. Paris. 1970, P. 17 et s. et 23 et s.

مشار لذلك فى د. محمد فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

عقد النقل ولا تعدو أن تكون سوى مؤشر تقريبي لمتوسط الوقت الذي تستغرقه عملية النقل^(١).

وبعد طول نزاع بين الناقلين الجويين من جهة ومستعملي الطائرة من جهة أخرى فقد استقر القضاء الغالب على أن التأخير يعنى تجاوز الميعاد المحدد إذا وجد ثم اتفاق على هذا التحديد، أو هو تجاوز الميعاد المعقول في حالة عدم وجود تحديد سابق لميعاد النقل.

وقد اشترط مشرع اتفاقية وارسو لقبول دعوى المسؤولية عن الأضرار المترتبة على التأخير أن يقوم المرسل إليه بالاحتجاج لدى الناقل. ويجرى الاحتجاج في هذه الحالة خلال إحدى وعشرين يوماً على الأكثر من التايخ الذي كان ينبغي فيه وضع الأمتعة والبضائع تحت تصرف المرسل إليه^(٢).

هذا ويفترض التأخير في مفهوم الاتفاقية أن الطائرة المقلة للأمتعة المسجلة أو البضاعة قد حطت بعجلاتها أرض ميناء الوصول ولكن متأخرة عن الميعاد المحدد أو الميعاد المعقول. بعبارة أخرى لا يعتبر تأخيراً بالمعنى المطلوب عدم قيام الناقل الجوي بتنفيذ التزامه بالنقل كاملاً سواء بإلغاء الرحلة كلياً أو جزء منها فقط. ففي مثل هذه الحالة، وحيث لا تنطبق اتفاقية وارسو، لا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول دعوى المضرور

(١) المادة ١٠ من شروط الإيانا لنقل الركاب والأمتعة والمادة ٦ من شروط نقل البضاعة.

(٢) المادة ٢٦، فقرة ثانية، من اتفاقية وارسو بعد تعديلها بمقتضى المادة ١٥، فقرة ثانية، من بروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥ المعدل للاتفاقية.

نتيجة عدم قيامه بإجراء الاحتجاج المنصوص عليه فى المادة ٢٦ من
الإتفاقية.

المبحث الثاني

شروط صحة الاحتجاج

طبقاً لنص المادة ٢٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو فإن تحرير الاحتجاج يعد إجراء لازماً وضرورياً يتعين على المرسل إليه أن يتسلح به إذا أراد الرجوع بدعواه على الناقل. كذلك فإن للاحتجاج فائدته العملية في حوض قرينة التسليم المطابق التي تقضى بأن البضاعة قد سلمت بحالة جيدة وطبقاً لما هو وارد بشأنها في سند النقل.

١٣ - طرف الاحتجاج:

وطالما أن الاحتجاج هو في جوهره إجراء يثبت به صاحب الحق في البضاعة المنقولة حالتها عند الوصول فأمر طبيعي أن يتم إجراؤه بواسطة المرسل إليه. وإذا كان هذا هو مانصت عليه إتفاقية وارسو في الفقرة الثانية من مادتها السادسة والعشرين، إلا أنه لا شيء يمنع من إرسال الاحتجاج بواسطة المرسل الوارد إسمه في خطاب النقل الجوي^(١). فإرادة المشرع الدولي واضحة من خلال نص المادة السابقة في التأكيد على حق الناقل في أن يتم إخطاره بالتلف أو التأخير، وهو ما يهدف به ضمناً إلى تهيئة سبل جمع الأدلة والحفاظ عليها حتى تكون عوناً له في دعوى.

(١) Trib. com. de Bruxelles. 3 oct. 1983, Revue de droit commercial (belge), 1983, P. 311.

المسئولية المقامة ضده. وما دام الأمر كذلك فيستوى أن يكون الذى أصدر
الاحتجاج هو المرسل إليه أو المرسل.

ومن ناحية أخرى فقد نصت المادة ١٢ من إتفاقية وارسو على أنه
"مع عدم الإخلال بتنفيذ جميع الإلتزامات المترتبة على عقد النقل،
للمرسل حق التصرف فى البضاعة إما بسحبها من مطار القيام أو من
مطار الوصول، وإما بوقفها فى أثناء الطريق عند أى هبوط للطائرة، وإما
بطلب تسليمها فى مكان الوصول أو فى أثناء الطريق إلى شخص آخر
غير المرسل إليه المذكور فى خطاب النقل الجوى، وإما بطلب إعادتها
إلى مطار القيام، طالما أن استعماله لهذا الحق لا يترتب عليه ضرر للناقل
أو للمرسلين الآخرين، وذلك كله مع مراعاة إلتزامه بدفع المصاريف
المترتبة على ذلك. فإذا امتثل الناقل لأوامر المرسل، دون أن يطالبه
بإبراز صورة من خطاب النقل المسلمة إليه، عد مسئولاً، وذلك دون
الإخلال بحقه فى الرجوع على المرسل بشأن الضرر الذى قد يلحق من
جاء ذلك بمن له الحيازة القانونية لخطاب النقل الجوى"^(١).

وطبقاً لهذا النص فإن حق التصرف فى البضاعة أو توجيهها إنما
يكون للمرسل ولا ينتقل إلى المرسل إليه إلا بعد وصول البضاعة إلى
ميناء الوصول وإخطاره (أى المرسل إليه) بذلك. فإن رفض المرسل إليه
استلام خطاب النقل أو البضاعة، أو تعذر الإهتمام إليه، إسترد المرسل
حقه فى التصرف فى البضاعة^(٢)، ومن ثم كان له طلب إعادتها إلى ميناء

(١) انظر فى ذات الحكم المادة ١٢ من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

(٢) المادة ١٢، فقرة رابعة، من إتفاقية وارسو.

القيام. وهناك يتوجب على المرسل إن أراد أن تقبل دعواه ضد الناقل أن يباشر إجراء الاحتجاج المنصوص عليه في المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو. فالأمر يتوقف إذن على شخص المدعى في دعوى المسؤولية ضد الناقل، سواء أكان المرسل أم المرسل إليه، فكل منهما يملك إجراء الاحتجاج على حسب الأحوال.

أما فيما يتعلق بمن يرسل إليه الاحتجاج فقد قضت المادة ٢٦، فقرة ثانية، بأنه الناقل^(١). وإذا كان النقل متتابعا فلا حاجة إلى إخطار الناقلين كافة بالضرر اللاحق بالبضاعة وإنما يكفي علم أحدهم فقط بهذا الضرر. ذلك مايمكن استخلاصه من نص المادة ٣٠، فقرة الثالثة، من إتفاقية وارسو والتي تقضى بإمكانية رفع الدعوى ضد الناقل الأول أو الناقل الأخير أو أيضا ضد الناقل الذي كان يباشر عملية النقل لحظة وقوع الضرر. فهؤلاء جميعا مسئولون على وجه التضامن في مواجهة كل من المرسل والمرسل إليه.

١٤ - شكل الاحتجاج:

يشترط لصحة الاحتجاج أن يكون مكتوبا أيا كان شكل هذه الكتابة شأنه في ذلك شأن خطاب النقل الجوى وسائر وثائق النقل الجوى الأخرى. على أن المشرع الدولى لم يستوجب كتابة الاحتجاج على خطاب النقل ذاته، وإنما سمح أيضا بأن يرد هذا الاحتجاج فى ورقة أو صك مستقل.

(١) انظر فى مدى إمكانية إرسال الاحتجاج لناقل آخر غير الناقل الجوى: LEGIER, Op. Cit., P. 170.

١٥ - (أ) الاحتجاج على سند النقل:

أجازت المادة ٢٦، فقرة الثالثة، من إتفاقية وارسو إثبات الاحتجاج في شكل تحفظ يدرج في سند النقل. والمقصود بسند النقل في هذا الصدد خطاب النقل الجوي واستمارة الأمتعة باعتبار أن الاحتجاج يقتصر في لزومه على حالتى نقل الأمتعة المسجلة والبضائع.

ويتمشى الاحتجاج الوارد على سند النقل مع ما جرى عليه العمل من التأشير بالتسليم على خطاب النقل الجوي ثم تقديمه إلى الناقل أو ممثله. أما استمارة الأمتعة فلا يتم ردها إلى الناقل عند التسليم، لذا فليس متصوراً من الناحية العملية إجراء الاحتجاج على الاستمارة ذاتها بل يجب عند الإقتضاء الإلتجاء إلى وثيقة أخرى لإبداء تحفظات الراكب عليها.

وإذا كان الفرض الذى نتحدث عنه يتعلق بالاحتجاج المدون على خطاب النقل الجوي فثم تساؤل يثور حول النسخة التى يجب أن تحمل تحفظ المرسل إليه أو المرسل على البضاعة محل التسليم. فطبقاً لنص المادة السادسة، فقرة أولى، من إتفاقية وارسو يعد المرسل خطاب النقل الجوى من ثلاث نسخ أصلية ويسلمه مع البضاعة. ويذكر فى النسخة الأولى عبارة " للناقل" ويوقع عليها المرسل، وفى الثانية عبارة " للمرسل إليه" ويوقع عليها كل من المرسل والناقل وتصاحب البضاعة. أما النسخة الثالثة فيوقعها الناقل ويسلمها إلى المرسل عند قبول البضاعة^(١).

(١) المادة ٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو.

ويتجه الرأي فى الإجابة على التساؤل السابق إلى أن المنطق يقضى بأن نسخة المرسل إليه التى ترافق البضاعة وتسلم إليه عند الوصول هى التى يجب أن تتضمن تحفظاته^(١). ولكن إذا أبدى المرسل إليه تحفظاته على البضاعة المسلمة إليه على تلك النسخة دون أن يقوم بإعادتها للناقل فكيف يمكن لهذا الأخير أن يعلم بهذه التحفظات، وحتى لو علم بها لاحقا فقد يحتج حينئذ بأن علمه قد تم بعد فوات الأوان. فمما لا شك فيه أن طول الفاصل بين تسليم البضاعة إلى المرسل إليه صاحب الحق فيها وبين الإخطار بالأضرار التى أصابتها يجعل من الصعب تحديد زمن وقوع هذه الأضرار وتبعاً الشخص المسنول عنها.

مثل هذا الاحتمال القائم يستطيع المرسل إليه مواجهته إما بحصوله على تصديق الناقل على التحفظات أو بإعادة صياغة هذه الأخيرة على مخالصة التسليم التى يطلبها الناقل من المرسل إليه عند تسليمه البضاعة، أو بكتابتها مرة أخرى فى ورقة ترسل إلى الناقل فى المواعيد التى حددتها الإتفاقية^(٢).

١٦ - (ب) الاحتجاج على سند مستقل:

ما من شك فى أن ورود الاحتجاج على سند النقل ذاته، وهو يمثل الطريق الطبيعى لفعالية تحفظات المرسل إليه، يدعم قصد واضعى الإتفاقية فى سرعة الوقوف على طبيعة الضرر وزمن وقوعه، وهو الأمر

Lamy Transport 1986. n° 6194.

(١)

Jean-Pierre Tosi, Op. Cit., P. 173 N° 373.

(٢)

الذى يتيسر معه تحديد الشخص المسئول. لكن اتباع هذا الشكل فى إثبات الإحتجاج ليس على الدوام بذات السهولة العملية التى يأملها المشرع الدولى. فقط يحتفظ المرسل إليه بنسخته التى تتضمن تحفظاته على البضاعة فيبدو وكأنه يخاطب نفسه وليس الناقل بهذه التحفظات. وقد يريد الناقل لنسخته الموقعة من المرسل (أو لمخالصة التسليم) أن تظل نظيفة دون أن يمسه أى تحفظ من قبل المرسل إليه. وحتى إذا لم يعارض الناقل فى قيد التحفظات على المخالصة التى يسلمه إياها المرسل إليه، فقد يتأخر الكشف عن تلف البضاعة إلى مابعد إعطاء الناقل تلك المخالصة لاسيما إذا كانت البضاعة مودعة فى أحد المخازن، أو كان التلف غير ظاهر. ففى مثل هذه الحالات يتوجب على المرسل إليه توجيه احتجاجه إلى الناقل عبر محرر آخر غير سند النقل يرسل فى المدة المقررة قانوناً^(١).

وكما يتضح صراحة من صياغة نص المادة ٢٦، فقرة ثالثة، من إتفاقية وارسو فالإحتجاج فى هذه الحالة يجب أن يكون مكتوباً^(٢)، وبالتالي فلا مجال للمشافهة فى إيداء التحفظات الواردة على البضاعة. فى المقابل لم يستلزم المشرع الجوى شكلاً معيناً لكتابة الإحتجاج، وهكذا فقد يرسل هذا الأخير عبر فاكس^(٣)، أو تلكس أو أى وسيلة أخرى من وسائل

(١) المادة ٢٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو.

(٢) المادة ٣١، فقرة ثالثة، من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

(٣) Paris. 6 janvier 1977. B.T., 1977 P. 247.

الاتصال الحديثة^(١). ومع ذلك وسدا لأي ذريعة فقد جرى العمل على إرسال الاحتجاج بخطاب مسجل موسى عليه بعلم الوصول.

١٧ - حجية التحفظات في مواجهة الناقل:

يجب أن تكون تحفظات المرسل إليه التي يشملها الاحتجاج واضحة الدلالة على مقصودها^(٢) وكاملة وكذلك مسببة حتى يتمكن الناقل من الوقوف على طبيعة الضرر.

ويصطدم واجب المرسل إليه في هذا الصدد مع بعض نصوص إتفاقية وارسو عند التطبيق العملي. فمن الطبيعي أن تتصب تحفظات الناقل في الاحتجاج على البيانات المتعلقة بالبضاعة والتي يتضمنها خطاب النقل الجوي. وقد نصت المادة ١١، فقرة أولى، من الإتفاقية على اعتبار خطاب النقل حجة فيما يتعلق بإبرام العقد، واستلام البضاعة وشروط النقل ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك^(٣). وعلى من يدعى العكس،

(١) وقد قضى بأن "التقرير الرسمي بالتلف الذي يعده المرسل إليه عند استلام الشحنة ويسلمه لمدير إدارة الشحن في المدة المحددة قانوناً يقوم مقام الاحتجاج الكتابي الذي تتطلبه الإتفاقية".

Cour Suprême de Pologne (ch. civil) 9 novembre 1976, "Polish Yearbook of international law" Vol.X, 1979-1980, P. 258; Revue de Droit Uniforme, 1982-I-279, cité par M.de JUGLART, Op. Cit., p. 287 footnote 472.

The Royal Insurance, Co. of America V. Aerolinas Argentinas. (٢) Tribunal Civil du comté de New York, 23 juill. 1987, 20 Avi. 18. 404.. cité par Gérard LEGIER, L'application de la convention de Varsovie par les juridictions Américaines: Evolution de la jurisprudence. Revue Française de droit Aérien et spatial, Vol. 186, N° 2, 1993, P. 169.

Paris, 28 Mars 1980, B.T. 1980, P. 329; Paris 5^e ch. 11 juillet 1975. (٣) B.T. 1975 P. 428.

سواء أكان الناقل أم الشاحن، عبء الإثبات، وله في سبيل ذلك حق الجوء إلى كافة طرق الإثبات الممكنة^(١).

لكن حجبة خطاب النقل في الإثبات لا تحكمه القاعدة المتقدمة فحسب بل تقضى الفقرة الثانية من ذات المادة ١١ السابقة بأن البيانات الخاصة بوزن البضاعة وأبعادها وتغليفها وكذلك عدد الطرود، تعتبر حجة مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك. أما البيانات المتعلقة بكمية البضاعة وحجمها وحالتها فلا يحتج بها على الناقل ما لم يكن قد تحقق بنفسه من صحتها بحضور المرسل وتم إثبات ذلك في خطاب النقل الجوي، أو إلا إذا تعلق الأمر بالحالة الظاهرة للبضاعة. وأياً ما كان رأى الفقه في الحلول المتناقضة التى أتت بها القاعدة السابقة^(٢)، وفي ظل تزايد زخم تيار النقل الجوي بواسطة الحاويات^(٣) فإن تحقق الناقل من صحة بيانات خطاب النقل وما يستلزمه ذلك من فك وإغلاق الحاوية أو الطرد هو بلا شك أمر نادر من الناحية العملية^(٤).

(١) جدير بالإشارة أن بروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥ واتفاقية مونتريال الجديدة لعام ١٩٩٩ قد نصا على نفس القاعدة.

(٢) انظر فى تلك المسألة د. محمد فريد العرينى، القانون الجوى، المرجع السابق، ص ١٦٥ ومابعدها.

(٣) جدير بالإشارة أن طائرات النقل الضخمة تتسع عادة لنقل سبع حاويات بحد أقصى. Martin Remond-Gouilloud, Droit maritime. 2e édition. N° 2. Pedone. P. 23.

(٤) انظر فى صعوبة ذلك فى النقل البحرى بواسطة الحاويات بحثنا فى " تطور قواعد قانون النقل البحرى تحت تأثير إستخدام الحاويات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ملحق العدد الأول ٢٠٠٥، ص ٦٥ ومابعدها.

وتفريعا على ماتقدم فإن المرسل إليه وهو يبدي تحفظه على نقص البضاعة مثلا يتعين عليه التأشير بالعجز على البيانات القاطعة في خطاب النقل، أى الخاصة بوزن البضاعة أو عدد الطرود. أما التحفظات المتعلقة بنقص كمية البضاعة الموجودة داخل الطرود أو الحاويات فهذه لايجوز الاحتجاج بها فى مواجهة الناقل ما لم يكن ثابتا فى خطاب النقل أنه، أى الناقل، قد تحقق بنفسه من صحتها فى ميناء القيام بحضور المرسل. وبرغم فقدان وسيلة التحفظات المدرجة فى خطاب النقل الجوى، يستطيع المرسل تقديم العون وذلك من خلال وسيلة إثبات أخرى يقيم بها الدليل على أن الطرود أو الحاويات كانت تحتوى على كمية البضاعة المبينة فى خطاب النقل^(١).

١٨ - مواعيد الاحتجاج:

إن المعاصر لنشأة إتفاقية وارسو عام ١٩٢٩ ليذكر تماما كيد نجحت هذه الإتفاقية فى القضاء على التباين والإختلاف بين النظام القانونى اللاتينى ومثيله الأنجلوسكسونى سواء من حيث أساس المسئولية وطبيعتها أم من حيث مداها. وبديلا لذلك وكما أشرنا سلفا فقد أقامت الإتفاقية نظاما موحدًا للمسئولية قوامه التوازن بين المصالح المتعارضة لأطراف عملية النقل الجوى. ومن بين معالم هذا التوازن تأتى مواعيد الاحتجاج، حيث تطلب المشرع الجوى الدولى تحرير الاحتجاج فى أجال قصيرة ابتغى بها صالح الناقل وأصحاب الحق فى البضاعة معا.

Lamy Transport, 1986, n° 6196, P. 1023.

(١)

فمن ناحية تبدو مصلحة الناقل في قصر ميعاد الاحتجاج حتى يتخفف سريعاً من عبء بعض الدعاوى التي تشغل ذهنه وترتك أعماله دون أن يكون سبب الضرر لصيقاً به. كما أن سرعة إيداء الاحتجاج لهو خير ساعد في تضيق الخناق حول المسؤول عن وقوع الضرر. ومن ناحية أخرى وبالنسبة للمرسل إليه فالإسراع بالاحتجاج لدى الناقل فور اكتشاف الضرر وكلما كان ذلك ممكناً ينفي عنه، أي عن المرسل إليه، شبهة تسببه في الضرر اللاحق ببضاعته.

وقد نصت المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو في فقرتها الثانية على وجوب إسراع المرسل إليه بالاحتجاج لدى الناقل فور اكتشافه للتلّف، على أن يكون ذلك خلال ثلاثة أيام على الأكثر بالنسبة إلى الأمتعة وسبعة أيام بالنسبة إلى البضائع من تاريخ إستلامها^(١). وفي حالة التأخير يجب الاحتجاج خلال أربعة عشر يوماً كحد أقصى من التاريخ الذي كان ينبغي فيه وضع الأمتعة أو البضائع تحت تصرفه. وقد عدل بروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥ هذه المواعيد لتصبح سبعة أيام بالنسبة لتلف الأمتعة وأربعة عشر يوماً بالنسبة لتلف البضاعة. أما التأخير فقد أصبحت مدة الاحتجاج

(١) انظر في طريقة حساب مواعيد الاحتجاج:

Gérard LEGIER. Op. Cit., 167.

عنه إحدى وعشرين يوماً^(١). ومن ثم فإن التعديل الوحيد الذى أتى به البروتوكول فى هذا الصدد يتعلق بزيادة مواعيد الاحتجاج تباعاً^(٢).

والراجح فقهاً وقضاءً إنه فى حالة النقل بين دولة طرف فى إتفاقية وارسو فقط، كالولايات المتحدة الأمريكية، وأخرى طرف فى بروتوكول لاهى المعدل لها، فإن المواعيد الواردة فى الإتفاقية الأصلية هى التى تنطبق. وإذا أحاط الشك بالمرسل إليه فى معرفة القانون الواجب التطبيق على النقل جاز له سلوك المواعيد القصيرة المنصوص عليها فى إتفاقية وارسو^(٣).

هذا ويلاحظ على مواعيد الاحتجاج التى أوردتها المادة ٢٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو أنها تفترض اكتشاف التلف بعد التسليم الأمر الذى تقصد معه التلف غير الظاهر. على أن هذا الفهم لا يحول منطقياً بين المرسل إليه وبين الاحتجاج لدى الناقل عند التسليم طالما كان التلف ظاهراً عند هذه اللحظة، ولكن يبقى التساؤل قائماً حول ما إذا كان إغفال الاحتجاج عن التلف الظاهر عند التسليم يعنى قوله من جانب المرسل إليه وبالتالي جواز الدفع فى مواجهته بعدم قبول الدعوى عن هذا التلف؟ الواضح تماماً من نص المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو أنها لا تفرق بين التلف الظاهر والتلف غير الظاهر، فكلاهما يخضع لذات المدة المقررة

- (١) المادة ١٥، فقرة ثانية، من بروتوكول لاهى لعام ١٩٥٥. وقد ظلت هذه المواعيد دون تعديل طبقاً للمادة ٣١ من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.
- (٢) وتتشابه هذه المواعيد مع تلك التى تطلبها قانون التجارة البحرية المصرى (المادة ٢٣٩ فقرة ٢) وكذلك إتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ (المادة ١٩).
- (٣) Michel de JUGLART, Op. Cit., P. 191.

للاحتجاج. ويدعم هذا القول أن قانون التجارة البحرية وهو يفرق صراحة في شأن الإخطار (الاحتجاج) بين التلف الظاهر والتلف غير الظاهر يترك الباب مفتوحاً أمام الاحتجاج عن التلف الظاهر لما بعد لحظة التسليم ولمدة لا تتجاوز يومى العمل التاليين ليوم تسليم البضاعة^(١).

وكما يتضح من نص المادة ٢٦، فقرة ثانية، من إتفاقية وارسو فإن مواعيد الاحتجاج تختلف بحسب ما إذا كان الأمر متعلقاً بتلف الأمتعة المسجلة أم بتلف البضائع. أما ميعاد الاحتجاج عن التأخير، وهو يختلف عن مواعيد التلف بصورتيه، فإنه واحد بالنسبة للأمتعة المسجلة والبضائع معاً. ويندرج تحت مفهوم التأخير وبالتالي يخضع لميعاد احتجابه تلف البضائع أو الأمتعة الناجم عن تأخير وصولهما^(٢).

ويتم حساب مواعيد الاحتجاج عن تلف الأمتعة والبضائع من تاريخ استلامها الفعلى. وبالنسبة للتأخير فيبدأ ميعاد الاحتجاج عنه من التاريخ الذى كان ينبغى فيه وضع الأمتعة أو البضائع تحت تصرف المرسل إليه. ويتحدد هذا التاريخ بالميعاد المحدد لوصول الأمتعة أو البضائع إذا وجد ثم اتفاق على هذا التحديد، أو الميعاد المعقول فى حالة عدم التحديد المسبق لميعاد النقل. وطالما أن التأخير يفترض وصول الطائرة بالأمتعة أو البضائع بعد انقضاء الميعاد المحدد فى العقد أو الميعاد المعقول فليس من الضرورى بدهاة إلزام المرسل إليه بإبداء تحفظاته على

(١) المادة ٢٣٩، فقرة أولى، من قانون التجارة البحرية.

(٢) Cour de Paris, 7 Juillet 1978, B.T., 1978 P. 514; Lamy Transport, 1986, N° 6194.

سند النقل، وإنما يجوز له إرسال احتجاج كتابي إلى الناقل خلال إحدى وعشرين يوماً^(١) من التاريخ الذي كان ينبغي فيه كما ذكرنا وضع الأمتعة أو البضائع تحت تصرفه. ويدخل في حساب مواعيد الاحتجاج الاجازات الرسمية وأيام الأعياد^(٢).

١٩ - عدم قبول التحفظات:

وإذا رفض الناقل تحفظات المرسل إليه المبداءة على البضاعة ولم يسمح بتسجيلها على النسخة المخصصة له أو على المخالصة التي يحصل عليها عند التسليم، فإن مصلحة المرسل إليه تفرض عليه هو الآخر رفض استلام البضاعة وطلب الكشف عليها بمعرفة خبراء للتحقق من حالتها. وبمجرد انتهاء الخبير من مهمته يجوز للمرسل إليه استلام البضاعة على أن يقوم بإرسال احتجاج كتابي إلى الناقل مسجل وموصى عليه بعلم الوصول، مرفق به معاينة الخبراء، وذلك في المواعيد المقررة في اتفاقية وارسو أو بروتوكول لاهاي المعدل لها.

(١) طبقاً لبروتوكول لاهاي.

(٢) Cour de Paris, 7 Juillet 1978, B.T., 1978 P. 514; Lamy Transport. 1986, N° 6198.

المبحث الثالث

جزاء تخلف الاحتجاج

٢٠- الدفع بعدم قبول الدعوى: المبدأ والاستثناء:

تنص المادة ٢٦، فقرة أولى، من اتفاقية وارسو على أن " استلام الامتعة والبضائع بدون احتجاج المرسل إليه يتشأ قرينة على أن البضائع قد تم تسليمها في حالة جيدة وطبقاً لسند النقل ما لم يثبت العكس"^(١).

ويفهم من هذا النص أنه إذا أهمل المرسل إليه لحظة استلامه البضائع في توجيه الاحتجاج إلى الناقل، فيفترض أنه تسلم للبضائع أو الامتعة في حالة جيدة ووفقاً لما هو مبين في سند النقل. ومن ثم لا يترتب على عدم الإخطار عند الإستلام سقوط دعوى المسؤولية ضد الناقل أو عدم قبولها. غاية الأمر أنه تقوم في مثل هذه الحالة قرينة قانونية لمصلحة الناقل على أنه قد أوفى بالتزامه بتسليم البضاعة سليمة كما هي مبينة في سند النقل. لكن هذه القرينة بسيطة بحيث يجوز للمرسل إليه إثبات عكسها بكافة الطرق، وذلك بأن يقيم الدليل على أن ما لحق البضائع من ضرر قد حدث أثناء عملية النقل وقبل التسليم.

(١) المادة ٣١، فقرة أولى، من اتفاقية مونتريل لعام ١٩٩٩.

وجدير بالإشارة أنه إذا أجريت معاينة للبضاعة في ميناء الوصول وأثبتت حالتها وقت التسليم بحضور الناقل ومن تسلم للبضاعة، فلا حاجة عندئذ لتوجيه الاحتجاج على أساس علم الناقل بالضرر في هذه الحالة.

والواضح من نص المادة ٢٦، فقرة أولى، سالفه الذكر أن قرينة الحالة الجيدة للبضائع المستمدة من التسليم بدون احتجاج يقتصر تطبيقها فقط على الحالة التي يتوجب فيها الاحتجاج فور التسليم. أما حينما يكون الاحتجاج واجباً في مدة معينة من تاريخ التسليم، فإن تخلف إجرائه خلال هذه المدة يجعل من حق الناقل التمسك في مواجهة المرسل إليه بالدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية. هذا ما قضت به الفقرة الرابعة من ذات المادة ٢٦ السابقة بقولها أنه " إذا لم يتم الاحتجاج في المواعيد المقررة قانوناً، فلا تقبل أية دعاوى مرفوعة على الناقل ... " ومع ذلك يستثنى مما تقدم حالة غش الناقل^(١)، حيث لا يستفيد هذا الأخير من الدفع بعدم قبول الدعوى إذا ثبت أن تخلف الاحتجاج من جانب المرسل إليه راجع إلى غش الناقل.

وإعمالاً للمبدأ القانوني العام القائل بأن الغش يفسد كل شيء، فإن حرمان الناقل من التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى نتيجة غشه لم يقصره المشرع على مجال النقل الجوي الدولي فقط بل ينطبق هذا الجزاء أيضاً على النقل الداخلي. فقد نصت المادة ٢٥١ من قانون التجارة المصري على أنه " ٢- ولا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول الدعوى وفقاً للفقرة السابقة : أ- إذا ثبت أن الهلاك أو التلف نشأ عن غش أو خطأ جسيم

(١) المادة ٢٦، فقرة رابعة، من إتفاقية وارسو.

صدر من الناقل أو من تابعيه. ب- إذا ثبت أن الناقل أو تابعيه تعمدوا إخفاء الهلاك الجزئي أو التلف". كذلك نصت شروط الاياتا الخاصة بنقل المسافرين والأمتعة على أنه " إذا لم يكن النقل دولياً بمفهوم المعاهدة ، فإن عدم الاحتجاج لا يمنع المدعى من إقامة دعواه إذا أثبت " (ب) ان عدم تحرير الاحتجاج يرجع إلى غش الناقل"^(١).

هذا ولم تتضمن اتفاقية وارسو تحديداً لمفهوم الغش الذى يحرم الناقل من التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى، مما يعنى أن المشرع قد أراد ترك أمر هذه المسألة للفقهاء والقضاء.

