
الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بين التأصيل والتفعيل

الدكتور إسلام إبراهيم شيحا

المدرس بقسم القانون العام كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

وأستاذ القانون العام المساعد بكلية القانون جامعة قطر

❖ تمهيد

❖ الفصل الأول: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.

THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME

- المبحث الأول: مكانة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظم القانونية المقارنة والاتفاقيات الدولية.

• المطلب الأول: الأساس الدستوري للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظم القانوني المصري.

• المطلب الثاني: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظم القانونية المقارنة.

• المطلب الثالث: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

- المبحث الثاني: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

• المطلب الأول: مضمون الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ونطاقه في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

○ الفرع الأول: مضمون الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

○ الفرع الثاني: نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

• المطلب الثاني: ضوابط تقدير معقولية مدد التقاضي في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

- الفرع الأول: تعقد القضية أو صعوبتها .Complexity of the Case.
- الفرع الثاني: سلوك المتقاضى .The applicant's Conduct.
- الفرع الثالث: سلوك السلطات الوطنية المختصة Conduct of the .
- .Competent Authorities.

- الفرع الرابع: أهمية القضية بالنسبة للمتقاضى .What is at stake.
- **المطلب الثالث: جزاء مخالفة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.**

- الفرع الأول: نطاق التزام الدول الأوروبية بتوفير طرق طعن داخلية فعالة لكفالة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.
- الفرع الثاني: ضوابط اختصاص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالقضايا المتعلقة بانتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.
- الفرع الثالث: جزاء مخالفة الحق في محاكمة في مدة زمنية معقولة.

❖ **الفصل الثاني: مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة**

زمنية معقولة STATES' RESPONSIBILITY FOR FAILURE TO RESPECT

.THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME

- **المبحث الأول: مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بين الانتكارات والتأييد.**

- **المطلب الأول: الاتجاه المنكر لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.**
- **المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.**
- **المبحث الثاني: مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في فرنسا.**

- **المطلب الأول : مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء العادي.**

- الفرع الأول: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن أعمال القضاء العادي.
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن عدم فصل القضاء العادي في النزاع خلال مدة زمنية معقولة.
- **المطلب الثاني: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء الإداري.**

- الفرع الأول: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري.
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن عدم فصل القضاء الإداري في النزاع خلال مدة زمنية معقولة.
- **المبحث الثالث: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في مصر.**

- **المطلب الأول: موقف المشرع والقضاء المصري من مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.**

- الفرع الأول: موقف المشرع المصري من مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.
- الفرع الثاني: موقف القضاء المصري من مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.
- **المطلب الثاني: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني المصري.**

❖ **خاتمة**

❖ **نتائج البحث والتوصيات.**

تمهيد:

يتعلق موضوع البحث بالحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة The Right to a Trial Within a Reasonable time ومدى مسئولية الدولة تجاه المتضررين من تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة.

ويرجع الأصل التاريخي لحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة Right to a trial Within a reasonable time – والمعروف في بعض النظم القانونية المقارنة بالحق في محاكمة دون تأخير غير مبرر Right to a be tried without undue delay أو الحق في محاكمة سريعة right to a speedy trial - إلى القانون القضائي الإنكليزي، وتحديدًا ميثاق العهد الاعظم أو Magna Carta عام ١٢١٥ الذي عني بالنص صراحة على عدم جواز تأخير إحقاق العدالة أو إنكارها We will not deny or defer to any man either justice or rights.

وقد عنيت عديد من الدساتير المقارنة ومواثيق حقوق الإنسان الدولية والإقليمية – على نحو ما سوف نفضله لاحقاً – بتكريس هذا الحق صراحة في صلب نصوصها؛ إذ يرتبط حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ارتباطاً وثيقاً بالحق في محاكمة عادلة، فالعدالة البطيئة - كما عبر عنها البعض - هي بلاشك عدالة ظالمة Justice delayed is justice denied؛ ذلك أنه لا يمكن أن يشعر المتقاضون بالعدالة أو الأمن عند تأخر الحماية القضائية التي يكفلها الدستور والقانون للمتقاضين، لاسيما إذا كان عنصر الوقت حاسماً في قضاياهم، وهو كذلك في غالب الأحوال. وتأكيداً لهذا الارتباط، عد كثير من الفقه الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة

Janos Boka, Chapter 6 “ To Delay Justice is Injustice”: A Comparative analysis of (UN)Reasonable Delay, 27 IUS Gentium, 1٥٢ (2014).

كفل التعديل السادس من وثيقة الحقوق الأمريكية لعام ١٧٩١ والملحقة بالدستور الاتحادي الأمريكي حق المتهمين في القضايا الجنائية في محاكمة سريعة.

U.S. Bill of Rights, 1791 art.6. It provides that “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial...”

دكتور فتيحة محمد قوارى، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة زمنية معقولة، دراسة مقارنة في النظامين الإنجلوأمريكي واللاتيني، مجلة الحقوق، الكويت، ٢٠٠٦، ص. ٢٥٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

صمام أمان Safety Valve. لحماية جميع الضمانات التي يكفلها الحق في محاكمة عادلة.^٢ وقد رتب هذا الفقه على الإخلال بموجبات هذا الحق استحالاته إلى حق نظري محض.^٣ كما يرتبط الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بالحق في التقاضي، وذلك بحسبان أن الغاية التي يربو إليها المتقاضون من وراء اللجوء إلى القضاء ليست فقط الحصول على الترضية القضائية، وإنما الحصول عليها في أجل معقول، ومن ثم فإن من واجب المحاكم تقديم تلك الترضية في وقت ملائم دون أي تباطؤ متعمد أو غير مبرر، أما تسويق الفصل في الدعاوي أو تقديم هذه الترضية القضائية متباطئة أو متراخية فمن شأنه - كما عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر - أن "يعطل مقاصد (الخصومة)، ويفقد النزاع جدواه."^٤ ويقصد بالحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة: إنجاز السلطات القضائية ما يوكل إليها من منازعات للفصل فيها في أجل معقول؛ وذلك دون إخلال بالضمانات الإجرائية الأخرى المقررة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية.^٥ ومن هذا المنطلق، فإن معقولة مدد التقاضي لا تعني على الإطلاق التسرع في إجراءات المحاكمة أو اختزالها بما يفقدها ضمانتها و"يحيل الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبتسر"،^٦ وإنما يقصد بالمعقولة عدم الإطالة في إجراءات التقاضي على نحو غير مبرر أو بشكل متجاوز فيه.^٧

Evita Salamoura, The Right to be tried Within a reasonable Time and the Restoration of the Party's Presumptive Prejudice, European Court of Human Rights 50 years, Dimitris Paxinos ... [et al.], 17^o, 2010.

Prince Hans-Adam, II of Liechtenstein v. Germany, [GC], no. 42527/98, §45; Janos Boka, Ibid at. 142; Evita Salamoura, Ibid. at. 173.

^٤ المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ١٤٥ - لسنة ١٩ قضائية - تاريخ الجلسة ٦-٦-١٩٩٨ - مكتب فني ٨ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٤٢٣
^٥ دكتور شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ٢ وما بعدها.
^٦ المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٦٤ - لسنة ١٧ قضائية - تاريخ الجلسة ٢-٧-١٩٩٨ - مكتب فني ٨ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١١٠٨.
^٧ راجع في ذلك

دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحریات، الطبعة الثانية، دار الشروق، ٢٠٠٠، ص ٧٥٥-٧٦١

دكتور أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، ٢٠٠٧، ص ٤٩١-٤٩٨

Evita Salamoura, Ibid. at. 174.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

ويعد الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة من الحقوق ذات الطابع النسبي، إذ يصعب وضع تعريف جامع أو تحديد جامد لماهية المدة المعقولة الواجب مراعاتها للفصل في الخصومة، وإنما تختلف هذه المدة - كما أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - من حالة لأخرى بحسب صعوبة القضية وأهمية ما تتناوله من حقوق بالنسبة للمتقاضين، وكذلك بحسب موقف كل من المتقاضين والسلطات القضائية من الإجراءات القضائية^٨. ويمتد نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في ضوء هذا المعنى، ليشمل: الخصومة القضائية بجميع إجراءاتها من بدايتها إلى نهايتها، أيًا كان نوع الخصومة - و سواء أكانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو إدارية أو غير ذلك - وأيًا ما كانت الجهة القضائية المعقود لها الاختصاص بنظر الدعوى - و سواء أكانت محاكم مدنية أو جنائية أو إدارية أو حتى هيئات ذات اختصاص قضائي.

وتتمثل المصلحة الرئيسية التي يرمي حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة إلى حمايتها - كما بينت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - في وضع حد لحالة القلق وعدم الاستقرار التي يعاني منها المتقاضون طيلة كافة الإجراءات القضائية؛ حتى يفصل في نزاعاتهم بحكم نهائي^٩، ومن ثم تتجلى أهميته تتجلى بوجه خاص في المحاكمات الجنائية نظرًا لتعدد المصالح التي ينهض هذا الحق لحمايتها، إذ يحقق مصلحة كل من المتهم ومصلحة المجتمع^{١٠}. وتتحقق مصلحة المتهم من أكثر من ناحية، إذ يترتب على إنهاء إجراءات التقاضي خلال مدة زمنية معقولة إنهاء حالة القلق، ووضع حد للألام النفسية التي يتعرض لها المتهم؛ نتيجة وضعه

F. Calvez, Judge (France), Report, «Length of Court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case-law of the European Court of Human Rights», CEPEJ, Council of Europe (2007), at. 18.

ECtHR, Frydlander v. France, Application No. 30979/96, 27 June 2000, §43.

ECtHR, Guillemin v. France, Application No. 19632/92, 21 Feb. 1997, §63. (living in a state of uncertainty and anxiety about the outcome of the proceedings”.

Barker v. Wingo, 407 U.S. 514, 521-30, (1972)

وقد أكدت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية في قضية Barker v. Wingo أهمية حق المتهم في محاكمة سريعة في القضايا الجنائية بقولها أن هذا الحق - بخلاف غيره من الحقوق الدستورية - لا يحقق مصلحة المتهم فحسب وإنما يحقق فضلًا عن ذلك مصلحة المجتمع.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

في موضع الاتهام، والحد من مدد الحبس الاحتياطي السابقة على المحاكمة، وكفالة حق المتهم في الدفاع لما قد يترتب علي تباطؤ الإجراءات القضائية من زوال أدلة النفي أو اختفاء الشهود واختلاط ذاكرة الشهود.^{١١} أما عن مصلحة المجتمع فتتحقق هي الأخرى من أكثر من ناحية، إذ يترتب على ضمانات المدة المعقولة للإجراءات القضائية تحقق أغراض العقوبة من ردع عام، وردع خاص، وضمان حق المجتمع في الكشف عن الجريمة، وحسن سير العدالة، وتعزيز ثقة المواطنين في عدالة وفاعلية الإجراءات القضائية، وترشيد النفقات التي قد تتكبدها الدولة بسبب طول الإجراءات القضائية.^{١٢}

وإذا كانت الرغبة في كفالة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة وضمان فاعليته هي ما دفعت جانب من الدول إلى الاعتراف صراحة للمتقاضين المتضررين من طول مدد التقاضي بالحق في الحصول على تعويض مالي لجبر ما حاق بهم من أضرار كجزاء عن مخالفة هذا الحق، وذلك تطبيقاً للقاعدة القانونية الشهيرة *ubi jus ibi remedium* والتي مفادها أن الحق لا يمكن كفالاته ما لم يكن هناك جزاء يحميه ويدعمه،^{١٣} فإن هناك دول لم تقر نظمها القانونية بهذا الحق للمتقاضين، أو أقرته ولكن لم ترتب أي جزاء عن انتهاكه أو الإخلال بموجباته، ومن ثم يظهر التساؤل عما إذا كان هناك أساس قانوني آخر لإقرار مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة المعقولة؟

See *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514, 521-30, (1972); *U.S. v. Ewell*, 383 U.S. 116, 120, (1966).

راجع في ذلك أيضاً

- See Hillary Taylor, *Appellate Delay As Reversible Error*, 44 *Willamette L. Rev.* 761, 764, 2008.
- Janos Boka, *Ibid.* at. 155.
- F. Galvez, Judge, *Ibid.* at. 16.

دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص. ٢٧ وما بعدها.
 ١٢ دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص. ٣١ وما بعدها.
 ١٣ تجدر الإشارة إلى أن جزاء التعويض المالي ليس هو الجزاء الوحيد التي عرفته النظم القانونية المقارنة في أحوال الإخلال بضمانة المدة المعقولة للمحاكمة، وإنما - كما سنبين لاحقاً - أقرت عدد من النظم القانونية جزاءات أخرى - لا سيما في نطاق المحاكمات الجنائية - يمكن للمحاكم إنزالها في أحوال الإطالة غير المبررة. لإجراءات التقاضي كالحكم بلسايق الاتهام أو تخفيف العقوبات التي يمكن للمحاكم توقيعها على المتهمين في القضايا الجنائية أو التأديبية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول

وفي الإجابة عن هذا التساؤل ظهر اتجاه في بعض هذه الدول الأخيرة ومنها فرنسا، حيث ينادي هذا الاتجاه باعتبار عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة خطأ مرفقياً مما تشغل به مسؤولية الدولة، تأسيساً على أن غاية القضاء وفلسفة وجوده هي تحقيق العدالة للمتقاضين على نحو منصف وفعال، ومن ثم فإن حدث وأخفقت المحاكم في تحقيق هذه الغاية فتكون قد أخطأت، وتسأل الدولة بالتبعية عن هذا الخطأ.¹⁴ فالفرد لا يمكن أن يشعر بالعدالة الناجزة أو بالأمن في الأحوال التي تقدم فيها المحاكم الترضية القضائية على نحو متباطئ أو متراج، بل العكس هو الصحيح، إذ قد يدفع تأخير الفصل في القضايا الفرد إلى فقدان الثقة في القضاء الوطني وما تحمله أحكامه من معاني العدالة الناجزة،¹⁵ فإذا كان يمكن رد بطء الإجراءات القضائية في بعض الأحيان إلى سلوك المتقاضين أنفسهم من خلال ما يتبعوه من وسائل أو حيل بغرض تسويق الفصل في الدعاوي أو الكيد والتنكيل بالخصوم، إلا أن تأخير الفصل في القضايا يرجع في غالبية الأحوال إلى أسباب تتعلق في جوهرها بتنظيم وتسيير مرفق القضاء؛ كزيادة أعداد القضايا المنظورة أمام المحاكم أو قلة أعداد القضاة والمحاكم، أو تباعد الفترات الزمنية بين الإجراءات القضائية، كذلك قد يكون سبب التأخير النقل الدوري لقضاة المحاكم في حركات التنقلات القضائية أو عدم رغبة القضاة في نظر الدعاوي وإجالتها إلى العام القضائي التالي بسبب صعوبتها أو تعلقها بمسألة تهم الراي العام،¹⁶ وأخيراً قد ينشأ التأخير بسبب إهمال المحاكم أو سلطات التحقيق متابعة في إجراءات الدعوي، أو بسبب تباطؤ الهيئات المعاونة للقضاء كالخبراء والأطباء الشرعيين، والمحضرين في القيام بما هو منوط بهم من أعمال، ولا شك أن مثل هذه الأسباب من شأنها أن تعيق القضاء عن تحقيق الغاية المنشودة، وتثير بما لا يدع مجالاً للشك مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء.

¹⁴ دكتور ادريس البوفي، المحاكمة العادلة ومتطلبات الإصلاح القضائي، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، المغرب، ٢٠١٥، ص. ١٠٨.

Janos Boka, *Ibid.* at. 1٤.

¹⁶ دكتور غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي (القسم الأول)، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٩٢، ص. ١٥٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وإذا كان إقرار مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة على النحو المتقدم يصطدم بمبدأ عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فإن التطويرات التشريعية والقضائية التي شهدتها هذا المبدأ أدت إلى تحول كثير من النظم القانونية المقارنة عنه أو على الأقل حضره في أضيق نطاق.

لذا فإن دراسة هذا الموضوع على نحو شامل ومتعمق يقتضي تخصيص الفصل الأول من هذا البحث لتأصيل الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، حيث سيتناول المبحث الأول الأساس الدستوري للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني المصري، وموقف النظم القانونية المقارنة من هذا الحق، مع إبراز المكانة الخاصة التي يحتلها هذا الحق في المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية. ثم نتناول في المبحث الثاني تحليل أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لتحديد مضمون هذا الحق ونطاقه أولاً، وبيان ضوابط تقدير معقولة مدد التقاضي ثانياً، ثم جزاء الإخلال بموجبات هذا الحق ثالثاً.

ونبحث في الفصل الثاني مدى إمكانية اعتبار عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة خطأ مرفقياً مما تشغل به مسئولية الدولة، فنعرض من خلال المبحث الأول الجدل الحاصل في الفقه والقضاء حول مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بوجه عام، ونتناول في المبحث الثاني موقف النظام القانوني الفرنسي من مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، ثم نعرض في المبحث الثالث موقف النظام القانوني المصري من مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة.

الفصل الأول: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة

THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME

كرست عديد من الدساتير المقارنة والاتفاقيات الدولية الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بموجب نصوص صريحة، وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين؛ نتناول في الأول منهما الأساس الدستوري للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني المصري، ثم موقف النظم القانونية المقارنة من هذا الحق، وأخيرًا الميكانة الخاصة التي يحتلها هذا الحق في عدد من المواثيق والاتفاقيات الدولية. أما المبحث الثاني، فنتناول فيه تحليل أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بغية تحديد مضمون هذا الحق ونطاقه من ناحية أولى، وبيان ضوابط تقدير معقولية مدد التقاضي من ناحية ثانية، وتحديد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة هذا الحق من ناحية ثالثة.

- المبحث الأول: مكانة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظم القانونية المقارنة والاتفاقيات الدولية .
- المبحث الثاني: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

المبحث الأول

مكانة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظم

القانونية المقارنة والاتفاقيات الدولية

نتناول من خلال هذا المبحث الأساس الدستوري للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني المصري، ثم موقف النظم القانونية المقارنة من هذا الحق، ونعرض في النهاية للمكانة الخاصة التي يحتلها هذا الحق في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وذلك في ثلاثة مطالب متتالية على النحو التالي:

- **المطلب الأول: الأساس الدستوري للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني المصري.**
- **المطلب الثاني: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظم القانونية المقارنة.**
- **المطلب الثالث: الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية.**

المطلب الأول

الأساس الدستوري للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظام

القانوني المصري

كفل دستور جمهورية مصر العربية المعدل، لعام ٢٠١٤، في المادة ٩٧ منه: الحق في سرعة الفصل في القضايا، وذلك بنصه على "أن التقاضي حق مصون ومكفول للكافة وتلتزم الدولة

بتقريب جهات التقاضي وتعمل على سرعة الفصل في القضايا....."^{١٧} وهذا الحق ليس من النصوص التي استحدثها المشرع الدستوري في دستور ٢٠١٤، وإنما سبق وأن كرسته دساتير مصر السابقة، لعام ١٩٧١^{١٨}، وعام ٢٠١٢^{١٩}. وبالرغم من ذهاب البعض من الفقه في معرض تفسيرهم لنص المادة ٦٨ دستور ١٩٧١ - والمطابق لنص المادة ٩٧ من الدستور الحالي - إلى إنكار وجود هذا الحق بقولهم: إن هذا النص الدستوري لا يتعلق بتحديد حق محدد للمتقاضين، وإنما يتعلق بإطلاق مبدأ عام في كافة المنازعات المنازعات، فإن ما يليه هذا النص من التزام على عاتق الدولة بسرعة الفصل في القضايا يقطع بوجود حق مقابل للمتقاضين في أن يفصل في دعواهم على وجه السرعة^{٢٠}، كما يلاحظ أن إلزام الدولة بالعمل على سرعة الفصل في القضايا كما أوجبه المادة ٩٧ هو التزام عام لا يقتصر على نوعية محددة من القضايا، وإنما تشمل جميع أنواع الإجراءات القضائية أيًا كان موضوعها سواء أكانت جنائية أم مدنية أم تجارية أم إدارية أم تأديبية أم غير ذلك.^{٢١}

بل وقد حرص المشرع الدستوري في دستور مصر، لعام ٢٠١٤، على تحديد آجال معينة لا يجوز أن تتجاوزها مدد التقاضي في بعض المنازعات بالنظر لأهميتها، كما هو الحال بشأن المنازعات المتعلقة بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب، إذ أوجب على محكمة النقض المصرية المنوط بها دستوريًا نظر هذه الطعون الفصل فيها خلال ٦٠ يومًا من تاريخ ورودها إليها.^{٢٢} كما ذهبت المادة ٢١٠ من الدستور، بعد أن أوكلت إلى المشرع العادي مهمة

^{١٧} الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤، المادة ١٠٧.

^{١٨} الدستور المصري لعام ١٩٧١، مادة ٦٨.

^{١٩} الدستور المصري لعام ٢٠١٢، مادة ٦٨.

كما ورد ذات النص في الإعلان الدستوري لعام ٢٠١١ في المادة ٢١.

^{٢٠} دكتور غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي (القسم الأول)، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٩٢، ص. ٨٧.

^{٢١} راجع في نفس المعنى.

- دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص. ٧٥٥-٧٦١.

- دكتور أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ص. ٤٩١-٤٩٨.

- دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص. ٢٢.

^{٢٢} الدستور المصري المعدل لعام ٢٠١٤، المادة ١٠٧. " تختص محكمة النقض بالفصل في صحو عضوية أعضاء مجلس النواب، وتقدم إليها طعون خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يومًا من تاريخ إعلان النتيجة النهائية مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

تنظيم مواعيد الطعن على قرارات الهيئة الوطنية للانتخابات المتعلقة بالاستفتاءات والانتخابات الرئاسية والنيابية و المحلية نتائجها، إلى إلزام المحكمة الإدارية العليا بالفصل في الطعون على قرارات الهيئة الوطنية للانتخابات المتعلقة بالاستفتاءات والانتخابات الرئاسية والنيابية ونتائجها، وكذلك إلزام محكمة القضاء الإداري بالفصل في الطعون المتعلقة انتخابات المحليات بحكم نهائي خلال عشرة أيام من تاريخ قيد الطعن، وذلك بنصها: "على أن يتم الفصل فيه بحكم نهائي خلال عشرة أيام من تاريخ قيد الطعن."^{٢٣} ولا شك أن الصياغة التي وردت بها هذه المواعيد الدستورية تؤكد حتميتها وعدم جواز تجاوزها بالنسبة لكل من محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري، ولو شاء المشرع الدستوري غير ذلك لأوكل إلى المشرع مهمة تنظيم هذه المسألة، كما عهد له بمهمة تنظيم مواعيد الطعن على قرارات الهيئة الوطنية للانتخابات. كما أن الادعاء بأن المواعيد التي تضمنتها النصوص المتقدمة هي مواعيد تنظيمية وليست وجوبية بحجة أن المشرع لم يرتب أي جزاء على تجاوزها أو مخالفتها يتعارض مع فلسفة تحديد هذه المواعيد في صلب الوثيقة الدستورية، ويصطدم مع صريح إرادة المشرع الدستوري التي اتجهت إلى تحديد هذه المواعيد كحد أقصى للفصل في هذه الطعون بأحكام نهائية. أخيراً، فإن الاحتجاج بالطبيعة التنظيمية لهذه المواعيد بما قد يترتب عليه من عدم تقيد المحاكم بها ينطوي على إخلالٍ بمبدأ سمو الدستور والطبيعة الأمرة لتصوصه؛ إذ إن نصوص الدستور - كما عبرت المحكمة الدستورية العليا - "تتبوأ مقام الإصدار بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية"^{٢٤} وهي بذلك ليست مجرد "نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدتها من آثارها أو إيهانها من خلال

لانتخابات، وتفصل في الطعون خلال ستين يوماً من تاريخ ورودها إليها. وفي حالة الحكم ببطلان العضوية، تبطل من تاريخ إبطال المجلس بالحكم."^{٢٥} "الدستور المصري لعام ٢٠١٤، المادة ٢١٠. وتختص المحكمة الإدارية العليا بالفصل في الطعون على قرارات الهيئة المتعلقة بالاستفتاءات والانتخابات الرئاسية والنيابية ونتائجها، ويكون الطعن على انتخابات المحليات أمام محكمة القضاء الإداري. يحدد مواعيد الطعن على هذه القرارات على أن يتم الفصل فيه بحكم نهائي خلال عشرة أيام من تاريخ قيد الطعن."^{٢٦}

^{٢٤} المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ مايو ٢٠١١ م في القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية"، الجزء

(٩)، ص ٩٠٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية للعدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

تحويل مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإجراض عن متطلباتها؛ فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يُعلَى عليه، وأن يسمو ولا يُسمى عليه.^{٢٥}

- موقف المحكمة الدستورية العليا من حق الفرد في أن يفصل في دعواه على وجه السرعة.

عنيت المحكمة الدستورية العليا بتوكيد الطبيعة الدستورية لحق الأفراد في محاكمة على وجه السرعة، لا سيما في نطاق المحاكمات الجنائية، وذلك بوصفه مطلباً أساسياً لضمان فعالية المحاكمة المنصفة أو العادلة؛ فقضت بأن "الحق في محاكمة منصفة يتضمن - بين ما يشمل عليه - الحق في محاكمة لا يكتنفها بطء ملحوظ A speedy trial باعتباره من الحقوق الجوهرية التي لا يجوز أن يكون الاتهام معها مترخياً دون مسوغ، معلقاً أمداً طويلاً بما يثير قلق المتهم، ويعوق بالضرورة مباشرته للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وعلى الأخص ما تعلق منها بحرية التعبير وحق الاجتماع، والإسهام في مظاهر الحياة العامة، وقد يلحق به احتقار فيما بين مواطنيه أو يفقده عمله. كذلك فإن محاكمته بطريقة متأنية تمتد إجراءاتها زمناً مديداً، يعرقل خطاه، ويقترن بمخاطر تتهدد بها فرص الاتصال بشهوده، ويرجع معها كذلك احتمال اختفائهم، ووهن معلوماتهم في شأن الجريمة حتى مع وجودهم، وهو كذلك يثير داخل كل متهم اضطراباً نفسياً عميقاً ومتصلاً، إذ يظل ملاحقاً بجريمة لا تبدو لداثرة. شرورها من نهاية، وقد يكون سببها أن الاتهام ضده كان متسرعاً مفتقراً إلى دليل. إن الحق في محاكمة لا تتقاعس إجراءاتها من الحقوق النسبية التي ينظر في تحديد وقتها المعقول إلى ظروفها وملابساتها، وعلى الأخص من جهة تعقد الجريمة وخطورتها، وتنوع أدلتها وتعدد شهودها، وبمراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل في الاتهام تفترض، فلا يكون إثباتها مطلوباً، ويوجه خاص كلما كان التأخير مقعداً أو جسيماً لا عرضياً أو محدود الأثر، إلا أن الحق في محاكمة لا يكون تسويقها

^{٢٥} المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ١١ - لسنة ١٣ قضائية - تاريخ الجلسة ٧-٨-٢٠٠٠ - مكتب فني ٩ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٦٦٧.

دكتور عبد الحفيظ الشيمي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص. ٧٣ وما بعدها. انظر أيضاً دكتور عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دراسة في بعض جوانبها النظرية النظرية والعملية، الطبعة الأولى دار النهضة، ٢٠٠٥، ص. ٧٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

معطلاً لها، لا يعنى تفويض بنيانها من خلال امتنصارها واختزال إجراءاتها، بما يفقدها ضماناتها، ويحيل الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبسّر Summary Trial.^{٢٦} كما أكدت المحكمة الدستورية العليا امتداد ضمانات سرعة الفصل في القضايا لتشمل جميع أنواع المحاكمات القضائية بقولها: "إن ضمانات سرعة الفصل في القضايا المنصوص عليها في المادة ٦٨ من الدستور (١٩٧١)، غايتها أن يتم الفصل في الخصومة القضائية - بعد عرضها على قضاها - خلال فترة زمنية لا تجاوز باستطاعتها كل حد معقول، ولا يكون قصرها متناهياً، وذلك أن امتداد زمن الفصل في هذه الخصومة دون ضرورة، يعطل مقاصدها، ويفقد النزاع جدواه"^{٢٧}.

وفي حكم آخر انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى عد تأخير الفصل في القضايا انتهاكاً للحماية التي كفلها الدستور والقانون لمختلف أنواع الحقوق بقولها: "إن نكار الحق في الترضية القضائية سواء بمنعها ابتداءً أو من خلال إرهابها بقيود تعسر الحصول عليها، أو عن طريق تباطؤ ملحوظ في تقديمها، مؤداه أن من يطلبونها لا يقتضونها في وقتها الملائم، أو يردون أصلاً عنها، أو يحصلون على قدر منها بعد انتقاصها من أطرافها، مما يعتبر إهداراً للحماية التي كفلها الدستور أو المشرع للحقوق على اختلافها، وإنكاراً لحقائق العدل في جوهر ملامحها وتوجهاتها."^{٢٨}

^{٢٦} المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٦٤ - لسنة ١٧ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٠٧-١٩٩٨ - مكتب في ٨ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١١٠٨.
^{٢٧} المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ١٤٥ - لسنة ١٩ قضائية - تاريخ الجلسة ٦٦-١٩٩٨ - مكتب في ٨ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٤٢٣.
^{٢٨} المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٣٧ - لسنة ١٨ قضائية - تاريخ الجلسة ٤-٤-١٩٩٨ - مكتب في ٨ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٢٦٠.
انظر في نفس المعنى حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ١٥ - لسنة ١٧ قضائية - تاريخ الجلسة ٢-١٢-١٩٩٥ - مكتب في ٧ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٣١٦. إذ قضت المحكمة " أن إنكار أو تقيد الحق في الترضية القضائية، سواء بحجبها عن طلبها ابتداءً، أو من خلال تقديمها مترخية متباطئة دون مسوغ، أو إحاطتها بقواعد إجرائية تكون معنية في ذاتها عيباً جوهرياً، إنما يعد إهداراً أو تهويناً من الحماية التي يفرضها الدستور أو القانون للحقوق التي وقع الإخلال بها، بما ينال من جوهر هذه الترضية، ولا يدفعها لكامل مداها، لئيمخض ذلك عدواناً على حق التقاضي ينحل إلى إنكار للعدالة في أخص مقوماتها، على أن يكون مفهوماً أن هذا الإنكار، لا يقوم في محتواه على مجرد الخطأ في تطبيق القانون، بل هو الإخفاق في تقديم الترضية القضائية ذاتها، وبوجه خاص كلما كانت الوسائل القضائية التي أتاحتها المشرع للحصول للخصوم، لا توفر لمن استنفذها الحماية اللازمة لصون الحقوق التي يدعيها، أو كانت ملاحظته لخصمه للحصول على الترضية القضائية التي ياملها، لا طائل من وراءها".
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

كما قضت المحكمة الدستورية العليا في حكم لاحق بأن التراخي في الحصول على الترضية القضائية يمثل إحدى صور إنكار العدالة، مؤكدة عدم دستورية النصوص التشريعية إذا كان من شأنها أن تحول دون بلوغ الترضية القضائية أو تأخير الحصول عليها، وكان ذلك بمناسبة الطعن رقم ٨١ لسنة ١٩ لسنة ١٩٨١ الذي انتهت فيه المحكمة إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من البند (ب) من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما نص عليه من "وبشرط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر".

وقد استندت المحكمة في حيثيات حكمها إلى عدة أسباب كان من أهمها أن تعليق تنفيذ الحكم المستعجل بالطرد على إجراء هذا التنفيذ في مواجهة المستأجر مؤداه أن يظل هذا الحكم عصيا على التنفيذ ومتوقف على محض إرادة المستأجر، إن شاء مضي في التنفيذ وإن شاء أعاقه بالغييب عنه، وهو ما يمثل انتهاكا صارخا للحق في التقاضي الذي لا يمكن أن تكتمل حلقاته إذا أعاق المشرع أو أخر وصول الترضية القضائية التي كفلها حكم الطرد لأصحابها.

وقد بينت المحكمة جليا في حكمها أن "إنكار الحق في الترضية القضائية سواء بمنعها ابتداءً أو بإقامة العراقيل في وجه اقتضاها أو بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ أو بإحاطتها بقواعد اجرائية معيبة لا يعدو أن يكون إهدارا للحماية التي يفرضها الدستور والقانون للحقوق التي وقع العدوان عليها وإنكارا للعدالة في جوهر خصائصها وأدق توجهاتها، ويوجه خاص كلما كان طريق الطعن القضائي لرد الأمور إلى نصابها ممتنعا أو غير منتج وكان من المقرر أنه ليس لازما لإنكار العدالة وإهدار متطلباتها أن يقع العدوان على موجباتها من جهة القضاء ذاتها، ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية قد تفرض من العوائق ما يحول دون بلوغ الترضية القضائية سواء عن طريق حرمان الشخص من إقامة دعواه أو من نظرها في إطار من القواعد الموضوعية وفق الوسائل القانونية السليمة؛ ومن ثم لا يعتبر إنكار العدالة قائما في محتواه على الخطأ في تطبيق القانون وإنما هو الاخفاق في تقديم الترضية القضائية الملائمة وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر لمن استنفذها الحماية اللازمة لصون حقوقه أو كانت ملاحقته لخصمه للحصول على الترضية القضائية التي يأملها لا طائل من

ورائها وبغير اقتران الترضية القضائية بوسائل تنفيذها، وجعل الملامين بها على الرضوخ لها، فإن هذه الترضية تندو هياء منشورا، وتفقد قيمتها من الناحية العملية، وهو ما يفيد بالضرورة إهدار الحماية التي فرضها الدستور. والمشرع - كلاهما - للحقوق على اختلافها وتكريس العدوان عليها وتحطيل دور القضاء المنصوص عليه في المادة ٥٦ من الدستور في مجال صونها والدفاع عنها وإفراغ حق اللجوء اليه من كل مضمون، وهو حق عني الدستور بتوكيده في المادة ٦٨، كذلك فإن الترضية القضائية التي يقهر المدين بها على تنفيذها مباشرة إذا ماطل فيها هي في واقعها خروج على مبدأ خضوع الدولة للقانون ونكول عن تأسيس العدالة وثبتيها من خلال السلطة القضائية بفروعها المختلفة وتنظيماتها المتعددة وهي السلطة التي تصدر أحكامها وفق القانون على ما تنص عليه المادة ١٦٥ من الدستور، ولا يعدو الامتناع عن تنفيذها أو عرقلة هذا التنفيذ أو تعطيله بعمل تشريعي، أن يكون عدواناً من السلطة التشريعية على الولاية الثابتة للسلطة القضائية، واتحاما للحدود الفاصلة بين السلطين، وهو كذلك تتخل مباشر في شئون العدالة بما يقلص من دورها ويناقض من سيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه^{٢٩}

- موقف التشريعات المصرية من حق الفرد في أن يفصل في دعواه على وجه السرعة. بالرغم من عدم وجود تنظيم تشريعي للحق في محاكمة على وجه السرعة يعني بتحديد مضمونه ووضع ضوابطه وبيان الأثر القانوني المترتب على مخالفته^{٢٠} إلا أن القانون المصري قد تضمن نصوصاً متفرقة في مختلف فروع القانون تقضي بوجوب سرعة الفصل في بعض القضايا، ومن قبيل أهم النصوص التشريعية في هذا الشأن ما يلي:

ما نصت عليه عددًا من نصوص القوانين الجنائية، حيث استخدم المشرع المصري عبارة على وجه السرعة في المادة ٢٧٦ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية لحث المحاكم الجنائية على تعجيل الفصل في بعض القضايا، إذ نصت هذه المادة على أن "يحكم على وجه السرعة في

^{٢٩} حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية، تاريخ ٦-٦-١٩٩٩، مكتب في ٩ رقم الجزء ١، ص. ١٦٥

^{٢٠} دكتور غنام محمد غنام، حق المتيم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي (القسم الثاني والثالث)، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٩٢، ص. ٢١٨. يرى المؤلف أن الصيغة الدستورية المبهمة لحق الأفراد في محاكمة على وجه السرعة تقتضي من المشرع أن يتصدى لهذا الحق بالتنظيم لنقله من حيز الشعارات إلى مرتبة الحقوق القانونية بالمعنى الفني الدقيق.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

القضايا الخاصة بالأحداث والخاصة بالجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني، والثاني مكرر والثالث والرابع، والرابع عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها في المواد ٢٠٣، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر المعدل بالقانون رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٥٤. ويكون تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة في القضايا المبينة بالفقرة السابقة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل في مواد الجرح وثلاثة أيام كاملة في مواد الجنايات، غير مواعيد مسافة الطريق. ويجوز أن يكون الإعلان بواسطة أحد المحضر أو أحد رجال السلطة العامة. وتنتظر القضية في جلسة تعقد في ظرف أسبوعين من يوم إحالتها إلى المحكمة المختصة وإذا كانت القضية محالة على محكمة الجنايات، يقوم رئيس محكمة الاستئناف المختصة بتحديد جلسة في الميعاد المذكور. " كما تضمن ذات العبارة قانون الإرهاب المصري الجديد الصادر عام ٢٠١٥، حيث أوجبت المادة ٥٠ منه على دوائر الإرهاب بمحاكم الجنايات والمحاكم الابتدائية أن تفصل في الجرائم المتعلقة بالجرائم الإرهابية والجرائم المرتبطة بها على وجه السرعة.^{٢١}

وفي مجال القانون الخاص، تضمن القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية عددًا من النصوص لحث المحاكم على سرعة الفصل في القضايا، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٥٠ من القانون المدني من أن تفصل المحاكم الابتدائية التي يتبعها موطن المدين في دعوي شهر الإعسار على وجه السرعة وذلك بناء على طلب من المدين نفسه أو طلب من أحد دائنيه،^{٢٢} كما ألزمت المادة ٩٤٣ من ذات القانون المحكمة المختصة بنظر دعوي الشفعة على وجه الاستعجال.^{٢٣} وتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية أيضًا عددًا من النصوص التي تحث المحاكم على سرعة الفصل في القضايا، ومنها على سبيل المثال: ما نصت عليه المادة ٨٩٤ من هذا القانون والتي تنص على أنه: "إذا كان القانون الواجب التطبيق يقضى بأن تحصل المرأة

^{٢١} دكتور بشير سعد زغول، المواجهة الجنائية الإجرائية للجريمة الإرهابية، دراسة تحليلية للنصوص التشريعية المصرية، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة، في ملحق العدد ٩٢ لسنة ٢٠١٩، ص. ٢٠٠. إذ يؤكد المؤلف أنه بالرغم من النص صراحة على سرعة الفصل في القضايا ذات الصلة بالإرهاب في قانون الإرهاب الجديد، إلا أن القانون قد خلا من أي قواعد مستحدثة في مجال قواعد الإجراءات الجنائية بما يضمن سرعة الفصل فيها.

^{٢٢} القانون المدني المصري، القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، مادة ٢٥٠.

^{٢٣} القانون المدني المصري، القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، مادة ٩٤٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

المتزوجة على إذن زوجها لمباشرة حقوقها ورفض الزوج ذلك الأذن فللزوجة بعد إنذار الزوج بأربع وعشرين ساعة أن تطلب الإذن لها بذلك من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوج. ويفصل في هذا الطلب على وجه السرعة بقرار غير قابل للطعن.^{٢٤}

أما عن أمثلة هذه النصوص في نطاق القانون العام، فمن أهمها: ما نصت عليه المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ من "أن تفصل المحكمة التأديبية في القضايا التي تحال إليها على وجه السرعة وعلى الوزراء والرؤساء المختصين موافاة المحكمة بما تطلبه من بيانات أو ملفات أو أوراق لازمة للفصل في الدعوى خلال أسبوع من تاريخ الطلب ولا يجوز تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لذات السبب على ألا تجاوز فترة التأجيل أسبوعين. وتصدر المحكمة حكمها في مدة لا تجاوز شهرين من تاريخ إحالة الدعوى إليها."^{٢٥}

- جزاء الإخلال بحق الفرد في محاكمة على وجه السرعة في النظام القانوني المصري.

وإذا كانت النصوص السابقة تعكس المكانة الخاصة لحق الأفراد في محاكمة على وجه السرعة في النظام القانوني المصري، إلا أنه يلاحظ أن نصوص الدستور والقانون قد خلت من النص على أي جزاء حال انتهاك هذا الحق أو الإخلال به، كما أن المحكمة الدستورية العليا بالرغم من ذهابها - في الأحكام السابق الإشارة إليها - إلى الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية متى نجم عنها عن تطبيقها في الواقع العملي تسويق الفصل في الدعاوي أو تأخير الحصول على الترضية القضائية، إلا أنها لم تبين ماهية الأثر القانوني المترتب على تجاوز المدة المعقولة في الأحوال التي يرجع فيها تأخير الفصل في الدعاوي إلي تباطؤ السلطة القضائية المختصة في مباشرتها.

أما عن موقف القضاء المصري، فيمكن القول إن المحاكم المصرية، على اختلاف أنواعها ودرجاتها، لم تجد حتى هذه اللحظة فيما تضمنته نصوص الدستور أو القانون من عبارات كالفصل على وجه السرعة أو مواعيد محددة للفصل في القضايا حق للمتقاضين في أن يفصل

^{٢٤} قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٦، مادة ٨٩٤.

^{٢٥} قانون مجلس الدولة المصري، رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، مادة ٣٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ١٧، ٢٠١٧، المجلد الأول

في دعواهم على وجه السرعة أو خلال مدة زمنية معقولة. إذ استقر القضاء بشقيه العادي والإداري على التفرقة بين نوعين من المواعيد التي تضمنتها النصوص القانونية وهما؛ المواعيد الحتمية والمواعيد التنظيمية، فلا يكون الميعاد حتميًا إلا إذا رتب المشرع على تجاوزه أو مخالفته بطلان الإجراء وإن تم صحيحًا، أما إذا خلا النص القانوني من أي جزاء إجرائي على مخالفة الميعاد أو تجاوزه فإن الميعاد لا يعدو أن يكون تنظيميًا، ويهدف من ورائه المشرع حث المحاكم على سرعة الفصل في القضايا، وهو من هذا المنطلق لا يرقى إلى درجة الحق المحدد ولا يترتب على مخالفته أي جزاء إجرائي أو حقًا للمتناقضين بطلب التعويض.^{٢٦}

ومن بين أهم التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في تفسير نص المادة ١٧٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القاضي بعدم جواز تأجيل النطق بالحكم لأكثر من مرة واحدة إذا كانت المحكمة قد سبق لها تأجيل إصدار الحكم قبل ذلك،^{٢٧} إذ بينت أن "القاعدة التي تضمنتها المادة ١٧٢ من قانون المرافعات لا تعدو أن تكون قاعدة تنظيمية؛ حيث هدف المشرع من ورائها إلى تبسيط الإجراءات والحث على سرعة الفصل في القضايا، وليس من شأن الإخلال بها التأثير في الحكم؛ ومن ثم فلا يلحق البطلان الحكم الذي أجل النطق به لأكثر مما نصت عليه المادة المذكورة."^{٢٨} وفي الاتجاه نفسه، ذهبت محكمة النقض إلى "أن الميعاد المقرر لإعلان صحيفة الطعن بالنقض - طبقًا لحكم المادة (٢٥٦) من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية - ليس ميعادًا حتميًا، بل يعد ميعادًا تنظيميًا لا يترتب على تجاوزه البطلان."^{٢٩}

^{٢٦} دكتور غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي (القسم الأول)، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٩٢، ص. ٨٧.

دكتور وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص. ٦٠٧-٦٠٨.

^{٢٧} قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦، مادة ٨٩٤، مادة ١٧٢ تنص على "إذا اقتضت الحال تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية صرحت المحكمة بذلك في الجلسة مع تعيين اليوم الذي يكون فيه النطق به وبيان أسباب التأجيل في ورقة الجلسة وفي المحضر، ولا يجوز لها تأجيل إصدار الحكم بعدد إلا مرة واحدة."

^{٢٨} محكمة النقض - المدني - الطعن رقم ٣٣ - لسنة ٤٧ قضائية - تاريخ الجلسة ١٧-١-١٩٨٤ - مكتب فني ٣٥ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢١٨

^{٢٩} محكمة النقض، الطعن رقم ٩٩٤ لسنة ٤٥ ق - عليا، جلسة ٤/٣/١٩٨٠

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول ...

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى مسايرة قضاء محكمة النقض، فقضت بأن ميعاد الخمسة عشر يوماً الذي ألزم المشرع جهة الإدارة إصدار قرار الجزاء خلاله - وفقاً لحكم المادة (١٢) من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بشأن إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية معدلاً بالقانون رقم ١٧١ لسنة ١٩٨١ - هو ميعاد تنظيمي، ولا يترتب على مخالفته ثمة بطلان.^{٤٠}

ولا شك أن موقف القضاء المصري من تفسير ضمانة المحاكمة على وجه السرعة التي كفلتها نصوص الدستور والقانون يتعارض مع جوهر ما قرره المادة ٩٧ من الدستور المصري الحالي من وجود التزام على جميع المحاكم بسرعة الفصل في الدعاوي في ميعاد معقول تحقيقاً للمصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ومن شأنه كما أشار وبحق بعض الفقه أن يفقد هذا النص "فعاليته في التطبيق"،^{٤١} إذ إن هذا الالتزام كما أوضحنا سابقاً يقطع بوجود حق للمبتقاضين في مواجهة الدولة في أن يفصل في دعواهم على وجه السرعة. كما يتناقض موقف القضاء المصري مع ما استقرت عليه السوابق القضائية للمحكمة الدستورية العليا من تأكيد الطبيعة الدستورية لحق الأفراد في محاكمة على وجه السرعة بحسبانه أحد أهم الضمانات لكفالة حق الفرد في التقاضي وحقه في محاكمة عادلة تتفق ومقتضيات دولة القانون. إذ إن غياب الجزاء الإجرائي عن النصوص التشريعية التي تحت المحاكم على تعجيل الفصل في الدعاوي أو غيرها من النصوص التي لا تضمن مثل هذا التوجيه، وإن كان يمنع المحاكم من إنزاله حال تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة، إلا أنه لا ينبغي حمله على نحو ينكر حق المواطنين الدستوري في أن يفصل في دعواهم خلال مدة زمنية معقولة أو يهدر حقهم في الحصول على تعويض لجبر ما حاق بهم من أضرار بسبب طول مدد التقاضي.

المطلب الثاني

الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظم القانونية المقارنة

^{٤٠} المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٤٤ ق - عليا، بجلسة ٢٠٠٠/١٢/٣.

^{٤١} دكتور غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي (القسم الأول)، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٩٢، ص. ١٣٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول.

عنيت كثير من الدساتير في النظم القانونية المقارنة بالنص صراحة على حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة *Within a Reasonable Time* أو محاكمة سريعة *Speedy Trial* بحسابه حقًا متميزًا عن الحق في محاكمة عادلة، وتفرض هذه النصوص الدستورية التزامًا على الدول بضرورة إنهاء جميع مراحل الخصومة القضائية في غضون فترة زمنية معقولة، غير أن هذه الدساتير قد تفاوتت بشأن تحديد نطاق هذا الحق، ويمكن التمييز في هذا الخصوص بين اتجاهين أساسيين:

- إذ ذهب الاتجاه الأول من الدساتير إلى قصر نطاق هذا الحق على المحاكمات الجنائية وحدها دون غيرها من المحاكمات المدنية أو التأديبية، مع التوسع في مفهوم المحاكمة الجنائية لتشمل جميع مراحل وإجراءات الخصومة الجنائية، ومن أهم الأمثلة في هذا الخصوص ما ذهب إليه نص التعديل السادس من وثيقة الحقوق الملحق بدستور الولايات المتحدة الأمريكية من أنه "في جميع المحاكمات الجنائية، للمتهم الحق في أن يحاكم محاكمة سريعة وعلنية بواسطة هيئة محلفين..."^{٤٢} وفي نفس الاتجاه، ذهب دستور دولة اليابان في المادة ٣٧ من الفصل الثالث إلى تأكيد الطبيعة الدستورية لحقوق المتهمين في القضايا الجنائية في محاكمة سريعة وعلنية من قبل محكمة نزيهة.^{٤٣} كما عنى دستور دولة جنوب إفريقيا على تأكيد حق المتهمين في القضايا الجنائية في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بحسابه من الحقوق وثيقة الصلة بالحق

٤٢

U.S. Bill of Rights, 1791 art.6. It provides that "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense."

٤٣

Constitution of Japan, art. 37, (1946). It provides that « In all criminal cases the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial by an impartial tribunal. »

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

في محاكمة عادلة^{٤٤} وأخيراً هناك من الدول بهذا الاتجاه ما عنيت دستايرها بتحديد مدد دستورية محددة لا يجوز أن تتجاوزها المحاكم الوطنية بمناسبة نظرها لما يدخل في اختصاصاتها من منازعات ومنها دستور دولة المكسيك، إذ تطلبت المادة ٢٠ منه والمتعلقة بالضمانات الواجب توافرها في المحاكمات الجنائية أن يحاكم المتهم خلال أربعة أشهر إذا كان متهماً بجريمة لا تتجاوز عقوبتها القصوى السجن مدة سنتين، وخلال عام واحد إذا كانت العقوبة القصوى أكثر من ذلك، ما لم يطلب هو المزيد من الوقت للدفاع عن نفسه^{٤٥}.

بينما ذهب الاتجاه الثاني من الدساتير المقارنة إلى مد نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ليشمل جميع أنواع المحاكمات سواء أكانت جنائية أو مدنية أو تجارية أو إدارية أو غير ذلك، ومن قبيل تلك الدساتير، دستور دولة بولندا والذي نص في المادة ٤٥ منه على حق كل فرد في الحصول على محاكمة عادلة وعادلة في

٤٤

Constitution of South Africa, art. 35, 3, d, (1996). It stipulates that. »Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right ... (d). to have their trial begin and conclude without unreasonable delay;

من الدساتير التي حذت هذا الاتجاه دستور دولة تركيا لعام ١٩٨٢ (المادة ١٩ و١٤١)، دستور دولة إسبانيا لعام ١٩٧٨ (المادة ٢٤ فقرة ٢)، دستور دولة كولومبيا ١٩٩١ (المادة ٢٩)، المادة ١١ من ميثاق الحقوق والحريات الكندي. دستور دولة غانا لعام ١٩٩٢ (المادة ١٩)، دستور دولة كينيا لعام ٢٠١٠ (المادة ٥٠)، دستور دولة ناميبيا (المادة ١٢ (١) (ب))، دستور دولة زيمبابوي (المادة ١٨ (١)).^{٤٥}

Constitution of Mexico, art. 20,(1917). It provides that "Criminal proceedings will be oral and adversarial. It shall be ruled by the principles of open trial, contradiction, concentration, continuity and contiguity.

B. Defendant's rights ... VII. The accused shall be tried within a term of four months in the case of crimes punishable with a maximum penalty of two years of imprisonment; and within a term of one year if the crime is punishable with a penalty exceeding such term, unless he requests a longer term to prepare his defense.

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور المكسيكي قد كفل حق المتقاضين في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في غير المحاكمات الجنائية وذلك في المادة ١٧ بنصها:

All people have the right to enjoy justice before the courts and under the terms and conditions set forth by the laws. The courts shall issue their rulings in a prompt, complete and impartial manner. Court's services shall be free, judicial fees are prohibited.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧. المجلد الأول

قضيته، دون أي تأخير غير مبرر، أمام محكمة مختصة ومحايدة ومستقلة.^{٤٦} وفي نفس الاتجاه، نصت المادة 95 من دستور دولة النرويج على الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة. كأحد أهم المتطلبات الأساسية الواجب توافرها في المحاكمة العادلة،^{٤٧} كما نصت المادة ١٠٨ من الدستور التونسي على حق المتقاضين في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{٤٨}

وكما تباينت مواقف النظم القانونية المقارنة بخصوص نطاق حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، تباينت كذلك بشأن جزاء الإخلال بضمانة المدة المعقولة للمحاكمة، ويمكن التمييز في هذا الصدد بين أكثر من اتجاه:

يذهب الاتجاه الأول إلى ترتيب جزاء رفض الاتهام وإنهاء إجراءات الملاحقة القضائية عند انتهاك حق المتهمين في محاكمة سريعة، ومن الدول التي اعتنقت هذا الاتجاه كندا،^{٤٩} إذ تكفل المادة ١١ فقرة (b) من الميثاق الكندي للحقوق والحريات للمتهمين في القضايا الجنائية الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، وتخول المادة ٢٤ فقرة (١) المحاكم الوطنية حال انتهاك أي من الحقوق أو الحريات التي يكفلها الميثاق سلطة الحكم بالتعويض الذي تراه مناسباً وعادلاً. في ضوء ظروف كل قضية،^{٥٠} وقد فسرت

Constitution of Poland, art: 45(2), (1997). It stipulates that "Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court."

Constitution of Norway, art. 95, (1814).

^{٤٦} دستور دولة تونس لعام ٢٠١٤، المادة ١٠٨، ومن الدساتير التي اعتمدت هذا الاتجاه دستور دولة الإكوادور لعام ٢٠٠٨ (مادة ٧٥)، دستور دولة البرازيل لعام ١٩٨٨ (مادة ٥ (٧٨))، دستور دولة إيطاليا لعام ١٩٤٧ (المادة ١١١)، دستور دولة سويسرا لعام ١٩٩٩ (المادة ٢٩)، دستور دولة بوليفيا لعام ٢٠٠٩ (المادة ١٧٨ و١٨٠)، دستور دولة المغرب لعام ٢٠١١ (المادة ١٢٥).

Rene Provost, Emergency Judicial Relief for Human Rights Violations in Canada and Argentina, 23 U. Miami Inter-American Law Review 693, 724-31, (1992).

Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms, 1982, Art. 11 (b) states "Any person charged with an offence has the right... (b) to be tried within a reasonable time..." and Art. 24(1) reads "Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

المحكمة العليا بكندا في قضية R v. Askov عبارة التعويض العادل والمناسب في خصوص القضايا التي تتطوي على مخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات القضائية على نحو يجيز للمحاكم الحكم بإنهاء إجراءات المحاكمة وهو الجزء المعروف ب Stay of Proceeding^{٥١}.

وقد أخذت بنفس الاتجاه الولايات المتحدة الأمريكية، إذ أجاز القانون الفيدرالي الأمريكي للمحاكمة السريعة الصادر عام ١٩٧٤ The Federal Speedy Trial Act للمحاكم الفيدرالية الحكم برفض الاتهام حال تأخر سلطات الادعاء على نحو غير مبرر في إحالة المتهمين في قضايا جنائية إلى المحاكمة.^{٥٢} كما أخذت بهذا الاتجاه أيضًا دولة ناميبيا، إذ نص دستورها صراحة على وجوب الإفراج عن المتهمين في

Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.”^{٥١}

R v. Askov, 2 S.C.R. 1199 (1990). Available at <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/670/index.do>

See also Rahey v. R., 1 S.C.R. 588, 631 (1987). The court held that “ if the accused’s rights has been arguably been infringed to such a degree that they could only be remedied by dismissal of the charges, mandamus would not only be an overly narrow remedy, but an inappropriate one .”^{٥٢}

18 U.S.C. §3161.

See Hillary Taylor, Ibid.at. 764.

Janos Boka, Ibid. at. 157 (2014).

راجع في نفس المعنى

- دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص. ٧٥٨ وما بعدها.

دكتور أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ص. ٤٩٥ وما بعدها.

وقد أخذت المحكمة العليا اليابانية بذات الاتجاه في حكم لها بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٧٤، إذ رخصت المحكمة العليا للمحاكم الجنائية - استنادًا إلى نص المادة (١)٧٣ من الدستور الياباني والمتعلقة بحقوق المتهمين في قضايا جنائية في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة - الحكم برفض الدعوي وإسقاط التهم الجنائية في حالات الإطالة غير المبررة لإجراءات التقاضي لما لها من آثار سلبية على حق المتهم في الدفاع عن نفسه.

كما أخذت بذات الاتجاه المحكمة العليا بدولة نيوزيلندا في قضيتي

Russel v. Steward (1988) BCL 1981; Watson v. Clarke (1988) BCL 1980.

راجع في ذلك أيضًا

Evita Salamoura, Ibid. at. 175.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

القضايا الجنائية حال تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة،^{٥٣} وقد استندت المحكمة العليا في دولة ناميبيا إلى هذا النص الدستوري في قضية S. Heidenrich للحكم برفض الاتهام ووضع حد لإجراءات الملاحقة القضائية، مفسرة مصطلح الإفراج عن المتهمين أو shall be released الواردة بنص المادة ١٢ (١) (b) تفسيراً موسعاً يسمح للمحكمة المختصة حال تحققها من وجود تعدي على حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة برفض الاتهام وإنهاء إجراءات الملاحقة القضائية، وقد بينت المحكمة في حيثيات حكمها أن مصطلح "الإفراج عن المتهمين" في القضايا الجنائية الوارد بالنص الدستوري لا يتعين قصر مدلوله على إنهاء الحبس الاحتياطي أو إلغاء ما قد تفرضه السلطات المختصة على المتهمين من تدابير وقيود على حرياتهم بعد دفع الكفالة المطلوبة، وإنما يتعين صرف مدلوله إلى المعنى الواسع وهو رفض الاتهام الجنائي وإنهاء إجراءات الملاحقة القضائية بحسبان أن الغرض من النص الدستوري هو القضاء على حالة الانزعاج والقلق التي تلحق بالمتهمين في القضايا الجنائية بسبب الإطالة غير المبررة في مدد التقاضي.^{٥٤}

٥٣

Constitution of Namibia, art. 12 (1)(b) states that "A trial referred to in Sub-Article (a) hereof shall take place within a reasonable time, failing of which the accused shall be released."

Sam K Amoo, The Jurisprudence of the Rights to a Trial Within a Reasonable Time In Namibia and Zambia, Namibia Law Journal, Vo. 2 Issue 2, at. 27, Jul. 2010.

٥٤

S v Heidenrich (NmHC) (1996) 2 BCLR 197 (1998) No. 229. The court explained that "once the main of the sub-article 12(1)(b) of the Constitution of Namibia, which provides that the accused shall be released in the event of the violation of right, has been identified as being not only to minimise the possibility of lengthy pretrial incarceration and to curtail restrictions placed on an accused who is on bail but also to reduce the inconvenience, social stigma and other pressures which he is likely to suffer and to advance the prospect of fair hearing, then it seems to me that "release" must mean release from further prosecution for the offence with which he is charged. It is only by giving the term this wider meaning that the full purpose of the sub-article is met. Release from custody or from onerous conditions of bail meets part of the purpose of the sub-article."

Sam K Amoo, Ibid. at., 26-27.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

- ويتمثل الجزاء في الاتجاه الثاني في إمكانية التخفيف من العقوبات الجنائية أو التأديبية التي يمكن للمحاكم إنزالها على المتهمين في القضايا الجنائية أو التأديبية، ومن الدول التي سلكت هذا الاتجاه بلجيكا، إذ تجيز المادة 21 ter من قانون الإجراءات الجنائية للمحاكم تخفيف العقوبات الجنائية حال تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة،^{٥٥} وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Beck v. Norway تخفيف العقوبات الجنائية أو التأديبية تعويضًا ملائمًا لجبر ما حاق بالمتقاضين من أضرار بسبب الإطالة غير المبررة لمدد التقاضي.^{٥٦}

وانظر في الاتجاه ذاته حكم المحكمة العليا لدولة ناميبيا في قضية

S v. Uahanga and Others, 1998 NR 160.

وقد تأكد قضاء المحكمة العليا السابق في حكم حديث

Margaret Malama-Kean v The Magistrate of the District of Oshakati NO and the Prosecutor General NO), Case No. SA 04/2002.

٥٥

Code D'instruction Criminelle du Belgique, Art. 21ter. <Inséré par L 2000-06-30/45, art. 2; En vigueur : 12-12-2000> Si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi. Si le juge prononce la condamnation par simple déclaration de culpabilité, l'inculpé est condamné aux frais et, s'il y a lieu, aux restitutions. La confiscation spéciale est prononcée.

وقد أخذ بذات الاتجاه عددًا من الدول الأوروبية كاليونان وإستونيا وهولندا وإيرلندا وإسبانيا والسويد. انظر في ذلك:

Federic Edel, The length of Civil and Criminal Proceedings in the Case-Law of the European Court of Human Rights, Human Rights Files No. 16, Council of Europe Publishing, 78. Available at [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-16\(2007\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-16(2007).pdf)

٥٦

ECtHR, Beck v. Norway, Application no. 26390/95, §27, 26 June 2001.

See also ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §186. The court stated "The Court has already affirmed this in respect of criminal proceedings, where it was satisfied that the length of proceedings had been taken into account when reducing the sentence in an express and measurable manner."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

- ويذهب اتجاه ثالث إلى إمكانية اتخاذ إجراءات تأديبية^{٥٧} أو الحكم بغرامة في مواجهة المتسبب في إطالة الإجراءات القضائية على نحو غير مبرر،^{٥٨} ومن الدول التي سلكت هذا الاتجاه النمسا وبلجيكا وكرواتيا والدنمارك وفنلندا وأيسلندا.^{٥٩}

- كما يذهب اتجاه رابع إلى الاعتماد على آليات وقائية لحث المحاكم الوطنية على تعجيل الفصل فيما يعرض عليها من منازعات داخلية في نطاق اختصاصها، وبما لا يتعارض مع أي ضمانات أخرى للتحقق في محاكمة عادلة كتحويل رئيس المحكمة اتخاذ الخطوات اللازمة لسرعة الفصل في الدعوى^{٦٠} أو إنشاء هيئة أو للجنة لمراقبة الإجراءات القضائية أمام المحاكم وحثها على الفصل في القضايا خلال مدة زمنية معقولة، ومن الدول التي اتبعت هذا الاتجاه فرنسا، إذ استحدثت المشرع الفرنسي - على نحو ما سوف نبينه لاحقاً في الفصل الثاني من هذا البحث - بموجب المرسوم ١٠٠٥ - ١٥٨٦ المعدل لنص المادة 112-2 et 112-3 R. من تقنين العدالة الإدارية آلية وقائية لتعزيز حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، يمكن من خلالها

٥٧

Bolle (Pierre Henri), les lenteurs de la procedure pénale, R.S.C. 1982, p. 294

دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها.
دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٧٥٨.

^{٥٨} قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦، مادة ٦٨ منه والتي أجازت للمحكمة أن تحكم على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين بإهماله في تأخير إعلان صحيفة الدعوى بغرامة بنصفها "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الميعاد فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور. وتحكم المحكمة المرفوعة إليها الدعوى على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين بإهماله في تأخير الإعلان بغرامة لا تقل عن عشرين جنيه ولا تتجاوز مائتي جنيه، ولا يكون الحكم بها قابلاً لأي طعن. ولا تعتبر الخصومة منعددة في الدعوى، إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة."

راجع في ذلك دكتور وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٦٠٨.
^{٥٩}

Federic Edel, Ibid. at. 78.

^{٦٠} راجع في ذلك

- دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٧٥٨ وما بعدها.

- دكتور أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ص ٤٩٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

للمتقاضين أمام المحاكم الإدارية أن يمتنعوا انتباه المحاكم إلى قرب تجاوز مدد التقاضي للمدد المعقولة.

وأخيراً يأخذ الاتجاه الخامس بفكرة التعويض النقدي، فيسمح للمتقاضين المتضررين من طول مدد التقاضي بالرجوع على الدولة بالتعويض المالي لجبر ما حاق بهم من أضرار مادية أو أدبية بسبب تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة، ومن الدول التي أخذت بتشريعاتها بهذا الاتجاه فرنسا، إذ نصت المادة 1-141 L من قانون تنظيم القضاء الفرنسي على إلزام الدولة بتعويض المتقاضين عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة الإدارة المعيبة لمرفق العدالة في حالتها الخطأ الجسيم وإنكار العدالة،^{٢٤} وقد فسر القضاء الفرنسي على نحو ما سوف نعالجه بالتفصيل في الفصل الثاني - مصطلحا الخطأ الجسيم وإنكار العدالة على نحو موسع يسمح للمتقاضين المتضررين من طول مدد التقاضي بالمطالبة بتعويض عادل عن التدهور غير المعقولة التي استغرقتها المحاكمة.

Code de L'organisation judiciaire, article L 141-1 Créé par Ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 «art. 1.(V) JORF 9 juin 2006 "L'etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الأبيكندرية العدد الأول ١٧٠٠ X. المجلد الأول

المطلب الثالث

الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

يعد الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة من الحقوق ذات الصفة العالمية التي حرصت كثير من الاتفاقيات الدولية على تكريسها في صلب نصوصها، ووضع الأسس والقيود التي تضمن احترامها، غير أن تلك الاتفاقيات – كالدساتير المقارنة – قد تباينت في شأن مدى اتساع أو ضيق نطاق هذا الحق.

إذ اتجهت عدد من الاتفاقيات الدولية إلى قصر نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة على المحاكمات الجنائية دون غيرها، فكفلت موادها حق المتهم في قضايا جنائية في "محاكمة سريعة" أو "محاكمة خلال مدة زمنية معقولة". ومن أبرز تلك النصوص التي تؤكد وجوب سرعة الإجراءات الجنائية ما ورد في اتفاقية جنيف الثالثة والرابعة،^{٦٢} والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل،^{٦٣} وميثاق المحكمة الجنائية الدولية والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا ورواندا والمحكمة الدولية الخاصة بسيراليون،^{٦٤} والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.^{٦٥}

٦٢

Third Geneva Convention, Article 96, fourth paragraph and Article 105, first paragraph; Fourth Geneva Convention, Article 72, first paragraph and Article 123, second paragraph.

٦٣

Convention on the Rights of the Child, Article 40(2)(b)(iii) ("without delay"). Article 40(2)(b)(iii)(b) states « Every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees: ... iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law...

⁶⁴ICC Statute, Article 64(2) and (3) ("expeditious") and Article 67(1)(c) ("without undue delay") ; ICTY Statute, Article 20(1) ("expeditious") and Article 21(4)(c) ("without undue delay"); ICTR Statute, Article 19(1) ("expeditious") and Article 20(4)(c) ("without undue delay"); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 17(4)(c) ("without undue delay").

٦٥

African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 7(1)(d) ("within a reasonable time").

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

أما عن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فقد كفلت مواده حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في أكثر من موضع، فنصت المادة ٩ فقرة (٣) والمتعلقة بحق الفرد في الحرية الشخصية والأمن على أن يقدم كل من قبض عليه أو تم حبسه احتياطياً إلى أحد القضاة أو أي سلطة أخرى يخولها القانون سلطة مباشرة الوظائف القضائية، ويكون له الحق في أن يحاكم خلال مدة زمنية معقولة *Within a Reasonable Time* أو أن يفرج عنه،^{٦٦} ويرى عديد من الفقه أن هذا النص يتعلق حصرياً بالمدة المعقولة للحبس الاحتياطي، إذ ينشئ التزام على عاتق السلطات القضائية الوطنية بالتضييق قدر الإمكان من مدد الحبس الاحتياطي قبل المحاكمة.^{٦٧}

كما نصت المادة ١٤ فقرة ٣ (c) المتعلقة بضمانات المحاكمة العادلة على حق المتهمين في القضايا الجنائية في محاكمة ناجزة دون تأخير غير مبرر *Without Undue Delay* باعتباره أحد الضمانات الأساسية للحق في محاكمة عادلة،^{٦٨} وهذا النص، على خلاف النص السابق، يتعلق بالمدة المعقولة لكافة مراحل الدعوى الجنائية.^{٦٩} وقد ذهبت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان *Human Rights Committee* التابعة للأمم المتحدة في تفسير هذه المادة إلى أن حق المتهمين في القضائية الجنائية في محاكمة ناجزة لا يتوقف فقط عند مرحلة ما قبل التقاضي، وإنما يمتد هذا الحق ليشمل جميع الإجراءات القضائية بدايةً من القبض على المتهمين ومروراً

٦٦

International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 9(3) (“within a reasonable time”)

^{٦٧} دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص. ٢٠ وما بعدها.

٦٨

International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 14(3)(c) (“without undue delay”).

٦٩

Jixi Zhang, Fair Trial Rights in Iccpr, *Journal of Politics and Law*, Vol.2, No. 4, December (2009). Available at

<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUK EwiB5rjq POAhXD2BoKHbafAKgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ccsenet.org%2Fjournal%2Findex.php%2Fjpl%2Farticle%2Fdownload%2F4502%2F3855&usg=AFQjCNEpb5zL-ihYANz24YovSOhI5N1gDQ&bvm=bv.131783435.d.bGs>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

بمراحل التحقيق معهم ومحاكمتهم وصولاً إلى اصدار حكم بات في ما نسب إليهم من اتهامات، وأوجبت اللجنة على الدول الموقعة بغية تفعيل هذا الحق وكفالته ضرورة إرساء آليات مناسبة تسمح للأفراد بالمطالبة بتفعيل هذا الحق والتعويض عما أصابهم من أضرار مادية ومعنوية حال انتهاكه.^{٧٠} غير أنه لا ينبغي أن يفهم مما تقدم أن نصوص العهد الدولي قد قصرت نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة على الدعاوي الجنائية فحسب، إذ بينت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في معرض تفسيرها لنص المادة ١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أن العدالة لا يمكن أن تتحقق على الوجه الأكمل إلا إذا كانت عدالة ناجزة، وأكدت تبعاً لذلك أنه إذا كان التأخير غير المبرر لمدد التقاضي في القضايا الجنائية هو فقط ما حظرتة نص المادة ١٤ (3)(c) على نحو صريح، إلا أن التأخير غير المبرر في القضايا المدنية هو الآخر من شأنه أن ينتقض من مفهوم الحق في محاكمة عادلة الذي كرسته الفقرة الأولى من المادة ١٤ في جميع أنواع المنازعات سواء أكانت جنائية أم غير جنائية.^{٧١}

٧٠

The Human Rights Committee stated in General Comment 13, para.10 on 13 April 1984. The Committee emphasized that "Subparagraph 3 (c) provides that the accused shall be tried without undue delay. This guarantee relates not only to the time by which a trial should commence, but also the time by which it should end and judgement be rendered; all stages must take place "without undue delay". To make this right effective, a procedure must be available in order to ensure that the trial will proceed "without undue delay", both in first instance and on appeal."

٧١

Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007). « An important aspect of the fairness of a hearing is its expeditiousness. While the issue of undue delays in criminal proceedings is explicitly addressed in paragraph 3 (c) of article 14, delays in civil proceedings that cannot be justified by the complexity of the case or the behaviour of the parties detract from the principle of a fair hearing enshrined in paragraph 1 of this provision. 51 Where such delays are caused by a lack of resources and chronic under-funding, to the extent possible supplementary budgetary resources should be allocated for the administration of justice. »

راجع في نفس المعنى قرار لجنة حقوق الإنسان في النزاع التالي:

Rubén Toribio Muñoz Hermoza v. Peru, Communication No. 203/1986, U.N. Doc. CCPR/C/34/D/203/1986 (1988).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وعلى المستوى الأوروبي، عنيت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالتأكيد على حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بوصفه مفترضاً أولياً للمحاكمة العادلة Fair Trial، فنصت الفقرة الأولى من المادة السادسة في الاتفاقية على حق الأفراد - عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه - في محاكمة علنية وعادلة خلال مدة زمنية معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة ومشكلة طبقاً للقانون.^{٧٢} ويتضح من هذا النص أن حق الفرد في

إذ بينت اللجنة في حيثيات قرارها بخصوص هذا النزاع أن انتظار الموظف رد الإدارة على التظلم الذي تقدم به من قرار فصله من العمل مدة تتجاوز ٦ سنوات يعد انتهاكاً صارخاً لمفهوم الحق في محاكمة عادلة وفقاً للنص المادة ١٤ (١) من العهد الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

"With respect to the requirement of a fair hearing as stipulated in article 14, paragraph 1, of the Covenant, the Committee notes that the concept of a fair hearing necessarily entails that justice be rendered without undue delay. In this connection the Committee observes that the administrative review in the Muñoz case was kept pending for seven years and that it ended with a decision against the author based on the ground that he had started judicial proceedings. A delay of seven years constitutes an unreasonable delay."