وقد اتسمت أحكام القضاء الفرنسى بالشدّة تجاه الناقلين لدى تفسيرها معنى الغش طبقاً لنص المادة ٢٦، فقرة رابعة، من الإتفاقية. فقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على التوسع فى مجال تطبيق هذا الاستثناء، فلم تقصره على تلك الأفعال التى يؤتيها الناقل بعد تسلمه البضاعة إلى المرسل إليه، بل يمتد أيضاً ليشمل أى أعمال أخرى تصدر منه قبل التسليم. بتعبير آخر ينطبق مفهوم الغش على كل عمل تدليسى يرتكبه الناقل أو تابعوه سواء أثناء تنفيذ عقد النقل أم بعد تمام تنفيذه وخلال المدة المقررة للمرسل إليه لإرسال الاحتجاج، وذلك للحيلولة دون تحرير هذا الاحتجاج^(٢). وعليه فقد قضى بأن " الناقل قد ارتكب خطأ عمدياً حينما

(١) المادة ١٦ من شروط الاياتا الخاصة بنقل المسافرين والأمتعة.

(٢) Paris, 8 nov. 1951, R.F.D.A. 1951, 433; JCP. 1952-II-6657, note critique chauveau; cass. commercial 22 février 1956, R.F.D.A., 1956. 220, note approbative Georgiade; J.C.P. 1956-II-9266, note Critique chauveau; R.G.A. 1956. 341 m note de juglart et chasseriaux; D. 1956. 372; B.T., 1956, P. 126.

ولت لدى المرسل إليه الاعتقاد بأن البضاعة (القابلة للتلف) ستقل مباشرة إلى لندن، بينما ثبت أن تابعيه كانت لديهم النية منذ القيام بالرسو في مطار أورلي بفرنسا. وهذا الخطأ المنطوق على غش الناقل من شأنه أن يمنعه من التمسك بعدم قبول الدعوى حتى ولو كان المرسل إليه لم يحرر احتجاجاً عن التأخير في المدة المقررة قانوناً^(١). كذلك يحرم الناقل من ميزة الدفع بعدم القبول إذا كان قد حال عمداً بين المرسل إليه وبين تحققه من البضاعة عند الوصول، كما لو قام تابعوا الناقل بسرقة البضاعة بما لم يتمكن معه المرسل إليه من إثبات التلف الحاصل للبضائع في الوقت المناسب^(٢).

وقد انتقد الفقه^(٣) موقف القضاء السابق باعتبار أنه يتعارض مع نصوص القانون الداخلي. فإذا كان صحيحاً أن اتفاقية ورسو هي المرجع الرئيسي فيما تنظمه من مسائل النقل الجوي الدولي، إلا أن التشريعات الوطنية تعد هي الأخرى بمثابة مصدر إضافي للتنظيم القانوني للنقل الجوي ليس فقط على المستوى الداخلي، بل وكذلك على الصعيد الدولي لاسيما فيما يتعلق بالمسائل الغامضة في مفهومها طبقاً للاتفاقيات الدولية.

وبالرجوع إلى قانون الطيران المدني الفرنسي الصادر في ٢ مارس عام ١٩٥٧ نراه وقد أحال فيه المشرع إلى نصوص الاتفاقية

(١) Lamy Transport, 1986. N° 6199; Tosi, Op. Cit., N° 382.

(٢) Jean ESCARRA. *Traité théorique et Pratique de droit commercial. Les Contrats Commerciaux. mandat et transports*, Librairie du Recueil SIREY, 1955, P. 352.

(٣) Chauveau, J.C.P. 1952-II-6657; J.C.P. 1956-II-9266; Tosi, Op. Cit., N° 382.

المتعلقة بالمسئولية. وبانطباقه على النقل الداخلى فقد تناولت نصوص هذا القانون مجال تطبيق الاستثناء الذى أورده المادة ٢٦، فقرة رابعة، من اتفاقية وارسو الخاص بغش الناقلين، وذلك على الوجه الذى أراح بال هؤلاء الناقلين لما وجدوا فيه من تحقيق لمصالحهم. فقد نصت المادة ٣٢١-٤، فقرة ثانية، من القانون الفرنسى على أن " الغش المنصوص عليه فى المادة ٢٦، فقرة رابعة، من اتفاقية وارسو يعنى قيام الناقل بإخفاء أو محاولة إخفاء التلف أو النقص أو التأخير، أو لجونه إلى أى وسيلة أخرى لمنع أو محاولة منع المرسل إليه من إجراء الاحتجاج فى المدد المطلوبة". ومفاد هذا النص أن الناقل لا يحرم من ميزة الدفع بعدم قبول الدعوى ما لم يكن قد ارتكب غشاً لاحقاً على تسليم البضائع إلى المرسل إليه. فكان النطاق الزمانى لسريان الاستثناء المتعلق بغش الناقل يختلف بحسب ما إذا كان نقل البضائع والأمتعة دولياً أم داخلياً.

على أى حال وباشتراط أن يكون فعله مجسداً فى شكل الغش، فإن الخطأ البسيط أو إهمال الناقل لا يكفى بذاته لاستبعاد الدفع بعدم قبول الدعوى المرفوعة عليه.

أخيراً وطبقاً للقواعد العامة فى مختلف التشريعات الوطنية، فإن القوة القاهرة إذا تسببت فى منع المرسل إليه من مراقبة حال بضاعته أو من تحرير الاحتجاج المسبب فى الوقت المناسب، شأنها شأن الغش من حيث عدم استفادة الناقل من الدفع الممنوح له بعدم قبول الدعوى المرفوعة عليه.

المبحث الرابع

آثار الاحتجاج

٢١- الأثر المزدوج للاحتجاج:

الأصل أنه يترتب على تحرير الاحتجاج في ميعاده المحدد قانونا ثبوت قيام المرسل إليه بفحص بضاعته وعدم رضائه أو اعتراضه على حالتها لدى استلامه لها. وتبعاً لذلك يحق له مباشرة دعوى المسؤولية ضد الناقل قبل انقضاءها بالتقادم.

على أن المادة ٢٦ من اتفاقية وارسو، وهي تتحدث عن الإجراءات الشكلية التي يمهد اتخاذها لرفع الدعوى، لم تُشر فحسب إلى ضرورة الاحتجاج خلال المدد المقررة له من تاريخ التسليم بل تطلبت أيضاً وكما أشرنا سلفاً إجراء هذا الاحتجاج فور استلام البضائع بواسطة صاحب الحق فيها.

وإيضاحاً لما تقدم يمكن القول بأن إجراء الاحتجاج الذي تطلبه المشرع الجوى الدولي قد أريد به تعطيل العمل بقاعدتين مختلفتين رغم أن إحداهما تكمل الأخرى. فمن ناحية يمثل الاحتجاج كمبدأ عام صمام المحافظة على حق المرسل إليه فى الرجوع على الناقل دون أن يواجهه هذا الأخير بسلاح الدفع بعدم قبول الدعوى طبقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة ٢٦ سالفه الذكر. لكنه ومن ناحية أخرى يعد خطوة أولية يستطيع

بها المرسل إليه أن يدحض قرينة الحالة الجيدة والتسليم المطابق للبضاعة والتي أشارت إليها الفقرة الأولى من ذات المادة^(١). وإذا كان لدحض تلك القرينة فائدة فهي بلا شك نقل عبء الإثبات إلى عاتق الناقل. بيد أن مثل هذه النتيجة شرطها الوحيد أن يتم احتجاج المرسل إليه لحظة استلام البضائع أو الأمتعة. ويفترض ذلك بطبيعة الحال أن تتاح الفرصة للمرسل إليه حتى يتمكن من فحص بضائعه والتحقق من حالتها قبل إعطاء الناقل أو نائبه إيصال بالإستلام.

أما إذا تسلّم المرسل إليه بضائعه عند الوصول دون إبداء أى تحفظ كتابى على حالتها، فهذا ليس معناه نهاية المطاف بالنسبة إليه. غاية الأمر أن فرص نجاحه في دعواه ضد الناقل قد تنقلص بسبب صعوبة الإثبات الملقى على عاتقه، إذ يجب عليه عندئذ أن يقيم الدليل على سبق وقوع الضرر على التسليم وهو بالأمر العسير لعدم تواجده على مسرح الحادث عند وقوع الضرر^(٢).

وبإيجاز فقد أراد المشرع الجوى توفير الوقت والجهد على المرسل إليه حينما طلب منه بطريقة غير مباشرة بذل العناية فى فحص ومراقبة بضائعه، فإن تبين له عند الاستلام عدم مطابقتها مع سند النقل وجب عليه فوراً تسجيل اعتراضه عبر تحفظات مكتوبة على السند. خلافاً لذلك فإن المرسل إليه لا يلومن إلا نفسه إذ لا يتبقى له حينئذ سوى التمسك

(١) انظر فى تطبيق ذلك على إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩:

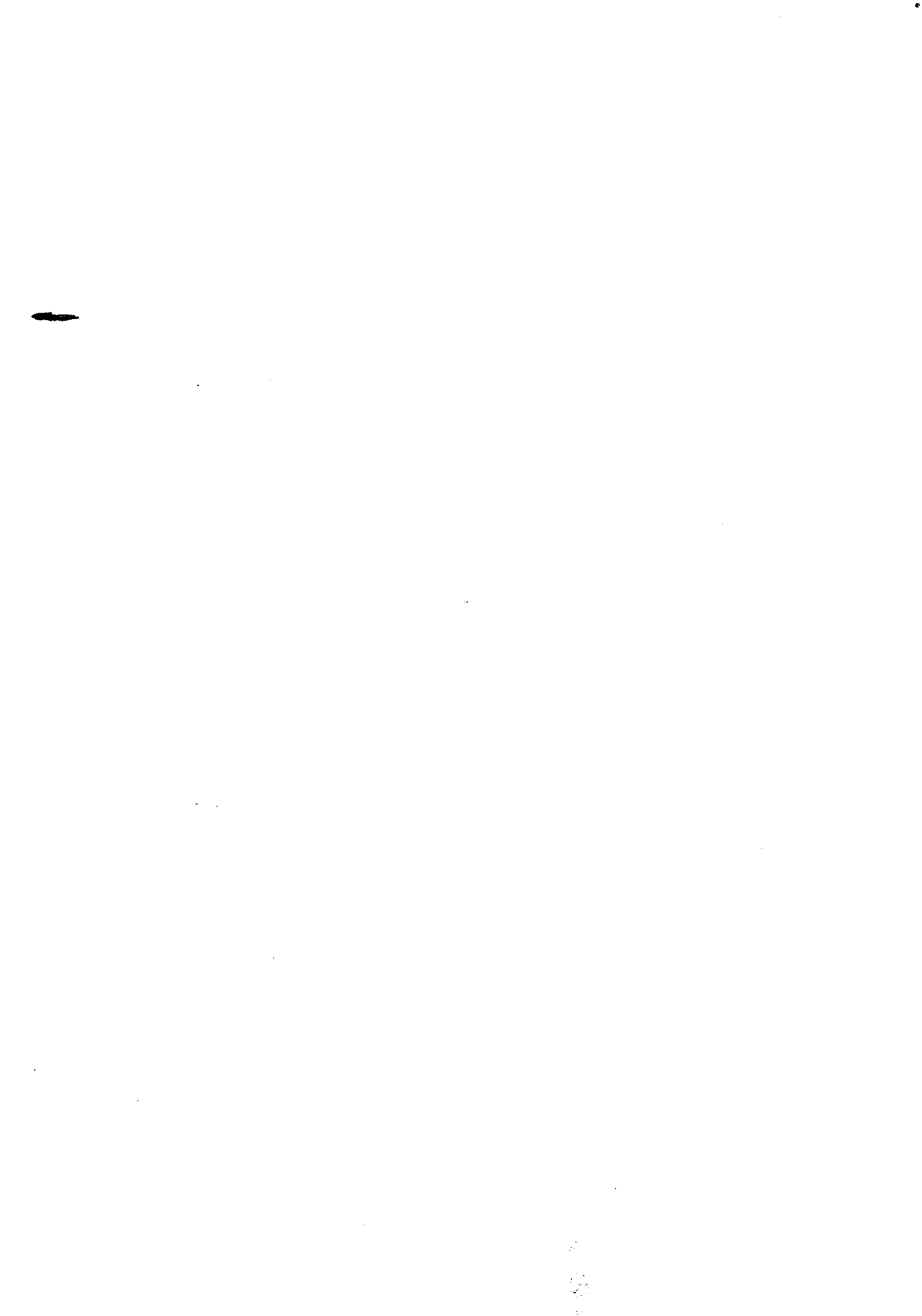
Tosi, Transport Aérien, juris-classeurs, commercial, 1995, Fasc, 925, n° 102.

God Froid, Op. Cit., N° 8, P. 571.

(٢)

بطوق النجاة الأخير، وهو الإسراع بإجراء الاحتجاج في المدة المنصوص عليها في الإتفاقية، وذلك تفاديا لسقوط حقه في مباشرة دعوى الرجوع على الناقل. فإذا فلت من هذا السقوط يجب عليه أيضا أن أمل في كسب دعواه أن يتكفل كما أسلفنا بإثبات وجود تلف أو نقص بالبضاعة لحظة تسليمها إليه. وبرغم أن هذا العبء الثقيل في الإثبات ظاهره القسوة تجاه أصحاب الحق في البضاعة إلا أن باطنه العدل، فكما يتولد الشك في حدوث الضرر أثناء النقل ينتقى اليقين بأن هذا الضرر لم يقع بعد التسليم. ولا يقطع الشك باليقين إلا إسراع المرسل إليه بإجراء الاحتجاج بعد التسليم كلما كان ذلك ممكنا، فبدهى أن طول الفاصل بين تسليم البضائع إلى صاحب الحق فيها وبين الإبلاغ عن الضرر اللاحق بها يزيد من صعوبة تحديد زمن وقوع هذا الضرر ومن ثم شخص المسؤول عنه.

تم بحمد الله



الخاتمة

كان ذلك عرضاً للنطاق الإجرائى لمسئولية الناقل الجوى الدولى عن الضرر اللاحق بالبضائع والتأخير، وهو النطاق الذى رصد له المشرع الدولى المادة ٢٦ من إتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩.

وقد لاحظنا على مدار الدراسة السابقة مدى أهمية مضمون هذه المادة فى تحقيق الهدف الذى أتت إتفاقية وارسو من أجل تحقيقه، لاسيما وأن فقراتها تلمس جوانب عديدة من القواعد الموضوعية لمسئولية الناقل الجوى للبضائع. فأمام إختلال ميزان القوى فى عقد النقل الجوى أراد المشرع الدولى عبر تنظيمه لأحكام تلك المسئولية من خلال إتفاقية وارسو والإتفاقيات المعدلة والمكملة لها، إقامة نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة للناقلين الجويين والشاحنين. هذا التوازن بين القوى الاقتصادية لأطراف عقد النقل لا يكفى لبلوغه إحكام السيطرة النظرية على نظام المسئولية بقواعد موضوعية أمره، بل يجب تدعيم هذه القواعد بأخرى إجرائية لتفعيل ذلك النظام من الناحية العملية. فكأن النظام الموضوعى لمسئولية الناقل الجوى طبقاً لإتفاقية وارسو لا يمكن أن يبلغ هدفه من دون مساهمة أحكام دعوى المسئولية.

وفى معالجته لأحكام الدفع بعدم قبول الدعوى كجزء على عدم الاحتجاج وجدنا المشرع الجوى الدولى وقد جاء موقفه وسطاً بين المرونة التى تتميز بها نظيره البحرى والشدة أو القسوة التى اتسم بها المشرع البرى. وبرغم أهمية النتائج المترتبة على تطبيق المادة ٢٦ من إتفاقية

وارسو، فقد شاب بعض عباراتها وألفاظها شئ من الغموض تارة والنقص تارة أخرى بما جعل مهمة القضاء والفقهاء على قدر من الدقة والصعوبة. فحتى تتحقق الغاية من وحدة الحلول في مجال النقل الجوي الدولي يتعين على القاضى، وهو مباشر وظيفته في تفسير إرادة مشرعى الإتفاقية، عدم اغفال السوابق القضائية في الدول الأعضاء الأخرى على مختلف مدارسها القانونية. وفي كل الأحوال يجب ألا يصل به هذا التفسير إلى حد تعديل أى من نصوص الإتفاقية التى أرادها المشرع ميزاناً للعدالة فى تحقيق مصالح أطراف عقد النقل.

ومما يؤكد على ضرورة تنامى دور القضاء والفقهاء فى هذا الصدد أن اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، رغم صدورها بعد طول انتظار، قد أبقت على أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى كما وردت فى الإتفاقية الأصلية دون المساس بجوهره.

مراجع الدراسة

أولاً: المراجع العربية:

- ١- د. أبوزيد رضوان، القانون الجوي، دار الفكر العربى.
- ٢- د. ثروت أنيس الأسيوطى، قانون الطيران المدنى، ١٩٦٦.
- ٣- د. رفعت فخرى، حول أحكام النقل الجوى الداخلى طبقاً لقانون التجارة المصرى الجديد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد ٤٤، يناير عام ٢٠٠٢.
- ٤- د. رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى ، ١٩٩٤.
- ٥- د. على البارودى ود. محمد فريد العريبي، القانون التجارى، الجزء الثانى، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.
- ٦- د. فاروق زاهر، تحديد مسئولية الناقل الجوى، دراسة فى اتفاقية فارسوفيا والبروتوكولات المعدلة لها، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.
- ٧- د. محمد السيد الفقى، القانون البحرى، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦.

- ٨- د. محمد السيد الفقى، تطور قواعد قانون النقل البحرى تحت تأثير استخدام الحاويات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ملحق العدد الأول، ٢٠٠٥.
- ٩- د. محمد فريد العرينى، القانون الجوى، النقل الداخلى والنقل الدولى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
- ١٠- د. مصطفى كمال طه، القانون البحرى، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.

ثانيا: المراجع الأجنبية:

- 1- BENATHAR, La responsabilité du transporteur aérien en droit Français interne, Thèse, Paris, 1962.
- 2- BERLE, Les Libertés de l'air, Revue General du droit Aérien 1946.
- 3- Chauveau, Droit aérien, 1952.
- 4- De Juglart, Traité de droit aérien. Tome 2, 2^e édition, L.G.D.J. 1992.
- 5- EL ARINY, La responsabilité du transporteur aérien pour retard d'après l'article 19 de la convention de Varsovi de 1929. Thèse, Dact. Paris. 1970.
- 6- ESCARRA, Traité théorique et Pratique de droit commercial. les contrats commerciaux, mandat et transports. Librairive de Recueil SIREY, 1955.
- 7- GODFROID, Les transports aériens. Revue Française de Aérien et SPATIAL, Vol. 178, N^o 2. 1991.

- 8- Lamy Transport, 1986, N° 6195.
- 9- LEGIER, L'application de la Convention de Varsovie par les juridictions Américaines: Évolution de la jurisprudence. Revue Française de droit Aérien et spatial, Pendon, Vol. 186-N° 2-1993.
- 10- Mankiewiz, “ Conflits entre la convention de Varsovie et le protocole de la Haye”, RGDA, 1956.
- 11- Remond-Gouilloud, Droit Maritime. 2^e édition, N° 2, Pedone 1993.
- 12- Rodière, Droit des transport, 2^e édition, t.2, 1977.
- 13- Rodère, Droit des transports terrestres et aériens, 1977.
- 14- Rodière, Etudes sur le transport aérien de marchandises, B.T. N° 1.
- 15- Tosi, Responsabilité Aérienne, Litec, 1978.
- 16- Tosi, Transport Aérien, juris-classeurs. commercial, 1995. Fasc. 925, N° 102.
- 17- WAGNER. Les Libertés de L'air, 1948.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
	مقدمة
371 أهمية النقل الجوى
374 التنظيم القانون للنقل الجوى الداخلى والدولى
389 مسئولية الناقل الجوى للبضائع
392 النطاق الاجرائى لمسئولية الناقل الجوى وخطة البحث
397	المبحث الأول: حالات الاحتجاج
399 أولاً: التلف
403 ثانياً: الهلاك الجزئى أو النقص
417 ثالثاً: الهلاك الكلى
423 رابعاً: التأخير
	المبحث الثانى: شروط صحة الاحتجاج
427 طرفا الاحتجاج
429 شكل الاحتجاج
433 حجية التحفظات فى مواجهة الناقل
435 مواعيد الاحتجاج
	المبحث الثالث: جزاء تخلف الاحتجاج
440 الدفع بعدم قبول الدعوى: المبدأ والاستثناء
	المبحث الرابع: آثار الاحتجاج
445 الأثر المزدوج للاحتجاج
449 الغائمة
451 المراجع
455 الفهرس

القانون الواجب التطبيق على

العلاقات القانونية المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي

د. مصطفى ياسين محمد الأصبحي

أستاذ مساعد ورئيس قسم القانون الدولي الخاص

بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

المقدمة :

تعد سوق الأوراق المالية من أهم المؤسسات العاملة في سوق رأس المال ، بل من أهم المؤسسات المؤثرة في اقتصاديات الدول ، وبقدر ما يوصف هذه السوق بالثبات والقوة والاستقرار والنشاط يوصف اقتصاد ذلك الدولة ، فهو المرآة التي ينعكس عليها اقتصاد البلاد ويطلق على هذا السوق لفظ ((البورصة)) . ويراد بها المكان الذي يتم فيه التعامل على صكوك أو حاصلات معينة تحت إشراف السلطة . وقد يستخدم لفظ البورصة للدلالة على مجموعة العمليات التي تتم فيها ، ولذلك يقال مثلاً إن البورصة هادئة أو متماسكة والمقصود عمليات التداول¹ .

ولا شك أن التطور المستمر للاتصالات الدولية وتزايد عدد الشركات الكبرى التي تتراكم فيها رؤوس أموال عملاقة ، يقتضي استثمار جزء من هذه الأموال في دول أخرى غير التي توجد فيها تلك الشركات. أو بعبارة أخرى فإن حركة تداول أو انتقال الأموال الحالية جعلت المضاربين لا يكتفون ، كما كان من قبل ، بإجراء عمليات في بورصات بلادهم فقط ، بل أصبحت الأموال تنتقل من دولة إلى أخرى بصفة مستمرة ، حيث يأمل المضاربون الحصول على عائد أفضل من استخدام

¹ - عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، دار النشر للجامعات-مصر، الطبعة الأولى

سنة ١٩٩٨م ، صفحة ٥١ .

أموالهم في البورصات الأجنبية . ومن ناحية أخرى فإن الشركات العملاقة ، لكي تحصل على تقويم أعلى للأوراق التي تصدرها ، فإنها تهتم بتقييدها ، ليس في بورصات بلدها الأصلي فقط ، بل أيضاً في بورصات الدول الأجنبية . وإن السندات التي تصدرها الدول أو الشركات بمبالغ هائلة تستلزم الالتجاء إلى الرأسماليين في كافة الدول . وحتى يتحقق ذلك فإن هذه الصكوك سوف تقيّد في الدول التي يكتب فيها المستثمرون .² وتتم عمليات البورصة أي تداول الأوراق المالية، سواء أكان بالبيع أم الشراء ، بواسطة الوسطاء الماليين في البورصة. لحساب مصدري الأوامر (الزبائن). خارج البورصة . ومصدر الأمر بالبيع أو الشراء (الزبون). قد يكون شخصاً أجنبياً (فرداً أو شركة) مقيماً في الدولة التي توجد فيها البورصة أو خارجها . ونتيجة لذلك تنشأ علاقتان، الأولى : بين الوسطاء فيما بينهم، والثانية : بين الوسيط والزبون (مصدر الأمر). وهنا تثار مشكلة تنازع القوانين بشأن تلك العلاقات الخاصة، وذلك لتطرق العنصر الأجنبي فيها .³

² - صالح احمد البربري ، بورصة الأوراق المالية والممارسات التي تؤثر في كفاءة أداء وظائفها وقواعد الضبط، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ٢٠٠١م.

³ - للتفصيل بشأن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ومعايير دولية عقود التجارة الدولية يراجع الدكتور: هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة سنة ١٩٩٥م ، صفحة ٤٧ وما بعدها . الدكتور : محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، شركة الجلال للطباعة بالإسكندرية ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة سنة ٢٠٠٠ ، صفحة ٤١ وما بعدها . الدكتور : عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول في تنازع القوانين ، كلية شرطة دبي ، طبعة سنة ١٩٩٧م ، صفحة ٦٨٩ وما بعدها . الدكتور : هشام أحمد محمود عبد العال ، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص ، النسر الذهبي للطباعة ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، طبعة سنة ٢٠٠٠م ، صفحة ٥٦ وما بعدها . الدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، مطبعة معهد دون بوسكو بالإسكندرية ، الناشر دار المعارف بمصر ، طبعة سنة ١٩٧٥ ، صفحة ٨ وما بعدها . الدكتور : جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، المطبعة العالمية بالقاهرة ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٦٦ ، صفحة ٥٣٩ وما بعدها . الدكتور : ماهر إبراهيم السداوي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، في القانون المقارن والقانون اليمني ، ملتمز الطبع والنشر مكتبة سعيد رأفت بالقاهرة ، صفحة ٣ وما بعدها . الدكتور : فواد رياض و سامية راشد وعنايت عبد

ويعد موضوع البحث من أهم مسائل التجارة الدولية في ظل عولمة أسواق رأس المال، حيث عقدت منظمة التجارة العالمية اتفاقاً حول تحرير الخدمات المالية وقعته سبعون دولة في ١٣ ديسمبر ١٩٩٧م بجنيف، وقضى هذا الاتفاق بتحرير النشاط المالي في مجالات البنوك، والتأمين، والسمسرة في الأوراق المالية.^٤ ولتلك الأهمية كان اختيارنا لموضوع البحث، للوقوف على التنظيم القانوني لعمليات البورصة ذات الطابع الدولي في الدول العربية لمعرفة مدى مساهمتها لتشريعات الدول الأخرى وبالذات المتقدمة منها، ومعرفة مكامن القوى والقصور فيها. ومن ناحية أخرى فإن موضوع البحث لم يلق اهتمام الباحثين في الوطن العربي لندرة المراجع والدراسات والأبحاث المتعمقة والتأصيلية والنقدية في هذا المجال، وهذا راجع إلى صعوبة البحث فيه. بالإضافة إلى حاجة المشرع والقاضي والمحامي والباحث في الوطن العربي لهذا البحث الذي يطرق لأول مرة، وذلك للاستفادة منه في حياتهم العلمية والعملية.

وبالتالي فإن الدراسة في هذا البحث ستقسم إلى ثلاثة مباحث وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

- البحث الأول: ما هي الأسواق والأوراق المالية.
- البحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسطاء فيما بينهم.
- البحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على العلاقة بين الوسطاء وزبائنهم.
- الخاتمة: وسيتم تضمينها أهم النتائج التي سيتم التوصل إليها من خلال الدراسة وكذلك أهم المقترحات والتوصيات.

الحמיד، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية سنة ١٩٩١م، صفحة ٧ وما بعدها. الدكتور: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، توزيع مؤسسة الثقافة الجديدة بالإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٢م، صفحة ٨ وما بعدها.

٤ - للتفصيل راجع الدكتور صالح البربري، رسالة سابقة، صفحة ٤٥ وما بعدها.

المبحث الأول

ماهية الأسواق والأوراق المالية

وستنقسم هذه الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول : ماهية الأسواق المالية.

المطلب الثانية : ماهية الأوراق المالية.

المطلب الأول

مفهوم سوق الأوراق المالية (البورصة)

يعتبر المال عصب الحياة الاقتصادية ، وتعتبر سوق رأس المال المحرك الرئيسي للنمو الاقتصادي في الدول، إذ إن التطور الاقتصادي يرتبط بشكل وثيق بوجود سوق رأس مال مزدهرة ومتطورة .⁵

ويمكن القول بأن أسواق المال تتكون من مجموعة من العلاقات المؤسسية التي تحكم العلاقة بين طالبي وعارضي النقود . فأسواق المال ترتبط أساساً بعمليات إقراض واقتراض النقود ، وهي تقوم على أساس أن بعض الوحدات الاقتصادية أو بعض الأفراد يتحقق لديهم فائض من النقد لا يحتاجون إليه لمدة زمنية قد تطول أو تقصر ، ويرغبون في استثمار هذا الفائض فيما يعود عليهم بالربح خلال هذا المدى الزمني . وقد يكون لدى بعض من الوحدات الاقتصادية بعض العجز أو القصور في الموارد النقدية اللازمة للنشاط الاقتصادي خلال مدى زمني معين . وتكون وسيلة سد هذا العجز أو القصور في الموارد المالية هو اللجوء ، من خلال أسلوب من أساليب التمويل المختلفة ، إلى أفراد الطائفة الأولى التي تمثل جانب العرض في

⁵ - المحامي محمد يوسف ياسين ، البورصة، منشورات الخليلي الحقوقية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة

أسواق المال ويطلق عليهم "المستثمرون"، في حين أن أفراد الطائفة الأخيرة تمثل جانب الطلب اللازم لقيام السوق ويطلق عليهم "المقترضون" أو "المنظمون". وحتى يتم التلاقي المنظم بين العرض والطلب كان لابد من وجود مؤسسات متخصصة في العمل كوسطاء بين جانب العرض والطلب في أسواق المال، مثل البنوك، بيوت توظيف الأموال، وصناديق الادخار وبيوت السمسة والبورصات. ^٦ ويقسم غالبية الكتاب سوق المال إلى أسواق النقد، وأسواق رأس المال. وتشمل تلك الأخيرة البورصات والبنوك التجارية. ويعتمد هذا التقسيم على المدى الزمني للاستثمار. وذلك على النحو الآتي :

١- أسواق قصيرة الأجل : وهي ما تسمى بأسواق النقد. وهي معاملات تقوم على منح الائتمان إلى من يحتاج، سواء كانت الحكومة أو الوحدات الاقتصادية أو الأفراد، لمدة لا تتجاوز السنة. ويتولى الجهاز المصرفي ممثلاً في البنك المركزي والبنوك التجارية القيام بهذه العمليات. فالبنك المركزي يقرض الحكومة عما تصدره وزارة المالية من أذون الخزانة. وهي أذون قصيرة الأجل تكون عادة لمدة ثلاثة شهور، وتجدد لمدد أخرى تكون اثني عشر شهراً كحد أقصى. كما تقوم البنوك التجارية بخصم الكمبيالات أو تنقل ملكيتها إلى البنك، الذي يدفع للعميل قيمتها مخصوماً منها قيمة الفوائد حتى أجل الاستحقاق وعمولات التحصيل والمصاريف الأخرى. كما أنها تقدم القروض إلى العملاء لآجال لا تتجاوز في الغالب مدة السنة .