انظر أيضاً في المعنى نفسه

Fei v. Colombia, Communication No. 514/1992, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/514/1992 (1995).

حيث بينت اللجنة أن التجاوز غير المبرر لمدد التقاضي في المنازعات المتعلقة بحضارة الأطفال يمثل انتهاكاً صارخاً لمفهوم الحق في محاكمة عادلة الذي كفلته المادة ١٤ (١) من العهد

The concept of a "fair trial" within the meaning of article 14, paragraph 1, however, also includes other elements. Among these ... are the respect for the principles of equality of arms, of adversary proceedings and of expeditious proceedings. In the present case, the Committee is not satisfied that the requirement of equality of arms and of expeditious procedure have been met. It is noteworthy that every court action instituted by the author took several years to adjudicate - and difficulties in communication with the author, who does not reside in the State party's territory, cannot account for such delays, as she had secured legal representation in Colombia. The State party has failed to explain these delays. On the other hand, actions instituted by the author's ex-husband and by or on behalf of her children were heard and determined considerably more expeditiously. As the Committee has noted in its admissibility decision, the very nature of custody proceedings or proceedings concerning access of a divorced parent to his children requires that the issues complained of be adjudicated expeditiously. In the Committee's opinion, given the delays in the determination of the author's actions, this has not been the case

٧٢

أن يفصل في دعواه خلال مدة زمنية معقولة كما كفلته الاتفاقية الأوروبية لا يقتصر فقط على المحاكمات الجنائية، وإنما يمتد هذا الحق ليشمل بالحماية جميع المنازعات القضائية متي تعلق بحقوق الأفراد والتزاماتهم المدنية.^{٧٣} وقد أكدت محكمة العدل الأوروبية من جانبها أهمية الحق

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Reference, ETS No.005. Opening of the treaty, Rome, 04/11/1950, Article 6(1) . (Hereinafter European Convention of Human Rights)

European Convention of Human Rights, art. 6(1). The article stipulates "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."

^{٧٣} تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد تضمنت نصاً آخر يتعلق بضمانة معقولة مدة الإجراءات القضائية وهو نص المادة ٥ فقرة (٣) والمتعلقة بالحق في الأمن والحرية الشخصية، غير أن هذا النص يتعلق بصفة خاصة بمعقولة مدد الحبس الاحتياطي وليس بالمدة الإجمالية لإجراءات التقاضي، إذ تنص على أن "يقدم أي شخص يلقي القبض عليه أو يحجز وفقاً لنص الفقرة ١/ج من هذه المادة قوراً إلى القاضي أو أي موظف آخر مخول قانوناً بممارسة سلطة قضائية، ويقدم للمحاكمة خلال فترة معقولة أو يفرج عنه مع الاستمرار في المحاكمة. ويجوز أن يكون الإفراج مشروطاً بضمانات لحضور المحاكمة."

Article 5 (3) states: "veryone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial."

انظر في تأكيد ذلك حكم المحكمة الأوروبية في قضية

ECtHR, Stögmüller v. Austria, Application No. 1602/62, ١٠ Nov. 1969.

إذ أكدت المحكمة عدم جواز الخلط بين الحماية التي تكفلها المادة ٥(٣) وتلك التي تكفلها المادة ٦(١)، فالأولي تتعلق بحق المتهمين المحبوسين احتياطياً على ذمة قضايا جنائية في الحرية الشخصية وتخول لهم الحق في طلب إنهاء هذا الإجراء في أسرع وقت حماية لحريرتهم الشخصية، أما الثانية فتتعلق بالمدة الزمنية للإجراءات القضائية بشكل عام وتخول للمتقاضين الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أيا كان نوع النزاع القضائي وسواء أكان ذا طبيعة جنائية أم طبيعة مدنية.
راجع في ذلك:

F. Calvez, Judge (France), Ibid. at. ١٢.

دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص. ٢٢.

وقد حدّأ حنو الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، فكلت لمواطني الدول الأمريكية الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في جميع أنواع المحاكمات.

American Convention on Human Rights, Article 8(1) reads « Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.»

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية للعدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة كمتطلب أولي للمحاكمة المنصفة في قضية P, Baustahlgewebe c/ Commission خلال مدة زمنية معقولة هو جزء لا يتجزأ من حق الأفراد في محاكمة عادلة^{٧٤} وفي تأكيد أهمية هذا الحق، ذهبت المفوضية الأوروبية إلى أن إطالة إجراءات التقاضي على نحو غير مبرر تطوي على انتهاك خطير لمبدأ سيادة القانون.^{٧٥}

ومن أوائل الأحكام القضائية الصادرة بالتطبيق لنص المادة السادسة الخاصة بحق الفرد في محاكمة عادلة الحكم الصادر في قضية Golder v. the United Kingdom ، حيث ذهبت المحكمة إلى أن نص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية وإن كان يكفل في طياته عددًا من الحقوق المتميزة والمستقلة إلا أن جميع هذه الحقوق تنبثق من فكرة واحدة وتشكل في مجموعها واحدًا من أهم الحقوق الأساسية للأفراد ألا وهو الحق في محاكمة عادلة، أو بمعنى آخر كما عبرت المحكمة، يقترن الحق في محاكمة عادلة بسلسلة من الضمانات الأولية التي تتعلق بتنظيم وتشكيل المحاكم وسير إجراءات الدعوى، ومن أهم هذه الضمانات الواجب كفالتها كما بينت المحكمة لضمان فعالية الحق في محاكمة عادلة معقولة مدد التقاضي. إذ إن تأخير الفصل في القضايا لا يؤثر فقط في فاعلية الحق في محاكمة عادلة ومصداقيته، وإنما من شأنه أن يفرغ هذا الحق من مضمونه ويحيله إلى حقًا نظري محض.^{٧٦}

وبالرغم من كفاءة الاتفاقيات الدولية والإقليمية المتقدمة حق الأفراد في أن يفصل في دعواهم خلال مدة زمنية معقولة دون أية إطالة غير مبررة، إلا أن أيًا منها لم تضع تعريفًا أو تحديدًا للمدة

CJCE, 17 déc. 1998, aff. C-185/95 P, Baustahlgewebe c/ Commission : Rec. CJCE 1998, p. 8417, spéc. point 21 et point 47.

F. Calvez, Judge (France), Ibid at .16. reporting the European commission saying that «excessive delays in the administration of justice constitute an important danger, in particular for respect of the rule of law.»

ECtHR, Vernillo v. France, Application No. 11889/85, 20 Feb. 1991, §38; ECtHR, Katté Klitschie, de la Grande v. Italy, 27 Oct. 1994, Series A no: 293-B, §61; Federic Edel, Ibid. at. 5-7.

المعقولة التي يتعين على المحاكم الالتزام بها سلفاً للفصل في الدعاوي المنظورة أمامها، بل أناطت تلك الاتفاقيات بالقضاء الوطني والدولي مهمة تقدير معقولة مدد التقاضي وفقاً لظروف كل قضية، وقد وضعت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بناء على ذلك عدداً من الضوابط لتقدير مدي معقولية مدد التقاضي،^{٧٧} وقد سايرت المحكمة في تطبيق هذه الضوابط عدداً من الهيئات الدولية كاللجنة المعنية بحقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة^{٧٨} واللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان^{٧٩} والمحاكم الوطنية لعدد من الدول كفرنسا،^{٨٠} وبلجيكا، وهولندا.^{٨١}

٧٧
European Court of Human Rights Cases including, Matznetter v. Austria, Stögmüller case, König v. Germany, Letellier v. France, Kemmache v. France, Tomasi v. France, Olsson v. Sweden and Scopelliti v. Italy.

٧٨
Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

٧٩
Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.245 (Argentina).

٨٠
Virginie Holderbach-Martin, "La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle face aux exigences du droit européen" - Recueil Dalloz, 2003, n° 1, 2 janvier, Jurisprudence, Commentaires, p. 23.

٨١
D. Bolsy (Henri) et de Valkeneer (Christian), "La célérité dans la Procédure Penal en droit Belge", R.I.D.P. 1995, P. 450.

راجع في ذلك دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص. ٤١.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول، ٢٠١٧، المجلد الاول

المبحث الثاني

الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء الاتفاقية

الأوروبية لحقوق الإنسان

سبق وأن بينا أنه على الرغم من كفالة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لحق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في المادة 6 فقرة (1)، إلا أنها كمثيلاتها من الاتفاقيات الدولية والإقليمية^{٨٢} قد خلت من أي تعريف لمفهوم هذا الحق، كما لم تبين الاتفاقية أي ضوابط أو معايير يمكن للقضاء في ضونها تقدير مدي معقولية مدد التقاضي، الأمر الذي دفع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للتبصدي لهذه المهمة من خلال ما يثار أمامها من منازعات تتعلق بمخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات القضائية.^{٨٣} لذا فسوف نقوم في هذا المبحث بتحليل أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للوقوف على مضمون هذا الحق ونطاقه من ناحية أولى، وبيان ضوابط تقدير معقولية مدد التقاضي من ناحية ثانية، وتحديد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة هذا الحق من ناحية ثالثة، وذلك في ثلاثة مطالب متتالية على النحو التالي؛

- **المطلب الأول: مضمون الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ونطاقه في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.**
- **المطلب الثاني: ضوابط تقدير معقولية مدد التقاضي في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.**

٨٢

Sam K Amoo, Ibid. at. 12.

^{٨٣} بينت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحد الإحصائيات الحديثة الصادرة بمناسبة مرور خمسين عاماً على إنشاء المحكمة أن حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة المنصوص عليه في المادة 6 فقرة (1) (أ) هو من أكثر الحقوق عرضة للانتهاك، إذ شكلت الأحكام الصادرة بالإدانة لمخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات حتى عام ٢٠١٠ نسبة 26.37% من مجموع أحكام المحكمة الأوروبية الصادرة بالإدانة عن انتهاك الحقوق والحريات الواردة بالاتفاقية الأوروبية.

The European Court of Human Rights: 50 years of activity – some facts and figures, p. 6, available at: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ACD46A0F-615A-48B9-89D6-8480AFCC29FD/0/FactsAndFigures_EN.pdf

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

- المطلب الثالث: جزاء مخالفة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

المطلب الأول

مضمون الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ونطاقه في قضاء المحكمة

الأوروبية لحقوق الإنسان

كفلت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - على نحو ما سلف بيانه - حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في نص المادة 6 فقرة (1)، فنصت صراحة على "حق الفرد - عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه - في محاكمة علنية وعادلة خلال مدة زمنية معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة ومشكلة طبقاً للقانون".^{٨٤}

وقد حرصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في بواكير أحكامها الصادرة بالتطبيق لنص المادة 6 فقرة (1) على بيان أهمية الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بقولها إن هذا الحق هو مطلب أولي لضمان مصداقية وفاعلية المحاكمة العادلة من ناحية، وكفالة حسن سير العدالة من ناحية أخرى،^{٨٥} وخلصت بناءً على ذلك إلى وجود التزام على عاتق الدول الأوروبية بتحقيق نتيجة مفادها ضرورة تهيئة نظمها القانونية الداخلية على نحو يكفل حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة،^{٨٦} كما قضت ذات المحكمة في حكم آخر لها أن الحق في التقاضي

٨٤

European Convention on Human Rights, Article 5(3) and Article 6(1) ("within a reasonable time").

٨٥

ECtHR, *Guincho v. Portugal*, Application No. 8990/80; 10 Jul. 84, Series A no. 81, § 18. The court stressed that the right to a trial within a reasonable time is of an "extreme importance for a good administration of justice."

See also ECtHR, *Vernillo v. France*, Application No. 11889/85, 20 Feb. 1991, §38, where the court held "in requiring cases to be heard within a 'reasonable time', the Convention underlines the importance of administering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility."

٨٦

ECtHR *Association Ekin v. France*, Application No. 39288/98, 17 Oct. 2001, §73. (The Court reiterates that it is for the Contracting States to organise their legal systems in

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

يضحي من الحقوق النظرية أو الوهمية إن لم تستطع المحاكم الفصل فيما يؤكل إليها من منازعات في أجل معقول،^{٨٧} وسوف نعرض فيما يلي مضمون الحق في محاكمة عادلة ونطاقه في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: مضمون الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

- الفرع الثاني: نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

الفرع الأول

مضمون الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

على الرغم من كفالة نص المادة 6 فقرة (1) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، إلا أنها لم تضع تعريفاً أو تحديداً للمدة الزمنية المعقولة التي يتعين على المحاكم الوطنية الالتزام بها في الفصل فيما قد يثار أمامها من منازعات. كما لم تبيّن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحكامها حداً زمنياً معيناً للمدة المعقولة، وإنما أكدت أن تقدير معقولية المدة الزمنية للتقاضي هو من المسائل النسبية التي يتوقف تقديرها بحسب ظروف كل قضية،^{٨٨} ومن ثم قد عنيت المحكمة في سياق معالجتها لحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بوضع مجموعة من الضوابط بشأن تحديد بداية ونهاية مدد التقاضي المراد تقدير مدي معقوليتها.

such a way that their courts can guarantee to everyone the right to a final decision determining his or her civil rights and obligations within a reasonable time.)

٨٧

ECtHR, Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, Application No. 42527/98, 12 Jul. 2001§45.

٨٨

ECtHR, Frydender v. France, Application No. 30979/96, 27 June 2000, §43.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ - المجلد الأول

وعن تاريخ البداية Le dies a Quo في احتساب مدد التقاضي، فرقت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بين القضايا التي تتناول حقوق والتزامات ذات طبيعة مدنية Civil Rights and Obligations وتلك المتعلقة باتهامات جنائية Criminal.Charges

حيث ذهبت بخصوص القضايا التي تتناول حقوق أو التزامات ذات طبيعة مدنية إلى أن القاعدة العامة في تحديد تاريخ بداية مدة التقاضي الإجمالية هو تاريخ رفع المدعي لدعواه أمام المحكمة المختصة، وتحديدًا تاريخ إيداع صحيفة الدعوى في سكرتارية المحكمة،^{٨٩} وإن كانت قد ذهبت في بعض من القضايا التي نظرتها - لاسيما في المنازعات الإدارية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية - إلى أن المعول عليه في حساب مدة التقاضي الإجمالية في الأحوال التي يستلزم فيها القانون من صاحب الشأن تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو جهة رئاسية لها قبل أن يتقدم بطعنه إلى القضاء هو تاريخ تقديم تظلم.^{٩٠}

٨٩

ECtHR, Buchholz v. the Federal Republic of Germany, Application No. 7759/77, 6 May 1981, §48.

ECtHR, Erkner and Hofauer v. Austria, Application No. 9616/81, 23 Apr. 1987, §64. The court indicated that "In civil proceedings the 'reasonable time' referred to in Article 6 paragraph 1 normally begins to run from the moment the action was instituted before the tribunal."

^{٩٠} انظر في ذلك المعنى حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في König v. The Feral Republic of Germany والذي انتهت فيه إلى أن نقطة البداية في حساب المدة الإجمالية للتقاضي تبدأ من التاريخ الذي تقدم فيه الطاعن إلى الجهة الإدارية بتظلمه من القرار الصادر ضده بسحب كل من الترخيص الممنوح له بفتح عيادة خاصة والترخيص له بمزاولة مهنة الطب.

ECtHR, König v. the Federal Republic of Germany, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §98.

انظر أيضا في تأكيدات القضاء السابق أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضايا التالية

- ECtHR, Ichtigiaroglou v. Greece Application No. 12045/06, 19 Jun. 2008.
- ECtHR, Schouten and Meldrum v The Netherlands, Application no. 19005/91, 9 Dec. 1994, § 62
- ECtHR, Karakaya v. France, Application No. 22800/93, 26 Aug. 1994, §29.
- ECtHR, Wiesinger v. Austria, Application No. 11796/85 11796/85, 30 Oct. 1991, §51.
- ECtHR, Erkner and Hofauer v. Austria, Application No. 9616/81, 23 Apr. 1987, §64.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وعن بداية حساب المدة الإجمالية للإجراءات القضائية في الدعاوي ذات الطبيعة الجنائية، فقد ذهبت المحكمة إلى أن هذه المدة تبدأ منذ اللحظة التي يكون فيها الشخص موضوعاً للاتهام، وإذا كان ذلك يعني أن المعول عليه في تحديد بداية هذه المدة هو تاريخ توجيه اتهام رسمي من السلطة المختصة إلى الفرد،^{٩١} فإن المحكمة الأوروبية قد بينت أن تاريخ البداية قد يرتد إلى ما قبل ذلك حال اتخاذ السلطات الوطنية المختصة لأية إجراءات قضائية يفهم منها أن الشخص متهم بارتكاب جريمة،^{٩٢} وقد اعتدت المحكمة تبعاً لذلك في عدد من القضايا التي فصلت فيها

٩١

ECtHR, *Deweer v. Belgium*, Application No. 6903/75, 27 Feb. 1980, §44.

ذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أوائل أحكامها الصادرة بالتطبيق لنص المادة ٦ فقرة (١) وذلك في قضية *Dewer v. Belgium* إلى أن بداية حساب مدة التقاضي الإجمالية في الدعاوي ذات الطبيعة الجنائية هو تاريخ توجيه اتهام رسمي من السلطات المختصة للفرد

(an official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence.)

انظر أيضاً:

ECtHR, *Neumeister v. Austria*, Application No. 1936/63, 27 Jun. 1968, §18 ; ECtHR, *Proios v. Greece*, Application No. 35765/03, 24 Nov. 2005, §15.

٩٢

ECtHR, *Foti and others (merits) v. Italy*, Application No. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77, 10 Dec. 1982, §52. The court explained that « it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect. »; ECtHR, *Corigliano v. Italy*, Application no. 8304/78, 10 Dec. 1982, §34.

ECtHR, *Philippe Bertin-Mouroit v. France*, Application No. 36343/97 2 Aug. 2000, §52. (The Court recalls that the period to be taken into consideration in respect of Article 6 paragraph 1 begins to run as soon as a person is formally charged or when the suspicions relating to this person have substantially affected the latter's situation because of measures taken by the prosecuting authorities ... this may have occurred on a date prior to the case coming before the trial court ..., such as the date of arrest, the date when the person concerned was officially notified that he would be prosecuted or the date when the preliminary investigations were opened ... Whilst "charge", for the purposes of Article 6 paragraph 1, may in general be defined as "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence"; it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد: الأول، ١٧١، ٢٠١٧، المجلد الأول

لبداية حساب المدة المعقولة للإجراءات القضائية بتاريخ القرار الصادر بالقبض^{٩٣} أو تاريخ القرار الصادر بالتفتيش^{٩٤} أو تاريخ رفع الحصانة البرلمانية^{٩٥} أو تاريخ فتح تحقيق ابتدائي^{٩٦} أو تاريخ القرار الصادر بمصادرة المضبوطات.^{٩٧}

أما عن تاريخ نهاية المدة الإجمالية لمدد التقاضي *Le dies ad quem* فقد بينت المحكمة أن المعول عليه كأصل عام في هذا الشأن هو تاريخ صدور حكم بات ونهائي في المنازعة القضائية، وذلك بغض النظر عن نوع هذه المنازعة،^{٩٨} وهو ما يعني أن المدة الإجمالية لمدد التقاضي تشمل جميع مراحل الدعوي بما في ذلك المدة التي تستغرقها طرق الطعن إلى أن يصبح الحكم نهائياً،^{٩٩} أما إذا كان تنفيذ الحكم النهائي مما يتطلب اتخاذ إجراءات معينة لوضعه

٩٣

ECtHR, *Boddaert v. Belgium*, Application No. 12919/87, 12 Oct. 1992, §35.

ECtHR *Vlachos v. Greece*, Application No. 20643/06, 18 Sept. 2008, §16.

٩٤

ECtHR, *Lopez Sole y Martin de Vargas v. Spain*, Application No. 61133/00, 28 Oct. 2003.

ECtHR *Eckle v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 8130/78, 15 Jul. 1982, §75.

٩٥

ECtHR, *Frau v. Italy*, Application No. 12147/86, 19 Feb. 1991, §14.

٩٦

ECtHR *Ringeisen v. Austria*, Application No 2614/65 , 16 July 1971, §110

٩٧

ECtHR *Raimondo v. Italy*, Application No. 12954/87 , 22 Feb. 1994, §42.

٩٨

ECtHR, *König v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §98.

٩٩

ECtHR, *Erkner and Hofauer v. Austria*, Application No. 9616/81, 23 Apr. 1987, §65. The court explained that "the period whose reasonableness falls to be reviewed takes in the entirety of the proceedings in issue, including any appeals."

See also *Kudła v. Poland*, Application No. 30210/96 , 26 Oct. 2000, §122.

كما بينت المحكمة أن المدة الإجمالية لمدة التقاضي قد تشمل الإجراءات التي استغرقتها إجراءات الطعن بعدم دستورية أحد النصوص القانونية، راجع في ذلك

ECtHR, *Ruiz-Mateos v. Spain*, Application No. 12952/87, 23 Jun. 1993, §35. (according to the Court's well-established case-law, proceedings in a Constitutional Court are to be taken into account for calculating the relevant period where the result of

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الامبكنبرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

موضع التنفيذ، فقد أوضحت المحكمة أن العبرة في تحديد نهاية المدة المعقولة للإجراءات هي تاريخ تنفيذ الحكم، مؤكدة أن المدة التي تستغرقها إجراءات التنفيذ تعد جزءًا لا يتجزأ من المدة الإجمالية للتقاضي.¹⁰⁰ ومن قبيل التطبيقات القضائية للمحكمة في هذا الخصوص ما انتهت إليه في قضية *Saffi v. Italy* من إدانة إيطاليا لمخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات بسبب طول المدة الزمنية التي استغرقتها السلطات المختصة في اتخاذ ما يلزم من إجراءات لتنفيذ أحد الأحكام النهائية الصادرة بالطرد لصالح الطاعن، مؤكدة أن المدة الزمنية لإجراءات التنفيذ في هذه النوعية من القضايا تدخل ضمن مدة التقاضي الإجمالية المطلوب تقدير مدى معقوليتها.¹⁰¹ وإذا كان مفاد ما تقدم أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في سياق معالجتها للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة تقوم بتقدير معقولة المدة الإجمالية لإجراءات التقاضي أمام مختلف درجات التقاضي، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تقوم المحكمة بتقدير معقولة مدة الإجراءات

such proceedings is capable of affecting the outcome of the dispute before the ordinary courts.)

ECtHR, *Hornsby v. Greece*, Application No. 18357/91, 19 Mar. 1997, §40. (Execution of a judgment given by any court must ... be regarded as an integral part of the 'trial' for the purposes of Article 6.)

ويصدق هذا الحكم بصفة خاصة على الحالات التي يتعلق الأمر فيها بتنفيذ أحكام قضائية دولية أو أجنبية. راجع في ذلك

ECtHR, *Hornsby v. Greece* Application No. 18357/91, 19 Mar. 1997, § 40.

ECtHR, *Immobiliare Saffi v. Italy*, Application No. 22774/93, 28 July 1999, §§§17, 74 and 75.

ECtHR, *SARL IZA and Makrakhidze v. Georgia*, Application No 27 Sep. 2005. The court ruled that « by failing for over four years to ensure the execution of the binding judgment of 14 May 2001, the Georgian authorities have deprived the provisions of Article 6 § 1 of the Convention of all useful effect ».

انظر أيضًا

ECtHR, *Metaxas v. Greece*, Application No. 8415/02, 27 May 2004 ; ECtHR, *Prodan v. Moldova*, Application No. 49806/99, 18 May 2004 ; ECtHR, *Romashov v. Ukraine*, Application No. 67534/01, 27 July 2004.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

القضائية لمرحلة بعينها من مراحل التقاضي، لاسيما إذا كان ما يدعيه الطاعن هو انتهاك حقه في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة خلال هذه المرحلة فقط.^{١٠٢}

الفرع الثاني

نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على الرغم من أن الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة كما كفلته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم يقصد به وقت الإبرام أن يمتد إلى جميع أنواع المنازعات القانونية - إذ تحدد الاتفاقية الأوروبية نطاق سريان الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بالمنازعات القانونية ذات الصلة بالحقوق الائتزامات المدنية Civil Rights and Obligations أو المرتبطة باتهامات جنائية Criminal Charges - إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد توسعت في شأن تحديد نطاق تطبيق هذا الحق ومجالته.

إذ ذهبت المحكمة في تفسير عبارة المنازعات القانونية المتعلقة بالحقوق والائتزامات المدنية Civil Rights and Obligations التي تخضع لضمانة معقولة المدة إلى الأخذ بالمفهوم الواسع، لتدخل في نطاقها كافة المنازعات القانونية ذات الطبيعة المالية^{١٠٣} Pecuniary Nature أو التي يترتب على الحكم فيها المساس بحقوق الأفراد والتزاماتهم الخاصة "all proceedings the results of which is decisive for private rights and obligations"^{١٠٤}، وذلك بغض النظر عن ماهية المحكمة المختصة بنظر النزاع - سواء

١٠٢

ECtHR, Portington . Greece, Application No. 28523/95, 23 Sep. 1998, §20; ECtHR, Ottamani v. France, 15 Oct. 2002.
F. Calvez, Judge (France), Ibid. at. 83.

١٠٣

ECtHR, Éditions Périscope v. France, 26 Mar. 1992, Application no. 11760/85, §40. The Court notes that the subject-matter of the applicant company's action was "pecuniary" in nature and that the action was founded on an alleged infringement of rights which were likewise pecuniary rights. The right in question was therefore a "civil right", notwithstanding the origin of the dispute and the fact that the administrative courts had jurisdiction.

١٠٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أكانت محاكم مدنية أو تجارية أو إدارية أو محاكم متخصصة أو هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي - وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على النزاع - سواء أكان قانوناً مدنياً أو تجارياً أو إدارياً أو غير ذلك.^{١٠٥} وقد ترتب على هذا المفهوم الموسع للحقوق والالتزامات المدنية مد نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة؛ ليشمل ليس فقط المنازعات المدنية بالمعنى المتعارف عليه كالمنازعات العقدية^{١٠٦} والمنازعات المتعلقة بقوانين الأسرة^{١٠٧} ومنازعات التعويض^{١٠٨} ومنازعات الميراث^{١٠٩} والمنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام^{١١٠} وإنما

ECtHR, König v. the Federal Republic of Germany, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §90.

Dovydas Vitkauskas and Grigory Dikov, Protecting the Rights to Fair Trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks, Council of Europe, P. 74, 2012.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوروبية قد أقرت بإدانة دولة إيطاليا عن انتهاك حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضية (20) § Milasi v. Italy (Application No. ٨٢/١٠٥٢٧, 25 Jun. 1987, §20), بسبب استمرار الإجراءات القضائية أمام محكمة أول درجة مدة تزيد على عشر سنوات، مؤكدة أن استغراق الإجراءات القضائية لهذه المدة يشكل في حد ذاته إخلالاً جسيماً بضمانة المدة المعقولة للإجراءات القضائية التي كفلتها نص المادة ٦ فقرة (١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. انظر أيضاً

ECtHR, Capuano v. Italy, Application No. 83/10256, 25 Jun. 1987, §48.

قضت المحكمة الأوروبية في قضية Capuano v. Italy بإدانة دولة إيطاليا بسبب استغراق الإجراءات القضائية أمام محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف مدة تزيد عن ثلاثة عشر عاماً.

ECtHR, Ringeisen v. Austria, Application No. 2614/65, 16 Jul. 1971, §39.

لم تأخذ المحكمة في تفسير عبارة الحقوق والالتزامات المدنية بما هو معمول به في بعض النظم القانونية من التفرقة بين فرعي القانون العام والقانون الخاص، وإنما أكدت مد نطاق الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة إلى كافة أنواع المنازعات القانونية أيًا كان نوعها متى تعلقت بحقوق الأفراد و التزاماتهم الخاصة *decisive for private rights and obligations*.

ECtHR, Doustaly v. France, Application No. 26256/95, 23 Apr. 1998, §48.

ECtHR, König v. the Federal Republic of Germany, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §88.

Volger Hembach, The length of Proceedings in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, p. 4 available at <http://echr-online.info/page/2/>

ECtHR, Bock v. the Federal Republic of Germany, Application No. 11118/84, 29 Mar. 1989, §§48-49

^{١٠٨} وقد أخضعت المحكمة الأوروبية كافة المنازعات المتعلقة بالتعويض لضمانة المدة المعقولة، ومن أهم التطبيقات القضائية في ذلك الخصوص انظر

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يمتد أيضًا ليشمل فضلًا عن ذلك المنازعات الإدارية التي تكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كالمنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية إذا كان من شأنها المساس بحقوق الأفراد المالية، كحق الملكية على سبيل المثال، وتطبيقًا لذلك ذهبت المحكمة الأوروبية إلى انطباق ضمانات المدة المعقولة على المنازعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة^{١١١} والمتعلقة بترخيص البناء^{١١٢} وحماية البيئة.^{١١٣}

التعويض عن الحوادث المرورية
ECtHR, *Guincho v. Portugal*, Application No. 8990/80, 10 July 1984, §28.

التعويض عن جرائم القذف والتشهير
ECtHR, *Moreira de Azevedo v. Portugal*, Application No. 11296/84, 23 Oct. 1990, §§66-68.

التعويض العزل من الوظيفة
ECtHR, *Buchholz v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 7759/77
7759/77, 6 May 1981, §46.

التعويض عن سحب ترخيص بمزاولة مهنة معينة
ECtHR, *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Application No. 10873/84, 7 July 1989, §§43-44.

^{١٠٩} من التطبيقات القضائية في ذلك الخصوص انظر

- ECtHR, *Dumas v. France*, Application No.34875/07, 23 Sept. 2003, §41.

- ECtHR, *Siegel v. France*, Application No. 36350/97, 28 Nov. 2000, §42.

^{١١٠}

ECtHR, *Jarreau v. France*, Application No. 50975/99, 8 Apr. 2003, §27.

^{١١١}

ECtHR, *Aldo and Jean-Baptiste Zanatta v. France*, Application No. 38042/97, 28 Mar. 2000, §§22-26.

^{١١٢}

ECtHR, *Allan Jacobsson v. Sweden*, Application No. 16970/90, 25 Oct. 1989, §§72-74.

^{١١٣}

ECtHR, *Zander v. Sweden*, Application No. 14282/88, 25 Nov. 1993, §§26-28.

أما عن المنازعات التي لا تنطبق فيها ضمانات معقولة مدة التقاضي، فقد حاولت المحكمة ولا زالت تقلصها قدر الإمكان، ويرى البعض أن المنازعات التي ينحسر عنها ضمانات معقولة المدة وفقًا للمحكمة الأوروبية تتعلق بموضوعين أساسيين وهما أولاً المنازعات المتعلقة بسلطات وصلاحيات الدولة في سن التشريع كالمنازعات المتعلقة بما تتخذه الدولة من تدابير بشأن أوضاع المهاجرين إليها أو الأجانب المقيمين على أراضيها وثانيًا المنازعات المتعلقة بممارسة الحقوق الحريات السياسية كالمنازعات الانتخابية أو المتعلقة بممارسة حق الانتخاب. للمزيد حول التطبيقات القضائية للمحكمة الأوروبية في هذا الخصوص راجع

See also *Frederic Edel*, *Ibid.* at. 8-9.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

أما عن المقصود بالمنازعات المتعلقة باتهامات جنائية Criminal Charges، فقد تبنت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منهجاً مماثلاً لما سبق وأن اعتمدته في تفسيرها لعبارة حقوق والتزامات مدنية، فأكدت في سياق معالجتها للقضايا المتعلقة بالحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أن معايير تحديد المقصود بـ "الاتهامات الجنائية" لا تقتصر على ما قد تحسبه التشريعات الوطنية كذلك فحسب، وإنما تشمل فضلاً عن ذلك معايير أخرى كطبيعة الجريمة المدعى بوقوعها The nature of the offence أو جسامة العقوبة المحتمل توقيعها Seriousness of the penalty incurred.¹¹⁴

وقد ترتب على هذا المنهج الواسع الذي اتبعته المحكمة في التفسير إدراج الكثير من القضايا في نطاق المنازعات المتعلقة باتهامات جنائية والتي ينطبق عليها بالتالي ضمانات المدة المعقولة، فاعتبرت المحكمة على سبيل المثال في قضية Garyfallou AEBE v. Greece أن ارتفاع قيمة الغرامة التي وقعها وزير التجارة على الشركة المملوكة للمدعي فضلاً عن جسامة العقوبة المقررة في القانون الوطني حال امتناع المدعي عن دفع هذه الغرامة (المصادرة أو الحبس) من شأنهما أن يجعل من هذه المنازعة ذات طبيعة جنائية ويخضعها بالتبعية ل ضمانات المدة المعقولة في التقاضي.¹¹⁵ وفي نفس الاتجاه عدت المحكمة في Engel and others v. the

Frederic Edel, Ibid., at. 11-13.

See also

ECtHR, Garyfallou AEBE v. Greece, 93/1996/712/909, 24 Sept. 1997, §§32-

35
ECtHR, Engel and others v. the Netherlands, Application no. 5100/71;
5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 23 Nov. 1976, §§80-85.

ECtHR, Garyfallou AEBE v. Greece, 93/1996/712/909, 24 Sept. 1997, §§32-35.

The court explained that The Court recalls that in order to determine whether an offence qualifies as "criminal" for the purposes of the Convention, the first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence belongs, in the legal system of the respondent State, to the criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6, to the ordinary meaning of the terms of that Article and to the laws of the Contracting States. It is apparent from section 8 of Law no. 936/1979 (see paragraph 17 above) that the fine

Netherlands من قبيل الدنازعات المتضمنة اتهامات جنائية المنازعات التأديبية والانضباطية للعسكريين إذا كان بين العقوبات التي يجيز القانون العسكري توقيعها على المتهم حال إدانته عقوبة سالبة الحرية، وذلك بالنظر إلى جسامة هذه العقوبة.¹¹⁶

المطلب الثاني

ضوابط تقدير معقولية مدد التقاضي في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق

الإنسان

أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحكامها الصادرة بالتطبيق. لنص المادة 6 فقرة (1) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الطبيعية النسبية لحق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بقولها أن تقدير معقولية مدد التقاضي هو من المسائل النسبية التي تختلف بحسب ظروف كل قضية، ولكنها وضعت مع ذلك من خلال أحكامها مجموعة من الضوابط لتقدير ما إذا كانت مدد التقاضي المدعي بتجاوزها لحدود المعقولية تدخل في مجال المدة المعقولة أم أنها تجاوزت هذه المدة، وهذه الضوابط التي اعتمدها المحكمة هي مدى تعقد أو صعوبة القضية، سلوك

imposed on the applicant company is not characterised under domestic law as a criminal sanction. Moreover, this was common ground among those appearing before the Court. It is consequently necessary to examine the sanction in the light of the second and third criteria mentioned above (see paragraph 32 above). In this respect, the Court recalls that these criteria are alternative and not cumulative ones: for Article 6 to apply by virtue of the words "criminal charge", it suffices that the offence in question should by its nature be "criminal" from the point of view of the Convention, or should have made the person concerned liable to a sanction which, in its nature and degree of severity, belongs in general to the "criminal" sphere (see, among other authorities, the Lutz v. Germany judgment of 25 August 1987, Series A no. 123, p. 23, § 55). This does not exclude that a cumulative approach may be adopted where the separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a "criminal charge"

ECtHR, Engel and others v. the Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71;

5102/71; 5354/72; 5370/72, 23.Nov. 1976, §§80-85.

مجلة حقوق البحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

المتقاضى، سلوك السلطات الوطنية المختصة، وأهمية القضية بالنسبة للمتقاضى،¹¹⁷ وسوف نعرض فيما يلي لهذه الضوابط الأربعة تباعاً في أربعة فروع متتالية:

- الفرع الأول: تعقد أو صعوبة القضية Complexity of the Case.
- الفرع الثاني: سلوك المتقاضى The applicant's Conduct.
- الفرع الثالث: سلوك السلطات الوطنية المختصة Conduct of the Competent Authorities.
- الفرع الرابع: أهمية القضية بالنسبة للمتقاضى What is at stake.

الفرع الأول

تعقد القضية أو صعوبتها Complexity of the Case

يقصد بهذا الضابط أن تكون القضية على درجة عالية من الصعوبة أو التعقيد، يستوي أن تكون هذه الصعوبة راجعة إلى تعقد وقائع القضية أو تعقد المسائل القانونية التي تتناولها أو تعقد الإجراءات القضائية المتخذة بمناسبةها، وقد عمدت المحكمة الأوروبية من خلال ما أصدرته من أحكام بالتطبيق لنص المادة 6 فقرة (1) إلى إيراد عدد من الأمثلة التوضيحية التي قد تبرر إطالة المدة التي تستلزمها الإجراءات القضائية للفصل في الدعوى.

117

ECtHR, Frýdlender v. France, Application No. 30979/96, 27 June 2000, §43. The Court ruled that the "reasonableness" of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicant and of the relevant authorities and what was at stake for the applicant in the dispute."

في تأكيد القضاء السابق انظر رد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على طلب الحكومة الإيطالية المقدم إلى المحكمة بشأن وضع جدول مرجعي للدول الأعضاء في الاتفاقية توضح فيه المحكمة عند سنوات التقاضي التي تعدها مدداً معقولة وذلك في مختلف أنواع المنازعات القضائية الخاضعة لنص المادة 6 فقرة (1) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

Request made by Italy in ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §157. The court stated that "Concerning the question of exceeding a reasonable time, it-reiterates that regard must be had to the circumstances of the case and the criteria laid down in the Court's case-law."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ومن أهم أمثلة تعقد وقائع القضية التي قد تبرر إطالة مدد التقاضي كما بينت المحكمة الأوروبية، تعدد الاتهامات الموجهة إلى المتهم أو تعلقها بجرائم معقدة كجرائم غسل الأموال،^{١١٨} تعلق الاتهامات المنسوبة إلى المتهم بجرائم من شأنها تهديد الأمن القومي،^{١١٩} تعدد المتهمين في القضية أو تعدد الشهود،^{١٢٠} تطلب سماع آراء الخبراء،^{١٢١} صعوبة المسائل المتعلقة بالإثبات،^{١٢٢} قضايا القسمة في أموال غير قابلة للتجزئة بين عدة ورثة.^{١٢٣}

ومن بين الأمثلة التي أوردتها المحكمة لتعقد المسائل القانونية التي تتناولها القضية، أو غموض النصوص القانونية الواجبة التطبيق على النزاع أو حداثة تطبيقها،^{١٢٤} أو وجود تنازع اختصاص سلبي أو إيجابي بين المحاكم الوطنية في قضية معينة،^{١٢٥} أو أن يستلزم الفصل في الدعوى

^{١١٨} انظر على سبيل المثال

ECtHR, Arap Yalgin and others v. Turkey, Application No. 33370/96, 25 Sept. 2001, §27.

ECtHR, C.P. and others v. France, Application No. 36009/97, 1 Aug. 2000, §30.

^{١١٩} انظر على سبيل المثال

ECtHR, Dobbertin v. France, Application No. 13089/87, 25 Feb. 1993, §42.

^{١٢٠} انظر على سبيل المثال

- ECtHR, Milasi v. Italy, Application No. 10527/83, 25 June 1987, §16.

- ECtHR, Golino v. Italy, Application No. 12172/86, 27 Feb. 1992, §17.

^{١٢١} انظر على سبيل المثال

- ECtHR, Ilowiecki v. Poland, Application No. 27504/95, 4 Oct. 2001, §87.

- ECtHR, Cardarelli, Golino and Pandolfelli and Palumbo v. Italy, Application No. 12148/86, 27 Feb. 1992, §17

- ECtHR, Francesco Lombardo v. Italy, Application No. 11519/85, 26 Nov. 1992, §22

- ECtHR, Billi v. Italy, Application No. 15118/89, 26 Feb. 1993, §19

- ECtHR, Scopelliti v. Italy, Application No. 15511/89, 23 Nov. 1993, §23.

^{١٢٢} انظر على سبيل المثال

ECtHR, Allenet de Ribemont v. France, Application No. 15175/89, 10 Feb. 1995, §§48-50.

^{١٢٣} انظر على سبيل المثال

ECtHR, Vorrasi v. Italy, Application No. 12706/87, 7 Feb. 1992, §17.

ECtHR, Pretto and others v. Italy, Application No. 7984/77, 8 Dec. 1983, §32.

^{١٢٤}

- ECtHR, Lorenzi, Bernardini and Gritti v. Italy, Application No. 13301/87, 27 Feb. 1992, §16.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

تفسير نصوص إحدى المعاهدات الدولية،^{١٢٦} أو الفصل في دستورية نص قانوني يراد تطبيقه على المنازعة.^{١٢٧}

أخيراً، فمن قبيل أمثلة تعقد الإجراءات القضائية التي قد تبرر الإطالة في مدد التقاضي، ضخامة ملف القضية،^{١٢٨} أو تعدد أطراف النزاع،^{١٢٩} أو وجود يعد دولي في القضية،^{١٣٠} أو الحاجة إلى سماع شاهد موجود بالخارج أو تغيير محل إقامته،^{١٣١} أو تطلب وجود مترجم بالقضية أو ترجمة عدد من الوثائق اللازمة للفصل في الدعوى.^{١٣٢}

غير أنه لا ينبغي أن يفهم مما سبق أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد توسعت في قبول هذه النوعية من الأسباب لتبرير الإطالة في مدد التقاضي، بل على العكس من ذلك، يؤكد الفقه

-
- ECtHR, *De Moor v. Belgium*, Application No. 16997/90 23 June 1994, §§16, 19-20, 22, 27 and 67.
 - ECtHR, *Allenet de Ribemont v. France*, Application No. 15175/89, 10 Feb. 1995, §§15-20 and 48-50.

- ECtHR, *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, Application No. 12539/86, 27 Oct. 1994, §55.
- ECtHR, *Schouten and Meldrum v. the Netherlands*, Application No. 19005/91; 19006/91, 9 Dec. 1994, §§65-66.

ECtHR, *Giancarlo Lombardo v. Italy*, Application No. 12490/86, 26 Nov. 1992, §2;
ECtHR, *Ruiz-Mateos v. Spain*, Application No. 12952/87, 23 June 1993, §41.

- ECtHR, *Neumesiter v. Austria*, Application no 1936/63, 27 Jun. 1968 §19-21.
- ECtHR, *B. v. Austria*, Application No. 11968/86 28 Mar. 1990, §§10-11 & 50.

- ECtHR, *H v. the United Kingdom (merits)*, Application No. 9580/81, 8 July 1987, §72.

ECtHR, *Mánieri v Italy and Cardarelli v. Italy*, Application No. 12148/86, 27 Feb. 1992, §18 and §17.

ECtHR, *Billi v. Italy*, Application No. 15118/89 26 Feb. 1993, §19.

ECtHR, *Manzoni v. Italy*, Application No. 11804/85, 19 Feb. 1991, §18.

ECtHR, *König v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §§102 and 107.

ECtHR, *Sarı v. Turkey and Denmark*, Application No. 21889/93, 8 Nov. 2011.

أن عدد القضايا التي رفضت فيها المحكمة الأوروبية التذرع بصعوبة أو تعقيد القضية لتبرير الإطالة في الإجراءات القضائية يفوق بكثير عدد القضايا التي قبلت فيها هذه الأسباب.^{١٣٣} كما تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوروبية قد بينت أن تعقد الإجراءات القانونية التي تفرضها التشريعات الوطنية في بعض المنازعات لا يمكن أن تبرر تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة، وإنما من شأن تلك الإجراءات المعقدة أن تثير مسؤولية الدولة عن انتهاك حق الفرد في أن يفصل في دعواه خلال مدة زمنية معقولة، وقد بدا هذا القضاء واضحاً في قضية *Guillemin v. France* والتي انتهت فيها المحكمة إلى إدانة دولة فرنسا عن انتهاك نص المادة ٦ فقرة (١) المتعلقة بالحق في المحاكمة خلال مدة زمنية معقولة بسبب استغراق القضاء الفرنسي مدة تزيد على أربعة عشر عاماً للفصل في إحدى قضايا نزع الملكية، حيث رفضت المحكمة ما استند إليه دفاع الحكومة الفرنسية من أن هذه الإطالة تجد تبريرها في تطلب التشريع الداخلي خضوع هذه النوعية من القضايا إلى رقابة القضاء الإداري للفصل في مشروعية قرار نزع الملكية من ناحية أولى ورقابة القضاء العادي لتقدير قيمة التعويض المستحق بسبب نزع الملكية من ناحية ثانية.^{١٣٤}

١٣٣

Frederic Edel, Ibid. at. ٤٢.

١٣٤

ECtHR, *Guillemin v. France*, Application No. 19632/92, 21 Feb. 1997, §42-43. The court explained that "expropriation proceedings are relatively complex, in particular in that they come under the jurisdiction of both sets of courts – the administrative courts in respect of the lawfulness of expropriation measures and the ordinary courts in respect of the transfer of the property in question, the assessing of compensation and, in general, interferences with private property. Furthermore, as in the present case, an administrative court may have to rule on the lawfulness of the initial stage of the proceedings at the same time as an ordinary court has to deal with the consequences of an expropriation order whose lawfulness has been challenged in the other court. Such a situation may give rise to conflicting decisions, and this is a risk which prompt consideration of claims might help to diminish.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الفرع الثاني

سلوك المتقاضى The applicant's Conduct

يقتضي هذا الضابط ألا يكون تأخير الفصل في القضايا راجعاً إلى سلوك المتقاضى المتضرر من طول أمد التقاضي، وقد بينت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان جلياً في بيان معناه أنه يتعين على المتقاضين بوجه عام - لاسيما في غير الدعاوي الجنائية - أن يظهروا حداً أدنى من الاهتمام والعناية Due Diligence في متابعة الإجراءات القضائية الخاصة بقضاياهم وأن يمتنعوا عن إتيان أي سلوكيات من شأنها إعاقة إجراءات التقاضي أو إبطائها،^{١٣٥} بل وأكدت في خصوص القضايا الجنائية أنه بالرغم من أن المادة ٦ فقرة (١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم تتطلب من المتقاضين التعاون بصورة إيجابية مع السلطات القضائية المختصة، بحسبان أن نظم الإجراءات الجنائية المعمول بها في دول أوروبا هي مما تلقي بعبء الإثبات وإظهار الحقيقة كاملة على عاتق سطات الاتهام، وبالتالي يكون للمتهم أن يلتزم الصمت أو يمتنع عن التعاون مع السلطات العامة إن اختار،^{١٣٦} ومن ثم فإن السلوكيات التي يأتيها المتقاضون ولو كانوا متهمين في قضايا جنائية بغية التعطيل أو المماطلة إجراءات التقاضي وإبطائها لا يمكن نسبتها للدولة أو مساءلتها عنها.^{١٣٧}

١٣٥

ECtHR, Pretto and others v. Italy, Application No. 7984/77, 8 Dec. 1983, §33; ECtHR, Deumeland v. the Federal Republic of Germany, Application No. 9384/81, 29 May 1986, §35; ECtHR, Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spain, Application No. 11681/85, 7 July 1989, §35; ECtHR, H. v. France, Application No. 10073/82, 24 Oct. 1989, §55.

١٣٦

ECtHR, Eckle v. the Federal Republic of Germany, (Application no. 8130/78) 15 July 1982, §82. The Court made clear that Article 6 (art. 6) did not require the applicants actively to co-operate with the judicial authorities. Neither can any reproach be levelled against them for having made full use of the remedies available under the domestic law. Nonetheless, their conduct referred to above constitutes an objective fact, not capable of being attributed to the respondent State, which is to be taken into account when determining whether or not the proceedings lasted longer than the reasonable time referred to in Article 6 par. 1 (art. 6-1).

بكتون شريف سييد كامل، المرجع السابق، ص ٤٨-٤٩.

١٣٧

وتطبيقاً لما تقدم، عمدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحكامها إلى إيراد عدد من السلوكيات التي يفقد المتقاضى حال إتيانها عمداً بقصد إطالة مدد التقاضي حقه في الاحتجاج بضمانة المدة المعقولة للمحاكمة، ومن أهم تلك السلوكيات التي بينتها المحكمة تعدد الطلبات أو الدفع المقدمة من المتقاضين بقصد التعطيل والمماطلة،^{١٣٨} وتغيب المتقاضى أو امتناعه عن حضور الجلسات رغم إعلانه بموعدها مسبقاً،^{١٣٩} فضلاً عن تعدد طلبات تأجيل الجلسات أو تمديد الأجل التي حددتها المحكمة لتقديم المذكرات^{١٤٠} أو الرد على مذكرات الخصم^{١٤١} أو

ECtHR, *Eckle v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 8130/78 15 July 1982, §82. The Court explained that « Far from helping to expedite the proceedings, Mr. and Mrs. Eckle increasingly resorted to actions - including the systematic recourse to challenge of judges - likely to delay matters; some of these actions could even be interpreted as illustrating a policy of deliberate obstruction. »

ECtHR, *Wiesinger v. Austria*, Application No. 11796/85, 30 Oct. 1991, §57. The Court made clear that "the applicants' behaviour constitutes an objective fact which cannot be attributed to the respondent State and which must be taken into account in determining whether or not the reasonable time referred to in Article 6 paragraph 1 has been exceeded."

في المقابل، فقد وجدت المحكمة الأوروبية في ما يقدمه المتقاضى من طلبات للسلطات المعنية تطبيقاً لقواعد القانون الإجرائي لتعجيل الفصل في الدعوى أو ما يثبت من اعتراضات على طول الفترات الزمنية بين جلسات نظر الدعوى، أو قيامه بسداد رسوم القضائية أو إيداعه للمذكرات القانونية قبل انتهاء الأجل التي حددتها المحكمة دلالة قوية على اهتمام المتقاضى بمتابعة إجراءات الدعوى وماتماً من نسبة الإطالة في الإجراءات القضائية إليه. راجع في ذلك

ECtHR, *Ommer v Germany*, Application No. 26073/03, 13 Nov. 2008, §70 ; *Peryt v Poland*; Application No. 42042/98, 2 Dec. 2003, §56 ; *Darnell v.U.K.*, Application No.15058/89, 10 Apr. 1991.

Holger Hembach, The length of Proceedings in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, p.5 available at <http://echr-online.info/page/2/>

١٣٨

ECtHR, ECtHR, *Buchholz v. Germany*, Application no. 7759/77, §§56-57; ECtHR *Eckle v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 8130/78, 15 Jul. 1982§90; *Pretto and others v. Italy*, 8 Dec. 1983, §33; *Deumeland v. the Federal Republic of Germany*, 29 May 1986, §80; *Lechner and Hess v. Austria*, 23 Apr. 1987, §47; *Capuano v. Italy*, 25 June 1987, §28; *Paccione v. Italy*, 27 Apr. 1995, §20; *Acquaviva v. France*, 21 Nov. 1995, §61; *Ciricosta and Viola v. Italy*, 4 Dec. 1995, §§29 and 32.

١٣٩

ECtHR, *Girolami v. Italy*, Application No. 13324/87, 19 Feb. 1991, §15.

١٤٠

ECtHR, *Manifattura FL v. Italy*, Application No. 12407/86, 27 Feb. 1992, §18.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

سماع شهود الإثبات أو النفي،^{١٤٢} والتغيير المتكرر للمحامين وبالتالي تعدد طلبات الأجل للاطلاع على ملف القضية، وكذا تعدد المحامين في هيئة الدفاع،^{١٤٣} وهروب المتهمين في القضايا الجنائية أو تغييبهم عن حضور المحاكمات،^{١٤٤} ورفع الدعاوى أمام محكمة غير مختصة عمدا بقصد تعطيل الفصل في الدعوى.^{١٤٥}

وتجدر الإشارة هنا إلى أن ما تقدم لا يعني سقوط حق المتقاضى في الحصول على تعويض إذا كان سلوكه قد أثر بشكل جزئي فقط في ببطء إجراءات التقاضي، بينما يعزى الجزء الأكبر من هذه المدة إلى غير ذلك من الأسباب التي لا دخل له فيها، فقد أكدت المحكمة الأوروبية في حكم حديث لها بتاريخ ٢١ يناير ٢٠١٦ في قضية *Siredzhuk v. Ukraine* أن امتناع المتقاضى عن حضور بعض الجلسات التي عقدها المحكمة لا يسقط حقه في الحصول على تعويض طالما لم يكن غيابه عن الجلسات السبب الوحيد في تجاوز المدة للحد المعقول، وإنما ساهم مع غيره من الأسباب - كالتأجيل المتكرر بسبب غياب الخصوم عن حضور الجلسات بالرغم من إعلانهم بموعدها وبطء المحاكم الوطنية في اتخاذ ما يلزم من إجراءات لتعجيل الفصل في الدعوى - في تحقيق هذه النتيجة.^{١٤٦}

ECtHR, *H. v. France*, Application No. 10073/82, 24 Oct. 1989, §55; ECtHR, *Allenet de Ribemont v. France*, Application No. 15175/89, 10 Feb. 1995, §§52 and 53.

ECtHR, *Idrocalce S.R.L. v. Italy*, Application No. 12088/86, 27 Feb. 1992, §18.

ECtHR, *König v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §§103 and 108; *Lechner and Hess v. Austria*, 23 Apr. 1987, §45.

ECtHR, *Kemmache v. France* (No. 1 and 2) (merits), Application No. 12325/86 14992/89 27 Nov. 1991, §§63-64.

ECtHR, *Mariettos and Mariettou v. Greece*, Application No. 17755/06, 21 Feb. 2008; ECtHR, *Beaumartin v. France*, Application No. 15287/89, 24 Jan. 1994, §§12-13 and 33.

المزيد حول هذه التطبيقات القضائية في هذا الخصوص راجع
Frederic Edel, *Ibid.* at 52-55.

ECtHR, *Siredzhuk v. Ukraine*, Application No. 16901/03, 21 Jan. 2016, §§58-59-60.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول، ٢٠١٧، المجلد الأول

غير أن ما سبق لا يعني إطلاقاً أن تقف المحاكم مغلوطة اليددين أو معصوبة العينين في مواجهة تلك السلوكيات الخطأ، فقد أكدت المحكمة الأوروبية مزاراً في أحكامها أن سلوكيات المتقاضين لا يتعين أن تعوق المحكمة عن إنجاز ما هو منظور أمامها من دعاوي خلال مدة زمنية معقولة “does not however dispense the courts from ensuring the expeditious trial of the action as required by article 6.”¹⁴⁷

ومن ثم يقع - تطبيقاً لهذا القضاء - واجب عام على المحاكم الوطنية في أن تعمل سلطاتها التي خولتها إياها قواعد القانون الإجرائي الوطني وفاءً لالتزامها بالفصل في القضايا التي تنظرها خلال مدة زمنية معقولة، والتي من بينها على سبيل المثال لا الحصر: رفض طلبات التأجيل أو تمديد الأجل غير المبررة،¹⁴⁸ إلزام الخبير بإنجاز ما أوكل إليه من أعمال في مواعيد محددة ومعقولة.¹⁴⁹

وتجدر الإشارة إلى أن ما تقدم لا يتعارض البتة مع حق المتهم في الدفاع أو ينطوي على إخلال بالضمانات الجوهرية التي منحها القانون للمتقاضين لحماية حقوقهم، ذلك أن حق الفرد في أن يفصل في دعواه خلال مدة زمنية معقولة كما بينا، هو أيضاً من الحقوق التي أضحت ذات صفة عالمية ودستورية في عديد من النظم المقارنة،¹⁵⁰ لذا فقد استقرت المحكمة الأوروبية على أن

وقد انتهت المحكمة في خصوص هذه القضية إلى أن استغراق الإجراءات القضائية أمام المحاكم الوطنية مدة تزيد على تسع سنوات وتسعة أشهر ينطوي على إخلال جسيم بحق المدعي في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.¹⁴⁷

ECtHR, *Guincho v. Portugal*, Application No. 8990/80, 10 July 1984, §32; ECtHR, *Buchholz v. Germany*, Application no. 7759/77, §50; ECtHR, *Capuano v. Italy*, Application. No. 83/10256, 25 Jun. 1987, §§24-25.

148

ECtHR, *Buchholz v. Germany*, Application no. 7759/77, §60; ECtHR, *Baraona v. Portugal*, Application No. 10092/82, 8 July 1987, §48.

149

ECtHR, *Capuano v. Italy*, Application. No. 83/10256, 25 Jun. 1987, §§30-31.

150

ECtHR, *Duclos v. France*, Application No. 20940/92, 17 Dec. 1992, §§69-78.

وقد قضت المحكمة الأوروبية في *Duclos v. France* أن تأخر المدعي في إيداع مذكرات المرافعة لا يفقده حقه في الاحتجاج بضمانة المدة المعقولة المنصوص عليها في نص المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إذا كان هذا التأخير راجعاً إلى استغراق محكمة النقض الفرنسية مدة تزيد على ثمانية أشهر للرد على طلبه بالحصول على المساعدة القضائية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول: ٢٠١٧ المجلد الاول

تحديد أثر سلوك المتقاضين على إجراءات التقاضي يعد من الأمور التي يتعين على المحاكم مراقبتها في ضوء ظروف كل قضية وخلال طيلة مراحل الإجراءات القضائية،^{١٥١} مع التأكيد على عدم جواز توجيه اللوم إلي المتقاضين المتضررين من طول أمد التقاضي لمجرد استفادهم الضمانات الإجرائية التي كفلتها التشريعات الوطنية لحماية حقوقهم وضمان حقوق الدفاع،^{١٥٢} أو كما عبرت عن ذلك المحكمة

The applicant cannot be blamed for taking full advantage of the resources afforded by national law in the defence of his interests.¹⁵³

الفرع الثالث

موقف السلطات الوطنية المختصة

Conduct of the Competent Authorities

يقصد بهذا الضابط كما بينت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ألا يكون السبب في إطالة مد التقاضي راجعاً إلى سلوكيات إحدى السلطات المختصة Competent Authorities أو السلطات المعنية Relevant authorities، فإن كان التأخير مما يمكن نسبته إلى إحدى سلطات الدولة، قامت مسنولية الدولة بالتطبيق لنص المادة 6 فقرة (1) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ويجد هذا الضابط أساسه فيما أوجبته الاتفاقية الأوزبكية على الدول أطراف الاتحاد من

١٥١

ECtHR, H.v. the United Kingdom (merits), Application No. 9580/81, 8 July 1987, §73. "what the Court has to do ... is ... assess the reasonableness of the length of the proceedings as they actually took place."

١٥٢

ECtHR, Eekle v. the Federal Republic of Germany, Application no. 8130/78, 15 July 1982, §82. The Court made clear that Article 6 (art. 6) did not require the applicants actively to co-operate with the judicial authorities. Neither can any reproach be levelled against them for having made full use of the remedies available under the domestic law."

١٥٣

ECtHR, Kolomiyetsv. Russia, Application No. 76835/01, 22 Feb. 2007, §29; Dim. and Aik. Tzivani O.E. v. Greece, 27 Mar. 2008.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ضرورة تنظيم وتهينة نظمها القضائية على نحو يكفل حق الفرد في أن يفصل في دعواه خلال مدة زمنية معقولة.^{١٥٤}

وبطبيعة الحال، يأتي على رأس تلك السلطات التي قد تتسبب في إطالة أمد التقاضي السلطة القضائية بحسبانها السلطة القائمة على إدارة مرفق العدالة، يستوي في ذلك أن يكون السبب في الإطالة راجعًا إلى المحاكم بمختلف درجاتها أو النيابة العامة أو قضاة التحقيق أو قلم كتاب المحاكم أو غير ذلك من الأجهزة المعاونة.^{١٥٥} ومن قبيل أهم التطبيقات القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا الخصوص، ما انتهت إليه المحكمة في Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spain من أن استغراق محكمة أول درجة مدة تقرب من عام بعد إعلانها أن القضية صالحة للحكم فيها حتى صدور الحكم في هذه القضية ينطوي على إخلال فاضح بحق المتقاضين في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{١٥٦} كما أكدت المحكمة في

^{١٥٤} أكدت المحكمة الأوروبية وجود التزام على عاتق الدول الأوروبية بكفالة حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في أكثر من حكم لها، وإن كان للدول الأعضاء سلطة تقديرية في ذلك الصدد.

ECTHR, Frydlender v. France, Application No. 30979/96, 27 June 2000, §45. (it is for the Contracting States to organise their legal systems in such a way that their courts can guarantee to everyone the right to a final decision within a reasonable time in the determination of his civil rights and obligations.)

راجع في ذلك أيضًا:

- ECTHR, Buchholz v. Germany, Application no. 7759/77, §51.
- ECTHR, Zimmerman and Steiner v. Switzerland, Application No. 8737/79, 13 Jul. 1983, §§29-31.
- ECTHR, Guincho v. Portugal, Application No. 8990/80, 10 July 1984, §§38 and 40.

The court affirmed that obligation in Buchholz v. the Federa Repulic of Germany by saying "The Convention places a duty on the Contracting States to organise their legal systems so as to allow the courts to comply with the requirements of Article 6 paragraph 1, including that of trial within a "reasonable time". Nonetheless, a temporary backlog of business does not involve liability on the part of the Contracting States provided they have taken reasonably prompt remedial action to deal with an exceptional situation of this kind. »

راجع في ذلك أيضًا دكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص. ٥٠-٥١.

Frederic Edel, Ibid. at. 5-7.

١٥٦

Karakaya v. France أن تباعد الفترات الزمنية بين الإجراءات القضائية دون أي نشاط قضائي ينطوي على مخالفة ضمانة المدة المعقولة، وخلصت بالتالي إلى أن انتظار المدعي مد اثنتين وعشرين شهرًا بين تاريخ رفع دعواه أمام المحكمة الإدارية بفرساي Administrative court of Versailles وتاريخ انعقاد أولى جلسات المحكمة للنظر في دعواه، دون اتخاذ المحكمة لأية إجراءات قضائية في هذه الفترة من شأنه أن يثير مسؤولية الدولة عن انتهاك ضمانة المدة المعقولة لمدد التقاضي.^{١٥٧} كذلك، قد ذهبت المحكمة الأوروبية في قضية Neumesiter v. Austria إلى أن تقاعس قاضي التحقيق عن استجواب السيد Neumesiter في ما هو منسوب إليه من ارتكاب جريمتي التهرب الضريبي والاحتيال، وكذلك عدم مواجهته بغيره من المتهمين في ذات القضية طيلة خمسة عشر شهرًا هو أيضًا مما يتعارض ومفهوم الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{١٥٨} كما قضى بإدانة إيطاليا لمخالفة ضمانة معقولة المدة في قضية Golino v. Italy بسبب تأخر قاضي التحقيق في سماع الشهود وندب خبير مدة تزيد عن عامين.^{١٥٩} وفي نفس الاتجاه، ذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى أن النقل الدوري

ECtHR, Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spain, Application No. 11681/85, 7 July 1989, §36;

١٥٧

ECtHR, Karakaya v. France, Application No. 22800/93, 26 Aug. 1994, §44.

في تأكيد ذات القضاء راجع أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضايا التالية

- ECtHR, Beaumartin v. France, Application No. 15287/89, 24 Jan. 1994, §33

ECtHR, Terranova v. Italy, Application No. 17156/90 4 Dec. 1995, §22.

١٥٨

ECtHR, Neumesiter v. Austria; Application no 1936/63, 27 Jun. 1968, §20. The Court explained that "an examination of the table by the Austrian Government of the activities of the investigating Judge between 12 July 1962 and the close of the investigation on 4 November 1963" (Appendix IV of the Commission's Report), gives rise to serious disquiet. Not only was there during those fifteen months, as the Court has already noted (para. 8), no interrogation of Neumeister nor any confrontation of any importance with the other accused persons whose statements are said to have caused the Applicant's second arrest, but between 24 June 1963 and 18 September of the same year, the Judge did not interrogate any of the numerous co-accused or any witness, nor did he proceed to any other measure of investigation.

١٥٩

ECtHR, Golino v. Italy, Application No. 12172/86, 27 Fe. 1992, §17.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية وكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

لقضاة المحاكم من خلال حركة التقلبات القضائية وما يتطلبه ذلك من أجل إضافية بغية تمكين القضاة الجدد من دراسة ملفات القضايا المنظورة أمام المحاكم المنقولين إليها بشكل وافٍ لا يبرر انتهاك ضمانات المدة المعقولة للمحاكمة، ولا يعفي الدولة من مسؤوليتها عن انتهاك نص المادة ٦ فقرة (١) بوصفها المسنولة عن تسيير مرفق القضاء.^{١١٠} كما قضت المحكمة الأوروبية بأن تأخير الفصل في القضايا بسبب انشغال قضاة المحاكم الوطنية بالقيام بأعمال ليست في طبيعتها قضائية *extra judicial activities* كندب القضاة للعمل كمستشارين بالوزارات والهيئات الحكومية، أو الاستعانة بهم للإشراف على الانتخابات التشريعية، أو غيرها من الانتخابات لا يبرر تجاوز مدد التقاضي للحد المعقول.^{١١١}

وإذا كان ما تقدم يعكس موقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من حالات التأخير الراجعة إلى إهمال أو خطأ أجهزة السلطة القضائية أو الأجهزة المعاونة لها، فقد أكدت المحكمة أن تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة في حد ذاته وإن لم يكن ناجماً عن أي خطأ أو إهمال من

انظر أيضاً في نفس الاتجاه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية *Capuano v. Italy* والتي انتهت فيها المحكمة إلى أن انتظار المحكمة مدة عامين وإحدى عشر شهراً للحصول على رأي الخبيرين اللذان تم انتدابهما في القضية دون اتخاذ أية إجراءات لحثهما على إتمام مهمتهما في أجل معقول ينطوي على انتهاك لحق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.

ECtHR, *Capuano v. Italy*, Application No. 9381/8), 25 Jun. 1987, §3٠.

١١٠

ECtHR, *Simonavicus v. Lithuania*, Application No. 37415/02, 27 Jun. 2006, §41. The court explained that "frequent changes in the composition of the court significantly contributed to unacceptable delays because of the repeated examination of the same elements of the case: »

ECtHR, *Lechner and Hess v. Austria*, Application No. 9316/81, §58. The Court explained that « the repeated changes of judge slowed down the proceedings, because each of the judges had to begin by acquainting himself with the case; but that cannot exonerate the State, which is responsible for ensuring that the administration of justice is properly organised. »

Dovydas Vitkauskas and Grigory Dikov, Ibid. at. 7٦.

١١١

F. Calvez, Judge (France), *Ibid. at. 55.*

ECtHR, *Capuano v. Italy*, Application. No. 83/10256, 25 Jun. 1987, §12. (The hearing was postponed to 24 January 1978, but did not take place until 31 January, because of a further adjournment due to municipal elections."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

جانب السلطة القضائية أو الأجهزة المعاونة لها فإنه يتعارض ومقتضيات الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة الذي كفلته المادة ٦ فقرة (١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان له من أثر سلبي على مصداقية وفاعلية تحقيق العدالة.^{١٦٢} وتطبيقاً لذلك انتهت المحكمة في قضيتي *Probstmeier v. Germany* و *Zimmerman and Steiner v. Switzerland* إلى أن تضخم أعداد القضايا أمام المحاكم الوطنية وقلة أعداد القضاة أو معاونيهم لا يبرران انتهاك الدول لحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة إلا إذا كانت هذه الدول قد اتخذت إجراءات جدية للقضاء على ظاهرة بطء الإجراءات القضائية.^{١٦٣} كما رفضت أيضاً في تمييز تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة ما تذرعت به عدد من حكومات الدول الأوروبية من أسباب سياسية أو اقتصادية لنفي مسئوليتها^{١٦٤} كالادعاء بوجود حالة من حالات عدم الاستقرار

١٦٢

ECtHR, *H. v. France*, Application No. 10073/82, 24 Oct. 1989, §58. The court explained that it "is not unaware of the difficulties which sometimes delay the hearing of cases by national courts and which are due to a variety of factors. Nevertheless Article 6 para. 1 (art. 6-1) requires that cases be heard "within a reasonable time"; in so providing, the Convention underlines the importance of rendering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility.

١٦٣

ECtHR, *Doceviski v The former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application No. 66907/01, 1 Mar. 2007, § 34. The Court held that « the workload in the national Courts cannot be considered as a factor that can excuse the protracted length of the proceedings. »

ECtHR, *Probstmeier v. Germany*, Application No. 20950/92, 1 Jul. 1997, §64. The court explained that a temporary backlog of court business does not entail a Contracting State's international liability if it takes appropriate remedial action with the requisite promptness. However, according to the Court's established case-law, a chronic overload, like the one the Federal Constitutional Court has laboured under since the end of the 1970s, cannot justify an excessive length of proceedings."

ECtHR, *Zimmerman and Steiner v. Switzerland*, Application No. 8737/79, 13 Jul. 1983, §29.

See also ECtHR, *Buchholz v. Germany*, Application no. 7759/77, §51.

١٦٤

Dovydas Vitkauskas and Grigory Dikov, Ibid. at , P. 7X.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول، ص ٦٣٠

السياسي؛^{١٦٥} أو الادعاء بوجود حالة من الركود الاقتصادي نجم عنها زيادة في أعداد القضايا الوظيفية والقضايا المتعلقة بالجرائم الاقتصادية.^{١٦٦}

وكما تسأل الدولة عن إهمال السلطة القضائية، فإنها تسأل عن إهمال غيرها من السلطات والمؤسسات العامة في الدولة إذا نجم عنه تجاوز المدة المعقولة للتقاضي.^{١٦٧} وقد أكدت المحكمة الأوروبية ذلك في قضية *Martins Moreira v. Portugal* برفضها ما استند إليه دفاع حكومة دولة البرتغال لنفي مسؤوليتها؛ حيث دفعت البرتغال أن تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة لا يمكن أن تسأل عنه الدولة إلا إذا كان راجعاً إلى خطأ أو إهمال من جانب السلطة القضائية، وبالتالي لا تسأل الدولة عن التأخير إذا كان ناتجاً عن خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية أو هيئات الدولة ومؤسساتها، مؤكدة أن نص المادة ٦ فقرة (١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ليس موجهاً إلى السلطة القضائية فحسب، وإنما إلى الدول بكامل سلطاتها وهيئاتها. وقد انتهت في موضوع الدعوى - والتي كان قد رفعها السيد *Moreira* للمطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار في إحدى الحوادث المرورية - إلى إدانة دولة البرتغال عن انتهاك حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بسبب تباطؤ كل من مصلحة الطب الشرعي وإحدى المستشفيات الحكومية في توقيع الفحص الطبي على السيد *Moreira* لتحديد نسبة العجز التي خلفتها الإصابة.^{١٦٨}

ECtHR, *Moreira de Azevedo v. Portugal*, Application No. 11296/84, 23 Oct. 1990 §73.^{١٦٦}

ECtHR, *Foti and others v. Italy (merits)*, 10 Dec. 1982, §§10 and 61; *Milasi v. Italy*, 25 June 1987, §§17 and 19; *Acquaviva v. France*, 21 Nov. 1995, §§56, 57 and 60.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوروبية قد ذهبت إلى أن تأخير الفصل في الدعوى بسبب عدم تقديم الخبير لتقريره في المواعيد التي حددها القانون من شأنه أن يثير مسؤولية الدولة عن مخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات وذلك إن لم تتخذ السلطة القضائية ما يلزم من إجراءات لإلزام الخبير بتقديم تقريره في المواعيد المحددة كتوقيع جزاء تأديبي عليه أو استبداله بخبير آخر. راجع في ذلك

ECtHR, *Wohlmeyer Bau GmbH v Austria*, Application No. 20077/02, 8 Jul. 2004, §52.^{١٦٧}

F. Calvez, Judge (France), *Ibid.* at. ٥٥.

ECtHR, *Martins Moreira v. Portugal*, Application No. 11371/85, 26, Oct. 1988, §60.

« the Government's view, only the conduct of the judicial authorities in question could

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ - المجلد الاول

وتأكيدًا لما سبق، فإن المحكمة الأوروبية قد قضت في قضية Podbielski v. Poland بإدانة بولندا عن مخالفة ضمانة المدة المعقولة، حيث رفضت ما تذرعت به حكومة بولندا من ادعاءات لدحض مسئوليتها، وكان في مقدمة هذه الادعاءات التي تمسكت بها بولندا - لتبرير تأخر المحاكم الوطنية في الفصل بحكم نهائي في الدعوى التي أقامها الطاعن - ما شهدته التشريعات الوطنية للدولة من تطورات وتعديلات جذرية ومتلاحقة بسبب تحول النظام الاقتصادي في الدولة إلى نظام اقتصاد السوق الحر.^{١٦٩}

الفرع الرابع

أهمية القضية بالنسبة للمتقاضى **What is at stake**

ومفاد هذا المعيار - والمعروف بـ **What is at Stake** باللغة الإنجليزية ويقابله تعبير **L'enjeu du litige** باللغة الفرنسية - أن هناك نوعيات معينة من القضايا تقتضي بسبب

incur the international liability of Portugal in this matter and not any errors on the part of the legislature, the executive, or organs or persons outside the State structure, in this instance the Institute, which had no hierarchical relationship with the courts. This argument runs counter to the established case-law of the Court. In ratifying the Convention, the Portuguese State undertook the obligation to respect it and it must, in particular, ensure that the Convention is complied with by its different authorities. In this instance, the various institutions which were prevented through inadequate facilities or an excessive workload from complying with the requests of the Evora court were all public establishments. The fact that they were not judicial in character is immaterial in this respect. »

١٦٩

ECHR, Podbielski v. Poland, Application No. 27916/95, 30 Oct. 1998, §38. The Court reasoned « civil action initiated by the applicant on 25 May 1992 has still not been the subject of a final judgment (see paragraphs 8 and 23 above). It observes that the delay in the delivery of a final decision on the applicant's action has been caused to a large extent by the legislative changes resulting from the requirements of the transition from a state-controlled to a free-market system and by the complexity of the procedures which surrounded the litigation and which prevented an expeditious decision on the applicant's claim. The Court recalls in this respect that Article 6 § 1 imposes on Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet each of its requirements, including the obligation to decide cases within a reasonable time. Therefore the delay in the proceedings must be mainly attributed to the national authorities. »

طبيعتها الخاصة أو أهمية ما تتناوله من حقوق بالنسبة للمتقاضين سرعة الفصل فيها، وقد أوردت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فيما أصدرته من أحكام أمثلة لموضوعات القضايا التي يتعين على المحاكم الوطنية تعجيل الفصل فيها، على أن هذه الموضوعات واردة على سبيل المثال وليس الحصر؛ ومن ثم لا يوجد ما يمنع مستقبلاً من إدراج موضوعات أخرى في قائمة القضايا التي تستوجب الفصل فيها على نحو سريع.^{١٧٠}

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوروبية قد فرقت بين نوعين من القضايا التي تندرج في هذه الطائفة على أساس درجة السرعة المتطلبية، فالزمت السلطات القضائية الوطنية ببذل عناية خاصة أو *Special or particular diligence* في النوع الأول منها لتعجيل الفصل فيها، بينما ألزمتها في النوع الثاني ببذل عناية استثنائية أو *Exceptional diligence*.^{١٧١}

ومن قبيل القضايا التي تلتزم فيها المحاكم ببذل عناية خاصة *Special diligence* لتعجيل الفصل فيها: القضايا ذات الصلة بالأهلية القانونية للأفراد وتلك المتعلقة بالحق في احترام الحياة الأسرية *The right to respect for family life*.^{١٧٢} ومن أهم القضايا التي يشار إليها في هذا الصدد *Bock v. The Federal Republic of Germany*، حيث انتهت المحكمة بخصوص هذه القضية إلى أن استغراق الإجراءات القضائية أمام المحاكم الألمانية مدة تزيد عن تسع سنوات للفصل في أهلية أحد المواطنين لمباشرة التصرفات القانونية، من شأنه إثارة مسئولية ألمانيا عن انتهاك نص المادة ٦ فقرة (١) المتعلقة بحق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{١٧٣} وفي نفس الاتجاه، قضت المحكمة الأوروبية بإدانة كل من دولتي إيطاليا

١٧٠

Dovydas Vitkauskas and Grigory Dikov, *Ibid.* at , P. 75.

١٧١

Frederic Edel, *Ibid.* at. 42.

See also, Guide on Article 6, Council of Europe/European Court of Human Rights, p. 54-55, 2013. Available at http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf

١٧٢

ECtHR, *Bock v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 11118/84, 29 Mar. 1989 §§48-49; *Taiuti v. Italy*, *Maciariello v. Italy* and *Gana v. Italy*, 27 Feb. 1992, §18, §18 and §17 respectively.

١٧٣

وتشيكوسلوفاكيا؛ نتيجة طول مدد الإجراءات القضائية في القضايا المتعلقة بمسائل الطلاق وحضانة القصر، وذلك لارتباطها الوثيق بحق الأفراد في احترام الحياة الأسرية.^{١٧٤} ومن قبيل القضايا التي تتطلب من المحاكم الوطنية عناية خاصة لتعجيل الفصل فيها أيضًا قضايا التعويض عن التعذيب أو التعويض عن الإصابات الناجمة عن الحوادث المرورية، وقد أكدت المحكمة الأوروبية في أكثر من مناسبة ضرورة سرعة الفصل في هذه النوعية من القضايا بسبب جسامتها ما لحق بضحايا هذه الحوادث من أضرار تقتضي التعويض عنها في أقرب وقت ممكن، ومن أهم التطبيقات القضائية للمحكمة الأوروبية في هذا الخصوص أحكامها الصادرة في القضايا التالية *Martins v. Portugal*^{١٧٥}، *Silva Pontes v. Portugal*^{١٧٦}، *Caloc v. France*^{١٧٧}، *Mehmed Ozel and Others v. Turkey*^{١٧٨}.

ECtHR, *Bock v. the Federal Republic of Germany*, Application No. 11118/84, 29 Mar. 1989, §§48-49 ١٧٤

ECtHR, *Laino v. Italy*, Application no. 33158/96, 18 Feb. 1999. The ECtHR explained that "As to the conduct of the authorities dealing with the case, the Court considers that, having regard to what was at stake for the applicant (judicial separation and determination of the arrangements for custody of the children and access rights), the domestic courts failed to act with the special diligence required by article 6 paragraph 1 of the convention in such cases."

See also *Voleský v. the Czech Republic*, (Application no. 63627/00), 29 Jun. 2004. ١٧٥

ECtHR, *Martins Moreira v. Portugal*, Application No. 11371/85, 26, Oct. 1988, §59. The court explained "those whose need is greatest precisely because of the particular gravity of their injuries" ١٧٦

ECtHR, *Silva Pontes v. Portugal*, Application No. 14940/89, 23 Marc. 1994, §39; The court stressed that "special diligence is called for in determining compensation for the victims of road accidents." ١٧٧

ECtHR, *Caloc v. France*, Application No. 33951/96, 20 July 2000, §§120 and 119. ١٧٨

ECtHR, *Mehmet Ozel and other v. Turkey*, Application No. 42552/98, 26 Apr. 2005, § 38.

وفي نفس الاتجاه، حثت المحكمة الأوروبية المحاكم الوطنية على بذل عناية خاصة لتعجيل الفصل في الدعاوي المتعلقة بالقضايا العمالية أو الوظيفية^{١٧٩} لاسيما تلك التي تهدد مستقبل الفرد الوظيفي،^{١٨٠} أو تتعلق باستمرار الفرد في وظيفته،^{١٨١} أو وقفه عن العمل،^{١٨٢} أو إنهاء خدمته.^{١٨٣} وتأكيدًا لذلك قضت المحكمة الأوروبية في قضية König v. the Federal Republic of Germany بإدانة ألمانيا عن مخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات القضائية؛ نتيجة استغراق الإجراءات القضائية أمام محكمة أول درجة مدة تزيد عن عشر سنوات وعشرة أشهر للفصل في موضوع الطعن الذي أقامه المدعي بإلغاء القرار الصادر بسحب رخصتيه لمزاولة مهنة الطب وإدارة أحد العيادات الطبية.^{١٨٤} ويرتبط أيضًا بالقضايا الوظيفية التي تتطلب عناية خاصة في إنجازها القضايا المتعلقة بمكافآت التقاعد والمعاشات والتأمينات الاجتماعية، لاسيما إن كان مستحقوقها من ذوي الاحتياجات الخاصة، وقد أكدت

179

Panayotis Voyatzis, ECtHR Judgments, Synigoros ("Counsel", legal journal), issue 74, p. 63

١٨٠

ECtHR, König v. the Federal Republic of Germany, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §98; ECtHR, Sveltana Orlova v. Russia, 30 Jul. 2009.

١٨١

Garcia v. France, (Application no. 41001/98), 26 Dec. 2000.

١٨٢

Obermeier v. Austria (Application no. 11761/85), 18 Jun. 1990.

١٨٣

ECtHR, Buchholz v. Germany, Application no. 7759/77, 6 May 1981.

184

ECtHR, König v. the Federal Republic of Germany, Application No. 6232/73, 28 June 1978, §111. The court noted that "In an overall assessment of the various factors and taking into account what was at stake in the proceedings, namely, Dr. König's whole professional livelihood, the Court considers that, notwithstanding the delays attributable to the applicant's behaviour, the investigation of the case was not conducted with the necessary expedition."

للمزيد من التطبيقات القضايا في هذه النوعية من القضايا

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المحكمة ذلك في أكثر من حكم لها بحسبان أن المبالغ المستحقة للموظف في هذه الأحوال تمثل الطريق الوحيد الذي يكفل للموظف حياة كريمة بعد انتهاء خدمته.^{١٨٥} وأخيراً، يندرج في قائمة القضايا التي تستوجب عناية خاصة لتعجيل الفصل فيها: القضايا الجنائية المتضمنة حبس المتهم احتياطياً؛ حيث أكدت المحكمة الأوروبية في *Abdoella v. The Netherlands* و *Kalashnikov v. Russia* أن حبس المتهم احتياطياً على ذمة إحدى القضايا الجنائية لحين الفصل فيها يستوجب من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بذل عناية خاصة لتسريع الفصل فيها؛ نظراً لما ينطوي عليه إجراء الحبس الاحتياطي من تقييد شديد لحرية المتهم.^{١٨٦}

وإذا كان ما يتقدم يعكس توسع المحكمة الأوروبية في موضوعات القضايا التي يتعين على المحاكم الوطنية بذل عناية خاصة لتعجيل الفصل فيها، فإن المحكمة قد ألزمت المحاكم الوطنية ببذل عناية استثنائية *Exceptional Diligence* في الحالات التي تستظهر فيها المحكمة المختصة انخفاض متوسط العمر المتوقع لأحد المتقاضين *reduced life expectancy* أو اضطراب حالته الصحية *State of health* كما لو كان أحد المتقاضين في سن الشيخوخة أو

^{١٨٥} من أهم التطبيقات القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا الخصوص راجع القضايا التالية

- ECtHR, *Borgese v. Italy*, Application no. 12870/87, 24 Jan. 1992, §18-19. The Court concluded that « in view of what was at stake in the proceedings for Mr Borgese, the Court cannot regard as "reasonable" the lapse of time in the present case. »
- ECtHR, *Frydlender v. France*, Application No. 30979/96, 27 June 2000, §45. The court opined that "an employee who considers that he has been wrongly suspended or dismissed by his employer has an important personal interest in securing a judicial decision on the lawfulness of that measure promptly, since employment disputes by their nature call for expeditious decision, in view of what is at stake for the person concerned, who through dismissal loses his means of subsistence."
- ECtHR, *Zawadzki v. Poland*, Application No. 648/02, 20 Dec. 2001, §101. The court viewed that "proceedings relating to social issues [were] especially important for the applicant."

^{١٨٦} راجع في ذلك:

- *Abdoella v. the Netherlands*, 25 Nov. 1992, §24.

- ECtHR, *Kalashnikov v. Russia*, Application No. 47095/99 15 July 2002, §132.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

مصاب بمرض ينزمن لا علاج له، ومن ثم يتعين على المحاكم الوطنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف، وتفصل في هذه الدعاوي على وجه السرعة، ذلك أن إطالة إجراءات التقاضي في مثل هذه القضايا قد يترتب عليها زيادة احتمالات وفاة المتقاضي، وبالتالي حرمانه من التمتع بما قد يقضي له من حقوق، الأمر الذي يجعل الحكم المرجو في الدعوي غير ذي جدوى.^{١٨٧}

^{١٨٧} من أهم التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه:

- ECtHR, *X. v. France*, Application No. 18020/91, 31 Mar. 1992, §§44 and 47: the Court explained that “having regard to the incurable disease from which he was suffering and his reduced life expectancy, [...] there [is] a risk that any delay might render the question to be resolved by the court devoid of purpose.”
- ECtHR, *W.Z. v. Poland*, Application No. 65660/01, 24 Oct. 2002, §42. “the Court holds that, in the light of the applicant’s state of health, what is at stake in the dispute [is] extremely important”
- ECtHR, *Beaumer v. France*, Application No. 65323/01, 8 Jun. 2004, §30.

المطلب الثالث

جزاء مخالفة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة

الأوروبية لحقوق الإنسان

ألزمت المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي بتوفير طرق طعن داخلية فعالة لكل من يدعي بوقوع انتهاك لحق من حقوقه التي كفلتها الاتفاقية، فنصت على أن يكون "لكل إنسان انتهكت حقوقه وحرياته المحددة في هذه الاتفاقية الحق في وسيلة انتصاف فعالة أمام سلطة وطنية...".^{١٨٨} كما قضت المادة ٣٥ فقرة (١) من ذات الاتفاقية "بعدم اختصاص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالنظر في ما يعرض عليها من منازعات إلا حال استنفاد الطاعن لطرق الطعن الداخلية وفي غضون ستة أشهر من تاريخ صدور حكم نهائي"^{١٨٩}

وقد حددت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ضوء المادتين السابقتين ضوابط اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بانتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، بأسطة رقابتها على هذه النوعية من المنازعات في حالتين أساسيتين لا ثالث لهما؛ أولهما، استنفاد الطاعن لطرق الطعن الداخلية دون جدوى وثانيهما عدم وجود أو عدم فاعلية طرق الطعن الداخلية لكفالة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.

لذا سوف نعرض من خلال هذا المطلب لنطاق التزام الدول الأوروبية بتوفير طرق طعن فعالة في نظمها القانونية الداخلية لكفالة حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، ثم لضوابط

١٨٨

European Convention of Human Rights, article 13 states that "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

١٨٩

European Convention of Human Rights, article ٢٥ states that "The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

اختصاص المحكمة الأوروبية بنظر المنازعات المتعلقة بانتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، وسوف نتناول في النهاية لنوعية الجزاء الذي اعتمدته المحكمة الأوروبية في أحكامها عند الإخلال بهذا الحق، وذلك في الفروع الثلاثة التالية:

- الفرع الأول: نطاق التزام الدول الأوروبية بتوفير طرق طعن داخلية فعالة لكفالة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.
- الفرع الثاني: ضوابط اختصاص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالقضايا المتعلقة بانتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.
- الفرع الثالث: جزاء مخالفة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة .

الفرع الأول

نطاق التزام الدول الأوروبية بتوفير طرق طعن داخلية فعالة لكفالة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة

عنيت المحكمة الأوروبية منذ، عام ٢٠٠٠، وتحديدًا منذ حكمها الصادر بقضية Kudla v. Poland بتأكيد ما تضمنته نص المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من التزام على عاتق كل الدول الأعضاء بالاتحاد بضرورة توفير طرق طعن داخلية لكفالة، وتعزيز حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة،^{١٩٠} وقد بينت المحكمة في سلسلة من أحكامها نطاق هذا

١٩٠

Frederic Edel, Ibid. at. 72-44.

من استقراء أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، يتضح لنا أن المحكمة الأوروبية - قبل عام ٢٠٠٠ - كانت تتولي الفصل في ما يرفع أمامها من منازعات متعلقة بحق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بغض النظر عما إذا كانت النظم القانونية الداخلية للدول الأعضاء بالاتحاد توفر سبل انتصاف فعالة لحماية هذا الحق من عدمه، وبغض النظر عما إذا كان الطاعنين أمامها في هذه النوعية من الدعاوي قد استنفذوا طرق الطعن الفعالة من عدمه، وقد ترتب على مسلك المحكمة زيادة أعداد القضايا المتعلقة بحق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة المرفوعة أمام المحكمة بين عام ١٩٨٨ وعام ٢٠٠٠ بنحو نسبة ٥٠٠%، حيث بلغ عدد هذه القضايا أمام المحكمة في عام ١٩٨٨ أربعة آلاف وأربع وأربعون قضية، واستمر التزايد في أعداد هذه القضايا إلى أن وصل، عام ٢٠٠٠، ست وعشرون ألفًا وثلاثمائة وثمانية وتسعون قضية، وتسعون ألفًا في عام ٢٠٠٦.

وقد دفعت هذه الزيادة العظيمة في أعداد هذه النوعية من القضايا المحكمة الأوروبية إلى تفعيل نص المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وربطها بنص المادة ٦قرة (١) الخاصة بالحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، في محاولة منها لتقليل أعداد هذه القضايا وتخفيف العبء عن كامل قضاة المحكمة الأوروبية، فأكدت وجود مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

الالتزام تاركاً للدول ساطة تقديرية واسعة - تحت رقابتها - في تبني ما تراه ملائماً من طرق طعن داخلية لمنع أي انتهاك بحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أو التعويض عنه حال انتهاكه بالفعل.^{١١١}

وقد بينت المحكمة الأوروبية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ مارس ٢٠٠٦، في قضية Scordino v. Italy - ردًا على تساؤلات عدد من الدول الأوروبية عن نطاق الالتزام الذي

التزام على عاتق الدول الأوروبية بموجب نص المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بضروزة توفير طرق طعن داخلية لحماية وكفالة حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة. وقد بدأ هذا الاتجاه واضحاً في قضية Kudła v. Poland.

See ECtHR, Kudła v. Poland, Application No. 30210/96, 26 Oct. 2000§148 and §152. The court held that “the time has come to review its case-law in the light of the continuing accumulation of applications before it in which the only, or principal, allegation is that of a failure to ensure a hearing within a reasonable time in breach of Article 6 paragraph 1. The growing frequency with which violations in this regard are being found has recently led the Court to draw attention to “the important danger” that exists for the rule of law within national legal orders when “excessive delays in the administration of justice” occur “in respect of which litigants have no domestic remedy.”

It therefore concluded that “Article 13, giving direct expression to the States’ obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system, establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights. The object of Article 13, as emerges from the travaux préparatoires ... is to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court. From this perspective, the right of an individual to trial within a reasonable time will be less effective if there exists no opportunity to submit the Convention claim first to a national authority; and the requirements of Article 13 are to be seen as reinforcing those of Article 6§1. In view of the foregoing considerations the Court considers that the correct interpretation of Article 13 is that that provision guarantees an effective remedy before a national authority for an alleged breach of the requirement under Article 6§1 to hear a case within a reasonable time.”

١١١

ECtHR, Kudła v. Poland, Application No. 30210/96, 26 Oct. 2000, §148 and §152. The Court stressed that « the Contracting States – as the Court has held on many previous occasions – are afforded some discretion as to the manner in which they provide the relief required by Article 13 and conform to their Convention obligation under that provision.”

See also ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §§183 – 192.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧، المجلد الاول

تضعه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على كاهل الدول الأعضاء - تصورين أساسيين يمكن من خلال أي منهما منفردًا أو كليهما مجتمعين للدول الأعضاء في الاتفاقية الوفاء بموجبات نص المادة ١٣ من الاتفاقية وتلافي إثارة مسؤوليتها على المستوى الأوروبي،^{١٩٢} وهما: أولاً، الطريق الوقائي، ويمكن تحقيقه من خلال اعتماد تشريعات الدول الوطنية أو محاكمها الداخلية لآليات معينة بغرض حث المحاكم الوطنية على تعجيل الفصل في ما يعرض عليها من منازعات داخلية في نطاق اختصاصها، وبما لا يعارض مع أية ضمانات إجرائية أخرى، وتهدف هذه الآلية - كما بينت المحكمة - إلى القضاء على أية انتهاكات مستقبلية من جانب المحاكم الوطنية لحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{١٩٣} ثانياً، طريق التعويض أو العلاج التعويضي، ومؤدى هذا الطريق أن تلتزم الدول الأعضاء بتوفير التعويض المناسب حال تحقق التجاوز في مدد التقاضي لحدود المعقولة بالفعل،^{١٩٤} وقد أكدت المحكمة الأوروبية أن تحديد نوعية التعويض المناسب لمحو أثر الضرر في هذه المنازعات هي من المسائل التي تتمتع فيها الدول بسلطات تقديرية واسعة.^{١٩٥} وقد ترتب على هذا القضاء أن تباينت مواقف الدول الأوروبية بخصوص تحديد نوعية التعويض المناسب لمحو أثر الضرر الناتج عن تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة. إذ ذهب التشريعات الوطنية لغالبية الدول الأوروبية إلى تبني فكرة التعويض النقدي لجبر ما خلفته الإطالة غير المبررة لمدد التقاضي من أضرار مادية ومعنوية للمتقاضين،^{١٩٦} وقد بينت المحكمة أن تحديد قيمة هذا التعويض ومدى ملاءمته هي أيضاً من الأمور التي تتمتع فيها الدول

^{١٩٢} راجع في ذلك الخصوص

ECTHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §§183-192.

^{١٩٣}

Ibid. , §§183-184

^{١٩٤}

Ibid. , §185

^{١٩٥}

Ibid. , §186

^{١٩٦}

Frederic Edel, Ibid at. 78

من الدول التي سلكت هذا الاتجاه إستونيا، فرنسا والمجر وإيرلندا وإيطاليا ولتوانيا وهولندا والبرتغال وإسبانيا والسويد وسويسرا.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

بصلاحيات تقديرية شريطة أن تكون المبالغ المحكوم بها لتعويض المضرور عمًا حاق من أضرار مادية ومعنوية مقاربة لتلك التي تحكم بها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضايا المماثلة،^{١٩٧} غير أن المحكمة قد استنتجت من هذه القاعدة الدول التي تبنت قوانينها الوطنية آليات لتعجيل الفصل في الدعاوي وأخري لتعويض المتضررين عن الإطالة غير المبررة لمدة التقاضي، فقبلت أن تكون التعويضات المحكوم بها في هذه الدول الأخيرة أقل من تلك التي تعتمد عليها المحكمة الأوروبية في ذات النوعية من القضايا، شريطة تناسبها مع المستوى المعيشي للأفراد واتفاقها مع القواعد القانونية المعمول بها في هذه الدولة، فلا يجوز النزول بقيمة التعويض المحكوم بها عن حدود ما تجيز التشريعات الوطنية الحكم به من تعويض لجبر الأضرار الناشئة عن إصابات العمل أو الوفاة أو عن جرائم القذف.^{١٩٨}

كما اعتبرت المحكمة الأوروبية من قبيل التعويض الملائم في القضايا المتعلقة بمخالفة ضمانة المدة المعقولة للتقاضي ما سمحت به التشريعات الوطنية لبعض الدول الأوروبية من تخفيف العقوبات التي يمكن للمحاكم النطق بها في القضايا الجنائية أو التأديبية وذلك حال تجاوز مدد التقاضي في هذه المنازعات لحدود المعقولة،^{١٩٩}

ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §§20٢- 213. (one of the characteristics of sufficient redress which may remove a litigant's victim status relates to the amount awarded as a result of using the domestic remedy. The Court has already had occasion to indicate that an applicant's victim status may depend on the level of compensation awarded at domestic level on the basis of the facts about which he or she complains before the Court).

١٩٨

ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §٢٠٦. (The Court can also perfectly well accept that a State which has introduced a number of remedies, one of which is designed to expedite proceedings and one to afford compensation, will award amounts which – while being lower than those awarded by the Court – are not unreasonable, on condition that the relevant decisions, which must be consonant with the legal tradition and the standard of living in the country concerned, are speedy, reasoned and executed very quickly).

١٩٩

Frederic Edel, *Ibid* at. 78.

من الدول التي سلكت هذا الاتجاه اليونان وإستونيا وهولندا وإيرلندا وإسبانيا والسويد.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وأخيراً عدت المحكمة الأوروبية تعويضاً ملائماً في ضوء أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ما سمحت به تشريعات بعض من الدول الأوروبية من إمكانية اتخاذ إجراءات تأديبية في مواجهة المتسبب في إطالة الإجراءات القضائية على نحو غير مبرر.^{٢٠٠}

الفرع الثاني

ضوابط اختصاص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالقضايا المتعلقة بانتهاك الحق في

محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.

وضعت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - تطبيقاً لنص المادة ٣٥ فقرة (١) - ضابطين أساسين لاتعداد اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالتعويض عن طول مدد التقاضي، هادفة من هذين الضابطين إلى حث الدول الأوروبية على اعتماد آليات فعالة لكفالة حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة من ناحية،^{٢٠١} وتخفيض الأعداد المتزايدة لهذه النوعية من القضايا عن كاهل قضاة المحكمة الأوروبية من ناحية أخرى.^{٢٠٢}

وتكمن أولى هذه الضوابط في ضرورة استنفاد الطاعن لطرق الطعن الداخلية قبل رفع دعواه أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان،^{٢٠٣} وتبرير ذلك - كما بينت المحكمة في قضيتي *Scordino v. Italy* و *Kudla v. Poland* - أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد ألفت بالمسئولية الرئيسية في تفعيل وإنفاذ ما تضمنته نصوصها من حقوق وحرريات على عاتق السلطات الوطنية، منحة إياها سلطة تقديرية واسعة في إقرار ما تراه مناسباً وملائماً من الآليات

Frederic Edel, Ibid at. 78

من الدول التي سلكت هذا الاتجاه النمسا وبلجيكا وكرواتيا والدنمارك وفنلندا وأيسلندا.

ECtHR, *Scordino v. Italy*, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §188. The Court « stressed the importance of the rules relating to the subsidiarity principle so that individuals are not systematically forced to refer to the Court in Strasbourg complaints that could otherwise, and in the Court's opinion more appropriately, have been addressed in the first place within the national legal system. »

ECtHR, *Kudla v. Poland*, Application No. 30210/96, 26 Oct. 2000, §148.

F. Calvez, Judge (France), Ibid. at. 21-23.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

لمنع أو رد أي اعتداء على ما كفلته الاتفاقية من حقوق وحريات، وذلك بغرض تجنب إثارة مسئولية دولتها على المستوى الدولي، ومن ثم تصبح آلية اللجوء إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان آلية مكملة، هدفها الرئيسي هو التحقق من احترام الدول وسلطاتها الوطنية للحقوق والضمانات المنصوص عليها في الاتفاقية.^{٢٠٤} وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الأوروبية بعدم قبول الدعاوي المتعلقة تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة متى تبينت عدم استفاد رافعوها لطرق الطعن الموجودة في القانون الداخلي.^{٢٠٥}

أما الضابط الثاني فيتمثل - كما عبرت عنه المحكمة - في عدم وجود أو عدم فاعلية طرق الطعن الداخلية الموجودة في النظام القانوني الوطني بالمخالفة لنص المادة ١٣ من الاتفاقية، وبموجب هذا الضابط ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بمعقولة مدد التقاضي للمحكمة الأوروبية مباشرة في فرضين أساسيين؛ يكمن أولهما في الأحوال التي يفترق فيها القانون الوطني إلى تخصيص طرق طعن داخلية يمكن للمضروب من خلالها رد أي اعتداء على حقوقه، أو المطالبة بتعويض حال انتهاكها ويتحقق ثانيهما حال وجود طريق طعن في القانون الوطني ولكنه غير فعال بالمخالفة لنص المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية، ويقصد بطرق الطعن الداخلية الفعالة - على نحو ما بينت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - الطرق التي تكفل منع حدوث أو استمرار أي انتهاك للحقوق الواردة بالاتفاقية أو تكفل للمتضررين من هذا الانتهاك حال وقوعه بالفعل تعويضاً مناسباً.

٢٠٤

ECTHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §1٤٠. (the primary responsibility for implementing and enforcing the rights and freedoms guaranteed by the Convention is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights. This subsidiary character is articulated in Articles 13 and 35 § 1 of the Convention.)

ECTHR, Kudła v. Poland, Application No. 30210/96, 26 Oct. 2000 §158.

٢٠٥

ECTHR, Giummarrà and others v. France, 12 Jun. 2001; Broca and Texier-Micault v. France, 21 Oct. 2003.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧، المجلد الاول -

would have been “effective” in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred.²⁰⁶

وفي شأن تقدير مدى فاعلية طرق الطعن التي قد يتبناها القانون الداخلي بهدف منع وقوع أو استمرار أي اعتداء على حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، فقد بينت المحكمة أن من بين طرق الطعن الفعالة التي قد يتبناها القانون الوطني لمنع تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة تلك التي تسمح للمتضرر من طول مدة التقاضي بالتظلم إلى هيئة أو جهة خولها القانون سلطة مخاطبة المحاكم الوطنية المعنية أو إلزامها بالفصل فيما يعرض عليها من منازعات خلال مدة زمنية معقولة.²⁰⁷ وتطبيقاً لذلك، اعتبرت المحكمة الأوروبية من قبيل طرق الطعن الفعالة ما تضمنه قانون دولة النمسا من إلزام السلطات الإدارية المختصة بالفصل في ما يقدمه الأفراد من طلبات، أو تظلمات خلال ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب أو التظلم، ويحق لصاحب الشأن حال عدم احترام السلطات المختصة لهذا الميعاد أن يلجأ إلى المحكمة الإدارية المختصة بدعوى مبتدأة يطلب فيها من المحكمة إلزام السلطات المختصة بالفصل في طلباته خلال أجل معين تطبيقاً لنص المادة 132 من الدستور النمساوي، ويكون للمحكمة الإدارية حال قبول الدعوى أن تأمر السلطات المختصة بالفصل في الطلب خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر،

٢٠٦

ECtHR, Kudła v. Poland, Application No. 30210/96, 26 Oct. 2000, §158.

٢٠٧

Hartman v. the Czech Republic, 10 July 2003, §§66-67.

انتهت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في خصوص هذه القضية إلى إقرار مسنولية دولة تشيكوسلوفاكيا عن انتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة الذي كفلته نص المادة 6 (1) من الاتفاقية الأوروبية بسبب تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة وعن مخالفة نص المادة 13 بسبب عدم تبني النظام القانوني الداخلي للدولة لآلية وسائل انتصاف فعالة يمكن من خلالها للمتضرر من طول أمد التقاضي طلب تعجيل الإجراءات القضائية الخاصة به أو تعويض الأضرار التي حاققت به نتيجة الطول غير المبرر لإجراءات التقاضي. وما هو جدير بالملاحظة في قضاء المحكمة الأوروبية في هذه القضية أن المحكمة قد انتهت إلى تلك النتيجة على الرغم من وجود آلية في القانون الوطني التشيكي تسمح للمتضرر من طول أمد التقاضي بالتظلم إلى المحكمة الدستورية العليا من طول إجراءات التقاضي والتي يمكن لها حال قبول طلب المتظلم أن تطلب من المحكمة المعنية تعجيل الإجراءات القضائية، ويرجع السبب في ذلك كما بينت المحكمة الأوروبية إلى أن المشرع الوطني لم ينص على أي جزاءات حال عدم احترام المحكمة المعنية لما أصدرته المحكمة الدستورية العليا من توجيهات، وهو ما من شأنه أن يؤثر على فاعلية طريق الطعن الذي تبناها التشريع الوطني.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

ويمكن تجديدها مدة مماثلة، نالِم تستجيب السلطات كان للمحكمة أن تفصل في طلباته وفقاً لأحكام القانون.^{٢٠٨}

وبخصوص تقدير مدى فاعلية طرق الطعن الداخلية التي تكفل للمتضررين من طول مدد التقاضي الحق في طلب التعويض المالي المناسب، فقد تطلبت المحكمة الأوروبية لفعاليتها شرطين أساسيين وهما:

- أولاً: قيام السلطات الوطنية المختصة بتنفيذ الأحكام الصادرة في قضايا التعويض عن تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ صدور حكم نهائي واجب النفاذ لصاحب الشأن.^{٢٠٩}
- ثانياً: أن تكون التعويضات المحكوم بها للمضرور لجبر ما حاق به من أضرار مادية ومعنوية بسبب تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة مقارنة لتلك التي تقررها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضايا المماثلة.^{٢١٠}

٢٠٨

ECtHR, Basic v. Austria, Application No. 29800/96, 30 Jan. 2001, §38.

انظر في نفس الاتجاه حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Tome Mota v. Portugal

ECtHR, Tome Mota v. Portugal, 2 Dec. 1999.

حيث اعتبرت المحكمة من قبيل طرق الطعن الفعالة ما تضمنه القانون البرتغالي في المادة ١٠٨ و ١٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد من أجل محددة في القضايا الجنائية يتعين على سلطات التحقيق والادعاء والمحاكم الجنائية على اختلاف درجاتها مراعاتها، مع تمكين المتقاضين حال عدم مراعاة السلطة المختصة لأي من هذه الأجل تقديم طلب بتعجيل الإجراءات القضائية إلى النائب العام إذا كانت الدعوى في حيازة النيابة أو لجنة الخدمات القضائية Judicial Service Commission إن كانت الدعوى منظورة أمام القضاء، ويمكن حال قبول الطلب لكل من النائب العام أو لجنة الخدمات القضائية حسب الأحوال أن تتخذ أي من الإجراءات التي تضمنتها المادة ١٠٩ كإهاء التحقيق أو تحديد جلسة لسماع الدفاع في أقرب وقت ممكن.^{٢٠٩}

ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §198. (The Court can accept that the authorities need time in which to make payment. However, in respect of a compensatory remedy designed to redress the consequences of excessively lengthy proceedings that period should not generally exceed six months from the date on which the decision awarding compensation becomes enforceable.)

٢١٠

ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §202.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول ...

الفرع الثالث

جزاء مخالفة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة

تلتزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي حال صدور أحكام من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بإدانتها نتيجة انتهاكها أي من الحقوق التي كفلتها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو أحد بروتوكولاتها من حقوق بالامتثال لأحكام المحكمة ووضع حد لهذه الانتهاكات مع إزالة ما ترتب عليها من آثار، ويكون للمحكمة - تطبيقاً لنص المادة ٤١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - أن تحكم للمضرور بالتعويض المناسب إذا لم يكن القانون الوطني لهذه الدول يسمح إلا بتعويض جزئي عن هذا الانتهاك.^{٢١١}

وإزاء عدم تحديد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان للنتائج القانونية المترتبة على مخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات القضائية؛ ونظرًا لاستحالة الحكم بالتعويض العيني أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر في المنازعات المتعلقة بانتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة - إذ يستحيل على القاضي لتدارك هذا الانتهاك أن يحكم باستعادة الوقت الضائع - فقد اعتمدت المحكمة الأوروبية في هذا الخصوص على التعويض النقدي أو المالي لجبر المضرور عما حاق من به من أضرار نتيجة انتهاك حقه في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة شريطة أن يكون الضرر المتولد عن هذا الانتهاك محققًا ومباشرًا.^{٢١٢} ويشمل التعويض المالي - كما بينت المحكمة - التعويض عن الضرر المادي Pecuniary Damage والضرر الأدبي Non-Pecuniary Damage وكذلك الحكم برد المصروفات والتكاليف Costs and expenses

٢١١

Frederic Edel, Ibid. at. 95.

European Convention of Human Rights, arts. 41 and 46.

^{٢١٢} فقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تعذر الحكم بالتعويض العيني في المنازعات المتعلقة بتجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة نتيجة الطبيعة الخاصة للانتهاك والحق محل الحماية. انظر في ذلك ECtHR, König v. Austria (Article 50), 10 Mar. 1980, §15. The Court noted that “when proceedings are continued beyond the ‘reasonable time’ laid down in Article 6§1, the intrinsic nature of the wrong prevents complete reparation (restitutio in integrum).”

Evita Salamoura, Ibid. at.178.

على أن المحكمة الأوروبية - كما أشرنا سابقًا- قد رأت فيما أخذت به بعض المحاكم الوطنية من تخفيف العقوبة الجنائية على المتهمين في القضايا الجنائية تعويضًا ملائمًا يحول نون تمكين المتهم من طلب التعويض من المحكمة الأوروبية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

التي تكبدها الطاعن أمام المحاكم الوطنية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للمطالبة بتعويض عن التعدي على حقه في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{٢١٢}

ويشمل التعويض عن الضرر المادي تعويض المضرور عما لحقه من خسارة نتيجة الإعتداء على حقه في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، وقد لاحظ الفقه ندرة الأحكام الصادرة من المحكمة الأوروبية بالتعويض عن الضرر المادي.^{٢١٤} ويرجع ذلك إلى تشدد المحكمة في تحقق شروط الضرر المادي، إذ لا يتعين علي الطاعن إثبات وقوع هذا الضرر فحسب، وإنما يتعين عليه أن يثبت رابطة السببية بين الضرر الذي لحقه وانتهاك حقه في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة،^{٢١٥} أي يتعين لاستحقاق التعويض عن الضرر المادي أن يثبت الطاعن أن الإطالة غير المبررة لمدد التقاضي كانت وحدها السبب المباشر والمنتج لما لحقه من خسارة، وهو ما يصعب إثباته في معظم الأحوال.^{٢١٦}

ECtHR, Scordino v. Italy, Application No. 36813/97, 29 Mar. 2006, §§ 284-285.

Frederic Edel, Ibid. at. 94.

Evita Salamoura, Ibid. at. 175.

ECtHR, Papastefanou v. Greece, Application No. 39170/06, 20 Mar. 2008, § 24. "The Court points out that its finding of a violation of the Convention was based exclusively on the breach of the applicant's right to have their case determined within a "reasonable time". In those circumstances, it discerns no causal link between the breach established and any alleged pecuniary damage sustained by the applicants; this aspect of their claims must therefore be dismissed"

ECtHR, Bayrak v. Germany, Application No. 27937/95, 20 Dec. 2001, §38. The court "considers that the alleged pecuniary damage was not caused by the violation it has found. It recalls that it cannot speculate as to the outcome of the proceedings if they had complied with the requirement of Article 6§1 of the Convention as to length. »

على أن ما تقدم لا ينبغي أن يفهم منه أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد رفضت التعويض عن الضرر المادي مطلقاً، فقد ذهبت المحكمة في Hess v. Austria إلى الحكم بتعويض المدعين عن الضرر المادي الذي لحقهم نتيجة ما فاتهم من خسارة بسبب التأخير غير المبرر في إجراءات التقاضي، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في قيام المدعون برفع دعواهم أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مطالبين المحكمة بإقرار مسؤولية دولة النمسا عن طول إجراءات التقاضي أمام إحدى المحاكم المدنية في النمسا في دعوى بطلان عقد بيع لأحد المنازل التي اشتروها وذلك نتيجة لها شايب هذا التعاقد من غش وتدليس من جانب البائع في مواجهتهم وفي أثناء نظر الدعوى، قامت السلطات البلدية في مدينة فيينا بالحجز على المنزل وبيعه بالمزاد العلني بعد رفض الطاعنون دفع ما فرضته عليهم مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول، ٢٠١٧. المجلد الأول

وإذا كان ما تقدم يعكس موقف المحكمة الأوروبية من التعويض عن الضرر المادي في المنازعات المتعلقة بتجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة، فقد سلكت المحكمة نهجاً مغايراً فيما يتعلق بالضرر الأدبي، وهو ذلك الضرر الذي يصيب المتقاضي في مشاعره ووجدانه؛ نتيجة حالة القلق والانزعاج وعدم الاستقرار التي تلحق به بسبب الإطالة غير المبررة لمدد التقاضي في انتظار صدور حكم نهائي يفصل في دعواه،^{٢١٧} إذ رتبت المحكمة على مجرد تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة قرينة قوية – وإن كانت قابلة لإثبات العكس – على حدوث الضرر الأدبي “a strong but rebuttable presumption that excessively long proceedings will occasion non-pecuniary damages”^{٢١٨}.

وعن تقدير قيمة التعويض المستحق لجبر الضرر الأدبي، فقد بينت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها الشهير بقضية *Apicella v. Italy* – في ظل عدم تحديد الاتفاقية الأوروبية لأية أسس يمكن للمحكمة في ضوئها تقدير قيمة الضرر الأدبي – القاعدة العامة في تقدير قيمة

السلطات البلدية من غرامات نتيجة شغل المنزل دون الحصول على الترخيص اللازم، الأمر الذي ترتب عليه أن تحكم المحكمة المدنية برفض دعواهم نتيجة زوال ملكيتهم للمنزل واستحالة إعادته للبايع.

ECtHR, *Lechner and Hess v. Austria*, Application No. 9316/81, 23 Apr. 1987, §6, the court explained “as to the pecuniary damage, the material before the Court does not warrant the conclusion that compliance with Article 6§1 would have prevented the auctioning of the house. On the other hand the applicants did suffer, on account of the consequences of the length of the proceedings, some loss of real opportunities which justifies an award of just satisfaction in the present case.”^{٢١٧}

ECtHR, *Guillemin v. France*, Application No. 19632/92, 21 Feb. 1997, §63. (living in a state of uncertainty and anxiety about the outcome of the proceedings.)^{٢١٨}

ECtHR, *Apicella v. Italy*, Application No. 64890/01, 29 Mar. 2006, §93.

راجع في ذلك

- دكتور غلام محمد غلام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي (القسم الأول)، مجلة الحقوق، الكويت ١٩٩٢، ص. ١٧٥.
 - دكتور فتيحة محمد قواري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة زمنية معقولة، دراسة مقارنة في النظامين الإنجلوأمريكي واللاتيني، مجلة الحقوق، الكويت، ٢٠٠٦، ص. ٢٥٣.
- فإذا كانت المحكمة الأوروبية قد رتبت على تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة قرينة قوية على وجود الضرر الأدبي إلا أن هذه القرينة يمكن حعضها، فعلى سبيل المثال يمكن حعض هذه الحجة في الدعاوي الجنائية عن طريق إثبات أن ما لحق بالمتقاضي من أضرار نفسية أو اجتماعية لم ينتج عن التأخير في مدة الإجراءات القضائية وإنما نجم من مجرد توجيه الاتهام الجنائي إليه أو وفاة أحد شهود النفي الذي يعتمد عليهم في تبرئته من الاتهام الموجه إليه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧. المجلد الأول

التعويض المستحق لجبر الضرر الأدبي الناجم عن تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة، وأكدت أن قيمة التعويض المستحق يتعين أن تتراوح بين ١٠٠٠ و١٥٠٠ يورو عن كل سنة من سنوات المدة الإجمالية للتقاضي، وليس عن السنوات الزائدة عن المدة المعقولة فحسب، وذلك بغض النظر عما إذا كان الحكم النهائي في الخصومة الأصلية المدعى بتجاوز مدد التقاضي فيها لحدود المعقولة قد صدر لصالح المضرور أو ضده.^{٢١٩} على أن المحكمة قد بينت إمكانية تخفيض هذه المبالغ أو زيادتها بحسب ظروف كل قضية، فراحت المحكمة تزيد من قيمة هذا التعويض على سبيل المثال ليصل إلى ٢٠٠٠ يورو عن السنة الواحدة في بعض من المنازعات بسبب أهمية ما تتناوله من موضوعات، ومن قبيل تلك المنازعات تلك المتعلقة بحقوق العمال ومعاشاتهم، وتلك التي تتعلق بأهلية الفرد في إبرام التصرفات القانونية، وكذلك تلك التي تتعلق بحق الإنسان في الحياة أو حالته الصحية، وفي المقابل ذهبت المحكمة إلى تخفيض هذه المبالغ في الأحوال التي يرجع فيها التأخير إلى تعدد المحاكم الوطنية المنوط بها نظر النزاع الأصلي أو تعدد درجات التقاضي، وكذلك في الأحوال التي يسهم فيها سلوك المتقاضي أو إهماله بشكل جزئي في تأخير الفصل في الخصومة.^{٢٢٠}

٢١٩

ECtHR, *Apicella v. Italy*, Application No. 64890/01, 29 Mar. 2006, §26; ECtHR, *Kouroupis v. Greece*, Application No. 36432/05, 27 Mar. 2008.

٢٢٠

ECtHR, *Apicella v. Italy*, Application No. 64890/01, 29 Mar. 2006, §26 The court explained that "As regards an equitable assessment of the non-pecuniary damage sustained as a result of the length of proceedings, the Court considers that a sum varying between EUR 1 000 and 1 500 per year's duration of the proceedings (and not per year's delay) is a base figure for the relevant calculation. The outcome of the domestic proceedings (whether the applicant loses, wins or ultimately reaches a friendly settlement) is immaterial to the non-pecuniary damage sustained on account of the length of the proceedings. The aggregate amount will be increased by EUR 2000 if the stakes involved in the dispute are considerable, such as in cases concerning labour law, civil status and capacity, pensions, or particularly serious proceedings relating to a person's health or life. The basic award will be reduced in accordance with the number of courts dealing with the case throughout the duration of the proceedings, the conduct of the applicant – particularly the number of months or years due to unjustified adjournments for which the applicant is responsible – what is at stake in the dispute – for example where the financial consequences are of little importance for the applicant –

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الفصل الثاني

مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة

STATES' RESPONSIBILITY FOR FAILURE TO RESPECT THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME

إذا كان حق الأفراد في محاكمة في أمد معقول على نحو ما أسلفنا بيانه قد أضحي من الحقوق ذات الصفة الدستورية والعالمية، بحسبانه أحد المتطلبات الأولية لكفالة الحق في محاكمة عادلة، وإذا كانت هذه الطبيعة الدستورية والدولية قد حدثت بعديد من النظم القانونية المقارنة والمواثيق الدولية إلى الاعتراف صراحة للمضمرورين من طول مدد التقاضي على نحو غير مبزر بالحق في الحصول على تعويض مالي مناسب لجبر ما خلفته هذه الإطالة من أضرار مادية ومعنوية، فإن التساؤل يُثار عن مدى مسؤولية الدول التي لم تعترف نظمها القانونية الداخلية بهذا الحق للمتقاضين، أو تلك التي أقرت هذا الحق دون أن ترتب على مخالفته أي حق للمضمرور في الحصول على تعويض، حال تجاوز مدد التقاضي فيها لحدود المعقولة،^{٢٢١} فهل يمكن البحث

and on the basis of the standard of living in the country concerned. A reduction may also be envisaged where the applicant has been only briefly involved in the proceedings, having continued them in his or her capacity as heir. The amount may also be reduced where the applicant has already obtained a finding of a violation in domestic proceedings and a sum of money by using a domestic remedy. See also Karen Reid (2008), A Practitioner's guide to the European Convention of Human Rights, Sweet & Maxwell, pp. 162-163.

انظر أيضا

ECtHr, Kakamoukas and Others v. Greece, Application No. 38311/02, 15 Feb. 2008.

وقد ذهبت المحكمة في حكم لها عام ٢٠٠٨ في قضية Kakamoukas and Others v. Greece إلى تخفيض قيمة التعويضات المستحقة عن مخالفة ضمانات المدة المعقولة للإجراءات حال تعدد المتقاضين المتضررين من طول أمد التقاضي بقولها:

“Such an approach is based on the fact that the number of individuals participating in common proceedings before the domestic courts is not neutral from the perspective of the non-pecuniary damage that may be sustained by each of them as a result of the length of those proceedings when compared with the non-pecuniary damage that would be sustained by an individual who had brought identical proceedings on an individual basis.”

٢٢١

عن أساس قانوني آخر لإقرار مسؤولية هذه الدول عن الإطالة غير المبررة لمدد التقاضي والزامها بالتعويض؟

وفي الإجابة عن هذا التساؤل ظهر اتجاه في بعض هذه الدول الأخيرة ومنها دولة فرنسا، ينادي بعد الإطالة غير المبررة في الإجراءات القضائية من قبيل الأخطاء المرفقية للسلطة القضائية؛ التي تسأل عنها الدولة بالتعويض نتيجة خطأها أو إهمالها في تنظيم وتسيير مرفق القضاء؛ ومن ثم يكون للمضروب من طول مدد التقاضي في هذه الدول - بالرغم من عدم كفالة نظمها القانونية الداخلية للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أو عدم ترتيبها لجزاء حال انتهاكها - الحق في الحصول على تعويض ملائم لجبر ما حاق به من أضرار مادية أو معنوية خلقتها هذه الإطالة غير المبررة.^{٢٢٢}

والخطأ الموجب لمسئولية الدولة وفقاً لما تقدم يختلف بطبيعة الحال عن الخطأ الشخصي المسوغ للمسئولية الشخصية للقضاة، فإذا كانت الأحكام الخاصة بتنظيم المسؤولية الشخصية لرجال القضاء والمعروفة بأحكام دعوى المخاصمة أو *La Prise a partie* يمكن أن تسمح للمتضرر من طول مدد التقاضي بالرجوع مباشرة على القاضي أو عضو النيابة شريطة أن تكون هذه الإطالة مما يمكن نسبتها إليه على نحو قاطع - وهو ما يصعب إثباته في غالبية الأحيان - من ناحية وأن تكون مما يرقى إلى مرتبة الخطأ الجسيم - وهو الخطأ الذي تعتمده غالبية التشريعات المقارنة كأساس لإقرار مسؤولية القضاة عن أخطائهم الشخصية - في تقدير القضاء من ناحية أخرى، فإن تلك المسؤولية لا تجدى نفعاً في الأحوال التي لا يرجع فيها تأخير الفصل في القضايا إلى الخطأ الشخصي للقاضي، وإنما إلى غير ذلك من الأسباب التي تتعلق في جوهرها بتنظيم وتسيير مرفق القضاء ذاته، كترامك أعداد القضايا المنظورة أمام المحاكم أو قلة أعداد القضاة والمحاكم، أو تأجيل الفصل في القضايا بسبب النقل الدوري لقضاة المحاكم في حركات التنقلات القضائية... إلخ، وهي دون شك أسباب لا يمكن نسبتها إلى رجال السلطة القضائية أو مساءلتهم.

Dero-Bugny, Delphine, *Le droit à être jugé dans un délai raisonnable par la juridiction administrative*, *Droit Administratif* n° 10, Octobre 2006, étude 17, p. ٣.

^{٢٢٢} دكتور فتيحة محمد قواري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة زمنية معقولة، دراسة مقارنة في النظامين الإنجلوأمريكي واللاتيني، مجلة الحقوق، الكويت، ٢٠٠٦، ص. ٢٦٨ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

عنها، علاوة على ذلك فإن ندرة الأحكام الصادرة بالتعويض في دعاوي المخاصمة،^{٢٢٣} بالإضافة إلى تشدد القضاء عموماً في تحديد فكرة الخطأ الجسيم الموجب لقيام مسؤولية القاضي الشخصية يجعلان من هذه المسؤولية عديمة الجدوى بالنسبة للمتضررين من طول مدد التقاضي.^{٢٢٤} أخيراً، فإن احتمال إفسار عضو السلطة القضائية عند الحكم للمضروب بالتعويض في دعوى المخاصمة يجعل من الحكم الصادر بالتعويض لغواً ويفقد دعوى المخاصمة أهميتها.^{٢٢٥}

أما الخطأ الذي نقصده ونعنيه في مقام بحثنا، والذي اعتمدته عدداً من الدول الديمقراطية مثل فرنسا كأساس لإقرار مسؤولية الدولة عن الإطالة غير المبررة لمدد التقاضي هو الخطأ المرفقي المتعلق بسوء تنظيم وتسيير مرفق القضاء، فتقوم مسؤولية الدولة إذا وجد قصور في هذا

^{٢٢٣} راجع حكم محكمة استئناف المنصورة، ٢ فبراير ١٩٧٨، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ١٩٧٨، ع ٢، ص. ١٩٧. حيث دأب الفقه المصري على الإشارة إلى هذا الحكم بحسبانه الحكم الوحيد في تاريخ القضاء المصري الذي أقر بوجود خطأ جسيماً موجباً لمسؤولية القاضي الشخصية.

راجع في ذلك دكتور محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص. ٢٥٢.

^{٢٢٤} راجع حكم محكمة النقض - منني رقم ٩٢٠ لسنة ٤٦ قضائية، جلسة ١٤-٢-١٩٨٠ م قاعدة ١٠١ ص ٥١٤ مجموعة المكتب الفني سنة ٣١. إذ عرفت محكمة النقض الخطأ الجسيم هو "الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان لیساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً ويستوي أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى، وتقدير مدى جسامته الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع."

راجع أيضاً أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعون رقم ٢٤٦٤ لسنة ٣٤ قضائية، جلسة ١٤-١-١٩٩٠، ١٨٨٢ لسنة ٤٥ قضائية، جلسة ٢٥-٢-١٩٩٢، ٢٤٧٦ لسنة ٣٩ قضائية، جلسة ١٩-٢-١٩٩٤. حيث انتهت المحكمة الإدارية العليا في تحديد مفهوم الخطأ الجسيم الموجب لمسؤولية قضاة مجلس الدولة الشخصية إلى الأخذ بذات التعريف الذي اعتمدته محكمة النقض المصرية بقولها أن الخطأ الجسيم يقصد به "خطأ يرتكبه نتيجة غلط فاضح ما كان ينساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً بما يوصف بأنه الخطأ الفاحش الذي لا يقع منه أو الجهل الفاضح بمبادئ القانون، والوقائع الثابتة في أوراق الدعوى، ولا يدخل في نطاقه الخطأ في التقدير واستخلاص الوقائع أو تفسير القانون أو قصور الأسباب."

ويرى الفقه أن القضاء المصري يتشدد عموماً في تحديد الخطأ الجسيم إلى درجة غير مبررة، فلم يعد القضاء من قبيل الخطأ الجسيم رفض وقف الدعوى والاستمرار في نظرها على الرغم من تقديم طلب رد بعض أعضاء المحكمة، بالمخالفة الصريحة للمادة ١٦٢ من قانون المرافعات التي تنص على أنه "يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه." راجع في ذلك دكتور محمد أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة في مصر، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية وفقاً لقضاء محاكم النقض والدستورية والإدارية العليا، دراسة تحليلية وفقهية، مطبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص. ١٠٣٧.

^{٢٢٥} دكتور محمود محمود مصطفى، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٣٨، ص. ٣٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الجانب، أي على أساس موضوعي قوامه بما يتعين علي مرفق القضاء اتباعه ليؤدي مهمته بصورة عادية أو معقولة دون الحاجة إلى البحث عن مرتكب الخطأ أو قصده من وراء ارتكابه، وذلك بحسبان أن للمتقاضين حقوق في مواجهة هذا المرفق، ويتعين أن تكون الخدمة التي يؤديها المرفق على مستوى تطلعاتهم وآمالهم.^{٢٢٦}

وعليه، فإننا نرى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث رئيسية، نعرض في الأول منها إلى الجدل الحاصل في الفقه والقضاء حول مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ثم نتناول في المبحث الثاني لموقف النظام القانوني الفرنسي من مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، ونتناول في المبحث الثالث لموقف النظام القانوني المصري من مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بين الإنكار والتأييد.
- المبحث الثاني: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، في فرنسا.
- المبحث الثالث: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، في مصر.

المبحث الأول: مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بين الإنكار والتأييد.

المبحث الثاني: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، في فرنسا.

المبحث الثالث: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، في مصر.

^{٢٢٦} دكتور محمد عبد الطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسئولية السلطة العامة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص. ٢٦٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية المجلد الأول، ١٧، ٢٠١٧، المجلد الأول

المبحث الأول

مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بين الإنكار والتأييد

ترددت كثير من التشريعات المقارنة في إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، إذ سادت الأنظمة القانونية لعقود طويلة قاعدة غير مكتوبة مفادها أن الدولة غير مسؤولة عن أخطاء السلطة القضائية إلا عندما تقرر الدساتير والقوانين التشريعية ذلك صراحة^{٢٢٧} وإذا كانت غاية هذه القاعدة، كما ادعى البعض، هي الرغبة في إحاطة أعضاء السلطة القضائية بأكبر قسط من الضمانات لكفالة تحقيق العدالة،^{٢٢٨} فإن ما تعرضت له هذه القاعدة من انتقادات متكررة من جانب الفقه، علاوة على ما لحقها من تطورات تشريعية وقضائية نتيجة تطور المسؤولية الإدارية بوجه عام قد خفف من حدة هذه القاعدة.

وبناء على ما تقدم، فسوف نتناول فيما يلي للجدل الحاصل في الفقه والقضاء حول مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فنعرض في المطلب الأول لأهم الحجج والأسانيد القانونية التي يتمسك بها أنصار الاتجاه المنكر لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ثم نعرض في المطلب الثاني لأوجه النقد التي ساقها أنصار الاتجاه المؤيد لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية لتقويض ودحض ما تمسك به أنصار الاتجاه الأول من حجج وأسانيد، وذلك على النحو التالي:

- المطلب الأول: الاتجاه المنكر لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.
- المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

^{٢٢٧} دكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. ٢٥ وما بعدها.

دكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري الكتاب الثاني قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص ٥٢.

^{٢٢٨} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، وجيز القضاء الإداري والقضاء الدستوري، دار النهضة العربية، (٢٠٠٥)، ص ٤٧١.

انظر أيضًا دكتور هزيل جلول، نطاق مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الثاني، ٢٠١٤، ص ٢٣١؛ دكتور محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤، ص. ٤٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المطلب الأول

الاتجاه المنكر لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

بالرغم مما شهدته النظم القانونية من تطورات في مجال مسؤولية الدولة عن تصرفاتها بوجه عام أفضت في النهاية إلى إقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية، إلا أن هذه التطورات قد انحسرت في غالبية الدول عن مجال أعمال السلطة القضائية، فسادت قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها القضائية، وتستند هذه القاعدة إلى عدة مبررات تاريخية لا يزال يتمسك بها أنصار الاتجاه المنكر لمبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ويمكن إجمال أهم هذه الحجج فيما يلي:

- أولاً: حججة الأحكام وقوة الأمر المقضي به؛ تقوم هذه الحجج على فكرة مؤداها أن السماح للأفراد بالمطالبة بالتعويض عن أحكام أصبحت نهائية بعد استنفاد طرق الطعن فيها، يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه للمتقاضين بمنازعة أحكام حازت الـ وقوة الأمر المقضي به، وهو ما يتعارض مع ما يجب أن تتسم به هذه الأحكام استقرار ويهدر ما تتمتع به من قوة وحصانة.^{٢٢٩} ويؤكد أنصار هذه الحجج أن النهائي بحسابه عنواناً للحقيقة فيما قضى فيه يتعين الاعتراف له بحجية تحريم المطالبة بالتعويض عنه.^{٢٣٠}

^{٢٢٩} دكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. ٢٦ وما بعدها دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. ٥٤.

and Odent, Contentieux Administratif, Tome II, Editions Dalloz, 2007, P. 53.

^{٢٣٠} دكتور محمد عبد الطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٤، ص. ٢٥٢.

راجع في نفس المعنى أيضاً؛ دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٢٤٧٢ وقد سام دل، مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري، في فرنسا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٣١، العدد الأول، ٢٠١٥، ص. ١٩٩ وما بعدها.

وقد استند مجلس الدولة الفرنسي إلى مبدأ حججة الأحكام وقوة الشيء المقضي به لتأكيد قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال القاضي الإداري في قضية Pourcelet، وإن كان قد سمح بإمكانية قيام مسؤولية الدولة والزامها بالتعويض في الحالات التي يكون الضرر فيها ناتجاً عن القرارات التي يمكن فصلها عن الوظيفة القضائية.

CE ASS., 4 Janvier 1952, pourcelet, rec. Leb.p.4, D.1952, p.304, concl.J.Delvolve

Voit René Chapuis: "Droit administrative general", Tome I, op. cit, n. 1278, 1059.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول، لا. ٢٠١٤، المجلد الأول.

- ثانياً: استقلال السلطة القضائية عن الحكومة؛ ومفاد هذه الحجة أن سلطة الدولة في الإشراف والتوجيه على موظفي السلطة التنفيذية والتي تشكل الأساس القانوني لإقرار مسؤوليتها عن أخطاء موظفيها لا يمكن أن تكون أساساً لإقرار مسؤولية الدولة عن أخطاء السلطة القضائية؛ بحسبان أن القضاة - بمقتضى أحكام الدستور والقانون- مستقلون لا سلطان عليهم في مجال ممارسة أعمالهم إلا لحكم القانون وضمانهم،^{٢٣١} وأن شئون العدالة هو مما تستقل به السلطة القضائية بمقتضى ولايتها الدستورية.^{٢٣٢} وبناء على ذلك، يرى أنصار هذه الحجة أن إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية يصطدم بمبدأي الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية، فيهدر ما يكفلانه من حماية للمتناقضين ضد أي تدخلات أو مؤثرات قد تمارسها السلطة التنفيذية على رجال القضاء.^{٢٣٣}

- ثالثاً: المكاة السامية للقضاة وخصوصية العمل القضائي، إذ يرى أنصار هذا الرأي أن المنزلة السامية للقضاة والطبيعة الخاصة لعملهم - بحسبانهم مكفون بتحقيق العدالة وإحقاق الحقوق لأصحابها - تميزهم عن غيرهم من موظفي الدولة، وتتعارض كلية مع فكرة إقرار مسؤولية الدولة عن أعمالهم، لما قد يترتب على إقرار هذه المسؤولية من

وقد تمسك القضاء المصري بنفس الحجة لنفي مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فقضت محكمة استئناف مصر " أن أساس عدم مسؤولية الحكومة عن خطأ الحكومة هو حجية الأحكام." راجع في ذلك حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٠-١٢-١٩٣٢، المجموعة الرسمية السنة ٢٧٦٣٥ مشار إليه في المرجع التالي: دكتور محمد أبو العنين، التعويض عن أعمال السلطات العامة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة في مصر، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية وفقاً لقضاء محاكم النقض والدستورية والإدارية العليا، دراسة تحليلية وفقهية، مطبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص. ٩٩٠.

^{٢٣١} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق ص ٥٥؛ راجع في نفس المعنى دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

Raymond Odent, Contentieux Administratif, Tome II, Editions Dalloz, 2007, P. 53.

راجع في نفس المعنى أيضاً حكم محكمة العطارين الجزئية، بتاريخ ٢٧-٥-١٩١٨، المجموعة الرسمية، ص. ٢٢. حيث استندت المحكمة إلى هذه الحجة لاستبعاد مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بقولها " لا شأن للحكومة في الخطأ الذي يرتكبه الموظف القضائي لأن الموظف القضائي عضو من أعضاء الهيئة القضائية وليس تابعاً في إجراءاته للسلطة الإدارية. بمعنى أن علاقته بالحكومة ليست علاقة خادم بسيد ... فلا مسؤولية على الحكومة عن أعمالهم."

^{٢٣٢} حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية، تاريخ ٦-٢-١٩٩٩، مكتب فني ٩ رقم الجزء ١، ص. ١٦٥.

^{٢٣٣} دكتور محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص. ٥٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول.

أثار سلبية على أعمال السلطة القضائية بوجه عام وسير العدالة بوجه خاص، تكمن أهمها في إبطاء همم رجال القضاء وترددهم عن أداء واجبهم خشية مخاصمتهم وإقرار مسؤوليتهم.^{٢٣٤} وبعبارة أخرى، فإن إقرار مسؤولية الدولة عن أخطاء السلطة القضائية من شأنه أن يهدر كثير من الضمانات التي تقتضيها طبيعة أعمال رجال السلطة القضائية ويجعلهم عرضة للمساس بكرامتهم وهيبتهم والتشهير بهم.^{٢٣٥}

^{٢٣٤} دكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. ٤١ وما بعدها؛ دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٤.

راجع في نفس المعنى دكتور سام دله، مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري، في فرنسا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٣١، العدد الأول، ٢٠١٥، ص ٢٠٠.
^{٢٣٥} راجع دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٥٩، حيث يرى المؤلف أن هذه الحجة كانت السبب الرئيسي وراء ندره المحاكمات الجنائية للقضاة عن أخطائهم من ناحية وإحاطة محاكمتهم التأديبية بالسرية البالغة من ناحية أخرى، ويؤكد أن تلك الحجة قد أفضت من الناحية العملية إلى تجنب محاكمة القاضي جنائياً أو تأديباً حال تقدمه باستقالته من وظيفته.

انظر أيضاً حكم محكمة استئناف الإسكندرية، ٢٧ إبريل ١٩٥٧، المحاماة، السنة ٣٨، العدد ٥، ص. ٧٢٧، والذي استندت فيه المحكمة لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية إلى القول بأن رجال القضاء لهم حرمة خاصة، لما لعملهم من جليل الأثر في كيان الأمم، فلا يكون القاضي مثل غيره سواء فيما يصدر عنه من أخطاء إيان عمله".

راجع أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ١٧٨، لسنة ٣٢ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠١٤-٢٠١٥، والذي انتهت فيه المحكمة الدستورية العليا، أثناء نظر أحد الطعون المتعلقة بعدم دستورية نصوص المواد ٤٩٥ و ٤٩٦ و ٤٩٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية إلى وجوب قصر دعاوى المخاصمة ضد القضاة على ما يقومون به من أعمال قضائية دون غيرها من الأعمال الأخرى حتى لا تتحول دعوى المخاصمة إلى سبيل لحصار القاضي في كل ما يتصل بتصرفاته بقولها "وحيث إن مفاد نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن إجراءات وشروط مخاصمة القضاة السالف بيانها، أن المشرع قد أفرد دعوى مخاصمتهم بإجراءات وأحكام خاصة بهدف تحقيق ضمانات أدائهم أعمالهم، وتوفير الحماية اللازمة لهم من الادعاءات الكيدية التي تتخا مجرد المساس بكرامتهم وهيبتهم والتشهير بهم، مما يتعين معه وجوب قصر مخاصمتهم على ما يقومون به من أعمال قضائية، فلا يتسع نطاقها لغير ذلك مما يباشره خارج هذه الأعمال، وإلا كانت المخاصمة سبباً لحصار القاضي في كل ما يتصل بتصرفاته وينقلب القصد من الحماية إلى الاستباحة فيضيغ الأمان وينمحي استقلال القضاء، مما حدا بالمشرع إلى تقرير الالتزام بأحكام تلك الإجراءات والقواعد الخاصة بدعوى المخاصمة. ومن بينها أن الفصل فيها يتم على مرحلتين؛ أولاً: مرحلة الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها، وثانياً: مرحلة الفصل في موضوعها - إذا قضي بجواز المخاصمة - إما برفضها، أو بقبولها، ومن ثم بطلان تصرف القاضي والحكم عليه بالتعويضات والمصاريف. وقد حدد المشرع حالات وأسباب المخاصمة على سبيل الحصر، ومن بينها ارتكاب الغش أو الخطأ المهني الجسيم، والمقصود بالغش هو ارتكاب القاضي الظلم عن قصد بدافع المصلحة الشخصية أو الكراهية لأحد الخصوم أو محاباة الطرف الآخر، أما الخطأ المهني الجسيم فهو الخطأ الذي ينطوي على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب، ويكون ارتكابه نتيجة غلط فادح ما كان لئساق إليه لو اهتم بواجبه الاهتمام العادي، أو يكون بسبب إهماله إهمالاً مفرطاً يعبر عن خطأ فاحش مثل الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون، ومن ثم لا يعتبر خطأ مهنياً جسيماً فهم القضاة للقانون على نحو معين، ولو خالف فيه إضمار الشراح والفقهاء، ولا تقديره لواقعة معينة أو إساءة الاستنتاج أو الخطأ في استخلاص الوقائع أو تفسير القانون أو تصور الأسباب، وعليه يخرج من نطاق هذا الخطأ كل زاي أو تطبيق قانوني يخلص إليه القاضي بعد إمعان النظر مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول، ص ١٤٠، المجلد الأول.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدولة تسأل عن أعمال السلطة القضائية كما تسأل عن أعمال غيرها من السلطات، ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أنه بالرغم مما قد تبدو عليه حجج أنصار الاتجاه المناهض من وجهة ظاهرة، إلا أنها لا يمكن أن تستقيم سندًا لتبرير استبعاد مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية،^{٢٣٦} وسوف نعرض فيما يلي لأوجه النقد التي ساقها أنصار هذا الاتجاه في تنفيذ ما ساقه أنصار الاتجاه المناهض من حجج وأسانيذ:

- فالحجة القائلة بأن إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية يتعارض مع مبدأ حجية الأحكام وقوة الشيء المقضي به هي حجة يعوزها الدقة من عدة نواحي؛ فمن ناحية، تتعارض هذه الحجة مع أبسط مبادئ العدالة التي تقتضي بضرورة إعادة النظر في الحكم النهائي إن توافر من الأدلة ما يقطع بوجود خطأ فيه أو مخالفته لقواعد العدالة، وإذا كان هذا المنطق قد دفع المشرع في كثير من النظم القانونية المقارنة من الخروج بنصوص صريحة على مبدأ حجية الأحكام النهائية، وإقرار نظام التماس إعادة النظر في المسائل المدنية والجنائية، فإن ذات المنطق يقضي بإقرار مسؤولية الدولة عن الأحكام النهائية إذا شابها خطأ،^{٢٣٧} كما أن هذه الحجة وإن صحت في تبرير عدم مسؤولية الدولة عن الأحكام القضائية النهائية لما تحوزه تلك الأحكام من حجية الأمر المقضي به، إلا أنها لا تستقيم سندًا لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن غيرها من الأعمال القضائية التي لا تتمتع بمثل هذه الحجية، كالأحكام التمهيدية والتحضيرية التي

والاجتهاد في استنباط الحلول للمسألة القانونية المطروحة ولو خالف في ذلك أحكام القضاء وآراء الفقهاء. وبذلك يكون المشرع قد وازن بين حق القاضي في توفير الحماية له؛ فلا يتحسب في قضائه سوى وجه الحق ولا يهتد وجدانه من مظنة النيل منه، وبين حق المتقاضى في الاطمئنان إلى أن قاضيه مقيد بالعدل في حكمه، فإن جنح عنه لم تُغلق الأبواب في وجهه، بل له أن يسلك طريق الخصومة التي يدين بها قضائه ويبطل أثره، وكل ما تقدم يجد حده في أن القضاء ولاية تقدير وأمانة تقرير، وأن مجرد الخلاف أو الخطأ لا يسقط بهما منطلق العدل وإنما يسقطه الجور والانحراف في القصد، ولهذا رتب المشرع على القضاء بعدم جواز المخاصمة أو رفضها الحكم على طالب المخاصمة بالفرامة ومضادة الكفالة مع التعويضات إن كان لها وجه، وفي مقابل ذلك رتب على القضاء بصحة المخاصمة الحكم على القاضي المخاصم ببطلان تصرفه والزامه بالتعويضات والمصاريف.^{٢٣٦}

^{٢٣٦} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٦.