٢- أسواق متوسطة وطويلة الآجال : وهي ما تسمى بأسواق رأس المال. ويتم فيها التعامل لآجال متوسطة وطويلة حيث يتعلق الأمر بتكوين رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات العامة أو الخاصة، التي تحتاج إلى تمويل استثماري لآجال طويلة، تغطي فترة التكوين وإنشاء المشروع حتى يبدأ الإنتاج. وبالتالي عندما تتدفق الموارد النقدية يقوم المشروع بسداد أصل القرض وفوائده، كما هو الحال في

^٦- الدكتور صالح احمد البربري، بورصة الأوراق المالية والممارسات التي تؤثر في كفاءة أداء وظائفها وقواعدها الضبط، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ٢٠٠١م، صفحة ٤١ وما بعدها.

التمويل عن طريق السندات. أو يتم الحصول على الأموال اللازمة عن طريق طرح أسهم المشروع للاكتتاب العام. فهذه السوق تتعلق بتوظيف الأموال في شراء الأوراق المالية سواء في شكل أسهم أو سندات تمتد لفترة زمنية طويلة، تصل إلى عمر الشركة ذاتها كما هو الحال بالنسبة للأسهم، وقد تمتد لفترة لا تقل غالباً عن خمس سنوات كما هو الحال بالنسبة للسندات.^٧ بالإضافة إلى التعامل بصكوك التمويل ذات العائد المتغير-وهي صكوك ذات طبيعة خاصة- إذ تمثل قرصاً لصاحبها على الشركة المقترضة وتعطي صاحبها عائداً متغيراً، بالإضافة إلى قيمة الصك عند حلول أجله.^٨

وهذه الأسواق نوعان: الأول: سوق إصدار الأوراق المالية، الثانية: سوق التداول.

الأول: سوق الإصدار (أو السوق الأولية): وهي السوق التي تشمل بيع وشراء الأوراق المالية التي تطرح أول مرة من طرف الهيئات والشركات التي تصدرها، ويكتب فيها الأفراد والمؤسسات، وينشأ بداخل هذه السوق علاقة مباشرة بين المدخر والمستثمر.^٩ أي تكون علاقة البيع والشراء بين المستثمرين والمصدرين مباشرة، وعادة ما تحمل الأوراق المالية حتى نهاية مدتها ثم ترد إلى مصدرها للحصول على قيمتها الاسمية.^{١٠}

ويتجلى دور السوق الأولية في تنظيم ومراقبة إصدار الأوراق المالية قبل عرضها للتداول في السوق الثانوية لجمهور المستثمرين، ويتولى هذا التنظيم والإشراف عليه كل من وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، وهيئة سوق المال في مصر، وهيئة الاستثمار، والبنك المركزي. ولهذه الجهات دور محدد في عمليات السوق الأولية،

٧- الدكتور صالح احمد البربري، رسالة سابقة، صفحة ٤٣ وما بعدها.

٨- الدكتور عطية فياض، مرجع سابق، صفحة ٤٥.

٩- الدكتور عطية فياض، مرجع سابق، صفحة ٤٥.

١٠- المحامي محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، صفحة ١١.

ويبين قانون كل جهة اختصاصاتها ومدى صلاحيتها من حيث الترخيص والمراقبة والتنظيم لجميع إصدارات الأوراق المالية في مصر.

ويقوم بشراء الأوراق المالية المصدرة بواسطة الشركات والهيئات الفئات الآتية:

- الهيئات المالية وتشمل البنوك، شركات الاستثمار، شركات التأمين، تجار الأوراق المالية ومن الأفراد وبنوك الاستثمار .

- المستثمرون وهم إما أفراد وإما مشروعات تجارية وصناعية.^{١١}

الثاني: الأسواق الثانوية (أسواق التداول) : يتم فيها التعامل بالبيع والشراء للأوراق المالية بعد إصدارها ووفقاً للنظم السليمة لتشغيل البورصات فإنه لا يجوز التعامل بالأوراق المالية خارج البورصة ويقصر التعامل داخل البورصة على وسطاء السوق حيث إنهم يمثلون حلقة الوصل بين البائعين والمشتريين.^{١٢} بيد أن عمليات سوق الأوراق المالية تمثل الجانب الأكبر من المعاملات في سوق رأس المال في الدول المتقدمة، لدرجة أن بعض الباحثين ينظر إليها على أنها تمثل وحدها سوق رأس المال . والتعامل في سوق الأوراق المالية الثانوية لا ينحصر فقط في العمليات العاجلة التي تصفي فوراً بدفع قيمة الأوراق واستلامها، وإنما ينسحب أيضاً إلى العمليات الآجلة التي تعقد ولا تصفى إلا في مواعيد محددة. والعمليات العاجلة تتمثل في المعاملات التي تستهدف بالفعل توظيفاً حقيقياً للأموال بهدف الحصول على ربح سنوي من عائد الأوراق المشتراة بينما تكون المضاربة عادةً الهدف من العمليات الآجلة.^{١٣} أي أن سوق التداول يقوم بعمليات متعددة في الأوراق المالية، فقد يقوم بعمليات حاضرة وعاجلة، أو عمليات آجلة أو يقوم بعمليات الاختيارات. ويلاحظ أن كلا من السوق الأولية والسوق الثانوية يؤثر أحدهما في الآخر، فإذا كانت هناك بورصة نشطة يتم فيها تداول الأوراق المالية بكفاءة ويسر فإن هذا يشجع المستثمرين على ارتياد سوق الإصدار، ذلك أنهم يكونون مطمئنين إلى إمكانية تحقيق السيولة،

^{١١} - الدكتور عطية فياض، مرجع سابق، صفحة ٤٦.

^{١٢} - الدكتور عطية فياض، مرجع سابق، صفحة ٤٦.

^{١٣} - انخامي محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، صفحة ١٢.

والسعر العادل لما اكتتبوا فيه من الأوراق المالية، وفي الجانب المقابل فإن الإقبال على تأسيس شركات المساهمة والاكتتاب فيها ((سوق الإصدار)) من شأنه أن يتيح مزيداً من الأوراق المالية التي تجد طريقها إلى البورصة ((سوق التداول)) فينشط هذا ويحقق أهدافه في إضفاء السعر العادل والسيولة للأوراق المقيدة في ضوء تقييمها حسب ظروف العرض والطلب.^{١٤}

ولذلك عرف بعض الفقه البورصة بأنها ((اجتماع يعقد في مكان معين، في مواعيد دورية، بين متعاملين بالبيع والشراء في أوراق مالية أو حاصلات زراعية أو صناعية)).^{١٥} وعرفها البعض الآخر من الفقه بأنها ((سوق مستمرة ثابتة المكان تقام في مركز التجارة في مواعيد محددة- يغلب أن تكون يومية- يجتمع فيها أصحاب رؤوس الأموال ومساعدتهم للتعامل في الأوراق المالية وفقاً لنظم ثابتة ولوائح محددة)).^{١٦}

والراجح أن البورصة هي ((سوق منظمة تعقد في مكان معين ، في أوقات دورية، بين المتعاملين بيعاً وشراءً بمختلف الأوراق المالية. ويعمل في هذه السوق أشخاص مختصون هم سمسرة ووسطاء رسميون وفي الشكل المحدد قانوناً؛ وتتصف هذه العمليات بالصبغة التجارية)).^{١٧}

١٤ - الدكتور عطية فياض، مرجع سابق، صفحة ٤٦.

١٥ - وقد تطلق كلمة بورصة على المكان الذي ينعقد فيه هذا الاجتماع. الدكتور محمد صالح بك، شرح القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الناشر مكتبة عبد الله وهبة بمصر، طبعة سنة ١٩٤٥م، صفحة ٤ وما بعدها.

١٦ - الدكتور عطية فياض، مرجع سابق، صفحة ٥٢. ويعرف البعض البورصة بأنها: ((مجموعة العمليات التي تتم في مكان معين بين مجموعة من الناس لإبرام صفقات تجارية حول منتجات زراعية أو صناعية أو أوراق مالية، سواء أكان محل الصفقة حاضراً - وجود نموذج أو عينة منه - أم غائباً عن مكان العقد، أم حتى لا وجود له أثناء التعاقد (معدوم) لكن يمكن أن يوجد)). الدكتور وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر لطباعة والنشر، دمشق - بيروت الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٢م، صفحة ٤٨٣. وللمزيد من التعاريف يراجع:

المحامي محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، صفحة ١٥ وما بعدها.

١٧ - المحامي محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، صفحة ١٦.

المطلب الثاني

المقصود بالأوراق المالية

الأوراق المالية هي السلعة التي يتم تبادلها بيعاً وشراءً في بورصة الأوراق المالية.¹⁸ وهي: الصكوك التي تصدرها الشركات أو الدول من أسهم وسندات قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية ((البورصة)).¹⁹ أي أن الورقة المالية هي صك ينشئ حقاً، ويمكن تقويمه وتداوله بسهولة في بورصة الأوراق المالية، وهو يثبت بطريقة مؤكدة ما يمثله من حقوق.²⁰ وتنقسم الأوراق المالية المتعامل بها بيعاً وشراءً في السوق المالي إلى نوعين: هما الأسهم، والسندات. ولذلك نتناول كل نوع في فرع مستقل وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الأسهم.

الفرع الثاني: السندات.

الفرع الأول

الأسهم

أولاً: تعريف السهم:

18 - الدكتور صالح احمد البربري، مرجع سابق، صفحة ٥٦.

19 - محمود عبد الكريم احمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر

والتوزيع بالأردن، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١م، صفحة ٢١٠.

20 - الدكتور صالح احمد البربري، رسالة سابقة، صفحة ٥٦.

لم تعن الكثير من التشريعات بتعريف السهم ، وتبيان طبيعة حق المساهم فيه .
 والواقع أن لفظة السهم تعني في الحقيقة أمرين : أولهما : ذلك النصيب الذي يشترك
 به المساهم في رأس مال الشركة ، أو حق المساهم في الشركة . وثانيها : ويغلب
 عليه طابع مادي ، إذ يقصد بالسهم ذلك الصك المكتوب والذي يتمثل فيه حق
 المساهم ويغول ممارسة الحقوق الناتجة عن هذا الحق .^{٢١} وبناءً على ذلك يمكن
 تعريف الأسهم بأنها ((صكوك متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية
 والتي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة التي أسهم في رأس مالها ، وتخول له بصفته
 هذه ممارسة حقوقه في الشركة ولاسيما حقه في الحصول على الأرباح)) .^{٢٢} أو
 بعبارة أخرى فإن السهم يمثل حق دائنية للمساهم قبل الشركة يخوله الحصول على
 نسبة من أرباحها والاشتراك في ناتج تصفية أموال الشركة عند انحلالها .^{٢٣}

وتتنوع الأسهم بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها ، فبحسب شكلها ، تنقسم إلى
 أسهم إسمية ولحاملها ولأمر . وبحسب طبيعة الحصة التي تمثلها ، تنقسم الأسهم إلى
 نقدية وعينية . وبحسب الحقوق التي تمثلها لأصحابها ، تنقسم إلى أسهم عادية
 واسهم ممتازة . وبحسب علاقتها برأس المال ،^{٢٤} تنقسم إلى أسهم رأس مال وأسهم
 تمتع .

ثانياً : خصائص الأسهم :

تتسم أسهم الشركات بخصائص أوضحتها نصوص الكثير من التشريعات
 المقارنة . وهي كالآتي :

- 21 - الدكتور أبو زيد رضوان ، شركات المساهمة ، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٨٣ م ، صفحة ١٠٨ . وقد عرف الدكتور محمود سمير الشرفاوي السهم بأنه : ((حصة المساهم في شركة الأموال ، ويقابل حصة الشريك في شركة الأشخاص)) . القانون التجاري ، الجزء الأول ، مطبعة العمرانية للاؤفست بالقاهرة ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٣ م ، صفحة ٣٢٤ .
- 22 - الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١٠٨ .
- 23 - الدكتور محمود سمير الشرفاوي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٢٤ .
- 24 - محمد يوسف ياسين ، البورصة ، منشورات الحلبي الحقوقية بلبنان ، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤ م ، صفحة ٤٣ .

(١) متساوية القيمة : فلا يجوز إصدار أسهم بقيم مختلفة ، ^{٢٥} وهذا ما نصت عليه المادة (٥٩) من قانون الشركات اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م وتعديلاته ، والمادة (١/٣١) من القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة . وهذه القيمة المتساوية هي القيمة الاسمية التي يصدر بها السهم . ^{٢٦} وتساوى الأسهم في القيمة تقتضى تساوي الحقوق التي يمنحها كل سهم ، وفي ذلك تيسر كبير من الناحية العملية ، إلا أن هذا المبدأ ليس من النظام العام ، فيجوز أن تصدر الشركة أسهماً ممتازة تعطي حقوقاً أو مزايا أكبر من الأسهم العادية. وإنما لا بد من المساواة بين الأسهم التي تنتمي إلى طائفة واحدة . ^{٢٧}

وقد تختلف القيمة الاسمية للسهم أو قيمة الإصدار عن القيمة السوقية للسهم والقيمة الفعلية أو الحقيقية له. فإذا كانت القيمة الاسمية هي القيمة التي يصدر بها السهم والتي تدون عليه ويحسب على أساسها مجموع رأس مال الشركة ، فإن القيمة السوقية للسهم هي القيمة التي تتحدد على ضوء سعر السهم في سوق الأوراق المالية ، وهي قيمة عرضة للتقلبات وتدور دائماً بين الارتفاع والانخفاض تبعاً لمدى سلامة المركز المالي للشركة ونجاح مشروعها ومدى ما تدره من أرباح ، أما القيمة الفعلية أو الحقيقية للسهم فهي القيمة المالية التي يمثلها السهم في صافي أصول وموجودات الشركة . وهي الأخرى تختلف باختلاف مدى سلامة المركز المالي للشركة وتحقيقها للأرباح . ولا تتبلور هذه القيمة الفعلية نهائياً إلا عند تصفية الشركة وتسوية ديونها . سواء تصفية نهائية عندما تحل الشركة ، أو تصفية نظرية

25 - الدكتور على البارودي ، القانون التجاري ، مطابع مؤسسة الأهرام ، المكتب المصري الحديث للطباعة

والنشر بالإسكندرية ، طبعة سنة ١٩٦٩م ، صفحة ٢٩٦ .

26 - لمزيد من التفصيل يراجع : الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١١١ وما بعدها .

27 - الدكتور على البارودي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٩٦ .

مثل ما يحدث عند اندماج الشركات . ومتى تعين أن يكون للسهم قيمة اسمية محددة ، وجب الاكتاب فيه بكامل هذه القيمة .²⁸

ب) عدم قابلية السهم للتجزئة : ويعني ذلك أن السهم لا يقبل الانقسام، فلا يجوز أن يتعدد مالكو السهم أمام الشركة. فإذا آلت ملكية السهم إلى أكثر من شخص نتيجة إرث أو هبة أو وصية فإن هذه التجزئة وان كانت صحيحة بين هؤلاء ، إلا أنها لا تسري في مواجهة الشركة ، ويتعين على هؤلاء أن يتفقوا على اختيار شخص واحد من بينهم أو من الغير ليمثلهم في مباشرة جميع الحقوق المرتبطة بالسهم قبل الشركة ، ويعتبر بمثابة الحائر الوحيد للسهم أمام الشركة . وترجع الحكمة في عدم تجزئة السهم إلى تسهيل مباشرة الحقوق التي يخولها في الشركة ولاسيما حق التصويت في الجمعيات العمومية وتقدير الأغلبية فيها ، وتوزيع الأرباح على المساهمين .²⁹

ج) قابلية السهم للتداول : وتعني هذه الخاصية أن السهم يقبل التداول بالطرق التجارية ، فيجوز لكل مساهم أن ينقل ملكية جميع أسهمه أو بعضها لأحد المساهمين أو للغير لأي سبب من أسباب نقل الملكية .³⁰ ويتم تداول الأسهم الاسمية بطريق قيد التصرف في سجل الأسهم والتأشير به على السهم ، ولا يجوز الاحتجاج بالتصرف قبل الشركة أو الغير إلا من تاريخ القيد . وإذا كان السهم لحامله فيتم تداوله أو التنازل عنه عن طرق التسليم المادي.³¹ أما إذا كان السهم لأمر أو سهم إذني فإن التنازل عنه يتم بطريق التظهير ، وهو بيان يكتب على ظهر السهم أو في ورقة متصلة به يفيد التنازل عن ملكيته . وتعتبر قابلية الأسهم بالطرق

28- الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١١٢ وما بعدها .

29- الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١١٣ . الدكتور محمود سمير الشرفاوي ، مرجع سابق ،

صفحة ٣٢٥ وما بعدها. الدكتور عطية فياض ، مرجع سابق ، صفحة ١٦٩ .

30- الدكتور محمود سمير الشرفاوي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٢٦ . الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ،

صفحة ١١٤ .

31- المادة (١٠٠) من قانون الشركات التجارية اليمني .

التجارية من الخصائص الجوهرية في الشركات المساهمة ، بل إن التداول هو المعيار الأكثر قبولاً للترقية بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.³²

الفرع الثاني

السندات

أولاً : المقصود بالسند :

قد تتوسع الشركة في نشاطها ، أو قد تطرأ ظروف تجعل الشركة في حاجة إلى أموال جديدة أي سيولة نقدية ، فيقتضي ذلك لجوء الشركة إلى وسائل متعددة للحصول على الأموال اللازمة لمواجهة هذه الضرورات. ومن تلك الوسائل زيادة رأس المال بطرح أسهم جديدة للاكتتاب فيها. لكن هذه الوسيلة ربما لا تلقى ترحيباً لدى المساهمين كلما كان نشاط الشركة يدر أرباحاً وفيرة ، إذ يترتب عليها إدخال مساهمين جدد يقتسمون معهم الأرباح. وهذا الأمر يدفع الشركة إلى أن تلجأ إلى وسيلة أخرى ، وهي الاقتراض في سبيل الحصول على الأموال المطلوبة. وقد يكون الاقتراض عن طريق أحد البنوك للحصول على القرض المبتغى ، لكن هذه الوسيلة ربما لا تفلح كذلك كلما كانت المبالغ التي تحتاجها الشركة هي مبالغ كبيرة وآجال طويلة. ولذلك لا يكون أمام الشركة إلا الاقتراض عن طريق طرح ((سندات القرض)) على الجمهور للاكتتاب العام فيها.³³ وتعطى هذا السندات لأصحابها فوائد ثابتة. ويعتبر المكتتب في هذا السندات دائناً للشركة بمقدار ما

32 - الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١١٤ .

33 - الدكتور محمود سمير الشرفاوي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٣٧ وما بعدها . الدكتور أبو زيد رضوان ،

مرجع سابق ، صفحة ١٤٥ . الدكتور على البارودي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٠٤ .

اكتب فيه من سندات وفوائدها، ويكون له بالتالي ضمان عام على أموال الشركة.^{٣٤}

ويعرف السند بأنه ((الصك الذي يثبت دين الشركة أمام المقرض))^{٣٥} أو هو صك قابل للتداول ، ويثبت حق حامله فيما قدمه من مال على سبيل القرض للشركة . وحقه في الحصول على الفوائد المستحقة ، واقتضاء دينه في الميعاد المحدود لانتهاء مدة القرض .^{٣٦}

ثانياً : خصائص السند :

من خلال تعريف السند نجد أنه يقترب من السهم حيث إنه صك قابل للتداول بالطرق التجارية ، وبقيمة اسمية متساوية .^{٣٧}

وغير قابل للتجزئة . غير أن السند يبتعد عن السهم من نواحٍ عديدة :
أ) السند صك مديونية ، أي يمثل ديناً على الشركة ، فخامله يعتبر دائناً للشركة ، إذ يرتب له جميع الآثار القانونية الخاصة بهذه الصفة. ومركزه يختلف تماماً عن مركز حامل السهم ، إذا المساهم هو صاحب حق في الشركة.^{٣٨}

ب) لحامل السند فضلاً عن حقه في استرداد قيمته كاملة . حق في اقتضاء فوائد من الشركة سواء حققت أرباحاً أم لم تحقق ، أي يستوفي حامل السند فائدة ثابتة سواء

34 - الدكتور محمود سمير الشرفاوي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٣٨ . محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ٤٥ .

35 - الدكتور محمود سمير الشرفاوي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٣٨ .

36 - الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٦ . الدكتور علي البارودي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٠٤ . وعرف بعض الفقه السندات بأنها وثائق دين تصدرها الشركة لا لمقرض معين بل إلى الجمهور ، وتكون متساوية في حقوق ويرقم فيها مبلغ الدين الذي يحصل على فائدة معينة في مدة محددة وتكون هذه الوثائق لحاملها قابلة للتداول من غير تدخل الشركة وتوكل حاملها للحصول على قيمتها الاسمية من جميع أموال الشركة عند الاقتضاء . الدكتور خالد الشاوي ، شرح قانون الشركات التجارية العراقي ، مطبعة الشعب بغداد الطبعة الأولى سنة ١٩٦٨ م ، صفحة ٣٨٣ .

37 - الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٧ .

38 - الدكتور علي البارودي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٠٤ . الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة

ربحت الشركة أم خسرت ، بينما ليس لحامل السهم إلا نصيب في الأرباح الصافية للشركة ، وهو حق احتمالي رهين بتحقيق الشركة لأرباح حقيقية.^{٣٩}

جـ) ليس لحامل السند باعتباره دائناً أي حق في التدخل أو الاشتراك في إدارة الشركة ، ويكون في هذا الشأن بمثابة الغير ، بينما للمساهم بوصفه شريكاً حق الاشتراك في إدارة الشركة والرقابة على هذه الإدارة من خلال الجمعية العامة للمساهمين .^{٤٠}

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود بيع وشراء الأوراق المالية المبرمة بين الوسطاء الماليين في البورصة

تمهيد وتقسيم :

الوسيط في سوق الأوراق المالية قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً . وهو الذي يأخذ على نفسه أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب مفوضه يبيعاً وشراءً وغيرها من العمليات التجارية مقابل عمولة أو مؤونة مالية .^{٤١}

39 - محمود عبد الكريم أحمد إرشيد ، مرجع سابق ، صفحة ٢١٨ . الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٧ .

40 - الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٧ .

41 - محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ١٤١ . وفي هذا الشأن نصت المادة (٢٠) من القرار الوزاري الكويتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار اللائحة الداخلية لسوق الكويت للأوراق المالية بأنه : ((يقصد بالوسيط في مجال هذه اللائحة الشخص الذي يقوم بأعمال الوساطة - نيابة عن شركة مرخص لها بالوساطة - في الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في السوق . ويقصد بمساعد الوسيط الشخص الذي يتبع الشركة التي ينوب عنها الوسيط ويجوز له أن يساعد الوسيط في أعمال الوسيط في أعمال الوساطة في الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية)) . وقضت المادة الأولى من قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٦) لسنة ٢٠٠١م بأن ((الوسيط هو الشخص الاعتباري المصرح له - وفقاً لأحكام القانون - بالقيام بأعمال الوساطة في السوق . ومثل الوسيط هو الشخص الطبيعي الذي يعينه الوسيط نيابة عنه بأعمال الوساطة في الصفقات المتعلقة بالأوراق المالية والسلع)) .

فالوسيط هو شخص ذو دراية وكفاءة في شئون الأوراق المالية ويقوم بإبرام عمليات بيع وشراء الأوراق المالية في البورصة في المواعيد الرسمية ، وذلك لحساب زبائنه ، مقابل عمولة يتلقاها من البائع أو المشتري . إلى جانب حياده التام في عقد الصفقات . ويمتنع على الوسيط التعامل بأسمائهم ولحسابهم وفقاً للقوانين العامة للبورصات . فالوسيط إذن يقومون بالعمليات لمصلحة زبائنهم إذ يحظر عليهم القيام بما لمصلحتهم الشخصية ، إلا في حالات وشروط محددة قانوناً . ورغم ذلك نجد الوسيط يقومون لحساب زبائنهم بعمليات شراء وبيع كمية معينة من الأوراق المالية المطروحة للتداول في البورصة ، ولكن بأسمائهم الشخصية . حيث إن الوسيط يتصرفون في هذه الحالات كما لو أنهم وكلاء بالعمولة وهذا الوضع لا ينشأ عن تطبيق تلقائي للأعراف المعمول بها في عقود الوساطة ، بل ينشأ عن التزام على عاتق الوسيط يفرضه نظامهم المهني . فلا توجد أية علاقة قانونية بين البائع والمشتري أو بين الوسيط وزبون وسيط آخر ، إذ تنحصر العلاقة في سوق البورصة بين وسيطين .⁴² أو بمعنى أدق فإن الوسيط يتعاقد مع وسيط آخر ، وبذلك تتم العملية بين وسيطين لذمة وكيليهما ، ويتسلم وسيط البائع المبيع . ويسلم وسيط المشتري الثمن . ويملك كل من الوسيطين قبل الآخر دعاوى البائع والمشتري . ويملك الوسيط والزبون (العميل) ، كل منهما قبل الآخر ، دعاوى الوكالة .⁴³

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن بعض الدول تجيز للأجانب ممارسة مهنة الوساطة المالية في أسواقها المالية ، أي في البورصات الوطنية . ومن تلك الدول لبنان وفقاً للقانون رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم مهنة الوساطة المالية ،⁴⁴

42 - محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ١٤١ .

43 - الدكتور محمد صالح بك ، شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، الناشر مكتبة عبد الله وهبة بمصر ، طبعة سنة ١٩٤٥م ، صفحة ٥٣ .

44 - حيث نصت المادة الأولى على أن: ((تعتبر مؤسسات وساطة مالية الشركات المغفلة اللبنانية وفروع مؤسسات الوساطة المالية الأجنبية التي يكون موضوعها الأساسي القيام بأعمال الوساطة المالية وفقاً للتحديد الوارد في المادة الثانية من هذا القانون ويجوز بصورة حصرية للمصارف وللمؤسسات المالية المسجلة لدى

وتاييلاند ، وجمهورية مصر العربية حيث أجاز القانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال للأعضاء المراسلين ، وهم السماسرة المقيدون في البورصات الأجنبية قيدهم أو تسجيلهم في بورصة الأوراق المالية بشرط المعاملة بالمثل وذلك بأن تقوم بورصات تلك الدول المقيد فيها هؤلاء السماسرة بمعاملة السمسار المقيد في بورصة مصر بالمثل حيث سكتت المادة (٥٤) مكرر من ذلك القانون عن بيان جنسية هؤلاء السماسرة فقد يكون سمساراً غير مصري ومقيداً في بورصة أجنبية إذا كانت قوانين الدولة تسمح بذلك .^{٤٥}

ولذلك يثور التساؤل هنا عن القانون الواجب التطبيق على العقود ذات العنصر الأجنبي التي يرمها الوسطاء الماليون داخل البورصة . أن الإجابة على هذا التساؤل تقتضى منا أن نميز بين القانون الواجب التطبيق على العقد من الناحية الموضوعية ومن الناحية الشكلية. وذلك لأن منطق ومنهج الدراسة في مجال تنازع القوانين يقتضى ذلك التمييز. وسنتناول كل جانب في مطلب مستقل، وذلك على النحو الآتي :

- المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على العقد من الناحية الموضوعية .
- المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على العقد من الناحية الشكلية .

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على العقد من الناحية الموضوعية

- سنتقسم الدراسة في هذا المطلب على النحو الآتي :
- الفرع الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق .
- الفرع الثاني : نطاق القانون الواجب التطبيق .

مصرف لبنان والمؤسسة الواسطة المالية التي تتوافر فيها الشروط القانونية المنصوص عليها في هذا القانون احترام أعمال الواسطة القانونية في لبنان)) . محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ٢٣٤ وما بعدها.

45 - الدكتور عطية فياض . مرجع سابق، صفحة ٨٣.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق

على عقود بيع وشراء الأوراق المالية من الناحية الموضوعية

أولاً: القاعدة العامة خضوع عقود المعاملات المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة :

القاعدة العامة المستقرة في الفقه والقضاء والتشريع المقارن هي خضوع عقود المعاملة المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة. ومن القوانين التي أخذت بهذه القاعدة القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠م في المادة (٢٩) التي نصت على أن: ((يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر وذلك باستثناء العقود التي ترم في شأن مال غير منقول عقار) فإنه يطبق قانون موقع المال (العقار)))^{٤٦}.

ثانياً : مدى خضوع العقود المبرمة في البورصات للقاعدة العامة :

لقد اختلف الآراء حول مدى خضوع عقود البيع والشراء التي يبرمها الوسطاء الماليين فيما بينهم في سوق الأوراق المالية (البورصة) لحساب زبائنهم (موكلهم)

46 - وتقال في القانون المصري المادة ١٩ مدني ونصها : ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار)) . وتنص المادة (١٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م والمعدل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٨٧م بأن ((يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي يوجد فيه الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه)) .

للقاعدة العامة التي تقضي بخضوع العقود المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة من عدمه ، وذلك على النحو الآتي :

الاتجاه الأول : ويذهب إلى إخضاع عقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة ، وإذا لم تتوفر الإرادة فتحضخ لقانون محل إبرام العقد (قانون البورصة) ، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الحل القانون الدولي الخاص البولوني لسنة ١٩٦٥م في المادة (٢٨) التي نصت على أن ((يسري على الالتزامات المتولدة من تصرفات قانونية أبرمت في البورصات، قانون البورصة ، ما لم يكن المتعاقدان قد اختارا القانون الواجب التطبيق . وتسرى هذه الأحكام أيضاً على العقود التي تبرم في الأسواق العامة))^{٤٧} . ومشروع القانون المدني المصري الحالي في المادة (٤٣) التي نصت على أنه ((إذا لم يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة ، فإن القانون الذي يسرى هو قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق)) .