^{٢٣٧} دكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٣٧ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

تصدرها المحاكم قبل الفصل في موضوع الدعوى، والقرارات الولائية الصادرة من المحاكم بما لها من سلطة ولانية، وأيضاً الأعمال الصادرة من النيابة العامة أو سلطات الضبط القضائي في نطاق اختصاصهما القضائي كإجراءات القبض والتفتيش.^{٢٣٨}

ومن ناحية ثانية، فإن إعمال مبدأ حجية الأمر المقضي به الذي كرسته عديد من الدساتير المقارنة لم يمنع النظم القانونية الديمقراطية من إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بنصوص صريحة في حالات عدة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر حالة تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذة بموجبها،^{٢٣٩} فالمطالبة بالتعويض في هذه الفرضية لا تخالف مبدأ حجية الأحكام وقوة الشيء المقضي به وإنما على النقيض ترتكز عليه وتؤكد.^{٢٤٠} وبالمثل لا يمكن القول بوجود أي مساس ولو بطريق غير مباشر بمبدأ حجية الأحكام وقوة الشيء المقضي به في الحالة التي يقوم فيها أحد الأفراد برفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بتعويض ما حاق به من أضرار؛ نتيجة الإطالة غير المبررة لمدد التقاضي بشكل مبالغ فيه،^{٢٤١} أو المطالبة بتعويض عن فترة الحبس الاحتياطي حال صدور حكم بالبراءة.^{٢٤٢}

ومن ناحية ثالثة، فإن هذه الحجة تفقد كل ما لها من قيمة بسبب اختلاف الخصوم، والموضوع والسبب في كل من دعوى المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية والدعوى الأصلية التي فصل فيها القضاء بحكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي به، إذ أنه يتعين للتمسك بحجية الأحكام النهائية وقوة الأمر المقضي به توافر شروط ثلاثة وهي وحدة الخصوم والموضوع والسبب وهو ما لا يتوافر والحالة المعنية، فموضوع دعوى

^{٢٣٨} دكتور محمد عبد اللطيف؛ المرجع السابق، ص. ٢٥٣؛ دكتور محمد رضا النور، المرجع السابق، ص. ٥١.

دكتور محمد أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة في مصر، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية وفقاً لقضاء محاكم النقض الدستورية والإدارية العليا، دراسة تحليلية وفقهية، مطبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص. ٩٩١.

^{٢٣٩} الدستور المصري لعام ٢٠١٤، مادة ٥٤.

^{٢٤٠} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. ٤٥٤؛ دكتور رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩٧، ص. ٢٣٢.

^{٢٤١} راجع في ذلك المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا المبحث والمتعلق بالأثر القانوني المترتب على انتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

^{٢٤٢} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٤٧٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول، ٢٠١٧، المجلد الأول.

المسؤولية هو التعويض عن الخطأ القضائي بينما موضوع الدعوى الأصلية هو غير ذلك في المسائل المدنية والجنائية، كما أن الخصوم في دعوى المسؤولية هم المتضررون من الخطأ القضائي بوصفهم مدعين من جانب، والدولة بوصفها مدعى عليه من جانب آخر، وأخيراً، فسبب دعوى المسؤولية هو دائماً الفعل الضار بينما السبب في الدعاوي الأصلية هو الجريمة إذا كانت القضية جنائية أو عقداً من العقود على سبيل المثال إذا كانت المنازعة مدنية.^{٢٤٣}

أما بالنسبة للحجة الثانية والتي تستند إلى استقلال السلطة القضائية في تبرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فهي أيضاً لا تستعصى على المناقشة والرد من ناحيتين:

فمن ناحية تقوم هذه الحجة كما أشار ويحق بعض الفقه على ليس في فهم الموضوع، "فهي تصدق لو كنا بصدد إقرار مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمال القضاء، ولكن لا قيمة لها إذا فهم الوضع على أساس أننا بصدد مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية."^{٢٤٤} ومن المعلوم بالضرورة أن القضاء هو مظهر من مظاهر نشاط الدولة، فهو مرفق عام، شأنه في ذلك شأن باقي المرافق العامة، ينشأ لخدمة المواطنين وسد احتياجاتهم، ومن المتصور أن ينتج عن سير وإدارة هذا المرفق أخطاء قد تصيب الأفراد بأضرار مادية ومعنوية، مما يستوجب معها الاعتراف لهم بالحق في التعويض إعمالاً لمبادئ العدالة والقواعد العامة في المسؤولية الإدارية.^{٢٤٥}

ومن ناحية أخرى، فإن مفهوم العدالة كما أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية Popin يرتبط بوجود الدولة ارتباطاً لا يقبل التجزئة *la justice est rendue de façon*

^{٢٤٣} راجع في ذلك دكتور محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. ٣٣؛ دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٥٤؛ دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٧٣.

^{٢٤٤} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٥؛ دكتور رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص. ٢١٥.

^{٢٤٥} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٧٣؛ دكتور محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص. ٩٩٤.

فالمسؤولية الإدارية عن أعمال المرافق العامة لا تقوم على أساس رابطة التبعية المعروفة في القانون المدني والتي يسأل المتبوع بموجبها عن أعمال تابعيه، وإنما تقوم على أساس فكرة الخطأ المرفقي وفي أحيان أخرى تقوم على أساس الخطر أو المساواة أمام الأعباء العامة والتكاليف العامة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

indivisible au nom de l'État^{٢٤٦}. إذ إن تحقيق العدالة هو إحدى الوظائف الرئيسية التي تضطلع بها الدولة، ومن ثم يتعين إقرار مسئوليتها متى نجم عن أعمال السلطة القضائية أو ترتب على التسيير المعيب لمرفق القضاء أي إخلال أو انتقاص في تحقيق العدالة؛^{٢٤٧} وذلك لأن الثقة في النظام القضائي وعدالته أحد أهم الخصائص التي تميز المجتمعات الديمقراطية.^{٢٤٨}

وأخيراً فإن الحجة الثالثة المتعلقة بعرقلة سير العدالة والتأثير السلبي على القضاة في ممارستهم للأعمال المنوطة بهم تفقد كثيراً من قيمتها لسببين: يكمن أولهما في أن القاضي ما هو إلا بشراً، تحتمل أفعاله الخطأ كما تحتمل الصواب، فإذا كان الدستور والقانون قد توسع في سلطات القاضي لضمان تحقيق العدل وإحقاق الحقوق لأصحابها، فإن مبادئ العدالة والمساواة تقتضي إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية مقابل هذا التوسع بحساباتها ضماناً حقيقياً لمواجهة ما قد يقع من بعض القضاة من انحرافات أو تجاوزات،^{٢٤٩} والقول بغير ذلك سوف يؤدي إلى إطلاق يد السلطة القضائية دون قيد أو رابط مما يضر بمصالح الأفراد.^{٢٥٠}

ويكمن ثانيهما في أن الادعاء بإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة سير العدالة نتيجة تردد القضاة في القيام بما هو منوط بهم من أعمال بسبب الخوف المستمر من المسؤولية، وإن كان يمكن أن يكون صحيحاً في

٢٤٦

CE, sect., 27 févr. 2004, n° 217257, Popin : Juris-Data n° 2004-066495 ; Rec. CE 2004, p. 86.

Dir. De BÉCHILLON (Dénys), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Art. I - De l'irresponsabilité implicite à la responsabilité, La base de données juridique des Éditions Dalloz para. 132, (2016).

٢٤٧

Dero-Bugny, Delphine, Le droit à être jugé dans un délai raisonnable par la juridiction administrative, Droit Administratif n° 10, Octobre 2006, étude 17, p. ٥.

٢٤٨

Janos Boka, Chapter 6 "To Delay Justice is Injustice": A Comparative analysis of (UN)Reasonable Delay, 27 IUS Gentium, 14٤ (2014).

٢٤٩ دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٥٩ وما بعدها.

٢٥٠ دكتور محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص. ٥٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاستكبرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الحالات المتعلقة بالمسئولية الشخصية لرجال السلطة القضائية عما قد يقع منهم من أخطاء بمناسبة تأديتهم لوظائفهم، إذ تتحمل الذمة المالية الخاصة بالموظف المخطي تبعة التعويض عن هذا الخطأ،^{٢٥١} إلا أنه لا يصدق على الحالات التي يتعلق الأمر فيها بإقرار مسئولية الدولة عن الأخطاء المرفقية للسلطة القضائية، إذ إن الدولة وحدها دون القاضي، في تلك الحالة، هي من تسأل عن هذا الخطأ وتلتزم بالتعويض عنه.^{٢٥٢} بالإضافة إلى ذلك، فإن الخطأ الواحد قد يشكل خطأ شخصياً وخطأ مرفقياً في نفس الوقت، فتحقق حينئذ مسئولية القاضي ومسئولية الدولة في آن واحد،^{٢٥٣} وإذا كان يمكن للمضروور وفقاً للقواعد العامة في المسئولية الإدارية أن يقاضي الموظف المخطي أو الدولة أو كليهما معاً، إلا أنه لا يجوز أن يؤدي نظام الجمع بين مسئولية الموظف ومسئولية الدولة إلى تمكين المضروور من الحصول على التعويض الكامل مرتين، بل يتوزع عبء تعويض الضرر في هذه الحالات بين الدولة والموظف بحسب درجة هذه الأخطاء، وهو الأمر الذي من شأنه في نهاية المطاف أن يؤدي إلى تخفيف المسئولية الشخصية للقضاة وتخفيض المبالغ التعويضية المحكوم بها عليهم.^{٢٥٤}

وتجدور في النهاية الإشارة إلى أن التطور الذي شهده مبدأ مسئولية الدولة عموماً واتساعه؛ ليشمل ليس فقط أعمال الإدارة وإنما بعضاً من أعمال السلطة التشريعية قد دفع كثير من النظم

^{٢٥١} على أن هذه الحجة لم تمنع الكثير من النظم القانونية المقارنة من سن تشريعات تقر بمسئولية القضاة عن أخطائهم الشخصية بل والمهنية أيضاً قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المواد من ٤٩٤ إلى ٥٠٠. فقد ذهب قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري إلى النص صراحة على عدداً من الأسباب التي تصلح أساساً لدعوى مخاصمة رجال القضاة والزمام بدفع مبالغ التعويض المحكوم بها من مالهم الخاص.
^{٢٥٢} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٦؛ دكتور محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص ٩٩١.
^{٢٥٣} راجع أيضاً دكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها. حيث يؤكد أن اعتماد الخطأ المرفقي دون الخطأ الشخصي كأساس لمسئولية الدولة عن الأعمال القضائية من شأنه أن يحافظ على كرامة القضاة الشخصية وعدم التشهير بهم.

^{٢٥٤} راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٨ لسنة ٣ قضائية، جلسة 29/6/1950، والتي انتهت فيه إلى أن " الفعل أو الترك قد يكون خطأ شخصياً وخطأ مصلحياً في الوقت ذاته، إذ يعد الخطأ الشخصي متى وقع من الموظف أثناء تأديته وظيفته أو بمناسبة تأديتها دليلاً على خطأ مصلحي تسأل عنه الإدارة لإهمالها في الرقابة والإشراف على موظفيها، وعلى ذلك فليس في القانون ما يمنع من قيام مسئولية الإدارة عن خطئها المصلحي المستقل بجانب مسئولية الموظف عن خطئه الشخصي، ولا يمنع أيضاً طلب التعويض من أن يجمع بين هاتين المسئوليتين معاً في قضية واحدة."

^{٢٥٤} دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٢٢٢ وما بعدها.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

القانونية الديمقراطية المقارنة إلى إخضاع أعمال السلطة القضائية لقاعدة مسئولية الدولة،^{٢٥٥} فانتقلت تلك النظم من مبدأ اللامسئولية عن أعمال السلطة القضائية إلى مبدأ المينولية، وإن كانت قد تفاوتت بشأن تنظيم هذه المسئولية تفاوتًا ملحوظًا.

١٥
٥٥
٤٠
٤٠

^{٢٥٥} دكتور محمد أبو العينين المرجع السابق، ص. ٩٩٢.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثاني

مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في فرنسا

ساد في فرنسا لفترات طويلة مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطات العامة استنادًا إلى عدة أسباب كان في مقدمتها ما تتمتع به الدول من سيادة، على أن هذا المبدأ قد أخذ في التراجع مع صدور حكم محكمة التنازع الفرنسية الشهير، عام ١٨٧٣، في قضية Blanco والتي أقرت بموجبه مسؤولية الدولة عن نشاط السلطات العامة إذ ما نجم عنها ضررًا أصاب الأفراد، مميزة تلك المسؤولية - والتي عرفت بالمسئولية الإدارية - عن المسؤولية المدنية التي تطبق في شأنها أحكام القانون المدني،^{٢٥٦} إذ أكدت المحكمة في هذا الحكم أن مسؤولية الدولة عن هذه الأضرار "لا تحكمها قواعد القانون المدني، وليست مسؤولية مطلقة، وإنما هي مسؤولية لها قواعدها الخاصة والمميزة تبعًا لضرورات ومقتضيات التوفيق والموازنة فيما بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة للأفراد، وينعقد الاختصاص بنظر هذه المنازعات للقضاء الإداري".^{٢٥٧}

وبالرغم من أن حكم محكمة التنازع في قضية Blanco يمثل حجر الزاوية في إقرار مسؤولية الدولة عن نشاطات المرافق العامة وأسماها لتوسع القضاء الإداري بعد ذلك في أعمال هذه المسؤولية عن جميع أنواع المرافق العامة، إلا أن مرفق القضاء وحتى وقت قريب لم يكن بين

٢٥٦

TC 8-02-1873, Blanco, Rec. LEB. P.61.

٢٥٧

Le Tribunal de Conflit a confirmé Dans cet arrêt que « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier

; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ; Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

تلك المرافق التي تعد الدولة مسؤولة عن أعمالها، وذلك استنادًا إلى الاعتبارات التي قيل بها سابقًا في تبرير قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

وإزاء الانتقادات المتكررة لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ومع التطورات التي لحقت بمبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال المرافق العامة بوجه عام، خرج المشرع الفرنسي على مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بنصوص صريحة أقر بموجبها مسؤولية الدولة عن الأعمال القضائية في حالات محددة تمثلت أهمها فيما ما تضمنته نص المادة ٤١٢ من التقنين المدني الفرنسي من إقرار مسؤولية الدولة وإلزامها بتعويض الضرر الناجم عن الأخطاء التي يرتكبها القضاة أو كتبة المحاكم بمناسبة إدارة أموال الأشخاص الخاضعين للوصايا،^{٢٥٨} وما نصت عليه المادة 1-626 من قانون الإجراءات الجنائية الخاصة بالتماس إعادة النظر في بعض الأحكام النهائية في مواد الجنايات والجنح من إقرار مسؤولية الدولة وإلزامها بتعويض المتهم حال الحكم ببراءته نهائيًا بحكم إعادة النظر Pourvoie en revision en matiere Penale^{٢٥٩} وأيضًا ما نصت عليه المادة ١٤٩ من ذات القانون

٢٥٨

Code Civil, Article 412 "Tous les organes de la tutelle sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal de grande instance ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire."

Voir encore Tutelle d'état: Responsabilité de l'état encas de dysfonctionnement, 11 mars, dalloz

<http://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2013/03/11-17.025.pdf>

٢٥٩

Code de procédure pénale, Article 626-1 "Sans préjudice du chapitre unique du titre IV du livre Ier du code de l'organisation judiciaire, un condamné reconnu innocent à la suite d'une révision ou d'un réexamen accordé en application du présent titre a droit à réparation intégrale du préjudice matériel et moral que lui a causé la condamnation. Toutefois, aucune réparation n'est due lorsque la personne a été condamnée pour des faits dont elle s'est librement et volontairement accusée ou laissée accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites. Peut également demander une

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول

والمعلقة بالحبس الاحتياطي provisoire detention من إقرار مسئولية الدولة وإلزامها بتعويض الضرر الذي لحق بالمتهم؛ نتيجة حبسه احتياطيا إذا حصل على حكم نهائي بالبراءة أو انتهت سلطات التحقيق في خصوص قضيته إلى إصدار قرار بالأوجه لإقامة الدعوى.^{٢٦٠}

كما أقر المشرع الفرنسي في المادة ٥٠٥ من قانون المرافعات المدنية بمسئولية القضاة عن أخطائهم الشخصية من خلال دعوى المخاصمة أو "la prise a partie" في حالات محددة على سبيل الحصر حددها القانون فيما يلي:

١- حالات الغش والتدليس والغدر والخطأ الجسيم الواقع إما في مراحل التحقيق أو بمناسبة اصدار الأحكام القضائية.

٢- إنكار العدالة، والذي عرفته المادة بأنه يشمل جميع الحالات التي يتمتع فيها القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو امتناعه عن الفصل في دعوى صالحة للحكم فيها.^{٢٦١}

réparation, dans les mêmes conditions, toute personne justifiant du préjudice que lui a causé la condamnation."

٢٦٠

Code de procédure pénale, Article ١٤٩ "Sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 141-2 et L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire, la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention..."

٢٦١

Article L141-3, Créé par LOI n°2007-1787 du 20 Code de L'organisation judiciaire, décembre 2007 - art. 26 "Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants :

1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ;

2° S'il y a déni de justice. Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre L'Etat aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers

ولم تكثف تلك المادة بإقرار مسؤولية القضاة عن أخطائهم الشخصية وإلزامهم بالتعويض إذا انعقدت مسؤوليتهم وفقاً لما تقدم من أحكام، وإنما راحت تقر بمسؤولية الدولة مدنياً في هذه الأحوال عما يحكم به من تعويضات على القاضي مع الاحتفاظ بحقها في الرجوع عليه، وذلك حماية للمضروور من إفسار القاضي حال الحكم له بالتعويض. وقد انتقلت ما تضمنته المادة ٥٠٥ من أحكام تتناول المسؤولية الشخصية للقضاة بعد إلغائها إلى نص المادة 3-141 L من قانون تنظيم القضاء الفرنسي مع الإبقاء على الحكم الخاص بإلزام الدولة بتعويض المضروور عما يحكم من تعويضات على القاضي حال ثبوت مسؤوليته وفقاً للقانون.^{٢٦٢}

وإذا كان ما تقدم من نصوص تشريعية يعكس رغبة المشرع الفرنسي في التضييق قدر الإمكان من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، إلا أنها لا تعني أن المشرع الفرنسي قد تحول من مبدأ لا مسؤولية الدولة إلى مبدأ المسؤولية، إذا ظلت القاعدة العامة في فرنسا حتى وقت قريب عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية إلا في الأحوال الاستثنائية التي نص عليها القانون صراحة.^{٢٦٣} ولم يتغير الوضع إلا بصور قانون 626-72 بتاريخ ٥ يوليو عام ١٩٧٢، حيث أقر المشرع الفرنسي في نصوصه مبدأ عام يقيم بموجبه مسؤولية الدولة عن التسير المعيب لمرفق القضاء على أساس الخطأ، ويلزمها بتعويض ما قد يخلفه هذا السير

Condé (Lycette), Fasc. unique : DEVOIR JURIDICTIONNEL ET DROIT À LA

PROTECTION JURIDICTIONNELLE, n.57, p. 24-25 (1 Septembre 2013)

^{٢٦٢} تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت عام ١٩٥٦ في قضية جيري إلى إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال الضبطية القضائية على أساس الخطر أو تحمل تبعة وليس على أساس الخطأ بالتطبيق لنص المادة ١٣٨٤ من التقنين المدني. وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام سلطات الضبط القضائي بتكليف أحد الأطباء ويدعى جيري بإعداد تقرير طبي عن حادثة اختناق كانت قد وقعت في إحدى الفنادق، وفي أثناء إعداد التقرير الطبي في مسرح الحادثة حدث انفجار هائل ترتب عليه إصابة الطبيب جيري بإصابات بالغة، فرفع دعوى يطالب فيها بإقرار مسؤولية الدولة وإلزامها بتعويض ما حاق به من أضرار.

Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 23 novembre 1956, 56-11.871, Publié au bulletin

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول..

المعيب من أضرار للمتقاضين.^{٢٦٤} وقد تضمنت المادة L141-1 من قانون تنظيم القضاء الفرنسي ذات المبدأ بنصها على التزام الدولة بتعويض المتقاضين عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة التنظيم أو التسيير المعيب لمرفق القضاء le fonctionnement défectueux du service de la justice،^{٢٦٥} كما حددت المادة صورتين أساسيتين للخطأ الذي تشغل به مسؤولية الدولة وهما: الخطأ الجسيم Faute lourde وإنكار العدالة Deni de la justice. وإعمال مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء بالتطبيق للمادة L141-1 - وفقاً لما استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسي - وعلى نحو ما سوف نبينه لاحقاً. لا يتطلب بالضرورة نسبة الخطأ إلى شخص بعينه من القائمين على إدارة مرفق العدالة أو العاملين به، وإنما يكفي أن يكون هذا الخطأ مما يرتبط بنشاط المرفق القضائي عموماً، فيكشف عن سوء إدارة المرفق أو عدم قيامه بالعمل على الوجه المرضي.^{٢٦٦} وقد أكد القضاء الفرنسي أن إعمال مسؤولية الدولة عن

٢٦٤

Condé (Lycette), Op. Cit., p. 23.

٢٦٥

Code de L'organisation judiciaire, article L 141-1

Créé par Ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 - art. 1 (V) JORF 9 juin 2006 "L'etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par la justice. une faute lourde ou par un déni de justice.

٢٦٦

1996, TGI Paris, 1re ch., 1re sect., 3 avr. 1996 : JurisData n° 1996-600940 ; Gaz. Pal. jurispr. p 584). "Dès lors que l'acte litigieux, en l'espèce la remise à la presse d'un rapport du procureur général, n'a pu provenir que d'un membre du personnel attaché à ses services, il engage la responsabilité de l'État, même si l'auteur de cette transmission n'a pu être déterminé."

Croze (H), Fasc. 74 : RESPONSABILITÉ DU FAIT DU FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE CIVILE, 26 octobre 2011, n. 9

التسيير المعيب لمرفق القضاء لا يستوعب الأخطاء المقررة من قضاة المحاكم العادية أو أعضاء النيابة العامة فحسب، وإنما تمتد هذه المسؤولية لتشمل الأخطاء المنسوبة إلى غيرهم من مأموري الضبطية القضائية بصفتهم وكتبة المحاكم.^{٢٦٧} كما أكد القضاء الفرنسي أن مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء لا تقوم عن الأعمال القضائية Les actes juridictionnels^{٢٦٨} بالمعنى الفني الدقيق فحسب، وإنما قد تنشأ بسبب الإجراءات المتصلة بتنفيذ الأحكام أيضًا Les actes d'exécution des jugements.^{٢٦٩}

^{٢٦٧} فقد أكد القضاء الفرنسي قيام مسؤولية الدولة بالتطبيق لنص المادة 1-141 L. عن الأخطاء المنسوبة إلى كتبة المحاكم بمناسبة ممارستهم لإختصاصاتهم، ومن أهم التطبيقات القضائية في ذلك الصدد ما قرره القضاء الفرنسي من قيام مسؤولية الدولة بالتطبيق لنص المادة 1-141 L. عن تأخر كاتب المحكمة في تسليم الصيغة التنفيذية للأحكام. (TGI Thonon-les-Bains, 3 nov. 1994 : Gaz. Pal. 1995, 1, jurispr. p. 301)

وأيضًا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بنيم Nîme من إقرار مسؤولية الدولة بالتطبيق لذات النص في حالات فقدان كاتب المحكمة لملف الدعوى (CA Nîmes, 1re ch., sect. A, 19 déc. 2002, n° 2002/928 : JurisData n° 2002-207750).

بالرغم من توسع القضاء الفرنسي في تطبيق مبدأ مسؤولية الدولة عن السير المعيب لمرفق القضاء بالتطبيق لنص المادة 1-141 L. من قانون التنظيم القضائي، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قضت بعدم انطباق مبدأ مسؤولية الدولة الذي كرسه القانون سالف الذكر على ما قد ينسب إلى القضاء الإداري والهيئات التحكيمية من إسهال أو أخطاء. "L'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire ne s'appliquant pas aux juridictions administratives, il n'est pas possible de se prévaloir de l'influence, sur la judiciaire, du caractère déraisonnable de la durée de la durée globale de la procédure 22 mars 2005, n° 03-10.355 : procédure devant le juge administrative" (Cass. 1re civ., A. JurisData n° 2005-027688 ; Bull. civ. 2005, I, n° 149 ; Dr. et proc. 2005, p. 288, obs. Bugada).

sont Bien qu'investis d'une mission juridictionnelle, les arbitres et centres d'arbitrage exclus du champ d'application de l'article L. 781-1 (devenu COJ, art. L. 141-1) du Code judiciaire en raison du lien contractuel qui les unit aux parties, et du de l'organisation publique (TGI Paris, 12 mai 1993 : Bull. inf. fait qu'ils ne sont investis d'aucune fonction 1990.: Gaz. Pal. 1990, C. cass., 1er oct. 1993, p. 32, n° 1110. - Rapp. TGI Paris, 13 juin 2; somm. p. 417; qui retient une responsabilité contractuelle fondée sur les articles suivants du Code civil). 1142 et

^{٢٦٨} ويقصد بالأعمال القضائية التي تسأل عنها الدولة إذا ما شلها خطأ جسيم ما تصدره المحاكم من قرارات وأوامر ولائحة وأحكام نهائية أو باتة بمناسبة ما يعرض عليها من منازعات تدخل في نطاق اختصاصها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد استقر على إمكانية قيام مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق العدالة عن الأحكام النهائية الحائزة على قوة الأمر المقضي به بالرغم من أن الأعمال التحضيرية لقانون ١٩٧٢، المقرر لهذه المسؤولية دلت بوضوح على اتجاه إرادة المشرع الفرنسي في استبعاد قيام مسؤولية الدولة عن الأحكام القضائية الباتة، ويتفق هذا الاتجاه مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والذي أقر بقيام مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضاء الإداري في أحوال الخطأ الجسيم بشرط ألا يكون هذا الخطأ الجسيم متعلقًا بحكم بات حائز لحجية الأمر المقضي به.

ومن أهم الأحكام التي كرس مبدأ مسؤولية الدولة عن الأحكام القضائية الحائزة لقوة الأمر المقضي به:

- CA Paris, 21 juin 1989, Saint-Aubin : Gaz. Pal. 1989, 2, p. 944, concl. Lupi, "les énonciations de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire [devenu L. 141-1] n'excluent d'aucune manière du champ d'application de ce texte les actes juridictionnels proprement dit".

- CA Paris, 13 sept. 2004 : Gaz. Pal. 2004, 2, somm. p. 3416 et tables 2004, t. 1, "un acte juridictionnel, même irréprochable, peut donner lieu à la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État ; l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions dont le requérant fait état au soutien de ses prétentions ne fait donc pas obstacle à l'examen au fond de celles-ci".

كما يدخل في نطاق هذه الأعمال القضائية التي تسأل عنها الدولة ما يصدر من النيابة العامة أو قاضي التحقيق من قرارات في نطاق اختصاصهما القضائي، ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا الخصوص، راجع ما يلي:

- ما ذهبت إليه محكمة النقض من إقرار مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء عن الخطأ الجسيم الذي اقرره وكيل النيابة العامة برفضه إجراء تحاليل الدم لإحدى ضحايا حوادث السيارات بغرض الكشف عن نسبة الكحول في الدم بالتطبيق لنصوص قانون بيع وتوزيع المشروبات الكحولية مما ترتب عليه قيام شركة التأمين بصرف التعويضات للمستحقين.

1992, jurispr. p. 20, refus du procureur Cass. 1re civ., 3 mars 1992 : Gaz. Pal. 4-8 sept.

d'ordonner une analyse sanguine du taux d'alcoolémie.

- وأيضًا ما ذهبت إليه محكمة النقض من إقرار مسؤولية الدولة عن الخطأ الجسيم الذي وقع إحدى قضاة التحقيق والممثل في عدم قيام قاضي التحقيق باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في إحدى القضايا المعروضة عليه مدة أربع سنوات و سبعة أشهر.

Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 06-13.040 : D. 2007, p. 1929, note J. Pradel ; AJP 2007,

.G. Royer n° 5, p. 223, note

·Voire COMBEAU Pascal, Juris classeur, Fasc. 900, Responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires, 27 dec. 2013, n.27, p. 12-13.

^{٢١١} تشمل هذه الطائفة من الأعمال الأخطاء الجسيمة التي يمكن أن تقع من كتاب المحاكم ومأموري الضبط القضائي بمناسبة ممارستهم لمهام عملهم. للمزيد حول حالات قام مسؤولية الدولة عن الإجراءات المتصلة بتنفيذ الأحكام، راجع الأحكام التالية:

- مسؤولية الدولة عن الأخطاء الجسيمة الصادرة من أمين سر المحكمة (تمثل الخطأ الجسيم في عدم قيام أمين سر المحكمة بإعلان الخصوم بنسخة من الحكم)

Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-18.239 : JurisData n° 2008-044766 ; D. 2008, p. 2153

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أن النظام القانوني الذي وضعه المشرع الفرنسي لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء بالتطبيق لنص المادة 1-141 L يعزز من مفهوم حق الفرد في محاكمة عادلة الذي كرسته المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.^{٢٧٠}

وإذا كان ما تقدم من تطور تشريعي قد انتهى إلى إقرار مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء في حالتها الخطأ الجسيم وإنكار العدالة، فإنه يثور التساؤل في ظل عدم تضمن التشريع الفرنسي لنصوص صريحة تقر بمسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة عما إذا كان يمكن عد الإطالة غير المبررة في مدد التقاضي إحدى صور الخطأ الجسيم أو إنكار العدالة، مما تشغل به مسؤولية الدولة، كما يثار التساؤل من ناحية أخرى عن موقف القضاء الإداري الفرنسي من مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، لاسيما بعد أن رفض مجلس الدولة الفرنسي على نحو قاطع في حكمه الشهير بقضية Darmont انطباق نصوص القانون رقم 626-72 لسنة 19٧٢ الخاصة بإقرار مسؤولية

- مسؤولية الدولة عن الأخطاء الجسيمة الصادرة من مأموري الضبط القضائي (تمثل الخطأ الجسيم في إفشاء معلومات تتعلق بإحدى قضايا الفساد التي لا تزال في طور التحقيقات)

1re civ., 9 mars 1999, Malaurie ; D. Cass. 1re civ., 16 oct. 1990, n° 88-15.258. - Cass. P. Sargos ; LPA juin 2000, p. 398, note H. Matsopoulou ; JCP G 1999, II, 10069, rapp. 2000, n° 123, note B. Schall. - TGI Paris, 12 févr. 2001, Darteville ; Gaz. Pal. 25-29 mai 2001, jurispr. p. 35

- مسؤولية الدولة عن الأخطاء الجسيمة الصادرة من مكتب المساعدة القضائية والخبراء
CA Aix-en-Provence, 21 sept. 1981, Brémond.

٢٧٠

du L'exigence d'un régime de responsabilité propre au fonctionnement défectueux service de la justice, qui ne prive pas le justiciable d'accès au juge, n'est pas en procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass. ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16.165 ; JurisData n° 2001-008318 n° 5 ; JCP G 2001, II, 10583, note J.-J. Menuret). ; Bull. civ. 2001, ass. plén.,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الدولة عن أعمال السلطة القضائية على أعمال القضاء الإداري استنادًا إلى تعلقها بقانون المرافعات المدنية وعدم انطباقها إلا على المحاكم العادية دون غيرها من الهيئات القضائية.^{٢٧١} على أنه تجدر الإشارة - قبل التطرق إلى الحديث عن مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في أحكام كل من القضاء العادي والقضاء الإداري الفرنسي - إلى أن الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أو Le droit a procès dans un délai raisonnable ليس من قبيل الحقوق التي كفلها دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي الصادر، عام ١٩٥٨، أو إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر، عام ١٧٨٩، على نحو صريح، كما لم يعده المجلس الدستوري الفرنسي من قبيل الحقوق الأساسية التي تتمتع بالحماية الدستورية أو حتى من قبيل الضمانات الدستورية اللازم توافرها لكفالة الحق في محاكمة عادلة.^{٢٧٢}

٢٧١

CE 29 décembre 1978, requête numéro 96004, Darmont . le Conseil d'état a affirmé "que s'il se prévaut à cet égard des dispositions de l'article 11 de la loi n. 72-626 du 5 juillet 1972 mettant à la charge de l'Etat la réparation du dommage causé par le fonctionnement defectueux du service de la justice, ces dispositions, d'ailleurs postérieures aux décisions critiquées, ne concernent que les juridictions de l'ordre judiciaire et ne s'appliquent pas aux juridictions de l'ordre administratif."

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية من جانبها عدم انطباق نص المادة 1-141 L من قانون تنظيم السلطة القضائية بشأن مسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق العدالة على القضاء الإداري

L'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire ne s'appliquant pas aux

juridictions administratives, il n'est pas possible de se prévaloir de l'influence, sur la judiciaire, du caractère déraisonnable de la durée de la durée globale de la procédure

22 mars 2005, n° 03-10.355 : procédure devant le juge administratif (Cass. 1re civ.,

JurisData n° 2005-027688 ; Bull. civ. 2005, I, n° 149 ; Dr. et proc. 2005, p. 288, obs.

A. Bugada).

^{٢٧٢} وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يضيفي الصفة الدستورية على حق الأفراد في محاكمة عادلة إلا منذ وقت قريب، حيث أكد لأول مرة في قرار له بتاريخ ٢٠-١-٢٠٠٥ الطبيعة الدستورية لهذا الحق مستندًا فيما خلص إليه إلى نص المادة ١٦ من إعلان حقوق الإنسان الصادر عام ١٧٨٩.

CC, 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, n° 2004-510 DC. (Considérant, par ailleurs, que, si la loi déferée permet aux personnes morales de saisir la juridiction de proximité, ces personnes pouvaient déjà intervenir devant elle en défense ; que cette faculté nouvelle n'affecte pas l'office du juge de proximité et ne porte atteinte

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وإزاء غياب التنظيم التشريعي لمسئولية الدولة عن حالات عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، رأينا أن نعرض فيما يلي لموقف كل من القضاء العادي والقضاء الإداري في فرنسا من مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وذلك في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

ni aux droits de la défense, ni au principe du procès équitable garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789)

- كما تجدر الإشارة إلى أن البعض من الفقه قد انتقد سكوت المجلس الدستوري الفرنسي عن الاعتراف بالصفة الدستورية للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة بالرغم من تعدد الفرص التي كان يمكن له اغتنامها لتأكيد دستورية هذا الحق، ومن أهم القرارات التي كان يمكن للمجلس الدستوري من خلالها إقرار الطبيعة الدستورية لحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة:
- قرار المجلس الدستوري بشأن مدى دستورية قانون تعيين قضاة المحاكم العلية والهادف إلى حث محاكم السلطة القضائية على الفصل في المنازعات خلال فترة معقولة.

CC, 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, n° 2001-445 DC ; CC, 10 janvier 1995, Loi modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, n° 94-355 DC.

- كذلك قرار المجلس الدستوري بخصوص مدى دستورية القانون الأساسي الصادر بالتطبيق لنص المادة 61-1 من الدستور الفرنسي والقاضية بإتخاذ الاختصاص للمجلس الدستوري للفصل فيما قد يحيله إليه مجلس الدولة أو محكمة النقض من منازعات تتعلق بمخالفة أحد النصوص التشريعية لما كفله الدستور من حقوق وحرّيات خلال مدة زمنية محددة.

CC, 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n°2009-595 DC, cons 17.

Voire également

- P.Gaia, R.Ghevontian, F. Melin-Soucramani, E. Oliva, A. Roux, Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel, Ouvrage creé par L. Favoreu et L. Philip, 17 e édition, (2013), page 584-603.
- V. v. LASCOMBE, Michel et VANDENDRIESSCHE, Xavier, Code Constitutionnel et Des Droits Fondamentaux, Édition 2016, 5e édition, Dalloz, p. 300-02.
- V. Patrice SPINOSI, Quel regard sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le procès équitable, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 44 (Le Conseil constitutionnel et le procès équitable) - juin 2014
- V. FALLON Damien - ATER en droit public Université de Toulouse 1 Capitole - CERCP- L'entrée du droit au procès équitable dans le champ du droit constitutionnel - candidat au Prix Favoreu
<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/fallonT.pdf>

- المطالب الأول: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء العادي.
- المطالب الثاني: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء الإداري.

المطلب الأول

مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء العادي

بيننا فيما تقدم أن القانون الفرنسي لم يتناول صراحةً بالتنظيم مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وإنما أرسى مبدأ عامًا في المادة 1-141 L. من قانون تنظيم القضاء، أقام بموجبه مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء على أساس الخطأ في حالتها الخطأ الجسيم وإنكار العدالة، دون أن يحدد ماهية القصور بكل من هذين المصطلحين الأخيرين.

فهل يمكن أن يرقى عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة إلى مرتبة الخطأ الجسيم أو يشكل إحدى صور إنكار العدالة؟ للإجابة على هذا التساؤل بتعين أن نعرض بدايةً للاجتهادات القضائية في تحديد مفهوم كل من الخطأ الجسيم وإنكار العدالة كأساس لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، ثم نعرض للأساس القانوني الذي اعتمده القضاء العادي في إقرار مسؤولية الدولة عن عدالته خلال مدة زمنية معقولة، وذلك في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن أعمال القضاء العادي.
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن عدم فصل القضاء العادي في النزاع خلال مدة زمنية معقولة.

الفرع الأول

الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن أعمال القضاء العادي

في ظل غياب أي تعريف تشريعي لفكرتي الخطأ الجسيم وإنكار العدالة، لم يجد القضاء الفرنسي بدأ من الاجتهاد لتحديد مفهوم كل من هذين المصطلحين وبيان عناصرهما، وستتولى فيما يلي بيان المقصود بكل من هذين المصطلحين في ضوء ما استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسي.

أولاً: مفهوم الخطأ الجسيم.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في بدايات تطبيقها للنص الخاص بمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء إلى اعتماد تعريف ضيق للخطأ الجسيم، يقوم في جوهره على معيار القاضي العادي المهتم بأداء واجبات وظيفته en fonction du bon comportement du juge،^{٢٧٢} فاستقرت أحكامها على أن مفهوم الخطأ الجسيم الموجب لقيام مسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء لا يختلف عن مفهوم الخطأ الجسيم الموسوغ لمسئولية القضاة عن أخطائهم الشخصية،^{٢٧٤} وانتهت المحكمة بالتالي إلى أن مفهوم الخطأ الجسيم كما حددته المادة 1-141 ينصرف إلى " الخطأ الذي يرتكبه القاضي تحت تأثير غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بأداء واجبات وظيفته اهتماماً عادياً."^{٢٧٥} ويتضح من هذا التعريف ميل القضاء الفرنسي إلى الاعتداد بالعوامل الشخصية للقاضي في تحديد مفهوم الخطأ الجسيم، بما يترتب على ذلك من منح المحاكم سلطة واسعة في تقدير وجود أو عدم وجود الخطأ الجسيم بناء على الوقائع المعروضة على المحاكم في كل قضية على حدة.

٢٧٢

COMBEAU Pascal, Op. Cit., p. 13; Dir. De BÉCHILLON (Denys), Op. Cit., para. 132-133.

٢٧٤

COMBEAU Pascal, Op. Cit., p. 13.

٢٧٥

(Civ. 1ère, 13 octobre 1953, Bull. n° 224). la faute lourde est "celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné."

La meme formule s'est trouvée surtout dans plusieurs décisions des juges du fond (v. par exemple, C.A Paris, 21 juin 1989 : Gaz. Pal. 1985, 2, p. 344, concl. Lupi - 21 mars 1991 : Gaz. Pal. 1992, I, somm. p. 230).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وقد ذهبت بعض أحكام المحاكم الاستئنافية، في ضوء التعريف الذي استقرت عليه أحكام محكمة النقض لمفهوم الخطأ الجسيم الذي تسأل عنه الدولة بالتعويض تطبيقاً لنص المادة 1-141 L، إلى قصر مفهوم الخطأ الجسيم على الأفعال الدالة أو المنطوية على وجود عداء شخصي^{٢٧٦} L'animosité Personnelle أو قصد إلحاق الضرر^{٢٧٧} L'intention de nuire أو سوء النية^{٢٧٨} La mauvaise fois أو إخلال جسيم بمقتضيات وواجبات الوظيفة^{٢٧٩} un comportement anormalement déficient.

وقد تعرض التعريف الذي تبنته محكمة النقض لمفهوم الخطأ الجسيم للنقد من جانب الفقه الفرنسي لما له من أثر بالغ في التضيق من نطاق مسؤولية الدولة عن حالات التسيير المعيب لمرفق القضاء أدت بالتبعية إلى ندرة التطبيقات القضائية المستخلصة للخطأ الجسيم،^{٢٨٠} إذ رفضت محكمة النقض اعتبار خطأ قاضي التحقيق في حبس وإحالة رئيس مجلس إدارة إحدى الشركات المساهمة إلى محكمة الجناح عن جريمة اختلاس بالمخالفة لقواعد الاختصاص المكاني خطأ جسيماً؛ وذلك بسبب شدة تعقيد ملف القضية، ووجود بعد دولي في القضية يتطلب إجراء تحقيقات إضافية خارج مجال الاختصاص المكاني للمحاكم الفرنسية.^{٢٨١} وفي نفس الاتجاه، رفضت محكمة النقض عد قرار الحفظ الذي أصدره قاضي التحقيق في إحدى القضايا المتعلقة بحادث مروري نجم عنه وفاة بعض ضحايا الحادث؛ بسبب عدم قدرته على تحديد المسئول جنائياً - في ظل ما اكتنف وقائع الدعوى من غموض شديد وتضارب في أقوال الشهود- خطأ

٢٧٦

C.A Paris, 13 mars 1985 : B.C c/ Trésor Public

٢٧٧

C.A Paris, 25 mai 1988, Sté Fils de Ramel

٢٧٨

C.A Paris, 29 mai 1990, Delalande c/ A.J.T

٢٧٩

CA Paris 1 avril 1994, JCP 1994.I.3805, obs. L. Cadiet.

٢٨٠

Condé (Lycette), Op. Cit., p. 23.

٢٨١

(Civ. 2ème, 10 juin 1999, arrêt n° 934 D)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

جسيماً تتولد عنه مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء.^{٢٨٢} كما قضت ذات المحكمة أن خطأ قلم كتاب المحكمة في قيد إحدى الدعاوي التجارية - والتي تدخل في نطاق اختصاص المحاكم التجارية - بالمخالفة لقواعد الاختصاص النوعي أمام المحكمة المدنية، وقيام هذه الأخيرة بالفصل فيها دون التثبت من اختصاصها لا يندرج في مفهوم الخطأ الجسيم.^{٢٨٣}

كما انتقد جانب آخر من الفقه التعريف السابق لما ينطوي عليه من خلط بين مفهوم الخطأ الجسيم والخطأ الشخصي الموسوغ للمسئولية الشخصية للقضاء،^{٢٨٤} مؤكداً أن المادة 1-141 L. لم تستهدف تنظيم مسؤولية القضاة عن أخطائهم الشخصية أو إقرار مسؤولية الدولة عن تلك الأخطاء، إذ إن المسؤولية الشخصية لرجال القضاء نظمها المشرع بموجب دعوى خاصة هي دعوى المخاصمة *La Prise a Partie* في نص المادة 3-141 L من قانون تنظيم القضاء، أما وقد أفرد المشرع نصاً خاصاً لتنظيم مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، فإن مؤدى ذلك أن إرادة الشارع قد انصرفت إلى أن يكون للخطأ الجسيم الموسوغ لمسئولية الدولة عن حالات التسيير المعيب لمرفق القضاء معنى مغاير لمفهوم الخطأ الجسيم الموسوغ للمسئولية الشخصية لرجال القضاء.^{٢٨٥} ويخلص أنصار هذا الاتجاه أن الخطأ الجسيم الموجب لمسئولية الدولة بالتطبيق لنص المادة 1-141 L هو خطأ مرفقي لا يمكن تعريفه في ضوء عوامل

٢٨٢

Civ. 1ère, 3 mai 2000 : Bienes c/ A.J.T, arrêt n° 795 D

٢٨٣

(Civ. 1ère, 20 fév. 1996, Bull. n° 94)

٢٨٤

COMBEAU Pascal, Op. Cit., p. 1٤

٢٨٥

Renard-Payen (Olibier) et Robineau (Yves), « La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice », in Cour de cassation, Rapport d'activités 2002, P. 3
http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_etudes_documents_143/etudes_theme_responsabilite_145/faute_fait_6107.html

Desdevises (Yves), « Quelques remarques sur la responsabilité sur la responsabilité des juges et de la justice », *Mélanges Normand, Litec*, 2003, p. 170.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

شخصية تتعلق بأشخاص القائمين على إدارة مرفق العدالة أو سلوكياتهم، وإنما يتعين تفسيره في ضوء معايير موضوعية تتعلق بغايات ووظائف السلطة القضائية.^{٢٨٦}

على أنه تجدر الإشارة - قيل الحديث عن تطور مفهوم الخطأ الجسيم - إلى أنه بالرغم من تشدد محكمة النقض الفرنسية في استخلاص الخطأ الجسيم في التطبيقات القضائية السابقة؛ إلا أنه لا ينبغي أن يفهم مما سبق أن القضاء العادي قد استبعد قيام مسؤولية الدولة على أساس الخطأ الجسيم بالتطبيق لنص المادة 1-141 من قانون تنظيم القضاء بصفة مطلقة، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في بضعة أحكام بقيام مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء بعد استخلاصها للخطأ الجسيم المسوغ للمسئولية، ولعل من أهم التطبيقات القضائية في هذا الخصوص ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من أن قيام السلطات المختصة بمكافحة الفساد بتسريب معلومات تتعلق بقضايا لا تزال في طور التحقيقات وجمع الاستدلالات إلى إحدى الوكالات الصحفية بغية الكشف عن الأشخاص المتورطين في هذه القضايا يشكل خطأ جسيماً موجباً لمسئولية الدولة عن السير المعيب لمرفق القضاء.^{٢٨٧} وفي الاتجاه نفسه، قضى بأن قيام وزير العدل الفرنسي بتوزيع منشور على أعضاء النيابة العامة يوجههم فيه على الاستمرار في إقامة الدعاوي الجنائية ضد شركات الإعلانات التجارية التي تقوم بالترويج للمنتجات المستوردة بالمخالفة لنص المادتين ١٧ و ١٨ من قانون المشروبات الكحولية *debits de Boissons* على الرغم من صدور حكم نهائي من محكمة العدل الأوروبية يقضي بمخالفة نص هاتين المادتين

٢٨٦

responsabilité de l'État à la responsabilité personnelle des magistrats, in M. Albert (Nathalie), De la l'encontre des magistrats, Les actions récursoires et disciplinaires à justice", Deguerge [dir.], Justice et responsabilité de l'État : PUF, 2003, coll. "Droit et p. 221); COMBEAU Pascal, Op. Cit., p.

٢٨٧

Civ. 1ère, 9 mars 1999, Bull. n° 84

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول، ٢٠١٧، المجلد الأول

لنصوص الاتفاقية الأوروبية يشكل خطأ جسيماً ومسوغاً لمسئولية الدولة عن السير المعيب لمرفق القضاء.^{٢٨٨}

- حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية *Laroche* وأثره على تطور مفهوم الخطأ الجسيم

كان لحكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ٢٣ فبراير ٢٠٠١ في قضية Bernard Laroche بالغ الأثر في تطور مفهوم الخطأ الجسيم المسوغ لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء.^{٢٨٩} وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام سلطات التحقيق الفرنسية باتهام شخص يدعى Beranard Laroche بقتل الطفل Gregory villemain وحبسه احتياطياً على ذمة التحقيق، ثم الإفراج عنه لاحقاً مع الاستمرار في السير في اجراءات الدعوى، وفي الشهر التالي لحصول Laroche على الإفراج، قام والد الطفل الضحية باغتياله انتقاماً لولده، وبينما حكم القضاء على والد الطفل المجني عليه عن جريمة قتل laroche، انتهت الإجراءات الخاصة في الدعوى الأصلية الخاصة بمقتل الطفل Gregory بصدور أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى، مما دفع ورثة Laroche إلى رفع دعوى قضائية بالتطبيق لنص المادة 1-141 L من قانون تنظيم القضاء يطلبون فيها إقرار مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء وإلزامها بتعويض ما لحقهم من ضرر بسبب ما شاب إجراءات التحقيق مع مورثهم في حادث اغتيال الطفل من أخطاء وإهمال ملحوظ - كتردد المحققين وانتهاك سرية التحقيق - أدت في النهاية إلى وفاته.

وبالرغم من ذهاب محكمة الاستئناف بباريس إلى رفض طلباتهم مبررةً حكمها بأنه ليس في الأخطاء التي يدعي الطاعنون وقوعها خلال سير الدعوى الجنائية في حق مورثهم ما يمكن أن يرقى إلي مستوى الخطأ الجسيم وفقاً للمعايير التي أرستها محكمة النقض الفرنسية في أحكامها، إلا أن محكمة النقض، عند عرض الأمر عليها، أقرت بمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، معتمدة في ذلك على تعريف موسع لمفهوم الخطأ الجسيم، حيث عرفته بأنه " كل

٢٨٨

Com. 21 févr. 1995, Bull. n° 52

٢٨٩

Renard-Payen (Olibier) et Robineau (Yves), Op. Cit., P. 4.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

قصور ينجم عن فعل أو مجموعة من الأفعال تعكس عدم قدرة مرفق العدالة على القيام بالمهمة الموكولة إليه^{٢٩٠}

“Constitue une faute lourde toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi.”

ويتميز تعريف الخطأ الجسيم كما حدده Laroché عن الاجتهادات القضائية السالف عرضها من عدة نواحي؛ فمن ناحية انتقل هذا الحكم بفكرة الخطأ الجسيم من الخطأ الشخصي إلى فكرة الخطأ الموضوعي،^{٢٩١} إذ اعتمد في تحديد مفهوم الخطأ الجسيم على معيار موضوعي قوامه أي قصور يعكس عدم قدرة مرفق القضاء على القيام بالمهمة الموكولة إليه، ألا وهي تحقيق العدالة، فإن أخفق القضاء في تحقيق هذه المهمة، فإن الدولة تسأل عن هذا الخطأ.^{٢٩٢} ويتفق هذا المعيار الموضوعي مع الفلسفة التي تغياها المشرع الفرنسي من وراء نص المادة L.141 من قانون تنظيم القضاء والتي ميزت بين أحوال تحقق المسؤولية الشخصية للقضاة عن الخطأ الجسيم في المادة 3-L.141 من جانب وحالات انعقاد مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء على أساس الخطأ الجسيم 1-L.141 من جانب آخر، إذ يسمح المعيار الموضوعي الذي اعتمده محكمة النقض في قضية Laroché بالتوسع في مفهوم الخطأ الجسيم

٢٩٠

(Cass. ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16.165 : JurisData n° 2001-008318 ; Bull. civ. 2001, ass. plén., n° 5 ; D. 2001, p. 1752, note C. Debbasch ; Gaz. Pal. 2001, 2, p. 1119, concl. R. de Gouttes et note Collomp ; JCP G 2001, II, 10583, note J.-J. Menuret ; AJDA 2001, p. 788, note S. Petit).

^{٢٩١} دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٩٢.

٢٩٢

COMBEAU Pascal, Op. Cit., p. ١٤ ; Condé (Lycette), Op. Cit., p. 23.

دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٩٣.

الموجب لمسئولية الدولة بالتطبيق لنص المادة I-141.L على نحو يسمح للمتقاضين بمساءلة الدولة عن الأخطاء الناجمة بسبب الأداء المعيب لمرفق القضاء، فلم يعد يقتصر مفهوم الخطأ الجسيم على حالات الخطأ الشخصي أو الغلط الفاضح الذي قد يقع فيها القضاة، وإنما يشمل فضلاً عن ذلك كل قصور في الإجراءات القضائية يترتب عليه عدم قرة المرفق على تحقيق العدالة للمتقاضين، وذلك دون اشتراط نسبة هذا القصور إلى أي من العاملين بالمرفق القضائي.^{٢٩٣}

ومن ناحية أخرى، فإن تعريف قضاء Laroche للخطأ الجسيم يؤكد أن محكمة النقض قد عدلت عما استقرت عليه في أحكامها من عدم جواز قيام مسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء إلا عن الأحوال التي يرقى فيها الفعل المنسوب لمرفق القضاء إلى مستوى الخطأ الجسيم، أما إذا تعددت الأخطاء ولم ترق أي منها على حدة إلى مستوى الخطأ الجسيم فلا مسئولية على الدولة. في حين أن مفهوم الخطأ الجسيم وفقاً لقضاء Laroche يسمح بقيام مسئولية الدولة حال تعدد هذه الأخطاء البسيطة إذا عكست في مجملها عدم قدرة المرفق على تحقيق المهمة الموكولة إليه، ألا وهي تحقيق العدالة للمتقاضين، ولاشك أن هذا التوسع في تفسير مفهوم الخطأ الجسيم هو أمر محمود من شأنه التوسع في إقرار مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، إذ قد لا يرقى أي من الأخطاء أو الإهمال المنسوب إلى مرفق القضاء أو الأشخاص القائمين عليه لمستوى الخطأ الجسيم ولكنها في مجموعها تشكل خطأ جسيماً موجباً لمسئولية الدولة.^{٢٩٤}

٢٩٣

COMBEAU (Pascal), Op. Cit., p. 1^o.

Holderbach-Martin (Virginie), La responsabilite du fait de fonction juridictionnelle face aux exigences du droit europeen, recueil Dalloz 2003, p. 4.

^{٢٩٤} وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن محكمة الاستئناف بباريس - وقيل إصدار محكمة النقض حكمها الشهير في قضية Laroche - كانت قد ذهبت في إحدى القضايا المعروضة عليها - والتي كان المدعي فيها يطلب الحكم بإلزام الدولة بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به بسبب مقتل طفلة على يد والدتها بالتطبيق لنص المادة I-141.L بعد أن حكمت إحدى محاكم الأسرة بباريس بضم الطفلة إلى حضانة والدتها على الرغم مما تعانيه الأم من أمراض نفسية دفعتها فيما بعد إلى قتل الطفلة - إلى أنه إذا كان صحيحاً أن الخطأ البسيط إذا وقع منفرداً لا يمكن أن يشكل أساساً لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء إلا أن تعدد هذه الأخطاء البسيطة قد يعكس في مجمله وجود خطأ جسيماً موجباً لمسئولية الدولة بالتطبيق لنص المادة I-141.L، وانتهت تبعاً لذلك إلى أنه على مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الأول

وبالرغم من ذهاب البعض من الفقه الفرنسي إلى انتقاد التعريف الموسع لمفهوم الخطأ الجسيم كما حدده حكم Laroche نظراً لما أسفر عنه هذا التوسع من تقارب شديد بين مدلولي كل من الخطأ الجسيم والخطأ البسيط على نحو يجعل من الصعب التمييز بينهما،^{٢٩٥} إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن محكمة النقض في قضية Laroche قد استبدلت الخطأ البسيط بالخطأ الجسيم كأساس لتحديد مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، فالخطأ البسيط لا يمكن وفقاً لنص المادة I-141-L أن يشكل بذاته أساساً لمسئولية الدولة، وإنما يمكن أن تنشأ مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء إذا تعددت تلك الأخطاء البسيطة وعكست في مجملها وجود خطأ جسيم يكشف عن عدم قدرة مرفق القضاء على تحقيق العدالة للمتقاضين.^{٢٩٦}

ثانياً: مفهوم إنكار العدالة.

لم يجعل المشرع الفرنسي من الخطأ الجسيم أساساً وحيداً لقيام مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، وإنما كما بينت المادة I-141-L من قانون تنظيم القضاء يمكن أن تنشأ مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء في حالات إنكار العدالة. وقيل أن نعرض لمفهوم إنكار العدالة كما استقر عليه كل من الفقه وأحكام القضاء الفرنسي، تجدر الإشارة إلى أن مصلح إنكار العدالة لا يعد غريباً عن القانون الفرنسي، فقد عرفته بعض التشريعات الفرنسية، منها على سبيل المثال نص المادة الرابعة من التقنين المدني الفرنسي

الرغم من أن عدم رتقاء الإهمال المنسوب إلى قاضي محكمة الأسرة (بسبب عدم قراءة ملف الدعوى بعناية وعدم تثبته من ظروف وملابسات وقائعها) أو الإهمال المنسوب إلى النيابة العامة (والمتمثل في عدم قيامها بإطلاع القاضي على عدد من الوثائق والمعلومات الهام والمتعلقة بالحالة التقنيّة) إلى مستوى الخطأ الجسيم، إلا أن هذه الأخطاء في مجملها تشكل خطأ جسيماً موجبا لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء.

La cour a expliqué que « si, prise isolément, aucune des négligences ainsi constatées ne s'analyse en une faute lourde, en revanche, le fonctionnement defectueux du service public de la justice, qui découle de leur réunion, revêt le caractère d'un telle faute.

Voir CA Paris, 1^{re} ch., sect. A, 25 oct. 2000, n° 1999/07817 : JurisData n° 2000-128470 ;

D. 2001, p. 580, note Cl. Lienhard ; RTD civ. 2001, p. 125, obs. J. Hauser)

^{٢٩٥} (Laroche, voir et voir) sur 5005 voir sur 11 : 1999-07817-1

LOMBARD (Martin), Responsabilité de l'État pour la durée excessive des procès administratifs, Droit Administratif, n° 10, Octobre 2002, comm. 167, page.3.

^{٢٩٦}

Dir. De BÉCHILLON (Denys), Op. Cit., Para. 133

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول

القاضية بمسألة القاضي عن جريمة إنكار العدالة في الأحوال التي يمتنع فيها عن الفصل في دعوى بسبب عدم وجود أو غموض أو عدم كفاية النصوص القانونية،^{٢٩٧} كما ورد مصطلح إنكار العدالة بالمادة 3-141L من قانون تنظيم القضاء الفرنسي بوصفه أحد الأسباب الموجبة لمسئولية القاضي عن خطئه الشخصي إذا امتنع عن الإجابة عن عريضة قدمت له أو امتنع عن الفصل في دعوى صالحة للحكم فيها.^{٢٩٨}

وتطبيقاً لهذا المعنى التقليدي لمفهوم إنكار العدالة كما عرفته النصوص التشريعية المتقدمة، فقد ذهبت بعض أحكام النقض الفرنسية إلى القول بتحقيق إنكار العدالة في الأحوال التي يمتنع فيها القاضي عن الاعتراف لأي من أطراف الخصومة القضائية بأسببية تملكه للعين المتنازع عليها بحجة عدم قيام أي منهم بإثبات ملكيته لهذه العين على نحو قاطع بالرغم من إقرار القاضي في ذات الحكم باشتراك هذه الأطراف في ملكية هذه العين،^{٢٩٩} وقضي أيضاً بتوافر إنكار العدالة في الأحوال التي يمتنع فيها القاضي المختص بنظر الدعوى عن تقدير مبلغ التعويض المحكوم به لأحد الأطراف المتنازعة.^{٣٠٠}

وإذا كان مفاد ما تقدم من نصوص يقصر مفهوم إنكار العدالة على حالات امتناع القاضي عن الفصل في القضايا سواء كان ذلك راجعاً إلى محض إرادته أو كان ناتجاً عن إهمال جسيم، فإنه

^{٢٩٧}
Code Civil, Article 4, « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

^{٢٩٨}
Article L. 141-1 Code d'Organization judiciaries

^{٢٩٩}
(Cass. 3e civ., 16 avr. 1970 : Bull. civ. 1970, III, n° 249 ; JCP G 1970, II, 16459).

^{٣٠٠}
2002, n° 00-10.543 : JurisData n° 2002-012816 ; Bull. civ. 2002, III, (Cass. 3e civ., 6 févr. J.-M. Moulin ; Procédures 2003, comm. 59. - Cass. n° 34 ; JCP G 2003, II, 10014, note n° 2005-029188 ; Bull. civ. 2005, IV, n° com., 28 juin 2005, n° 04-11.543 : JurisData 148).

التساؤل يثار عن المعنى الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادة الشارع الفرنسي لفكرة إنكار العدالة كأساس لقيام مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء تطبيقاً لنص المادة 1-141.L. في هذا السياق، رفض غالبية الفقه الفرنسي قصر مفهوم إنكار العدالة الموجب لمسؤولية الدولة عن حالات التسيير المعيب لمرفق القضاء على الحالات التقليدية التي أوردتها النصوص القانونية المتقدمة مبررين وجهة نظرهم بأن امتناع القاضي عن الفصل في الدعاوي أيًا كان سببه، سواء أكان راجعاً إلى محض إرادته أو ناتج عن إهمال جسيم، هو مما يتدرج في مفهوم الخطأ الجسيم، الأساس الأول لمسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، فإذا كان ذلك المعنى هو ما انصرفت إليه إرادة الشارع لما أوردف الخطأ الجسيم بمصطلح إنكار العدالة،^{٢٠١} أما وقد حدد المشرع الفرنسي في نص المادة 1-141.L. حالات قيام مسؤولية الدولة عن السير المعيب لمرفق العدالة في كل من حالتَي الخطأ الجسيم وإنكار العدالة، فإن مفاد ذلك أن إرادة الشارع الفرنسي قد اتجهت إلى التمييز بين هاتين الصورتين، وأن يكون لكل منهما معنى مغاير عن الآخر، والقول بغير ذلك من شأنه أن يترتب عليه اعتبار مصطلح إنكار العدالة لغوًا وهو ما يتنزه عنه المشرع.^{٢٠٢}

وقد اعتمدت عديد من المحاكم الفرنسية وجهة نظر الفقه الفرنسي في هذا الخصوص، فراحت أحكام القضاء الفرنسي توسع من مفهوم إنكار العدالة الموجب لمسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء ليشمل "أي تقصير أو إخلال من جانب الدولة في الوفاء بواجبها في توفير الحماية القضائية للأفراد"^{٢٠٣}

٢٠١
Holderbach-Martin (Virginie), Op. Cit., p. 4.

٢٠٢
I.-M. Auby, La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire (l'article 11 de la loi n° 72-626 du 5 juill. 1972), AJDA janv. 1973, I, Doctr. p. 7.

Favreau (Du Deni de justice en droit public français, t. 61 : LGDJ, 1964, bibl. dr. publ., p. 559).

٢٠٣
Voire COMBEAU Pascal, Op. Cit. n.33-34, p.15-16.

٢٠٢
تجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف الذي تبنته المحاكم لمصطلح إنكار العدالة كان قد نادى العميد Favreau عام ١٩٦٤ في مؤلفه

٢٠٢
Du Deni de justice en droit public français, t. 61 : LGDJ, 1964, bibl. dr. publ., p. 559

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الامكنزوية العدد الأول ٢٠١٧ - المجلد الأول

Tout manquement de l'Etat a son devoir de protection juridictionnelle de l'individu³⁰⁴.

وتبدو أهمية هذا الحكم فيما قرره من الاعتماد على معيار موضوعي في تعريف إنكار العدالة لا علاقة بسلوك القضاة أو ما قد يصدر عنهم من أخطاء شخصية، إذ إنه بموجب هذا الحكم لم يعد إنكار العدالة قاصرًا على حالات امتناع القاضي عن الإجابة عن عريضة قدمت له أو امتناعه عن الحكم في دعوى صالحة للفصل فيها، وإنما يستوعب فضلًا عن ذلك أي إخلال أو تقصير من جانب الدولة في توفير الحماية القضائية للمتقاضين، بغض النظر عن شخص المتسبب في هذا التقصير (وسواء أكان من القضاة أو أعضاء النيابة العامة، أو أمناء السر أو محضرين أو غيرهم من العاملين في مجال الضبطية القضائية)، أيا كان طبيعة هذا التقصير أو درجة جسامته.³⁰⁵

وقد توالى أحكام القضاء الفرنسي في تأكيد هذا المفهوم الموسع لفكرة إنكار العدالة، فمدت نطاقه ليشمل حالات عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة،³⁰⁶ مبررة ذلك بأن هدف المتقاضى من رفع دعواه أمام القضاء ليس الحصول على الترضية القضائية فحسب، وإنما

TGI Paris 6 juillet 1994, JCP 1994 I.3805, n°2 obs Cadier ; TGI PARIS 22 septembre 1999 jurisdata 199-116523). (Aux termes de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, "l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice", et "cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice". Il faut entendre par déni de justice non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en état de l'être, mais aussi, plus largement, tout manquement de l'État à son devoir "de protection juridictionnelle de l'individu.

305

Condé (Lycette), n.56, p. 23-24.

306

Strickler (Yves), Jurisclasseur Fasc. 1540 : DÉLAI RAISONNABLE DE JUGEMENT 16 Août 2007, n°57 p21; Condé (Lycette), n.56, p. 23.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الحيثية عليها في أجل معقول؛ ومن ثم فإن الحماية القضائية التي تلتزم الدولة بتوفيرها للأفراد لا تقتصر على مجرد الفصل في النزاعات القضائية بحكم نهائي، وإنما تشمل فضلاً عن ذلك ضرورة الفصل في هذه النزاعات خلال مدة زمنية معقولة، والقول بغير ذلك من شأنه أن يفرغ الحق في الحماية القضائية من مضمونه ويحيله إلى حقاً نظرياً مجصاً.^{٢٠٧}

ولعل من أهم التطبيقات القضائية لإقرار مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء في ضوء هذا التعريف الموسع لفكرة إنكار العدالة، ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من أن قيام المحكمة المختصة بتحديد أولى جلسات المرافعة في إحدى الطعون الاستئنافية بعد مرور مدة ثلاث سنوات من تاريخ تقديم الطعن - بموجب قرار غير قابل للطعن عليه كانت المحكمة قد اتخذته بما لها من سلطة في إدارة الجلسات - يمثل انتهاكاً صارخاً لحق الأفراد في الحصول على الحماية القضائية الذي تلتزم الدولة بكفالتها للمتقاضين، ويشكل من ثم إحدى صور إنكار العدالة الذي تسأل عنه الدولة بالتطبيق لنص المادة 1-141 L. من قانون تنظيم القضاء.^{٢٠٨}

وفي الاتجاه ذاته، ذهبت محكمة الاستئناف بباريس إلى أن استغراق أحد مجالس القضايا العمالية Conseil de prud'hommes لمدة تزيد على عشرة أشهر للبدء في نظر أحد الدعاوي المرفوعة أمامه يعد بمثابة إنكاراً للعدالة لما تنطوي عليه هذه الإطالة غير المبررة من إخلال بحق المتقاضين في الحصول على الحماية القضائية التي تلتزم الدولة بتوفيرها.^{٢٠٩}

TGI Paris 6 juillet 1994, JCP 1994 I.3805, n°2 obs Cadier ; TGI PARIS 22 septembre 1999 jurisdata 199-116523 ; Frederic Edel, Op. Cit., p. 7.

janv. 1995, p. 9, note F. de la Vaissière ; RTD TGI Paris, 6 juill. 1994 : Dr. et patrimoine civ. 1995, p. 957, obs. R. Perrot.

CA Paris, 10 nov. 1999 ; D. 2000, inf. rap. p. 31

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول: ٢٠١٧، المجلد الأول

كما اعتبر القضاء الفرنسي أن امتداد فترة المداولة لمدة تزيد عن سبعة عشر شهراً في إحدى القضايا التي لا يثير مضمونها أي تعقيدات أو إشكاليات خاصة يعد درباً من دروب إنكار العدالة الذي تسأل عنه الدولة.^{٢١٠}

الفرع الثاني

الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن عدم فصل القضاء العادي في النزاع خلال مدة زمنية معقولة

بالرغم من خلو التنظيم القانوني الفرنسي من نص قانوني يقر بمسئولية الدولة عن حالات عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، إلا أن تطور التفسير القضائي لفكرتي الخطأ الجسيم وإنكار العدالة قد أفضى إلى التوسع في إعمال مسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، ليشمل عدداً من الحالات كان في مقدمتها حالات عدم فصل القضاء العادي في النزاع خلال مدة زمنية معقولة،^{٢١١} تلك النتيجة لم يكن ليصل إليها القضاء الفرنسي حال استمرار تبنيه

٢١٠

2009. Cass. 1re civ., 4 juin

انظر أيضا في نفس اتجاه القضاء السابق، الأحكام التالية

2001 : JurisData n° 2001-186027 TGI Nice, 3e civ., 17 sept.

Vaissière, Dr. et patrimoine janv. 1995, p. 9 TI Paris, 2 févr. 1993 : inédit ; cité par De La

٢١١

Dap (Stephane), Delai Reasonnable et Responsabilite de L'etat pour faute simple pour fonctionnement defectueux du service public, 12/01/2008 Revue general de droit <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/12/delai-raisonnable-et-responsabilite-de-letat-pour-faute-simple-pour-fonctionnement-defectueux-du-service-public/>.

Jane-laure Bonnemaïson, LA RESPONSABILITE JURIDICTIONNELLE, These pour L'obtention de doctorate droit prive, n. 257, p.166 (5n0V. 2011). http://docnum.univ-lorraine.fr/public/UPV-M/Theses/2011/Bonnemaïson.Jane_Laure.DMZ1105.pdf

Condé (Lycette) Op. Cit., n.56, p. 24.

المفاهيم الضيقة لكل من فكرتي من الخطأ الجسيم وإنكار العدالة، إذ إن تآخير الفصل في القضايا لا يرجع دوماً إلى خطأ القاضي الشخصي أو غيره من العاملين بالمرفق وإنما يرجع في كثير من الأحيان إلى نقص الإمكانيات البشرية والمادية في مرفق القضاء.^{٢١٢} وما يدعم وجهة النظر تلك، استقراء أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قبل وبعد حكم محكمة النقض في قضية Laroche، فبعد أن كانت المحكمة قد انتهت في قضية *Vernillo c/ France* بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٩١ إلى أن التنظيم القانوني لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء الوارد بالمادة 1-141 L من قانون تنظيم القضاء لا يشكل - في ضوء أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - طريق طعن قضائي فعال *un recours efficace* لحماية حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة؛^{٢١٣} عادت في *Papon c/ France* لتؤكد أن توسع محكمة النقض في تفسير فكرة الخطأ الجسيم في قضية Laroche نتيجة الاعتماد على معيار موضوعي قوامه غايات ووظائف السلطة القضائية يؤكد استيعاب مفهوم الخطأ الجسيم لكافة صور الخطأ الناتجة عن الأداء المعيب للمرفق، ويدل بما لا يدع مجالاً للشك، على أن التنظيم القانوني لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء بات كافيًا وفعالاً لحماية حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{٢١٤}

وفيما يتعلق بأساس مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، فقد تبينت أحكام القضاء الفرنسي، إذ ذهب بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية إلى تأسيس

٢١٢

Condé (Lycette), Op. Cit. n. ٧٢, p. ٣٥.

٢١٣

CEDH 20 févr. 1991, *Vernillo c/ France*, § 27.

٢١٤

CEDH, 15 nov. 2001, *Papon c/ France*, n° 54210/00, § 3; Voire également CEDH, 11 sept. 2001, *Richard Marks c/ France*.

Voir encore Cassia, Paul, *Les Grands Arrêts du Contentieux Administratif*, 3e Edition 2011, p. 11٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإلكترونية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة على أساس الخطأ الجسيم،^{٣١٥} وكان في مقدمة تلك الأحكام ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن امتناع قاضي التحقيق عن اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق لمدة أربع سنوات وسبعة أشهر في إحدى الدعاوى التي انتهت بصدور أمر بالإلحاح وجه إقامة الدعوى يعد من قبيل الخطأ الجسيم الذي يعكس في جملته عدم قدرة مرفق القضاء عن أداء المهمة الموكولة إليه.^{٣١٦}

كما قضي بأن استمرار إجراءات التقاضي لمدة تزيد عن أربعة عشر عاما في إحدى القضايا المتعلقة بحوادث العمل التي لا يثير موضوعها أي تعقيدات أو إشكالات خاصة تبرر هذه الإطالة غير المعقولة في مدد التقاضي يعد من قبيل الخطأ الجسيم الموجب لقيام مسؤولية لدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء.^{٣١٧}

على الجانب الآخر، ذهب البعض الآخر من الأحكام القضائية إلى تأسيس مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة على أساس فكرة إنكار العدالة، ومن أهم الأحكام في هذا الصدد ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بباريس من أن استمرار السير في إجراءات الدعوى الجنائية ضد أحد المتهمين لمدة عشر سنوات (استغرقت النيابة العامة منها قرابة ٢٩ شهرا لإعداد قرار الإحالة للتحقيق) يمثل تأخيرا غير مبرر في إجراءات التقاضي ويندرج

٣١٥

Cass., A.P., 23 février 2001, pourvoi numéro 99-16165, Consorts Bôlle Laroche: Bull. inf. C. cass. 1er avril 2001, p. 9, concl. de Gouttes et rapp. Collomp; Bull. civ., Ass. plén. n° 5 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. n° 10, note Vaillier ; D. 2001, p. 1752, note Debbasch).

Strickler (Yves), Op. Cit. n°56 p21.

٣١٦

Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 06-13.040 : D. 2007, p. 1929, note J. Pradel ; AJP 2007,)G. Royer n° 5, p. 223, note

٣١٧

1re civ., 20 févr. 2008, n° 06-20.384 : JurisData n° 2008-042816 ; D. 2008, p. (Cass. 791).

بالتبعية في مفهوم إنكارًا للعدالة المسوغ لمسئولية الدولة بالتطبيق للمادة L141-1 من قانون تنظيم القضاء.^{٣١٨}

ويرجع هذا التباين بين الأحكام القضائية في تحديد أساس مسؤولية الدولة عن حالات عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة إلى تشابه المعايير الموضوعية التي تبناها القضاء الفرنسي في تحديد مفهوم كل من الخطأ الجسيم وإنكار العدالة،^{٣١٩} إذ أدى هذا التقارب الملحوظ في المعايير إلى الخلط بين مفهوم الخطأ الجسيم وإنكار العدالة في بعض أحكام القضاء الفرنسي، ويؤكد ذلك ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في إحدى القضايا من أن الخطأ الجسيم يشمل "حالات إنكار العدالة أو أي قصور ينجم عن فعل أو مجموعة من الأفعال تعكس عدم قدرة مرفق القضاء على القيام بالمهمة الموكولة إليه"^{٣٢٠}

وتجدر الإشارة في نهاية الحديث عن أساس مسؤولية الدولة عن طول مدد التقاضي أمام القضاء العادي، إلى أن محكمة النقض قد ذهبت في إحدى الأحكام الحديثة إلى تأسيس مسؤولية الدولة عن طول مدة التقاضي على أساس مزوج يعتمد على فكرة إنكار العدالة من ناحية وانتهاك نص المادة ٦ فقرة (١) من الاتفاقية الأوروبية التي كرست حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة من ناحية أخرى، وكان ذلك بمناسبة نقضها لحكم صادر من إحدى المحاكم الاستئنافية بسبب عدم مراعاة هذه الأخيرة في تقدير قيمة التعويض المحكوم بها عن طول مدد التقاضي

٣١٨

CA Paris, 8 mars 2000, n°1999/07728.

TGI Paris, 6 juillet 1994, C. et A. de Jaeger c. Agent judiciaire du Trésor public, Gaz. Pal., 1994 II 589, note Petit et TGI Paris, 5 novembre 1997, Gauthier c/ Ministre de la justice et autres.

٣١٩

COMBEAU Pascal, Op. Cit., n.٣٢, p.١٦.

٣٢٠

n° 09-67.311, "que constitue V. la formulation de l'arrêt Cass. 1re civ., 17 juin 2010, une faute lourde le déni de justice ou toute déficience caractérisée par une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi")،

للمعايير والثوابت التي استقر عليها قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تفسير نص المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.^{٣٢١} وإذا كان هذا الحكم يعد دليلاً دامغاً على رغبة القضاء الفرنسي في تكريس مفهوم حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة الوارد بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إلا أن محكمة النقض لم تجعل من مجرد انتهاك نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الأساس الوحيد لقيام مسؤولية الدولة عن طول مدة التقاضي، وإنما اعترفت به كأساس مكمل لإنكار العدالة، حيث أرادت بذلك أن تحفظ لكل من فكرتي الخطأ الجسيم وإنكار العدالة مكانتهما وخصوصيتهما في النظام القانون الفرنسي، لاسيما بعد أن أقرت المحكمة الأوروبية صراحة بفعالية النظام القانوني لمسؤولية الدولة الوارد بنص المادة 1-141 L من قانون تنظيم القضاء الفرنسي في حماية حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{٣٢٢}

وإذا كان تطور التفسيرات القضائية لكل من فكرتي الخطأ الجسيم وإنكار العدالة قد أفضى إلى إقرار مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة استناداً إلى الخطأ الجسيم تارة وإنكار العدالة تارة أخرى، فإننا نميل إلى الأخذ بفكرة إنكار العدالة، دون الخطأ الجسيم، كأساس لإقرار مسؤولية الدولة عن الإطالة غير المعقولة في إجراءات التقاضي، وذلك لعدة أسباب منها:

أن إطالة إجراءات التقاضي ليس مردها دائماً خطأ المؤسسة القضائية نفسها *Faute de l'institution Judiciaire* أو العاملين بها، وإنما قد تنشأ الإطالة بسبب أمور تتعلق بتسيير وتنظيم مرفق القضاء كتراكم أعداد القضايا المنظورة أمام المحاكم *l'engorgement du service*، أو نقص شديد في أعداد القضاة، أو قلة عدد المحاكم.^{٣٢٣}

٣٢١

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 4 novembre 2010, 09-69.955, Publié au bulletin.

٣٢٢

COMBEAU (Pascal), Op. Cit., n.27, p. 16

٣٢٣

M.-A. Frison-Roche, note sous TGI Paris, 1re ch., 5 nov. 1997, Gauthier c/ Ministre de la Justice et autre, D. 1998, Jur. p. 10; Holderbach-Martin (Virginie), Op. Cit., p. 4.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

بينما يكمن السبب الثاني في أن قضاء محكمة النقض، بالرغم من توسعه في تفكير مفهوم الخطأ الجسيم، لم يقوّى على استبدال الخطأ الجسيم بالخطأ البسيط، والقول بغير ذلك يتضمن مخالفة لصريح إرادة الشارع الذي استلزم الخطأ الجسيم لإقرار مسؤولية الدولة عن التسيير المغيب لمرفق القضاء. ومن المعلوم أن الخطأ الجسيم يختلف عن الخطأ البسيط في أنه خطأ صارخ لا يحتمل تقديره أو استظهاره أي خلاف، ولذا فإن تطلبه لإقرار مسؤولية الدولة يقتضي التفاضلي عما قد يقع من أخطاء لا مفر منها في ضوء الصعوبات التي تحيط بممارسة العمل القضائي.^{٢٢٤} وبالنسبة للسبب الثالث والأخير، فيتمثل في أن التعريف الذي أورده محكمة النقض للخطأ الجسيم لم يبين على نحو قاطع ما إذا كان عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة يمكن أن يرقى وحده لمرتبة الخطأ الجسيم من عدمه؛ ومن ثم فقد لا ترى المحاكم في إطالة إجراءات التقاضي وحدها - لا سيما في الحالات التي لا ترجع فيها هذه الإطالة إلى خطأ المؤسّسة القضائية أو أحد العاملين بها - قصور يرقى إلى مستوى الخطأ الجسيم الذي يعكس عدم قدرة المرفق على أداء المهمة الموكولة إليه.

ولهذه الأسباب فإننا نرى أن تأسيس مسؤولية الدولة عن إطالة أمد التقاضي على أساس فكرة إنكار العدالة هو الأقرب إلى المنطق القانوني السليم والأكثر توافقاً مع نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. إذ يترتب على ربط مفهوم إنكار العدالة - كما حدده القضاء الفرنسي - بحق الأفراد في الحصول على الحماية القضائية، توسيع مفهوم إنكار العدالة ليشمل جميع حالات عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، بحسبان أن حق الفرد في الحصول على الحماية القضائية لا يتوقف عند حد الحصول على الترضية القضائية فحسب وإنما الحصول عليها في أجل معقول. وبناء عليه، فإن أي قصور من جانب الدولة في كفالة حق المتقاضين في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، وسواء ارتقى هذا القصور إلى مستوى الخطأ الجسيم أم لم يرتق، يعد إخلالاً بحق المتقاضين في الحصول على الحماية القضائية التي تلتزم الدولة بكفالتها، وإنكاراً للعدالة مما تشغل به مسؤولية

الدولة بالتطبيق لنص المادة L.141.1 من قانون تنظيم القضاء الفرنسي. ويتسع مفهوم إنكار العدالة وفقاً للمعنى المتقدم ليشمل فضلاً عن حالات الإطالة الناتجة عن خطأ المؤسسة القضائية أو العاملين بها أيًا كان درجة جسامته، حالات الإطالة الناجمة عن أخطاء الدولة في تسيير وتنظيم مرفق القضاء، فتسأل الدولة عن هذه الإطالة إذا كانت راجعة إلى تكديس القضايا أمام المحاكم، أو النقص في أعداد القضاة أو قلة عدد المحاكم المتاحة للمتقاضين. ويجد ما خلصنا إليه صدى لدى بعض الفقه الفرنسي القائل بأن الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة يتعين النظر إليها دائماً من منظور المتقاضين وليس من منظور الجهة القائمة على شنون القضاء،^{٣٢٥} إذ إن العدالة التي يأملها المتقاضى من لجونه إلى القضاء لا تتحقق بالفصل في موضوع النزاع بحكم يرد الحق إلى صاحبه فحسب، وإنما بصدور هذا الحكم في أمد معقول يخول لصاحبه حق الاستفادة بما قضى له من حقوق.

المطلب الثاني

مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء الإداري

بعد أن تناولنا في المطلب السابق لموقف القضاء العادي من مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، نعرض من خلال هذا المطلب لموقف القضاء الإداري الفرنسي من مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، فنعرض بدايةً للأساس القانوني الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري، ثم نتناول بعد ذلك موقف مجلس الدولة من مسؤولية الدولة عن عدم فصل القضاء الإداري في النزاع خلال مدة زمنية معقولة وأساس هذه المسؤولية، وذلك في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري.
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن عدم فصل القضاء الإداري في النزاع خلال مدة زمنية معقولة .

الفرع الأول

الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري

بالرغم من تراجع المشرع الفرنسي والقضاء العادي عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فقد ظل مجلس الدولة الفرنسي مخلصاً لهذا المبدأ لسنوات طويلة،^{٢٢٦} حتى بعد صدور القانون رقم 626-72 لسنة 19٧٢، إذ رفض وبشكل قاطع انطباق نصوص الخاصة

Gaudmet (Yves), Droit Administratif, 21 e edition, LGDJ (2015), p. 184-188.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر بإمكانية قيام مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يمكن فصلها عن الوظيفة القضائية *faute detachable de l'exercice de la fonction juridictionnelle*.
CE, 14 Novembre 1958, Blondet, RDP, 1959, P.952, note, Waline, Citee par Gaudmet (Yves), Op. Cit., p. 18°.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

بإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في حالتي الخطأ الجسيم وإنكار العدالة على أعمال القضاء الإداري.^{٣٢٧}

على أن مجلس الدولة قد بدأ في التحول تدريجيًا عن مبدأ عدم المسؤولية منذ عام ١٩٧٨ وتحديدًا في حكمه الصادر في قضية Darmont،^{٣٢٨} إذ أقر صراحة في هذا الحكم بإمكانية قيام مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري على أساس الخطأ وفقًا للمبادئ العامة التي تحكم مسؤولية المرافق العامة، وإن كان قد قصر نطاق هذه المسؤولية على حالة الخطأ الجسيم المرتبط بالوظيفة القضائية. كما استبعد الحكم صراحة من نطاق المسؤولية الخطأ المتعلق بمضمون الأحكام النهائية ولو كان جسيمًا، بحسبان أن ما تحوزه هذه الأحكام من حجية وقوة الأمر المقضي به تحول دون قيام مسؤولية الدولة.^{٣٢٩}

٣٢٧

CE 29 décembre 1978, requête numéro 96004, Darmont . Le Conseil d'état a affirmé "que s'il se prévaut à cet égard des dispositions de l'article 11 de la loi n. 72-626 du 5 juillet 1972 mettant à la charge de l'Etat la réparation du 'dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice, ces dispositions, d'ailleurs postérieures aux décisions critiquées, ne concernent que les juridictions de l'ordre judiciaire et ne s'appliquent pas aux juridictions de l'ordre administratif."

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية من جانبها عدم انطباق نص المادة L141-1 من قانون تنظيم القضاء بشأن مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرافق القضاء على أعمال القضاء الإداري
L'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire ne s'appliquant pas aux juridictions administratives, il n'est pas possible de se prévaloir de l'influence, sur la judiciaire, du caractère déraisonnable de la durée de la durée globale de la procédure
22 mars 2005, n° 03-10.355 : procédure devant le juge administratif (Cass. 1re civ.,
JurisData n° 2005-027688 ; Bull. civ. 2005, I, n° 149 ; Dr. et proc. 2005, p. 288, obs.

A. Bugada).

٣٢٨

CE 29 décembre 1978, requête numéro 96004, Darmont .

٣٢٩

CE 29 décembre 1978, requête numéro 96004, Darmont , "une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وقد قيل في شأن تبرير فكرة الخطأ الجسيم الذي اشترطه قضاء مجلس الدولة في *Darmont* عديد من الحجج المتشابهة مع ما ساقه الفقه التقليدي من حجج في تبرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، وكان في مقدمتها أن طبيعة نشاط السلطة القضائية وصعوبات مزاولته تقتضي التغاضي عما قد يقع من أخطاء بسيطة من جانب القضاة بمناسبة ممارستهم لأعمالهم الوظيفية،^{٣٢٠} وقيل أيضًا أن صعوبة إثبات الخطأ الجسيم الذي تطلبه مجلس الدولة لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري من شأنه الحد من أعداد هذه النوعية من القضايا التي قد يرفعها المتقاضون بغرض التنكيل بالقضاة، وهو ما من شأنه أن يخلق شعور بالطمأنينة لدى قضاة القضاء الإداري أثناء نهوضهم بواجبهم الوظيفية.^{٣٢١}

وعلى أية حال، فبالرغم من أهمية هذا الحكم وأثره البارز في تطور مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري في فرنسا، إلا أنه أثره كان محدود من عدة نواحي:

فمن ناحية قصر حكم *Darmont* مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في أضيق نطاق ممكن، فلم يقرها إلا في حالة الخطأ الجسيم، وهو الأساس المعتمد من قبل مجلس الدولة عمومًا في شأن المسؤولية عن "النشاطات التي تحوط بممارستها المصاعب ويدق في أمورها التقدير"، وبمعنى آخر فإن الخطأ الذي اعتمده قضاء مجلس الدولة لقيام مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري هو الخطأ الساطع الذي لا يحتمل تقديره أي خلاف ممكن.^{٣٢٢} كما أن تقدير وجود هذا الخطأ ليس بالأمر الهين أو اليسير، إذ يقتضي تطلبه لقيام مسؤولية الدولة، تغاضي القاضي

du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive."

٣٢٠

Rapp. Foyer et Mazeaud, JO doc. AN, n° 2, 447.

Holderbach-Martin (Virginie), Op. Cit., p.3-4

٣٢١

Wiederkehr (Georges), La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice, Justices, n°5, janv./mars 1997, p. 22.

^{٣٢٢} دكتور محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسًا لمسئولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، (٢٠٠٣)، ص. ٤٤.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول. ٢٠١٧ المجلد الاول

المختص بنظر دعوى المسؤولية عما قد تقتضيه محاكم القضاء الإداري من أخطاء بسيطة لا مفر منها في ضوء الصعوبات التي تحيط بممارسة العمل القضائي.^{٣٣٣}

ومن ناحية أخرى، لم يحدد الحكم ماهية الخطأ الجسيم المرتبط بممارسة الوظيفة القضائية الذي يمكن على أساسه إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري،^{٣٣٤} ومن المعلوم أن الخطأ الجسيم ليس له تعريف محدد بل يعتمد الإمساك به إلى درجة كبيرة على تقدير القاضي،^{٣٣٥} وهو ما دفع بعض من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الخطأ لا يمكن اعتباره خطأ جسيماً إلا عندما يضيف القاضي عليه هذه الصفة *«la faute est lourde lorsqu'elle est appreciee comme telle par le juge administrative.»*^{٣٣٦}

٣٣٣

Renard-Payen (Olibier) et Robineau (Yves), Op. Cit., P. 8.

٣٣٤

Rougevin-Baville, Concl. Sur C.E., Ass., 29 Dec., 1978, Rec., p.542. Il indiquait dans ses conclusions que ces hypothèses n'étaient pas théoriques et en citait quatre catégories :

- 1- les décisions juridictionnelles ultérieurement annulées ou réformées à la suite de l'exercice d'une voie de recours
- 2- une décision juridictionnelle non revêtue de l'autorité de la chose jugée (ordonnance de référé)
- 3- un acte qui s'insère dans la procédure avant ou après le jugement mais qui n'est pas détachable
- 4- un simple agissement, ou une abstention de la juridiction, comme un délai excessif de jugement.

على أن السيد Rougevin-Baville مفوض الحكومة في قضية Darmonot قد ذهب في ملاحظاته على الحكم الصادر من مجلس الدولة إلى تحديد أربعة حالات يمكن أن تتعد فيهم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية على أساس الخطأ الجسيم، وهي

- ١- إلغاء أو تعديل حكم قضائي بعد الطعن فيه.
- ٢- الأحكام القضائية التي لا تحوز قوة الأمر المقضي به، كالأحكام الصادرة في الشق المستعجل، أو الأحكام الصادرة بوقف التنفيذ.
- ٣- أي عمل يتعلق بالإجراءات القضائية، قبل الحكم أو بعده، على ألا ينفصل هذا العمل عن الحكم.
- ٤- أي تصرف أو امتناع من جانب المحاكم كعدم قيام المحاكم بالفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة.

^{٣٣٥} دكتور محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. ٤١ وما بعدها.

^{٣٣٦} دكتور سام دل، مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري في فرنسا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٣١، العدد الأول، ٢٠١٥، ص ١٩٩ وما بعدها. نقلًا عن

J.-F. COUZINET, « La notion de faute lourde administrative », RDP 1977, p.283 et ss.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وأخيراً، استثنى مجلس الدولة من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري الحالات التي يكون الخطأ الجسيم فيها ناتجاً عن مضمون أحد الأحكام النهائية، مبرراً قضاءه بأن قوة الشيء المقضي به *La force de la chose jugée* تحول دون إعمال هذه المسؤولية، وتعكس تلك الحجة - التي لظالماً تدرع بها أنصار عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بوجه عام - الحذر الشديد لمجلس الدولة الفرنسي في التحول من مبدأ عدم المسؤولية إلى مبدأ المسؤولية، وهو ما يعني أن الأحكام القضائية النهائية لا يمكن، في ظل قضاء *Darmont*، أن تكون سبباً لإثارة مسؤولية الدولة مهما بلغت درجة الجسامة أو العوار في الحكم النهائي.^{٢٢٧}

وإذا كان ما سبق يعكس موقف مجلس الدولة الفرنسي من مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية عموماً، فيجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد اتجه في العقد الأخير إلى التخفيف من حدة مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن الأحكام النهائية التي شابها خطأ جسيم، إذ استثنى بموجب

^{٢٢٧} وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية بباريس قد ذهبت في أحد أحكامها إلى تبرير قضاء مجلس الدولة الفرنسي في *Darmont* باستثناء حالات الخطأ الجسيم المرتبطة بمضمون أحد الأحكام النهائية من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري على أساس أن أوجه العوار أو الخطأ الجسيم التي قد تشوب تلك الأحكام قبل صيرورة نهائية يمكن تداركها من خلال طرق الطعن العادية أو غير العادية، وهو ما يجعل دعاوي المطالبة بإقرار مسؤولية الدولة عن هذه الأخطاء الجسيمة والتعويض عنها غير ذات موضوع. وترجع وقائع هذه الدعوى إلى قيام أحد المتقاضين برفع دعواه أمام المحكمة الإدارية بباريس مطالباً بإقرار مسؤولية الدولة عن أحد أحكام القضاء الإداري التي صارت نهائية بالرغم من عدم إطلاع محامي المدعين على المنكرات الخطئية التي قدمتها جهة الإدارة، فرفضت المحكمة دعواه استناداً إلى أن الخطأ الذي شاب الحكم المطعون فيه - المتمثل في إصدار المحكمة لحكمها بالرغم من عدم إطلاع محامي المتقاضى على منكرات جهة الإدارة - كان يمكن تداركه قبل صيرورته نهائياً عن طريق الطعن عليه أمام المحكمة الأعلى درجة.

Tribunal administratif de Paris, 27 Avril 1988 Krafft, table du recueil Lebon, p.1011.

وعلى الرغم مما قد تبدو عليه هذه الحجة من وجهة ظاهرة، إلا أنها لا تستقيم في الحالات التي يتجسد فيها الخطأ الجسيم عن أحد الأحكام الصادرة من المحاكم العليا، كما لو تعلق الخطأ الجسيم بمضمون أحد الأحكام الصادرة من مجلس الدولة أو محكمة النقض على سبيل المثال، ففي هذه الأحوال لا يمكن مطلقاً تدارك الخطأ الجسيم؛ لأن هذه الأحكام بحسبانها صادرة من المحاكم الأعلى في جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري لا يمكن الطعن عليها بأي شكل من الأشكال بالنظر لما تحوزه من حجية الأمر المقضي به.

كما تجدر الإشارة إلى أن البعض قد ذهب إلى تبرير استثناء حالات الخطأ الجسيم المرتبطة بمضمون أحد الأحكام النهائية من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري بحجة تقادي بضمخ أعداد القضايا المنظورة أمام القضاء الإداري وتخفيف العبء عن كاهل قضاته.

Renard-Payen (Olibier), et Robineau (Yves), Op. Cit., P. 10.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ - العدد الأول

حكمه الشهير في قضية Gestas عام ٢٠٠٨،^{٣٣٨} من ذلك المبدأ - في ضوء توجيهات محكمة العدل الأوروبية^{٣٣٩} - حالات التعارض الصارخ بين مضمون أحكام القضاء الإداري النهائية والحقوق التي كفلتها قوانين الاتحاد الأوروبي، مؤكداً أن انتهاك أي من هذه الحقوق ولو بأحكام نهائية يثير مسؤولية الدولة عن هذه الأحكام، ويمنح المضرورين منها الحق في الحصول على تعويض ملائم.

٣٣٨

CE 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831, à publier au *Lebon*. "Considérant qu'en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité ; que si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'Etat peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers"

٣٣٩

CJCE 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec. CJCE*, p. I-10239 ; *Europe* 11/2003. 3, chron. D. Simon ; *AJDA* 2004. 423, chron. J. Courtial ; *D.* 2003. IR. 2546 ; CJCE 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *D.* 2006. IR. 1987 ; *RTD civ.* 2006. 728, obs. P. Remy-Corlay,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الفرع الثاني

الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن عدم فصل القضاء الإداري في النزاع خلال مدة زمنية

معقولة

أمام عدم تحديد قضاء Darmont لمفهوم الخطأ الجسيم أو تحديد صورته،^{٢٤٢} طالب مقوض الحكومة لدى مجلس الدولة Lamy باعتبار عدم قيام المحاكم بالفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة خطأ جسيماً مما تشغل به مسؤولية الدولة،^{٢٤٣} وقد استند Lamy في تبرير وجهة نظره إلى أن المبادئ العامة الحاكمة لسير المرافق العامة تقضي بأن يكون المعول عليه في تحديد مسؤولية الدولة عن المسائل المرتبطة بتنظيم وتسيير مرافق القضاء هو الخطأ البسيط، أما الخطأ الجسيم فلا يمكن تبرير إعماله كأساس لمسئولية الدولة إلا إذا تحدد نطاق استدعائه بحدود العمل القضائي البحث *ce qui est au Coeur de l'activité juridictionnelle*، فإذا كان قضاء Darmont قد تطلب الخطأ الجسيم لإقرار مسؤولية الدولة عن جميع أعمال القضاء الإداري، فإنه يتعين على الأقل اعتبار عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، بحسبانه من الأمور

٢٤٠

Holderbach-Martin (Virginie), Op. cit., p.3.

٢٤١

Lamy (Francis), « La responsabilité de l'Etat pour faute simple en raison du retard de la justice administrative, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 28 juin 2002, Ministère de la Justice c/ Magiera, RFDA 2002 p.756, Page 6. « Nous vous proposerions plutôt après le rappel des termes de votre décision Darmont selon lesquels « en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité », d'ajouter que le fait pour une juridiction de juger dans un délai déraisonnable est constitutif d'une faute lourde. »

Holderbach-Martin, (Virginie), Op. cit., p. 5 et 6.

ولم يكن Lamy أول من اقترح عدم الحكم في النزاع خلال مدة زمنية معقولة خطأ جسيماً مما تشغل به مسؤولية الدولة، وإنما سبقه في ذلك مفوض الحكومة في قضية Rougevin-Baville Rougevin-Baville،^{٢٤٤} الذي دعا فيه إلى اعتبار مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري وكان في مقدمته عدم الحكم في النزاع خلال مدة زمنية معقولة.

Lamy (Francis), Op. Cit., P. 6. « Il y a bien longtemps d'abord que celle-ci ne se limite plus aux « fautes manifestes et d'une particulière gravité », pour relever davantage de la faute caractérisée, ce qui est un délai déraisonnable. »

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول لسنة ٢٠١٤م

المتعلقة بتنظيم وتسيير المرفق القضائي، إحدى صور الخطأ الجسيم الذي تشغل به مسؤولية الدولة بمجرد تجاوز مدد التقاضي للحد المعقول.^{٢٤٢}

وإذا كان البعض من الفقه الفرنسي قد ذهب في ظل صمت حكم Darmont عن تحديد مفهوم الخطأ الجسيم أو صورته إلى تبني وجهة النظر القائلة بأن مجلس الدولة الفرنسي من خلال هذا الحكم قد أرسى مبدأ عامًا يقضي بمسؤولية الدولة عن جميع أوجه الإهمال والقصور التي قد تتكشف خلال تسيير القضاء الإداري، فإن اشتراطه للخطأ الجسيم كأساس لقيام هذه المسؤولية يعكس - على نقيض ما يدعون به - رغبة مجلس الدولة الفرنسي الشديدة في التضييق من نطاق مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري إلى أقصى درجة، ويؤكد تلك الرغبة كثرة الأحكام التي انتهت فيها مجلس الدولة - في أعقاب صدور حكم Darmont - إلى رفض إقرار مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء الإداري بسبب عدم ارتقانها إلى مرتبة الخطأ الجسيم.^{٢٤٣}

كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، لم تر في النظام القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري الذي انتهى إليه قضاء Darmont طريق طعن قضائي حقيقي وذا فاعلية^{٢٤٤}

٢٤٢

Holderbach-Martin (Virginie), Op. cit., p. ٥.

٢٤٣

v. CE 12 nov. 1980, *Pierrot*, n° 22787 ; CE 2 oct. 1981, *Min. de l'Environnement / Cloître, Lebon*, p. 351 ; CE 12 oct. 1983, *Cts Levi, Lebon*, p. 406 ; TA Paris 27 avr. 1988, *Krafft, Lebon*, p. 1011 ; CAA Lyon 28 déc. 1990, *Mme Fouriat, Lebon*, p. 963 ; CE 7 déc. 1990, *SCI Les Mouettes*, n° 85009, *Lebon*, p. 983 ; CE 1er avr. 1992, *Sté Cicomap et Charbit*, n° 85015, *Lebon*, p. 146 ; CE 18 janv. 1998, *Dagorn, Dr adm.* 1998. 178, obs. J.-C. B. ; *LPA* 6 juill. 1998, concl. J.-C. Bonichot).

Cassia (Paul), *Les Grands Arrêts du Contentieux Administratif*, 3e Edition 2011, p. 110-113 ; Renard-Payen (Olibier) et Robineau (Yves), Op. Cit., p. 8.

٢٤٤

Kudla / Pologne, Requête no 30210/96 , 26 octobre 2000, para. 152.

انتهت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في هذه الدعوى إلى أن حق مواطني الاتحاد الأوروبي في الحصول على محاكمة خلال مدة زمنية معقولة المنصوص عليه في المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا يمكن كفالاته بشكل حقيقي وفعال ما لم يتم ربطه بمنطوق نص المادة 1٣ من ذات الاتفاقية والقاضي بأن "لكل شخص اعتدي على حقوقه وحرياته التي نصت عليها هذه الاتفاقية، حق الانتصاف الفعّال أمام محكمة وطنية، حتى ولو ارتكب هذا الإعتداء أشخاص في أثناء تأديتهم لوظائفهم الرسمية"، وأكدت المحكمة الأوروبية بناء على ذلك أن نص المادة 1٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ينشئ التزامًا على عاتق الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

٣٤٥ حماية حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، إذ أكدت في قضية *Lutz c/ France* أن اشتراط الخطأ الجسيم كأساس لإقرار مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء الإداري لا يكفل

بتخصيص طريق طعن قضائي مستقل وفعال يكفل للمتضررين من طول إجراءات التقاضي الحق في ذمه أي اعتداء على حقهم في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أو المطالبة بتعويض عادل حال وقوع هذا الإعتداء بالفعل. «Ainsi, en énonçant de manière explicite l'obligation pour les Etats de protéger les droits de l'homme en premier lieu au sein de leur propre ordre juridique, l'article 13 établit au profit des justiciables une garantie supplémentaire de jouissance effective des droits en question. (L') objet de l'article 13 est de fournir un moyen au travers duquel les justiciables puissent obtenir, au niveau national, le redressement des violations de leurs droits garantis par la Convention, avant d'avoir à mettre en oeuvre le mécanisme international de plainte devant la Cour. Vu sous cet angle, le droit de chacun à voir sa cause entendue dans un délai raisonnable ne peut être que moins effectif s'il n'existe aucune possibilité de saisir, d'abord une autorité nationale des griefs tirés de la Convention, et les exigences de l'article 13 doivent être regardées comme renforçant celles de l'article 6, paragr. 1, plutôt que comme étant absorbées par l'obligation générale, imposée par cet article, de ne pas soumettre les justiciables à des procédures judiciaires anormalement longues ».

وقد ترتب على هذا الحكم المهم نتيجتان مهمتان؛ تتمثل أو لهما في أن عدم استنفاد المتضرر من طول مدد التقاضي أمام إحدى الجهات القضائية الوطنية لطرق الطعن الداخلية حال وجودها وفعاليتها قبل اللجوء إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يترتب عليه الحكم بعدم قبول الدعوى من جانب المحكمة الأوروبية للإنسان. وتتمثل النتيجة الثانية في أن فشل الدولة المدعي عليها في إقامة الدليل على وجود طريق طعن داخلي وفعال في نظامها القانوني الداخلي لكفالة حق المتقاضين في محاكمة خلال أمد معقول، يترتب عليه إدانة هذه الدولة تلقائياً تطبيقاً لأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وقد حددت المحكمة ماهية طرق الطعن الداخلية الذي تلتزم الدولة بتوفيرها لكل من يدعي بوجود انتهاك لحقوقه الواردة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بقولها " يتعين أن تكفل هذه الوسيلة منع حدوث أو استمرار أي انتهاك للحقوق الواردة بالاتفاقية، أو تكفل للمتضررين من هذا الانتهاك حال وقوعه بالفعل تعويضاً مناسباً"

(empêcher la survenance ou la continuation de la violation alléguée (art. 6, § 1) ou [...] (de) fournir à l'intéressé un redressement approprié pour toute violation déjà produite.)

ويجد القضاء السابق للمحكمة الأوروبية تبريره الأساسي، كما بين تقرير المفوضية الأوروبية، في زيادة أعداد الطعون المقدمة للمحكمة الأوروبية عن انتهاك الدول الأعضاء في الاتحاد لحق الأفراد في محاكمة في أمد معقول.

le rapport non publié de la Commission du 10 septembre 1999 dans l'affaire Mikulski c/ Pologne (requête n° 27914/95).

وفي نفس السياق، انتهت المحكمة الأوروبية في إحدى القضايا التي أدينت فيها دولة فرنسا عن انتهاك الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة *Assoc. Ekin c/ France* إلى أن التزام الدول الأوروبية بكفالة حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة هو التزام بتحقيق نتيجة، يقتضي الوفاء به أن تقوم الدول الأوروبية بتهيئة نظمها القانونية والقضائية على نحو يكفل حق الأفراد خلال مدة زمنية معقولة تجنباً لإثارة مسؤوليتها.

v. par ex. : CEDH 17 juill., 2001, *Assoc. Ekin c/ France*, n° 39288/98, § 73 ; *AJDA* 52, note F. Julien-Lafférière ; D. 2002. Somm. 2770, obs. T. Massis).

345

للمضرورين من طول مدد التقاضي حماية فعالة ضد أي انتهاك لحقهم في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{٢٤٦}

ويبدو أن ما خلصت إليه المحكمة الأوروبية في قضية Lutz من إدانة دولة فرنسا عن انتهاك حق الفرد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء الإداري، يجد تبريره في ظل عدم وجود أية أحكام لمجلس الدولة تقر بمسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة،^{٢٤٧} لاسيما وأن هناك من السوابق القضائية ما تقطع برفض القضاء الإداري الفرنسي بشكل عام إقرار مسؤلية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، إذ انتهت إحدى المحكم الإدارية في حكم أصدرته في أواخر الخمسينيات من القرن المنصرم، وتحديداً في عام ١٩٥٨، إلى أن استمرار المحكمة في نظر إحدى الدعاوي لمدة تزيد عن ثلاثة أعوام بالرغم من وجود نص صريح في القانون يلزم المحكمة بالفصل في مثل هذه المنازعات في

Lutz c/ France, Requête no 49531/99, 26 Mars 2002.

Lutz c/ France du 26 Mars 2002, la Cour a affirme que l'arret de Darmont ne constitue pas une "voie de droit spécifique au travers de laquelle le requérant aurait pu se plaindre de la duree de la procedure."

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت المحكمة الأوروبية في قضية Lutz قد خلصت إلى أن قضاء مجلس الدولة في قضية Darmont لا يمكن أن يمثل طريق طعن قضائي مستقل يكفل للمضرورين من طول أمد التقاضي أمام القضاء الإداري حماية حقيقية فعالة ضد أي انتهاك لحق الأفراد في محاكمة في أمد معقول، فقد سبق وأن انتهت قبل ذلك في قضية Richard Marks c/ France إلى أن التنظيم القانوني لمسئولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء الوارد بقانون تنظيم السلطة القضائية في المادة 1-141، يمثل - في ضوء التطور الذي شهدته أحكام القضاء العادي لكل من مفهوم الخطأ الجسيم وإنكار العدالة - طريقاً حقيقياً وفعالاً لحماية حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، ويتطابق من ثم مع موجبات نص المادة ١٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

Voire CEDH, 11 sept. 2001, Richard Marks c/ France ; CEDH 15 nov. 2001, Papon c/ France, n° 54210/00, § 3.

LOMBARD (Martin), Responsabilité de l'État pour la durée excessive des procès administratifs, Droit Administratif n° 10, Octobre 2002, comm. 167, p.3.

Cassia (Paul), Op. Cit., p.111-113; LOMBARD (Martin), Op. Cit., p.3; Lamy (Francis), Op. Cit., Page.3

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

ميعاد أقصاه ثلاثة أشهر لا يشكل خطأ مرفقياً تسأل عنه الدولة ولا يخول للمتقاضين أي حق في طلب التعويض عن هذا التأخير.^{٣٤٨}

تطور أساس مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في قضاء مجلس الدولة

أدى التطور الذي شهده مبدأ مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء العادي من ناحية،^{٣٤٩} والإدانات المتكررة لدولة فرنسا من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عن انتهاك حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أمام القضاء الإداري بالتطبيق لنص المادة ٦.فقرة (١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من ناحية أخرى إلى تحول مجلس الدولة الفرنسي عن فكرة الخطأ الجسيم.^{٣٥٠}

فأقر مجلس الدولة في قضية Magiera عام ٢٠٠٢، بمسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة،^{٣٥١} دون اشتراط الخطأ الجسيم لقيام هذه المسئولية،^{٣٥٢} مؤكداً أن

348

TA, Caen, 20 févr. 1958, Gougau, D. 1959, Jur. p. 40, note G. Morange.

349

Lamy (Francis), Op. Cit., Page 3

٣٥٠

Voir généralement (CEDH 24 octobre 1989, affaire numéro 10073/82, H. c/ France, série A, n° 162-A ; CEDH 31 mars 1992, affaire numéro 18020/91, X. c/ France, série A, n° 236 ; CEDH 26 avril 1994, affaire numéro 22121/93, Vallée c/ France, série A, n° 289-A ; CEDH 26 avril 1994, affaire numéro 22800/93, Karakaya c/ France, série A, n° 289-B).

٣٥١

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. leb. P. 248.

Cassia (Paul), Op. Cit., p.112-113.

Dap (Stéphane), Delai Reasonnable et Responsabilité de L'etat pour faute simple pour fonctionnement defectueux du service public, 12/01/2008 Revue general de droit

<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/12/delai-raisonnable-et-responsabilite-de-letat-pour-faute-simple-pour-fonctionnement-defectueux-du-service-public/>

ترجع وقائع هذه الدعوي إلى قيام شخص يدعى Magiera برفع دعواه أمام أحد المحاكم الإدارية، عام ١٩٩٦، مطالباً بتعويضه عما لحق بأساسات منزله من أضرار جسيمة نتيجة مرور سيارته نقل حكومية تزيد حمولتها عن ٣٥ طناً أمام منزله، بالرغم من عدم سماح القانون بمرور أي سيارة تزيد حمولتها عن ٨ أطنان في هذه المنطقة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول

للمتقاضين أمام القضاء الإداري حق في أن يفصل في دعواهم خلال مدة زمنية معقولة، وأن هذا الحق لا يستند في وجوده إلى نص المادة ٦ فقرة ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فحسب وإنما يستند فضلاً عن ذلك إلى المبادئ العامة التي تحكم سير مرفق القضاء الإداري. كما بين مجلس الدولة أن انتهاك هذا الحق وإن لم يؤثر على صحة الحكم القضائي الذي فصل في النزاع الأصلي *est sans incidence sur la validité de la décision juridictionnelle* prise à l'issue de la procédure إلا أنه يولد للمتقاضين حقاً في تعويض ما حاق بهم من أضرار نتيجة الأداء المعيب لمرفق القضاء الإداري.^{٣٥٣} وقد أكدت المحكمة الأوروبية من

فقامت المحكمة في ٢٦ ديسمبر ١٩٩٠ بتعيين خبير وألزمته بتقديم تقرير فني عن النزاع محل الدعوى في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، إلا أن التقرير لم يقدم إلى هيئة المحكمة إلا في ١٩ إبريل عام ١٩٩٥، وبالرغم من أن تقرير الخبير انتهى إلى أحقية السيد Magiera في الحصول على تعويض بقيمة ١٢٠٠٠ يورو إلا أن المحكمة لم تحكم ل Magiera سوى ب ٨٢٥٠ يورو فقط مما دفعه إلى استئناف الحكم أمام المحكمة الاستئنافية بباريس مطالباً بزيادة قيمة التعويض، وقد أجابته المحكمة إلى طلبه فحكمت له بتعويض مساوي لما انتهى إليه الخبير في الدرجة الأولى. وبذلك تكون المدة الإجمالية للفصل في النزاع بحكم نهائي ٨ سنوات و ٣ أشهر استغرقت منها محكمة أول درجة مدة ٧ سنوات و ٦ أشهر .

وبالرغم من صدور حكم لصالح Magiera في القضية الأصلية إلا أنه قام برفع دعوى أخرى أمام القضاء الإداري طالباً تعويض ما لحق به من أضرار مادية ومعنوية نتيجة طول مدة التقاضي، بعد أن رفض وزارة العدل الفرنسية تعويضه عن نفس السبب، غير أن المحكمة الابتدائية رفضت دعواه لعدم ثبوت الضرر، فقام Magiera باستئناف حكم محكمة الدرجة الأولى أمام المحكمة الاستئنافية الإدارية بباريس التي رأت أن طول مدة الإجراءات القضائية أمام محكمة الدرجة الأولى في دعوي Magiera يشكل انتهاك لحق الأفراد في الحصول على محاكمة خلال أمد معقول كما كفلته المادة ٦ فقرة (١) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، دون أن تبين الأساس القانوني لمسئولية الدولة عن طول مدد التقاضي. ويعرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي من خلال الطعن الذي تقدم به وزير العدل الفرنسي ضد الحكم الصادر من المحكمة الإدارية الاستئنافية بباريس بأحقية Magiera في الحصول على تعويض عن طول مدد التقاضي، أيد مجلس الدولة الفرنسي حكم محكمة الاستئناف ووضع من خلال حكمه في هذه القضية معالم التنظيم القانوني لمسئولية الدولة عن حالة عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وبين كذلك المعايير التي يتعين على محاكم القضاء الإداري مراعاتها في الدعاوي المماثلة عند تقدير معقولة مدد التقاضي.

٣٥٢

Voire encore Cassia (Paul), Op. Cit., p.108-110.

٣٥٣

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. leb. P. 248. « Considérant qu'aux termes de l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal (.) qui décidera (.) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (.)" ; qu'aux termes de l'article 13 de la même convention : "toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention, ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول. ٢٠١٧. المجلد الأول

جانبيها أن قضاء مجلس الدولة في قضية Magiera، بات منذ لسنطة صدوره، يؤكد أن هناك طريق طعن قضائي فعال أمام القضاء الإداري، يكفل للمتضررين من طول مدد التقاضي أمام هذا القضاء الحق في الحصول على تعويض عن الضرر الناتج بسبب انتهاك حقهم في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة.^{٢٥٤}

وتتجلى أهمية حكم Maguira من عدة نواحي:

العنول عن فكرة الخطأ الجسيم؛ لم يتضمن قضاء مجلس الدولة في Magiera أية إشارة إلى فكرة الخطأ الجسيم كأساس لإقرار مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وهو ما يعني أن مسؤولية الدولة إنما تقوم في هذه الأحوال على أساس الخطأ البسيط، الأساس العام الذي طالما اعتمد عليه مجلس الدولة في مجال تنظيم وتسيير المرافق بوجه عام،^{٢٥٥} بقول آخر فقد عد مجلس الدولة مجرد عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة

que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles";

Considérant qu'il résulte de ces stipulations, lorsque le litige entre dans leur champ d'application, ainsi que, dans tous les cas, des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives, que les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable;

Considérant que si la méconnaissance de cette obligation est sans incidence sur la validité de la décision juridictionnelle prise à l'issu de la procédure, les justiciables doivent néanmoins pouvoir en faire assurer le respect ; qu'ainsi lorsque la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement leur a causé un préjudice, ils peuvent obtenir la réparation du dommage ainsi causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. »

٢٥٤

CEDH 21 oct. 2003, *Broca et Texier-Micault c/ France*, n° 27928/02 et 31694/02, § 20 et 22 ; *RUDH* 2003. 417, note O. Guillaumont et F. Bien ; D. 2004. Somm. 1061, obs. N. Fricero.

^{٢٥٥} ويذهب البعض إلى أن مجلس الدولة بموجب حكم Magiera قد أرسى مبدأ قضائياً جديداً، فرق بعتضاه بين الأساس القانوني لقيام مسؤولية الدولة عن الأعمال القضائية البحتة وبين أساس قيام مسؤولية الدولة عن أعمال المتعلقة بتنظيم وتسيير مرفق القضاء الإداري، فأشترط لقيام المسؤولية في الحالة الأولى الخطأ الجسيم بالنظر لما يحيط بممارسة الوظيفة القضائية من مصاعب ومخاطر، بينما اكتفى لقيام مسؤولية الدولة عن الأعمال المتعلقة بتنظيم وتسيير المرفق بإعلان الخصوم، وتبادل المذكرات وإطالة مدة التقاضي بالخطأ البسيط.

Renard-Payen (Olibier) et Robineau (Yves), Op. Cit., p. 10 .

خطأ في تسيير مرفق القضاء الإداري مما تشغل به مسؤولية الدولة إذا نجم عنه ضرراً للمتقاضين.

“lorsque la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement leur a causé un préjudice, [les justiciables] peuvent obtenir la réparation du dommage ainsi causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice.”³⁵⁶

بل إن بعضاً من الفقه الفرنسي في تعليقه على حكم Magiera - قد ذهب إلى أن الأساس القانوني الذي اعتمده مجلس الدولة في إقرار مسؤولية الدولة عن تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة - متى كانت هذه الإطالة غير راجعة إلى السلوكيات الخطأ لأحد المتقاضين أو اقتضتها الطبيعة المعقدة لملف القضية - هو الخطأ المفترض أو Faute Présumée، فتقوم مسؤولية الدولة تلقائياً بمجرد تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة.³⁵⁷

وقد توالى أحكام مجلس الدولة الفرنسي نحو تأكيد استبعاد فكرة الخطأ الجسيم، فذهب مجلس الدولة في عام ٢٠٠٤، إلى إلغاء حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية بـ Douai القاضي بعدم إمكانية قيام مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة إلا في أحوال

دكتور محمد فؤاد عبد الباسط تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسئولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، (٢٠٠٣)، ص. ٢٤.

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. Ieb. P. 248; LOMBARD (Martin), Op. Cit., 167, p. 3.

دكتور محمد فؤاد عبد الباسط المرجع السابق ص. ١٤

Cassia (Paul), Op. Cit., p. 113.

المزيد حول الخطأ المفترض، راجع دكتور محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق ص. ٥١ إذ يرى أن "المسئولية على أساس الخطأ المفترض أو قرينة الخطأ يتوسط وضعها على هذا النحو المسئولية على أساس الخطأ المحقق واجب الإثبات، من ناحية، والمسئولية على أساس تبعة المخاطر، من ناحية أخرى. فهي لا تتحرر من فكرة الخطأ في ذاتها، ويقالها في نطاقها يعني بذاته أنها بخارج نطاق المسئولية على أساس المخاطر. ولكن كل ما يميز نظامها، أن الخطأ الموجب للمسئولية يفترض في جانب الإدارة، فتطالب هي بإثبات انتفائه وليتحرر المدعي به بالتالي من عبئ إثبات وجوده، وهو ما يمثل فائدة كبيرة له بالنظر إلى أن المدعي عليه الإدارة - نادراً ما ينجح في نقض قرينة الخطأ. ومنطق الفكرة بوضعها هذا من المفروض أن يحدد مجال عملها بنطاق الخطأ البسيط وليس الخطأ الجسيم. فمنطق الأشياء في ذاته لا يستقيم معه أن تشترط الجسامة ثم تفترض هذه الجسامة؛ فالفروض القسوى لا تفترض، وعلّة المطلب مبعده بذاته للأدنى ومنه الافتراض.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الخطأ الجسيم وحدها، مؤكداً أن حكم المحكمة الإدارية الاستثنائية قد أخطأ في تطبيق القانون بحسبان أن للمتقاضين أمام مرفق القضاء الإداري، وفقاً للمادة ٦ فقرة ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمبادئ العامة التي تحكم سير أو إدارة مرفق القضاء الإداري، حقاً أصيلاً في أن يفصل القضاء في دعواهم خلال مدة زمنية معقولة، فإذا حدث إخلال بهذا الحق ترتب عليه ضرر بالمتقاضين انعقدت مسؤولية الدولة عن التسيير المعيب للقضاء والتزمت بتعويض الضرر.^{٣٥٨} وواصل مجلس الدولة الفرنسي توسعه في أعمال مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، فأقر بمسؤولية الدولة بسبب تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة أمام عدد من المحاكم المتخصصة على أساس الخطأ البسيط، كالمحكمة المختصة بنظر قضايا المعاشات العسكرية^{٣٥٩} le tribunal départemental des pensions militaires والمحكمة التأديبية للشئون الموازية والمالية و la Cour de discipline budgétaire et financière.^{٣٦٠} كما أقر مجلس الدولة بقيام مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال

٣٥٨

CE 16 févr. 2004, de Witasse Thezy, n° 219516, Lebon, p. 79. "Considérant qu'il résulte des stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lorsque le litige entre dans leur champ d'application, ainsi que, dans tous les cas, des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives, que les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable ; que, lorsque la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement leur a causé un préjudice, ils peuvent obtenir la réparation du dommage ainsi causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice.

Considérant que, pour écarter les conclusions de M. X fondées sur le caractère excessif de la procédure suivie devant la juridiction administrative, la cour administrative d'appel de Douai a jugé que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée en l'absence d'une faute lourde ; qu'en statuant ainsi, alors qu'une telle condition n'est pas applicable lorsque est en cause le droit des justiciables à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable, la cour a commis une erreur de droit ;"

٣٥٩

CE 19 juin 2006, requête numéro 285152, Koller.

٣٦٠

CE 22 janvier 2007, requête numéro 286292, Forzy.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

مدة زمنية معقولة في الطعون المستعجلة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية^{٣٦١} والدعاوي المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية^{٣٦٢}

٣٦١

CE 13 fevrier 2012, requête numéro 346549, Barellon ; Considérant qu'eu égard à l'absence de difficultés particulières propres à cette affaire et à l'intérêt qui s'attachait à ce que la demande de sursis à exécution de M. A fût examinée rapidement, le délai de onze mois qui s'est écoulé, en l'espèce, entre la date à laquelle le requérant l'a présentée devant le CNESER et celle où elle est devenue sans objet du fait de la décision rendue au fond est excessif ; qu'il résulte de ce qui précède que le requérant est fondé à soutenir que son droit à un délai raisonnable de jugement a été méconnu et à demander la réparation, par l'Etat, du préjudice qui en est directement résulté^{٣٦٢}

LASCOMBE, Michel et VANDENDRIESSCHE, Xavier, Code Constitutionnel et Des Droits Fondamentaux, Edition 2016, 5^e édition, Dalloz, p. 300-01; Dir. De BÉCHILLON (Denys), Op. Cit., para. 134.

CE 13 Juin 2014, requête numéro 369946, X.. « Considérant que, si la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée en raison du fonctionnement défectueux du service public de la justice, un délai excessif dans l'exécution d'une décision juridictionnelle engage, en principe, la responsabilité de la personne à qui incombait cette exécution ; que lorsque la carence de cette personne donne lieu à une procédure juridictionnelle d'exécution, celle-ci doit être jugée dans un délai raisonnable et une durée de jugement excessive engage également la responsabilité de l'Etat en raison du fonctionnement défectueux du service public de la justice. »

. للمزيد من أحكام القضاء الإداري الفرنسي الصادرة بقرار مسؤولية الدولة عن عدم الحكم في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، راجع الأحكام التالية؛

25 janv. 2006, SARL Potchou, req. no 284013 , AJDA 2006. 589, voir notamment : CE note Landais et Lenica ; RFDA 2006. 299, note Struillou . - CE 22 janv. 2007, M. Forzy, Keller . - CE 26 janv. 2007, Sté Héliitransport, req. no 286292 , AJDA 2007. 1036, concl. req. no 293375 . - CE 16 mai 2007, M. Sartory, req. no 290362 . - CE 11 juin 2007, M. no 292201 . - CE 18 Letourneur, req. no 297470 . - CE 25 juill. 2007, M. Jarraud, req. no 312118 . - juin 2008, M. Gestas, req. no 295831 . - CE 17 déc. 2008, M. Bessis, req. CE 19 déc. 2008, M. et Mme Levenez, req. no 310745 . - CE 31 déc. 2008, M. Melki, req. no 299867 . - CE 31 déc. 2008, Sté Segame, req. no 299866 . - CE 2 févr. 2009, M. req. no 310409 . - CE 6 mars 2009, M. et Mme Le Helloco, req. no 312625 , Cazorla, Keller . - CE, sect., 17 juill. 2009, req. no 295653 , Ville de Brest, RFDA 2009. 546, concl. et Botteghi : lorsque la durée globale de jugement n'a AJDA 2009. 1605, chron. Liéber responsabilité de l'État est néanmoins susceptible pas dépassé le délai raisonnable, la elle-même, revêtu une durée d'être engagée si la durée de l'une des instances a, par

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

أساس مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في المنازعة خلال مدة زمنية معقولة؛ تتجلى أهمية قضاء Magiera في تأكيد مجلس الدولة على أن حق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة لا يجد أساسه في المادة ٦ فقرة ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فحسب، وإنما يجد أساسه أيضًا في المبادئ العامة الحاكمة لتسيير القضاء الإداري *les principes généraux* *qui gouvernement le fonctionnement des juridictions administratives*^{٣١٣}، وهو ما يعني أن أساس مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في المنازعة خلال مدة زمنية معقولة لا يقتصر على الخطأ المتمثل في مخالفة أحكام الاتفاقية الأوروبية، وإنما أيضًا في الخطأ المتمثل في مخالفة المبادئ العامة التي تحكم تسيير مرفق القضاء الإداري. الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى توسيع نطاق مسؤولية الدولة ليشمل جميع المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، بغض النظر عما إذا كانت هذه المنازعات، مما ينطبق عليها ضمانات المدة المعقولة المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية من عدمه،^{٣١٤} أما إقرار مسؤولية الدولة على أساس

excessive). - CE 26 mai 2010, req. no 316292 . - CE 13 oct. 2010, req. no 334274 . - CE 19 oct. 2011, 19 juill. 2011, req. no 343905 . - CE 24 août 2011, req. no 320723 . - CE no 348569). req. no 343556 . - CE 28 nov. 2011, req. no 347995 . - CE 4 juin 2012, req.

٣١٣

Renard-Payen (Olibier) et Robineau (Yves), Op. Cit., P.8 ; Cassia (Paul), Op. Cit., p.1١١).

وتجدر الإشارة إلى أن حكم مجلس الدولة في قضية Magiera وإن كان قد أيد الحكم المطعون فيه - والصادر من المحكمة الإدارية الاستئنافية بباريس - إلا أنه أول حكم للقضاء الإداري يحدد أساس مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وذلك على خلاف الحكم المطعون فيه الذي اكتفى بإقرار مسؤولية الدولة عن عدم الحكم في النزاع خلال مدة زمنية معقولة دون بيان الأساس القانوني لهذه المسؤولية.

364

Cassia(Paul), Op. Cit., p. 113; CE, Sect., 17 juill. 2009, *Ville de Brest*, n° 295653, à publier au *Lebon* ; *AJDA* 2009. 1605, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *Dr. adm.* 10/2009, comm. F. Melleray, n° 141 ; *JCP* 2009. 317, § 4, chron. B. Plessix ; *JCP Adm.* 2010. 2006, note N. Albert ; *RFDA* 2010. 405, note S. Givernaud : le droit à réparation des conséquences de la durée excessive de jugement est fondée sur les seuls « principes généraux qui gouvernement le fonctionnement des juridictions administratives » ; dans le même sens, fondant le droit à un délai raisonnable de jugement sur un principe général de droit européen : CJCE 16 juill. 2009, *Der Grüne Punkt*, aff. C-385/07P, *AJDA* 2009. 2276

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الخطأ المتمثل في انتهاك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحده، فمن شأنه - كما حذر Lamy مفوض الحكومة - أن يؤدي إلى نتيجة يرفضها المنطق والقانون، ألا وهي إقرار مسؤولية الدولة عن طول مدد التقاضي في المنازعات الخاضعة للمادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية - والتي تقتصر فقط على المنازعات المتعلقة بحقوق والتزامات مدنية أو تلك المتعلقة بمنازعات ذات طبيعة جنائية -^{٣٦٥} دون إمكانية إقرارها في غيرها من المنازعات التي يختص مجلس الدولة بنظرها ولا يشملها نص المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية.^{٣٦٦}

أيضاً، فإن مصطلح *les Justiciables* كما استخدمه مجلس الدولة في حكم *Magiera* لتحديد من لهم الحق في رفع دعاوي التعويض عن طول مدد التقاضي يدل على أن الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ليس من الحقوق اللصيقة بالأشخاص الطبيعية فحسب، وإنما أيضاً بالأشخاص الاعتبارية، وسواء أكانوا من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام،

٣٦٥

LASCOMBE (Michel) et VANDENDRIESSCHE (Xavier), Op. Cit., p. 1949.

فقد استبعدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من نطاق تطبيق نص المادة (1)6 الخاصة بحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة جميع المنازعات التي لا تتعلق بحقوق والتزامات ذات طبيعة مدنية أو تتطوي على ادعاءات ذات طبيعة جنائية ومن أمثلتها المنازعات المتعلقة :
- بطلبات المساعدة القضائية

CEDH 12 juin 2003, *Gutfreund c/ france*, aff. N. 45681/99 para. 31-47

- بحق اللجوء السياسي وبشكل عام المنازعات المتعلقة بالحقوق ذات الطبيعة السياسية:

CEDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France*, §50, *Cahiers du CC*, 1998, n°4, p. 123,
note J.-F. FLAUSS ; AJDA 1998, p. 65, note L. BURGORGUE-LARSEN ; RFDA 1998, p. 999,
note P. JEAN.

Comm. EDH 25 oct.1996, *Kareem c/suede*: aff. N. 32025/96)

- بالإبعاد أو الإقصاء عن إقليم الدولة

CEDH, gr. Ch. 5 oct. 2000, *Maaouia c/france*, aff. N. 39652/98 para. 40

- بالأمور المستعجلة

CEDH,, 28 juin 2001, *Maillard bous c/portugal*, aff. N. 41288/98 para. 19.

- بالطعون الانتخابية

CEDH,, 21 OCTOBRE 1997, *Pierre Bloch c/france*, aff. N. 24194/94 para.50.

v.Comm. EDH 14 Decembre 1989, *Habsbourg-Lothringen c/ Autriche*: aff. N. 15344/89

٣٦٦

Holderbach-Martin (Virginie), Op. Cit., p.5; Lamy (Francis), Op. cit., P.°et 6 ; Dir. De BÉCHILLON (Denys),Op. Cit., para. 134.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٢ المجلد الأول

وقد تأكد هذا الاستنتاج في أحكام مجلس الدولة اللاحقة عندما قبل دعوى مرفوعة من قبل أحد أشخاص القانون العام الإقليمية collectivité territoriale يطلب فيها تعويض الضرر الناشئ عن عدم الفصل في النزاع خلال المدة المعقولة^{٣٦٧} كما توسعت أحكام مجلس الدولة اللاحقة في تحديد من لهم الحق في المطالبة القضائية بالتعويض عن عدم فصل القضاء الإداري في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، إذ ذهب مجلس الدولة في أحد الأحكام إلى أن الحق في التعويض عن طول مدد التقاضي ينتقل حال وفاة رافع دعوى التعويض في أثناء نظر النزاع إلى ورثته بمجرد حدوث الوفاة،^{٣٦٨} وذهب في حكم آخر إلى أبعد من ذلك، عندما قبل دعوى التعويض المرفوعة من بعض القصر كانوا قد حلوا محل والدهم بعد وفاته أثناء نظر أحد المنازعات التي كان هذا الأخير قد رفعها أمام أحد المحاكم الإدارية المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالمعاشات العسكرية tribunal départemental des pensions militaires واستمرت المحكمة في نظرها لمدة طويلة تتجاوز الحد المعقول، منتهياً في هذه الدعوى إلى الحكم لهم بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي تحملوها بسبب عدم الفصل في النزاع الأصلي خلال مدة زمنية معقولة.^{٣٦٩}

ضوابط تقدير معقولة مدد التقاضي، كما تنجلي أهمية قضاء Magiera فيما اعتمده من ضوابط لتقدير معقولة مدد التقاضي، تتفق في مجملها مع الضوابط التي وضعتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، إذ أكد مجلس الدولة أنه يتعين على المحاكم عند تقدير معقولة مدة

367

CE, 29 juill. 1994, Dpt de l'Indre : RFD adm. 1995, p. 169. - CE, sect., 29 janv. 2003, Ville de Nice : RD publ.-2003 p. 561 ; CE, Sect., 17 juill. 2009, Ville de Brest, n° 295653, à publier au Lebon.

Dupré de Boulois (Xavier), Personnes publiques et droits fondamentaux : RD publ. 2004, p. 545-560 ; Givernaud (Stéphanie), Le droit des personnes publiques à un délai raisonnable de jugement, Note sous Conseil d'État, sect., 17 juillet 2009, Ville de Brest, req. n° 295653, RFDA 2010 p.405.

٣٦٨

Dero-Bugny (Delphine), Op. Cit., p. 2-3.

٣٦٩

CE, sect., 19 juin 2006, n° 286459, M. A et Mme B : Juris-Data n° 2006-070334

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الفصل في النزاع، أن تنتظر ابتداء إلى المدة الإجمالية التي استغرقتها القضاء للفصل في النزاع بحكم نهائي أخذة في الاعتبار المدد التي استغرقتها مراحل الطعن المختلفة (المعيار الشمولي- *manière Globale*)، ثم تنتظر إلى تلك المدة بطريقة واقعية (*manière concrète*) أخذة في الاعتبار عدد من العناصر مثل؛ مدى صعوبة القضية أو تعقدها، وسلوك المتقاضين خلال إجراءات سير الدعوى، وسلوك السلطة القضائية والسلطات الإدارية خلال المراحل المختلفة للدعوى، والظروف المحيطة بالنزاع وطبيعته، وما إذا كان يتوجب الفصل فيه بشكل سريع أم لا. ٢٧٠

وقد أقام مجلس الدولة بموجب *Magiera* قرينة على طول مدد التقاضي *une présomption* « *d'excessivité* » بمجرد تجاوز المدة الإجمالية لدرجات التقاضي المختلفة أو المدة الخاصة بإحدى مراحل التقاضي لعند معين من السنوات، يرى أنها تمثل المدة المعقولة *Délai Raisonnable* للفصل في النزاع - مع التأكيد على أن هذه المدة تختلف بحسب نوعية النزاع. ٢٧١ على أن هذه القرينة بسيطة يمكن ردها وإثبات عكسها عن طريق إقامة الدليل على توافر أحد

٢٧٠

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. leb. P. 248. «Considérant que le caractère raisonnable du délai de jugement d'une affaire doit s'apprécier de manière à la fois globale - compte tenu, notamment, de l'exercice des voies de recours - et concrète, en prenant en compte sa complexité, les conditions de déroulement de la procédure et, en particulier, le comportement des parties tout au long de celle-ci, mais aussi, dans la mesure où la juridiction saisie a connaissance de tels éléments, l'intérêt qu'il peut y avoir, pour l'une ou l'autre, compte tenu de sa situation particulière, des circonstances propres au litige et, le cas échéant, de sa nature même, à ce qu'il soit tranché rapidement. »

371

Cassia (Paul), Op. Cit., p. 11°.

باستقراء عدد من أحكام مجلس الدولة، يمكن القول بوجه عام، في ظل غياب أي نص تشريعي لتحديد مبدأ التقاضي في مختلف المراحل القضائية، أن مجلس الدولة قد ذهب إلى أن زيادة مدة التقاضي الإجمالية لجميع مراحل التقاضي في المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري الفرنسي عن ٨ سنوات أو زيادة مدة التقاضي في كل مرحلة على حدى عن عامين ونصف يمثل قرينة على تجاوز مدة التقاضي للمدة المعقولة *Délai Raisonnable*، غير أنه لا يتعين أن يفهم من ذلك أن تلك المدد التي حددها مجلس الدولة هي مدد جامدة وإنما قد تتغير بحسب ظروف كل دعوى، وتأكيداً لذلك ذهب مجلس الدولة في عدد من الدعاوى إلى أن ظروف المحيطة بالقضية قد تبرر الإطالة في مدة التقاضي عن هذا التحديد. للمزيد انظر:

CE, 21 juin 2006, n° 265768, M. A.; CE, sect., 19 juin 2006, n° 286459, M. A et Mme B : *Juris-Data* n° 2006-070334

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول

العناصر التي حددها قضاء Magiera لتبرير الإطالة في مدد التقاضي.^{٢٧٢} وقد تأكدت تلك القرينة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي اللاحقة، إذ بين مجلس الدولة الفرنسي جلياً في حكمه في Ville de Brest في ١٧ يوليو ٢٠٠٩ أنه يتعين على القاضي عند تقدير معقولية مدة الفصل في النزاع أن ينظر بدايةً للمدة الإجمالية للنزاع خلال درجات التقاضي المختلفة، فإن قدر معقوليتها، ينتقل لتقدير المدة التي استغرقتها المحاكم في كل درجة من درجات التقاضي على حدة لتحديد مدى معقوليتها.^{٢٧٣}

وفي احتساب المدة الإجمالية لمدد التقاضي لتقدير مدى معقوليتها، يذهب القضاء الفرنسي عموماً - متأثراً في ذلك بأحكام المحكمة الأوروبية -^{٢٧٤} إلى بدء احتساب المدة الإجمالية للنزاع *Le dies a Quo* من التاريخ الذي يلجأ فيه المضرور إلى القضاء للمطالبة بحقه،^{٢٧٥} وربط انتهاء المدة الإجمالية للنزاع *Le dies a quem* بإعلان الخصوم بالحكم القضائي الصادر في المرحلة المدعي بتجاوزها حدود المعقولية^{٢٧٦} أو بتاريخ تنفيذ الحكم إذ ما كان تنفيذه يقتضي من الإدارة اتخاذ إجراءات معينة لوضعه موضع التنفيذ.^{٢٧٧}

372

Cassia (Paul), Op. Cit., p. 1-13.

373

CE, Sect., 17 juill. 2009, *Ville de Brest*, n° 295653, à publier au *Lebon* ; *AJDA* 2009. 1605, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *Dr. adm.* 10/2009, comm. F. Melleray, n° 141 ; *JCP* 2009. 317, § 4, chron. B. Plessix ; *JCP Adm.* 2010. 2006, note N. Albert ; *RFDA* 2010. 405, note S. Givernaud) (que lorsque la durée globale de jugement n'a pas dépassé le délai raisonnable, la responsabilité de l'Etat est néanmoins susceptible d'être engagée si la durée de l'une des instances a, par elle même, revêtu une durée excessive)^{٢٧٤}

CEDH 31 mars 1992, *X c/ France*; CEDH 26 oct.1989, *H c/ France*; CEDH 7 déc. 1999, *Bouilly c/France*.³⁷⁵

تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الأوروبية عند تقدير معقولية المدة الإجمالية للفصل في النزاع قد ذهبت في عدد من أحكامها إلى أن نقطة البداية في احتساب المدة الإجمالية لمدة التقاضي ليس بالضرورة وقت لجوء المتضرر إلى القضاء للفصل في النزاع وإنما قد يدخل في احتساب المدة الإجمالية لمدة التقاضي المدة التي استغرقتها الجهة الإدارية للفصل في التظلم الإداري بغض النظر عما إذا كان التظلم جوازياً أو وجوبياً.

CEDH 31 mars 1992, *X c/ France*, § 31 ; CE 31 mars 2006, *Mme Kirikkanat*, n° 285962, *Lebon*, p. 1067 ; *JCP Adm.* 2006. 1268, obs. C. Guettier.^{٣٧٦}

وعن ضوابط تقدير معقولة مدة الفصل في النزاع، اعتمد قضاء Magiera ذات الضوابط التي قررتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لتقدير معقولة المدة، وهي:

- ١- *مدى صعوبة أو تعقد القضية* *Complexite de l'affaire* ؛ إذ قد يجد تأخير الفصل في الدعوى مبرره في صعوبة القضية محل النزاع وتعقدها، وهذه الصعوبة قد ترجع إلى تعقد وقائع القضية أو تعقد المسائل القانونية التي تتناولها *« à l'aune des faits et des questions juridiques en cause »*. ومن قبيل الأمثلة على تعقد وقائع القضية: غموض وقائع الدعوى، وتعدد أطرافها، وارتباط الدعوى بقضية أخرى منظورة أمام القضاء.^{٢٧٨} أما عن أمثلة تعقد المسائل القانونية التي تتناولها القضية، فمن بينها؛ غموض القوانين واجبة التطبيق على النزاع، أو تعقد ما تثيره القضية من إشكاليات قانونية وعدم وجود حلول لها في القوانين الوضعية أو السوابق القضائية.^{٢٧٩}
- ٢- *سلوك المتقاضى* *Le comportement du requérant* ؛ قد يرجع السبب الحقيقي في عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة إلى سلوك المتقاضين أنفسهم؛ كما لو انتهج المتقاضى أساليب من شأنها تسويق الفصل في الدعوى، كالاتناع عن حضور

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. leb. P. 248.

٢٧٧

CE 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831, à publier au *Lebon* ; *RFDA* 2008. 755, concl. C. de Salins et 1178, note D. Pouyaud ; *AJDA* 2008. 1237 ; *JCP Adm.* 2008. 2187, obs. J. Moreau ; *JCP* 2008. I. 191, § 6, chron. B. Plessix, qui juge que « le terme final du délai à prendre en considération, après épuisement des procédures, est le moment où le justiciable reçoit satisfaction à titre définitif ».

٢٧٨

CEDH 28 nov. 2000, *C. P. et a. c/ France*, n° 36009/97, §. 30 à 34.

٢٧٩

Dero-Bugny (Delphine), Op. Cit., p.4.

Cf. C. Landais et F. Lenica, *Chronique sous l'arrêt Potchou* : *AJDA* 2006, p. 589-592, spéc. p. 589

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الجلسات مع إعلانها بمواعيدها، أو تعدد طلبات تأجيل جلسات نظر الدعوى بقصد المماثلة، أو تعدد طلبات رد المحكمة التي تتولى الفصل في القضية محل النزاع.^{٢٨٠}

٣- سلوك السلطات القضائية أو السلطات الإدارية في إجراءات الدعوى *comportement des autorités judiciaires et administratives*؛ فإذا ثبت أن عدم الفصل في النزاع كان راجعاً إلى خطأ السلطات القضائية أو السلطات الإدارية، كما لو امتنعت المحكمة عن اتخاذ ما يلزم من إجراءات بما لها من سلطات لتعجيل الفصل في الدعوى أو تبين طول المدة الزمنية الواقعة بين تاريخ رفع الدعوى وتحديد جلسة لنظرها أو اقتضت الطبيعة المستعجلة للنزاع سرعة الفصل فيه، هنا تتعقد مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وتلتزم بتعويض ما حاق بالمقاضي من أضرار بسبب الأداء المعيب لمرفق القضاء الإداري.^{٢٨١}

٤- طبيعة النزاع وأهميته للمقاضي. *La nature et L'enjeu du litige pour le requérant*؛ يقتضي هذا الضابط - كما تناولناه بالتفصيل من قبل - أن تفصل المحاكم في نوعيات معينة من القضايا، بسبب طبيعتها الخاصة أو أهمية ما تناوله من حقوق بالنسبة للمتقاضين، على وجه السرعة.^{٢٨٢} وهذا الضابط تحديداً، هو ما استند

٢٨٠

CEDH 28 nov. 2000, *Leclercq c/ France*, n° 38398/97, § 26 et 29-31 ; CE 19 juin 2006, *Koller, préc.* : le requérant a contribué, par la production tardive de certaines de ses écritures, à l'allongement de la durée de la procédure.

لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن تعدد طلبات المتقاضين المقمنة إلى المحكمة للمطالبة بحقوق خولهم إياها القانون الداخلي كتقديم طلب بالإعفاء من الرسوم القضائية، أو طلبات المساعدة القضائية أو طلب أجل للرد على تقارير الخبراء يشكل في حد ذاته مانعاً من المطالبة بالتعويض عن طول أمام القاضي، فهذه حقوق مشروعة أكدت المحكمة الأوروبية عدم مساسها بحقهم في المطالبة بتعويض عن طول مدة التقاضي.