والتأمل لنص المادة (٢٨) من القانون البولوني سالف الذكر يثور لديه تساؤل عما إذا كان اختصاص قانون البلد الذي توجد فيها البورصة أو السوق العام اختصاصاً آمراً أم أنه يجوز للمتعاقدين اختيار قانون آخر يحكم العقد. الظاهر بما لا يدع مجالاً للشك أن تلك المادة لا تخرج العقود التي تبرم في البورصات و الأسواق العامة من مجال أعمال قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ، وإنما تورد قرينة قانونية يبنى عليها تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على قانون يحكم العقد ، وهي قرينة محل إبرام العقد .^{٤٨}

47 - الدكتور عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، السنة (٦٢) ، العدد (٢٤٥) ، الصادرة سنة ١٩٧١م ، صفحة ٨٣ .

48 - الدكتور عز الدين عبد الله ، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي ، الجزء الثاني . بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والتشريع بالقاهرة ، السنة (٦٤) . العدد (٣٥٢) ، الصادرة سنة ١٩٧٢م ، صفحة ٣٨ .

الاتجاه الثاني : يذهب بعض الفقه - بحق - إلى إخضاع عقود البيع التي تتم في

أسواق الأوراق المالية (البورصة) للقانون السائد في دولة وجود البورصة .^{٤٩}

وأخذ بهذا الحل القضاء في بعض الدول ، مثل فرنسا حيث قضت محكمة

النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٤ سبتمبر سنة ١٩٤٠م بإخضاع العقود التي

تتم في البورصات لقانون البورصة أي لقانون البلد الذي تزاول فيه البورصة

عملها.^{٥٠} وتقضى المادة (٣) من الاتفاق الخاص بالبيع ذات الطابع الدولي

للمتقولات المادية الذي اقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في سنة ١٩٥١م ،

إخضوع البيع الذي يتم في البورصة والبيع بالمزاد للقانون الداخلي للدولة التي توجد

بها البورصة أو يجري فيه المزاد .^{٥١}

وتبنت هذا الاتجاه الذي نحن بصدده بعض تشريعات الدول ، مثل القانون

الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١م بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر

الأجنبي في المادة رقم (٦٠) التي نصت على أنه : ((يسرى على العقود التي تتم في

البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات

والأسواق)).^{٥٢} والقانون الدولي الخاص النمساوي الفيدرالي الصادر في ١٥ يونيو

سنة ١٩٧٨م والمعمول به من أول يناير ١٩٧٩م في المادة (٣٩) التي نصت على :

49 - الدكتور عز الدين عبد الله ، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي . مرجع سابق ، صفحة ٣٨ .

الدكتور عبد الحميد أبو هيف ، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر ، مطبعة الاعتماد بشارع حسن

الأكبر بمصر ، طبعة سنة ١٩٢٤ ، صفحة ٥٥٢ . الدكتور حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ،

مطبعة نوري بالقاهرة . طبعة سنة ١٩٣٦ ، صفحة ٣٢٨ وما بعدها . المحامي محمد يوسف ياسين ، مرجع

سابق ، صفحة ١٤١ .

50 - الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص . الجزء الثاني ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ،

الطبعة التاسعة سنة ١٩٨٦م ، صفحة ٤٤٩ .

51 - الدكتور عز الدين عبد الله ، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٦٧ .

52 - وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بصدد هذه المادة : ((وقانون الإرادة هو الذي يسرى على

العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه ، ويستثنى من ذلك.. العقود

التي تتم في البورصات والأسواق العامة فتقضى المادة ٦٠ بسريان قانون البلد الذي توجد فيه هذه الأسواق

والبورصات...)).

((أن عمليات البورصة والعقود في الأسواق والمعارض تخضع لقانون الدولة حيث توجد البورصة أو السوق أو حيث مكان المعرض))^{٥٣} والقانون الدولي الخاص لما كان يسمى بيوغوسلافيا الصادر في ١٥ يوليو ١٩٨٢م والمعمول به من أول يناير ١٩٨٣م في المادة (٢٠) الفقرة (١٦) التي نصت على : ((أن عمليات البورصة تخضع لقانون مقر البورصة))^{٥٤} والقانون الدولي الخاص الروماني رقم (١٠٥) لسنة ١٩٩٢م في المادة (٩٠) التي نصت على أن : ((البيع في المزادات من قبل وسيط البورصات أو الأسواق والمعارض يخضع لقانون الدولة حيث تتحقق طريقة إبرام العقد . إلا إذا كان قانون الدولة يسمح للأطراف أن يتفقوا على اختيار القانون الواجب التطبيق صراحةً أو ضمناً على ذلك))^{٥٥}.

والناظر إلى أحكام تلك المواد من القوانين سالفه الذكر يتضح له أن المشرع يخرج العقود التي ترم في البورصات والأسواق العامة من نطاق أعمال القاعدة العامة في خضوع العقد لقانون الإرادة ، ويخص هذه العقود بقاعدة إسناد تقضى بخضوعها لقانون البلد التي توجد فيه البورصة أو السوق العام الذي ابرم فيه العقد . وقد أحسنت صنعاً عندما قررت الاختصاص الأمر لقانون البلد الذي توجد فيه البورصة أو السوق العام ، حيث يؤدي ذلك إلى تحقيق خضوع العقود التي ترم فيها لقانون واحد ، وهو أمر يقتضيه استقرار المعاملات في البورصات والأسواق العامة .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠م)، استبعدت بعض العقود مثل عقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي من الخضوع لأحكامها طبقاً للمادة (٢) التي نصت على أن : ((لا تسرى أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية :

53 - هذا القانون منشور في : Rev. Crit. dr. int. Pr. 1978, p. 176 ets.

54 - هذا القانون منشور في : Rev. Crit. dr. int. Pr. 1983, p. 353.

55 - هذا القانون منشور في : Rev. Crit. dr. int. Pr. 1994, n.83. p. 172 ets.

(أ) البضائع التي تشتري للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده ، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشترت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة.

(ب) بيوع المزاد.

(ج) البيوع التي تعقب الحجز أو غيرها من البيوع التي تتم بموجب أمر من السلطة القضائية.

(د) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود.

(هـ) السفن والمراكب والحوامات والطائرات .

(و) الكهرباء .^{٥٦} ويبرر بعض الفقه ذلك بانتفاء أي عقد بين البائع والمشتري،

ولأن الأشخاص الذين أعطوا الأوامر بتنفيذ صفقاتهم في سوق محدد، إنما اختاروا ضمناً الخضوع للقوانين والأعراف السائدة في هذه السوق، ما يعني استبعاد تطبيق الإتفاقية على علاقتهم .^{٥٧}

كما أن معاهدة لاهاي الصادرة بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٥٥م حول القانون المطبق على بيع المنقولات، في المادة الثالثة منها إستبعدت من نطاق تطبيقها البيوع الحاصلة في البورصة .^{٥٨} ولو كان البيع للأوراق المالية بيعاً دولياً، وذلك لان بيع هذه القيم يخضع لإحكام قانونية خاصة به تكون غالباً أحكاماً ملزمة .^{٥٩}

56 - الدكتور محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار الاتحاد العربي للطباعة، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، صفحة ٢٨٢. الدكتور طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الناشر الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١م، صفحة ١٠٧ وما بعدها.

57 - الحامي محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، صفحة ١٤٢.

58 - الحامي محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، صفحة ١٤٢.

59 - وتعتبر هذه الاتفاقية نافذة في كل من بلجيكا والندا نمارك وفنندا وفرنسا وإيطاليا والنرويج والسويد. الدكتور محمود حنجر الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الناشر دار النهضة العربية في القاهرة، الطبعة الثاني، سنة ٢٠٠٢م، صفحة ٤٣ و ٥٩.

ويقوم هذا الاتجاه على حجة مؤداها رعاية وحدة القانون المطبق على المعاملة التي تجري في إطار البورصة، والتي قد تتطلب الاعتماد بالتفصيلات الفنية التي تنظمها عادةً لوائح خاصة لهذا البورصة.⁶⁰

ويعتبر بعض الفقه : ((أن القواعد القانونية التي تحكم علاقة الوسطاء بعضهم ببعض من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، وهي مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها حداً كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، وهذه القواعد لا تقتصر على قوانين أمن الأسواق، بل تضاف إليها مجموعة القوانين والأعراف المحلية. مما يؤدي إلى عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك، ويجب اعتماد نفس الحل فيما يتعلق بالصفقات المعقودة مباشرة بين المشتري والبائع، إذا كان قانون البورصة يميز لهما - إستثنائياً - إصدار أوامر في السوق بصورة مباشرة وبدون وسطاء. واختصاص القانون الوطني بهذه المسائل يكون اختصاصاً مقتصراً عليها وحدها، فالدولة لا يمكنها أن تقبل أن يزاحمها في اختصاصها بحكم هذه المسائل أي قانون آخر، نظراً لأهمية وحيوية المصالح التي تحميها بالنسبة للجماعة))⁶¹.

60 - الدكتور هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الفنية للطبعة والنشر بالإسكندرية ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة سنة ١٩٩٥م ، صفحة ٤٩٩.

61 - المحامي محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٢. ويقصد بقواعد البوليس (هي القواعد الداخلية التي تنسم بطابع أمر يفرض تطبيقها الضروري على المراكز التي تدخل عقلاً في نطاق سرياتها الذي يتطلبه مضمونها والأهداف التي تسعى إلى إدراكها وسواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلي تحت أو انتمت بالصفة الدولية . فهي على هذا النحو تجلب الاختصاص الدول للنظام القانوني الذي تنتمي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين) الدكتور هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، صفحة ٦٣٤ . وقد تم التعبير عن قواعد البوليس بمسميات متعددة كقواعد التطبيق المباشر ، والقواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق الأمر . للتفصيل راجع : الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٨٥م ، صفحة ٢٦ وما بعدها . الدكتور محمود محمد ياقوت ، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق ، شركة الجلال للطباعة بالإسكندرية ، الناشر دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٣م ، صفحة ٢٣ وما بعدها . الدكتور أحمد قسمت الجداوي ، نظرية

ولا شك أن الاتجاه الذي نحن بصددده هو الراجح، وذلك لان قانون مكان البورصة هو مكان الأداء المميز الذي يقوم به الوسطاء الماليون، أي أن العقود التي يبرمونها تكون ذات صلة حقيقية بالتنظيم القانوني للبورصة، الذي يتميز بالكثير من القيود والضوابط، والتي تؤثر بطريقة مباشرة على عمليات البورصة. ولذلك نرى أن يأخذ به القاضي الوطني في الدول العربية لعدم وجود نصوص أو قواعد في تشريعاتها تحدد القانون الواجب التطبيق على العمليات التي تتم في بورصات الأوراق المالية الموجودة فيها وخصوصاً في الدول التي توجد فيها أسواق أوراق مالية (بورصة) كدولة الإمارات العربية المتحدة ومصر والسعودية وقطر والبحرين وتونس ولبنان وفلسطين والمغرب وسلطنة عمان والأردن، وذلك لتعلق الأمر بمبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً التي يلتزم القاضي الوطني بإعمالها فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الوطني.⁶²

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على العقد من الناحية الموضوعية .

أولاً: نطاق القانون الواجب التطبيق بالنسبة لتكوين العقد
إن البحث في تكوين العقد يثير عدة مسائل نعرض لها فيما يلي بإيجاز:
أ) التراضي : لا يوجد العقد إلا باتفاق إرادتين أو التراضي بين طرفين على إحداث أثر قانوني معين. فضاء المتعاقدين أو الإرادة هو الركن الجوهري والأساسي لإبرام العقد، أي هو نقطة ارتكاز تتجمع حولها باقي أركان العقد، فإن توافقت إرادتا الطرفين حدث التراضي بينهما.⁶³

القوانين، ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة (٢٤)، العدد الأول والثاني، يناير - يوليو سنة ١٩٨٢، صفحة ٤ وما بعدها.

62 - المادة (٣٣) من القانون المدني اليمني.

63 - الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، صفحة ١١٢٣.

١) وجود التراضي أو الإرادة : الرأي الراجح، يذهب إلى إخضاع وجود الإرادة أو التراضي للقانون الذي يحكم العقد. وذلك لأن الأمر يتعلق بأخص المسائل التي تدخل في دائرة تطبيق هذا القانون، بالإضافة إلى أن إخضاع وجود التراضي للقانون الذي يحكم العقد يؤدي إلى ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق على كافة مراحل العقد، ولاسيما المرحلة الأولى من حياة العقد.^{٦٤} وبهذا الحل أخذت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م بشأن الالتزامات التعاقدية حيث قضت المادة (١/٨) منها بأن: (وجود وصحة العقد يخضعان للقانون الذي سوف يعقد له الاختصاص بتنظيم العقد وفقاً لنصوص هذه الاتفاقية إذا كان إبرام العقد قد تم صحيحاً).

٢) عيوب الإرادة : إن الرأي الغالب - وهو الراجح - يذهب إلى إخضاع عيوب الإرادة لقانون العقد، وذلك لأن الأمر يتصل بتأمين المعاملات والأمانة في التعاقد، وقواعد حماية الإرادة من العيوب هدفها قيام عقد صحيح.^{٦٥} هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه لما كان وجود التراضي يخضع للقانون الذي يحكم العقد فإنه يكون من غير المعقول والمقبول فصل وجود التراضي عن صحته وإخضاع كل منهما لقانون، بل يتعين خضوعهما لقانون واحد هو قانون العقد.^{٦٦}

64 - الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، صفحة ١١٢٣. الدكتور هشام عبد العسال، مرجع سابق، صفحة ١٨٢.

65 - الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، صفحة ١١٢٤. الدكتور حابر عبد الرحمن، مرجع سابق، صفحة ٥٤١. الدكتور محمد كمال فهمي، مرجع سابق، صفحة ٥٨٩. الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة سنة ١٩٧٤م، صفحة ٣٧٧.

66 - الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، صفحة ٤٧١ وما بعدها. وتجدر الإشارة إلى الفقه الراجح يخضع العين لقانون العقد فهو تطبيق من تطبيقات النظرية العامة في الاستغلال وبالتالي عيياً من عيوب الإدارة. بل حتى لو نظر إلى العين في تطبيقاته التقليدية بصفة مستقلة عن نظرية الاستغلال، وباعتباره تعبير عن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين، فإن هذا التكييف يؤدي بلورة إلى تطبيق قانون العقد. الدكتور هشام علي صادق، السوجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية، الناشر دار الفكر الجامعي بالا سكندرية، طبعة سنة ١٩٩٨م، صفحة ٣٢٩. الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، صفحة

ويتولى قانون العقد أيضاً بيان كيفية التعبير عن الإرادة ، فهو الذي يحدد ما إذا كان يلزم أن يكون التعبير صريحاً أو ضمناً ، وهو المرجع في تحديد مدى القوة الملزمة للإيجاب ، وأثر وفاة من وجه إليه الإيجاب أو فقدانه لأهليته في سقوط هذا الإيجاب، والميعاد الذي يصح فيه القبول. ويختص هذا القانون بتحديد متى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره، وكيف يطابق القبول الإيجاب.^{٦٧}

٣) قيمة السكوت ومدى اعتباره قبولاً : اختلف الفقه بشأن هذه المسألة على رأيين: الرأي الأول : يذهب بعض الفقه إلى إخضاع السكوت ومدى اعتباره تعبيراً عن القبول لقانون محل إقامة من وجه إليه الإيجاب أو لقانون مركز أعماله، وذلك حتى لا يفاجأ من وجه إليه الإيجاب بحكم غريب عنه مقرر في قانون لا يعرفه الأمر الذي يؤدي إلى نتائج غير عادلة.^{٦٨} وهذا الحل أخذ القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧م في المادة (١٢٣) والتي جاء فيها (يسوغ للطرف الذي لا يرد على إيجاب بإبرام عقد، أن يطلب سريان قانون الدولة التي بها محل إقامته على آثار سكوته)، وكذلك أخذت به اتفاقية روما في المادة (٢/٨).

الرأي الثاني: يذهب غالبية الفقه في القارة الأوروبية والبلاد الأنجلو أمريكية إلى جعل نطاق قانون العقد شاملاً، بحيث يحكم قانون العقد المحتمل إبرامه السكوت ومدى اعتباره تعبيراً عن القبول. وقد كان لهذا الحل صدى واسع في أحكام المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وفرنسا وإيطاليا.^{٦٩}

١١٢٤. الدكتور محمد كمال فهمي، مرجع سابق، صفحة ٥٨٩. وما بعدها. الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، صفحة ٤٧٣ وما بعدها.

67 - الدكتور هشام علي، الموجز، صفحة ٣٢٧. الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، صفحة ٤٦٩ وما بعدها. الدكتور محمد كمال فهمي، مرجع سابق، صفحة ٥٨٩. الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣١٨.

68 - أشار إلى هذا الرأي: الدكتور عز الدين عبد الله، مرجع سابق، صفحة ٤٧٠. الدكتور هشام علي صادق، الموجز، مرجع سابق، صفحة ٣٢٨.

69 - الدكتور عز الدين عبد الله، مرجع سابق، صفحة ٤٢. الدكتور هشام علي صادق، الموجز، مرجع سابق، صفحة ٣٢٧. الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، صفحة ٣٧٧.

ب) المحل: يميل غالبية الفقهاء إلى إخضاع محل العقد لقانون العقد، فهو الذي يبين شروطه كالوجود والإمكان والتعيين والقابلية للتعيين والقابلية للتعامل فيه،^{٧٠} وذلك لأن المحل هو جوهر أو حل مضمون العقد، وإن فلت تنظيمه من قانون العقد فماذا يبقى له ليسري عليه.^{٧١}

ج) السبب: يرى بعض الفقه إخضاع سبب العقد لقانون القاضي.^{٧٢} ولكن غالبية الفقهاء - وهو الرأي الراجح - يذهبون إلى إخضاع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد، مع مراعاة القيد الخاص بالنظام العام في دولة القاضي. إذ يتعين استبعاد أحكام القانون الواجب على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون القاضي، فمن غير المتصور بداهة أن يقضى بصحة العقد في دولة القاضي إذا ما كان يقوم على سبب غير مشروع في قانونه. وكذلك قد يستبعد قانون العقد إذا كان قانون القاضي يستلزم وجود سبب للتعاقد، ولم يكن العقد قائماً على سبب.^{٧٣}

د) بطلان العقد: البطلان: هو الجزء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وهو يدخل في مضمون الفكرة المسندة للالتزامات التعاقدية، وبالتالي يخضع للقانون الذي يحكم العقد. فهذا القانون هو الذي يحدد متى يعتبر العقد باطلاً ومتى يعد قابلاً للإبطال، كما يبين الشخص الذي يجوز له التمسك بالبطلان ومدى إمكانية إجازة العقد القابل للإبطال، وتقدم أو سقوط دعوى البطلان.

70 - الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، مرجع سابق، صفحة ٤٧٣. الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، صفحة ٣٨.

71 - الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، صفحة ١١٢٨.

72 - الدكتور حامد زكي، مرجع سابق، صفحة ٣٢٥. الدكتور محمد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، صفحة ٣٢٥. الدكتور محمد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، صفحة ٤٨٢.

73 - الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، صفحة ٤٧٤. الدكتور هشام علي صادق، الموجز، مرجع سابق، صفحة ٣٣٠. الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، صفحة ٣٣١.

ثانياً: نطاق القانون الواجب التطبيق بالنسبة لآثار العقد :

تخضع آثار العقد بصفة عامة لقانون العقد أي لقانون الإرادة، غير أن هذا التعميم يحتاج إلى شيء من التفصيل، وهذا ما نوضحه فيما يلي:

أ- آثار العقد بالنسبة للأشخاص:

تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذي يحكم العقد. فهو الذي يتولى بيان المنتزعين بالعقد والمستفيدين منه سواء أكانوا من المتعديدين أم من الغير.^{٧٤}

ويرى الفقه الراجح خضوع أثر العقد بالنسبة للخلف العام للقانون الذي يحكم العقد مع مراعاة ما يدخل في نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الميراث - أي يتعين في هذه المسألة - بالإضافة إلى تطبيق قانون العقد - الرجوع إلى القانون الذي يحكم الميراث بشأن الحقوق التي يتلقاها الورثة عن المورث.^{٧٥}

أما فيما يتعلق بأثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فيرى غالبية الفقه إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم العقد. ويسري قانون العقد على أحكام التعهد على الغير والاشتراط لمصلحة الغير. وكذلك يسري هذا القانون - وفقاً لرأي غالبية الفقه - على حق الدائنين في الطعن في العقد بالدعوى البوليصة، وعلى حقهم في رفع الدعوى غير المباشرة. وعلى الحق في رفع الدعوى الصورية.^{٧٦}

74 - الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، صفحة ٤٧٥.

75 - الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣٢٠. الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، صفحة ٣٧٩.

76 - الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣٢٠. الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، صفحة ٣٧٩. الدكتور محمد كمال فهمي، مرجع سابق، صفحة ٥٩١. ويرى بعض الفقه الفرنسي أن دعوى الصورية والدعوى البوليصة والدعوى غير المباشرة تخضع جميعاً لقانون القاضي، لأنها ليس أثاراً للعقد، بل هي ترتبط بتنظيم الضمان العام للدائنين لأنها وسائل تمهيدية للتنفيذ الجبري وتحديد معنى حق الضمان العام. ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الدعوى غير المباشرة تخضع للقانون الذي يحكم الدين المراد حمايته بها. الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، صفحة ٤٧٤.

وقد تار التساؤل بالنسبة لإضافة آثار تصرف الوسيط (النائب) إلى الزبون (الأصيل) مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصيل. إذ الملاحظ في النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تنصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة. فهذا الأخير وإن لم يكن طرفاً في العقد إلا أن إرادته هي مصدر صفة النائب، كما أنها هي التي تحدد نطاق النيابة وحدودها.

وبناءً على ذلك ذهب غالبية الفقهاء إلى الاعتداد بإرادة الأصيل فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم النيابة الاتفاقية. فالقانون الذي يتحدد وفقاً لإرادة الأصيل هو الذي يحكم انصراف آثار العقد إلى الأصيل ومدى سلطات النائب. ولا محل هنا للاعتداد بإرادتي النائب والغير وإن كانا هما المتعاقدان اللذان ينشآن العقد بإرادتهما.

ورغم ذلك فإن بعض الفقه ، وهو الراجح ، ذهب إلى تطبيق قانون العقد الذي يرمه الوسيط (النائب) مع الغير على المسائل السابقة، وذلك لأن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وآثاره، الأمر الذي يقتضي وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة.^{٧٧}

ب- آثار العقد بالنسبة للموضوع:

يحكم قانون العقد آثاره من حيث الموضوع، فهذا القانون هو الذي يتولى تحديد موضوع التعاقد ومضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكام هذه الالتزامات. وهذا الوضع يقتضي ضرورة تفسير العقد وفقاً للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية، وذلك للتعرف على ما انصرفت إليه الإرادة.^{٧٨} ويرجع لقانون العقد فيما يتعلق بالقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، ولمدى القوة الملزمة

77 - الدكتور هشام علي صادق، الموجز، صفحة ٣٣٣. الدكتور جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٠م، صفحة ٣٩٨ وما بعدها.

78 - الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣٢٠. الدكتور هشام علي صادق، الموجز، صفحة

للعقد وعلى وجه الخصوص لأثر الحوادث الطارئة.^{٧٩} وإذا ما تحددت الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن أحكام هذه الالتزامات تخضع لقانون العقد، وهذا التعميم يحتاج إلى شيء من التفصيل، وهذا سيكون على النحو التالي:

١- بالنسبة لأثر الالتزام : فإن قانون العقد يحكم أثر الالتزام، فبين هذه القوانين الحالات التي يكون فيها التنفيذ عينياً - أي متى يكون عينياً - والطريقة التي يجب أن يتم بها، وأهمية الإعذار، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد.^{٨٠} ويحدد قانون العقد المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين من حيث عناصرها وأسباب دفعها، كما يحكم هذا القانون مدى صحة شروط عدم المسؤولية.^{٨١}

٢- بالنسبة لأوصاف الالتزام: فيحكمها قانون العقد، فهذا القانون هو الذي يتكفل ببيان مدى صحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه، والأجل وآثاره وأسباب سقوطه، كما يحكم تعدد محل الالتزام سواء أكان الالتزام تخييراً أم بدلاً، وكذلك تعدد طرفي الالتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام.^{٨٢}

٣ - بالنسبة لانتقال الالتزام: فإنه يخضع لقانون العقد، فهذا القانون يسري على انتقال الالتزام عن طريق حوالة الحق.

٤ - وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام : فإنها تخضع لقانون العقد وفيما يتعلق بالإبراء : فيرجع إلى قانون العقد لمعرفة ما إذا كانت إرادة الدائن تكفي وحدها، أم أنه يتعين الاتفاق على الإبراء.

وفيما يتعلق باتحاد الذمة : فإن قانون العقد يسري على الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة .

79 - الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣٢٠.

80 - الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣٢٠.

81 - الدكتور محمد كمال فهمي، مرجع سابق، صفحة ٥٩٢.

82 - الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣٢١.

أما بالنسبة للإناطة: وهي عقد جديد بين الدائن والمدين، فإنها لذلك لا تخضع لقانون العقد الذي يسري على الالتزام الأصلي، بل تخضع لقانون العقد الجديد.^{٨٣}

ب- أما فيما يتعلق بالمقاصة: فإنه يتعين التفرقة في شأنها بين ما إذا كانت اتفاقية أم قضائية أم قانونية. فالمقاصة الاتفاقية تعتبر عقداً جديداً مستقلاً وتخضع بالتالي للقانون الخاص بهذا العقد، وذلك بغض النظر عن القانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تقع أو تتحقق بينهما المقاصة.^{٨٤} أما المقاصة القضائية فإنها تخضع لقانون القاضي، وذلك لأن الأمر يتعلق بمدى سلطة القاضي في إجراء مقاصة لم تتوفر شروطها القانونية، أي لتعلق الأمر بسلطة المحكمة في سد النقص في الشروط اللازمة لوقوع المقاصة.

وبالنسبة للمقاصة القانونية فإنه لا صعوبة في الأمر إذا كان الدينان خاضعين لقانون واحد، فإن المقاصة تخضع لهذا القانون، سواء في ذلك أكان الدينان تعاقديين أم كان أحدهما تعاقدياً والآخر غير تعاقدي.

ج- وبالنسبة للتقادم المسقط: لقد ثار خلاف واسع في الفقه والقضاء والتشريع فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم التقادم المسقط. والرأي الراجح في الفقه يذهب إلى إخضاع التقادم المسقط لقانون العقد.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن أهلية التعاقد تخضع لقانون جنسية العاقد

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق

على عقود بيع وشراء الأوراق المالية من الناحية الشكلية

- تقسيم: وستنقسم الدراسة في هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق.

83 - الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، صفحة ٣٢٢.

84 - الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، صفحة ٣٨١.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق

أولاً: القاعدة العامة خضوع شكل عقود المعاملات المالية الخاصة الدولية لقانون محل الإبرام: هذه القاعدة مستقرة لدى الفقه والمحاكم في غالبية دول العالم كما أخذت بها العديد من التشريعات ،⁸⁵ كالقانون المدني المصري مادة (٢٠) ، والقانون المدني الليبي مادة (٢١) ، والقانون المدني الجزائري مادة (١٩) ، والأسباني المادة (١١) من الباب التمهيدي للقانون المدني لعام ١٩٧٤م ، والنمساوي (٨م) من القانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٢م ، والقانون المدني لدولة بيلو في المادة (٢٠٩٤) منه. وهذا الحل مستقر عليه في القوانين ألا بنجلو أمريكية كإنجلترا وأمريكا وكندا وأستراليا، ونصت عليه اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م المادة (٩).⁸⁶ وتبنته المادة (٣٠) من القانون المدني اليمني التي نصت على أنه ((يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه أو القانون الذي يحكم موضوعها أو قانون موطن المتعاقدين المشترك أو قانونهما المشترك)).

وظاهر من هذا النص أن المشرع اليمني أخضع شكل التصرفات لقانون بلد إبرامها، مع ملاحظة أنه قد أجاز للمتعاقدين أن يخضعا شكل التصرفات أيضاً للقانون الذي يحكم موضوعها أو لقانون موطنهما المشترك أو لقانون جنسيتها المشتركة. وتعد قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام قاعدة قديمة أملتھا الاعتبارات العملية .⁸⁷

85 - الدكتور هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، صفحة ٣٧٧.

86 - الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، صفحة ١١٥٢

87 - الدكتور هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مطابع الأهرام، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة

سنة ١٩٩٣، صفحة ٣٧٤.

ثانياً: مبررات - أو أساس - القاعدة وطبيعتها:

يرى الفقه السائد أن قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد الإبرام تركز على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، وذلك مراعاة لحاجة المعاملات الخاصة الدولية. ولا شك أن هذا الاعتبار العملية تعتبر كافية لتبرير الأخذ بالقاعدة، فهي أساسها الذي تنهض عليه دون حاجة إلى البحث على أساس نظري⁸⁸. ولما كانت قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام تؤسس على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، فإن الفقه الغالب⁸⁹ - وهو الراجح - رتب على ذلك نتيجة منطقية موداها ضرورة التسليم بالصفة الاختيارية لهذه القاعدة، فمادام المقصود من اتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام، هو التيسير على المتعاملين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، فليس هناك ما يدعو إلى إجبارهم على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان في استطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر يرتبط بالتصرف المبرم بينهم ارتباطاً يبرر هذا المسلك، مثل قانون جنسيتهم أو القانون الذي انصرفت إليه إرادتهم لحكم موضوع التصرف.

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق

- المقصود بشكل التصرف :

88 - الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، ص ٤٨٧ وما بعدها. الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ٧٢ وما بعدها. الدكتور / محمد عبد المنعم رياض، ص ٤٧٣. الدكتور حامد زكي، ص ٢٩٣. الدكتور جابر جواد عبد الرحمن، ص ٥٠٤.