Cassia (Paul), *Op. Cit.*, p. 11٨

٢٨١

Cassia (Paul), *Op. Cit.*, p. 11٧

٢٨٢

(CEDH 31 mars 1992, *X c/ France, préc.*, § 45-47, à propos d'un requérant séropositif).
راجع في المعنى نفسه :

CE 19 juin 2006, requête numéro 96004, M. Loupias et Mme Joncquières, la cour a affirmé que parmi les critères qui doivent être pris en considération "qu'en égard à مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاتصالية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ١٧ : ٢٠١٧ المجلد الأول

إليه مجلس الدولة في قضية Magiera لإقرار مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، إذ أكد أن تأخر المحكمة الإدارية بـ Versailles في الفصل في النزاع بالرغم من بعد طبيعة النزاع المثار عن أي تعقيد وكبر سن المتقاضى (حيث بلغ عمر Magiera عند رفع دعواه الأصلية أمام المحكمة الإدارية بـ Versailles اثنين وسبعين عامًا) ينطوي على انتهاكٍ خطير بحق الأفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ويشكل بالتبعية خطأً يستوجب التعويض عنه.^{٢٨٣}

وفي نهاية الحديث عن موقف القضاء الإداري من مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة قد أقر للمضرورين في هذه النوعية من القضايا بالحق في تعويض ما حاق بهم من أضرار مباشرة (وهي تلك الناجمة مباشرة عن الإطالة المفرطة في إجراءات التقاضي) ومحقة، وسواء أكانت مادية ومعنوية، لاسيما تلك الناجمة عن تفويت فرصة أو إلحاق خسارة أو الاعتراف المتأخر بالحقوق، على أنه لا يشترط بطبيعة الحال في الضرر المدعي به أن يكون خاصًا أو استثنائيًا؛ ذلك أن مسؤولية الدولة عن طول مدد التقاضي، كما أقامها مجلس الدولة هي مسؤولية على أساس الخطأ ولا يشترط فيها - على خلاف المسؤولية على أساس المخاطر - أن يكون الضرر خاصًا أو على درجة عالية من الجسامه.^{٢٨٤} ويقع عبء إثبات حدوث هذا الضرر وفقًا للقواعد العامة في المسؤولية على المضرور، فحصوله على التعويض القضائي مرهون بإثبات ما حاق به من أضرار مادية أو معنوية، بالإضافة إلى إثبات رابطة السببية بين الضرر المدعى به وبين الخطأ المتمثل في عدم

l'âge avancé et à l'état de santé du requérant, à l'objet même du litige relatif à l'allocation pour tierce personne à domicile.”

383

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. leb. P. 248; Lamy (Francis), Op. Cit., P. 4; LOMBARD (Martin), Op. Cit., p.2. v. CAA, 11 Juillet 2001 “qu'une durée totale de sept ans et six mois pour le jugement en premier ressort d'une requête qui ne présentait pas de difficulté particulière et qui au surplus avait été introduite par une personne âgée, en 1990, de soixante-douze ans, revêt un caractère excessif » et que, dans ces conditions, le requérant était fondé à obtenir la réparation du préjudice qu'il avait subi.”

٢٨٤

Lamy (Francis), Op. Cit. P.4-5; LOMBARD (Martin), Op. Cit., p.3.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة،^{٢٨٥} وإن كان مجلس الدولة قد أظهر تسامحاً ملحوظاً في قبول التعويض عن الضرر الأدبي وهو ذلك الضرر الذي يصيب المتقاضى في مشاعره ووجدانه نتيجة حالة القلق والانزعاج وعدم الاستقرار التي تلحق به بسبب عدم الفصل في نزاعه بحكم نهائي خلال مدة زمنية معقولة، فافتراض حدوث هذا الضرر بمجرد تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولية.^{٢٨٦}

٢٨٥

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. leb. P. 248 (cette action du justiciable "doit permettre la réparation de l'ensemble des dommages tant matériels que moraux, directs et certains, qui ont pu lui être causés et dont la réparation n'est pas assurée par la décision rendue sur le litige principal ; peut ainsi notamment trouver réparation le préjudice causé par la perte d'un avantage ou d'une chance ou encore par la reconnaissance tardive d'un droit ; peuvent aussi donner lieu à réparation les désagréments provoqués par la durée abusivement longue d'une procédure lorsque ceux-ci ont un caractère réel et vont au-delà des préoccupations habituellement causées par un procès, compte tenu notamment de la situation personnelle de l'intéressé").

CEDH 29 mars 2006, *Apicella c/ Italie*, n° 64890/01 ; CE 19 oct. 2007, *Blin*, n° 296529, *Lebon*, p. 1073 ; *AJDA* 2008. 597, note N. Albert). Seule l'étendue de ce préjudice varie en fonction de plusieurs paramètres : la durée de la période excessivement longue, la nature et l'importance du litige (v. sur ce point : CE 29 oct. 2007, *Decker*, n° 298781, à mentionner au *Lebon*) ; Dap (Stephane), Op. Cit.

٢٨٦

CE Ass. 28 Juin 2002 Garde des sceaux, Ministre de la Justice, c/M. Magiera, rec. leb. P. 248.

اكتفى مجلس الدولة الفرنسي في إثبات تحقق الضرر الأدبي في قضية Magiera بما تسببت فيه الإطالة في أمد التقاضي للمضروب من حالة قلق واضطرابات نفسية من شأنها تهديد حياته.

« une inquiétude et des troubles dans les conditions d'existence »

راجع في نفس المعنى حكم مجلس الدولة

CE 19 octobre 2007, requête numéro 296529, *Blin* : JCPA 2007, Act. 960.

LASCOMBE (Michel) et VANDENDRIËSSCHE (Xavier), Op. Cit., p. 301 para. 51.

التطور التشريعي لمسئولية الدولة عن عدم فصل محاكم القضاء الإداري في النزاع خلال مدة زمنية معقولة

حدا ما شهده قضاء مجلس الدولة الفرنسي من تطور في مجال مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة بالمشروع الفرنسي إلى تعديل قواعد تقنين العدالة الإدارية Code de Justice Administrative في ٢٨ مايو ٢٠٠٥، بموجب المرسوم رقم 2005-911، يسمح للمتقاضين بإمكانية مطالبة الدولة قضائياً بتعويض ما لحقهم من أضرار بسبب عدم فصل محاكم القضاء الإداري في نزاعاتهم خلال مدة زمنية معقولة، وقد منح التعديل التشريعي مجلس الدولة Le Conseil D'état اختصاص حصري بالفصل في هذه المنازعات، باعتبارها محكمة أول وأخر درجة،^{٣٨٧} فنصت المادة 1-R311 من تقنين العدالة الإدارية الفرنسي على:

Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort: ...

5- Des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative.^{٣٨٨}

وفي أولى التطبيقات القضائية لهذا النص، اتجه مجلس الدولة إلى توسيع نطاق مسؤولية الدولة وتعزيز حق المتقاضين في محاكمة في أمد معقول؛ فلم يشترط لقبول سماع دعاوي التعويض عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة صدور حكم نهائي في النزاع المدعي بتجاوز مدة التقاضي فيه للمدة المعقولة،^{٣٨٩} بمعنى آخر فقد أصبح بإمكان أي متقاضي تجاوزت المحكمة

٣٨٧

Décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative.

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي هو أول من يبادر باقتراح إضافة هذا النص إلى تقنين العدالة الإدارية لتوحيد الفصل في هذا النوعية من المنازعات وجعل الاختصاص بنظرها لأعلى محكمة في القضاء الإداري.

Cassia (Paul), Op. Cit., p. 120; Dero-Bugny (Delphine), Op. Cit., p. 1-2.

٣٨٨

Code de Justice Administrative, Art. R311-1.

٣٨٩

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

– أيًا كانت نرجعتها- المدة المعقولة أو *Delai Reasonable* في نظر نزاعه أن يلجأ إلى مجلس الدولة طالبًا التعويض، حتى وإن لم يتصل في دعواه الأصلية بموجب حكم نهائي،^{٢٩٠} على أن القانون الفرنسي قد اشترط لقبول سماع دعوى التعويض عن طول مدد التقاضي، أن يتقدم المضرور بطلب مسبق إلى وزارة العدل الفرنسية بقيمة التعويض المطلوبة، فلا تكون دعواه مقبولة أمام مجلس الدولة إلا عندما ترفض الوزارة إجابته إلى طلبه كليًا أم جزئيًا.^{٢٩١}

كما استحدثت المشرع الفرنسي بموجب المرسوم ١٠٠٥ - ١٥٨٦ المعدل لنص المادة 2-RI12.^{٢٩٢} و 3-RI12^{٢٩٣} من تفتين العدالة الإدارية آلية وقائية - لتعويض الإفراد في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة - يمكن من خلالها للمتقاضين أمام المحاكم الإدارية أن يستروا انتباه المخاكم

CE 25 janv. 2006, *SARL Potchou*, n° 284013, *RFDA* 2006. 299, concl. Y. Struillou ; *Dr fisc.* 2006. 494; concl.; *AJDA* 2006. 589, chron. C. Landais et F. Lenica ; *JCP Adm.* 2006. 1110, obs. C. Guettier ; *LPA* 27 nov. 2006, n° 236, p. 4, obs. A. Claëys).

حيث طلب المدعي مجلس الدولة في هذه القضية أن تحكم له بتعويض عادل لجبر ما لحق به من أضرار بسبب طول مدة التقاضي في دعواه الأصلية أمام المحكمة الإدارية الاستئنافية بمرسيليا والتي بلغت حوالي ١٨ عامًا.

^{٢٩٠} تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة وإن كان قد قبل دعاوي التعويض عن طول أمد التقاضي في المنازعات التي لم يفضل فيها بحكم نهائي بعد، إلا أنه لم يحكم سوى بتعويض الضرر الأدبي دون الضرر المادي في مثل هذه النوعية من الدعاوي. للمزيد انظر القضية التالية؛

CE 25 janv. 2006, *SARL Potchou*, n° 284013, *RFDA* 2006. 299, concl. Y. Struillou; *Dero-Bügny* (Delphine), *Op. Cit.*, p. ٧.

CE 7 juill. 2006, *Mangot*, n° 285669, *Lebon*, p. 1064 ; *JCP* 2006. I. 170, § 5, obs. B. Plessix ; *AJDA* 2006. 1413; *Dero-Bügny* (Delphine), *Op. Cit.*, p. 1-2.

Code de Justice Administrative, Art. R112-2 «saisi par toute partie qui fait état de la durée excessive d'une procédure engagée devant un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel, le chef de mission permanente d'inspection des juridictions administratives a la faculté de faire des recommandations visant à remédier à cette situation.»

Code de Justice Administrative, Art. R112-3 « le chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives est destinataire des décisions administratives ou juridictionnelles allouant une indemnité en réparation du préjudice causé par une durée excessive de procédure devant les juridictions administratives. Il avise le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel dont le fonctionnement a été mis en cause. Il peut faire des recommandations visant à remédier à cette situation et saisir l'autorité compétente de toute proposition en ce sens »

إلى قرب تجاوز مدد التقاضي للمدد المعقولة *Delai Raisonnable*،^{٣٩٤} وتقتضي تلك الآلية أن يتقدم المتقاضي بشكوى إلى رئيس القسم التفتيش بالقضاء الإداري *le chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives* والتحديات التي تعوق الفصل في دعواه خلال المدة المعقولة، ويملك رئيس قسم التفتيش بناء على هذه الشكوى مخاطبة رئيس المحكمة المختصة بنظر النزاع بتلك المعوقات ومطالبته بتعجيل الفصل في الدعوى لتفادي إقرار مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وفي جميع الأحوال يتعين على رئيس قسم التفتيش أن يرد على جميع التظلمات المقدمة من المتقاضين أمام المحاكم الإدارية بشأن طول مدد التقاضي حتى وإن كانت من حيث الظاهر غير مبررة.^{٣٩٥}

ومن ناحية أخرى، اتخذت الحكومة الفرنسية من جانبها عدد من الإجراءات الرامية إلى تعجيل الفصل في المنازعات المنظورة أمام القضاء الإداري دون أن تنتقص من الضمانات الإجرائية المقررة قانوناً لحماية المتقاضين وكان من أهمها: استحداث عدد من المحاكم الإدارية،^{٣٩٦} وتوقيع عدد من مذكرات التقاهم بين مجلس الدولة وعدد من المحاكم الإدارية الاستئنافية بضع بموجبها الأولى تحت تصرف الثانية ما يلزم من موارد بشرية وتكنولوجية لتعجيل الفصل في القضايا،^{٣٩٧} وأخيراً، تيسير الإجراءات القضائية أمام محاكم القضاء الإداري بوجه عام.^{٣٩٨}

٣٩٤

le décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 (*JCP Adm.* 2006. 1082, note P.-O. Caille; *RFDA* 2006. 286, note F. Sudre).

٣٩٥

Conseil d'État, Rapport public 2008, n° 59, p. 195 : « les réclamations des justiciables invoquant les difficultés qu'ils rencontrent dans l'examen de leurs requêtes sont toujours suivies de réponses, même lorsqu'elles apparaissent, à l'analyse, injustifiées »),

٣٩٦

décr. n° 2004-585 du 22 juin 2004 : création de la cour administrative d'appel de Versailles.

٣٩٧

Cassia (Paul), Op. Cit., p. 12٤.

٣٩٨

المبحث الثالث

مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في مصر

بعد أن عرضنا في المبحث السابق للأساس القانوني لمسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني الفرنسي، نعرض من خلال المبحث التالي لموقف كل من المشرع والقضاء المصري من مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في مصر؛ فنعرض بدايةً لموقف المشرع والقضاء من مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ثم نتناول، في ضوء النصوص القانونية المنظمة لمسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية وأحكام القضاء في هذا الخصوص، لمدى مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: موقف المشرع والقضاء المصري من مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.
- المطلب الثاني: مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني المصري.

المطلب الأول

موقف المشرع والقضاء المصري من مبدأ مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية على نقيض ما لحق بمبدأ عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية من تطور تشريعي وقضائي في فرنسا أدت في النهاية إلى العدول عنه، لا تزال قاعدة عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية هي القاعدة العامة السائدة في النظام القانوني والقضائي المصري، إلا في الحالات التي يتدخل فيها المشرع ويقر بهذه المسئولية على نحو صريح³⁹⁹ وسوف نعرض

déc. n° 2003-543 du 24 juin 2003, *AJDA* 2003. 1375, note S. Boissard ; *RFDA* 2003. 910, obs. B. Pacteau : limitation et encadrement de l'appel devant les cours administratives d'appel ; v. nos obs. sous CE, Sect., 5 mai 2006, *Mme Bisson*.

³⁹⁹ دكتور محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطة العامة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة في مصر، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية وفقاً لقضاء محكمة النقض الدستورية والإدارية العليا، دراسة تحليلية وفقهية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص 28-1025. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

من خلال هذا المطلب لموقف كل من المشرع والقضاء المصري من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: موقف المشرع المصري من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

الفرع الثاني: موقف القضاء المصري من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

الفرع الأول

موقف المشرع المصري من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

لم يأخذ التشريع المصري كقاعدة عامة بمبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، إذ خلت القوانين من نص مماثل لما أورده المشرع الفرنسي في قانون تنظيم القضاء يقر بمسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، مكتفياً بإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في حالات محددة وهي: مخاصمة القضاة، والحبس الاحتياطي، وتنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذة بموجبه، وسوف نتناول كل من هذه الحالات تباعاً فيما يلي:

أولاً: دعوى المخاصمة.

جعل المشرع من دعاوى المخاصمة الطريق الوحيد لإقرار مسؤولية القضاة ورجال النيابة العامة عما قد يقع منهم من أخطاء بمناسبة ممارستهم لواجبات وظيفتهم،^{٤٩٤} فنصت المادة ٤٩٤

^{٤٩٤} احتج الخلاف بين الفقه المصري في ظل عدم تضمن قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ لنصوص تنظم مخاصمة رجال القضاء الإداري بين مؤيد ومعارض لانطباق الأحكام المنصوص عليها في نص المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على رجال القضاء الإداري. لمزيد من القراءات حول ذلك الموضوع راجع دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٤٨٧؛ دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٧٢؛ دكتور عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثانية ١٩٩٩، ص. ٤٧٢؛ دكتور فتحي، د. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، ٢٠٠٢، ص. ١١١.

على أن المحكمة الإدارية العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية قد أكدتا انطباق أحكام دعوى المخاصمة على رجال القضاء الإداري. راجع في ذلك المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٩٣٠ - لسنة ٣٩ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٦-٦-١٩٩٢ - مكتب فني ٣٨ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٤٤١ " قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م ٤٩٤، ٤٩٥؛ دعوى المخاصمة هي دعوى من نوع خاص افرد لها المشرع أحكاماً خاصة ولجراءات معينة تسري جميعها على أعضاء ومستشاري محاكم مجلس الدولة. ونظراً لعدم تضمن قانون مجلس الدولة أحكاماً تنظم دعوى مخاصمة أعضاء مجلس الدولة على نهج ما جاء بقانون المرافعات وأعمالاً للمادة الثالثة من مواد إصدار قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ - تصح مخاصمة القاضي في إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ٤٩٤"

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه " تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية:

- ١- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم.
- ٢- إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم، وذلك بعد إنذاره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة للأوامر على العرائض، وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى.
- ٣- في الحالات الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسئولية القاضي والحكم عليه بتعويضات.

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري، قد أقر بمسئولية القضاة عن أخطائهم الوظيفية في ثلاث حالات محددة نصت عليها المادة ٤٩٤ على سبيل الحصر. ويتعدّد إجماع الفقه والقضاء المصري في خصوص الحالة الأولى من حالات المسئولية على ضرورة توافر سوء النية لدى القاضي أو عضو النيابة العامة لإقرار مسئوليته في حالات الغش والتدليس والغدر، بينما لا يشترط توافره لإقرار مسئوليته عن الخطأ المهني جسيم.^{٤١١} ويقصد بالغدر حصول القاضي أو

راجع أيضًا في تأكيد قضاء المحكمة الإدارية العليا، حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم ٢ - لسنة ١٤ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٠-٢٠-١٩٩٣ - مكتب فني ٥ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٥١٢
^{٤١١} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٧٠؛ دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٨٨؛ دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٢٧٣؛ دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ١٠٣٧.

راجع أيضًا في ذلك حكم محكمة استئناف بالإسكندرية الصادر بتاريخ ٢٧ إبريل سنة ١٩٥٧، مشار إليه في كتاب دكتور سليمان الطماوي، حيث قضت المحكمة " أن المستفاد من الأعمال التحضيرية لقانون المرافعات الجديد، أنه لم يكن الخطأ المهني الجسيم سببًا من أسباب المخاصمة في قانون المرافعات القديم. أن هذا السبب وإن قارب الغش من حيث جسامته الفعل إلا أنه لا يشترط فيه سوء النية، فهو الجهول الفاضح بمبادئ القانون، والوقائع الثابتة في أوراق الدعوى، فلا يدخل في نطاقه الخطأ في التقدير أو استخلاص الوقائع أو تفسير القانون أو قصور الأسباب، لأن سبيل تدارك ذلك هو الطعن في الحكم بالطرق العادية المقررة قانونًا."

راجع أيضًا في نفس الاتجاه، محكمة النقض - المدني - الطعن رقم ٩٢٠ - لسنة ٤٦ قضائية - تاريخ الجلسة ١٤-٢-١٩٨٠ - مكتب فني ٣١ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٥١٤، إذ قضت محكمة النقض أن المقصود بالغش في مجال تطبيق أحكام نص المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية هو "انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا الانحراف وذلك إما إبتاراً لأحد الخصوم أو نكالية في خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

عضو النيابة العامة على منفعة مالية غير مستحقة، وذلك لنفسه أو للغير،^{٤٠٢} بينما يقصد بالغش والتدليس، على نحو ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض، الانحراف العمدي القضاة أو أعضاء النيابة العامة في عملهم عما يقتضيه القانون، بقصد تحقيق مصلحة شخصية، أو محاباة لأحد الخصوم، أو نكاية في أحد الخصوم.^{٤٠٣} أما بالنسبة للخطأ المهني الجسيم، فقد استقرت محكمة النقض المصرية على تعريفه بأنه "الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الإهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً، ويستوى أن يتعلق هذا الخطأ بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى، وتقدير مبلغ جسامته الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع."^{٤٠٤} وتطبيقاً لذلك عدت محكمة النقض من قبيل الخطأ الجسيم المسوغ لمسئولية القاضي الشخصية الجهل الفاحش بمباني القانون الأساسية أو الوقائع الثابتة بملف الدعوى،^{٤٠٥} وإن كانت في المقابل أخرجت من دائرة هذا الخطأ، الخطأ الناتج عن "تحصيل القاضي لفهم الواقع في الدعوى، وتقديره للأدلة والمستندات فيها، وكل رأى أو تطبيق قانوني يخلص إليه بعد إمعان

للقاضي. أما الخطأ المهني الجسيم فهو الخطأ الذي يرتكب القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الإهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً، ويستوى أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثانية في ملف الدعوى وتقدير مبلغ جسامته الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع.

^{٤٠٢} راجع في ذلك حكم محكمة نقض جنائي - الطعن رقم ٢٩٦٥٠ لسنة ٧٠ قضائية، ١٧-٤-٢٠٠٣. دكتور بشير سعد زغلول، القواعد القانونية للحبس الاحتياطي وبدائله، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٧٥. يرى المؤلف أن لفظ الغدر الذي استخدمه المشرع في المادة ٤٩٤ - نقلاً عن المشرع الفرنسي - لم يكن في محله، وذلك لاشرط هذه النوعية من الجرائم - وفقاً لنص المادة ١١٤ من قانون العقوبات - أن يكون مرتكبها ممن خولهم القانون سلطة جباية الضرائب أو العوائد أو الرسوم أو الغرامات أو نحوها، وهو ما لا ينطبق على القضاة ورجال النيابة العامة، إذ لا تقتضي وظائفهم القيام بأي من هذه الأعمال. ويؤكد أنه على فرض حصول رجل القضاء أو النيابة على منفعة مالية لنفسه أو للغير، فإن التكييف القانوني لهذه الجريمة هي الرشوة وليست الغدر، وهو ما يقتضي مسائلة رجل القضاء أو النيابة العامة مدنياً وجنائياً في هذه الحالة بالتطبيق للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية دون الحاجة إلى اللجوء لدعوى المخاصمة.

^{٤٠٣} راجع أيضاً في نفس الاتجاه، محكمة النقض - المدني - الطعن رقم ٩٢٠ - لسنة ٤٦ قضائية - تاريخ الجلسة ١٤-٢-١٩٨٠ - مكتب فني ٣١ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٥١٤.

راجع في ذلك دكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٤، ص ١١٤٥ دكتور رمزي سيف، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، ١٩٦٩، ص ٦٣.

^{٤٠٤} محكمة النقض - المدني - الطعن رقم ٤١٠ - لسنة ٥٦ قضائية - تاريخ الجلسة ١٢-١٢-١٩٩١ - مكتب فني ٤٢ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة

^{٤٠٥} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٩٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

النظر والاجتهاد في استنباط الحلول القانونية للمسألة المطروحة عليه ولو خالف في ذلك أحكام القضاء وإجماع الفقهاء.^{٤٠٦} ويتضح من تعريف محكمة النقض للخطأ الجسيم - كما لاحظ بعض الفقه - تشدد القضاء المصري في تحديد مفهوم الخطأ الجسيم، على نحو يجعل من الصعب استيعابه لكثير من الأخطاء الوظيفية المتصور وقوعها من جانب رجال القضاء والنيابة،^{٤٠٧} وهو ما أدى في الواقع العملي إلى ندرة انطباقه.^{٤٠٨}

وبشأن الحالة الثانية والمعروفة بحالة إنكار العدالة، أو امتناع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم فيها، فقد أوجب المشرع - بالنظر لصعوبة إثباتها - لإقرار مسئولية القضاة عنها أن يقوم المتقاضى بإبذار القاضي الممتنع مرتين متتاليتين،

^{٤٠٦} محكمة النقض - المدني - الطعن رقم ٨٥٦٩ - لسنة ٦٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٨-٧-١٩٩٧ - مكتب قني ٤٨ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٠٨٩

راجع في نفس المعنى محكمة النقض الطعن رقم ٢٣٣٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٨/١/١٩٩٠ من ٤١ ع ١ ص ٢٠٤. الأصل هو عدم مسئولية القاضي عما يصدر منه من تصرف في أثناء عمله لأنه يستعمل في ذلك حقا خوله له القانون وترك له مبلطة التقدير فيه، ولكن المشرع رأي أن يقرر مسئوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها، فنص في قانون المرافعات على أحوال معينة أوردتها على سبيل الحصر يسأل فيها عن التضمنيات، والحكمة التي توخاها المشرع من ذلك هي توفير الطمأنينة للقاضي في عمله وأحاطته بمساح من الحماية يجعله في مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون النيل من كرامته وهيبته برفع دعاوي كيدية لمجرد التشهير به، ومن ثم فلا يجوز مقاضاته بالتضمنيات عن التصرفات التي تصدر منه إيان عمله إلا في هذه الأحوال.^{٤٠٧} دكتور محمد عبد الطيف، المرجع السابق، ص. ٢٧٤. ويستشهد المؤلف بحكم لمحكمة النقض، قضى فيه بأن رفض وقف الدعوى مع الاستمرار في نظرها بالرغم من تقديم أحد الخصوم طلب رد بعض أعضاء المحكمة بالمخالفة لنص المادة ١٦٢ من قانون المرافعات التي تلزم المحاكم بوقف الدعوى لحين الفصل في طلب الرد لا يشكل خطأ جسيماً مسوغاً لمسئولية القاضي الشخصية.

تجدر الإشارة إلى أن محكمة استئناف القاهرة كانت قد طالبت في إحدى أحكامها الصادرة بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٨١، باستبعاد الخطأ الجسيم من بين حالات المخاصمة المنصوص عليها في نص المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات، فأهيت "بالمشرع أن يتدخل فوراً لحماية لرجال القضاء من عبث العابثين بتعديل مواد الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون المرافعات بشأن مخاصمة رجال القضاء وأعضاء النيابة بحذف الخطأ المهني الجسيم كسبب من أسباب مخاصمتهم". حكم محكم استئناف القاهرة في القضية رقم ١٣٩٩ لسنة ٩٨ قضائية. جلسة ٣٠-١٢-١٩٨١.

^{٤٠٨} المرجع السابق ص. ٢٧٤، إذ يؤكد دكتور محمد عبد اللطيف أن أحكام القضاء المصري لم تسجل إلى يومنا هذا إلا حالة واحدة للخطأ الجسيم، حيث قضت محكمة استئناف المنصورة بتوافر الخطأ المهني الجسيم لدى الدائر المخاصمة في حكمها الصادر بعدم قبول تدخل المخاصم كخصماً منضماً للمستأنف عليها، بحجة أنه لم يطعن على الحكم الصادر من محكمة أول درجة برفض تدخله، وقد تمثل الخطأ الجسيم في مخالفة الحكم لنص المادة ٢٣٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تجيز التدخل الإنضمامي إلى أحد الخصوم في مرحلة الاستئناف، ومخالفة أيضاً ما هو ثابت في ملف الدعوى من أن محكمة أول درجة كانت قد قبلت تدخل المخاصم ولم ترفضه.

يفصلهما أربع وعشرين ساعة بالنسبة للأوامر على العرائض، وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى.

أما عن الحالة الثالثة والأخيرة في هذه المادة، فتتعلق بما يرد عليه النص صراحة في القانون من مساءلة القاضي مدنيًا وإلزامه بالتعويضات، ومن أمثلة هذه الحالات ما نصت عليه المادة ١٧٥ من قانون المرافعات من أن عدم إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم يؤدي إلى بطلان الحكم، ويلتزم المتسبب في البطلان بالتعويضات.^{٤٩}

وإذا قضي في دعوى المخاصمة بصحتها، تحكم المحكمة ببطلان تصرف القاضي أو عضو النيابة المخاصم مع إلزامه بالتعويض والمصاريف،^{٥٠} وهو ما يؤكد أن المسؤولية التي تنظمها دعوى المخاصمة هي المسؤولية الشخصية للقضاة وأعضاء النيابة العامة عما قد يصدر عنهم أثناء مباشرتهم لأعمال وظيفتهم، وإن كان البعض يرى أنه ليس هناك ما يمنع من اختصاص الدولة في هذه النوعية من القضايا بجانب القاضي بوصفه تابعًا لها استنادًا إلى القواعد العامة التي تقضي بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، وذلك حماية للمضرور من إفسار القاضي حال إحكم له بالتعويض، على أن يكون لها الحق في الرجوع عليه إذ ما قامت بدفع التعويضات.^{٥١}

أما إذا قضي في دعوى المخاصمة برفضها، تحكم المحكمة بغرامة لا تقل عن أربع مائة جنيه ولا تزيد على أربعة آلاف جنيه، وبمصادرة الكفالة التي ألزم القانون رافع دعوى المخاصمة

^{٤٩} قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٦، مادة ١٧٥..
راجع في ذلك دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٤٩٠، دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٧٥، دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. ١٠٤٠.
^{٥٠} قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٦، مادة ٤٩٩.
^{٥١} راجع في ذلك دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٤٩١، دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٧٩، دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. ١٠٤٠.
تجدر الإشارة إلى أن المادة ٧٩٧ من قانون المرافعات المصري القديم الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ كانت تنص على أن تكون الدولة مسؤولة عما يحكم به من تضييقات على القاضي أو عضو النيابة العامة بسبب الأفعال التي تبيح رفع دعوى المخاصمة ولها حق الرجوع عليه، في حين لم يتضمن قانون المرافعات المصري الحالي نصًا مماثلًا.

بإبداعها. كما يجوز للمحاكم أن تحكم على رافع دعوى المخاصمة بتعويض حال رجوع القاضي أو عضو النيابة المخاصم عليه بالتعويضات إن كان لها وجه.^{٤١٢}

ويتضح مما تقدم، أن المشرع المصري قد أحاط دعوى المخاصمة بسياج من الضمانات والشروط للتضييق من نطاق المسؤولية الشخصية لرجال القضاء قدر الإمكان، وذلك حملياً لهم ضد ما قد يرفعه الخصوم من دعاوي كيدية يستهدفون من ورائها النيل من استقلالهم أو إعاقتهم عن أداء وظائفهم.^{٤١٣}

ثانياً: الحبس الاحتياطي

كفلت المادة ٥٤ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ من حيث المبدأ - للمحبوس احتياطياً الحق في الحصول على تعويض مادي عن فترة حبسه،^{٤١٤} غير أن هذه المادة أوكلت إلى المشرع مهمة تنظيم حالات استحقاق التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه عن الحبس الاحتياطي، وبالرغم من عدم إصدار المشرع لقانون خاص في هذا الشأن حتى الآن، إلا أنه كان قد أقر مبدأ التعويض المادي عن الحبس الاحتياطي - دون أن يتناوله بالتنظيم - في وقت سابق على صدور دستور ٢٠١٤، وذلك عندما تدخل بالقانون رقم ١٤٥ لعام ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، حيث نص في المادة ٣١٢ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية "على أن تلتزم النيابة العامة بنشر كل حكم بات ببراءة من سبق حبسه احتياطياً، وكذلك كل أمر صادر بالأوجه لإقامة

^{٤١٢} قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦، مادة ٤٩٩. تجر الإشارة إلى أن المشرع المصري قيمة الغرامة المنصوص عليها في نص المادة ٤٩٩ أكثر من مرة لتصل في النهاية إلى أربعة آلاف جنيه، وذلك بموجب القوانين التالية؛ القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، وأخيراً القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية.

^{٤١٣} دكتور بشير سعد زغول، القواعد القانونية للحبس الاحتياطي وبدائله، ص. ١٧٣. حيث يذهب المؤلف إلى وصف دعوى المخاصمة بأنها دعوى "مخوفة بالصعاب والمخاطر"، إذ تتمثل أهم الصعاب التي يواجهها رافع دعوى المخاصمة في قصر أسباب المخاصمة على حالات محددة على سبيل الحصر مع صعوبة إثبات توافر أي منها في حق رجال القضاء، بينما تتمثل مخاطر هذه الدعوى فيما قد يحكم به القضاء على رافع الدعوى حال الحكم رفضها من تعويض علاوة على مصادرة للكفالة والغرامة التي قد تصل إلى ٤ آلاف جنيه.^{٤١٤} دستور جمهورية مصر العربية، المادة ٥٤.

تجدر الإشارة إلى أن البعض من الفقه قد ذهب في ظل دستور مصر لعام ١٩٧١ إلى القول بأن نص المادة ٥٤ من الدستور والتي تنص على أن "تكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع اعتداء على حريته الشخصية" تكفل للمتضررين من الحبس الاحتياطي الحق في الحصول على تعويض بحسبانها لا تتعلق فحسب بالأضرار الناشئة عن نشاط السلطة التنفيذية وإنما تشمل فضلاً عن ذلك الضرر الناشئ عن نشاط السلطة القضائية. كذلك. راجع في دكتور محمد عبد الطيف، المرجع السابق، ص. ٢٨٢.

الدعوى الجنائية قبله في جريديتين واسعتي الانتشار على نفقة الحكومة، ويكون النشر في الحالتين بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم أو أحد ورثته وبموافقة النيابة العامة في حالة صدور أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى. وتعمل الدولة على أن تكفل الحق في مبدأ التعويض المادي عن الحبس الاحتياطي في الحالتين المشار إليهما في الفقرة السابقة وفقاً للقواعد وللإجراءات التي يصدر بها قانون خاص.^{١٠}

ويلاحظ أنه بالرغم من كفالة المادة ٣١٢ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية لمبدأ التعويض المادي والأدبي عن الحبس الاحتياطي، إلا أنها قصرت الحق في التعويض على كل من صدر حكم ببراءته أو أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى في مواجهته، دون أن تنطرق لمسألة التعويض عن الضرر الناتج عن أوامر الحبس الاحتياطي غير المشروعة، إذ إنه بالرغم من إحاطة المشرع لأوامر الحبس الاحتياطي بعدد من الضمانات الموضوعية والإجرائية التي يتعين مراعاتها لضمان شرعيتها، فمن العتصور أن يصدر أمر الحبس الاحتياطي بالمخالفة لتلك ضمانات الموضوعية والإجرائية، كما لو صدر الأمر في جريمة من الجرائم التي لا يجيز القانون الحبس الاحتياطي فيها، أو صدر في مواجهة متهم دون استجوابه بالمخالفة لقانون الإجراءات الجنائية، أو صدر بمدة تتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً،^{١١} فهل يستحق المتهم تعويضاً في هذه الحالة تعويضاً عما حاق به من ضرر نتيجة أمر الحبس غير المشروع؟ لذا فإننا نأمل من المشرع، عند تنظيمه للقواعد المتعلقة بالتعويض المادي عن الحبس الاحتياطي وتحديد حالات استحقاقه، ألا يقصر الحق في التعويض عن الحبس الاحتياطي على حالات الحكم بالبراءة أو إصدار أمر بالألا

^{١٠} دكتور بشير سعد زغول، القواعد القانونية للحبس الاحتياطي وبدائله، ص. ١٧١. يرى المؤلف أن أوامر الحبس الاحتياطي غير المشروعة من شأنها أن تثير المسؤولية الشخصية لرجال القضاء بالتطبيق لأحكام دعوى المخاصمة، وذلك بحسبانها أحد صور الخطأ الجسيم المتمثلة في الجهل بالمبادئ الأساسية للقانون. وبالرغم من وجاهة هذا الرأي، إلا أنه يصطدم مع ما استقرت عليه لسوابق القضائية من أن أوامر الحبس الاحتياطي غير المشروعة كذلك التي تصدر في جحفة لا يجيز القانون الحبس الاحتياطي فيها تعد من قبيل الخطأ اليسير وليس الجسيم. فقد قضت محكمة النقض أنه " إذا كان الحكم الصادر في دعوى المخاصمة قد قرر أن أمر وكيل النيابة بحبس المتهم احتياطياً في تهمة عدم الإعلان عن الأسعار معاقباً عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور مع أن المادة ١٣٤ إجراءات جنائية تجيز الحبس الاحتياطي في الجنح المعاقب عليها مدة تزيد على ثلاثة شهور لا يعتبر خطأ مهيناً جسيماً وأقام قضاؤه على اعتبارات تكفي لحمله، فالنعي عليه في هذا الخصوص يعتبر جدلاً موضوعياً مما يستقل به قاضي الموضوع".

راجع في ذلك دكتور رمزي سيف، المرجع السابق، ص. ٦٥، دكتور محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص.

وجه، بل يوسع من نطاقه ليشمل التعويض عن أخطاء القضاء أو النيابة العامة في إصدار أوامر الحبس الاحتياطي بالمخالفة لأحكام القانون.

وعلى أية حال، فبكالفة هذه المواد الدستورية والتشريعية لمبدأ التعويض المادي والمعنوي عن الحبس الاحتياطي، يكون النظام القانوني المصري قد أقر مبدأً بمسئولية الدولة عن الحبس الاحتياطي، ونحن من جانبنا نناشد المشرع أن يعجل بإصدار تشريع يضع فيه مبدأ التعويض المادي موضع التنفيذ، إنفاذاً لأحكام الدستور من ناحية وإعلاءً لمبادئ العدالة والإنصاف التي تقتضي تعويض المضرور. عما لحقه من أضرار مادية كتنقيده حريته، وأضرار معنوية كتشويه سمعته عن المدة التي قضاهما في الحبس الاحتياطي من ناحية أخرى.^{٤١٦}

ثالثاً: تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذ بموجبه

لم تقتصر المادة ٥٤ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على كفاية مبدأ التعويض المادي عن الحبس الاحتياطي فحسب، وإنما كفلت كذلك مبدأ التعويض المادي حال تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذ بموجبه، ويأتي هذا النص استجابة لنداءات الفقه المتكررة بضرورة إقرار مسئولية الدولة عن أخطاء الأحكام الجنائية المقضي بإلغائها في حالات إعادة النظر، أسوة بالتشريعات المقارنة.^{٤١٧}

ونظراً لعدم صدور تشريع حتى الآن ينظم حالات استحقاق التعويض المادي في هذه الفرضية، فإننا نرى أن أولى هذه الحالات التي يتعين أن يشملها هذا التشريع المزمع إصداره استجابة لمقتضيات النص الدستوري، هي حالة الحصول على الحكم بالبراءة في طلب إعادة النظر، إذ خلا القانون المصري من أي نصوص تعترف للمضرور في هذه الأحوال بالحق في الحصول على تعويض مادي، مكتفياً فقط بنشر الحكم الصادر بالبراءة في الجريدة الرسمية وجريدتين

^{٤١٦} دكتور بشير سعد زغول، القواعد القانونية للحبس الاحتياطي وبدائله، ص. ١٦٧-١٦٨؛ دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٨٢

^{٤١٧} دكتور إدوارد غالي، طلب إعادة النظر في الأحكام الجنائية، الطبعة الثالثة، لجنة المكتبة والفكر القانوني، ١٩٩١، ص. ٢٦٧.

آخرتين يعينهما صاحب الشأن كتعويض معنوي عما لحق المحكوم عليه من أضرار جراء الحكم الصادر بإدانته.^{٤١٨}

^{٤١٨} نصت المادة (٤٤١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ على خمسة أسباب لإمكانية إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة بالعقوبة في مواد الجنائيات والجنح، وهي :

- ١- إذا حكم على المتهم في جريمة قتل، ثم وجد المدعي قتله حياً.
- ٢- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة، ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة عينها، وكان بين الحكمين تناقض بحيث يستتج منه براءة أحد المحكوم عليهما.
- ٣- إذا حكم على أحد الشهود أو الخبراء بالعقوبة لشهادة الزور وفقاً لأحكام الباب السادس من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، أو إذا حكم بتزوير ورقة قدمت أثناء نظر الدعوى، وكان للشهادة أو تقرير الخبير أو الورقة تأثير في الحكم.
- ٤- إذا كان الحكم مبنياً على حكم صادر من محكمة مدنية أو من إحدى محاكم الأسرة* وألغى هذا الحكم.
- ٥- إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع أو إذا قدمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة، وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه.

كما تنص المادة ٤٥٠ من ذات القانون على أن "كل حكم صادر بالبراءة بناء على إعادة النظر، يجب نشره على نفقة الحكومة في الجريدة الرسمية بناء على طلب النيابة العامة وفي جريعتين يعينهما صاحب الشأن."

ونرى أن الصيغة التي وردت عليها المادة ٥٤ من الدستور تسمح بإمكانية التوسع في إقرار مسؤولية الدولة عن أخطاء الأحكام القضائية، لتشمل ليس فقط مسؤوليتها عن الأحكام المقضي بإلغائها في حالات إعادة النظر، وإنما تشمل أيضاً مسؤوليتها عن جميع الحالات التي تثبت فيها براءة المتهم بموجب حكم بات، بعد سبق الحكم بإدانته وتنفيذه للعقوبة المحكوم بها كلياً أو جزئياً. فلو فرضنا أن محكمة الجنائيات قضت بإدانة أحد الأفراد والحكم عليه بالسجن المشدد لمدة سبع سنوات، وأثناء تنفيذ العقوبة قبلت محكمة النقض الطعن المقدم منه وقررت إعادة محاكمته ثم قضت محكمة الإعادة ببرأته وضحى هذا الحكم باتاً أما بتأييد محكمة النقض له أو بفوات المدد المقررة قانوناً للطعن عليه أمامها، فإنه يحق للمتهم في هذه الأحوال— وفقاً لصريح النص الدستوري— الحصول على تعويض نتيجة تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذ بموجبيه. بل نرى أن عدم تطلب المادة ٥٤ من الدستور للبراءة، كشرط لتعويض المضرور عن تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذ بموجبيه، يسمح بإمكانية إقرار مسؤولية الدولة في الأحوال التي يتضي فيها بحكم بات بتخفيف العقوبة المحكوم بها عند إعادة المحاكمة. ففي الفرضية السابقة مثلاً لو أن المحكمة التي تتولى إعادة محاكمة المتهم كانت قد اكتفت بتخفيف مدة الحبس من سبع سنوات الي ثلاث سنوات بدلاً من الحكم ببراءته، وكان المتهم قد أمضى في السجن خمس سنوات قبل صدور الحكم البات بتخفيف العقوبة، فإنه ينشأ له في هذه الحالة الحق في الحصول على تعويض مادي عن مدة السنتين التي قضاها في السجن قبل صدور الحكم البات.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الفرع الثاني

موقف القضاء المصري من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

لا يختلف موقف القضاء المصري بجهته - القضاء العادي والقضاء الإداري - عن موقف المشرع المصري، فلا يزال القضاء متمسكاً بمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء وموسعاً من نطاقه ليشمل أعمال القضاة بوجه عام، وأعمال النيابة العامة ومأموري الضبط القضائي ذات الطبيعة القضائية.

أولاً: أعمال القضاة

تشمل أعمال القضاة الأحكام بالمعنى الفني والأعمال التحضيرية للأحكام كالقرارات الصادرة بنذب خبير والقرارات الصادرة بالفصل في طلبات الإعفاء من الرسوم القضائية.^{٤١٩} كذلك يشمل مبدأ عدم المسؤولية الأعمال المتعلقة بتنفيذ الأحكام والأعمال الولائية كالأوامر على العرائض.^{٤٢٠} ولا يقتصر سريان مبدأ عدم مسؤولية الدولة على أعمال قضاة القضاء العادي

^{٤١٩} دكتور محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. ٢٧٣

^{٤٢٠} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٦٢ راجع في نفس المعنى دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ٩٩٩ ص. وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ عدم مسؤولية الدولة لا ينطبق على أعمال قضاة المحاكم العادية والاستثنائية فحسب، وإنما يأخذ حكم أعمال القضاة قرارات مجالس التأديب التي لا تحتاج إلى تصديق سلطة أعلى. راجع في ذلك المحكمة الإدارية العليا، دائرة توحيد المبادئ، ١٥ ديسمبر ١٩٨٥، الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ق.

وبالمثل ينطبق مبدأ عدم مسؤولية الدولة على أعمال هيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة وهيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا نظراً لأن الأعمال الموكول إليهم وفقاً لنص المادة ٢٨، ٢٧، ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ونص المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ هي أعمال ذات طبيعة قضائية. راجع في ذلك دكتور محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، مسؤولية السلطة القضائية سنة ٢٠٠٤ ص ٢٦٥ وما بعدها.

بالمقابل، فإن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية لا يشمل القرارات الإدارية الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وهو ما أكتنه محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها "أن لجنة مخالفت الترع والجسور لا تخرج عن كونها لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي، وقد نصت المادة ٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في القرارات النهائية الصادرة من الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي .. ولذلك يكون الدفع بعدم الاختصاص بدعوى أن قرارات هذه اللجنة لها صفة الأحكام. وبهذه المثابة تخرج من اختصاص محكمة القضاء الإداري، في غير محله، ويتعين رفضه." محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم ٤٣٦ - لسنة ٤ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٠-٣-١٩٥١ - مكتب فني ٥ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٧٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ - المجلد الأول

والقضاء الإداري فحسب،^{٤٢١} وإنما يمتد ليشمل أعمال قضاء المحكمة الدستورية العليا والمحاكم العسكرية والمحاكم الاستثنائية.^{٤٢٢} على أنه يستثنى من الخضوع لمبدأ عدم المسئولية القرارات المتعلقة بالشئون الوظيفية للقضاة، والقرارات الصادرة من القضاة بما لهم من سلطة في الإشراف والتوجيه على موظفين المحاكم.^{٤٢٣}

ويؤكد سواد مبدأ عدم مسئولية الدولة عن أعمال القضاة عدد من السوابق القضائية لمحكمة النقض المصرية، ومن أولى هذه السوابق، ما انتهت إليه محكمة النقض المصرية عام ١٩٣٣، أي بعد عامين فقط من إنشائها، من "أن قرار مجلس الوزراء الصادر بتعطيل جريدة الاهالي يعتبر بحسب قانون المطبوعات صادراً عن سلطة حكم أي هيئة قضائية وهو بذلك لا يدخل تحت تدبير القاضي مطلقاً. ولا يجوز لمن يدعي إلحاق ضرر به من جراء صدور مثل هذا القرار أن يرجع على الحكومة بالتعويض عملاً بقاعدة عدم مسئولية الدولة عن الأعمال القضائية."^{٤٢٤}

كما انتهت محكمة النقض في تفسيرها لنص المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات، القاضية بعدم جواز الطعن في أحكام محكمة النقض باي طريق من طرق الطعن، إلى أن أحكامها وإن شابها الخطأ - أيا كانت درجة جسامته - هي أحكام واجبة الاحترام فيما خلصت إليه ولا ترتب للمتضررين منها أي تعويض، فقضت "أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات يدل على أن أحكام محكمة النقض لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه وهي واجبة الاحترام فيما خلصت إليه أخطأت أم أصابت باعتبار ان محكمة النقض هي

^{٤٢١} يشمل مبدأ عدم مسئولية الدولة عن أعمال القضاء أعمال هيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة. راجع في ذلك المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٥٣٣ - لسنة ٢ قضائية - تاريخ الجلسة ١٨-١-١٩٥٨ - مكتب فني ٣ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٥٧٦.

^{٤٢٢} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٦١ دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، وجيز القضاء الإداري والقضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ ص. ٤٧٩ وما بعدها؛ دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. ١٠٠٠.

^{٤٢٣} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٤٨٠. إذ تخضع القرارات الصادرة بخصوص الشئون الوظيفية للقضاة إلى رقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً وفقاً للمواد ٨٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢. كذلك تخضع القرارات الصادرة من القضاة بشأن موظفي المحاكم، كقرارات النقل والتأديب إلى رقابة مجلس الدولة إلغاءً وتعويضاً بحسبها قرارات إدارية.

^{٤٢٤} محكمة النقض - مدني - الطعن رقم ٨ - لسنة ٢ قضائية - تاريخ الجلسة ٩-٢-١٩٣٣ - مكتب فني ١ (مجموعة عمر) - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٧٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

قمة السلطة القضائية في سلم ترتيب المحاكم ومرحلة النقض هي خاتمة المطاف في مرحلة التقاضي وأحكامها باقاة لا سبيل إلى الطعن فيها.^{٤٢٥}

بل وذهبت محكمة النقض إلى أبعد من ذلك بإقرارها مبدأ عدم مسؤولية القاضي عما يصدر منه تصرفات خلال عمله إلا إذا توافر إحدى الأسباب التي تجيز مخصصته وفقاً للمادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فقضت أن "الأصل هو عدم مسؤولية القاضي عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله له القانون وترك له سلطة التقدير فيه، ولكن المشرع رأى أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها فنص في المادة ٤٩٤ من القانون سالف الذكر على أحوال معينة أوردها على سبيل الحصر ومن بينها إذا وقع منه خطأ مهني جسيم، وهو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان لينساق إليه لو اهتم بواجباته الأهمّام العادي أو إهماله في عمله إهمالاً مفرطاً مما وصفته المذكورة الإيضاحية لقانون المرافعات السابق بالخطأ الفاحش الذي ينبغي أن يتردى فيه بحيث لا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوى كونه أوتى بحسن نية؛ فيخرج عن دائرة هذا الخطأ تحصيل القاضي لفهم الواقع في الدعوى وتقديره للأدلة والمستندات فيها، وكل رأى أو تطبيق قانوني يخلص إليه بعد إمعان النظر والاجتهاد في استنباط الحلول القانونية للمسألة المطروحة عليه ولو خالف في ذلك أحكام القضاء وإجماع الفقهاء."^{٤٢٦}

وإذا كان ما تقدم يعكس الاتجاه السائد في القضاء العادي من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية فإن موقف القضاء الإداري من ذات المسألة لا يختلف كثيراً، إذا أكدت كل من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري عدم مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء

^{٤٢٥} محكمة النقض - منني - الطعن رقم ٨٥٦٩ - لسنة ٦٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٨-٧-١٩٩٧ - مكتب قني ٤٨

- رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٠٨٩ .

^{٤٢٦} الحكم السابق، راجع في نفس المعنى محكمة النقض - منني - الطعن رقم ٢٢٣٣ - لسنة ٥١ قضائية - تاريخ الجلسة ١٨-١٠-١٩٩٠ - مكتب قني ٤١ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٢٠٤ ، إذ قضت "الأصل هو عدم مسؤولية القاضي عما يصدر منه من تصرف في أثناء عمله لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله له القانون وترك له سلطة التقدير فيه ، ولكن المشرع رأى أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها ، فنص في قانون المرافعات على أحوال معينة أوردها على سبيل الحصر يسأل فيها عن التضمينات، والحكمة التي توخاها المشرع من ذلك هي توفير الطمأنينة للقاضي في عمله وأحاطته بسياج من الحماية يجعله في مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون النيل من كرامته وهيبته برفع دعاوي كيدية لمجرد التشهير به، ومن ثم فلا يجوز مقاضاته بالتضمينات عن التصرفات التي تصدر منه إبان عمله إلا في هذه الأحوال."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الإداري، ومن أهم السوابق القضائية في هذا الخصوص ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري من أن الدولة "لا تسأل عن أخطاء السلطة القضائية على فرض التسليم جدلاً بوجود خطأ بسبب الخلاف في الرأي. وليس في وقائع الدعوى ودفاع الحكومة فيها ما يمكن أن يكشف عن خطأ جسيم أو يسير أو أنه كان يستهدف غاية تغيير ما وضع الحق من أجله أو انحرف عن القصد الذي حدد لحق الدفاع في القانون."^{٤٢٧}

وفي الاتجاه ذاته، أكدت المحكمة الإدارية العليا من جانبها عدم انطباق مسؤولية الدولة على أعمال السلطة القضائية، برفضها طلب التعويض عن أعمال السلطة القضائية، فقضت "إن السلطة القضائية لا تسأل عما تقوم به من أعمال قضائية لا وجه للمطالبة من تعويض عن قرار مجلس تأديب العاملين بفصل عامل من الخدمة رغم إلغاء هذا القرار بموجب حكم المحكمة الإدارية العليا باعتبار أن هذا القرار الصادر من مجلس التأديب لا يخضع لتصديق الجهة الإدارية، ومن ثم فإنه يتساوى مع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم التأديبية ويسري عليه ما يسري علي هذه الأحكام."^{٤٢٨}

ثانياً: أعمال النيابة العامة

ويشأن مدى مسؤولية الدولة عن أعمال النيابة العامة، فقد استقر القضاء المصري بجهتيه على ضرورة التفرقة بين أعمال النيابة العامة ذات الطبيعة القضائية وأعمالها ذات الطبيعة الإدارية، وإخضاع الأولى دون الثانية لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.^{٤٢٩} فلا تسأل

^{٤٢٧} محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم ٢١٧٢ - لسنة ٧ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٣-١٢-١٩٥٤ - مكتب فني ٩ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ١٧٨.

^{٤٢٨} المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٥٢٦٢ - لسنة ٤٣ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٢-١-٢٠٠٠ - مكتب فني ٤٥ - رقم الجزء ٠ - رقم الصفحة ٣٩١.

^{٤٢٩} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٦٢، دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ١٠٠٠، وما بعدها؛ انظر حكم محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم ١٦٤ - لسنة ٢٦ قضائية - تاريخ الجلسة ٩-١-١٩٧٣ - مكتب فني ٢٧ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٨٠. حيث استقر القضاء الإداري على أن "النيابة العامة تجمع بين طرف من السلطة القضائية وطرف من السلطة الإدارية قد خصتها القوانين بصفتها أمينة على الدعوى العمومية بأعمال هي من صميم الأعمال القضائية وهي تلك التي تتصل بإجراءات التحقيق والاتهام، مثل: القبض على المتهمين وحبسهم وتفتيش منازلهم ورفع الدعوى العمومية ومباشرتها أو حفظها وغير ذلك من الإجراءات المنصوص عليها في قوانين الإجراءات الجنائية وغيره من القوانين الأخرى... وهذه وحدها تعتبر من الأعمال القضائية التي تخرج عن دائرة اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، وأما القرارات الأخرى التي تصدرها النيابة العامة خارج نطاق هذه الاختصاصات القضائية المخولة لها في القانون فإنها لا تعد من قبيل القرارات مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الدولة عن الأعمال التي تتخذها النيابة بوصفها سلطة اتهام وتحقيق في الجرائم الجنائية كقرارات التفتيش والقبض والحبس الاحتياطي والأوامر الصادرة بالأوجه لإقامة الدعوى، وتنفيذ الأحكام الجنائية الصادرة بالمصادرة وإحالة الدعوى إلى المحكمة أو حفظها،^{٤٢٠} بينما تسأل الدولة بالتعويض عن الأعمال التي تصدر من النيابة العامة بوصفها سلطة إدارية كالتقارير التي تتخذها بشأن الموظفين التابعين لها وتفتيش السجون،^{٤٢١} والأوامر الصادرة بمنع التعرض.^{٤٢٢}

ثالثاً: أعمال الضبط القضائي

وبالنسبة لمستولية الدولة عن أعمال رجال الضبط القضائي؛ فإن الإجماع منعقد فقهاً وقضاءً على خضوع ما يصدر عنهم من أعمال بصفتهم رجال ضبطية إدارية لقاعدة مسئولية الدولة بحسابها أعمال إدارية، وتساءل من ثم الدولة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنها.^{٤٢٣} أما بشأن ما يصدر منهم من أعمال بوصفهم رجال ضبطية قضائية^{٤٢٤} كتلك الأعمال التي تتعلق بالكشف عن الجرائم وجمع الاستدلالات، فقد تبين موقف كل من جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري، إذ انتهت بعض السوابق القضائية القديمة للقضاء العادي إلى رفض قياس تلك الأعمال على أعمال القضاة، مؤكداً قيام مسئولية الدولة عن أعمال الضبطية القضائية على أساس الخطأ إذا ترتب عليها ضرر للغير، وقد استندت هذه السوابق إلى سببين أساسيين: يكمن الأول منهما في أن أساس قاعدة عدم مسئولية الدولة عن أعمال القضاة هي حجية الأحكام وهي لذلك لا تشمل أعمال

القضائية بل مجرد قرارات إدارية تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في مدى مشروعيتها إذا توافرت فيها مقومات القرارات الإدارية النهائية"^{٤٢٥}

^{٤٢٠} محكمة القضاء الإداري، الحكم السابق. المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٤٦٩ - لسنة ٣٣ قضائية - تاريخ الجلسة ٣٠-٤-١٩٨٨ - مكتب فني ٣٣ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ١٤٢٦.

^{٤٢١} دكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٢؛ دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ١٠٠٠ وما بعدها.

^{٤٢٢} محكمة النقض - الجنائي - الطعن رقم ١٠٢٣ - لسنة ٣٣ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٠-١-١٩٦٤ - مكتب فني ١٥ - رقم الجزء ١ - رقم الصفحة ٧١. فقد قضت محكمة النقض أن "الأمر بمنع التعرض الذي تصدره النيابة العامة بعد حفظ الشكوى إدارياً لا يعدو أن يكون إجراء تصدره النيابة في غير خصومة جنائية ولا يقصد به شوى معاونة رجال الضبطية الإدارية على حفظ الأمن مما يخرج بطبيعته عن وظيفة النيابة العامة القضائية، ومن ثم لا يندرج ضمن القرارات المنصوص عليها في المادة ٢٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية والتي يجوز استئنافها أمام غرفة الاتهام عملاً بالمادة ٢١٠ من القانون المذكور." راجع في ذلك دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٨٢.

^{٤٢٣} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

مأموري الضبط القضائي، والثاني أن وظائف رجال الضبطية يغلب عليها الطابع الإداري وليس لها ولاية القضاء.^{٤٢٤}

أما بشأن موقف القضاء الإداري، فقد استقر على أن أعمال رجال الضبطية القضائية في نطاق الاختصاص القضائي الذي حولهم القانون إياه هي أعمالاً ذات طبيعة قضائية ولا يمكن إقرار مسؤولية الدولة عنها،^{٤٢٥} إذ قضت المحكمة الإدارية العليا "أن أوامر و إجراءات مأموري الضبطية القضائية التي تصدر عنهم في نطاق الاختصاص القضائي الذي حولهم القانون إياه وأضفى عليهم فيه تلك الولاية القضائية هي وحدها التي تعتبر أوامر وقرارات قضائية، وهي بهذه المثابة تخرج عن رقابة القضاء الإداري، وأما الأوامر والقرارات التي تصدر عنهم خارج نطاق ذلك الاختصاص القضائي المخول لهم في القانون فإنها لا تعد أوامر أو قرارات قضائية، وإنما تعتبر من قبيل القرارات الإدارية، وتخضع لرقابة القضاء الإداري إذا توافرت فيها شرائط القرارات الإدارية النهائية؛ ومن ثم إذا ثبت أن القانون لم يخول لجنة التحقيق الخاصة بالغنائم أو رئيسها أي اختصاص في إصدار أوامر ببيع الغنائم المضبوطة، فإن كل أمر يصدر من اللجنة أو رئيسها في هذا الشأن يعتبر خارج نطاق الاختصاص القضائي المنصوص عليه قانوناً، وبالتالي لا يعتبر أمراً صادراً من سلطة قضائية في حدود اختصاصها بل يعتبر أمراً إدارياً يخضع لرقابة القضاء الإداري."^{٤٢٦}

^{٤٢٤} حكم محكمة الاستئناف الأهلية في ١٠-١٢-١٩٣٢ المجموعة الرسمية السنة ٣٥ ص ٢٧٦، مشار إليه في كتاب دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. ١٠٥٣. حيث قضت المحكمة " فيما يتعلق بنظرية الحكومة بقياس أعمال الضبطية القضائية على أعمال القضاة من جهة وجوب حصانة رجالهم وعدم مسؤوليتهم عن أعمالهم إذا وقع منهم خطأ ضار بالإفراد، ترى هذه المحكمة عدم قبول هذه النظرية، لأن أساس عدم مسؤولية الحكومة عن خطأ القضاة هو حجبية الأحكام من جهة ومن جهة أخرى فإن أعمال رجال البوليس والمتشعبة والمتعددة ليس لها ولاية القضاء بل أن وظيفتهم إدارية."

في نفس الاتجاه قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر ١٠-٣-١٩٥٢ (مشار إليه في كتاب دكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. ١٠٥٤) "أن أعمال البوليس ورجال الضبطية القضائية تخضع للرقابة القضائية وتجعل الحكومة مسؤولة عن الخطأ في أعمالها."

^{٤٢٥} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٤٨٤

^{٤٢٦} المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٦٢٨ - لسنة ٣ قضائية - تاريخ الجلسة ٢٩-٢-١٩٥٨ - مكتب قني ٢ - رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٩٨٩ .

رابعاً: أعمال مساعدي القضاء

وتشمل هذه الطائفة أعمال الكتبة والمحضرين والخبراء، والثابت في القضاء. المصبري أن الأعمال الصادرة منهم هي أعمالاً إدارية تسأل عنها الدولة بحسبانهم موظفين عموميين، وهي لذلك تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً.^{٤٢٧}

^{٤٢٧} دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص. ٤٨٦. انظر أيضاً حكم محكمة أسبوط الابتدائية ٢٠-٢٠٢٦-١٩٢٦، مشار إليه في المرجع السابق، أن المحضر موظف عام تابع لوزارة الحفائية ويعمل لمصلحتها وهي التي عينته ولديها كل الوسائل لمراقبة حسن سير عمله وهذا يجعلها مسؤولة قانوناً عن كل عمل أو إهمال ينسب إلى المحضر بسبب وظيفته، ويكون مضرراً بالغير... مما يتعين معه اعتبار وزارة الحفائية مسؤولة مع المحضر بالتضامن بالمبلغ المحكوم به عليه.

دكتور محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء، دراسة مقارنة، دارة الفكر الجامعي، ص. ١٩٤.

المطلب الثاني

مسئولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني

المصري

يتضح مما تقدم أن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية لا يزال هو القاعدة العامة في النظام القانوني المصري، إذ خلا التشريع المصري - على خلاف التشريع الفرنسي - من أية نصوص تقر بمسئولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بالأفراد نتيجة الخطأ أو الإهمال في ممارسة العمل القضائي، مكتفياً بإقرار مسئوليتها على سبيل الاستثناء في حالات المخاصمة والحبس الاحتياطي وتنفيذ عقوبة صدر حكم بإلغاء الحكم المنفذة بموجبه، الأمر الذي ترتب عليه بالتبعية عدم خضوع الأعمال القضائية في جملتها إلى ضوابط المسؤولية.

وإذا كانت مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة لا يمكن تصورهما في ظل سواد مبدأ عدم المسؤولية الذي يأخذ به النظام القانوني المصري، فإنه يصعب كذلك تصور انعقاد المسؤولية الشخصية لرجال القضاء والنيابة العامة عن حالات عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة بالتطبيق لأحكام دعوي المخاصمة، وذلك لعدة أسباب؛ فمن ناحية، حصر القانون المصري حالات انعقاد المسؤولية المدنية للقاضي وإلزامه بالتعويض في عدد محدود جداً من الحالات ليس من بينها الحالة التي يتسبب فيها القاضي بسلوكه الشخصي في تأخير الإجراءات القضائية. ومن ناحية أخرى، يصعب القول بتحقق المسؤولية الشخصية لرجال القضاء عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة بسبب الخطأ المهني الجسيم في ظل تشدد القضاء في تعريف هذا الخطأ، وقصره على حالتي الجهل الفاضح بالمبادئ الأولية للقانون أو الجهل الفاحش بوقائع الدعوى الثابتة بالأوراق. كذلك يصعب تصور انعقاد مسؤولية رجال القضاء عن التأخير على أساس الغش أو التدليس أو الغدر بالنظر لصعوبة، بل واستحالة، إثبات سوء النية في حقهم. أخيراً، فإن حالة إنكار العدالة التي تضمنها المادة ٤٩٤ كأحد الأسباب التي تجيز مخاصمة رجال القضاء، وإن كانت تعكس رغبة المشرع في حث المحاكم على عدم تأخير الفصل في الدعاوي الصالحة للحكم فيها، إلا أنها تعجز عن استيعاب حالات التأخير في إجراءات التقاضي الناتجة عن تأجيل المحاكم للقضايا المنظورة أمامها بسبب حركات التنقل

القضائية على سبيل المثال، أو التأجيل الراجع إلى استجابة المحاكم لما قد يتقدم به الخصوم من دفع أو طلبات غير منتجة في موضوع الدعوى بغرض تسويق الفصل فيها. كما لا تنطبق هذه الحالة إلا على القضاة، فهم وحدهم من يفصلون في القضايا، ومن ثم فهي لا تنطبق على حالات التأخير الراجعة إلى تأخر النيابة العامة في مباشرة إجراءات التحقيق أو الإحالة، أو عدم قيام الخبير بأعمال الخبرة في ميعاد معقول. أخيرًا، فإن هذه الحالة لا تشمل بطبيعة الحال التأخير المنبت الصلة عن الخطأ القضائي بالمعنى الفني الدقيق، كما لو كان راجعًا إلى تكدر القضايا بالمحاكم، أو كان راجعًا إلى قلة عدد القضاة أو المحاكم المتاحة للمتقاضين.

أما عن موقف القضاء، فإن البين من أحكامه، أنه لا يزال أكثر إخلاصًا من المشرع لقاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، رافضا من حيث المبدأ إخضاع الأعمال القضائية لضوابط المسؤولية المعمول بها عن أعمال السلطات الإدارية، مهما كان حجم الضرر الناتج عن الخطأ القضائي، بل وموسعًا من نطاق الأعمال القضائية التي لا تسأل عنها الدولة لتشمل ليس فقط الأحكام القضائية بالمعنى الفني الدقيق، وإنما أيضًا جميع القرارات والتصرفات التي يتخذها رجال السلطة القضائية والأجهزة المعاونة لها بمناسبة ممارسة الوظيفة القضائية وصولًا للفصل في النزاع القضائي بحكم نهائي .

ونخلص مما تقدم أن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية يقف حائلًا أمام تعويض الأفراد عما حاق بهم من أضرار نتيجة عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، وبناء عليه فإننا نأمل من القضاء المصري الشامخ أن يواكب القضاء المقارن في التحول من مبدأ اللا مسؤولية إلى المسؤولية، ويخضع مرفق القضاء، شأنه في ذلك شأن باقي المرافق العامة، إلى القواعد العامة في المسؤولية الإدارية القائمة على أساس التفرقة بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، فتقوم مسؤولية الدولة إذا كان الخطأ مرفقيًا. ولا وجه للتحدي هنا بمقولة أنه لا يمكن للقضاء إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في ظل خلو التشريع الوطني من أية قواعد خاصة لتحديد ضوابط هذه المسؤولية، فلنا في موقف القضاء الفرنسي من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية مثل حي على إخضاع الأعمال القضائية لمبدأ المسؤولية، إذ إن غياب التنظيم التشريعي لمسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري في فرنسا لم يمنع مجلس

الدولة الفرنسي من إقامة نظرية عامة لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء الإداري على أساس الخطأ الجسيم في مرحلة أولى للتوفيق بين مقتضيات العدالة ومصالح المتضررين من الخطأ القضائي، ثم العدول عن فكرة الخطأ الجسيم واستبداله بالخطأ البسيط في مرحلة لاحقة كأساس لمسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال معقولة.^{٤٢٨} كذلك فإن عدم وجود نصوص خاصة بإقرار مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة لم يمنع القضاء العادي من تأويل فكري الخطأ الجسيم وإنكار العدالة، كأساس لمسؤولية الدولة عن التسيير المعيب لمرفق القضاء، لمصلحة المضرورين من طول مدد التقاضي، فوسع من مفهوم هاتين الحالتين على نحو يسمح بإقرار مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة.

كما أننا نناشد المشرع المصري أن يتبنى نظاماً قانونياً خاصاً يحكم مسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة بسبب العمل القضائي بما يضمن للمضرور من طول مدد الإجراءات القضائية الحصول على تعويض ملائم لجبر ما حاق به من ضرر نتيجة هذه الإطالة. إذ إن قواعد العدالة - كما أكد بعض الفقه - تأبي أن تفرق بين الأخطاء القضائية، فنبيح مسؤولية الدولة عن بعضها دون البعض الآخر، ومن ثم فإنه إذا كان الدستور والقانون قد أقرّا بمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في حالات استثنائية، فإن منطق العدالة يقضي بضرورة إقرار مسؤولية الدولة عن جميع أنواع الأخطاء القضائية.^{٤٢٩} ولعل خير أساس لإقرار مسؤولية الدولة عما قد يترتب على نشاط المرفق القضائي من أضرار للمتقاضين هو الخطأ المرفقي أو الخطأ المصلحي الذي اعتمده المشرع الفرنسي كأساس لإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية. إذ يتميز هذا الخطأ بأنه خطأ موضوعياً مما ينسب إلى المرفق مباشرة، فيتحمّل تبعه التعويض عنه،^{٤٣٠} ويقوم الخطأ المرفقي "على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر، لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها سواء كانت هذه القواعد خارجية أي وضعها المشرع

^{٤٢٨} دكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. ١٨.

^{٤٢٩} دكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. ٧٠.

^{٤٣٠} دكتور محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية - بيروت، ١٩٨٢، ص.

يلزم بها المرفق، أو داخلية أي سنها المرفق لنفسه، أو يفتضيها السير العادي للأمر.^{٤٤١} ويتحقق الخطأ المرفقي على هذا النحو، سواء أمكن نسبته إلى أحد الموظفين المعيّنين بالذات أم استحال ذلك، كما لو تعذر معرفة مصدر الفعل الضار أو كان قد تسبب فيه أكثر من موظف، إذ يفترض أن المرفق وحده هو من قام بارتكاب الخطأ.^{٤٤٢}

وللخطأ المرفقي بالمعنى المتقدم صور ثلاثة قد يتمثل فيها، ألا وهي عدم أداء المرفق للخدمة المطلوبة منه، أو سوء أداء المرفق للخدمة، أو بطء أداء المرفق للخدمة. وتتمثل الصورة الأولى في امتناع المرفق أو عدم قيامه بالمهام الموكولة إليه، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير. أما الصورة الثانية فيقصد بها قيام المرفق بما هو موكول إليه من مهام، ولكن على نحو سيء أو معيب مما يترتب عليه ضرر بالغير. وأخيرًا فإن الصورة الثالثة تتمثل في تباطؤ المرفق في القيام بالمهام الموكولة إليه على النحو الذي يلحق ضررًا بالغير، ويلزم لانعقاد مسؤولية المرفق في تلك الصورة الأخيرة أن يتجاوز التأخير حدود المؤلف أو المدة المعقولة.^{٤٤٣} وتضمن فكرة الخطأ المرفقي كأساس لمسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية على هذا النحو تعويض المضرورين من طول مدد التقاضي عما أصابهم من أضرار، بحسبان أن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة، هو مما يعكس تأخر مرفق القضاء عن أداء ما عهد به الدستور والقانون إليه من مهام، وهو لذلك مما يندرج في حالات الصورة الثالثة للخطأ المرفقي المسوغة لمسئولية الدولة.

^{٤٤١} محكمة النقض - مدني - الطعن رقم ٢٧٥٢ - لسنة ٥٨ قضائية - تاريخ الجلسة ٥-٦-١٩٩٠ - مكتب فني ٤١

- رقم الجزء ٢ - رقم الصفحة ٦١.

^{٤٤٢} دكتور محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية - بيروت، ١٩٨٢، ص.

٥٦٩.

^{٤٤٣} دكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص. ٥٧٨-٥٨٠؛ دكتور محمد بدران ودكتور عبد الحفيظ الشيمي،

المرجع السابق، ص. ٥٥٦-٥٦٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

خاتمة

عينا في هذه الدراسة بإبراز أهمية الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة كمتطلب أساسي للمحاكمة العادلة أو المنصفة.

فتناولنا في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة الأساس الدستوري للحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة في النظام القانوني المصري، ثم عرضنا لمكانة هذا الحق ونطاقه والأثر القانوني المترتب على مخالفته في عدد من النظم القانونية المقارنة، وانهينا في هذا الفصل بإبراز المكانة الخاصة التي يحتلها هذا الحق في عدد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان.

وفي ضوء أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، تصدينا في المبحث الثاني من ذات الفصل، إلى بيان مضمون هذا الحق، وطبيعته، ونطاقه، ثم عرضنا للضوابط التي اعتمدها المحكمة في تقدير معقولية مدد التقاضي، وأخيراً عرضنا لطبيعة الجزاء الذي رتبته المحكمة على مخالفة الحق خلال مدة زمنية معقولة.

أما عن الفصل الثاني من هذه الدراسة، فتناولنا فيه البحث في مدى إمكانية اعتبار عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة خطأً مرفقياً مما تشغل به مسؤولية الدولة، ووقع اختياري للقانون الفرنسي كنموذج مقارن للبحث في هذا الموضوع نتيجة ما شهده مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية من تطورات تشريعية وقضائية أدت في النهاية إلى العدول عنه واستبداله بمبدأ المسؤولية. فعرضنا من خلال المبحث الأول للجدل الحاصل في الفقه والقضاء حول مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بوجه عام، ثم تناولنا في المبحث الثاني لمسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في فرنسا، فعرضنا للتطور التشريعي والقضائي الذي لحق بمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ثم تناولنا بعد ذلك لموقف القضاء الفرنسي بجهتيه - القضاء العادي والقضاء الإداري- من عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة والأساس القانوني الذي اعتمده كل من جهتي القضاء لإقرار مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة. وأخيراً تناولنا في المبحث الأخير لموقف المشرع والقضاء المصري من مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وبينا صعوبة تصور قيام مسؤولية الدولة عن عدم الفصل في النزاع خلال مدة زمنية معقولة في ظل سواد قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في كل من النظام القانوني والقضائي المصري.

نتائج البحث والتوصيات:

- يعد الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أحد أهم الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة.
- يقصد بالحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة إنجاز السلطات القضائية ما يوكل إليها من منازعات للفصل فيها في أجل معقول، ويمتد نطاق هذا الحق ليشمل الخصومة بجميع إجراءاتها من بدايتها إلى نهايتها، أيا كان نوع الخصومة - وسواء أكانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو إدارية أو غير ذلك - وأيا كانت الجهة القضائية المعقود لها الاختصاص بنظر الدعوى - سواء أكانت محاكم مدنية أو جنائية أو إدارية أو حتي هيئات ذات اختصاص قضائي.
- بالنظر للطبيعة النسبية التي يتميز بها هذا الحق وما يترتب عليها من صعوبة تعيين مدة زمنية محددة للمحاكمات، فقد استقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - وتبعتها في ذلك عديد من المحاكم الوطنية في النظم القانونية المقارنة - على مجموعة من الضوابط يتعين على القضاء في ضونها تقدير معقولة مدد التقاضي، وتمثل هذه الضوابط في مدى تعقد أو صعوبة القضية، سلوك المتقاضين، سلوك السلطات الوطنية المختصة، وأهمية القضية بالنسبة للمتقاضي.
- يتعين لضمان فعالية الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة أن يحدد النظام القانوني جزاء مخالفة هذا الحق على نحو يكفل للمضرورين من طول مدد التقاضي الحق في التعويض المناسب عما حاق بهم من أضرار مادية ومعنوية نتيجة
- يتعين لوضع المادة ٩٧ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ والمتعلقة بحق الأفراد في محاكمة على وجه السرعة موضع التطبيق أن يتصدى المشرع المصري لهذا الحق بالتنظيم. ويتعين أن يتناول هذا التنظيم التشريعي مضمون الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة ونطاقه، معايير تقدير معقولة مدد التقاضي، والجزاء المترتب على مخالفة هذا الحق، والمحكمة المختصة بنظر هذه النوعية من المنازعات.

- نعتقد أن جزاء التعويض النقدي هو من أفضل الجزاءات التي يمكن إنزالها حال مخالفة الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، حيث يمكن إقراره عند تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة في جميع أنواع المنازعات القضائية سواء أكانت مدنية، أم تجارية، أم جنائية، أم إدارية، أم غير ذلك.
- أن إقرار مسؤولية الدولة وإلزامها بالتعويض حال تجاوز مدد التقاضي لحدود المعقولة لا يكفي وحده لضمان فعالية الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، وإنما يتعين على الدول تهيئة نظمها القانونية والقضائية بما يكفل ضمان الفصل في المنازعات خلال مدة زمنية معقولة وذلك تجنباً لإثارة مسؤوليتها. ويقضي الوفاء بهذا الالتزام أن تتخذ الدول ما يلزم من التدابير والإجراءات بغرض تعجيل الفصل في الدعاوي ومن أهم تلك التدابير والإجراءات زيادة أعداد القضاة، استحداث محاكم جديدة، تيسير الإجراءات القضائية، المراجعة الدورية للتشريعات الوطنية وتفتيحها بما يضمن سرعة الإجراءات القضائية، الاعتماد على الوسائل التكنولوجية الحديثة في إدارة المنازعات القضائية، إيجاد آليات وقائية لحث المحاكم على تعجيل الفصل في الدعاوي التي تجاوزت نظرها الحد المعقول.
- لحين صدور تشريع بتنظيم الحق في محاكمة خلال مدة زمنية معقولة، فإننا نأمل من المشرع والقضاء المصري العدول من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية وتبنى نظاماً قانونياً خاصاً يحكم مسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة بسبب العمل القضائي بما يضمن للمضرور من طول مدد الإجراءات القضائية من الحصول على تعويض ملائم لجبر ما حاق به من ضرر نتيجة هذه الإطالة

مفهوم الظرف الطارئ في نظرية الظروف
الطارئة

وتطبيقاته في الكويت

د-علي الظفيري

مقدمة

إن الأزمات اليوم سمة العصر ، بل قد أصبح يترتب عليها نتائج كارثية بالغة القسوة كالارتفاع الجنوني في الأسعار ، أو الانخفاض الشديد لقيمة العملة ، وهذه الأزمات لا تقتصر على الظروف الاقتصادية - وان كانت اغلبها - بل قد تكون ظروف سياسية أو إدارية أو أية ظروف أخرى تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد وقلب اقتصادياته .

ويترتب على هذه الظروف إلحاق الضرر في العلاقة التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة وهو ما سندرسه في مجال العقود الإدارية ، فالتعاقد مع الإدارة قد يجد نفسه في حال يرثى لها لا سيما أن هذه الظروف لم تكن في خده عندما قام بالتعاقد مع الجهة الإدارية ، وإنما طرأت أثناء تنفيذ العقد بصورة مفاجئة وغير متوقعة . (١)

فالعقد بالنسبة لطرفيه يقوم مقام القانون فهو قانونهما الاتفاقي وتقوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على الاحترام المتبادل لكل من المتعاقدين لما التزموا به وتؤدي إلى استقرار المعاملات . وهذه القاعدة ملزمة للقاضي أيضاً كقاعدة عامة حيث لا يمكنه تعديل العقد الا في حالات استثنائية نظمها المشرع بيد سلطة القاضي في

^١ - Jean-Baptiste: L'effet relatif des contrats administratifs- these-l'Université Paris II-2004.P.89

تعديل العقد تجد تطبيقاً مهماً في حالة الظروف الاستثنائية الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد أمراً مرهقاً للمدين حيث أوجزت المادة (١٩٨) من القانون المدني الكويتي المقصود بنظرية الظروف الطارئة بينهما على انه إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه او يزيد من مقابله ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

وحرصاً من القضاء الإداري على تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية في ظل هذه الظروف الطارئة ، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة وأستطاع من خلالها معالجة الآثار التي تحدث أثناء تنفيذ العقد الإداري بتقرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء الظروف الطارئة من أجل تمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته للمحافظة على استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد (٢).

وقد استقرت هذه النظرية في فرنسا (٣) وأصبحت من النظريات المعروفة في العقود الإدارية ، وقد أخذها عنها مجلس الدولة المصري، حيث وجدت تطبيقاً ثرياً

² -C.E. 30 – mars – 1916, Cie general d'éclairage de Bordeaux, Rec.p .. 125

³ انظر

في مجال العقود الإدارية في مصر وفي الكويت تم تطبيق هذه النظرية في العديد من الأحكام والفتاوى وأصبحت من النظريات المهمة في مجال العقود الإدارية وهو مما تشهد به أحكام محكمة التمييز.

ومن هنا ارتأينا أن نتناول في هذه الدراسة نظرية الظروف الطارئة في الكويت بعد أن لاحظنا أهمية هذه النظرية ، في ظل ندرة أو انعدام الدراسات التي تناولتها في دولة الكويت. لاسيما في ظل الوقت الراهن التي زادت فيه الأسعار بصورة غير طبيعية في كافة المجالات وأصبح المتعاقد مع الإدارة في وضع صعب لاسيما ان هذه الزيادات جاءت فجائية بصورة غير متوقعة.

وقد ارتأينا أن نتناول هذا الموضوع بعد هذه المقدمة في ثلاثة مباحث المبحث الأول نعالج من خلاله نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة. بينما نتناول في المبحث الثاني شروط نظرية الظروف الطارئة أما المبحث الثالث فنتناول من خلاله آثار نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الأول

نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة.

LOMBARD Frédéric- La cause dans le contrat administratif . Université Aix-Marseille III, these : (2006)

إذا كان الهدف من إبرام العقد الإداري هو كفالة حسن سير المرافق العامة وضمماً أداء الأعمال على أكمل وجه (٤) فإن هذا الأمر لا يمكن أن يتحقق إلا في حا: تنفيذ العقد على أكمل وجه وخلال المدة المتفق عليها ، وطبقاً للشروط المنصوص عليها في العقد ، إلا أن المتعاقد مع الإدارة قد تواجهه أثناء مرحلة تنفيذ العقد بعض الصعوبات الغير متوقعة والتي لم يكن في الحسبان توقعها أثناء إبرام العقد من السلطة الإدارية.

وتأسيساً على ذلك نشأت نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة لإنارة مدينة بورديو حيث كانت الشركة قد تعاقدت على إنارة شوارع مدينة بورديو وفقاً لشروط معينة وعندما نشبت الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم وهو المادة الأولية للإنارة بصورة باهظة مما أوقع الشركة في خسارة فادحة جداً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية (٥).

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد استهل تطبيق النظرية على الظروف الاقتصادية المفاجئة التي من شأنها قلب اقتصاديات العقد ، إلا أنه قد طبق النظرية على كافة الظروف الطارئة التي تؤدي إلى تلك النتيجة ولم يعد يحصرها

^٤ - د. سعيد السيد علي - نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية- دار الكتاب الحديث- ٢٠٠٦ ص ٣٨

^٥ C.E. 30 - mars - 1916, Cie general d'eclairage de Bordeaux, Rec.p .. 125

في هذا الجانب فقط وهو اتجاه محمود ذلك أن العبرة هي في النتيجة التي تترتب على تلك الظروف قد تنشأ نتيجة تدخلات الجهة الإدارية(٦).

وما أن استقرت نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي حتى أخذت بها تشريعات العديد من الدول منها القانون المدني المصري ، والقانون المدني الكويتي ، وتماشياً مع منطوق هذه النظرية نجد المادة ١٤٦ تجاري (٧) بعد أن قررت في فقرتها الأولى المبدأ الأساسي العام ، ومؤداه أن العقد شريعة المتعاقدين تجئ في فقرتها الثانية ، قاضية بأنه ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين حيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.(٨)

٧ - أ.د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل العقد والارادة المنفردة ، التصرف القانوني ، مطبوعات

جامعة الكويت ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٥ ص٤٧.

٨- فالعقود الإدارية ، بخلاف العقود المدنية ، تقوم على ادعاءات تمس الصالح العام ، فإذا عهد مثلاً إلى شركة بحد مدينة بالماء أو بالنور أو بالغاز أو بالمواصلات ، في نظير ثمن محدد تتقاضاه ، ثم طرأت ظروف لم تكن متوقعة أدت إلى ارتفاع ثمن تكلفة الخدمة ارتفاعاً كبيراً بحيث يتعذر معه أن تستمر الشركة في أدائها في مثل هذه الحالة لا مفر من سلوك أحد طريقتين : إما أن ينفذ العقد بشروطه الأمر الذي يهدد الشركة بالخراب ويحملها بالتالي على أن تكف عن أن تقدم للجمهور الخدمة التي نيط بها تقديمها وإما أن تعدل شروط العقد بما يرفع الحرج عن الشركة ويمكنها من الاستمرار في أداء الخدمة المطلوبة منها ، وقد فضل مجلس الدولة الفرنسي سلوك الطريق الأخير استجابة لداعي الصالح العام. فأعمل نظرية الظروف الطارئة ومن أهم القضايا التي طبقت فيها هذه النظرية تلك الخاصة بشركة الغاز في مدينة بوردو مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وقد جاء القانون المصري القديم على غرار القانون الفرنسي ، فلم يتضمن نصاً يقضي بأعمال نظرية الظروف الطارئة ، كمبدأ عام ، وقد سار القضاء المصر تحت ظله وعلى رأسه محكمة النقض على نفس النهج التي سارت عليها محكمة النقض الفرنسية ، فرفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة في غير ما صرح القانون بتطبيقها فيه. وذلك حتى بالنسبة إلى العقود الإدارية التي كانت تدخل حينذاك في ولايته.

ومن أهم القضايا التي عرضت في مصر تحت ظل قانونها القديم بشأن الظروف الطارئة، تلك الخاصة بتوريد الذرة الموجه لمصلحة الحدود ، وتتخلص وقائع هذه القضية في أن شخصاً تعهد بتوريد كمية من الذرة لمصلحة الحدود ، في وقت كانت خاضعة فيه للتسعيرة الجبرية ثم حدث في أثناء سريان العقد أن رفعت تلك التسعيرة الجبرية الأمر الذي أدى إلى زيادة سعر الذرة الى أكثر من الضعف فامتنع المورد عن الاستمرار في التوريد متذرعاً بالظروف الطارئة ، وقد تجاوزت

بفرنسا وتتخلص وقائع هذه القضية في أن الشركة السابقة التزمت قبل اندلاع الحرب العالمية الأولى بأن تقدم الغاز للجمهور ونتيجة للحرب ارتفعت أسعار الفحم الخام الذي تشتريه الشركة ارتفاعاً فاحشاً مما أرهق ميزانيتها وهددها بالإفلاس فتقدمت الشركة بطلب إلى مجلس مدينة بوردو لكي يقبل رفع سعر غاز الفحم الذي تقدمه الشركة حتى يتسنى لها الاستمرار في تنفيذ العقد . ولكن جهة الإدارة رفضت رفع سعر الفحم الذي نص عليه العقد استناداً إلى مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين.

لجأت الشركة إلى مجلس الدولة الذي اصدر حكماً بتاريخ ٣٠ مارس ١٩١٦ قضى فيه بالزام جهة الإدارة بالتدخل لمساعدة الشركة عن طريق رفع سعر غاز الفحم الذي تتولى الشركة تقديمه ، وذلك لكي تتمكن الشركة من مواصلة تنفيذ العقد الذي يربط بينها وبين مدينة بوردو ولكي يستمر مرفق الإنارة في السير بانتظام واطراد.

معه محكمة استئناف القاهرة مقررة وجوب إعمال نظرية الظروف الطارئة تماشياً مع اعتبارات العدالة وروح الإنصاف التي تقضي بوجود مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب (أنظر استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣) ولم يقدر لهذا الحكم الجريء الرائع أن يستقر فقد ألغته محكمة النقض (نقض ٢٤ يناير سنة ١٩٣٢، مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢)، قاضية بأن نظرية الظروف الطارئة برغم أنها تقوم على أساس العدل والعتو والإحسان ، إلا أنه لا يجوز الأخذ بها في غير الحالات التي نص القانون على تطبيقها وأنه لا يجوز للقضاء أن يستبق المشرع في ابتداعها كنظرية عامة شاملة(٩).

وقد حرص القانون المصري الحالي على أن يصرح بتبنيه نظرية الظروف الطارئة ، كمبدأ عام شامل ، فتضمن نصاً خاصاً يقرها فيه ، هو نص المادة ٢/١٤٧ وجاء من بعد قانون التجارة الكويتي ، فاحتذى حذوه مقررراً النظرية بمقتضى نص منقول عنه حرفياً ، هو نص المادة ٢/١٤٦ منه.(١٠)

والواقع أن القضاء الإداري خرج من نطاق تطبيق قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين إلى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة والظروف الطارئة ، استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، وبما أدخله من مرونة على مبدأ قوة العقد الملزمة في نطاق القانون الإداري ، وهو مبدأ لا يطبق في العقود الإدارية بنفس الجمود والإطلاق اللذين

^٩ راجع لمزيد من التفاصيل - ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - ص ٢٧٩.

^{١٠} راجع لمزيد من التفاصيل - إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - ص ٢٧٩ - ٢٨٠ - ٢٨١.

يطبق بهما على العقود المدنية ، بل يطبق تطبيقاً مرناً في شأن كل من جهتي الإدارة والمتعاقد عليها ، تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الإدارة في بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة فإنه من الطبيعي أن تطبق تطبيقاً مقابلاً لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى .وتأسيساً على ما تقدم ظهرت الحاجة إلى مواجهة هذه الظروف ، نظراً لخطورتها على ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب ومن أجل تمكين المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته والذي يتعين مساعدته للتغلب على هذه الظروف لاسيما وأنه ملزم بالاستمرار بتنفيذ التزاماته لذا كان من العدل والإنصاف أن لا يترك وحده لتجرع مرارة هذه الظروف والتي لم يكن بالإمكان توقع حدوثها ، كما أنه ليس من صالح الإدارة أن يتعثر تنفيذ العقد وما يترتب على ذلك من آثار على سير المرفق العام الذي يخدمه هذا العقد (١١).

ويظهر الفرق بين هذه النظرية وبين نظرية القوة القاهرة بأن الطارئ غير متوقع كالقوة القاهرة إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الالتزام فهو لا يجعل التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به إلى الاستحالة، وسيتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام. وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعاتها كاملة اما الطارئ غير المتوقع فيتربط عليه مشاركة الدائن للمدين في تبعته.

11 -De Laubadere, J.C.Venezia. "Traité de droit administratif. L.G.D.J". 1988.P.636

وقوام نظرية الظروف الطارئة - كما نشأت في مجال روابط العقود الإدارية - انه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ولا يملك المتعاقد لها قدرة وكان من شأنها - وإن لم تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً - إلا انه تجعله مرهقاً أثقل عبئاً وأكثر كلفة فتنزل بالمتعاقد خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، فيكون للمتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً وهو ذات المعنى التي أخذ به المشرع الكويتي في القانون المدني بالنص في المادة (١٩٨) منه على ان " إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإذ لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه او يزيد في مقابله " مما مؤداه أن يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يصبح تنفيذ التزام المدين نتيجة الحادث الطارئ مرهقاً ارهاقاً شديداً يجاوز السعة فيلحق به خسارة فادحة عند التنفيذ فتتقلب اقتصاديات العقد وتختلف اختلاف جسيماً ، فلا يكفي لإعمال هذه النظرية نقصان الربح أو فوات الكسب ومعيار الخسارة معياره موضوعي كما أن تقدير مدى الخسارة على النحو المتقدم هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة

الموضوع بغير معقب متى أقامت فضائها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت
في الأوراق. (١٢)

١٢- د. بكر قباني - القانون الإداري الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - لا توجد سنة
الطبع - ص ١٨٣ - ١٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الظرف الطارئ

إن هناك ثمة شروط يتعين توافرها حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فقد تشدد القضاء الإداري في وجوب توافر هذه الشروط مجتمعة والتي سوف نقوم بدراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

أن يحدث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد

يتعين لقيام نظرية الظروف الطارئة أن يحدث الظرف الطارئ خلال فترة تنفيذ العقد وليس بعدها، وهذا الظرف الطارئ يتخذ صوراً عدة فقد يكون عبارة عن أحداث طبيعية، أو أحداث سياسية ، أو حتى إجراءات إدارية وهي بالطبع الإجراءات الصادرة من غير الجهة الإدارية المتعاقدة.(١٣)

تساؤل آخر هنا يدور حول التاريخ المعتمد عليه في عملية تقدير شرط عدم التوقع؟.

فترى أن المعمول به قضاءً حول التاريخ المعتمد به لتقدير شرط عدم توقع حدوث الظرف الطارئ هو تاريخ إبرام العقد ، فتاريخ إبرام العقد يكتسب أهمية خاصة

¹³ - C.E.4mai 1949 – Ville de Toulon, Rec. P. 197

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

للتحقق من أن العقد الإداري يمر أثناء إبرامه بإجراءات خاصة من حيث إجراءات إختيار المتعاقد مثلاً ، فإننا نجد أن المتقدم بعطائه يظل ملتزماً به لا يحق له الرجوع فيه ، ودون أن تتم الرابطة التعاقدية إلا بعد التوقيع عليه ، وهي لا تتم إلا بعد وقت طويل نسبياً من تاريخ التقدم بعطائه.

وفي مثل هذه الحالات تبرز أهمية تحديد التاريخ المعتد به لمعرفة تقدير ما إذا كان الظرف الطارئ متوقفاً أم غير متوقع ، وسنحاول أن نضع لهذا التاريخ بعض الضوابط لتحديده (١٤) ومنها :

إذا وقعت الظروف الطارئة خلال فترة تقديم وفحص العطاءات فإنه يعتد بالتاريخ الذي أودع فيه المتعاقد عطاءه ، وذلك إذا كان لا يستطيع سحب عطائه خلال الفترة من تاريخ تقديم العطاء إلى تاريخ إبرام العقد النهائي وقد قام مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض عنها لوحدة العلة.(١٥)

إذا كان في مقدور المناقص سحب عطائه فإنه يعتد بتاريخ التصديق على العقد ، فإذا وقع الظرف الطارئ ولم تبت الإدارة في العطاء خلال المدة المحددة ولم

١٤ - للمزيد من هذه الضوابط يراجع الدكتور - محمد السناري - نظرية الظروف الطارئة - مرجع سابق ص ٦٤ وما بعدها.

١٥ - حكم المجلس الصادر في ١٩٣٨/١/١٢ في القضية " commune d antony " - المجموعة من ٢٠ مشار إليه في الدكتور ، سليمان الطماوي - العقود الإدارية - الطبعة الخامسة دار الفكر العربي ١٩٩١ ص ٦٨٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يسحب المناقص عطاءه فإنه يعتبر عالماً بالظروف الطارئة وقت تعاقدته ، وبناء عليه قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم أحقيته بالتعويض.(١٦)

ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في قضية " La pomme de Terre " (١٧) بالاعتداد بتاريخ التصديق على العقد ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة المدعية كانت قد تعاقدت مع الحكومة الجزائرية على توريد كميات من البطاطس في المدة من أول ابريل ١٩٥٨ حتى أول ابريل ١٩٥٩ ، وطالبت الشركة بالتعويض عن النفقات غير العادية التي تكبدتها من جراء ارتفاع الاسعار ارتفاعاً فاحشاً بسبب الأحداث التي وقعت في ١٣/٥/١٩٥٨ ، وواقع الحال أن العقد المبرم بين الشركة وبين الحكومة الجزائرية لم يصدق عليه إلا في ٢٩/٥/١٩٥٨ وكان لدى الشركة المدعية مكنة العدول عن التزامها منذ تقديم العطاء وحتى التصديق النهائي على العقد بناء على المادة السادسة من كراسة الشروط العامة.

وبالتالي اعتبر المجلس ان ارتفاع الأسعار وقع قبل التصديق ، فلا يمكن اعتبار هذه التغيرات غير متوقعة بالنظر إلى تاريخ التصديق على العقد ، وبالبناء على ما تقدم فإن المجلس قد رفض التعويض تأسيساً على نظرية الظروف الطارئة.

١٦- الدكتور سليمان الطماوي - العقود الادارية - مرجع سابق ص ٦٨٣ وسائل العقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين .

١٧- مشار إليه في الدكتور محمد السناري - نظرية الظروف الطارئة وسائل العقد الإداري حقوق والتزامات الادارة المتعاقد معها - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ولا توجد سنة طبع ص ٢٦٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وعلى ضوء ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا " إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية أو كانت من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل شخص آخر لم تكن في حساب المتعاقد ولا يملك لها دعفاً أو علاجاً ... وأن تكون هذه الحوادث استثنائية عامة ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً يهدد المتعاقد بخسائر فادحة ، دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً (١٨).

وتأكيداً على وجوب حدوث الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقد نجد أن المحكمة الإدارية العليا تقول في أحد أحكامها : " الثابت في خصوص العقد محل هذه المنازعة أن المدعي عليه ... تعاقد في ١١ / ٩ / ١٩٧٣ م على إنشاء مبنى نقطة شرطة ... على أن يتم التنفيذ في ميعاد أقصاه يوم ٣١ / ١٢ / ١٩٧٣ ، إلا أن المدعي عليه تأخر في تنفيذ العملية المقررة لها ثلاثة أشهر ونصف شهر حوالي سنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه في يوم ٢٢ / ٩ / ١٩٧٥ إلا حوالي ٩٠% من مجموع الأعمال التي تتألف منها المقولة. ولئن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حسابه بمعرفة المقاول ... قد أسفر عن زيادة في الأسعار بلغت ١٩٥% للأعمال العادية فرق قائمة الأسعار ،

١٨- المحكمة الإدارية العليا / الطعان رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق - ٢٠٣ / ١١ / ١٩٨٢ / المجموعة / السنة ٢٨ / بند ١٨ / ص ٨٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ ، المجلد الاول

٢٦٠% علاوة للأعمال الصحية فرق قائمة الأسعار - إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إذ يتعين في المقام الأول أن تطرأ الحوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة - وليس بعدها - ومؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذه لالتزامه مرهقا له . ولما كانت مدة التعاقد مع المطعون ضده تنتهي بنهاية سنة ١٩٧٣ في ١٢/٣١/١٩٧٣ ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعي عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق عليها فيه في يوم ١٢/٣١/١٩٧٣ على نحو يتهدد المدعي بخسارة فادحة ويخل باقتصاديات العقد معه ويجعل تنفيذ التزاماته مرهقا له ، وكان المعروف لدى الكافة أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إلا بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها - لذلك فإنه يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعي بخسائر فادحة وتوجب على الحكومة تعويضه عنها . والقول بالنظر الذي اعتقته محكمة القضاء الإداري يسفر عن إثابة المدعي عليه عن تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية وتراخيه في ذلك إلى أن تم سحب العملية منه وتنفيذ ما تبقى منها على حسابه ، وهو أمر يخالف التطبيق السليم لأحكام القانون ، وعلى ذلك يكون الحكم المطعون قد أخطأ في تطبيق القانون فيما قضى به إلزام الحكومة بالمساهمة

في حمل فروق الأسعار بمقدار النصف ... ويتعين الحكم بإلغائه في هذا
(١٩).

وقد سارت محكمة التمييز الكويتية على هذا الاتجاه فقضت : إن مناط إ.
نظرية الظروف الطارئة أن يحدث بعد انعقاد العقد وقبل اتمام تنفيذ الالتزام الذ
عنه نازلة استثنائية عامة ، لم تكن في الحسبان ما لم يكن في الوسع توقعها
التعاقد ، ومن شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً ، وإذا كان الحكم المطعون
قد أقام قضاءه بالإلزام الطاعنة برصيد الحساب على أن ذلك الحساب أقلل بت:
١٩٩٠ / ٧ / ٣١ قبل يومين من وقوع الغزو ، فكان هذا الغزو تالياً لتنف
التزاماتها وحلول الدين موضوع المطالبة بما لا يدع محلاً لطلبها تخفيض قيد
استنادا إلى متقدم الذكر ، فإن الحكم يكون قد ألتم صحيح القانون (٢٠).

والحقيقة ان وجوب وقوع الظرف الطارئ خلال مرحلة تنفيذ العقد هو أهم شروط
تطبيق النظرية ، وبالتالي فإن عدم تحقق هذا الشرط يهدم بنيان النظرية ويفقدها أهم
عوامل تحقيقها .

^{١٩} - الطعان ٨٤٣ و ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق - ٢٠ / ١١ / ١٩٨٢ : المجموعة - سنة ٢٨ - بند

١٨ - ص ٩٢ - ٩٣

^{٢٠} - حكم التمييز الطعن رقم ٩٦/٤٤٩ تجاري جلسة ١٣/١٠/١٩٩٧

المطلب الثاني

أن يكون الظرف الطارئ غير متوقعا للمتعاقدين

ان من أهم الشروط التي يجب توافرها لتطبيق هذه النظرية ان يكون الظرف الطارئ غير متوقعا للمتعاقدين). وقد عبر مجلس الدولة المصري عن هذا الشرط في قرار صادر في ١٤ مايو سنة ١٩٦٩ بقوله (يجب أن يكون التغيير الذي حصل في أسعار الأشياء أو في أجره العمل أو في تكاليف الالتزام قد تعدى بكثير ما كان يتوقعه عقلاً الرجل الحريص وقت التعاقد).

وعليه يعد شرط عدم التوقع هو أحد الشروط الجوهرية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فالحدث الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد يجب أن يكون غير متوقع لحظة إبرام العقد حتى يمكن للمتعاقد الاستناد إلى تلك النظرية (٢١). فبتعيين أن يكون مرد الخسارة الجسيمة التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة ، والمراد تخفيف عبئها بنظرية الظروف الطارئة ، إلى ظروف لم تكن في الحسبان المتعاقد مع الإدارة ولا يملك لها دفعا (٢٢) أو علاجاً ولا كان في وسعه توقعها والتحوط لها (٢٣)

La circulaire du 20 novembre 1974 relative a l'indemnisation des titulaires du marches publics en cas d'accroissement
imprevisible de leurs charges economiques, j.o. 30 novembre 1974 , p. 11971.

د. علي محمد عبد المولى - الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري - رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس - ١٩٩١ - ص ٢٢٤

٢٢ - المحكمة الإدارية العليا - الطعن ٥٤٩ و ٨٠١ لسنة ٣٥ ق- ١٩٩٣/٤/٤ مجموعة الأربعين عاما- ص ٤٥٣.

٢٣ - المحكمة الإدارية العليا- الطعن ٨٤٣ و ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق- ٢٠١١/١١/١٩٨٢: المجموعة السنة ٢٨ - بند ١٨ - ص ٩٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وبالتالي "لا تنطبق هذه النظرية إذا كان خطأ المتعاقد قد وقع في أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقا للسير الطبيعي للأمر وللنظام المعتاد للعمل في الإدارة العاملة (٢٤)(٢٥).

ويأخذ الظرف الطارئ غير المتوقع صوراً عديدة مثل إصدار الدولة بعض القوانين الاجتماعية التي يترتب عليها ارتفاع الأسعار ؛ أو الأجور عن الحد الذي يطيقه المتعاقد ؛ أو ما لا يستطيع مواجهته. أو تثبيت الأسعار لانتهاج الدولة سياسة الاقتصاد الموجه ؛ أو فرض ضرائب جديدة تضيف إلى المتعاقد مع الإدارة أعباء إضافية لا يستطيع تحملها وتهدده بخسائر لتجاوزها الأعباء العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء العقد الإداري. أما إذا كان هذا الظرف الطارئ من المخاطر العادية التي لا تتجاوز ما كان مفروضاً على المتعاقد أن يتوقعه عند إبرام العقد مثل تقلب الحالة الاقتصادية في الدول الرأسمالية فيتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده آثاره حيث كان ينبغي عليه توقعه وقت إبرام العقد ؛ وإلا تحمّل نتيجة إهماله وتقصيره.

ومناطق تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يطراً بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حادث استثنائي عام غير ممكن التوقع وغير ممكن الدفع ، والمقصود بالحادث

٢٤ - المحكمة الإدارية العليا- الطعنان ٥٤٩ و ٨٠١ لسنة ٣٥ ق - ٤/٤/١٩٩٣ : مجموعة الأربعين عاما- ص ٤٥٣ .

٢٥ - د/ محمد فؤاد عبد الباسط - العقد الإداري- دار الجامعة الجديدة- ص ٤٢٩ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الأول

الاستثنائي الحادث الذي يندر وقوعه ، فإذا كان الحادث معتاد الوقوع فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة لعدم تحقق الصفة الطارئة للحادث ، خاصة وأنه غالباً ما يكون متوقفاً فتنفي بذلك صفة عدم التوقع .(٢٦)

ومن أمثلة الحوادث الاستثنائية الحروب والانتشار الفجائي للأوبئة ، والهزات الأرضية الفجائية ، والتقلبات الفجائية في الأسعار .

ويجب أن يكون الحادث الاستثنائي حادثاً عاماً غير مقصور على المدين ، فإذا تعلق بالمدين فقط كإفلاسه أو مرضه أو اضطراب أعماله أو حريق ممتلكاته ، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة ، ويكتفي لاكتساب الحادث صفة العمومية أن يتعلق بمنطقة أو طائفة معينة وليس بالضرورة أن يصيب جميع المناطق وجميع الأفراد.(٢٧)

٢٦- وتؤخذ كلمة الحادث على إطلاقها - فلا يتعين أن يكون حدثاً طبيعياً كزلزال أو اقتصادياً كتقلبات الأسعار وإما قد يتمثل في صدور تشريع استثنائي - وقد قضت محكمة النقض المصرية أن صدور تشريع الإصلاح الزراعي بالقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعد حدثاً استثنائياً يسوغ تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

٢٧- د. عبد الحميد حشيش - نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية - دراسة مقارنة - ص ٣٩٥.

ويشترط في الحادث الاستثنائي العام أن يكون غير ممكن التوقع وغير مه ، وإلا أمكن إرجاع أثر الحادث إلى خطأ المدين ، فيسند الحادث عندئذ إ ولا يمكنه التمسك بنظرية الظروف الطارئة.(٢٨)

ويستقل قاضي العقد وحده - التمييز بين المخاطر العادية التي يمكن توق التعاقد والتي يتحمل أثرها المتعاقد مع الإدارة وحده. والمخاطر الغير عاد تساهم في أثرها الإدارة المتعاقدة وذلك في ضوء مجموع الظروف والملابسا تم فيها إبرام العقد الإداري ، وطبيعة الظروف الطارئ ، ودرجة اس وتأثيره(٢٩).

ويعد ظرف التوقع عامل مهم في نظرية الظروف الطارئة فالظرف الطار يكون بطبيعة استثنائية بدرجة كبيرة ولكن في ظروف معينة يقدر القضاء أنه يجب برغم ذلك أن يكون متوقعا (٣٠)

وتطبيقاً لذلك : قضت محكمة القضاء الإداري بأنه " لا شبهة في أن قيام الحر يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها والتي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكثر كلفة كل للمتعا

٢٨ د. عبدالفتاح عبدالباقي - مصادر الالتزام - نظرية العقد - لا توجد دار نشر - لا توجد سنة الطبع - ص ٣١١.

٢٩- د/ عبد العظيم عبد السلام - أثر فعل الامير على تنفيذ العقد - طبعة ١٩٨٩ - الولاء للطبع - ص ٦٢.

٣٠- د/ فؤاد عبد الباسط - أعمال السلطة الادارية - دار الفكر الجامعي الاسكندرية - ١٩٨٩ - ص ٤٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٧ (١) المجلد الاول

مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف (٣١). ولكنها في حكم آخر تقرر " وعلى ذلك فالاعتداء الثلاثي على مصر كان أمراً يجب أن يتوقعه المدعي عند إبرام العقد إذ كان موقف سوريا من شقيقتها العربية وقتئذ موقف الموازنة والتكامل لتوتر الجو الدولي وما يصحبه من ارتفاع الأسعار . فإذا كان المدعي يرد ما أصابه من ضرر إلى هذه الحرب ، فإنها كانت متوقعة من كل سوري ومن ثم فقد تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارئ (٣٢)، وقد تشدد مجلس الدولة الفرنسي في وجوب توافر شرط عدم التوقع ابتداء من حكمه الصادر في قضية غاز بورديو حيث جاءت الأحكام التالية على هذا النهج ومتشددة على وجوب توافر هذا الشرط (٣٣).

وقد اعتبرت محكمة التمييز بعد ان تبنت النهج المتقدم أن قرار ارتفاع أسعار المحروقات من الأمور المتوقعة وبالتالي لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بسبب هذا الظرف فنقول المحكمة: " إن قرار ارتفاع أسعار المحروقات لم يصدر

^{٣١} - قضية ٩٨٢ لسنة ٩ ق - ٣٠ / ٦ / ١٩٥٧ المجموعة - السنة ١١ - بند ٣٧٧ - ص ٦٢٨ .
^{٣٢} - قضية ٨٢ لسنة ١ قضائية ١٤٠ / ٤ / ١٩٦٠ - المجموعة - سنة ١٤ - ص ٣٧ مشار إليه د / فؤاد عبد الباسط - المرجع السابق - ص ٤٣٢ .

^{٣٣} - C.E 22 fev . 1963 , ville d,Avignon , A.J.D.A, 1963, P . 230 , 20 Janvier 1978 , societe « Routes et Travaux publics » , R.D.P.1978 , P.1485 , 29 avril 1981 , Bernard c. Ville de Noumea , C.J.E.G., janv. 1982 p. 9 , Concl . France .

من الجهة الإدارية ولم يلحق بالمتعاقد معها ضرراً . خاصاً به كما أنه لا يعتبر من الصعوبات ذات الطابع المادي أو الطابع الإستثنائي لأنه من الظواهر الاقتصادية والمألوفة التي بالوسع توقعها عند التعاقد كما أنه لم يترتب عليها خسارة فادحة يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد مما لا يجوز معه تطبيق نظرية عمل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وأيضاً نظرية الظروف الطارئة إلى يشترط لإعمالها أن يصير تنفيذ التزام المدين نتيجة الحادث الطارئ مرهقا إرهابا شديداً يجاوز السعة فيلحق به خسارة فادحة تزيد فداحتها عن الخسارة العادية المألوفة في التعامل والتي يتحملها أي متعاقد عند التنفيذ ويكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً ، فلا يكفي لإعمالها مجرد نقصان الربح أو فوات الكسب ومعيار هذه الخسارة هو معيار موضوعي يتعلق بقيمة الصفقة محل التعاقد (٣٤).

٢٤- حكم التمييز الطعن رقم ١٢٦ / ١٩٩٠ تجاري / ٢ جلسة ١٩٩١/٩/٢٣ موسوعة المبادئ - المرجع السابق - ص ٤٨٠ .

المطلب الثالث

أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين :

يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين ٣٥ ولا دخل لإرادتهما في حدوثه فإذا كان هذا الظرف من صنع المتعاقد أو الإدارة أو كان لإرادتهما دخل في حدوثه فإنه لا يمكن تطبيق تلك النظرية لانقضاء شرط من شروطها. فإذا كان المتعاقد هو المتسبب بخطئه أو إهماله في حدوث هذا الظرف فإنه يجب أن يتحمل النتائج المترتبة على ذلك حتى نتج عن تلك الظروف قلب اقتصاديات العقد ، أما إذا كان الظرف راجعاً إلى فعل الإدارة فنحن بصدد تطبيق نظرية عمل الأمير وليس نظرية الظروف الطارئة .

والجدير بالذكر أن الإجراءات العامة التي تصدرها الجهات الإدارية غير المتعاقدة والتي يترتب عليها وقوع أضرار بالمتعاقدين مع الإدارة مثل تحديد الأجور ، وأسعار السلع وبصفة عامة التشريعات الاجتماعية أو العمالية ، أو الضرائبية ، أو الاقتصادية فإنها تعد ظروف طارئة تخرج عن إرادة المتعاقدين ويجوز التعويض عنها وفقاً لنظرية الظروف الطارئة - إذا توافرت فيها باقي شروط تطبيقها - وليس

Frédéric Marty LE RISQUE DANS LE CONTRAT ADMINISTRATIF OU LA -³⁰
NECESSAIRE RECONNAISSANCE DE LA DIMENSION ECONOMIQUE DU
CONTRAT - Revue internationale de droit économique 3-2005

وفقاً لنظرية فعل الأمير ، وذلك تمثيلاً مع الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي والذي بدأه بحكمه الشهير في ١٥ يوليو عام ١٩٤٩ في قضية مدينة طولون والذي قصر فيه تطبيق نظرية فعل الأمير على الإجراءات العامة والخاصة الصادرة من الإدارة المتعاقدة فقط(٣٦).

وفي مصر قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها بأن " مجال اعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الاداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الادارية المتعاقدة أو غيره ولم تكن في حسابان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يترتب عليها ان تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة وفي الكويت من الثابت ان سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد هي سلطات اصلية تملكها الادارة بحكم مسؤولياتها عن تنظيم وتسيير المرافق العامة حتى في حال تحقق الظروف الطارئة.

وتمارس الرقابة في مثل هذا النوع من العقود ، من خلال إرسال الإدارة مندوبيها من المهندسين والفنيين ، لدخول مواقع العمل والتأكد من سير التنفيذ وفقاً للشروط الفنية ، ووفقاً للمواعيد المقررة ، وإجراء بعض التحريات وتلقي شكاوى العاملين والمنتفعين من أجل الاطمئنان على سير الأمور بما يتفق والمصلحة العامة ، ولا

٣٦ - د/ عبد العظيم عبد السلام - المرجع السابق - ص ٥٦

يجوز للإدارة استعمال حقها في الرقابة لتحقيق غرض لا صلة له بتسيير المرفق العام موضوع التعاقد ، وإلا كان ذلك إساءة لاستعمال السلطة.(٣٧)

^{٣٧} - عادل عبدالرحمن خليل المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية - طبعة ١٩٩٤ - ص ٢٨٦ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الأول

المطلب الرابع

أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد

يعد هذا الشرط برأينا من أهم الشروط المقررة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء في فرنسا أو مصر أو الكويت فلا بد لتطبيق النظرية أن تلحق بالمتعاقدين خسارة فادحة استثنائية وغير عادية (٣٨) ، أي يلحق به خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً (٣٩) ، مما يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد اختلالاً جسيماً (٤٠) ، ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب (٤١) ، فتكون بذلك الخسارة واضحة متميزة (٤٢).

٣٨- المحكمة الإدارية العليا - طعن ٤٦ لسنة ١٤ ق - ١٧ / ٦ / ١٩٧٢ : مجموعة المحكمة في

١٥ س - نة - ج ٢ -

ص ١٨٧٧

٣٩- المحكمة الإدارية العليا - الطعان ٥٤٩ و ٨٠١ لسنة ٣٥ ق ٤ / ٤ / ١٩٩٣ - مجموعة

الأربعين عاما - ص ٤٥٣

٤٠- المحكمة الإدارية العليا - طعن ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق - ٢١ / ١ / ١٩٨٤ م : المجموعة - السنة

٢٩ - ج ١ - بند ٨٠ - ص ٥١١ - ٥١٢

٤١- الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة : فتوى ١٢٥٥ ف -

١٩٨٦/١٢/١٤ (جلسة ١٩٨٦/١٢/٣) : مجموعة الأربعين عاماً - ص ٤٥٥ وانظر أيضاً

للمحكمة الإدارية العليا أحكامها السالف الإشارة إليها بصدد منا تطبيق نظرية الظروف الطارئة

ولمحكمة القضاء الإداري ، أنظر في هذا الخصوص : قضية ٦٨٦ لسنة ٢١ ق في ١٥ / ١ / ١٩٦٩ :

المجموعة - السنة - ٢٣ - بند ٢٧٢ - ص ٤٧٩ ، قضية ١١٥١ - ١١ ق - ٢٥ / ١٢ / ١٩٦٠ (

دائرة دمشق) : المجموعة - السنة - بند ٢٠٣ - ص ٣٦١ - قضية ٩٨٣ لسنة ٢٩ ق -

١٩٥٧/٦/٣٠ : المجموعة - السنة ١١ - بند ٣٧٧ - ص ٦٢٨

٤٢- المحكمة الإدارية العليا - طعن ٤٦ لسنة ١٤ ق - ١٧ / ٦ / ١٩٧٢ : المحكمة في ١٥ سنة -

ج ٢ - ص ١٨٧٧

على ان فداحة الخسارة وإستثنائيتها لا تعني مع ذلك أن تصل إلى القوة القاهرة المانعة من تنفيذ الالتزام وإنما المستوجب فقط في الظروف الطارئة أن يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة أمر يهدد المتعاقد بخسائر فادحة - دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً - بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً(٤٣)(٤٤).

ويعد هذا الشرط من أكثر الشروط تطبيقاً في قضاء محكمة التمييز وفتاوي إدارة الفتوى والتشريع بدولة الكويت وتطبيقاً لذلك تقول محكمة التمييز : " يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة حدوث خسارة فادحة للمتعاقد تخرج عن الحد المألوف في التعامل ويكون من شأنها الإخلال بإقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً ومعيار حساب الخسارة في هذه الحالة معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتياً بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه . ولما كان ذلك وكان تقدير مدى الخسارة وما إذا كانت جسيمة من عدمه من قبيل الواقع الذي تستقل به محكمة الموضوع ولامعقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق تكفي لحمله ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنة بعد بيانه لنظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها على ما ورد بتقرير الخبيرين المنتدبين محمولاً على أسباب سائغة أخذت

٤٣- المحكمة الإدارية العليا - الطعان ٨٤٣ و ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق - ١٩٨٢/١١/٢٠ المجموعة

السنة ٢٨ - بند ١٨

٤٤- د/ محمد فؤاد عبد الباسط - المرجع السابق - ص ٤٣٣

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

بها المحكمة من أن خسارة الطاعنة نتيجة ارتفاع أسعار الوقود المؤرخ في ٨١/٩/٢١ موضوع المناقصة رقم م ع م / ٨٢/٥ مبلغ ١٣٧٧٩/٥٠٠ ديناراً وفي العقد المؤرخ . وتبلغ نسبتها إلى قيمة كل منهما على الترتيب السابق ٢،٦٣٩%، ٦% تقريباً وقلتا النسبتين لا تعد خسارة فادحة تختل معها إقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً فلا تستحق الطاعنة تعويضاً عنهما إستناداً إلى نظرية الظروف الطارئة لتخلف احد شرائطها، وقد أعتق الحكم المطعون فيه هذه الأسباب وزاد إليه أنه لا يجدي الطاعنة نفعاً قولها بوجود احتساب الخسارة على أساس القيمة الإجمالية للعقدين لأن حتى مسايرتها في هذا النظر تبلغ نسبة الخسارة في مجموعها ٤ و ٢٨% فلا تعد من قبيل الخسارة الفادحة ليكون لها حقاً في أن تعويض نتيجة رفع أسعار المحروقات، ولا يغير من ذلك أن الخبير الحسابي أورد في تقريره أنها لو عوضت عن خسارتها الناتجة عن رفع أسعار المحروقات والتي تبلغ ٣٩٤٣١/٢٣٠ ديناراً فإنها مع ذلك تبقى لديها خسارة نتيجة تنفيذ الأعمال موضوع العقدين مبلغ ٤٩٠٦٥٩/٧٧٠ ديناراً لأن المناط في استحقاق التعويض فيما سببه لها الظرف الطارئ المتمثل في ارتفاع الأسعار بغض النظر عن أي خسارة أخرى تحققت لأسباب غير ذلك الظرف (٤٥).

٤٥- حكم التمييز في الطعن رقم ٩٠/٦٨ تجاري جملة ١٩٩١/١١/٤ موسوعة المبادئ القتونية - المرجع السابق ص ٤٨٢

وتؤكد المحكمة بأن قوام نظرية الظروف الطارئة - كما نشأت في مجال روابط العقود الإدارية - أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، ولا يملك المتعاقد لها دفعا ، وكان من شأنها - وإن لم تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً - إلا أنها تجعله مرهقاً ، أثقل عبئاً وأكثر كلفة ، فتنتزل بالمتعاقد خسارة فادحة ، تختل معها إقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، فيكون للمتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها ، بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً ، وهو ذات المعنى الذي أخذ به المشرع في القانون المدني بالنص في المادة (١٩٨) منه على أن " إذا طرأت ، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام الناشئ عنه ، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للذين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الإلتزام المرهق إلى حد المعقول ، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله ... " مما مؤداه أن يشترط لإعمال نظرية الظروف-الطارئة أن يصير تنفيذ التزام المدين ، نتيجة الحادث الطارئ ، مرهقاً شديداً يجاوز السعة فيلحق به خسارة فادحة تزيد فداحتها عن الخسارة العادية المألوفة في التعامل ، والتي يتحملها أي متعاقد عند التنفيذ ، فتتقلب إقتصاديات العقد، وتختل اختلالاً جسيماً ، فلا يكفي لإعمال هذه النظرية نقصان الربح أو فوات الكسب ، ومعيار

الخسارة - في هذه الحالة - معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد ، وليس ذاتياً بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه (٤٦).

وقد أفتت إدارة الفتوى والتشريع في هذا الاتجاه وأكدت على أن نظرية الظروف الطارئة قد رسخت في القانون الإداري وأخذ بها المشرع الكويتي في المادة ١٤٦ من قانون التجارة ومؤدى هذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان من شأنها - وان لم تجعل الالتزام مستحيلًا - الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد بأن جعلت تنفيذه مرهقاً للمتعاقد منخراً بخسارة فادحة فإن هذا المتعاقد إذ يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم هذه الظروف يكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على مواجهة هذه الظروف والأحداث بأن تتحمل جزءاً من الخسارة التي تترتب عليها. ومع التسليم بأن ارتفاع الأسعار الخاصة بالمواد والمعدات وأسعار الشحن والتأمين المصاحب لحرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ يعتبر ظرفاً طارئاً في مفهوم النظرية وأنه في خصوص الحالة المعروضة لم يكن أمراً متوقعاً عندما تقدمت شركة.... بعطائها قبل ١٩٧٣/٨/١٢ فإنه يبقى للبت في الطلب المقدم من هذه الشركة آخر وأهم شروط النظرية ؛ وهو يتعلق بأثر الظرف الطارئ على العقد .

^{٤٦} - حكم محكمة التمييز - الطعن رقم ٩٠/٢٠٤ جلسة ١٩٩٢/٢/١٧ موسوعة المبادئ - المرجع السابق ص ٤٨٧

إذ يجب لتطبيق النظرية أن يترتب على الظرف الطارئ قلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب بأن تنزل بالمتعاقد مع جهة الإدارة خسارة تتعدى مجرد فوات فرصة تحقيق الربح وتتجاوز حد الخسارة التي تحدث أحياناً في التعامل في الظروف العادية حيث التجارة مكسب وخسارة وتبدو فداحتها في النتيجة النهائية التي يحققها المتعاقد بعد انتهاء جميع أعمال العقد ؛ فإذا كانت الخسارة طفيفة أو كانت في حدود الخسارة المألوفة في التعامل في الظروف العادية فلا يكون هناك محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة(٤٧).

ويلاحظ التشدد في مفهوم الخسارة الفادحة في كثير من الأحكام والفتاوى الصادرة في دولة الكويت على اعتبار أن الخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي لأنها أمر متوقع. فالتجارة أساساً تقوم على المخاطرة ولذلك نجد أن الزيادات في أسعار الشحن وأسعار الوقود لا يترتب عليها قلب إقتصاديات العقد لذلك يتم رفض طلبات المتعاقدين بالتعويض(٤٨).

وتؤكد محكمة التمييز إن نظرية الظروف الطارئة تتطلب أن تحل بالمتعاقد مع الإدارة من أداء تنفيذ العقد خسارة فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية المألوفة في التعامل بحيث يترتب عليها قلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب فإذا كانت

^{٤٧} - فتوى رقم ٢٣٩٠ / ٢ في ١٩٧٦/٤/٧ - موسوعة المبادئ - ص ٤٩٥

^{٤٨} - فتوى رقم ٨٥١ / ٢ في ١٠ / ٧ / ١٩٦٧ وفتوى رقم ٨٢ / ٢٥٩ / ٢ في ١٦ / ٧ / ١٩٨٢
موسوعة المبادئ - المرجع السابق - ص ٥٠٠

هذه الخسارة طفيفة أو كانت في حدود المألوفة في التعامل أنحسر أعمال هذه النظرية وفي حالة المدعية فإن الثابت أن مجموع الدعم الذي لم تحصل عليه المدعية عن رؤوس الأغنام الحية التي إستوردتها من المدعى عليها لصرف قيمة الدعم المودعة حافظة مستندات المدعية يتمثل في 866,500 ديناراً ، ٦٩٤١ و ٢٥٠ ديناراً ، وهي ليست بالخسارة الفادحة ولا تصل إلى قلب إقتصاديات العقد ، ومن ثم فإنه وقد تخلفت شروط انطباق نظرية الظروف الطارئة فإن طلب المدعية تعويضاً عما لحقها من أضرار بسبب صدور القرار رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٤ يكون على غير أساس من الواقع أو القانون جرياً بالرفض وهي أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق ولا مخالفة فيها للقانون مؤداها أن مقدار الخسارة وهي ٧٥٠ و ١٥٦٠٣ ديناراً تعتبر خسارة طفيفة بالنسبة لقيمة العقد الكلية البالغ مقدارها ٢٧٦٨٧١ ديناراً ومن ثم فإن النعي بهذا السبب يضحى على غير أساس (٤٩).

وقد أكدت إدارة الفتوى والتشريع إن الارتفاع الفاحش في الأسعار يعد من قبيل الظروف الطارئة حيث تقول الفتوى إن مؤدى نظرية الظروف الطارئة - التي رسخت في القانون الإداري وأخذ بها المشرع الكويتي في المادة ١٤٦ من قانون التجارة- أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ؛ لم تكن متوقعة عند التعاقد ؛ وكان من شأنها - وإن لم تجعل

١٩ - حكم التمييز في الطعن رقم ٨٧/٩٢ تجاري جلسة ١٩٨٧/١١/٢٣ موسوعة المبادئ - المرجع السابق - ص ٥٠٣

الإلتزام مستحيلاً- الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد ؛ بأن جعلت تنفيذه مرهقاً للمتعاقد ؛ ومنذراً بخسارة فادحة ؛ فإن هذا المتعاقد إذ يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد يكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على مواجهة هذه الظروف والأحداث ؛ بأن تتحمل جزءاً من الخسارة التي تترتب عليها ؛ ومن المسلم أنه من قبيل الظرف الطارئ ؛ الارتفاع الفاحش في الأسعار عما كانت عليه وقت تقديم العطاء بسبب تقلبات غير متوقعة في أسعار المواد والمعدات الداخلة في تنفيذ العقد ؛ ويجب أن يترتب على الظرف الطارئ ان تنزل بالمقاول خسارة فادحة تتعدى مجرد تفويت فرصة لتحقيق الربح وتتجاوز قدر الخسارة العادية في الظروف الطبيعية ويكون تحديدها عند حساب النتيجة النهائية التي حققها المقاول من العقد ؛ وإذ ثبت وقوعها فإن التعويض يقوم على فكرة توزيع عبء الخسارة بين الإدارة والمقاول(٥٠).

ومعيار قلب اقتصاديات العقد هو مسألة نسبية تقدر في كل حالة على حده وفقاً لظروف كل عقد ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصب عينه اعتبارات متعددة مثل رقم الاعمال الخاصة بالشركة المتعاقدة ومقدار احتياطياتها ومدى سهولة حصولها

٥٠- فتوى رقم ٢٣٣٠/٢ في ١٩٧٦/١/٦ موسوعة المبادئ - المرجع السابق - ص ٥١٤.

على الاموال اللازمة لممارسة نشاطها والمبالغ الممنوحة للمتعاقد بناء على شروط العقد عند مواجهته لظرف غير متوقع عند إبرام العقد (٥١).

٥١- إحسان ستار خضير نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود ، بحث تم تحمله من على شبكة المعلومات الدولية . www/dpestpc.com
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثالث

آثار الظرف الطارئ

من أهم الآثار التي تترتب على نظرية الظروف الطارئة بقاء التزامات المتعاقد مع الإدارة ومشاركة الإدارة للمتعاقد معها في الخسائر وهو ما سوف نتناوله في المطالبين القادمين:

المطلب الأول

بقاء التزامات المتعاقد مع الإدارة

أكدت محكمة التمييز على أنه يتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ مادام التنفيذ في ذاته ممكناً ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ ، فإذا توقف عن الوفاء بالتزاماته إستناداً إلى الظرف الطارئ فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات عليه ، ولا يجديه نفعاً الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ. (٥٢)

وهو ما كانت أكدت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر عندما قررت بأنه: لما كانت الهيئة العامة للإنتاج الزراعي قد توقفت عن تنفيذ العقد المبرم بينها وبين وزارة الدفاع بعد أن نفذت الجانب الأكبر منه ، فإن دواعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة لها، إذ كان يتعين عليها أن تستمر

^{٥٢} - سبق الإشارة إلى الحكم.

في التنفيذ حتى تحتفظ بحقها في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط إعمالها ، وذلك إن ارتفاع أسعار الصفيح لم يكن ليبرر بذاته توقعها عن التنفيذ ... فإن الهيئة وقد ثبت امتناعها عن توريد ٧٨ طناً و ٥٨٨ كيلو جرام من كمية المرعى التي تعاقدت على توريدها لوزارة الدفاع دون ما سبب مشروع تلتزم بأن تؤدي للوزارة تعويضاً .." وعلى ضوء ما تقدم لا يجوز للمتعاقد أن يتحجج بنظرية الظروف الطارئة للإفلات من التزاماته التعاقدية ، فضمان سير المرافق العامة بانتظام يحتم عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته(٥٣).

وقالت في ذلك أيضاً إدارة الفتوى والتشريع في الكويت حيث افتت بأن " التزام المتعاقد بالتنفيذ بالرغم من الظروف الطارئة نجده فيما تضمنته المادة ٤٦ من قانون التجارة الكويتي حيث ورد البند الثالث منها الآتي " فإذا توافرت هذه الشروط فإن المتعاقد يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم هذه الحوادث ويكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على مواجهة الحوادث بأن تتحمل جزء من الخسارة التي تترتب عليها. ٥٤.

٥٣- الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - فتوى ٢١١ في (١٩٨٠/٢/٢٨ - جلسة ١٩٨٠/٢/٦ : مجموعة الأربعين عاماً - ص ٤٥٦ - ٤٥٧ .

٥٤- فتوى رقم ٢ / ٦٧٥٣ فر ١٩٨٠/٤/٩ مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر سنة ١٩٧٩ في آخر سبتمبر سنة ١٩٨٠م.

فالعقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد الى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، وبالتالي لا يسوغ للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بأحد التزاماتها العقدية قبله ، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها أن كان لذلك مقتضى وكان له وجه حق فيه ، فلا يجوز له الامتناع عن تنفيذ التزاماته بإرادته المنفردة والإحقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى .

وهو ما يستوجب إلتزامه بالاستمرار في تنفيذ إلتزاماته العقدية متى كان ذلك في استطاعته ولم يتحول الظروف الطارئى إلى قوة قاهرة يستحيل معها التنفيذ. (٥٥)

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقضائها بأن " وقد أقام الفقه والقضاء الإداري هذه النظرية إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، وإذا كان الطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم ، إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الإلتزام ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً بما يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة ، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء ، فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الإلتزام وعلى

^{٥٥} - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٩١٢ لسنة ٤٥ ق ، جلسة ٢٠٠٦/٥/١٦ ، غير منشور.

النحو يتحمل الدائن تبعثها كاملة ، أما الطارئ غير المتوقع فيترتب عليه مشاركة الدائن للمدين في تبعثه" (٥٦)

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقضائها بأن " يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط :- أولها :- أن تظهر خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو إدارية .

ثانياً : أن يكون من شأن هذه الظروف إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً . ليس مؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها ، أن يتمتع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد ، للمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة ، إذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء - يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب" (٥٧)

ولا يجوز للمتعاقد المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة توفقه عن الوفاء بالتزاماته ، فهذا التوقف يترتب عليه سقوط حقه في المطالبة بتطبيق

٥٦ - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق- سلف الإشارة إليه.
٥٧ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق- جلسة ١١/٣٠/١٩٨٥-
مجموعة مبادئ السنة ٣١- ص ٤٢٩.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

النظرية بالرغم من نوافرت شروطها ، كما أن الإدارة تستطيع أن توقع عليه
الجزاء المقررة ومنها عقوبة غرامة التأخير (٥٨).

٥٨- د. عبدالمجيد محمد فياض - نظرية الجزاءات في العقد الإداري - دراسة مقارنة -
القاهرة - سنة ١٩٧٤ - ص ١١٥.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

المطلب الثاني

مشاركة الإدارة للمتعاقد معها في الخسائر

عندما تتوافر شروط نظرية الظروف الطارئة فإنه يتعين على الجهة الإدارية أن تقوم بمساعدة المتعاقد معها في تحمل جزء من الخسائر التي لحقت به فتعوضه عنها تعويضاً جزئياً ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حُسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب. (٥٩)

وثمة تساؤل يطرح نفسه في هذا الصدد وهو مدى جواز قيام القاضي بإنقاص الالتزامات التعاقدية للمدين الذي ترهقه الظروف الطارئة؟

وللإجابة على هذا السؤال يجب أن نعرف أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني يختلف عنه في القانون الإداري ٦٠ فبينما هو في الأولى يستهدف تحقيق التوازن بين طرفي العقد فإنه في الحالة الثانية يستهدف ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب وعليه إذا كان للقاضي أن يعدل العقد

^{٥٩} -Economie Et Droit Du Contrat Administratif Auby, Jean-Bernard-

La Documentation Française-2005.p.27

MARTIN- Julien Le droit privé dans le contrat administratif. These-
l'Université Paris II-2003.

المدني بإنقاص التزامات المدين فإنه في مجال العقود الادارية يقتصر على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية(٦١).

والجدير بالذكر أنه مقتضى المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي أنه إذا حدثت ظروف طارئة غير متوقعة تهدد المدين بخسارة فادحة بعيدة عن كل حساب ، فإنه يجوز للقاضي بناء على طلب المدين . وبعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول ، بأن ينقص في مدى التزام المدين أو أن يزيد في الالتزام المقابل ، على النحو الذي تقتضيه العدالة ويمليه التوفيق بين مصلحة الطرفين كليهما ، وتدخل القاضي في هذه الحالة رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة وتقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله ، هي جودة الاعتبارات الموضوعية لا الظروف المتعلقة بشخص المدين(٦٢).

^{١١} - المحكمة الإدارية العليا - الطعن - رقم ٨٤٣ - ٩٢٢ لسنة ٦ ، ٥ - جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠ المجموعة - السنة ٢٨ ، رين ١٨ - ص ٩٢ .

^{١٢} - حكم محكمة التمييز - الطعن رقم ٩٤/٩١ جلسة ١٩٩٥/١/١٥ - الموسوعة - ص ٥٢٠ .

على ان التعويض الذي يستحق للمتعاقد قبل الإدارة ليس شاملاً لكافة الأعباء المالية التي ترتبت على الظروف الطارئة (٦٣) وإنما هو تعويض جزئي فقط تشارك به الإدارة المتعاقد معها في تحمل تبعات خسارة جسيمة متميزة نتجت عن هذه الظروف ، ليمكنه الاستمرار في تنفيذ العقد ومن ثم ضمان سير المرافق العامة، ويقدره القاضي وفقاً لظروف كل حالة على حده . ذلك أن مقتضى نظرية الظروف الطارئة (٦٤) " يتمثل في إلزام الإدارة بتحمل نصيب في الخسارة الفادحة التي لحقت بالجهة المتعاقدة معها واختلت بها إقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً (٦٥)، ومؤدى هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الطرف الطارئ ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقود الإدارية وإستمرارية سير المرفق العام الذي يخدمه ومراعاة للصالح العام " (٦٦). وفي إطار المشاركة هذه ، فإن التعويض الذي تستتبعه فكرتها لن يغطي الخسارة العادية ، ولا كامل الأضرار المترتبة على الخسارة الاستثنائية والجسيمة ، ولا مجرد نقصان الكسب . أي أن آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومن منظور متطلبات الصالح العام ويقدرها ستكون محددة نطاقاً بأن " يكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف

Conseil d'État 19 décembre 1931 *Compagnie des tramways* -^{٦٢}

de Cherbourg : Sirey 1933.p.1036

^{٦٤} - د/ محمد فؤاد عبد الباسط - المرجع السابق ص ٤٢٩ هـ.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً ، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد وليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة (٦٧).

وقد أكدت إدارة الفتوى والتشريع بدولة الكويت أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة بالتطبيق لهذه النظرية لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل ، وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة تندرج في معنى الخسارة الجسيمة الاستثنائية الواضحة والمتميزة بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه في سبيل المصلحة العامة (٦٨).

وقد بررت الإدارة فتواها بأن ذلك التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة لا يقوم على أساس التعويض الكامل عن الخسارة التي تحدث نتيجة الظرف الطارئ ، بل على فكرة توزيع عبء الخسارة بين الإدارة والمقاول . وعلى أساس هذا يتعين أن

٦٥- المحكمة الإدارية العليا - طعن ١٣٤ لسنة ٢٤ق - ١٩٨١/١/١٠ : المجموعة - السنة ٢٦ - ج ١ - بند ٤٨ - ص ٣٤٤ .
٦٦- المحكمة الإدارية العليا - الطعان - ١٢٢٣ و ١٢٢٤ لسنة ٢٧ق - ١٩٨٤/١٢/١٨ .
٦٧- الطعن رقم ٥٤٩ ، ٨٠١ لسنة ٣٥ق - ١٤١٤ / ١٩٩٣ - مشار إليه / د / محمد فؤاد عبد الباسط - ٣٥ق - المرجع السابق - ص ٤٤٢ .

٦٨- فتوى رقم ٢١١٤ في ١٦/٧/٢٠٠٠ - مرجع رقم ١٦١/٢/٢٠٠٠

يتحمل المقاول جانباً من الخسارة ، وأن تتحمل الإدارة الجانب الآخر ولو كان ما تتحمله هو الجانب الأكبر ، ومن المألوف عند النظر في هذا التوزيع أن تراعى عدة اعتبارات ، منها موقف المتعاقد إزاء الطرف الطارئ وما بذل من جهد في التغلب على العقبات ، والاستمرار في تنفيذ أعمال العقد ، والرأي فيما تم من ذلك ، وكل ما تقدم يقوم على عناصر فنية موضوعية ، المرجع فيها الإدارة وإلى تقديرها .فالتعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة لا يقوم على فكرة الخطأ ، ولا تتحدد عناصره بما أصاب المتعاقد من خسارة وما فاتته من ربح(٦٩).

وإذا كان الفقه والقضاء مستنقراً على وجوب تحمل الإدارة لجزء من الخسائر التي لحقت بالمتعاقد معها فإن الإدارة بدورها قد تتعنت في هذا الجانب وتقوم بتحمل جزء يسير من الخسائر التي تلحق بالمتعاقد معها طالما لا توجد نسبة محددة يتعين الإلتزام بها . والواقع أن هذه النسبة تراوحت في تقديرات الفقه والقضاء إلى نسب مختلفة ففي فرنسا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يعطي المتعاقد الحق في التعويض بنسبة ٩٠% من جملة الخسائر التي تترتب على الطرف الطارئ(٧٠)

١١ - (فتوى رقم ٢ / ٢٢٧٩ بتاريخ ١٩/٨/١٩٧٥ - موسوعة المبادئ - المرجع السابق - ص

ويرى الفقيه الفرنسي CHAPUS أن الإدارة أن تتحمل من ٩٠ إلى ٩٥% من

خسائر المتعاقد معها ويتحمل الجزء الباقي وفقاً لما يقرره قاضي العقد.(٧١)

أما الوضع في مصر والكويت فيلاحظ أن أحكام المحاكم درجت على وجوب مشاركة الإدارة للمتعاقد معها في تحمل جزء من الخسائر دون أن تحدد نسبة معينة فيما نجد أن بعض بعض الفتاوي في الكويت تحدد هذه النسبة بـ ٥٠% من قيمة الخسارة التي تكبدها المتعاقد(٧٢).

وبدورنا لا نوافق على هذه النسبة ونرى أنها متدنية ذلك أن المتعاقد قد يتكبد خسائر باهظة الثمن وبالتالي يجب مساعدته بأكبر قدر ممكن حتى يستطيع تنفيذ التزاماته على أكمل وجه ممكن ونرى أن هذه النسبة يجب ألا تقل عن ٧٠% من قيمة الخسارة التي لحقت به .

وثمة تساؤل يطرح نفسه في هذا الصدد وهو مدى جواز الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها في استبعاد نظرية الظروف الطارئة ؟

٧١ - PEZ Thomas Le risque dans les contrats administratifs-thèse- l'Université Paris II-2006.

٧٢- فتوى رقم ٢ / ٢٣٩٠ في ٧ / ٤ / ١٩٧٦ - الموسوعة - ص ٤٩٥ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وللإجابة على هذا السؤال نجد أن إدارة الفتوى والتشريع انتهت إلى تقرير بطلان الإعفاء من المسؤولية عن الطرف الطارئ^{٧٣} . ويعلل الشراح ذلك بأن هذا الحكم إقتضته العدالة ولا يجوز الاتفاق على مخالفته ، وأيضاً لما هو مقرر في العقود الإدارية من عدم امتلاك جهة الإدارة وضع نص عاماً يعفيها من الإلتزام بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الطرف الطارئ للمتعاقد معها لتعارض ذلك مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد (٧٤).

^{٧٣} - فتوى رقم ٨٥١/٢ في ١٠/٧/١٩٦٧ - الموسوعة - ص ٤٩٨ .

^{٧٤} د / عبد العظيم عبد السلام - المرجع السابق - ص ٧٨ .

خاتمة

حرصاً من القضاء الإداري على تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية في ظل الظروف الطارئة ، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة واستطاع من خلالها معالجة الآثار التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري بتقرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء الظروف الطارئة من أجل تمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته للمحافظة على استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وقد استقرت هذه النظرية في فرنسا وأصبحت من النظريات المعروفة في العقود الإدارية، وقد أخذها عنها مجلس الدولة المصري، حيث وجدت تطبيقاً ثرياً في مجال العقود الإدارية في مصر وفي الكويت تم تطبيق هذه النظرية في العديد من الأحكام والفتاوى وأصبحت من النظريات المهمة في مجال العقود الإدارية وهو مما تشهد به أحكام محكمة التمييز.

إلا أنه إذا كانت فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية مسلماً بها بصفة عامة ، فإن الصعوبة كلها في تحديد مدلولها ، وشروط تطبيقها . ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي بما عرف عنه من روح واقعية عملية ، يستهدف الحكم على كل حالة فردية وفق لظروفها الخاصة ودون الاهتمام بالاعتبارات النظرية لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ، ولا توضيح شروط

استعمالها . ومن ثم فقد اختلف بشأنها الفقهاء (٧٥). لذلك ندعو أخيراً المترجم الكويتي إلى تأصيل هذه النظرية تشريعياً وتنظيمها قانونياً من أجل إزالة اللبس والغموض الذي يكتنفها في بعض الحالات كما سبق بيانه .

والطرف الطارئ لا يطبق إلا على العقود متراخية التنفيذ وهي العقود التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فاصل زمني يحدث خلاله الحادث الطارئ لذلك نجد نظرية الظروف الطارئة مجالها الخصب في العقود الزمنية سواء أكانت مستمرة التنفيذ كعقد للإيجار أم كاتب دورية التنفيذ كعقد التوريد غير أنها قد تطبق أيضاً على العقود فورية التنفيذ إذا ما تراخى تنفيذ التزاماتها كلياً أو جزئياً.

وقد تغيرت الأحوال الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في الدول وتطورت القوانين والأنظمة واللوائح لذا نرى تغيير مفهوم الطرف الطارئ الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذاً بحسب المؤلف من شئون الحياة فلا يعول على الرجل العادي ولا يدخل في حسبانته .

وحاولنا الإجابة حول طبيعة الطرف الطارئ الذي يكون سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهل هو ظرفاً اقتصادياً أم ظرفاً طبيعياً أو ظرفاً إدارياً من صنع السلطات العامة.