89 - الدكتور حامد زكي، ص ٢٩٨. الدكتور محمد كمال فهمي، ص ٥٩٤. الدكتور عز الدين عبد الله، ص ٤٨٨. الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ١٧٣. الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص ٣٧٩. الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط، ص ٣٩٢. الدكتور جابر جواد عبد الرحمن، ص ٥٠٨.

يقصد بشكل التصرف الإطار الذي يتم فيه إفراغ الإرادة أي إظهارها إلى العالم الخارجي، أو قالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد.⁹⁰

أولاً: الأشكال التي تندرج في مفهوم فكرة شكل التصرف القانوني :

أ- الشكل المطلوب لانعقاد التصرف :⁹¹

قد يستلزم المشرع شكلاً معيناً كشرط لانعقاد التصرف، مثل الرسمية أو الكتابة وهنا يثور السؤال عن القانون الذي تخضع له هذه الشكلية أهو القانون الذي يحكم موضوع التصرف أم قانون محل إبرامه ؟ إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا أن نميز بين مسألتين، الأولى: مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، والثانية: مسألة نوع الشكل وأوضاعه عند لزومه.

١-مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف ::

اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة، وذلك على رأيين :

الرأي الأول: ذهب بعض الفقه الفرنسي⁹² ، والمصري⁹³ إلى القول بأن ما يخضع لقاعدة : ((قانون المحل يحكم شكل التصرف)) هو فقط الشكل الخارجي الذي تتجسم فيه الإرادة، أما مسألة لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف فهي مسألة موضوعية يرجع في شأنها إلى القانون الذي يحكم موضوع التصرف. فإذا أوجب هذا القانون شكلاً معيناً كركن لانعقاد التصرف يترتب على تخلفه بطلان

90 - الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 393.

91 - (لم يتردد الفقه في تأكيد أن موضوع التصرف القانوني وجوهه هو الإرادة، أما الشكل فهو إخراج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي) الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص 383.

92 - أشار إلى هذا الرأي الدكتور عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، ص 498. الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص 384. الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 178.

93 - من هؤلاء: الدكتور محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 595. الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، ص 150. الدكتور جابر عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 500 وما بعدها.

التصرف، فإنه لا يجوز أن يفرغ التصرف إلا في الشكل الذي أوجبه القانون. فالشكلية في هذه الحالة ليست في الحقيقة مجرد مظهر خارجي للتصرف، وإنما هي شرط داخلي وجوهري، وذلك أن الغاية منه تبصرة المتعاقدين وتنبههم إلى خطر التصرف الذي هم مقدمون على مباشرته، أي حماية رضائهم. ولذلك فاستلزامها من عدمه لا يخضع لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه.

وقد تبنت هذا الرأي المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري⁹⁴، حيث جاء فيها (ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع).

ومن ذلك يتضح أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، وهو ما عبرت عنه المذكورة الإيضاحية بالشكل الجوهري، تعتبر مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، أما تنفيذ الشكل الذي يتطلبه قانون الموضوع وإجراءاته، وهو ما عبرت عنه المذكورة الإيضاحية بالشكل الخارجي، فهو فقط الذي يدخل في مفهوم فكرة الشكل⁹⁵.

وبناء على ذلك، يرجع إلى قانون الموضوع للبحث عما إذا كانت الرسمية مستلزمة لانعقاد التصرف، فإذا كانت مستلزمة فلا ينعقد التصرف بغيرها، ولو كان قانون بلد الإبرام لا يتطلبها، غير أنه يكفي لانعقاده اتباع الأوضاع التي تتطلبها الرسمية في بلد الإبرام⁹⁶. وبذلك تنحصر فكرة الشكل في مفهوم ضيق، بينما تتسع فكرة الموضوع لتشمل ما أسمته المذكورة الإيضاحية بالشكل الجوهري، أي مسألة لزوم أو

⁹⁴ - راجع الدكتور مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص السبيني والمصري، (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ١٩٩٩م، ص ٦٠٤.

⁹⁵ - الدكتور هشام على صادق، تنازع القوانين، ص ٣٤٨ وما بعدها.

⁹⁶ - الدكتور ماهر السداوي، ص ٩٩.

عدم لزوم الشكل لانعقاد^{٩٧} . وبهذا المفهوم الضيق لفكرة الشكل أخذت محكمة النقض المصرية حيث قررت في حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٧٣م بأن (القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصره الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني ، فتخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف)^{٩٨} .

الرأي الثاني: ذهب غالبية الفقه الفرنسي والمصري إلى وجوب إخضاع الشكل المطلوب لانعقاد التصرف لقانون محل الإبرام، إذ يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة ما إذا كان الشكل لازماً لانعقاد التصرف من عدمه.^{٩٩}

ويستند أصحاب هذا الرأي في تبرير ما يقولون به إلى حجتين هما :

الأولى : إن إخضاع الشكل اللازم لانعقاد العقد للقانون الذي يحكم موضوعه، وليس لقانون محل الإبرام - كما يذهب الرأي المخالف - يتنافى من غير شك مع فكرة التيسير على المتعاملين ومع الاعتبارات العملية التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، إذ القول بذلك يوجب على المتعاملين الرجوع إلى قانون غير قانون المكان الذي يتم فيه إبرام التصرف، وهو قانون يتعذر عليهم العلم بأحكامه. وبالتالي فإن اعتبارات التيسير تحتم الاكتفاء باتباع أحكام قانون الدولة التي أبرم فيها العقد حتى بالنسبة إلى الأشكال التي تعتبر ركناً لإبرام العقد وشرطاً لصحته دون التقييد بما يقضي به القانون الذي يحكم موضوع التصرف^{١٠٠} .

٩٧ - الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص ٣٨٥.

٩٨ - راجع رسالتنا سألقة الذكر، ص ٦٠٤ وما بعدها.

٩٩ - الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ١٧٩ وما بعدها. الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص ٣٨٥ وما بعدها. الدكتور فؤاد رياض وسامية راشد، ص ٣٩٦. الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، مركز الأجناب وتنازع القوانين، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٩١-١٩٩٢م، ص ٥٧١ وما بعدها. الدكتور عنایت وآخرون، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

١٠٠ - الدكتور فؤاد رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

الثانية : إن القول بتطبيق القانون الذي يحكم الموضوع على مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف قد يؤدي - فيما لو كان الشكل الذي يوجبه هذا القانون هو الرسمية - إلى استحالة إبرام التصرف في بعض الفروض. وذلك لأن الرسمية تتطلب في أغلب الأوقات تدخل موظف رسمي هو الموثق. وهذا الموظف يخضع في قيامه بوظيفته لقانون دولته. وبالتالي فإنه إذا لم يجد المتعاقدون في بلد الإبرام موظفاً مختصاً يقوم بإفراغ تصرفهم في الشكل الرسمي المطلوب، ولو لم يكن في هذا الدولة فصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف، فإنه يمتنع عليهم إبرام التصرف في الدولة التي يوجدون على إقليمها، وانتهى أصحاب هذا الرأي إلى القول بضرورة اتساع فكرة الشكل لتشمل مسألة لزمه أو عدم لزمه لانعقاد التصرف¹⁰¹.

وبناء على ذلك، إذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الشكل الرسمي، بينما يكفي قانون بلد الإبرام بالشكل العرفي، فإنه في هذه الحالة انعقد التصرف صحيحاً إذا أفرغ في الشكل العرفي¹⁰². وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩٢٢م حيث قضت بصحة الهبة الحاصلة في كندا بين فرنسيين بالشكل المحلي العرفي، رغم أن المادة (٩٣١) من القانون المدني الفرنسي تستلزم الرسمية في الهبة¹⁰³.

- الترجيح : ولاشك أن الرأي الثاني هو الأولى بالاتباع في العقود المالية الخاصة ذات الطابع الدولي فيما عدا العقود المتعلقة بعمليات البورصة ، لأنه الأكثر استجابة لمقتضيات التعامل الدولي التي تتطلب خضوع المتعاملين - سواء كانوا

101 - الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص ٣٨٦. الدكتور ماهر السداوي، ص ١٠٠.

102 - الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ١٨١. الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، ص ٣٩٥ وما بعدها.

الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين ص ٣٨٦. وجدير بالإشارة أن أصحاب الرأي الثاني يستنون من تطبيق القانون المحلي على الشكل حالة ما يكون القانون الذي يحكم موضوع التصرف يستلزم إجراؤه لسدى موثق معين. راجع تفصيل ذلك رسالة المؤلف سالفة الذكر، ص ٦٠٦.

103 - راجع رسالة المؤلف، سالفة الذكر، ص ٦٠٧.

أطرافاً في العقد أم من الغير الذين يراد الاحتجاج بالعقد في مواجعتهم - لقواعد يسهل عليهم معرفتها ويتوقعون تطبيقها عليهم^{١٠٤}. بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى تحقيق الهدف الذي يسعى إليه المشرع اليمني من جعله قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة (٣٠) من القانون المدني قاعدة اختيارية^{١٠٥}. أما بالنسبة للعقد المبرم بين الوسطاء الماليين العاملين في البورصة فإن الأمر يقتضي تخصيص مادة مستقلة تقضي بخضوع تلك العقود من حيث الشكل لقانون الدولة التي توجد فيها البورصة، وذلك لأن القوانين المنظمة للبورصة تكون أحكامها آمرة وبالتالي لا يجوز إبرام العقد بالمخالفة لها.

٢- مسألة نوع وأوضاع الشكل عند لزومه: يجمع الفقه على أن هذه المسألة تندرج في مجال القانون الذي يحكم شكل التصرف، فيرجع لقانون محل الإبرام بالنسبة لتحديد الأوضاع الواجب مراعاتها في المحرر الرسمي، وتلك المتعلقة بالمحرر العرفي مثل عدد النسخ المحررة، وضرورة ذكر بيانات معينة كاشتراط كتابة العقد بخط المتعاقدين من عدمه، وإمضاءها أو الاكتفاء بالختم^{١٠٦}.

ب- الشكل اللازم لإثبات التصرف: يكاد يجمع الفقه في كل من فرنسا ومصر على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف، وكذلك قوة الدليل في الإثبات، تخضعان للقانون الذي يحكم شكل التصرف، وذلك مراعاة للصلة الوثيقة بين شكل التصرف وبين إثباته، إذ غالباً ما يكون استلزام شكل معين للتصرف هو لتيسير إثباته^{١٠٧}. ومقتضى هذا أنه إذا كان القانون الذي يحكم شكل

104 - الدكتوران فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط، ص ٣٩٦.

105 - الدكتور ماهر السداوي، ص ١٠٠.

106 - الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي، ص ١٥٢.

107 - الدكتور عز الدين عبد اله، ص ٥٠٧. الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ١٨١. الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، ص ٣٩٦. الدكتور هشام علي صادق، ص ٣٨٦. وما بعدها. الدكتور محمد عبد المنعم رياض، ص ٤٧٥. وجدير بالذكر أن المعول عليه في ألمانيا وإنجلترا هو خضوع قبول الدليل لقانون القاضي، فلا

التصرف لا يوجب الدليل الكتابي للإثبات بينما يوجب قانون الموضوع أو قانون القاضي، فإنه يتعين الاعتداد بقانون محل إبرام التصرف، أي يجوز إثبات التصرف بغير الدليل الكتابي. والمنطق السابق يؤدي إلى أنه إذا كان القانون الذي يحكم الشكل يستلزم إثبات التصرف بالدليل الكتابي في حين أن قانون القاضي لا يشترط دليلاً كتابياً لإثبات التصرف فإنه يلزم الاعتداد بما يستلزمه القانون الذي يحكم شكل التصرف، أي يتعين إثبات التصرف بالدليل الكتابي. غير أن جانباً من الفقه الفرنسي والمصري يرى - بحق - أنه ليس هناك ما يدعو في هذا الفرض إلى إلزام القاضي بالدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم شكل التصرف مادام أن قانون القاضي لا يتطلبه، أي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل. ولا شك أن هذا الرأي الفقهي هو الذي يتفق مع الاعتبارات العملية التي ترمي إلى التيسير على من يرمون التصرفات القانونية، وهو ما يتلاءم في نفس الوقت مع الحكمة التي تهدف قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام إلى تحقيقها ابتداءً^{١٠٨}. هذا ويميل الفقه والقضاء الراجح في فرنسا إلى إخضاع ثبوت تاريخ المحرر للقانون الذي يحكم شكل التصرف. كما أنه يدخل في مجال تطبيق هذا القانون. تحديد الطرق التي تتبع لإثبات كون المحرر ثابت التاريخ إذا لم يكن يحمل هو نفسه تاريخه الثابت^{١٠٩}.

ثانياً : الأشكال التي تخرج من مفهوم فكرة شكل التصرف القانوني : من المعلوم أن هناك بعض الأشكال ترتبط بنظم قانونية معينة، وبالتالي تخضع للقواعد الخاصة بهذه النظم. لذلك سنعرض لأهم هذه الأشكال وذلك بهدف استبعادها من مجال أعمال قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة (٣٠) مدني، وهي :

أ- الأشكال المكتملة للأهلية : ويقصد بها الإجراءات التي يلزم اتخاذها لتمكين ناقص الأهلية أو من ينوب عنه من مباشرة تصرف قانوني معين. وهذا النوع من

يجوز إثبات التصرف بالشهادة وفقاً لقانون محل إبرام التصرف، إذا كان قانون القاضي يستلزم لهذا التصرف الإثبات بالكتابة. الدكتور عز الدين عبد الله، ص ٥٠٧ وما بعدها.

108 - الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ١٨٠. الدكتور هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص ٣٨٧.

109 - الدكتور عز الدين عبد الله، ص ٥٠٨ .

الأشكال يرتبط ارتباطاً كاملاً بموضوع التصرف الذي يراد القيام به أي يتعلق بعنصر في الإرادة وهو الأهلية. وبالتالي فإن كل إجراء من هذه الإجراءات يخضع للقانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يندرج فيها كل إجراء منها¹¹⁰.

ب- الأشكال المتعلقة بالعلانية أو بالشهر: وهي الأوضاع التي يحددها القانون ويستلزم مراعاتها وذلك بهدف إعلام الغير بالتصرف أو الاحتجاج به في مواجهتهم¹¹¹. وهذه الأشكال تخضع لقانون موقع المال إن تعلق الأمر بشهر الحقوق العينية لاتصالها حينئذ بمركز الأموال، كما تخضع لقانون الدولة التي يحتج فيها بالعقد في مواجهة الغير إن تعلق الأمر بنفاذ العقد في حق الغير، لأن نفاذ الحقوق في مواجهة الغير يدخل في فكرة تدابير الأمن المدني وهذه تخضع للقانون الإقليمي¹¹².

ج- الأشكال الخاصة بالمرافعات: وهي تشمل كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، وبسير الدعاوى أمام القضاء، فتخضع هذه الإجراءات لقانون القاضي وفقاً لنص المادة (٣٢) من القانون المدني اليمني.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط بالزبون (مصدر الأمر)

- تمهيد وتقسيم:

110 - الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط، ص ٣٩٣. الدكتور منصور مصطفى منصور، ص ١٧٦. الدكتورة فؤاد رياض وسامية راشد وعنايت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩١م، ص ٢٥٤.

111 - الدكتور ماهر السداوي، ص ٩٦.

112 - الدكتور محمد كمال فهمي، مرجع سابق، صفحة ٥٩٥. ويقرر بعض الفقه أنه: (ينبغي على خروج هذه الإجراءات - أي الأشكال المتعلقة بالعلانية أو بالشهر - من نطاق فكرة شكل التصرف أن يختلف القانون الذي يحكمها عن القانون الذي تخضع له هذه الفكرة. ويتحدد هذا القانون تبعاً لتحديد الفكرة المسندة التي تلتحق بها كل من هذه الإجراءات). الدكتور عنايت وآخرون، مرجع سابق، صفحة ٢٥٥.

لا ريب أن الوسطاء الماليين الذين يعملون في البورصات يؤدون دوراً لا يمكن تجاهل أهميته في العلاقات التجارية الدولية بالنظر إلى كونهم بمثابة المعابر أو الجسور التي تربط بين التجار من ناحية، وعملائهم من ناحية أخرى. وتبدو الحاجة ملحة للجوء إلى تلك المعابر في العصر الحالي فلم يعد يقتصر نشاط الوسيط على إقليم دولته، وإنما تعدى ذلك إلى النطاق الدولي لتؤكد حركة المد والجزر التجاري فيما وراء الحدود. كما أن الشركات والمشروعات التجارية أصبحت ملزمة بالتعامل مع الوسطاء الماليين في البورصات من أجل شراء وبيع الأوراق المالية. ولا شك أن انتشار الوسطاء الماليين في العلاقات التجارية الدولية يرجع سببه في عصرنا الحالي إلى سهولة المواصلات وتقدم تكنولوجيا الاتصالات الأمر الذي مكن كبرى الشركات العالمية من الاعتماد عليهم،¹¹³ في التعامل مع البورصات في الدول الأجنبية. أو بعبارة أخرى فإن الوساطة أو الوكالة أو النيابة والتمثيل التجاري، أضحت من الأمور التي لا غنى عنها في العلاقات الخاصة الدولية، خصوصاً في ظل تزايد حركة السلع والمبادلات التجارية عبر الحدود. والغالب في تلك العلاقات أن يكون أحد أطرافها موجوداً في دولة تبعد كثيراً عن دولة إبرام العقد، واشتراط وجود ذلك الطرف بنفسه لإتمام العقد، يؤدي إلى تعطيل أعماله، وربما عزوفه عن إبرام العقد، ولذلك يكون من الأيسر والأوفق أن يجيز القانون لصاحب المصلحة في التعاقد أن يوكل، أو ينيب، شخصاً آخر في إبرام العقد.¹¹⁴

ويجمع الفقه على تكييف العقد الناشئ بين مصدر الأمر - بالبيع أو الشراء للأوراق المالية في البورصة - والوسيط بعقد الوساطة، وعقد الوساطة هو عقد يلتزم بمقتضاه الوسيط أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب مفضوه بيعاً وشراءً أو غيرهما من العمليات التجارية ويكون ذلك مقابل أجر.¹¹⁵

113 - الدكتور حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، صفحة 5 وما بعدها.

114 - الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، صفحة 143.

115 - المحامي محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، صفحة 143. وعرف بعض الفقه السمسرة بأنها: ((عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى السمسار قبل شخص آخر يسمى مصدر الأمر أو مفوض السمسار بإنجاز تعاقد

واتصاف تلك العلاقات أو العقود بالطابع الدولي ، يثير مشكلة تنازع القوانين الواجبة التطبيق على تلك العلاقات . أي القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والربون (الموكل) . وهو ما تدور في نطاقه الدراسة في هذا البحث ، والذي سيقسم على النحو الآتي :

المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق .

المطلب الثاني : نطاق القانون الواجب التطبيق .

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق

لما كانت الوساطة عقداً بين طرفين هما الوسيط (الوكيل) ، ومصدر الأمر بالشراء أو البيع للأوراق المالية في البورصة (الموكل) . فإن الوساطة تخضع للقاعدة العامة المتعلقة بتنازع القوانين في العقود . فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يختاره صراحة المتعاقدان ، أو تدل عليه ظروف الحال . وقد أخذت بذلك اتفاقية لاهاي الموقعة في ١٤ مارس سنة ١٩٧٨م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء والنيابة والتمثيل التجاري في المادة الخامسة التي نصت على أن: ((القانون الداخلي المختار من جانب الأطراف هو الذي يحكم علاقة التمثيل بين الأصيل والوسيط)) ، على أن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحاً أو ناتجاً عن تأكيد معقول من نصوص العقد والظروف الملازمة .^{١١٦}

لإبرام صفقة معينة مقابل أجر)) . الدكتور سميحة الفليوي، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والبرهن التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة سنة ١٩٨٠م، صفحة ٤٨٩.

116 - وتتمتع الاتفاقية بمدى انطباق عالمي وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة منها التي قررت بأن القانون الذي تعينه الاتفاقية ينطبق حتى ولو كان قانون دولة غير متعاقدة . وبفضل هذا النص يمكن القول بأن الاتفاقية ، في المجال المخصص لها تحل محل القانون الدولي الخاص في الدول المتعاقدة ، أي أنها تعد بمثابة قانون موحد للقانون الدولي الخاص . وحددت المادة الأولى من الاتفاقية نطاق القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع

وعند انتفاء أو تخلف الإرادة الصريحة و الضمنية،^{١١٧} فإن الحلول تنوعت في تحديد

القانون الواجب التطبيق إلى عدة اتجاهات ، وذلك على النحو الآتي :

الاتجاه الأول : يذهب إلى خضوع علاقة الوسيط (الوكيل) بالزبون (الموكل) لقانون الدولة التي تم فيها التوكيل، وهو عادة قانون موطن الموكل أو محل التاجر الذي أمضى التوكيل، وذلك لان التوكيل الذي أعطاه نشأ في هذا الموطن، ويستمد وجوده من قانونه.^{١١٨}

الاتجاه الثاني : يذهب إلى إخضاع العقد المبرم بين الوسيط والزبون لقانون محل الإبرام.^{١١٩} ويعاب على هذا الاتجاه أن الوسيط سيجد نشاطه خاضعاً لجملة قوانين بحسب البلدان التي يتم فيها إبرام العقد. وهذا يؤدي إلى التعارض مع النظام المهني للوسطاء الذي يحد من حريتهم العقدية ، إذ أن هذا النظام يؤثر تأثيراً شديداً على علاقاتهم مع زبائنهم.^{١٢٠}

الاتجاه الثالث : تخضع العلاقة أو العقد المبرم بين الزبون (الموكل) أي الأصل ، والوسيط أي الوكيل ، للقانون الذي يحكم العقد الأصلي الذي يعقده الوسيط مع

الخاص والتي تتكون عندما يتصرف شخص الوسيط مع الغير لحساب شخص آخر (الأصيل) . ووفقاً لتلك الصياغة يمكن القول بأنساع نطاق تطبيق الاتفاقية بحيث أنها تضم معظم عقود الوسطاء . كما تنطبق عندما يتصرف الوسيط باسمه الخاص أو بأسم الأصيل أو الموكل وسواء كان نشاطه احترافياً أو عرضياً . وسواء كان التمثيل قانونياً أو مجرد تمثيل اقتصادي . ولا شك أن اتساع نطاق تطبيق الاتفاقية أمر يلبي مقتضيات التجارة الدولية بالنظر إلى تعاظم دور الوكلاء والممثلين التجاريين في العصر الحالي . الدكتور : حسام الدين فتحسي ناصف ، مرجع سابق ، صفحة ٩٨ وما بعدها .

117 - الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المركز العربي للطباعة ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٠-٢٠٠١م ، صفحة ٢٠٤ . الدكتور حسام الدين فتحسي ناصف ، مرجع سابق ، صفحة ٧٣ .

118 - الدكتور محمد عبد المنعم رياض ، مرجع سابق ، صفحة ٤٦٨ . الدكتور حامد زكي ، مرجع سابق ، صفحة ٣٢٩ . الدكتور عبد الحميد أبو هيف ، مرجع سابق ، صفحة ٥٥٢ .

119 - محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٣ .

120 - Niboyet, Traite de droit international prive Francais, sirey t.

5, 1948, n. 1398.

الغير ، أي مع الوسيط الآخر . وعادة ما يكون قانون محل تنفيذ ذلك العقد ، وقانون محل الإقامة العادية للوسيط (الوكيل) في ذات الوقت . ويستند هذا الحل على حجتين هما :

الأولى : أن الوسيط - الوكيل أو النائب - هو صاحب الأداء المميز ، فدوره إيجابي ، ولا قيمة للوساطة - الوكالة - بدون تدخله .

الثانية : أن عقد الوسيط (الوكيل) مع الزبون (الموكل) ينحصر دوره في الإعداد للعمل ، أو التصرف الذي سيقوم بأدائه .^{١٢١} .
ونعتقد أن هذا هو الرأي الراجح من وجهة نظرنا .

المطلب الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق

يخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط بالزبون (الموكل) كل ما تعلق بالشروط الشكلية للعقد المبرم بينهما حيث تخضع تلك الشروط ، وفقاً لما استقر عليه الاتجاه الغالب فقهاً وقضاً وتشريعاً ، كمنهاجاً عام لقانون محل الإبرام .^{١٢٢} وفي المقابل فإن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والزبون يحكم كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي والمحل والسبب .^{١٢٣} ويستثنى من ذلك أهلية الأطراف والتي تخضع للقانون الشخصي لكل منهما .^{١٢٤} كما يحكم قانون العقد الآثار المترتبة عليه ، أي الالتزامات التي تثقل كاهل طرفي العقد الوسيط ، والزبون مصدر الأمر بالبيع أو

121 - الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مرجع سابق ، صفحة ١١٠٨ . وكذلك مؤلفه قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، صفحة ٢٠٤ .

122 - لتفصيل راجع الدكتور هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق صفحة ١٨ وما بعدها .

123 - الدكتور هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، صفحة ١٦ .

124 - الدكتور حسام الدين فتحي ناصف ، مرجع سابق صفحة ٨٧ .

الشراء للأوراق المالية (الموكل) .^{١٢٥} فيحدد مدى واجب الإعلام ، مهل تنفيذ الأوامر ، مهل تسليم الصكوك ، الرجوع عن الأوامر . ويحكم أيضا ما إذا كان يحق للوسيط تنفيذ الأمر المصدر إليه في بورصة أجنبية ، ويتولى هذا القانون تفسير الأوامر الصادرة للوسيط .^{١٢٦}

ويحكم قانون العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والزيون (الموكل) التزام الأول بتقديم حساب من حيث تقدم المبالغ التي تصرف فيها الوسيط والمبالغ الباقية رصيد حساب والفوائد المستحقة للمبالغ التي تسلمها . كما يحكم ذلك القانون التزام الزيون (الموكل) بقبول القروض ، ويحدد مسؤولية الوسيط تجاه الزيون في حالة عدم تنفيذ العقد . وكذلك التزام الوسيط بعدم المنافسة ونتائج مخالفته .^{١٢٧} أي يسري قانون العقد على المسؤولية العقدية .^{١٢٨}

وكذلك يحكم قانون العقد كل ما يتعلق بأجر أو مكافأة الوسيط حيث يتعين الرجوع إليه لتحديد متى يستحق الوسيط المكافأة أو الأجر أو العمولة ومتى لا يستحقها .^{١٢٩} ويطبق هذا القانون على حق الوسيط بالرجوع على الزيون في حالة نكوله .^{١٣٠} وكذلك يحكم مسألة التعويضات التي يطالب بها الوسيط عند

125 - الدكتور هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق صفحة

١٦ وما بعدها . الدكتور حسام الدين فتحي ناصف ، مرجع سابق صفحة ٨٧ .

126 - Rippert et Roblot, traite de droit commercial, T.II, par Delebeque et Germain, L.D.G.J., 14 ed. 1994, n. 1827.

محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٥ .

127 - الدكتور : حسام الدين فتحي ناصف ، مرجع سابق ، صفحة ٨٧ .

128 - وتخضع المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الفعل الضار ، الذي هو قانون البورصة . محمد يوسف

ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٥ .

129 - الدكتور : حسام الدين ناصف ، مرجع سابق ، صفحة ٨٨ .

130 - محمد يوسف ياسين ، مرجع سابق ، صفحة ١٤٥ .

فسخ العقد وأسباب وشروط الفسخ. ١٣١

وهذا ما تقضي به المادة (٩٤) من القانون الدولي الخاص الروماني لسنة ١٩٩٢م سالف الذكر. وإذا حدث أن تم التنازل أو تحويل العقد من جانب الوسيط إلى وسيط ثان برضاء الزبون (الأصيل)، في تلك الحالة يتعين قبول مبدأ وحدة القانون بالنسبة للعقود التي تربط بين الطرفين، ومن ثم إخضاع الحوالة أو التنازل أو العقد، بعد استبدال الوسيط، لنفس القانون الذي كان من الواجب تطبيقه على العقد قبل الاستبدال. ١٣٢

131 - الدكتور : حسام الدين فتحي ، مرجع سابق ، صفحة ٨٩ . وقد حددت المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨م سألقة الذكر بأن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والزبون يحكم مسألة تكوين العقد ، وصحة علاقة التمثيل بين الوسيط والوكيل ، والتزامات الأطراف وشروط تنفيذ العقد ، ونتائج عدم التنفيذ وانقضاء تلك الالتزامات . ويحكم كذلك سلطات الوسيط من حيث وجودها ، ومداهها ، وتعديلاتها ، وانتهائها ، ونتائج تجاوز تلك السلطات ، أو المغالاة في استعمالها . ويحكم أيضا سلطات الوسيط في التفويض في كل أو بعض اختصاصاته وفي تعيين وسيط إضافي . وسلطة الوسيط في إبرام عقد لحساب الأصيل في حالة ما إذا كان ثمة تبعة لتنازع المصالح بينهما . ويسري ذلك القانون أيضا على شرط عدم المنافسة وشرط الضمان ، والتعويض عن فقدان العميل . الدكتور : حسام الدين فتحي ، مرجع سابق ، صفحة ١٠٢ وما بعدها .

132 - للمزيد من التفصيل في هذا الشأن يراجع الدكتور : حسام الدين فتحي ، مرجع سابق ، صفحة ٩٠ وما بعدها .

الختام

أما وقد تم الوصول بحمد الله تعالى إلى نهاية البحث فإنه يمكننا أن نسجل أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الدراسة ، وكذلك رصد أهم التوصيات التي نقترح الأخذ بها وذلك على النحو الآتي :

أولاً : النتائج :

١- تبين من خلال الدراسة أن التشريعات العربية المنظمة لأسواق الأوراق المالية لم تعالج مشكلة تنازع القوانين فيما يتعلق بعمليات البورصة ذات العنصر الأجنبي ، وبالذات الدول التي توجد فيها أسواق للأوراق المالية .

٢- خلو القانون المدني والتجاري في الدول العربية من وجود قواعد تفض مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان فيما يتعلق بعقود البيع والشراء للأوراق المالية في البورصات ، وذلك للحاجب الموضوعي والشكلي للعقد . فيما عدا دولة الكويت التي أوردت قاعدة في المادة (٦٠) من القانون رقم (٥) لسنة ١٩٦١م بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي قضت بخضوع العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة لقانون البلد الذي توجد فيه البورصات والأسواق .

٣- عدم وجود تشريعات أو قواعد قانونية في الدول العربية تنظم العلاقات التي تنشأ بين الوسطاء الماليين العاملين في البورصات ، إذا تطرق إلى تلك العلاقات عنصر أجنبي .

ثانياً : التوصيات :

أ) ضرورة إسراع المشرع في الوطن العربي لإصدار قوانين خاصة بالأسواق المالية أو تعديل القوانين الحالية ، بحيث تتضمن تنظيم العلاقات القانونية التي تتم في البورصة ويتطرق إليها عنصر أجنبي .

ب) نوصي المشرع في الوطن العربي بتنظيم العلاقات بين الوسطاء الماليين الذين يعملون في البورصات ، والزبائن (الوكلاء) أي مصدرى أوامر البيع والشراء للأوراق المالية ، إذا تطرق العنصر الأجنبي إلى تلك العلاقات .

ج) تضمين القوانين المقترح إصدارها أو تعديلها من قبل المشرع في الوطن العربي الآتي :

١- تخصيص قاعدة تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الوسطاء لبيع وشراء الأوراق المالية ذات العنصر الأجنبي مقتضاها : ((تخضع العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة والمعارض من الناحية الموضوعية والشكلية لقانون الدولة التي توجد فيها هذه البورصات أو الأسواق أو المعارض)) . وذلك لأن الدولة التي يوجد فيها مقر البورصة هي مركز الثقل في العلاقة بين الوسيط (متلقي الأمر بالبيع) ، والوسيط الآخر (متلقي الأمر بالشراء) .

٢- تخصيص قاعدة تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة أو العقد المبرم بين الوسيط والزبون (الموكل) ذات العنصر الأجنبي مضمونها : ((يسري على العقد المبرم بين الوسيط والزبون من الناحية الموضوعية والشكلية قانون العقد المبرم بين الوسيط والغير أي قانون البورصة)) .

دور القاعدة القانونية فى ضوء مبادئ مدرسة
" التحليل الاقتصادى للقانون "

د . المعتصم بالله الغريانى
المدرس بقسم القانون التجارى
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

فیس سے زیادہ دینے سے قیام وصال کا عمل لیا گیا
"نماز کا وقت نکالنا اور نماز پڑھنا"

روایات سے ظاہر ہے کہ قیام وصال کا عمل
نماز کے وقت نکالنا اور نماز پڑھنا سے
قیام وصال کا عمل ہے - نماز پڑھنا قیام

دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة

" التحليل الاقتصادي للقانون "

تهدد وتقسيم:

يشغل هذا البحث بالعلاقة بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة في ظل نظام اقتصادي رأسمالي، وبحث وبيان دور القاعدة القانونية بوجه عام في ظل هذا النظام وتحديد مدى لزوم التدخل بالقواعد الأمرة، وحالات كفاية التدخل بالقاعدة المكملة وشروط ذلك.

والدافع لاجراء هذا البحث وأهميته، تكمن في أن العديد من الدول قد تحولت في الأونة الأخيرة، أو هي في طريقها للتحويل، طوعاً أو كرهاً، إلى نظم اقتصادية تعتمد على المنافسة والفكر الرأسمالي لتصحيح، طوعاً أو كرهاً، جزءاً من اقتصاد رأسمالي عبر دولي تحكمه قواعد اقتصاد السوق. ويستلزم هذا بالضرورة من المشرعين والقائمين على وضع السياسة التشريعية وتطبيقها إعادة النظر في القوانين المختلفة ومدى جدواها وطرق تنظيمها للقواعد القانونية. ويلاحظ عموماً على هذه العملية في دولنا النامية وجود اتجاهين:

١- الاتجاه الأول يعتقد أن الانتقال من اقتصاد موجه إلى اقتصاد حر يتطلب اطلاقاً كاملاً لحرية الإرادة، وتراجعاً كاملاً لدور القواعد الأمرة لمصلحة القواعد المكملة. وينبئ هذا الاتجاه على اعتقاد خاطئ بأن سبب التدخل بالقواعد الأمرة دون المكملة هو سبب أيديولوجي بحث يكمن في أن الاقتصاد الموجه يحكمه حكومة متدخلة تحمي مصالح شتى، واقتصاد السوق تحكمه حكومة غير متدخلة لاتعني بتفضيل مصلحة على أخرى.

٢- والاتجاه الثاني اتجاه ينقل نقلاً حرفياً عن قوانين دول اقتصاد السوق، وخاصة القانون الأمريكي، ليضمن تلاؤم قوانينه مع القوانين السائدة عالمياً، دون أن يدري لقواعد تلك القوانين مبرراً أو يتدارس مدى ملاءمتها لاقتصاده ومجتمعه.

غير أن كلا الاتجاهين يجافي الصواب: إذ الفكر الاقتصادي الرأسمالي، وإن كان بالفعل يعلى من شأن ارادات الأفراد ويترك لها حرية تنظيم العلاقات القانونية، يجعل لهذه الارادات شروطاً، ويفترض لاطلاق حرياتها متطلبات في البيئة الاجتماعية والاقتصادية المخططة، بحيث أن الاختيار بين القاعدة الأمرة والمكملة إنما يكون مبناه مدى كفاءة القاعدة القانونية في تحقيق المصلحة المتبتغة من ورائها وتقدير المشرع أصلاً لوجود هذه المصالح أو عدمه في ظل محاولته لتأكيد دور اقتصاد السوق في تحقيق الاستغلال الأمثل للموارد.

وليس أنسب للتقدم لهذا الدور الجديد للقاعدة القانونية من تقديمها في ظل فهم اقتصادي أشمل لطبيعة القاعدة القانونية ودورها. وعليه فيحاول هذا البحث التعريف بدور القاعدة الأمرة والمكملة اعتماداً على فكر مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون Law and Economics وهو ما يتطلب منا ابتداءً التقدم لفكر هذه المدرسة ومنطقاته قبل أن نشرع في بيان مفهومها لحقيقة دور القواعد القانونية الأمرة والمكملة ثم للتمثيل لما نقول من خلال القواعد القانونية الأكثر قرباً من نظمنا، سواء كانت من الشريعة الإسلامية، أو القانون المدني الفرنسي الأصل أو قانون التجارة المصري الجديد.

المبحث الأول

مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون

تمهيد:

يعد مقال رونالد كوس، "مشكلة التكلفة الاجتماعية" *The problem of Social Cost*، هو العلامة الفارقة ونقطة الانطلاق الحقيقية لمدرسة التحليل الاقتصادي للقانون. ولقد نشر هذا المقال لأول مرة في عام ١٩٦٠ عقب عدة مقالات لكوس وغيره مهدت لموضوع المقال.^١

ويعد المقال إلى محاولة الاقتراب من مشكلات القانون، وتحديد السياسة التشريعية واجبة الاتباع، من خلال منهج يتعد عن محض التقييم الأخلاقي والقيمي للقاعدة القانونية، ويستند عوضاً عن ذلك إلى توقع سلوكيات الأفراد في ضوء القاعدة ومدى تأثيرها على كفاءة النظام الاقتصادي للمجتمع ككل. واستند كوس بصورة رئيسية لآليات التحليل الاقتصادي من افتراض رشادة اللاعبين الاقتصادية، وقوانين العرض والطلب، ومنحنيات السواء وغيرها.

والواقع أن مقال كوس كان له أثر ذو جانين: الأول، هو أنه أمد السياسة التشريعية بالآليات التحليل الاقتصادي لتساهم في رسم سياسات أكثر انضباطاً وفعالية، والثاني، وهو ما هدف إليه المقال، هو أنه لفت أنظار الاقتصاديين إلى ضرورة الفهم العميق والدقيق لطبيعة العلاقات القانونية محل التحليل الاقتصادي قبل المبادرة للزعم بتحليل نتائجها وتنظيمها. إذ أن محاولة تحليل العلاقات القانونية كـ "وحدات انتاج" كاملة الصنع دون تناول مكونات هذه العلاقة وفهم أساليب انتاجها يؤدي إلى تجاهل عوامل مؤثرة وهامة على نتيجة أي تنظيم لظاهرة معينة.

ومنذ هذا الوقت انتشرت أبحاث التحليل الاقتصادي للقانون، وذاع تدرسه والاعتماد عليه في كافة الدراسات القانونية حتى باتت له، في الولايات المتحدة الأمريكية، شبه الغلبة في أساليب التحليل القانوني في شتى المجالات، كما أخذ هذا المنهج يغزو بسرعة الكتابات القانونية في القارة الأوروبية واليابان وإسرائيل.

أولاً: مدى الحاجة لتدخل القانون وأثر تدخله:

في مقاله المذكور، انطلق رونالد كوس من سوق عدة أمثلة وافتراضات بين على ضوءها حقيقة دور القاعدة القانونية. ولعل أول وأهم هذه الأمثلة لبحثنا الحال هو مثال الراعي والزارع الذي يجرى، مع التبسيط الشديد، على النحو التالي:

زيد وبكر جاران. زيد يزرع الذرة في أرضه، في حين يرعى بكر الأبقار. ولما لم يكن أي منهما قد وضع سوراً حول أرضه فإن الأبقار تسعى بين الحين والحين فتأكل من محصول الذرة. طبعاً طالما كانت الأبقار تعتدى على أرض زيد

^١ انظر: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *The Journal of Law and Economics*, 1, October 1960.

^٢ RONALD H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW* 11 (1988)

فإن تصرف زيد سيتوقف على موقف القانون. فإذا كان القانون يمنح الحق في التعويض المناسب عما يصيبه من ضرر³ فإنه لن يبادر إلى بناء سور حول أرضه، لأن بكر في محاولة منه لتجنب دفع التعويض سيقوم هو ببناء مثل هذا السور. أما إذا لم يقرر القانون مثل هذا التعويض، فسيبادر زيد إلى بناء السور حماية لأرضه.

لكن السؤال المطروح هو، كيف يتدخل المشرع؟ أولى المسائل التي يتعين إثارتها هنا، هو أنه يجب تجنب الحديث عن اعتبارات العدالة والحق الطبيعي والأخلاق، والالتفات عوضاً عن ذلك إلى أثر القاعدة القانونية على سلوك الأفراد وكفاءة النظام الاقتصادي ككل. ذلك أن الحديث المطلق عن اعتبارات العدالة دون وعى بالأثر الحقيقي للقاعدة القانونية يؤدي إلى اتخاذ حلول تفضي إلى عكس ما يرغب به المشرع.

السؤال الذي يتعين طرحه إذن، أولاً، هو: كم يتكلف بناء السور؟

نفترض أن بناء زيد للسور سيتكلف ٥٠ جنيهاً، بينما بناء بكر لسور حول مزرعته هو ستكلف ٧٥. على من يقع عبء بناء السور؟ يبدو للعيان، وللهولة الأولى، أن الحل "العادل" التقليدي يتناق مع الحل "الاقتصادي النفعي" التقليدي. فالإجابة التي تبادر للذهن من وجهة نظر العدالة والقانون الطبيعي هو أن بكر يتعين أن يتحمل بنقات بناء السور، لأن عليه التزاماً بمع أبقاره من الرعي في مرعى جاره.⁴ من ناحية أخرى فإن الحل الاقتصادي التقليدي سيبادر إلى ملاحظة أن تكليف بكر ببناء السور فيه إهدار للموارد، إذ سيتم انفاق ٢٥ جنيهاً زائدة على المبلغ اللازم لحماية الذرة وهو مبلغ الـ ٥٠ جنيه.

أراد كوس من مثاله أن يرغم كلاً من القانونيين والاقتصاديين على إعادة اعتبار الحلول التي يضعونها لهذه المشكلات. وعليه فقد شرع في تحليل سلوك الأفراد في ضوء كلا القاعدتين المقترحتين، مع افتراض الغيبة التامة لأي تكلفة تعوق قيامهما بالتعاقد والاتفاق سوياً.

في الفرض الأول، لا يقرر القانون تعويضاً لمالك الأرض الزراعية، مما يرغمه على بناء سور حول أرضه بـ ٥٠ جنيهاً، مما يوفر ٢٥ جنيهاً من الموارد الاقتصادية ككل.

في الفرض الثاني، يلتزم الراعي بتعويض ما ينجم من أضرار وهو ما يدفعه إلى المبادرة ببناء سور حول أرضه بـ ٧٥ وهو حل أكثر تكلفة. لكن، هل هذا فعلاً ما سيحدث في الواقع؟

في ظل غيبة أي تكلفة للتعاقد، وافتراض أن الراعي والزارع شخصان راشدان، لاشك أن اقدام الراعي على بناء السور بـ ٧٥ جنيه يعد شيئاً غريباً بعيد الحدوث. الحل الأمثل هو أن يقوم الزارع ببناء السور بمحسنيين جنيهاً فقط. بل إن الواقع، أنه إذا استطاع الراعي أن يقتنع المزارع ببناء السور بأى سعر أقل من ٧٥ ولو بجنيه واحد فإن الراعي يكون قد

³ بما في ذلك تكلفة المطالبة بالتعويض.

⁴ لاحظ أن ذلك ليس بالضرورة متفقاً مع العدالة، إذ قد يكون زيد قد شرع في نشاطه عقب بكر ويكون من المناسب إن أن يحترق لمحصوله، غير أن الفرض في المثال يستبعد كل هذه التفاصيل من باب التبسيط في العرض.

حقوق ربحاً. بالمقابل، فإن المزارع إذا أقام السوق بخمسين جنيهاً وحصل مقابل ذلك ولو على جنيه واحد فإنه يكون قد حقق ربحاً.

الحاصل إذن أن بناء السوق بـ ٥٠ جنيهاً فقط يترتب عليه فائض في الموارد، ومن مصلحة كلا الطرفين هنا أن يجلسا إلى مائدة المفاوضات ليحاولا الوصول لحل وسط باقتسام الـ ٢٥ جنيه. هذا الحل قد يكون باقتسامها مناصفة ١٢,٥ لكل منهما، أو ٢٠ لأحدهما وخمسة للأخر أو ١٠ و ١٥ للآخر وهكذا في كلا الحالتين النتيجة واحدة، توفير ٢٥ من الموارد الاقتصادية، الفارق يمس فقط كيفية توزيع الفائض.

يترتب على ذلك أنه في غيبة تكلفة المبادلة يمكن القول بأن القاعدة القانونية لا تلعب دوراً في تحقيق كفاءة استغلال الموارد وإنما يقتصر دورها على توزيع هذا الفائض بين الأفراد.

على أن فهم هذا الدور يتطلب منا التعريف ببعض أهم المصطلحات التي يتم استخدامها في هذا الإطار.

ثانياً: فكرة تكلفة المبادلة وكفاءة السوق والأثر المتعدى للتعاقد:

يتكرر في مقالنا هذا اللجوء لبعض المصطلحات التي كان لمدرسة التحليل الاقتصادي فضل التركيز عليها والتي قد تكون بحاجة لقدر من التوضيح:

١. المقصود بتكلفة المبادلة:

المقصود بتكلفة المبادلة Transaction Cost هو كافة التكاليف التي يتحملها الأطراف في سعيهم إلى إقامة وإنفاذ اتفاقات وعقود، أو هي "تكلفة التعاقد في السوق"^٥ أو هي بوجه أعم التكلفة التي يتحملها اقتصاد ما إذا ترك تنظيمه إلى العلاقات الفردية الخاصة.

وتتمثل تكلفة المبادلة بصفة خاصة في طوائف ثلاثة من التكاليف:

١- الطائفة الأولى تتمثل في تكلفة البحث عن متعاقد آخر. وتتمثل هذه في تكلفة التعرف على احتياجات الشخص نفسه، والاختيارات المتاحة في السوق لاشباعها، والبحث عن متعاقد آخر قادر على تلبية هذه الحاجات، وتحديد مدى الثقة التي يمكن إيلانها إياه، والتأكد من جودة السلعة المطروحة. ينضاف إلى ذلك تكاليف الإعلان مثلاً وتكاليف السماسرة وغير ذلك. وهي بصورة عامة تكلفة المعلومات.

٢- الطائفة الثانية هي تكلفة التعاقد والتفاوض. ومن ذلك تكاليف وسائل الاتصال، وعمولات السماسرة والوكلاء والغامين، وتكاليف الانتقال. ثم تتمثل هذه التكاليف كذلك في الوقت والجهد المبذولين في المفاوضات ذاتها، ثم تكلفة الاتفاق، وكتابته وتوثيقه وغير ذلك.

^٥ كوس، The Firm، المرجع السابق ص ٦.

٣- وأخيراً هناك تكلفة تنفيذ العقد. سواء أكان ذلك تنفيذاً اختيارياً أم جبرياً، تتطلب تدخل سلطات الدولة والتقاضى والتحكيم واستخدام القوة الجبرية أو غيرها.

بل إن التكاليف قد تتمثل في أى معوقات تمنع تحقق المبادلة. فوجود كراهية متبادلة بين الأطراف هي من تكلفة المبادلة التي تمنع وصول الأطراف إلى أى اتفاق وإن كان الاتفاق معقولاً من الناحية الموضوعية. وكثرة عدد المتأثرين بالعقد قد يمنع الوصول إلى تعاقده، كما لو حاول أحد المصانع التفاوض مع المتضررين من التلوث الذي يبيته المصنع، إذ يستحيل التفاوض مع ملايين البشر، وفي هذه الحالة فإن التكلفة تقل بشدة إذا اتحد المتضررين في جمعية مثلاً تمثل مصالحهم، إذ يمكن في هذه الحالة حصول التفاوض وانمام التعاقده مع صاحب المصنع.^٦

٢. فكرة الكفاءة الاقتصادية:

في معرض تقييم القواعد القانونية المختلفة، يعتمد الاقتصاديون على فكرة الكفاءة الاقتصادية، وذلك أيأ كان مضمون القاعدة القانوني ذلك أنه " من الأفضل دائماً تحقيق أية سياسة بتكلفة أقل" إذ أن تضييع الأموال لا يصلح بذاته هدفاً لسياسة ناجحة.^٧

والمقصود بصفة عامة بفكرة الكفاءة هو تحقيق أقصى اشباع ممكن بأقل موارد ممكنة. غير أن ذلك لا يتعين أن يوحي بأن ما يعنى به التحليل هو مادي بحت منفصل عن القيم الاجتماعية أو الدينية أو خلافه. ذلك أن المجتمع، أو الفرد، إذ يستشعر الحاجة للاتساق مع هذه القيم فإنه يمكن ادخالها في الاعتبار عند تقييم الحاجات محل الاشباع والموارد محل الاستخدام، إذ لاشك أن مورداً معيناً قد يكسب قيمته لامن المواد التي صنع منها وانما مما يضيفه عليه المجتمع من احترام وتقدير.

^٦ وعليه فسنرى كيف أن مسألة التلوث يصعب التعامل معها من خلال التعاقدهات الفردية وانما تتطلب في الغالب تدخل بالزام المتسبب باتخاذ اجراءات للحد من التلوث. انظر كوتر المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها.

ROBERT COOTER AND THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS*, (4th ed. 2004).

^٨ للكفاءة لدى الاقتصاديين معان مختلفة. أحدها هو ما يسمى بالكفاءة الإنتاجية، أي إنتاج أكبر قدر من المنتجات بالموارد المتاحة. كما أن هناك نوعين آخرين من الكفاءة، أولهما المسمى بـ"الكالور-هيكس" وهي كفاءة قائمة على احتساب الفائدة والتكلفة، بحيث أن العمل إذا كانت فائدته أكبر من تكلفته كان كفاءاً، وذلك بغض النظر عن كفايته التوزيعية، بحيث أنه إذا تسبب في الإضرار بأحد الأفراد مقابل تحقيق نفع أكبر لشخص آخر فإن النتيجة تعد كفاء من الناحية الاقتصادية. ويقابل هذا التعريف ما يسمى بـ"باريتو" حيث يعتبر العمل كفاء إذا أدى إلى زيادة المنفعة دون أن يؤدي إلى الانتقاص من موقف أى شخص آخر. انظر في هذه التعريفات، كوتر، المرجع السابق في ص ١٦، كذلك:

RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 13 *et seq.*, (5th ed. 1998)

حيث يبين سبب اعتماد التحليل الاقتصادي للقانون على الكفاءة وفقاً لكالور هيكس عوضاً عن باريتو نظراً لاستحالتها العملية ولايتها تتضمن الكفاءة التوزيعية كذلك. انظر أيضاً في انتقاد مفهوم الاقتصاديين للكفاءة لدى:

Richard S. Markovits, *A Constructive Critique Of The Raditional Definition And Use Of The Concept Of "The Effect Of A Choice On Allocative (Economic) Efficiency": Why The Kaldor-Hicks Test, The Coase Theorem, And Virtually All Law-And-Economics Welfare Arguments Are Wrong*, 1993 U. Ill. L. Rev. 485.

لا يكتمل شرحنا لمسألة تكلفة المبادلة وأثرها على القاعدة القانونية إلا بفهم المقصود بالـ **Externality**. ويقصد بها الأثار الناشئة عن العقد التي تمس الغير الخارج عن العلاقة. أو هي التكلفة التي تنشأ عن سلوك معين من غير أن يتحملها الشخص الذي يأتي السلوك نفسه. ومثال ذلك مثلاً أن يمتلك شخص مديغ، أو أى مصنع تنبعث عنه روائح كريهة. غير أن أثر هذه الرائحة يمتد بالضرورة إلى سوى مالك المصنع. فينشأ عن ذلك معضلة للمجتمع، فالشخص مصدر التلوث مستعد لتحمل التلوث ما دام ينشأ عنه ربح كبير، والعامه الذين يتحملون بالتلوث دون ربح، غير قادرين على منعه. بمعنى آخر، الربح الناشئ عن النشاط ربح فردى خاص، في حين أن التكلفة الاجتماعية للنشاط عالية لاتدر ربحاً عاماً بيررها.

ويتكرر في الأدب الحديث عن كون هذه الأثار مررة للتدخل التشريعي لحماية الغير. غير أنه يتعين بهذا الشأن التنبيه على مسألتين غاية في الخطورة، إذ لاختلو العقود من أثار تصيب الغير، ومن السهل دائماً أن يجد الفقيه أو المشرع مبرراً للتدخل بزعم وجود أثار تمس الغير. هاتان المسألتان هما: أولاً أن المقصود بهذه الأثار، الأثار التي لا يستطيع الغير أن يتعاقد مباشرة مع المسبب لها، وإلا كان الأولى ترك أفراد المجتمع يتفاوضون بشأن تفضيلاتهم وصولاً للنتيجة الصحيحة.

المسألة الثانية هي أن كون الأثار التي تمس الغير مجرد أثار مالية نقدية ليس مبرراً للتدخل بالتنظيم وفرض الرقابة، إذ هناك من الوسائل القانونية الأخرى المختلفة ما يحل محل هذا التدخل.⁹

فإن وجد الأثر على الغير، وخاصة على نطاق واسع، فإنه يترتب عليه عدم رشادة القرارات التي يتخذها الأفراد من منظور المجتمع، إذ يستفيد الشخص من دخول عقد معين، في حين يتحمل المجتمع بالخسائر أو التكلفة، وعليه فإن قرار الفرد بالدخول في معاملة والمبنى على مقارنة التكلفة بالربح يظهر للفرد ربحاً صافياً يبرر الدخول في العلاقة التعاقدية، في حين أن التكلفة الاجتماعية لها تفوق الربح العائد منها.

ومثال ذلك أن يكون العائد من العلاقة والذي يعود على الشخص هو ١٠٠ جنيه، والتكلفة التي يتحمل بها هي ٥٠ جنيه. من هذا المنطلق فإن من مصلحته مزاوله النشاط المذكور إذ يحقق صافي ربح قدره ٥٠ جنيه. غير أننا إذا دققنا النظر وجدنا أن هناك تلوثاً ناشئاً عن النشاط يؤدي إلى خسارة اجتماعية مقدارها ١٥٠ جنيه. أى أن صافي الخسارة هو ١٠٠ جنيه، وهو يجعل النشاط غير ملائم من الناحية الاجتماعية.

ودور القاعدة القانونية في مثل هذه الحالات أن تتكفل بجعل المنتج للأثر الضار يتحمل التكلفة الاجتماعية ، كأن تلزمه بالتعويض مثلاً أو باتخاذ اجراءات وقائية معينة، بحيث يلتزم بأخذ هذه التكلفة في اعتباره، أو أن تتدخل

⁹ كوتر، المرجع السابق ص ١٦٧.
¹⁰ انظر بصفة خاصة، كوس، The Firm المرجع السابق ص ٢٦. وانظر كذلك في تأكيد ذات المعنى ومدى التساهل الشائع في ادعاء وجود Externality لتبرير التدخل الحكومي:

Fred S. McChesney, *Current Excuses for Regulating Futures Transactions: Avoiding the E Word*, 74 CORNELL L. REV. 902, (1989)

الدولة بتنظيم أمر ابتداءً بمحدد مدى السماح بمزاولة هذا النشاط. ولعل أهم أمثلة مثل هذه القوانين هي القوانين الجنائية التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد الذي ينشأ عنه آثار اجتماعية ضارة متعددة لشخص الجاني والمجني عليه.

ثاني الأفكار الهامة هي فكرة فشل السوق أو الـ **Market Failure**. ذلك أن الحديث عن قدرة الأطراف على التعاقد وتحقيق رغباتهم يفترض رشادة اقتصادية وسوق منافسة كاملة. فإذا كانت آليات السوق معطلة كانت شروط تطبيق الفروض غير مكتملة، وتعين تدخل المشرع بصورة أو أخرى لتعويض هذا الفشل.

وأهمية توضيح تلك الفكرة، هي أن البعض من أنصار الاقتصاد الحر قد يعتمد على الحديث عن امكانيات الأفراد وقدراتهم واقتباس نظريات الاقتصاد دون أن ينتبه إلى أن السوق محل الحديث غير مكتمل الأركان. بل إن البعض إذ يتحدث عن نظريات كوس يزعم أنه كان مؤيداً لحرية التعاقد بصورة مطلقة، في حين أن قراءة متأنية تبينها إلى أن كوس في الحقيقة أراد تأكيد حقيقة وجود تكاليف للمبادلة وعقبات في السوق تتطلب تدخل القانون، لكن مع انتباه القانون لهذه العقبات عند تحديد نوع التدخل ونطاقه ومداه.

ثالثاً: الأدوار المختلفة للقاعدة القانونية في ضوء مبدأ تكلفة المبادلة:

تقدم أنه وفقاً للتحليل المبدئي الذي أتى به كوس، فإنه يمكن صياغة مبدئين يحددان اتجاه القانون في هذا الشأن:

الأول: أنه في ظل الغيبة الكاملة لتكلفة المبادلة¹¹ فإن القاعدة القانونية لا يكون لها أثر في تحديد كفاءة النتيجة بالنسبة للاقتصاد، إذ يمكن للأفراد دوماً التفاوض والتعاقد بحيث يصلون للنتيجة الأكثر كفاءة. غاية الأمر أن القاعدة القانونية تؤثر على توزيع هذه التكلفة وبالتالي توزيع الفوائد المتحقق من التعاقد. ويلاحظ أن هذا الدور قد يكون من الأفضل أن يتم عن طريق فرض ضرائب لا عن طريق التدخل في الحقوق والواجبات. ذلك أن تدخل المشرع عن طريق الحقوق والواجبات يؤدي إلى اضطراب في العلاقات بين الأفراد بالإضافة إلى توزيع الدخل.¹²

الثاني: أنه في وجود تكلفة للمبادلة تعوق التبادل الحر، فإن التدخل القانوني يكون ذا أثر في تحقيق الكفاءة الاقتصادية، وليس مجرد التوزيع، إذ أن وجود العائق عن التعاقد قد يؤدي بالأفراد إلى عدم التعاقد أصلاً والرضا بوضع هو أقل من الوضع الأمثل.¹³

فإذا كان من اللازم وجود قدر من التدخل القانوني، فإن هناك صورتين لمثل هذا التدخل:

¹¹ أو بمعنى آخر: غياب أي عائق للمبادلة الحرة.

¹² انظر في مضار تحقيق العدالة التوزيعية عن طريق الحد من الحرية التعاقدية للأفراد وتفصيل تحقيقها من خلال فرض الضرائب، كوتر، المرجع السابق ص ٨ وما بعدها.

¹³ كوتر، المرجع السابق، ١٩٨.

أ) - في الحالة الأولى، فإن تكلفة المبادلة تكون موجودة غير أنها غير مانعة تماماً من التعاقد. وهنا يتدخل المشرع بإحدى طريقتين: إما أن يتدخل فيقلل تكلفة المبادلة بما يشجع الأفراد على التعاقد، وإما أن يتدخل فيوزع الحقوق والالتزامات بطريقة تستثير الأفراد إلى التعاقد وحل مشكلاتهم بطريقتهم الخاص. ولنضرب بعض الأمثلة لكل.

فمن أمثلة التدخل لتقليل تكلفة المبادلة، انشاء نظام قانوني للعلامات التجارية. ذلك أن الغرض من العلامة التجارية هي أن يضع المنتج علامة بسيطة تميز منتجه عن غيره، بحيث إذا ما رآها المستهلك عرف المنتج ومكونات السلعة ومدى جودتها. وهكذا فإن العلامة التجارية تقلل من تكلفة البحث بين السلع. ولنا أن تصور نظاماً لا توجد فيه علامات تجارية مطلقاً: كما في سوق الفاكهة مثلاً، إذ لا يتوصل المستهلك إلى معرفة جودة السلعة إلا بأن يمسك كل حبة من حبات المانجو أو التفاح على حدة مختبراً إياها، وهو إختبار لا يذله مجال على مدى جودة الطعم، ما لم يكن له علم مسبق بفصيلة الفاكهة مكان منشأها. وهكذا تختصر العلامة التجارية كل هذه المشاق.

ومثال ذلك أيضاً نظام توحيد الجودة الذي يضيف على كل من يحصل على شهادة جودة معينة حداً أدنى من الصلاحية تسهل على التعاملين في السوق تقييم السلعة أو الخدمة. ومثل ذلك التقليل المباشر لتكاليف التسجيل أو التعريفات الجمركية، أو مطاردة الموظفين المرتشين وما إلى ذلك.

ومن أمثلة ذلك كذلك استلزام المشرع إقامة جماعة للدائنين عند تفليس التاجر، أو جمعية لحملة السندات تمثل مصالحهم في مواجهة الشركة.

ومن أمثلة التدخل لحفز الأفراد على التعاقد ما يتدخل المشرع مقررراً به حقوقاً فيدفع هذا التدخل الأفراد إن شاؤوا إلى التعاقد. بحيث أن علاقة الأفراد قبل التدخل لم تكن لتدفعهم للتعاقد مما كان يغلب معه التوزيع غير المناسب للموارد. ولتأخذ عدة أمثلة.

فمن مثل ذلك تقرير القصاص في حالة القتل العمد، مع تمكين ولي الدم من العدول عنها إلى الدية أو العفو.¹⁴ ذلك أن المجتمعات تختلف في تقييمها لحق الحياة، بل ولحق القصاص. وفي مجتمع تغلب عليه الرغبة في القصاص يعطى المشرع أولياء الدم ذلك الحق بحيث تحقق الدماء وتجنب الصراعات الاجتماعية. أما إذا تطور المجتمع فمال إلى العفو وإلى التعويض المدني حلت الدية محل القصاص.

بل وفي حالة مجتمع القصاص كذلك، قد تكون أسرة المحني عليه فقيرة تفضل الدية، أو مبلغ أكبر تحصل عليه فتجني به أسرة المحني عليه من زوجه وأولاده القصر أو إخوته عوضاً عن قصاص لا يبغي عنهم شيئاً. وليس في ذلك إخلال بالنظام الاجتماعي أو محاباة للمجرم الغني، إذ الفرض هنا أن القاتل قاتل لمرة واحدة لا تستشعر منه خطورة إجرامية ويرغب المجتمع في أن يعود إليه بعد صلاح حاله. فإن لم يكن حال القاتل كذلك لزمته إلى جوار الدية ما قد يراه القانون من تعزيز مناسب يدفع خطورته الإجرامية.¹⁵

¹⁴ انظر في ذلك، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، القسم الخاص، نادي القضاة، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٥٨، بند ٣٢٨ وما بعده.

¹⁵ انظر المرجع السابق، ص ٢٦٠ بند ٣٣٣ و٣٣٤.

ولنا أن تصور العكس، إذا ما كانت القاعدة لا تقرر حق القصاص أصلاً، إذ لا يجد من يرغب في القصاص إلا طريق الجريمة والثأر والاضطراب الاجتماعي سبيلاً ولا مجال لتفاوض أو لتطور القاعدة القانونية بتطور أهداف المجتمع المخاطب بها.¹⁶

ومثال ذلك كذلك حقوق براءات الاختراع. فاصطلاح براءة الاختراع ينصرف إلى الحقوق ذات الطبيعة المادية التي تترتب لمنتج العمل أو التقني. وينشأ عن هذا الحق استطاعة هذا المنتج استعمال واستغلال منتجه، كما يمكنه التصرف فيه لمن شاء. ولاشك أن هذه القدرة على استغلال المنتج تنشأ بطبيعتها بمجرد قيام الشخص بإبداع منتجه. غير أنها في تلك اللحظة لا تعدو قدرة مادية مجردة، بل ونظرية. ذلك أن هذه القدرة لا يميزها ما يميز الحقوق من خاصية "الاحتجاز" أو قابلية المالك لاستثناء الغير من استخدامها. فقد يقوم شخص بالتوصل لتركيبة كيميائية معينة، ثم يتوصل آخر لذات التركيبة دون إمكان منعه عن ذلك.¹⁷

بل إن المشكلة تزداد إذا قرر المنتج أن يضع منتجه قيد الاستعمال أو الاستغلال. فبمجرد خروج المنتج للسوق وتعرضه للعيون ينكشف سره ويتعرف الخبراء على سر صناعته بحيث يبيت من غير المحدى عرضه عليهم. بمقابل إذا كان بإمكانهم تصنيعه بأنفسهم. ويعد هذا من وجهة النظر المادية الاقتصادية البحتة استعمالاً غير أمثل للموارد. إذ يدفع مثل هذا النظام المنتجين إلى الضن بمجهودهم وعلمهم على إنتاج جديد لا يعود عليهم بالربح، وتراجع المؤسسات المالية والتجارية عن تمويل المخترعين المبتدعين.

لذلك كله كان من الحتمي، إن أريد لهذه الحقوق أن تعود بمردود مادي على صاحبها أن نكتسب قدرأ من القدرة القانونية على حجز الغير عن استعمالها دون ترخيص من المنتج. فعنصر الحماية هنا هو قانوني محض يضعه القانون ويحيطه بالجزاءات والإجراءات التي توهم أولاً للاعتراف بوجوده ونسبته إلى صاحبه، ثم تخول صاحبه مطاردة من يعتدون على حقوقه وحجزهم عن المساس بها.

وبذلك يلزم المشرع في خلال فترة الاحتكار القانوني كل من يرغب في استغلال المنتج أن يتعاقد على شرائه من منتجه وبذلك يؤدي هذا لتحقيق ربح مناسب للمنتج مما يدفع المنتجين إلى التنافس في إنتاج كل جديد وتحسين منتجاتهم.

(ب) - وأما الحالة الثانية فيستحيل فيها التفاوض، فيتدخل المشرع مقررأ الحق والالتزام بحيث يؤدي إلى استغلال أمثل للموارد. ويستحيل التفاوض والتعاقد بالذات عندما تغلب اعتبارات غير مادية، عاطفية مثلاً، أو يتعدى من يتعدى إليهم أثر العقد بحيث يستحيل اجتماعهم للتفاوض.

¹⁶ انظر في العرض للدراسات الاقتصادية المتعارضة في الموضوع، كوتر المرجع السابق، ص ٥٠٠ وما بعدها، مع ملاحظة أن الجدل بين الاقتصاديين ينصب بصورة أساسية على مدى الأثر الرادع لعقوبة الإعدام ومدى تكلفة إدارة النظام وليس على المبادئ الأخلاقية بهذا الشأن. انظر كذلك:

¹⁷ انظر :

المبحث الثاني

دور القاعدة القانونية الحاكمة للعقد في ظل التحليل الاقتصادي للقانون

عرضنا فيما سبق نظرة مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون لدور القواعد الأمرة والمكاملة بوجه عام، ونعرض فيما يلي لدور هذه القواعد في حكم العلاقات التعاقدية بين الأفراد ومدى تأثيرها على مضمون ونفاذ هذه العقود. ونستهل الحديث بشرح موجز لمشكلة التعاقد في ضوء نظرية اللعبة، لتلقى ضوءاً على طبيعة تصرفات الأفراد المتعاقدة قبل أن نعرض لبعض المبادئ العامة التي تمس مختلف جوانب العقد من حيث الأثار والانعقاد.

أولاً: نظرية اللعبة وأهمية دور القانون الحاكم للعقد:

تشكل نظرية اللعبة (Game Theory) الإطار النظري الذي يستعمله الكثير من المحللين الاقتصاديين والاجتماعيين في الوقت الحاضر للتنبؤ بتصرفات الأفراد والمجتمعات وصولاً إلى الرسم المسبق للسياسات التي تتناسب مع هذه المواقف. وتعني نماذج هذه النظرية بالتنبؤ بما يسمى بـ "السلوك الاستراتيجي" للأفراد، وهو "السلوك الذي ينشأ عند تفاعل شخصين أو أكثر مع استناد قرار كل منهما على السلوك الذي يتوقعه من الآخرين"²¹. ونعرض هنا في عجالة، وببساطة، لأحد أبسط نماذج النظرية والآثار التي تؤدي إليها بشأن العقود.

١- معضلة السجين وأهمية التدخل القانوني:

تشكل معضلة السجين المثال التقليدي شديد التبسيط الذي يبدأ منه في فهم مسائل نظرية اللعبة أو المباراة. وتثير هذه المعضلة²² انتباه القارئ إلى عدة أمور، منها أهمية توافر المعلومات والاتصالات، ومنها أثر غياب الاتصال على القرار الرشيد للشخص، وبخاصة مدى إمكانية ادخال تعديلات بسيطة في قواعد اللعبة لدفع الأفراد إلى اتخاذ سلوك مضر بهم أو أقل نفعاً من التصرف الأمثل.

وفي أبسط صورها، تجرى المعضلة كالتالي:

ارتكب زيد وبكر جريمة سطو على بنك. ولما كانت الشرطة تتشكك في أنهما اللصان فقد بادرت إلى القبض عليهما بسبب جريمة بسيطة هي جريمة احراز سلاح بدون ترخيص، ووضعتهما كل في زنزانة مستقلة وشرعت في استجوابهما. غير أن موقف الشرطة موقف حرج، إذ لا تملك أي دليل على قيام زيد وبكر بالسرقة، وليس أمامها إلا أن تحاول انتزاع اعتراف من أيهما، وذلك طبعاً بوسيلة مشروعة.

DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER, RANDAL C. PICKER, GAME THEORY AND THE LAW, 1, ²¹ (Harvard University Press, 1998).

²² للتعبير الإنجليزي هو Dilemma وهو ما يمكن أيضاً ترجمته بـ "مشكلة" غير أن تعبير معضلة قد سبق استخدامه لدى بعض المراجع العربية وهو أقوى في التعبير عن المعنى المقصود فرائنا الاحتفاظ به.

وعليه، فقد اقترح الضابط المحقق على كل من زيد وبكر، على حدة، الاعتراف في مقابل الزول بالعقوبة إلى حد أقل من الحد الأدنى في جريمة السلاح. غير أن شرط المكافأة هو ألا يعترف الشخص الآخر، فإن اعترف كلاهما حصل كل منهما على صف العقوبة المقررة لجريمة السطو.

وبذلك فإن العقوبات الممكنة كالتالي:

- ١- عقوبة حمل السلاح: سنة واحدة.
- ٢- نصف جريمة حمل السلاح: ٦ أشهر.
- ٣- عقوبة السرقة: ١٠ سنين.
- ٤- نصف عقوبة السرقة ٥ سنين.

وعليه تبدو الاختيارات المتاحة لزيد وبكر في صورة الجدول التالي:

		بكر	
		لا اعترف	اعترف
زيد	اعترف	٥/٥	١٠/٥
	لا اعترف	١٠/٥	١/١

والظاهر للعيان أن أفضل اختيار مشترك يظفر به الطرفان هو أن يتفق كلاهما على عدم الاعتراف فيحصل كل منهما على سنة واحدة من الحبس كعقوبة. غير أن فرصة الاجتماع والاتفاق على ما يتخذ من حلول غير متاحة لزيد وبكر وعلى كل منهما أن يتخذ قراره منفرداً. ولنا أن نتصور أن تفكير كل منهما يجري كالتالي:

زيد أمامه اختياران أن يعترف أو لا يعترف، لكنه لا يدري كيف سيتصرف بكر. إذا ما اعترف بكر، فإن أفضل اختيار لزيد هو أن يعترف هو الآخر ليخفص العقوبة من ١٠ سنوات إلى خمسة. إذا لم يعترف بكر، فإن أفضل حل لزيد هو أن يعترف مخفصاً العقوبة من سنة لسته أشهر. وبالتالي فإن زيد سيعترف في كل الأحوال.

بالمقابل، يجري بكر تحليلاً مشابهاً يؤدي به إلى الاعتراف في كل حال.

وهكذا فإن الحل الحتمي لمعضلة السجين (The dominant strategy)²² هو اعتراف الطرفين ليحصل كل منهما على خمس سنوات من العقوبة. وهو ثاني أسوأ عقوبة يمكن أن يحصل عليها أي منهما. وعليه فإن اقتراح تخفيض العقوبة مقرونًا باستحالة الاتصال بين الطرفين أدى بهما إلى اختيار نتيجة ليست هي الأفضل بالنسبة لهما. غير أنه لاشك أن الأطراف لو كانت اتبحت لهما فرصة الاتفاق، وكان كل منهما على ثقة من الآخر لأمسكا كلاهما عن الإعتراف. المشكلة إذن هي في هذه الامكانية وتلك الثقة.

غير أننا قبل أن نعرض لهذه المسألة، نعرض أولاً لمعضلة السجين متمثلة في مشكلة عقدية.

٢- معضلة السجين في إطار عقدي:

هب أننا في دولة لا يسودها القانون، أو أن القانون فيها لا يلزم الأفراد بتنفيذ اتفاقهم. في هذه الدولة يسكن عمرو وخالد. عمرو ثرى أمثل، غير أنه لا يفقه في التجارة، وخالد تاجر ماهر غير أنه لا يملك رأس المال الكافي.

عمرو أمامه اختياران، إما أن يستثمر أمواله، ١٠ آلاف جنيه، لدى خالد أو لا يستثمرها، وخالد لديه اختياران في حالة ما استثمر عمرو أمواله معه، إما ينفذ التزامه أو يكتفي بالاستيلاء على أموال عمرو. إذا قام خالد باستثمار أموال عمرو سيتحقق ربح مقداره ١٠ آلاف جنيه تقسم مناصفة بين الطرفين. الاختيارات يمكن تمثيلها في الجدول التالي.

	لا تستثمر	استثمر
لا تستثمر	٠/٠	٥/٥
تستثمر	٠/٠	١٠/١٠-

²² تعرف Dominant strategy بأنها "الاختيار الأفضل ليا كان السلوك الذي يختاره اللاعب الآخر"، بيرد، المرجع السابق ص ١١.

هنا المسألة مختلفة قليلاً عن المسألة السابقة. عمرو أمامه اختياران، أما خالد فيكاد يكون اختياره محدوداً. إذا قام عمرو بالاستثمار معه، فلاشك أن يربح أكثر بعدم التنفيذ والاستيلاء على كامل المبلغ لنفسه. هذا الحل واضح وبديهي إلى درجة تجعل عمرو لا يستثمر أبداً مع خالد، وهكذا يفقد كل منهما الفرصة المناسبة للربح.

ويقودنا ذلك إلى استنتاج أنه في غيبة أسلوب لإنفاذ العقود لن يشعر الأفراد بالأمان وسيحجمون عن التعاقد.²⁴

٣- بديلاً انفاذ العقود:

يمكن القول بأن هناك طريقين لزاماً للأفراد بتنفيذ عقودهم؛ الطريقة الرسمية والطريقة العرفية. أما الطريقة الرسمية فعن طريق اللجوء للمحاكم ثم تنفيذ الحكم عن طريق السلطة التنفيذية للدولة.

أما الطريقة العرفية فتعتمد على طبيعة المجتمع المحيط. فنحن نذكر أن احجام الأفراد عن الدخول في التعاقدات كان مصدره أن أحدهما يجد حافزاً على الاخلال بالتزاماته من خلال ما سيحققه من ربح في حين يجد الآخر مانعاً دون التعاقد للخسارة المؤكدة التي سيمى بها.

لكن هب أن هناك مصلحة يجيها خالد من تنفيذ التزامه، وأن هذه المصلحة بيد عمرو.

اعتبر المثال التالي:

هب أن عمراً يملك ثروة طائلة. عمرو يرغب ابتداءً في استثمار عشرة آلاف من الجنيهات مع خالد، فإذا نجح الاستثمار فإنه سيعاود استثمار عشرة آلاف جنيه كل سنة.

هنا، على عكس المثال السابق، خالد لديه اختياران: الأول أن يستولى على المال الذي أعطاه إياه عمرو محققاً ربحاً قدره عشرة آلاف جنيه. في هذه الحالة عمرو لن يستثمر أى مال آخر وسيكون العشرة آلاف هو أقصى مبلغ يحققه خالد من التعاون مع عمرو. الاختيار الآخر هو أن يتعاون خالد مع عمرو، وفي هذه الحالة فإنه يحقق بالتعاون مع عمرو خمسة آلاف صافية كل سنة.

أما إذا استولى خالد على المال فإن عمراً سيعاقبه برفض التعامل معه ثانية. هذه القدرة على القصاص تسمى في نظرية اللعبة بـ Tit for Tat strategy أو "واحدة بواحدة" أو يمكن أن نسميها بامكانية القصاص.²⁵

²⁴ كوتر، المرجع السابق ص ١٩٨.

²⁵ أنظر كوتر، المرجع السابق، ٤١ و ٤٢، وأنظر في شرح للعبة المتكررة والسياسات المختلفة الممكن اتباعها، ممثلاً لها في ظل منافسة بين مؤسسات تجارية مختلفة، بيرد، المرجع السابق ١٥٧ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٧١ و ١٧٢.

بالطبع، هذا الاختيار يتوقف على عدة مسائل. مثلاً قدرة خالد على أن يستولى على المال ثم يتعاقد مع آخرين ويستولى على أموالهم كذلك. أو أن ينتقل من مجتمع إلى آخر ليتحايل في كل مجتمع مرة محققاً ربحاً. أيضاً يتوقف هذا على التكاليف النسبية لكل اختيار. فخالد في كل مرة سيبحث عن ضحية جديدة، ويحاول اقناعها بالدخول في العقد، ويتعاقد، ثم يفر بالأموال وهكذا.

وبالتالي فإن الاعتماد على أسلوب القصاص الاجتماعي يعتمد على وجود نوع معين من العلاقات الاجتماعية. فهو يتطلب في الغالب مجتمعاً صغيراً الحجم، وعلاقات متشابكة مترابطة، وأفراد يعرفون بعضهم البعض وتنتشر المعلومة بينهم بسهولة. في هذه الحالة تغدو أساليب الإنفاذ والتنفيذ الجبري الاجتماعية كلفة وتعرض عن اللجوء إلى قوة الدولة لانفاذ العقود.²⁶

ولاشك أن من أمثلة هذه المجتمعات سوق التجار، حيث ينشأ بينهم التعاون المستمر المشترك والترابط والاعتماد المشترك على ائتمان كل منهم.

٤- أثر انتهاء اللعبة على سلوك الأفراد:

تبين لنا مما سبق وجود فارق بين نوعين من العلاقات، تلك البسيطة القصيرة غير المتكررة، التي تتطلب تدخل القانون بانفاذها، وتلك الطويلة الأمد القائمة في مجتمع صغير، التي تتيح للقصاص الاجتماعي أن يأخذ دوره. غير أن اللعبة من النوع الثاني قد تنقلب إلى النوع الأول إذا طرأ طارئ يغير حسابات الأفراد.

ذلك أنه متى تيقن الأفراد أن العقد بينهم هو العقد الأخير، انقلبت حساباتهم مرة أخرى إلى حسابات اللعبة الواحدة فأصبح من مصلحة الأفراد الاختلال بالتزامهم. غير أنه إذا تحقق لهم ذلك، فإنهم سيبادرون ويستبقون إلى الاختلال في اللعبة السابقة على الأخيرة، وهلم جرأً فينقلب الميزان تماماً ويفقد الجزء الاجتماعي فعاليته ويسود المجتمع الشلل والفوضى.²⁷

ولعل أهم مثال نلمسه في حياتنا العادية هي حالة الإفلاس. ذلك أنه متى اشتهر عسار التاجر ثم شهر إفلاسه انعدم اعتماد التجار على ائتمانه، وسارعوا وتسابقوا لتحصيل ديونهم والتنفيذ برهونهم أو محاولة الحصول على ميزات معينة. ولا يؤدي ذلك إلا إلى تزايد احتلال أعمال التاجر وتعذر حصول أي منهم على حقوقه.

بل إن الأثر ينصرف إلى مرحلة ما قبل الإفلاس. فالتاجر ما أن يستبين له أنه على وشك الإفلاس حتى يبادر إلى محاولة تريب أمواله والخروج بها خارج دائرة الإفلاس. أو قد يعتمد إلى جهد يائس لانفاذ تجارته فيتحايل على التجار في الحصول على قروض أو في ترتيب امتيازات غير مشروعة مقابل ديون جديدة وما إلى ذلك، أو قد يجأى بعض الدائنين على حساب بعض. ولعل هذا هو ما يفسر تماوى نظام الائتمان التجارى فجأة وعدم كفاية نظام السوق، بل الحاجة إلى

26 Stout, Lynn A., Why The Law Hates Speculators: Regulation And Private Ordering in The Market For OTC Derivatives, 48 DUKE L.J. 701 (1999).

27 كوتر، المرجع السابق، ٢٢٩.

التدخل القانوني من قبل الدولة، فتغل يد المدين، وتتكون جماعة الدائنين، وتبطل تصرفات المدين في فترة ترجع إلى تاريخ التوقف عن الدفع بل وإلى فترة سابقة عليها ولذلك لعلبة الريبة في غايات التاجر من اتخاذ هذه التصرفات. كذلك يشع القانون عقوبات للتفالس بالتقصير والتدليس وغيرها مما يستعيز به القانون عن نظام السوق الذي كان كافيًا طالما كان التاجر موسرًا.

ثانياً: الحرية التعاقدية من منظور اقتصادي:

يبين لنا مما سبق أن قدرة الأفراد على التعاقد والتفاوض هي من أهم ضمانات السير المنضبط لنظام اقتصادي واجتماعي سليم. ويبين لنا بالتالي أن النظام القانوني يتعين عليه أن يطلق للأطراف العنان في تفاوضهم، بوجه عام. غير أن ذلك غير كاف إذ يلزم أن يقوم القانون بإنفاذ ما يتفق عليه الأطراف، أيًا كان.

ويتشعب عن هذا المبدأ مسائل:

١- حاجة الأطراف للإكراه القانوني لإنفاذ عقودهم:

المسألة الأولى أن القانون يتعين أن يتدخل إيجاباً بأسياغ القوة الملزمة على اتفاقات الأفراد وبوضع سلطات الدولة في خدمة هذا الغرض. إذ بذلك يقبل الأفراد على التعاقد آمينين، وهو ما يؤدي إلى حسن استغلال الموارد من ناحية وتوزيعها بما يتلائم مع قدرات الأطراف ورغباتهم. وليس هذا الإنفاذ لازماً فحسب حيث تتعدم الوسائل الاجتماعية البديلة، بل حتى في وجود هذه الوسائل، إذ يؤدي وجود سلطة القهر لدى الدولة إلى تقليل تكلفة المبادلة بتخلق الاحساس بالالزام وبصرف الموارد الموجهة للتنفيذ إلى أنشطة أكثر جدوى.

٢- استغناء الأفراد عن هذا الإنفاذ في حالات معينة. (مجموعات مغلقة، سوق سوداء، عصابات، ديون قمار، تجار).

المسألة الثانية هي أن بعض المجتمعات قد تكون في غناء عن تدخل القانون بالانفاذ الرسمي. ومثال ذلك الأوضح، هو السوق ومجتمع التجار الذي تسوده أعرافهم وتجربهم على الانصياع له الشبكة المترابطة من الاعتماد والائتمان المتبادل القائم بينهم. وتسود هذه الظاهرة بصورة أكبر في المجتمعات الأكثر انغلاقاً حيث عدد الأفراد محدود وشروط الانضمام صعبة. ومثالها في صورته المشروعة هو مجتمع البنوك. غير أنه له صور غير مشروعة كما في السوق السوداء وبين العصابات الاجرامية. وأهمية فهم هذه الظاهرة هو الانتباه إلى أن منع معاملة معينة لا يؤدي جتماً إلى اختفائها وإنما يؤدي إلى انحصارها في مجموعات معينة وبقواعد صارمة من حيث التطبيق.

ويترتب على ذلك، بصورة خاصة، آثار هامة في إطار النظرية الاقتصادية-السياسية. هذه الآثار يتعين الانتباه لها حتى نحسن فهم الدور الحقيقي الذي تلعبه القاعدة القانونية.

أول هذه الآثار، أن الدافع وراء قيام الدولة بمحظر نشاط معين أو على الأقل حرمانه من اللجوء للمحاكم الرسمية قد يكون غرضه خلق احتكار لمصلحة بعض الأفراد دون بعض. بمعنى آخر، فإن الحظر والمنع يحمل في طياته فوائد للبعض دون البعض. لذا فإنه كثيراً ما يلاحظ إقبال بعض الصناعات على المطالبة باخضاعها للتنظيم الحكومي، إذ يضمن هذا لها

احتكاراً معيناً وضعف المنافسة من الخارج. وبالتالي فإن اللجوء لمثل هذا التدخل الحكومي يتعين أن يُوحد بحذر شديد إذ يؤدي في الغالب إلى تقوية أرباب الصناعة المنظمة عوضاً عن اضعافهم، كما قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة.²⁸

وتكمن أهمية هذه الملاحظة في الوعي بأن الانتقال من التدخل الحكومي الرقابي الأمر إلى اطلاق قوى السوق لا يأتي بالضرورة على حساب المستهلك ولمصلحة التجار، بل إن العكس يغلب أن يكون صحيحاً، إذا ما صاحب ذلك التأكد من كفاءة القوانين الحاكمة لشفافية السوق وحرية المنافسة. ولعل هذه المسألة تجدد أوضاع أمثلتها في الدراسات المتكررة التي أجريت على صناعتى الطيران والهاتف في الولايات المتحدة الأمريكية.

الأثر الثانى، هو أن حظر نشاط معين قد يؤدي إلى إجبار الأفراد على ابتداء نظامهم الخاص وارتكافهم إلى التنظيمات الاجتماعية الأخرى، وهو ما قد يؤدي في النهاية إلى نتائج أكثر كفاءة من التدخل الحكومي، خاصة إذا كانت آثار الصناعة غير متعدية إلى غير أعضائها، بل وأحياناً بالرغم من هذا التعدى. ويبدو أحد الأمثلة التاريخية لمثل هذا الأثر فيما لاحظته البعض بشأن سوق "كوبونات" الأرز في اليابان في القرن السابع عشر، إذ أدى اقترن حظر لجوء أطرافه للمحاكم الرسمية بتطور نظام رقابي داخلي غاية في الكفاءة.²⁹

وشبيه به ما حدث في سوق المشتقات المالية الحديثة، وبصورة خاصة السواب أو عقد مقايضة الديون، إذ نشأ النظام في ظل حظر التعامل في العملات الأجنبية وبغرض التحايل عليه. كما نشأ في ظل نظم وطنية للإفلاس كلها غير مواتية لطبيعة العلاقة. غير أن هذا أدى الى حصر المعاملات في هذا السوق بين البنوك والمؤسسات المالية الضخمة والشركات عبر الدولية، بما أدى معه لنشأة نظام قانونى ورقابى غاية في الكفاءة اضطرت الحكومات من بعد للانصياع له بتعديل قوانينها الوطنية لتتفق معه.³⁰

وينشأ عن هذا الفهم فهم أعمق لحقيقة الحظر التشريعى الذى قد يأتي لا بقصد تحريم أفعال معينة وإنما بقصد اباحتها في حدود ملائمة، مع ترك هذه الحدود الملائمة للمشاركين في السوق ليقدروها وفقاً لكفاءة النظم التي يتدعوها.

وتفريعاً على ذلك، فقد يعمد المشرع إلى دعم وجود هذا المجتمع المستقل باعرافه، فيقرر انفاذ هذه الأعراف قانوناً، ويقرر من النظم القانونية ما يدعم وسائل الانفاذ والتنفيذ الخاصة التي يعتمدها هذا المجتمع، ويجد ذلك تطبيقاً واضحاً في اختصاص التجار المحترفين بقانون تجارى يحكمهم، كما هو الحال في القانون الفرنسى والقانون المصرى المنقول عنه. ذلك أنه يمكن القول بأن "السوق" يعد نموذجاً مثالياً لمجتمع تحكمه عادات و أعراف ملزمة تتطور لتلائم حاجات

²⁸ انظر بصفة خاصة:

Richard A. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 no 4 J.Pol.Econ 807.

²⁹

Mark D. West, *Private Ordering at the World's First Futures Exchange*, 98 MICH. L. REV. 2574 (2000)

³⁰ انظر في تحليل أسباب قيام هذا التنظيم الخاص، وفي زواله تدريجياً بزوال المعوقات القانونية:

MOATASEM ELGHERIANI, *NETTING AGREEMENTS IN DERIVATIVES MARKETS: THE CONTRACTUAL FRAMEWORK AND ITS REGULATORY IMPLICATIONS*, 183-185 (Berkeley 2004).

أفراد الواعين باحتياجاتهم والذي تتوافر له أدوات اجتماعية قادرة على اكساب هذه القواعد صفة الازام. والسوق بمعناه المادى هو حيز مكاني محدود يؤمه تجار بصفة دورية- يومية أو غير ذلك- فيعرضون خدماتهم و بضاعتهم، و تنشأ بينهم بسبب ذلك علاقات متكررة واعتماد متبادل يضيف أهمية كبرى على سمعتهم التجارية و ما يشتهرون به من اعتياد على الوفاء بالتزاماتهم. غير أن ملاحظتنا تظل صحيحة بصدد السوق بمفهومه المعنوى: أى كل التقاء لارادات الأفراد و ان لم يلتقوا عينا لعين ما دام هذا الالتقاء على سبيل التكرار و ما دام باب التعامل مفتوحا أمام أفراد عدة و مؤديا في النهاية الى التبادل المادى للخدمات و البضاعة.

والتعاملون في السوق على نوعين: احدهما يسعى للسوق متفقاً للنقد طالبا للخدمة أو السلعة و الآخر مقدم لها. فأما من يؤم السوق على سبيل التكرار و الدورية بقصد التكبس و طلب الرزق، فذلكم التاجر. هذا التاجر يعد عضوا في مجتمع السوق يستفيد من عاداته السائدة و يخضع لأدوات انفاذها؛ اذ يؤذيه الطرد من السوق أو ضعف ائتمانه أو تدنى سمعته بين أقرانه و يرهقه عسف المنافسة اذا ما تعرض لها وهو ما يخلق لديه الاعتماد على السمعة التجارية و يولد لديه احتياجا لحسن العلاقة بزلائمه التجار الذين يبادلونه المنافع و الائتمان والتضامن. أما النوع الثانى فيرتاد السوق بصفة عارضة ليقضى خدمة أو يشتري بضاعة غير هادف لربح مادى ظاهر سوى اشباع حاجاته الى تلك البضائع و الخدمات. وهو بهذا و ان كان خاضعا حتما لأعراف السوق ليس طرفا في المجتمع الذى يسن القواعد و لا يملك انفاذها الا من حيث هو مستهلك يؤثر مسلكه على قوى السوق و بقدر ما تستجيب هذه الأخيرة لرغباته. و غير خاف أن هذا التقسيم يختلف بين سوق و آخر؛ فالبائع التاجر في سوق الماشية مشتر عارض في سوق الفاكهة و ان كان مشتر تاجر على سبيل التكرار في سوق أعلاف الماشية.

اذن فان استهداف الربح من خلال الانخراط في نشاط اقتصادى و مباشرته على سبيل التكرار يلقى بالفرد من أفراد المجتمع في خضم مجتمع ذى طبائع و عادات و أعراف خاصة و توهل هذا الفرد لاختضاعه لقوانين ذلك المجتمع. كذلك فان هذا التفصيل يقتضى أن أنشطة التاجر التى ينخرط فيها بسبب أو لمناسبة نشاطه الأصيل تسبغ صفة التاجر عليه في شأنها بالتبع لعمله الأصيل و في حدود العلاقة القائمة بين العمليتين بحيث أن التاجر اذا ما انخر في السوق لغير غاية نشاطه التجارى لزم أن يعتبر من عموم الأفراد و انتفت عن عمله صفة التجارية التبعية. ولذلك كله يكون من المنطقى أن يفسح النظام القانونى المجال للتجار لاعمال أعرافهم التى تستجيب لحاجتهم و تتطور بتطورها و يتدخل تدخلها بسيطا حين تعين الحاجة للعدول عن هذه الأعراف او تققيدها تغليبا لصالح أعم يراه المشرع، او يتدخل باقرار عرف و تقنينه بعد أن استقر في يقين التجار ليضيف عليه مزيدا من الإلزام و يعلم به الغير و يسير الرجوع اليه امام المحاكم.

٣- اشتراط كون الاتفاق المنفذ بين أطراف قادرين على التفاوض. (قواعد الأهلية، والإذعان)

يلزم عن المبدأ السابق، أن انفاذ القانون للعقود يأتى بشرط انصراف ارادة الأطراف الحرة إليه. أما إذا كانت إردات الأطراف غير حرة أو غير واعية فيقتضى المبدأ التدخل العكسى. يمنع انفاذ مثل هذه الاتفاقات. وأمثلة هذه القواعد متفق عليها بين التشريعات في اشتراط سن أهلية معينة عند القيام بالنصرفات القانونية، وإبطال العقود الصادرة تحت إكراه، تحت تأثير جنون مستديم أو عارض. ويرتبط بذلك أيضاً القواعد المقررة في حالة عقود الإذعان التى لا يجد أحد الأطراف مفرأ من دخولها ودون أن يتاح له التفاوض الفعلى على شروطها أو التدخل في تحريرها.

لما كان تدخل المشرع لانفاذ العقود مستنداً إلى قدرة الأفراد إلى تحديد مصالحهم والتعاقد بشأنها، فإن الأمر يبدو مختلفاً عندما يأتي تعاقد الأفراد مولداً لآثار تتجاوز أطرافه لتمس غيره غير القادرين على التدخل في العقد. هذه الآثار الجانبية لأي نشاط والتي لا تدخل تكلفتها في اعتبار القائم بالنشاط تسمى بالـ "Externalities". هذه الآثار قد تكون محض آثار مالية يستطيع السوق أن يستجيب لها ملزماً للتاجر أو المتعاقد بوضعها في اعتباره. غير أن تكلفة المبادلة المرتفعة قد تحول دون تدخل الغير تدخلاً فعالاً بما يترتب عليه إضرار بالمصالح الاقتصادية العمومية. ومثال ذلك الأشهر هي الأنشطة المسببة للتلوث أو الاتجار في المخدرات، فهي أنشطة تمس كيان المجتمع و يعجز الأفراد عن التدخل بمنعها.

في هذه الحالة يلجأ المشرع للتدخل بقواعد أمره تلزم أفراد المجتمع بسلوك معين وتضمن وجود الحق في يد من يستحقه. وهذا هو الأساس التي يستند إليه مبدأ بطلان العقود المخالفة للنظام العام الذي ماهو إلا الأمن والصحة والآداب العامة.

٥ - تدخل القانون بتحديد القاعدة المكتملة للإتفاق تسهياً للتبادل ومضمون هذه القاعدة:

كذلك فقد يتدخل المشرع بوضع قواعد مكتملة في القانون، تسد الفراغ الذي يتركه الأفراد في العقد. ذلك أن الأطراف قد لا يدركوا احتمال وقوع خطر معين فلا يحتسبونه عند وضع قواعد العقد، ويلزم في هذه الحالة على القاضي أن يتدخل ليضع قواعد تحل المشكلة بوضعها الذي طرأ. وهذه بصورة عامة هي نظرية الظروف الطارئة. فهي تتعلق فقط بأحداث لم يكن في الإمكان توقعها ولانجبتها. ولا تعدى هذه النظرية إلى المخاطر الداخلة في صميم نشاط أحد المتعاقدين، كاحتمال حدوث حادث للنقل أو خلل في أجهزة توجيه طائرته أو غير ذلك، كما لا تمس الأخطار الداخلة في جوهر الصفقة، كحدوث الخطر المؤمن منه في عقد التأمين أو ارتفاع أسعار السلعة المباعة وغيره.

في هذه الحالة على القاضي أن يتدخل، ويكون تدخله معياره أن يرد الأمر إلى حده المعقول، بحيث يشارك الطرفان في الضرر الحادث. ومعيار ذلك أن يعيد القاضي توزيع أعباء العقد على الصورة التي كان المتعاقدان ليتفقا عليها لو كانا توقعوا الخطر. ويحدث ذلك بأن يتحمل كل منهما عبء الخطر الذي كان لديه القدرة على توقعه أو اجتنابه أو تحمله أو التخلص منه.³¹

كذلك فإن الأفراد قد يعملون إلى ترك مسائل معينة خارج اتفاقهم، إذا قدروا أن التفاوض بشأنها قد يعطل العقد أو يزيد تكلفته زيادة لاتناسب مع أهمية المسألة بالنسبة لهم. ويمكن التمثيل لهذه المعادلة التي تتم لاشعورياً لدى الأطراف كالتالي:

إذا كانت تكلفة الخطر × احتمال وقوعه > تكلفة التفاوض = لا تفاوض، وترك فراغ.

إذا كانت تكلفة الخطر × احتمال وقوعه < تكلفة التفاوض = تفاوض.

³¹ نظير بوزنر، المرجع السابق ص ١١٧ وما بعدها.

وفي هذه الحالة فإن القاعدة المكملة التي يأتي بها القانون، يتعين أن تكون هي القاعدة التي كان الأفراد ليتفقوا عليها لو تعاقدوا بشأنها. وأثر ذلك جد خطير. ذلك أن المشرع لو أصاب، فإن الأطراف سيعتمدون على ما قرره المشرع فيتركون التفاوض بشأن هذه المسألة كل مرة. أما إن أخطأ المشرع فقرر قاعدة ما كان الأفراد ليتفقوا عليها، فإن الأفراد سيصبحوا مضطرين في كل مرة للتفاوض والتوصل إلى قاعدة ملائمة غير هذه التي جاء بها المشرع.

معنى آخر، فإن خطأ المشرع في تحديد القاعدة الملائمة يؤدي إلى زيادة تكلفة التعاقد على الأفراد.

٦- قواعد التعويض والإحلال المبرر بالعقد والإثراء بلا سبب.

قدمنا فيما سبق لفكرة الـ Externality والأثار المتعدية لطرف العقد، وكيف أن المشرع يتدخل فيلزم المتعاقدين بتحمل كامل تكلفة سلوكهما حتى يجبرهما على وضع هذه التكلفة في الاعتبار عند اتخاذ قراره الراشد. ويتجسد هذا بصورة خاصة في فكرة التعويض، أو الضمان عن الفعل الضار أو عن الإحلال بالتنفيذ.

فالغاية من فرض تعويض هو إلزام الأفراد على اختيار السلوك الأمثل سواء منهم مقترف الفعل الضار أو المضرور. ذلك أن الأمر لا يخلو في كل حالة يقع فيها ضرر من أن يكون سببها سلوك خطر من قبل الضار أو المضرور أو كليهما، ودور القاعدة المقررة للتعويض هي جبر الضرر في الحال وقمع السلوك الخطر في المستقبل. ويلزم عن ذلك أن عليها أن تتوجه بخطابها إلى مقترف السلوك الخطر القادر على توقعه والكف عنه أو توقي أثاره الضارة فتدفعه إلى التوقف عن هذا السلوك أو توقي أخطاره. غير أنما أن تفعل ذلك في حدود معقولة لاتؤدي إلى شلل الحياة الاجتماعية. ويرر هذا الفهم بعضاً من القواعد المتعارف عليها الحاكمة للتعويض:

فأولها، ضرورة إلزام كل من سبب ضرراً للغير بسلوكه بالتعويض، وهو ما تقرره كافة القوانين. ويقترن بذلك ضرورة تخفيض التعويض أو تقرير عدم المسؤولية بمقدار اشتراك الغير، أو المضرور نفسه، في تسبب الضرر وهو أيضاً ما تتفق عليه القوانين وإن كانت تتخذ لذلك سبلاً مختلفة. كذلك، فمن المنطقي أن عدم تطبيق القاعدة إذا انتفى مبررها بأن كان الضرر غير ممكن توقعه ولا توقيه، وهو حال القوة القاهرة. وبالمثل فمن القواعد المنطقية قاعدة إلزام المتبوع بالمسئولية عن أعمال تابعه، إذ يترتب عليها اجبار المتبوع على مراقبة تابعه وإلزامه إياه السلوك السليم.³²

والمثال الأخير بصورة خاصة يشكل مثالا واضحا على مدى أثر طريقة التدريس على تفهم علة القاعدة وإحسان تطبيقها. فنحن في كليات الحقوق ندرس أن المتبوع منتم بالمراقبة لتابعه، ولذا فإنه يغدو جديراً بالعقاب إذا ما أخطأ في هذه الرقابة. وواقع الأمر أن القانون أصلاً قرر أن المتبوع هو الأقدر على تمثيل المجتمع في مراقبة متبوعه ودرأ خطر أفعاله، فقرر إلزامه بهذه المراقبة، وكانت وسيلته في ذلك أن أثقل كاهله بالآثار المادية الناجمة عن خطأ تابعه فدفعه إلى أداء هذا الواجب.

والطريقتان وإن اتحدتا في إيضاح غاية النص فقد اختلفتا في أثرهما في تعميق فهم علة النص لدى دارسه ومطبقه. فالطريقة الأولى حديث عن الواجبات والالتزامات الأخلاقية المجردة مجهولة المصدر، أما الطريقة الثانية فتبين سبب الحكم الدافع لتبنيه وعلة تشريعه، وهو ما يبين معه كذلك الحد الذي يتعين أن يذهب إليه التشريع في تقرير هذه المسئولية.

³² انظر كوتر، المرجع السابق، ص ٣٦١-٣٦٢.

كذلك يعد التعويض الذى يقره المشرع للفضولى مثلاً واضحاً على التوازن الذى تسعى قواعد التعويض لتحقيقه بين التفریط المناق للتعاون الاجتماعى المطلوب وبين الاقراط المناق للعقل. فقد جعل المشرع الفضولى مستحقاً للأقل قيمة بين الضرر الحسارة اللاحقة به والنفع الذى أصاب المتفضل عليه. فأما الاقتصار على منحه ما أصابه من حسارة دون ما نشأ عن فعله من كسب فداغه ألا يندفع الناس إلى التدخل فى شون الآخرين دونما مرور بقصد التكبس من وراء ذلك، فتتخذ الفضالة شكل الوكالة رغم أنف الأصيل. وأما الاقتصار على مبلغ النفع إن كان هو الأقل، فغرضه الزام الفضولى بالتروى قبل التدخل، فإن رأى فى تدخله إهدار لموارد تفوق قيمتها قيمة المصلحة المتبغاة تعين عليه ألا يتدخل إذ أن درء المفاسد مقدم على جلب المنافع. وإذ كانت المخاطرة بالمال الشخصى لانقاذ مال الغير سلوكاً حميداً فى أعم الأحوال، فإن انزالها إلى مشارف التهور غير المرر ليس صفة يهدف المشرع إلى الحث عليها وتشجيعها.

كذلك فإن تحديد المسئول عن التعويض يهدف إلى جوار ضمان التعويض، إلى تقليل السلوك الضار ذاته بالزام الأقدر على تجنب هذا السلوك بتحمل نتائجه الضارة. ومثال ذلك قواعد مسئولية المنتج والموزع التى قررها المشرع التجارى المصرى فى التقنين الجديد. فالمستهلك يتعرض فى استعماله للسلع المختلفة لأضرار تمس بدنه وماله. هذه الأخطار قد تكون ناشئة عن استعماله الطبيعى لسلعة خطيرة بطبيعتها كما قد تنشأ عن أخطاء فى تصنيع السلعة أو لعيوب لحقت السلعة أثناء تداولها بين التجار وقبل الوصول إلى يد المستهلك. فإذا أصاب المستهلك الضرر كان من حقه- من الناحية النظرية- الرجوع على المسئول عن الخطأ المسبب للضرر. غير أنه من الناحية العملية يكاد يستحيل ذلك. فالسلعة تمر بأبأاد عدة قبل وصولها للمستهلك، وتتوزع المسئولية وأسبابها بين هؤلاء التجار بحيث يصعب إثبات الخطأ فى حق أى منهم. ومن ناحية أخرى، تنشأ مشكلة رقابة جودة السلع فى ظل نظام سوق حر تتقدم فيه المنافسة ويتراجع فيه دور الدولة فى الرقابة. وإذا كان الأصل أن تأتى الرقابة فى صورة رد فعل المستهلكين بتجنب شراء هذه السلع وفى صورة دعاوى المسئولية التى يقيمونها على المنتجين والموزعين، فإن العقوبات التى تواجه هذه الدعاوى تحول دون إعمال مثل هذه الرقابة.

وعليه فقد أقام المشرع المصرى- نظاماً يكفل إلقاء عبء مراقبة جودة السلعة على الأطراف الأقدر على القيام بهذه المهمة. فالصانع هو أقدر الناس على رقابة صلاحية سلعته. وتاجر الجملة هو أقدر الناس على مراقبة الصانع، وتاجر التجزئة هو الأقدر على مراقبة تاجر الجملة، وهكذا دواليك عبر سلسلة الإنتاج والتوزيع. كذلك فإن الصانع هو الأقدر عند وجود عيوب فى السلعة- أو اتصافها بطبيعة خطيرة- أن يدخل تطوير على السلعة أو على الأقل يرفق بها التحذيرات وإرشادات الاستعمال المناسبة اللازمة. لذا فقد أتاح القانون فى تنظيمه الجديد الفرصة للمستهلك لمقاضاة المنتجين والمستهلكين دون تطلب رابطة عقدية تربطه بهم، ومع تسهيلات كثيرة فى إثبات الضرر والخطأ. وبذلك فقد ألقى المشرع بعبء تلافى العيوب وتطوير السلع على الطرف الأكثر قدرة على تحملها ألا وهو منتجها.

وعليه فقد أعطت المادة ٦٧ حق إقامة دعوى المسئولية لكل من أصابه ضرر بدنى أو مادى يحدده المنتج. ولهذا الحكم أثر خطير فى تحديد أساس هذه الدعوى وتوسيع نطاق المدعى عليهم المحتملين فيها. فالمشرع أباح لكل من لحقه ضرر من المنتج مقاضاة منتجها. وعليه فلا يشترط وجود رابطة عقدية بين المدعى والمدعى عليه. وبهذا فقد جعل المشرع المسئولية التصيرية أساساً للدعوى كما أنه فتح الباب أمام المستهلكين لمقاضاة من شاؤوا فى سلسلة تداول السلعة. ويتيح ذلك الأساس للمستهلك مقاضاة أكثر المنتجين أو الموزعين يسراً بحيث يضمن الحصول على تعويض مجز كما يتيح للمستهلكين تجميع جهودهم لمقاضاة المنتجين وإلزامهم بتعديل منتجهم. بل إن النص على إطلاقه لا يشترط أن يكون المضرور هو المستهلك للسلعة الذى ابتاعها من الأسواق بقصد استعمالها. فإذا استعمل زيد سلعته فانفجرت لعيب فيها وأصابت عمراً بجراح، كان لهذا الأخير الرجوع على منتج السلعة وموزعها بالتعويض عما أصابه من أضرار.

ومن أمثلة المشكلات المتعلقة بالتعويض كذلك ما يعرف في الجدل القانوني بمشكلة "الإخلال المربر بالعقد" Efficient breach, or justified breach. ويقصد به أن إخلال أحد المتعاقدين بالعقد قد يكون مربراً ويتعين السماح به إذا كانت تترتب عليه مصالح اقتصادية تفوق وتعوض ما يصيب المتعاقد الآخر من ضرر، بشرط تعويض هذا الأخير عن توقعاته المشروعة³³. ولاستيتين حقيقة هذا المذهب إلا بضرب مثال:

زيد، يعمل نجاراً. اتفق زيد مع بكر على صناعة مكتب ومكتبة، بمبلغ خمسة آلاف جنيه على أن تسلم في خلال شهر من الآن. بعد أن بدأ زيد في تصنيع المكتب والمكتبة، حضر إليه خالد الذي عمر عن حاجته العاجلة لمكتب ومكتبة واستعداده لدفع مبلغ عشرة آلاف جنيه فيهما. زيد أمام أحد الاختيارين، الأول أن يصمم على عقده مع بكر، ويتخسر صفقة خالد، الذي سيخسر بدوره لعدم تمكنه من الحصول على الموبيليا في الوقت المناسب، أو أن يتعاقد مع خالد، يقبض العشرة آلاف جنيه، يعوض بكر عن التأخير بدفع مبلغ ألف جنيه مثلاً. العبرة هنا بمحاصل الفائدة الاجتماعية المتحققة. فائدة بكر المتقومة بمخسة آلاف جنيه تحققت بالكامل وكذلك فائدة خالد المتقومة بعشرة آلاف. في حين في الحالة الأولى كان بكر فقط سيحقق هدفه. لكن هب أن التأخر الناشئ في التنفيذ كانت تترتب عليه بالنسبة لبكر أضرار جمة تبلغ تتجاوز ما سيحققه زيد النجار من ارباحها لا يستفيد المجتمع من الإخلال بالالتزام، كما يتنفي الدافع لزيد لهذا الإخلال طالما أن القانون يلزمه بدفع كامل مبلغ التعويض لبكر.

ولقد أثارت هذه النظرية، ولازالت تثير، الامتعاض والحديث عن الأخلاق والواجبات الاجتماعية وما سواها، غير أنه لاشك أن هذه الاعتبارات تتوارى بعض الشيء عندما تكون المصالح المعنية محض مصالح مالية بين مؤسسات حل مهمها تحقيق أعلى ربح ممكن مما قد يبرر تبني قواعد قانونية تتلاءم وهذا الاتجاه. ولعلنا نجد في ما أتى به القانون التجاري المصري الجديد بشأن تعجيل الوفاء بالديون التجارية تطبيقاً تشريعياً لهذا الاتجاه.

فالمادة ٦٣ منه تبيح للمدين التعجيل بالوفاء بدينه رغم معارضة الدائن لذلك بشرط قيامه بالوفاء بكامل قيمة الدين دون خصم بالاضافة إلى كامل مبلغ الفوائد المستحقة لنهاية الأجل. وهذا الحكم هو استثناء من القواعد التي أتى تقرر أنه إذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الدائن والمدين كليهما فلا يجوز لأحدهما التنازل عنه فيقضى أو يقتضى الدين قبل حلول هذا الأجل.

غير أن المشرع قد لاحظ أن الأطراف قد يتعذر عليهم الوصول إلى اتفاق بهذا الشأن، أو يغفلوا عنه، ثم يعرض للمدين ما يدفعه، أو يسمح له بوفاء دينه. ومثال ذلك أن يتحسن وضع التاجر المالي، أو يرغب في رفع الرهن المقيّد لبعض ممتلكاته التي ارتفعت قيمتها في السوق عن يوم رهنها، أو يرغب في الاستفادة من أسعار الفائدة الجديدة بعد تحسنها في السوق. فأراد المشرع أن يجعل للمدين في هذه الحالة سبيلاً إلى الخلاص من دينه، نظراً لما للاتمان من أهمية قصوى في حياة التاجر. وفي الوقت نفسه فإن جل هذه الظروف التي تدعو المدين إلى تعجيل سداد دينه، يترتب عليها إضرار بالدائن. ومثال ذلك أن يسدد المدين دينه ليخلص محله التجاري المرهون، فيحرم الدائن من دينه المضمون برهن عال القيمة. وقد يسدد المدين دينه لانخفاض سعر الفائدة في السوق، فيترك الدائن ليعيد إقراض ماله بهذا السعر المنخفض. ويضاف إلى ذلك أنه إذا لم يجز الدائن مثل هذا الوفاء المعجل - ابتداءً أو بناءً على طلب المدين - فإن في ذلك دلالة على قيام مصلحة في الإبقاء على الأجل. وعليه فلا يجوز حرمان الدائن من هذه المصلحة.

لذلك كله فقد وفق المشرع بين هاتين المصلحتين فقرر أن للمدين إلزام دائته بقبول السداد المعجل بشرط أن يدفع له الفوائد التي كانت ستستحق عليه حين حلول الأجل. فإذا كان المدين قد عجل سداد العائد فإن عليه في هذه الحالة أن يرى الدائن

³³ انظر في شرح هذه النظرية، كوتر، المرجع السابق، ص ٢٠١، بوزنر، المرجع السابق ص ١٢١ وما بعدها، انظر كذلك في عرض النظرية وعرض أوجه النقد التي يوجهها الفقه التقليدي لها:

من رده بعد أن صار غير مستحق لسداد الدين الأصلي. فأما بالنسبة لأصل الدين، فقد كان الأصل وفقاً للمبادئ المحاسبية أن القيمة الحقيقية للنقد الحالية تزيد على قيمتها المستقبلية باعتبار إمكان استثمار النقد حالاً بحيث يدر ربحاً لحين حلول الأجل الأصلي، وهو ما قد يدفع المدين الذي يعجل بالسداد إلى الرغبة في التزول بقيمة الدين إلى قيمته الحالية التي تقل عن مبلغ الخمسة آلاف جنيه. لذلك فقد أراد المشرع أن ينص صراحة على كون الأصل العام عدم استحقاق مثل هذا الخصم عند السداد المعجل.

وأما بالنسبة للفائدة فقد كان الأصل عدم استحقاقها إذ أنها إنما تستحق عن الأجل. غير أن المشرع أزم المدين بسدادها، وهو ما يجبر المدين على حساب ما يعود عليه من ربح أو فائدة من جراء السداد المبكر، الضرر بالدائن، مقارنة بالفائدة التي يلتزم بتعجيلها لدائته. فإن زاد الربح من إخلاله بالعقد على سعر الفائدة، فإنه سيعجل الوفاء وتحقق الفائدة الاجتماعية هنا من حصول كل طرف على مقصوده. أما إذا كان ما يصيب الدائن من ضرر أكبر، فمعنى ذلك أن الوفاء المعجل إنما سيحقق مصلحة المدين وحده على حساب الدائن والمجتمع ككل، وعليه فإن الزام المدين بدفع الفائدة يجعل من مصلحته يظل محتفظاً بالدين كما هو دون تعجيل للوفاء، وهو ما يتحقق كذلك المصلحة العامة في المجتمع. وذلك كله خاضع لحسابات وتقديرات المدين دون أن يلزمه القانون بسلوك معين بخظر أو أمر مباشر.

خاتمة

وبعد، فهذا مقال في السياسة التشريعية ومنهج الدراسة القانونية، يعرض لواحدة من أهم المدارس الفقهية الحديثة في الدراسات القانونية والاجتماعية على حد سواء، ألا وهي مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون. ويهدف هذا المقال إلى إعادة توجيه انتباه المعنيين بوضع القوانين وتطبيقها إلى الهدف من وضع القانون بوجه عام، وأهمية الحرص على دراسة وفهم الهدف من كل قاعدة قانونية وشروط كفاءة عملها، بحيث تأتي القواعد القانونية وتأتي تطبيقاً محققاً لأهدافها.

فأما خطابنا إلى المشرع فيهدف إلى توجيه انتباهه إلى أن دور القانون بقواعده الأمرة والمكاملة لا يراجع أبداً في ظل الاقتصاد الحر عنه في ظل اقتصاد موجه، بل إن الاقتصاد الحر والسوق الذي يدار من خلاله والمنافسة التي تحقق له مآربه تعتمد كلها على التدخل الكفء لنظام قانون متكامل. ولعلنا نرى في الاتجاه نحو التوسع التشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا خاصة فيما يتعلق بالقوانين الحاكمة للمنافسة والاحتكار والأسواق المالية وحماية المستهلك خير دليل على تزايد أهمية التدخل التشريعي وخطورته.

غاية الأمر أن التدخل في ظل النظام الحر يستدعي قاعدة قانونية أكثر ذكاءً في الوضع والتطبيق تقود الأفراد إلى حيث ترغب عوضاً عن أن ترغبهم على ما ترغب، وتستعيز عن الجزاءات الخنائية بتمكين الأفراد، كلما كان ذلك ممكناً، من طلب التعويض وإبرام العقود وتحديد أهدافهم وغاياتهم برشادة اقتصادية تضع في اعتبارها كافة التكاليف الاجتماعية المترتبة على سلوكياتهم. كل ذلك يؤدي بنا إلى الزعم بأن الاقتصاد الحر أكثر حاجة لدور القانون وهو في ذلك يستخدم أدوات قانونية أكثر تنوعاً وتعقيداً من النظام الموجه تسعى إلى تحقيق أهدافها عن طريق مخاطبة حاجة الأفراد إلى تعظيم أرباحهم وتخفيض تكلفتهم، وهي الرغبات الحاكمة في ظل نظام تنافسي فعال.

ويقضى ذلك من المشرع بصفة خاصة محاولة الوصول إلى سياسة تشريعية أكثر انضباطاً وفعالية باستخدام آليات التحليل الاقتصادي مع ضرورة الفهم العميق والدقيق لطبيعة العلاقات القانونية قبل تحليل أي ظاهرة اقتصادية. ويتطلب ذلك بالضرورة دراسة الأثر المتوقع على سلوك الأفراد المخاطبين بالقاعدة (بما في ذلك قدرتهم على تجنب الخضوع لها)، مع دراسة التكلفة المتوقعة للقاعدة والفائدة المرجوة منها، وأخيراً الوعي بحقيقة الأثر التوزيعي للقاعدة الأمرة.

ولا يعني ذلك مجال تخلي المشرع عن السعي نحو تحقيق قيم أخلاقية واجتماعية معينة، بل يعني محاولة تحقيق هذه النتائج بأقصر وأكفأ الطرق المتاحة. ويتمثل ذلك مثلاً في التمييز بين صغار المستهلكين وكبار التجار من حيث النظم القانونية التي

تحكمهم، والعهدة إلى التجار المحترفين بحماية صغار المستهلكين عن طريق التوسع في قواعد المسؤولية غير الخطئية وتحمل التبعة. ومن ذلك أيضاً اعتماد نظم الرقابة الذاتية "Self Regulation" حيث تقوم أسواق الأوراق المالية وهيئات التسوية والمقاصة بوضع وانفاذ قواعد خاصة تكفل التزام المتعاملين في أسواق النقد والأوراق المالية بما يحقق الصالح العام.

غير أن هذا المقال يتوجه بالخطاب إلى القائمين على تطبيق أحكام القانون لا القائمين على وضعه فحسب. والعلّة في ذلك هو أن العمل القانوني التقني، حيث ينشغل المحامي والقاضي بتحليل النص وملاحظة مدى انطباقه على وقائع معينة أو محاولة اخراج واقعة من اطار مثل هذا النص كقيلة، مع تكرارها، بصرف نظر القاضي والمحامي عن علّة النص ومدى فعاليته في مواجهة الظاهرة الاجتماعية التي شرع من أجل تأكيدها أو القضاء عليها. هذا التطبيق الشكلى الصرف قد يؤدي في النهاية إلى الإخلال بمدى قدرة النص على تحقيق غرضه، إن لم يود إلى نتائج عكسية.

هذه الظاهرة الخطيرة يزيد من حدتها في مصر عاملان، الأول هو طرق التدريس المتبعة في كليات الحقوق والمصاعب الجمة التي تعترض كفاءة العملية التعليمية بشكل عام، بحيث بات من الصعب على الطالب أن يدرك كنه الدوافع الكامنة وراء كل نص تشريعي ومدى تحقيق النص لدوافعه، ويصعب عليه ثانياً، إن أدركها، أن يتفاعل معها ويدرسها دراسة وافية تجعلها محل نظره عند قيامه بتطبيق النصوص. ولاشك أن اختباراً بسيطاً لطالب الفرقة الثالثة في كلية الحقوق عن مدى انطباق ما درسه في علمي الاجرام والعقاب على نصوص الرشوة مثلاً أو السرقة كفيل بأن يبين مدى الانفصال الذي يشوب دراسة الطلاب للعلوم الاجتماعية والنفسية المؤسس عليها القاعدة القانونية عن دراسته لتلك الأخيرة ذاتها.

أما العامل الثاني، فهو العبء الثقيل الملقى على عاتق رجال النيابة العامة والقضاء بحيث يغدو حل مهمهم إنجاز أعداد القضايا المتركمة، أو على أقصى تقدير وفي أفضل الأحوال، تحقيق العدالة المباشرة في القضية الماثلة أمامهم، رغم ما قد يؤدي إليه ذلك من إحلال بالعدالة العامة التي يسعى النص أصلاً لتطبيقها.

والأمر في مجمله وتفصيله شديد الصلة بالأزمة الحادة التي تتعرض لها سيادة القانون في بلادنا، غير أن هذا موضوع يحتاج إلى تفصيل خاص به. ولذا تقتصر في مقالنا هنا على إثارة الانتباه لدى القارئ لعله يتمعن في ما يقرأ من بعد من نصوص، ولعل علل واهداف النصوص تستبين له من بعد بما يحفزها إلى تجديد النظر فيما كان قد استقر عليه العمل في شأنها.