^{٧٥} - أنظر : د/ سليمان الطماوي - العقود الإدارية - دار الفكر العربي - ص ٦٠٥ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ . المجلد الأول

وأخيراً : نرى أهمية وجود الطرف الطارئ ومدى معالجته العادلة في إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد مما ينعكس إيجاباً على المعاملات الاقتصادية والتجارية حيث يشعر المتعاقد بالطمأنينة أثناء التعاقد او خلال تنفيذ العقد.

المراجع :

المراجع العربية :

د- سعيد السيد غلي - نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية - دار الكتاب الحديث - ٢٠٠٦.

أ. د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل العقد والارادة المنفردة = التصرف القانوني - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة الاولى - ١٩٩٥.

الدكتور سليمان الطماوي - العقود الادارية - وسائل العقد الإداري وحقوق والتزامات.

د. علي محمد عبد المولى - الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري - رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس - ١٩٩١.

د/ محمد فؤاد عبد الباسط - العقد الإداري - دار الجامعة الجديدة.

د. عبدالحميد حشيش - نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية - دراسة مقارنة.

د. عبدالفتاح عبدالباقي - مصادر الالتزام - نظرية العقد - لا توجد دار نشر - لا توجد سنة الطبع.

د/ عبد العظيم عبد السلام - أثر فصل الامير على تنفيذ العقد- طبعة ١٩٨٩-
الولاء للطبع.

د/ فؤاد عبد الباسط - أعمال السلطة الادارية - دار الفكر الجامعي الاسكندرية -
١٩٨٩.

د. عزيزه الشريف - دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت -
جامعة الكويت - كلية الحقوق - الطبعة الأولى - ١٩٩٨.

د. محمد السناري - نظرية الظروف الطارئة - وسائل العقد الاداري وحقوق
والتزامات الادارة معها - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - لا توجد سنة
طبع.

د. عادل عبدالرحمن جليل - المبادئ العامة في آثار العقود الادارية -
طبعة ١٩٩٤.

أ. إحسان ستار خضير - نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي
وتنفيذ العقود - بحيث يتم تحميله من على شبكة المعلومات الدولية.

د. بكر القباني - القانون الاداري الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت -
المطبعة العمرية - لا توجد سنة الطبع.

- المراجع الاجنبية :

Jean-Baptiste: L'effet relatif des contrats administratifs- these-l'Université Paris II-2004.P.89

C.E. 30 – mars – 1916, Cie general d'eclairage de Bordeaux, Rec.p .. 125

LOMBARD Frédéric- La cause dans le contrat administratif . Université Aix-Marseille III, these : (2006)

Conseil d'État 15 juillet-1949 Ville d'Elbeuf : Rec.P.358

Ragad TAGEN: "L'équilibre financier des contrats administratifs : étude comparée de droit administratif français et égyptien"these- .UNIVERSITÉ PARIS 1-2004

C.E. 30 – mars – 1916, Cie general d'eclairage de Bordeaux, Rec.p .. 125

C.E.4mai 1949 – Ville de Toulon, Rec. P. 197

De Laubadere, J.C.Venezia. "Thaite de droit administrat if. L.G.D.J". 1988.P.636

C.E.4mai 1949 – Ville de Toulon, Rec. P. 197

La circulaire du 20 novembre 1974 relative a l'indemnisation des titulaires du marches publics en cas d'accroissement

imprevisible de leurs charges économiques, j.o. 30 novembre 1974 , p. 11971.

C.E 22 fev . 1963 , ville d,Avignon , A.J.D.A, 1963, P . 230 , 20 Janvier 1978 , societe « Routes et Travaux publics » , R.D.P.1978 , P.1485 , 29 avril 1981 , Bernard c. Ville de Noumea , C.J.E.G., janv. 1982 p. 9 , Concl . France .

Frederick Marty LE RISQUE DANS LE CONTRAT ADMINISTRATIF OU LA NECESSAIRE RECONNAISSANCE DE LA DIMENSION ECONOMIQUE DU CONTRAT -- Revue internationale de droit économique³-2005

-Auby, Jean-Bernard-Economie Et Droit Du Contrat Administratif

La Documentation Française-2005.p.27

MARTIN Julien Le droit privé dans le contrat administratif. Thèse-l'Université Paris II-2003.

Conseil d'État 19 décembre 1931 Compagnie des tramways de Cherbourg : Sirey 1933.p.1036

(C.E , 12-3-1976 – DEPART DES HAUTES Pyrenees Res.p.155

PEZ Thomas Le risque dans les contrats administratifs-thèse .l'Université Paris II-2006.

ازدواج أو تعدد الجنسية وأثره في الترشح لانتخابات المجالس النيابية

دراسة مقارنة تحليلية

مع التطبيق على ما جرى في انتخابات الفصل التشريعي الثامن (٢٠٠٥/٢٠٠٠) لمجلس
الشعب المصري السابق

أ.د/ جورجى شفيق ساري

أستاذ القانون العام

رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة المنصورة (سابقاً)

المستشار القانوني للهيئة العامة للبيئة بدولة الكويت

والمستشار القانوني للهيئة العامة للصناعة

والمستشار القانوني لمؤسسة البترول الكويتية (سابقاً)

مقدمة عامة وتقسيم

تمثل العملية الانتخابية أهمية كبيرة في أي نظام سياسي، يأخذ بالديمقراطية النيابية.

والعملية الانتخابية هي عملية مركبة *Complexe*، تمر بعدة مراحل، وتتكون من العديد من الإجراءات، وتتشعب إلى تفرعات متنوعة، وتتضمن موضوعات متباينة وتحتوي على مسائل شتى، وتشتمل على نقاط مختلفة.

وحتى تنجح هذه العملية وتحقق الغاية المبتغاة من ورائها، فإنها تتطلب توافر شروط معينة وضمانات محددة.

وتتعلق بعض هذه الشروط والضمانات بحق الانتخاب وكيفية ممارسته، ويتعلق بعضها بحق الترشح، وجنسية المرشح والصفات والأوصاف التي يتعين توافرها فيه، ويتعلق البعض الأخير منها بعملية الاقتراع والتصويت ذاتها.

فكما إن ممارسة حق الانتخاب يتطلب توافر شروط معينة حتى يمكن للمواطن التمتع به واستعماله^(١)، فإن حق الترشح يقتضى - هو أيضاً - وجود بعض

(١) راجع في ذلك على سبيل المثال:

Georges VEDEL, Les principes de Droit constitutionnel, Paris, 1949, P. 319 et ss, Philippe ARDANT, Institutions politiques & Droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J., 8 e éd., P. 186 et ss. Jacques CADART, Institutions politiques et Droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J. 1980 .

ود. عبدالحميد متولى، المفصل في القانون الدستوري، ص ١١٥ وما بعدها، والأنظمة السياسية طبعة ١٩٥٨، ص ١٥٢ وما بعدها، د. مصطفى أبو زيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الأولى ١٩٨٤، د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية ١٩٧٥ ص ٢٤٥، د. محمد حسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٩٠، د. رمزي طه الشاعر، النظم السياسية، الطبعة الأولى ١٩٨١، د. محمد أنس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٩٩، ص ١٨١، وما بعدها، د. سعاد الشرقاوي و د. عبدالله ناصف، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية، مارس ١٩٨٤، ص ٣٠ وما بعدها، ص ١٥٥ وما بعدها، د. مصطفى عفيفي، نظامنا الانتخابي في الميزان، د. فتحى فكرى، القانون الدستوري الكتاب الأول، دار النهضة العربية، د. جورجى = مكتبة سعيد رأفت ١٩٨٤، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الشروط حتى يستطيع الفرد استخدامه وترشيح نفسه في الانتخابات للمجالس النيابية.

وتختلف الأنظمة السياسية سواء في عدد هذه الشروط أو في نوعيتها وطبيعتها.

ولكن هناك شروط تتفق عليها كل الأنظمة السياسية أو غالبيتها، وأولى هذه الشروط شرط الجنسية.

ويثير هذا الشرط بعض التساؤلات والأسئلة، وبالذات حول نقاط معينة، لعل من أهمها تلك التي تتور حول جنسية المرشح، ومدى تأثير حملة لأكثر من جنسية على حقه في الترشح في الانتخابات للمجالس النيابية في الدول التي يحمل جنسياتها.

فليس كل من يقيم على إقليم الدولة له حق الترشح في المجالس النيابية لهذه الدولة، فالمعروف أن سكان الدولة أو من يقيمون على أرضها ليسوا هم فقط شعب الدولة، وإنما منهم الأجانب أيضاً.

وتكاد تجمع كل الدول على أن الترشح يمارسه شعب الدولة فقط، أي مواطنوها *ses citoyens* أو رعاياها *ses ressortissants* الذين يحملون جنسيتها.

وبالتالي فليس للأجانب المقيمين على إقليم الدولة الحق في الترشح لشغل مقعد من مقاعد المجالس النيابية فيها، مهما طالبت مدة إقامتهم *leur séjour* على أرضها، طالما لم يحملوا جنسيتها.

شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة للنظم الميسامية، أركان التنظيم السياسي، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الرابعة ١٩٩٧، والطبعة الخامسة ٢٠٠١/٢٠٠٢، دار النهضة العربية - القاهرة ص ٢٦٦ وما بعدها، أصول وأحكام القانون الدستوري، مكتبة العالمية بالمنصورة، الطبعة الأولى ١٩٩١، والطبعة السادسة ٢٠٠٦، ص ٢٢٤، والنظام الانتخابي في ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، يناير ٢٠٠١، الباب الأول.

وهذا شرط بنهني، فالحقوق السياسية – وأهمها الانتخاب والترشيح – يجب أن يتمتع بها ويمارسها إلا من يرتبط بالوطن وبالأرض ارتباطاً قوياً، يجمع يهتم بأمرها، ويحرص على مصالحها ويؤهلها لأن يشارك فيما يخصها من مسائل عامة.

ومعيار هذا الارتباط الوثيق هو الجنسية، أي يكون حاملاً لجنسية الدولة.

وقد يكون الفرد حاملاً لجنسية أكثر من دولة، وهنا يثور التساؤل – في مجال بحثنا – حول مدى تأثير مثل هذا التعدد في الجنسية على تمتع مثل هذا الفرد بحقوقه وحرياته العامة، خاصة الحق في الترشح للمجالس النيابية.

وفي هذا البحث نتناول بالدراسة شرط الجنسية وتعدد جنسية المرشح ومدى تأثيره على ممارسة حقه في الترشح للمجالس النيابية، مع التطبيق على ما جرى في مصر في انتخابات مجلس الشعب التي جرت خلال شهري أكتوبر ونوفمبر عام ٢٠٠٠، والتي أثارت جدلاً كبيراً حول هذا الموضوع.

ونتناول بحث هذا الموضوع من خلال ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الجنسية

المبحث الثاني: حالة تعدد الجنسية وأسباب التعدد

المبحث الثالث: أثر تعدد الجنسية على التمتع بحق الترشح

المبحث الأول

تعريف الجنسية^(٢)

Définition de la Nationalité

الجنسية هي نظام قانوني حديث، وهي عبارة عن علاقة أو رابطة قانونية *lien juridique* بين فرد معين ودولة ومعينة. والفرد الذي يحمل جنسية دولة ما يكون من رعاياها وجزءاً من شعبها، ومن لا يحملها يكون أجنبي عنها^(٣).

ومن يحمل جنسية الدولة يتمتع بحقوق وحریات لا يتمتع بها من لا يحملها.

وكثير من الدول تفرق في هذا المجال بين طائفتين ممن يحملون جنسيتها، طائفة من يحمل جنسيتها بصفة أصلية، أي يكون من أصل شعبها، وهم المواطنون الأصليون، وطائفة من يحمل جنسيتها بالاكتساب وهم المواطنون بالتجنس، وهم مواطنو الدولة الذين يحصلون على جنسيتها بالاكتساب لا بالأصل.

وتمنح هذه الدول المواطنين الذين ينتمون إلى الطائفة الأولى كل الحقوق والحریات السياسية، مثل حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وغيرها، أما المواطنون الذين ينتمون إلى الطائفة الثانية، فتحجب عنهم بعض هذه الحقوق خاصة حق الترشح - لمدة معينة بعد اكتسابهم الجنسية، قبل أن يُمنحوا جميع الحقوق السياسية والمدنية كالمواطنين الأصليين تماماً^(٤).

HOLLEAUX, Foyer et DE LA PRADELLE, (٢) راجع في ماهية الجنسية
Droit international privé, Paris, Masson, 1987, No 8 P. 24.

و.د. فؤاد رياض، الوسيط في الجنسية، مركز الأبحاث، القاهرة، دار النهضة العربية الطبعة الرابعة ١٩٨٦، بند ٧ ص ١٢، د. عزالدین عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشرة ١٩٨٦، بند ٥٣ مكرر ص ١٢٣ وما بعدها، د. أحمد عبد الكريم سلامة، الميسوط في شرح نظام الجنسية، بحث تحليلي انتقادي مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٣، البند ٢٣ ص ٢٥ وما بعدها.

(٣) أنظر د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثانية ١٩٧١، ص ٢٠.

(٤) أنظر د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

من أمثلة الدول التي تجرى مثل هذه التفرقة بين المواطنين الأصليين والمواطنين بالتجنس، فرنسا، فقانون الجنسية الفرنسية *code de la nationalité, française*، يضع شروطاً انتخابية معينة بالنسبة للأجانب المتجنسين بالجنسية الفرنسية *les étrangers naturalisés*، حتى يستطيعوا ممارسة حق الانتخاب^(٥).

كما أن قانون الانتخاب *le code électoral*، يقتضي مرور عشر سنوات من تاريخ الحصول على الجنسية الفرنسية، حتى يستطيع الأجنبي المتجنس بالجنسية الفرنسية، وكذلك الزوجة التي تحصل على الجنسية الفرنسية عن طريق الزواج، ممارسة حق الترشح.

وعلى هذا تنص المادة 128 L.O. من قانون الانتخاب في فرنسا: "Les étrangers naturalisés ne sont éligibles qu' à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la date du décret de naturalisation" ويمكن تخفيض هذه المدة في بعض الحالات التي يحددها القانون^(٦).

ومن الدول أيضاً التي تجرى مثل هذه التفرقة، مصر، فإذا كان نص دستور ١٩٧١ قد جاء في عبارة عامة، حيث نص في مادته الثانية والستين منه على أن "للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون، ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني"، فإن قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦، قد نص في مادته الرابعة^(٧) على أنه: "يجب أن يقيد في جداول الانتخاب كل من له مباشرة الحقوق السياسية من الذكور والإناث، ومع ذلك لا يُقيد من اكتسب الجنسية المصرية بطريق التجنس إلا إذا كانت قد مضت خمس سنوات على الأقل على اكتسابه إياها".

^(٥) راجع المبادئ ٨١، ٨٢، ٨٣ من هذا القانون.

راجع Jacques CADART, *Institution politiques et Droit constitutionnel*, Paris Economica, 3 e éd. 1990, P. 926. Philippe ARDANT, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J. 9 e éd. 2000.

^(٦) المعطلة بالقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٧٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وبالرجوع إلى قانون الجنسية المصرية، رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥^(٨)، يتضح أنه لا يمنح المصري بالتجنس الحقوق السياسية إلا بعد مرور فترات معينة. هذه الفترات هي خمس سنوات للتمتع بالحقوق الخاصة بالمواطنين، ومنها الانتخاب، وعشر سنوات للتمتع بحق الترشح أو التعيين في إحدى الهيئات النيابية، وذلك حتى نضمن اندماجه وولاءه للبلد، أي لمصر. ويجوز الإعفاء من قيد المدة، بقرار من رئيس الجمهورية، أو من وزير الداخلية حسب الأحوال، ويُعفى من هذا القيد أفراد الطوائف الدينية المصرية بالنسبة لانتخابات وعضوية المجالس المحلية التي يتبعونها.

وقد نصت المادة التاسعة من قانون الجنسية على هذه الأحكام بقولها:

"لا يكون للأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية، طبقاً للمواد ٣، ٤، ٦، ٧ حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ اكتسابه لهذه الجنسية، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضواً في أي هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات من التاريخ المذكور، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية الإعفاء من القيد الأول أو من القيد المذكورين معاً.

ويجوز بقرار من وزير الداخلية أن يعفى من القيد الأول أو من القيد المذكورين معاً من انضم إلى القوات المصرية المحاربة وحارب في صفوفها.

ويُعفى من هذين القيدين أفراد الطوائف الدينية المصرية فيما يتعلق بمباشرة حقوقهم في انتخابات المجالس المحلية التي يتبعونها وعضويتهم فيها".

ولكن بالرجوع إلى قانون مجلس الشعب المصري^(٩)، نجد أن المادة الخامسة منه^(١٠) - والتي حددت الشروط الواجب توافرها فيمن يرشح لعضوية مجلس الشعب - اقتضت أن يكون المرشح مصري الجنسية، ومن أب مصر.

(٨) المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم ٢٢، الصادر في ٢٩ مايو سنة ١٩٧٥.

(٩) القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٩، الصادر في ٢٨ سبتمبر من عام ١٩٧٢.

(١٠) المعدلة بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

ومعنى ذلك أن من يكتسب الجنسية المصرية بالجنس، لا يكون له الحق ف ترشيح نفسه لعضوية مجلس الشعب بشكل مطلق، أي طوال حياته، ويكون ها الحق لأولاده، إذا توافرت فيهم الشروط الأخرى لمثل هذا الترشيح. وهو م يتناقض مع حكم المادة التاسعة من قانون الجنسية، التي تعطي له هذا الحق بعد مرور عشر سنوات من تاريخ حصوله على الجنسية المصرية.

وليس هناك شك في أن حكم قانون مجلس الشعب هو الذي يسرى ويطبق في هذه الحالة، وذلك لأنه حكم خاص، في حين أن حكم قانون الجنسية هو حكم عام، ومن القواعد المعروفة والمستقرة في حالة تعارض حكمين أو نصين، أن الخاص يقيد أو يجبُ العام.

ومن ناحية أخرى، لا يجوز الاحتجاج بأن النص اللاحق يقيد النص السابق، على أساس أن قانون الجنسية لاحق لقانون مجلس الشعب، فقانون الجنسية قد صدر عام ١٩٧٥، في حين أن قانون مجلس الشعب كان قد صدر عام ١٩٧٢، وذلك لأن المادة الخامسة من قانون مجلس الشعب وهي المادة التي حددت شروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب - كانت محل تعديل تشريعي في عام ١٩٧٦، ولو كان في نية المشرع أن يتوافق نص قانون مجلس الشعب مع نص قانون الجنسية في هذا الصدد، لكان فعل ذلك، ولكنه لم يفعل مما يعنى أن المشرع قد قصد ألا يطبق الحكم الذي تضمنه قانون الجنسية على مرشحي مجلس الشعب. ومما يؤكد هذا القصد أن ذات الشرط وضعه المشرع في المادة ٦ من قانون مجلس الشورى رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠^(١١)، بالنسبة لمرشحي هذا المجلس، ولكنه لم يضعه ضمن الشروط المطلوبة فيمن يُرشح للمجالس الشعبية المحلية والتي حددتها المادة ٧٥^(١٢) من قانون نظام الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩، والذي اكتفى بالنسبة لجنسية المرشح لعضوية هذه المجالس أن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية، ولم يقتض أن يكون من أب مصري، كما فعل بالنسبة للمرشحين لعضوية مجلس الشعب ومجلس الشورى.

ولنا أن نتساءل عن قصد المشرع من لفظ "هيئة نيابية" التي ذكرها في المادة التاسعة من قانون الجنسية؟ وعن مجال تطبيق حكم هذه المادة؟ وهل يقتصر على

(١١) المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٧، الصادر بتاريخ ٢ يوليو عام ١٩٨٠.

(١٢) المستبجلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الهيئات النيابية غير القومية، مثل المجالس الشعبية المحلية، والنقابات المحلية،
والنوادي المختلفة ... الخ؟

وهل قصد المشرع إقصاء الهيئات النيابية القومية، وبالتحديد مجلسي الشعب
والشورى، عن نطاق تطبيق حكم المادة التاسعة من قانون الجنسية؟

ويرى البعض أن هذا التشدد في الشروط المطلوب توافرها فيمن يُرشَّح
لعضوية البرلمان بالذات، "لا يتنافى مع المبادئ المقررة في معظم الدول
البرلمانية والتي تخرص عادة على ضمان ألا تُباشِر السلطة العامة المقررة
لأعضاء البرلمان إلا من جانب المنتمين برابطة الولاء للدولة، وقد يلزم
للأطمئنان إلى هذه الرابطة اشتراط أن يكون المرشح يحمل جنسية الدولة وأن
يكون من أب يحمل ذات الجنسية"^(١٣).

ويساور البغض الآخر الشكوك حول دستورية حظر الترشح لعضوية مجلس
الشعب على المصريين بالتجنس، ويقيم شكوكه على حجتين:

- انتهاك مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور: حيث إن
المتجنس أصبح مواطناً، وبهذا الوصف لا بد وأن يأتي الوقت الذي يتساوى
فيه مع غيره من المواطنين، وإلا انتهكنا حرمة المساواة الدستورية.

- إن إحالة الدستور للقانون "تنظيم الجنسية وتحديد شروط عضوية الهيئة
البرلمانية، فهذه الإحالة أو تلك لا تتضمن مخالفة الدستور بتقرير حرمان
أبدي من الحقوق السياسية لفئة من المواطنين.

فالنصوص الدستورية قاطعة في تمتع المواطنين، بلا تمييز بين صاحب
الجنسية الأصلية أو المكتسبة، بحقي الترشيح والانتخاب"^(١٤).

(١٣) د. سعد صفرور، النظام الدستوري المصري، ص ١٧٥.

سلطات الحكم في دستور ١٩٧١، - (١٤) د. فتحي فكرى، القانون الدستوري، الكتاب الثاني، النظام الحزبي

القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص ٢٦٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

والحرص الذي تكلم عنه الرأي السابق "لا ينبغي أن يتناقض مع الدستور الذي ساوى بين الوطني الأصيل والوطني بالتجنس في التمتع بالحقوق السياسية.

وقد كان من الممكن قبول هذا القيد لو فرضته السلطة التأسيسية في صلب الوثيقة الدستورية كما فعلت في المادة ٧٥ بالنسبة للترشيح لرئاسة الدولة" (١٥).

ونحن نعتقد أن الأمر يحتاج إلى تعديل تشريعي لهذه الجزئية، ويستطيع المشرع أن يتطلب انقضاءه مدة طويلة نسبياً، حتى يتأكد من ولاء المتجنس للبلد وحرصه على مصالحها، بالنسبة لممارسة حق الترشح للمجالس النيابية القومية نظراً لحساسية وخطورة وأهمية العضوية في مثل هذه المجالس.

وإن كان للمشرع سلطة تنظيم ممارسة أي حق من الحقوق المنصوص عليها في الدستور، فلا يتعين أن يصل تنظيمه له، والشروط والقيود التي يضعها لممارسته إلى حد مصادرة الحق ذاته. لا بالنسبة لكل المواطنين ولا بالنسبة لطائفة منهم.

وطالما أن المتجنس قد حصل على الجنسية بشكل مشروع ووفقاً لأحكام القانون فيكون له - بعد انقضاء المدد التي يقتضيها القانون - التمتع بكافة حقوق المواطنة دون انتقاص.

وهناك بعض الدول لا تجرى تفرقة بين المواطنين بالأصل والمواطنين بالتجنس، فيما يتعلق بالتمتع بالحقوق والحريات العامة، خاصة الحقوق والحريات السياسية، ومنها الانتخاب والترشيح في المجالس النيابية.

ومن أمثلة هذه الدول، لبنان، حيث أطلق قانون الانتخاب حق الانتخاب على كل اللبنانيين، دون تفرقة بين لبناني بالأصل أو لبناني بالتجنس (١٦).

(١٥) د. فتحي فكري، المرجع السابق، ص ٢٦٩، هامش رقم (١).

(١٦) أنظر د. محسن خليل، المرجع السابق، ص ١٦٦، الذي يرى أن إطلاق هذا الحق بهذا الشكل يتعارض مع

مبدأ ضرورة الاندماج في الوطن الجديد والإخلاص له، وهو لا يتأتى إلا بمرور فترة من الزمن بعد اكتسابه

الجنسية. وذات الرأي لدى د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثاني

حالة تعدد الجنسية وأسباب التعدد

هناك بعض الأفراد يحملون أكثر من جنسية دولة واحدة، ويقترض الأمر أولاً تحديد ماهية التعدد ثم ثانياً بيان الأسباب التي تؤدي إليه.
أولاً - ماهية تعدد الجنسية:

Multi - nationalité, Plural - nationality

تعدد الجنسية هو عبارة عن وضع قانوني يكون فيه لذات الشخص أكثر من جنسية دولة واحدة، بحيث يعتبر من رعايا كل دولة يحمل جنسيتها، سواء كان هذا التعدد راجعاً لإرادة الشخص أو دون إرادته.

وعلى ذلك، فحتى نكون أمام تعدد في الجنسية، يتعين توافر أمرين^(١٧):

الأول: أن تثبت لذات الشخص أكثر من جنسية واحدة.

الثاني: أن يكون اكتساب الجنسيات الأخرى قد ثبت بشكل قانوني سليم، بمعنى أن تكون قد توافرت فيه شروط اكتسابها، وتم منحه إياها، وأصبحت الدول التي يحمل جنسيتها تعتبره من رعاياها.

وجدير بالذكر أن تعدد الجنسية لا يتواءم مع مبدأ وحدانية الجنسية *principe d'unicité de nationalité* الذي ينادى به القانون الدولي^(١٨)، وذهب بعض فقهاء القانون الدولي الخاص إلى أن تعدد الجنسية يتعارض مع الأخلاق الدولية *la morale internationale*^(١٩)، فالجنسية هي تعبير عن الانتماء الروحي، وهي علاقة حب الوطن لا تقبل الانقسام^(٢٠) ولا المشاركة مع

(١٧) د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٦٦، ١٦٧.

(١٨) وقد تضمنت اتفاقية لاهاي المبرمة عام ١٩٠٢ هذا المعنى، فقد نصت في ديباجتها أنه من المصلحة العامة للجماعة الدولية العمل على تسليم كافة أعضائها بأن كل فرد يجب أن تكون له جنسية، وألا تكون له إلا جنسية واحدة.

M. ANCEI، *les conflits des nationalités, contribution à la recherche d'une solution rationnelle des cas de Multi - nationalité*, Clunet 1937, P. 19 et 20.

J. VALÉRY, *Manuel de Droit international privé*, Paris 1914

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ تمديد الاول

وطن آخر، وهي صلة دم ولحم^(٢١)، بل إن أحد الفقهاء قد شبه رابطة الجسد التي تربط فرد ما بوطن ما، بعلاقة الفرد بأمه، فلا يمكن للفرد أن يكون له وطنان تماماً كما لا يمكن أن يكون له اثنتان من الأمهات
on ne peut avoir deux patries, comme on ne peut avoir deux mères.^(٢٢)

ثانياً - أسباب تعدد الجنسية:

تعدد الجنسية يرجع أساساً إلى اختلاف تشريعات الدول المختلفة في تنظيم موضوع الجنسية. هذا الاختلاف قد يؤدي إلى أن يحمل فرد ما جنسية أكثر من دولة.

فعلى سبيل المثال، تأخذ بعض الدول بحق الدم، فتمنح جنسيتها لأولاد مواطنيها، أي الذين يولدون لوالدين يحملون جنسيتها بصرف النظر عن مكان ولادتهم، أي بغض الطرف عن الدولة التي يولدون فيها، ومثال ذلك مصر، وعلى النقيض من ذلك تأخذ دول أخرى بحق الإقليم في منح جنسيتها، فتمنحها لكل من يولد على إقليمها، بصرف النظر عن جنسية والديه، حتى ولو كانا يحملان جنسية دولة أخرى، ومثال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية.

في هذا المثال نجد أن الأطفال الذين يولدون على إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم في منح الجنسية، ولوالدين يحملان جنسية دولة أخرى تأخذ بحق الدم في منح الجنسية، هؤلاء الأطفال سوف يحملون جنسية دولة الميلاد وجنسية دولة جنسية الوالدين، ويصبحون بالتالي متعددي الجنسية^(٢٣).

فمثلاً إذا ولد طفل على إقليم الولايات المتحدة الأمريكية لوالدين مصريين، فسوف يحمل كل من الجنسية الأمريكية والجنسية المصرية في ذات الوقت.

No 129, P. 134.

:انظر: R. SAVATIER, Cours de Droit international privé, Paris, L.G.D.J. 1974, No 44, P. 31.

:انظر: PROUDHON, Traité de l'état des personnes, Tome I, P. 93.

:انظر: N. BAR YAACOV, Dual nationality, London, Stevens & sons. 1961, P. 11 et s.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وأيضاً إذا كان قانون جنسية دولة ما يسمح بمنحها لمن يحمل جنسية دولة أخرى، دون أن يشترط التخلي عن جنسية الدولة الأخرى أو فقدها، فنكون هنا أمام حالة تعدد جنسية.

وكذلك تسمح تشريعات الجنسية في بعض الدول بمنح جنسيتها للأجنبي الذي يقدم خدمات جليلة للدولة مع احتفاظه بجنسية دولة أو دول أخرى، ومثال ذلك المادة الخامسة من قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥، والتي تجيز لرئيس الجمهورية منح الجنسية المصرية لكل أجنبي يؤدي إلى مصر خدمات جليلة، وكذلك لرؤساء الطوائف الدينية المصرية. وذات الحكم في قانون الجنسية الفرنسي الصادر عام ١٩٧٣ في المادة ٦٤ الفقرة السادسة. وهناك أمثلة أخرى كثيرة لمثل هذه التشريعات في القانون المقارن^(٢٤).

وإلى جانب ذلك تمنح تشريعات بعض الدول جنسية الدولة بسبب الزواج مع الاحتفاظ بالجنسية أو الجنسيات الأخرى.

ويمكن أن ينتج التعدد أيضاً في حالة الزواج المختلط أي زواج شخصين يحمل كل منهما جنسية دولة مختلفة، وتمنح كل دولة جنسيتها لأولادهما، فيحمل هؤلاء الأولاد جنسية دولة الأب، وجنسية دولة الأم فنكون بذلك أمام تعدد جنسية بالنسبة للأولاد.

ويمكن أن يتحقق التعدد كذلك في حالة ما إذا كان أحد الوالدين متعدد الجنسية لأى سبب من الأسباب السابقة، وتسمح تشريعات الدول التي يحمل جنسيتها بنقلها إلى الأولاد بالتبعية العائلية^(٢٥).

وأخيراً، قد يكون سبب تعدد الجنسية، ما يعرف في القانون الدولي العام بالضم الإقليمي *l'annexion territoriale*، إذا قامت إحدى الدول بضم جزء من إقليم دولة أخرى إلى إقليمها دون الاتفاق على تبادل المواطنين بينهما، وكان قانون جنسيتها يسمح بمنحها لسكان هذا الجزء المنضم، مع احتفاظهم بجنسية الدولة التي كانوا ينتمون إليها قبل الضم، فنكون هنا أمام حالة تعدد، إلا إذا

(٢٤) أنظر د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٧٠، هامش رقم ١٧.

(٢٥) أنظر على سبيل المثال نص المادة السادسة الفقرة الثانية من قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

استعملوا رخصة الاختيار faculté d' option، بين جنسية الدولة الضامنة
والدولة القديمة^(٢٦).

(²⁶) راجع في ذلك P. AYMOND, De la nationalité et de la
naturalisation, modifications internationales, In Jurisclasseur de Droit
international, Fascicule 504.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثالث

أثر تعدد الجنسية على التمتع بحق الترشح للمجالس النيابية

ثار التساؤل حول أثر ازدواج أو تعدد الجنسية على التمتع بحق الترشح للمجالس النيابية، وعلى ممارسته. وقد ظهر هذا التساؤل بوضوح وطرح بشدة بمناسبة انتخابات مجلس الشعب المصري، التي جرت خلال شهري أكتوبر ونوفمبر من عام ٢٠٠٠، حيث كان من بين المرشحين من يحمل جنسية دولة أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية.

وقد فجر الموضوع، الطعون التي تقدم بها المرشحون المنافسون أمام القضاء الإداري، في صحة ترشح منافسيهم مزدوجي الجنسية، مؤسسين طعونهم على أن ازدواج الجنسية يحول دون الفرد وممارسته لحق الترشح في انتخابات المجالس النيابية، لأن انتماءهم وولاءهم لمصر في هذه الحالة يكون - من وجهة نظرهم - محل شك.

وقد أصدر القضاء أحكاماً في هذا الموضوع، واختلف الرأي حوله، وتباينت وجهات النظر.

ونتعرض هنا لموقف القضاء والآراء المختلفة، ثم نعقب ذلك برأينا في الموضوع، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: موقف القضاء في تعدد جنسية المرشح

المطلب الثاني: اختلاف الرأي حول تعدد جنسية المرشح

المطلب الثالث: رأينا في تعدد جنسية المرشح

المطلب الأول

موقف القضاء في تعدد جنسية المرشح

في انتخابات مجلس الشعب المصري للفصل التشريعي الثامن (٢٠٠٠ - ٢٠٠٥) (٢٧)، والتي جرت خلال شهري أكتوبر ونوفمبر من عام ٢٠٠٠، قام أحد المرشحين - قبل بدء مراحل عمليات الاقتراع (٢٨)، وبالتحديد في ٧ أكتوبر عام

(27) منذ صدور دستور سبتمبر ١٩٧١، وحتى عام ٢٠٠٠، جرت ثماني انتخابات تشريعية لمجلس الشعب،

١٩٧٦، والفصل التشريعي - وكانت هناك ثمانية فصول تشريعية هي: الفصل التشريعي الأول ١٩٧١ -

١٩٨٤، والفصل التشريعي الرابع ١٩٨٤ - ١٩٧٩، والفصل التشريعي الثالث ١٩٧٩ - الثاني ١٩٧٦ -

١٩٩٥، - ١٩٩٠، والفصل التشريعي السادس ١٩٩٠ - ١٩٨٧، والفصل التشريعي - الخامس ١٩٨٧ -

٢٠٠٠، ثم الفصل التشريعي الثامن الذي بدأ عام ٢٠٠٠ - والفصل التشريعي السابع ١٩٩٥

وكما هو واضح فإنه في هذه الفصول التشريعية الثمانية، لم يكمل مجلس الشعب مدته - وهي خمس سنوات

- ١٩٧٦، والفصل التشريعي السادس ١٩٩٠ - إلا في ثلاثة فصول فقط هي الفصل التشريعي الأول ١٩٧١ -

٢٠٠٠، أي في عهد الرئيس السادات لم يكمل مجلس الشعب مدته - ١٩٩٥ والفصل التشريعي السابع ١٩٩٥

١٩٧٦ وفي عهد الرئيس مبارك وحتى - كاملة إلا في فصل تشريعي واحد، وهو الفصل التشريعي الأول ١٩٧١

١٩٨٤ والذي كان بدأ في عام ٢٠٠٠ اكتملت مدة المجلس في ثلاثة فصول، الفصل التشريعي الثالث ١٩٧٩

١٩٩٥، والفصل - عهد الرئيس السادات واكمثل في عهد الرئيس مبارك، والفصل التشريعي السادس ١٩٩٠

٢٠٠٠، أما باقي الفصول التشريعية فقد تم حل المجلس فيها قبل اكتمال مدته، وتم - التشريعي السابع ١٩٩٥

إجراء انتخابات مبكرة عن ميعادها. الميعاد، وكان سبب الحل أما أسباباً سياسية كما حدثت في عام ١٩٧٩، وأما

بسبب حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص التي حددت نظام الانتخاب، وبالتالي بطلان

الانتخابات التي جرت وفقاً لها، وبطلان تكوين مجلس الشعب كما حدث عام ١٩٨٧، وعام ١٩٩٠ .

وفقاً للقرار الجمهوري بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الشعب والصادر - (28) جرت انتخابات عام ٢٠٠٠

على ثلاث مراحل - في ١٨ سبتمبر ٢٠٠٠

المرحلة الأولى: وتشمل تسع محافظات، هي: الإسكندرية والبحيرة والمنوفية وبورسعيد والإسماعيلية والسويس والفيوم

وسوهاج وقنا. وقد جرت عملية الانتخاب في دوائرها يوم الأربعاء الموافق ١٨ من أكتوبر سنة ٢٠٠٠، وعملية

الإعادة - في الدوائر التي اقتضت الإعادة فيها - يوم الثلاثاء الموافق ٢٤ من أكتوبر سنة ٢٠٠٠. والمرحلة

الثانية: وتشمل تسع محافظات أيضاً، هي: الدقهلية والغربية وكفر الشيخ والشرقية ودمياط وجنوب سيناء وشمال

سيناء والبحر الأحمر وأسوان. وقد جرت عملية الانتخاب في دوائرها يوم الأحد الموافق ٢٩ من أكتوبر سنة

٢٠٠٠، وجرت عملية الإعادة يوم السبت الموافق ٤ من نوفمبر سنة ٢٠٠٠. والمرحلة الثالثة: وتشمل ثمان

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

٢٠٠٠ - في إحدى الدوائر الانتخابية - وبالتحديد إحدى دوائر محافظة الدقهلية - بالطعن في قرار قبول ترشيح منافسه^(٢٩) في الانتخابات، نظراً لحملة جنسية أخرى^(٣٠) غير الجنسية المصرية، وقد قدم طلباً مستعجلاً إلى محكمة القضاء الإداري، دائرة المنصورة بوقف تنفيذ القرار، واستبعاد ترشيحه وعدم خوض الانتخابات، ويجلسه ٢٢ أكتوبر عام ٢٠٠٠ قضت محكمة القضاء الإداري^(٣١) بقبول الطعن شكلاً، وفي الشق المستعجل برفض الطلب، وذلك لأن حمل جنسية أخرى لا يحول دون ممارسة المصري لحق الترشيح، طالما لم يوجد مانع من ممارسة هذا الحق، ولا يوجد نص يحظر على مزدوج الجنسية من الترشيح.

محافظات فقط، هي: القاهرة والجيزة - والقليوبية وبنى سويف والمنيا وأسيوط ومطروح والوادي الجديد. وقد جرت عملية الانتخاب في دوائرها يوم الأربعاء الموافق ٨ من نوفمبر سنة ٢٠٠٠، وجرت عملية إعادة يوم الثلاثاء الموافق ١٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠.

وقد عقد المجلس الجديد بعد انتخابه أول اجتماع له في دور الانعقاد الأول من هذا الفصل التشريعي، يوم الأربعاء الموافق ١٣ من ديسمبر سنة ٢٠٠٠. وقد ألقى رئيس الجمهورية بيانه في جلسة الاجتماع المشترك لمجلسي الشعب والشورى، والتي انعقدت يوم الأحد الموافق ١٧ من ديسمبر سنة ٢٠٠٠.

وقد جرت انتخابات التجديد النصفى لمجلس الشورى لعام ٢٠٠١ على ثلاث مراحل أيضاً، وفقاً للقرار الجمهوري الذي صدر يوم الأحد الموافق ١٥ أبريل ٢٠٠١ بدعوة الناخبين المقيدة أسماؤهم في جداول الانتخاب للإدلاء بأصواتهم في هذه الانتخابات. ونص القرار على أن تتم الانتخابات على النحو التالي:

المرحلة الأولى: في محافظات الجيزة والقليوبية والمنوفية والبحيرة والفيوم وبنى سويف وقنا وشمال سيناء. وتجرى عملية الانتخاب في دوائرها يوم الأربعاء ١٦ مايو ٢٠٠١، وفي الحالات التي تقتضى إعادة، تجرى يوم الثلاثاء من الأسبوع التالي.

المرحلة الثانية: في محافظات الشرقية والدقهلية ودمياط والغربية والإسماعيلية والسويس وجنوب سيناء والبحر الأحمر. وتجرى عملية الانتخاب في دوائرها يوم الأحد ٢٧ مايو ٢٠٠١، وفي الحالات التي تقتضى إعادة، تجرى يوم السبت من الأسبوع التالي.

المرحلة الثالثة: في محافظات القاهرة والإسكندرية وكفر الشيخ والمنيا وأسيوط وسوهاج وأسوان والوادي الجديد، وتجرى عملية الانتخاب في دوائرها يوم الخميس ٧ يونيو ٢٠٠١، وفي الحالات التي تقتضى إعادة، تجرى يوم الثلاثاء من الأسبوع التالي.

(٢٩) وهو المرشح الهامى جاد.

(٣٠) وهى الجنسية الهولندية.

(٣١) في الدعوى رقم ٣٣ لسنة ٢٣ قضائية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

قيام المرشح بالطعن في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الشق المستعجل أمام المحكمة الإدارية العليا، وقد قضت هذه الأخيرة بتاريخ ٦ نوفمبر عام ٢٠٠٠^(٣٢)، بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع إلغاء حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الشق المستعجل، والقضاء مجدداً بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بقبول ترشيح المرشح الذي يحمل جنسية أخرى إلى جانب الجنسية المصرية، وبالتالي منع هذا المرشح من خوض انتخابات مجلس الشعب^(٣٣).

(32) في الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ قضائية عليا.

(33) وجدير بالذكر أنه في هذا الطعن كانت المحكمة الإدارية العليا قد استمرت في نظره، وفصلت فيه، رغم حضور الطاعن بتاريخ ٢ نوفمبر ٢٠٠٠ جلسة المحكمة وإثباته تنازله عن الطعن لانقضاء مصلحته، بعد أن فشل في الانتخابات التي أجريت في يوم ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠، وموافقة المطعون ضده على التنازل. واستندت المحكمة في استمرارها في نظر الطعن رغم تنازل الطاعن عن طعنه وموافقة المطعون ضده على التنازل وفقاً لأحكام المادتين ١٤١، ١٤٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، المطبقتين على هذه الحالة، استندت المحكمة في ذلك على استثناء استخلصته وقررت به محكمة النقض، قوامه عدم إجازة الترك إذا تعلق موضوع الدعوى بالنظام العام، باعتبار أن الحقوق المتصلة به، ينبغي ألا يجعل مصيرها متوقفاً على اتفاقات متروك مصيرها لإرادة الأفراد (حكم محكمة النقض، الصادر بتاريخ ٢٤ نوفمبر ١٩٧٦، في الطعن رقم ٣٢ لسنة ٤٥ قضائية، أحوال شخصية).

وقد أعلمت المحكمة الإدارية العليا هذا الاستثناء، على الطعن موضوع الدراسة. فوفقاً لهذه المحكمة، فإن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية للجماعة، وهو مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها، ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة، أي المتعلقة بالنظام العام، قواعد أمره لا تملك الإرادة الفردية إزائها أي سلطات أو قوة على مخالفتها، إذ تعرض مخالفتها، كيان المجتمع بأسره للانحيار، والتصدع، فلا يسمح لأي من كان أن تجرى إرادته على خلافها.

وفي "الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام، أي من القواعد الأمرة المتعلقة بالحقوق والحريات العامة، التي تنص عليها المسائير عادة كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأي وحقي الانتخاب والترشيح. ومن حيث أنه إذا كان موضوع الطعن المائل متعلقاً بالنظام العام، باعتباره متصلاً بحق الترشيح للمجلس النيابي الذي يتطلب ضرورة توافر شروط معينة في المرشح حتى يمكن قبول ترشيحه، لذا فإن مصير ترشيح ينبغي ألا يكون متوقفاً على إرادة الطاعن، إن شاء أفصح المجال له للترشيح بتركه الطعن الذي... المطعون ضده أقامه، وإن شاء حجبه عن الترشيح باستمراره في خصومته، ذلك أن حق الترشيح باعتباره من الأمور المتعلقة بحقوق المحقق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول -

وقد أسست المحكمة الإدارية العليا حكمها على تقريرها أن حمل المصري لجنسية أخرى، يتعارض مع الشعور بالانتماء والولاء والحب، والذي يتعين أن يكون كاملاً لوطنه مصر وحده، لا ينازعه ولا يشاركه فيه وطن آخر، يتشتت بينهما هذا الشعور، بل وقد يتعارض ويصطدم شعوره بالانتماء والولاء والحب لأحدهما مع شعوره بذلك نحو الآخر. فالولاء غير قابل للقسمة ولا الانشطار. والجنسية المصرية المطلوبة كشرط للترشيح لا تحتل شركة مع غيرها، ولا تقبل معها شريكاً أو منافساً.

وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا: أن الجنسية "تعنى رابطة تقوم بين فرد ودولة، يدين فيها الفرد بولائه للدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وفى المقابل يكون - بل يتعين - على تلك الدولة أن تحميه بإسباغ الحماية عليه إذا ما تعرض في دولة أخرى لأي مساس أو تعد. فإن كان ذلك فإن مفاد ما تقدم ومواده الحتمي والمنطقي أن يكون الشخص الذي ينتمي إلى دولتين بحكم تمتعه بجنسيتين، متعدد الولاء بتعدد الجنسية".

وإن "القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، عندما يشترط في المادة الخامسة فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس الشعب أن يكون مصري الجنسية من أب مصري، فإنه لم يكتف بحيازة الشخص للجنسية المصرية، وإنما تطلب فضلاً عن ذلك أن يكون من أب مصري، وفى ذلك دلالة ينبغى استيعابها، إذ المشرع إنما يريد ممن يرشح نفسه للنياحة عن الشعب المصري، أن يكون انتماءه عميق الجذور في تربة الوطن، مهموماً بمشاكله وقضاياها، حاملاً لها دائماً في عقله وقلبه حتى ولو رحل إلى آخر الدنيا، عاملاً بيده وعقله وقلبه ولسانه على أن يكون وطنه أول أمم الأرض عزة ورفعه وتقدماً، غير مشرك في ولائه،

ألا يترك مصيره - الذى يتفق ومذهب المحكمة الإدارية العليا - طبقاً لمذهب محكمة النقض - بالنظام العام ينبغى لإرادة الخصم، وبالتالي فإن الطاعن وقد أعلن عن رغبته في ترك الطعن بما من شأنه إسباح المجال للطعون للاستمرار في الترشيح استناداً للحكم المطعون فيه، وقد لا يكون متوافقاً فيه شروطه، فإن الترك يكون... ضده غير جائز قانوناً ولا يحول دون استمرار نظر الطعن. كما استندت المحكمة في استمرارها في نظر الطعن وعدم الاعتداد بتنازل الطاعن عنه، إلى أن إثبات التنازل والترك قد يؤدي إلى تضارب في الأحكام، حيث أن هناك طعوناً أخرى كانت منظورة أمامها في ذات الجلسة، وبذات السبب، ولم يتنازل فيها الطاعنون عن طعونهم، وكان الاتجاه إلى قبولها شكلاً وموضوعاً.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

قانوناً، لمصر أي وطن آخر حتى ولو كان في الغرض الجدلي أكثر منها تقدماً سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً. وحياسة الشخص لجنسية أخرى غير الجنسية المصرية، معناه أن الولاء المطلق والكامل والواجب من قبله لمصر قد انشطر قانوناً إلى ولايين، أحدهما لمصر وتأتيهما لوطن أجنبي آخر. وإذا تعدد الولاء لمصر ولغيرها فقد تراجعت كل المعاني السابقة التي أراد المشرع المصري بالنص المذكور بلوغها، لأن الولاء الكامل لمصر ولشعبها وأمالها وترابها يصير منقوصاً إذا قسمناه على مصر وعلى غيرها من الأوطان. والنيابة عن الشعب تتطلب ولاء كاملاً لمصر، خاصة وأن مهمة مجلس الشعب طبقاً للمادة ٨٦ من الدستور هي تولى سلطة التشريع وإقرار السياسة العامة للدولة وممارسة الرقابة على السلطة التنفيذية".

وإذا كان قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ أجاز الإذن للمصري بالتجنس بجنسية أجنبية مع احتفاظه بجنسيته المصرية، فإن السماح بازواج الجنسية هنا، "هدفه أساساً تعضيد المصريين المستقرين في الخارج واكتسبوا جنسية المهجر، وتشجيعهم على الاستمرار في النضال في البلاد التي استقروا فيها، لكن إذا عاد المصري مزدوج الجنسية من الخارج وأقام في مصر ومارس عملاً فيها، فإن العلة من احتفاظه بالجنسية الأجنبية تزول، إلا إذا كان حمل الجنسية الأجنبية بجانب الجنسية المصرية يمثل من وجهة نظره ميزة له لا يريد النزول عنها، أو يمثل حماية له من قبل دولة أجنبية لا يريد أن يفقدها، وكلا الأمرين يززع من يقين الانتماء لمصر وحدها، حيث أن المصري الحق هو من يعتز بمصريته ويرفض تماماً أن ينازعه في ولائه لها أي وطن آخر مهما كان".

وإن قانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ نص في المادة السادسة منه على استثناء بعض الحالات من أداء الخدمة العسكرية من الفقرات أولاً وثانياً وثالثاً، ثم نصت في الفقرة رابعاً على استثناء الفئات التي يصدر بقواعد وشروط استثنائها قرار من وزير الدفاع طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة أو أمن الدولة.

وبالفعل صدر قرار وزير الدفاع رقم ٢٨٠ لسنة ١٩٨٦ بشأن قواعد وشروط الاستثناء من أداء الخدمة العسكرية والوطنية. ونص في مادته الأولى على أن "تضاف للمادة (١) من قرار وزير الدفاع والإنتاج الحربي رقم ١١٥ لسنة ١٩٨١ فقرة جديدة (د) نصها كما يلي: "المصريون المقيمون في دولة أجنبية الذين اكتسبوا جنسية هذه الدولة مع احتفاظهم بجنسيتهم المصرية، ويزول هذا

الاستثناء في حالة فقد الفرد لجنسيته الأجنبية". "وإذا كان القرار المذكور قد استثنى المصري مزدوج الجنسية من أداء الخدمة العسكرية جندياً في القوات المسلحة. وإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للجندي، فإن ذلك يكشف عن وجوب انسحاب هذا الحكم - من باب أولى - على مرشحي مجلس الشعب مزدوجي الجنسية الذين يتولون سلطة التشريع ويقرون السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، فإذا كانت المهمة التي يقوم بها الجندي جليلة ومقدسة وحساسة باعتبارها كذلك حسب وصفها الوارد بنص المادة ٥٨ من الدستور، فإن مهمة عضو مجلس الشعب على ذات القدر من القداسة". وبالتالي "فإن عضوية مجلس الشعب مما يشملها الواجب المقدس المفروض أن يتصدى له عضو المجلس دفاعاً عن سلامة الوطن في اضطلاعهم بمهامهم المتعلقة بإدارة العلاقات الدولية لمصر إعمالاً لحكم المادة ١٥١ من الدستور التي تنص على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يتناسب من البيان .. تكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات الواردة في الموازنة، تجب موافقة مجلس الشعب عليها". أو في إسهامه بتقرير السياسة العامة للدولة وممارسة الرقابة على السلطة التنفيذية على النحو الذي تنظمه أحكام المادة ٨٦ من الدستور".

ومما يؤكد هذه البدهة الدستورية أن قوانين بعض الجهات تشترط فيمن يعين فيها أو يستمر في العمل فيها ألا يكون متزوجاً من أجنبية، مثل قانون السلك الدبلوماسي والقنصلي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢، وفي المادة الخامسة التي تتضمن من بين شروط التعيين في إحدى وظائف السلك شرط عدم الزواج من غير مصري.

كما أن قانون شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٥٩، قد نص في المادة ١٠٨ منه على عدم جواز زواج الضابط من أجنبية.

فإذا كانت هذه الجهات تحظر أن ينتمي إليها أو يستمر في الانتماء إليها من يكون نصفه مصرياً ونصفه الآخر أجنبياً بالزواج من أجنبية، فإنه يتعين أن يمتد هذا الحكم إلى من كان نصفه مصرياً والنصف الآخر أجنبياً بسبب التجنس ويريد أن ينتسب إلى هيئة نيابية، ذلك أنه إذا كان العمل في السلك الدبلوماسي والقوات

المسلحة أمراً شديداً الحساسية بحيث يحظر على من يتزوج أجنبية ممارسته، فإن مهام عضو الهيئة النيابة لا تقل حساسية، وبالتالي يتعين القول كذلك بحظر الترشيح لعضوية مجلس الشعب على من يجمع مع جنسيته المصرية جنسية أجنبية". هذا إلى جانب متطلبات العمل في أجهزة الأمن القومي التي تستلزم اشتراطات خاصة فيمن يشرف بالانتماء إليها، منها وأولها الولاء الخالص لمصر بلا منازعة أو منافسة أو شراكة.

بالإضافة إلى ما تقدم فإن "المادة ٩٠ من الدستور تحتم أن يقسم عضو مجلس الشعب أمام المجلس قبل أن يباشر عمله قسماً قوامه أن يحافظ العضو مخلصاً على سلامة الوطن وأن يراعى مصالح الشعب، مما لا يتصور معه، في الاستخلاص المنطقي، أن يكون الولاء للوطن شراكة مع وطن غيره أو لشعب خلاف شعب مصر، وإذا كانت التشريعات المنظمة لأحكام الجنسية تجيز، في الحدود وبالشروط التي تقرها، اكتساب المصري جنسية أجنبية مع احتفاظه بالجنسية المصرية، إلا أن هذا الجواز لا يمكن أن يصلح سناً أو يقوم أساساً لخلخلة مفاد أحكام الدستور التي لا يمكن حملها، لا تفسيراً ولا تأويلاً، على أنها تجيز أن ينوب عن الشعب ويعبر عن إرادته وينطق بنيضه ويحس بالأمه ويلتحم مع أماله، إلا من كان مصرياً خالص المصرية، فلا تشارك هذه الرابطة المقدسة رابطة معها، فكل ذلك يتعارض ويتصادم مع صريح عبارة القسم المنصوص عليه بالمادة (٩٠) من الدستور المشار إليها، فلا يستقيم للمواطن من وطنين في قلبه يستويان لديه. فالجنسية المصرية المتطلبية شرطاً للترشيح لعضوية مجلس الشعب لا تحتمل شراكة مع غيرها ولا تقبل معها في القلب والنفس مزاحماً ولا منافساً ولا شريكاً (حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ علياً في ٢٧/١٠/٢٠٠٠) فالقسم يجب أن يفهم على حقيقته، فهو ليس طقساً من الطقوس، فارغ المضمون، وإنما هو بحق عميق الدلالة ويرثب بذاته التزامات ويفترض توافر شروط موضوعية فيمن يكون له حق عضوية مجلس الشعب؛ أولها وأهمها تفرد الولاء لمصر، الأمر الذي يزعزع منه توافر جنسية أخرى للفرد، إذ، على نحو ما سبق البيان، أن الجنسية رابطة ولاء وواجب حماية من قبل الدولة المنتمي إليها الشخص بجنسيته، ومن بديهيات أصول التفسير أن يكون للألفاظ معنى، ولا معنى لعبارة القسم المشار إليه إلا معنى واحد لا يحتمل غيره وهو خالص الولاء للوطن، ولا يكون الولاء خالصاً إلا إذا كان متفرداً.

وإن هذه المحكمة ترى لزماً عليها، وهي تنزل حكم الدستور، التأكيد على أن بيان الحكم الدستوري المستمد من عبارات القسم الذي على عضو مجلس الشعب أن يقسمه قبل تولى شئون العضوية، إنما هو استخلاص موضوعي مجرد يأبى على التخصيص بالنسبة لما يقوم من حالات في التطبيق، وهو بعد الولاء بالمعنى القانوني المستمد، على ما سبق البيان، من التكييف القانوني لرابطة الجنسية. ومفاد ذلك، أن هذه المحكمة لا تتعرض، ولا شأن لها في ذلك، للولاء الفعلي لما يعرض أمامها من حالات لأن الأمر لا يتعلق بإثبات الولاء الفعلي في كل حالة على حدة، وإنما الأمر مرده إلى حكم موضوعي قائم من مفاد أحكام الدستور يجد له سنداً من التكييف القانوني المجرد لرابطة الجنسية، فالجنسية الأجنبية تفترض، قانوناً، ولاءً وانتماءً هو الذي ينتج تصادماً مع متطلبات الحكم الدستوري، دون إمكان التحدي في كل حالة على حدة بقيام الدلائل التي تفيد غير ذلك أي أنه ليس ثمة ولاء أصلاً لتلك الجنسية الأجنبية، إذ الأمر، على ما سلف، يتصل بالتكييف القانوني لرابطة الجنسية. وهذا التكييف القانوني المجرد يأبى على التخصيص".

فالجنسية المصرية المنفردة، هي شرط لا بد من توافره في عضو مجلس الشعب، وهذا الاشتراط لا يمثل إخلالاً بقاعدة المساواة المقررة للمصريين جميعاً وفق المادة ٤٠ من الدستور، وذلك لاختلاف المراكز القانونية وعدم تطابقها، فالمرکز القانوني للمصري الذي يرتبط في ذات الوقت، بجنسية دولة أخرى لا يتمثل في الواقع القانوني المجرد، مع غيره ممن يتفردون بجنسية مصر.

فعضوية المجلس النيابي الذي يمثل شعباً بأسره، تستلزم عدم قيام شبهة تعارض في المصالح في حق الوكيل أو النائب. وعلى ذلك فإن الشرط الدستوري المستفاد صراحة من حكم المادة (٩٠) من الدستور الخاصة بالقسم، لا يمكن أن يكون متعارضاً أو متصادماً مع حكم المادة (٤٠) من ذات الدستور، التي تنص على القاعدة العامة في المساواة بين المواطنين.

وإذا كانت المادة التاسعة من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ تخول للأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية حق الترشيح للهيئات النيابية بعد عشر سنوات من اكتساب الجنسية، وأن مكتسب الجنسية المصرية بذلك يكون أفضل حالاً وأعمق ولاء من المصري صاحب الجنسية الأصلية الذي يؤذن له بحمل جنسية أجنبية، ذلك أن نص المادة التاسعة هذه يواجه مصرياً ولو بالتجنس

لكنه غير مزدوج الجنسية، هذا فضلاً عن أن المتجنس ليس من حقه الترشيح لعضوية مجلس الشعب لأنه لم يولد لأب مصري وفقاً لما اشترطته المادة الخامسة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب.

وإذا كان قانون الهجرة المصري رقم ١١١ لسنة ١٩٨٣ ينص في مادته الأولى على أنه لا يترتب على هجرة المصريين الدائمة أو الموقوتة والذين يحتفظون بجنسيتهم المصرية، الإخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين، طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية، فإنه من البدهة أن هذا النص "يخول المصري المقيم في الخارج ويحتفظ بجنسيتهم المصرية، التمتع بالحقوق الدستورية والقانونية التي لا تتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة أو أمن الدولة. إذ أن هذه الحقوق تختلف باختلاف وضع المصري في الخارج، أي بحسب ما إذا كان محتفظاً بالجنسية المصرية وحدها أو أضاف إليها جنسية أجنبية. ففي الحالة الأولى يتمتع المصري بكافة الحقوق الدستورية والقانونية التي يتمتع بها المواطن المصري صاحب الجنسية المصرية فقط. وفي الحالة الثانية يتمتع بالحقوق الدستورية والقانونية المقررة للمواطن المصري فيما عدا تلك التي يقتضي الصالح العام أو أمن الدولة عدم تمتعه بها، كالتجنيد في القوات المسلحة، وشغل الوظائف السياسية في أجهزة الدولة، والترشيح لعضوية المجالس النيابية.

... لما سبق فإنه يشترط للترشيح لعضوية مجلس الشعب المصري أن يكون المرشح صاحب جنسية وحيدة هي الجنسية المصرية، بحيث إذا جمع بينها وبين جنسية أجنبية، فقد الحق في الترشيح، وهذا الشرط ليس فقط شرطاً للانتساب إلى مجلس الشعب، وإنما هو شرط صلاحية للاستمرار في عضوية هذا المجلس، مما يتعين معه أن يصاحبه طيلة فترة عضويته".

وبعد هذا الحكم تعددت الطعون لهذا السبب في دوائر أخرى، في محافظات أخرى، مثل دائرة الظاهر ومدينة نصر في محافظة القاهرة وفي محافظة الجيزة. حتى وصلت إلى ست حالات وصلت إلى القضاء عن طريق الطعن، وذلك على مستوى كل الدوائر في انتخابات عام ٢٠٠٠، ويمكن أن تكون هناك حالات أخرى لم تعرف وفي هذه الدوائر سار القضاء الإداري على النهج الذي سارت عليه المحكمة الإدارية العليا، بقبول الطعون في قرارات قبول الترشيح، بالنسبة،

للمرشحين الذين يحملون جنسية أو جنسيات أخرى إلى جانب الجنسية المصرية^(٣٤).

وقد التجأ المرشحون الذين يحملون جنسية أخرى، إلى وسيلة الإشكال في أحكام القضاء الإداري الصادرة في الشق المستعجل في هذا الخصوص، حتى يتمكنوا من خوض المعركة الانتخابية لحين الفصل في الدعوى الموضوعية.

وقد كان أشهر هذه الحالات فيما يتعلق بالطعون في قرارات قبول ترشيح المرشحين مزدوجي الجنسية، ما تم في دائرة الظاهر في محافظة القاهرة، حيث طعن أحد المرشحين^(٣٥) في قرار قبول أوراق ترشيح منافسه^(٣٦) على مقعد الفئات. عن هذه الدائرة لأنه مزدوج الجنسية^(٣٧) مطالباً في الشق المستعجل وقف تنفيذ قرار قبول ترشيح منافسه، لمنعه من خوض الانتخابات التي كانت عملية التصويت فيها وشيكة الحدوث.

وبالفعل قبل الطعن وصدر حكم بوقف تنفيذ القرار، فقام المرشح المنافس بتقديم إشكالاً في الحكم أمام القضاء الإداري، ورُفض الإشكال، فلجأ محاموه إلى حيله، وهي تقديم إشكال آخر أمام القضاء العادي قبل عملية الاقتراع بيومين، فقبل القضاء هذا الإشكال، رغم مخالفته للقواعد المستقرة في هذا الشأن، وهو إن الاختصاص بنظر إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء الإداري يكون للقضاء الإداري ذاته^(٣٨). وقد قبلت المحكمة الإشكال واستطاع هذا المرشح من خوض الانتخابات، بل والفوز بها، وأصبح عضواً في مجلس الشعب، ثم انتظر

(٣٤) أنظر على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ٢٧ نوفمبر ٢٠٠٠، في الطعن رقم ١٢٩٥ لسنة ٣٧ قضائية عليا. وحكمها الصادر بتاريخ ٦ نوفمبر ٢٠٠٠، في الطعن رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٠ لسنة ٤٧ قضائية عليا.

(٣٥) وهو د. عبد الأحد جمال الدين، الذي كان عضواً في مجلس الشعب عن هذه الدائرة في فصول سابقة.

(٣٦) وهو رجل الأعمال رامي لكح.

(٣٧) حيث أنه يحمل الجنسية الفرنسية إلى جانب الجنسية المصرية.

(٣٨) أنظر في ذلك د. جورجى شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة لأحدث النظريات

والمبادئ في قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٠، ص

صدور حكم القضاء الإداري في الدعوى الموضوعية ليقول كلمته النهائية فيها⁽³⁹⁾.

(39) ولم يستسلم خصم هذا المرشح، فقد أقام دعوى أخرى أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة مطالباً بالحكم بإلزام وزير الداخلية بتحديد موعد لإجراء الانتخابات في دائرة الظاهر والأزكية على مقعد الفئات بين جميع المرشحين عدا رجل الأعمال رامي لكح، الحاصل على جنسية مزدوجة.

ورغم إن نتيجة الانتخابات كانت قد أعلنت، وقام المرشح الذي أعلن فوزه وهو رامي لكح بطفت اليمين الدستورية، واكتسب صفة العضوية بمجلس الشعب، إلا أن محكمة القضاء الإداري، أصدرت حكمها بتاريخ ٧ مايو ٢٠٠١ بإلزام وزير الداخلية بتحديد موعد لإجراء الانتخابات في هذه الدائرة مع استبعاد ترشيح رامي لكح لازدواج جنسيته. وأكدت المحكمة في حيثيات حكمها بعدم اختصاص مجلس الشعب في تنفيذ الحكم بعدم اكتساب رامي لكح لعضوية المجلس، موضحة أنها سبق وأن قضت في حكم موضوعي بإلغاء قرار وزير الداخلية فيما تضمنه من فوز لكح بمقعد الفئات وعدم اكتسابه العضوية، وانعدام واقعة حلفه لليمين الدستورية. ويحدد بين أعضاء المجلس، لثبوت تمتعه بالجنسية الفرنسية، وإعادة الانتخابات مجدداً بين سائر المرشحين عدا رامي لكح. وفي الأسبوع التالي لصدور هذا الحكم أكتفت المحكمة الإدارية العليا على ضرورة احترام أحكام القضاء الإداري وتنفيذها.

ورغم أننا نؤيد بشدة ضرورة احترام أحكام القضاء متى صارت نهائية وياتيه وحازت لقوة الشيء المقضي، وأصبحت بالتالي واجبة النفاذ والتنفيذ، ورغم أننا لا نؤيد اللجوء إلى وسيلة الإشكال في تنفيذ أحكام القضاء الإداري أمام المحاكم العادية كسباً للوقت، حتى تتم الانتخابات، ويفوز المرشح ويكتسب صفة العضوية ويدخل في متاهة التي لجأ إليها عدد غير قليل من - أو بمعنى أدق اللعبة - وغموض وليس المادة ٩٣ من الدستور، وهي الوسيلة المرشحين ليس فقط في انتخابات مجلس الشعب مثل السيد سيد مشعل وزير الإنتاج الحربي، بل وأيضاً في انتخابات مجلس الشورى مثل السيد أحمد العماري وزير القوى العاملة والهجرة، والذي كانت بمحكمة القضاء الإداري - قد أصدرت حكماً بتاريخ ١٥ مايو ٢٠٠١ باستبعاده من الترشيح لعضوية مجلس الشورى عن دائرة الزيتون الوايلي، لمقعد العمال، فقام باستخدام وسيلة الإشكال في هذا الحكم أمام - الشراية - الزاوية الحمراء - الحدائق محكمة الأمور - المستعجلة بالقاهرة فحددت جلسة ٢٣ يونيو ٢٠٠١ لنظره، أي بعد انتهاء الانتخابات. وبتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠١، أصدرت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة حكماً بإلزام وزارة الداخلية بتنفيذ أحكام الصادر باستبعاد أحمد العماري من الترشيح، وأكدت أن أحكام القضاء الإداري واجبة التنفيذ فور صدورها، ولا يوقف تنفيذها إلا بصدور قرار من دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا. فيجب على الإدارة أن تبادر بتنفيذ الأحكام احتراماً لحجتها، وحتى تتداخل اختصاصات سلطات الدولة.

رغم كل ذلك، ورغم أن مشكلة ضرورة احترام سلطات الدولة المختلفة لأحكام القضاء الواجبة النفاذ، أصبحت بحث خلاله أوضاع الصحافة - بتار بشكل عام، حتى أن مجلس نقابة الصحفيين أصدر بياناً عاب اجتماع له واستكر فيه استمرار وقف جريدة "الشعب" على الرغم من صدور ١١ حكماً قضائياً نهائياً ببطلاق قرار - المصرية مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الأيبكترية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

المطلب الثاني

اختلاف الرأي حول تعدد جنسية المرشح

انقسمت الآراء حول هذا الموضوع، ووجول الأحكام التي صدرت من القضاء الإداري في هذا الشأن.

ويمكننا أن نميز بين فريقين: فريق يؤيد اتجاه القضاء، وفريق يعارض هذا الاتجاه.

الفريق الأول: المعارض لحق مزدوج الجنسية في الترشح للمجالس النيابية:

الوقف، وتأكيد حقها في الصدور، وقد أكد البيان على أن استمرار موقف التهرب من تنفيذ أحكام القضاء يعد إساءة بالغة إلى النظام السياسي في مصر، ويلقى ظلماً من الشك حول مدى التزام الدولة بالخضوع للقانون (أنظر جريدة الأهرام العدد الصادر يوم الجمعة ٢٥ مايو ٢٠٠١ الصفحة الأولى والصفحة التاسعة). رغم ذلك، فإن لنا أن نبدي ملاحظتين على حكم محكمة القضاء الإداري في قضية رامي لكح، وقضية أحمد العماري:

١- إنه من المبادئ المسلم بها في القانون الإداري، أن القاضي لا يستطيع أن يصدر أمراً إلى الإدارة أو يلزمها بالقيام بعمل معين، إلا إذا وصل تصرف الإدارة إلى حد ارتكاب عمل من أعمال التعدي أو الغصب *La voie de fait*.

٢- ليس صحيحاً أن مجلس الشعب غير مختص بتنفيذ الحكم بعدم اكتساب أحد الأعضاء لعضوية المجلس، كما جاء في حيثيات حكمها في قضية لكح، ذلك أن تنفيذ الأحكام هي من اختصاص جميع سلطات وأجهزة وهيئات وإدارات الدولة، كل فيما يخصه. وبالنسبة لقضية لكح، فقد تم انتخابه بالفعل ودخل مجلس الشعب وأصبح عضواً من = أعضائه، وبالتالي فإن أي أحكام أو قرارات تتعلق به من هذا الجانب، فإن مجلس الشعب هو المختص بالنظر في تنفيذها.

وبالنسبة لإلزام وزير الداخلية بتحديد موعد لإجراء الانتخابات في دائرة هذا العضو على مقعد الفئات بين جميع المرشحين عدا لكح، فإن الحكم في هذه الجزئية يثير الدهشة، لأن تنفيذه لا يدخل في اختصاص وزير الداخلية، وإنما هو من صميم اختصاص مجلس الشعب، حيث إن وزير الداخلية لا يملك إصدار قرار بتحديد موعد لإجراء الانتخابات في إحدى الدوائر، إلا إذا أعلن مجلس الشعب خلو هذه الدائرة، والمجلس لا يقوم بمثل هذا الإعلان إلا في حالة وفاة العضو أو إسقاط العضوية عنه أو استقالته من المجلس، وهو ما لم يحدث في قضية رامي لكح حيث مازال يشغل مقعد الفئات في المجلس عن هذه الدائرة، فكيف يتسنى لوزير الداخلية أن يحدد موعداً لإجراء الانتخابات عن هذا المقعد رغم عدم إعلان المجلس عن خلو.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

انصاراً هذا الفريق يرون أن ازدواج أو تعدد الجنسية يحول دون ممارسة مزدوج أو متعدد الجنسية حقه في الترشيح للمجالس النيابية، وبالتالي فيعتبر ازدواج أو التعدد - في نظرهم - مانعاً من مباشرة هذا الحق (٤٠).

والحجة الأساسية لهذا الرأي هي أن الولاء أو الانتماء يكون في هذه الحالة مزدوجاً أو موزعاً وغير مركز في بلد واحد، وقد تتعارض أو تتناقض أو تصطبغ مصالح الدول التي يحمل الفرد جنسياتها، فيثور الشك حول تحديد الدول التي ينتمي إليها أكثر، والتي يدين بالولاء لها أكثر، وبالتالي سوف يدافع عن مصالحها في مواجهة الدول الأخرى التي يحمل جنسياتها أيضاً.

ونظراً لحساسية وضع أعضاء المجالس النيابية، الذين يمثلون ويعبرون ويدافعون في المقام الأول عن المصالح العليا للشعب الذي يمثلونه، والدولة التي تعتبر هذه المجالس النيابية مؤسسات دستورية رئيسية فيها، فإنه من غير الملائم أو المناسب، بل وقد يتعارض مع ذلك أن يكون من بين أعضاء هذه المؤسسات الهامة والحساسة والخطيرة، من هم يحملون جنسية دولة أو دول أخرى .

لأن "جواز السفر أو الجنسية التي تمنحها دولة ما لمواطن دولة أخرى ليست وثيقة شرفية أو شهادة تكريم، وإنما هي عقد موثق تلتزم فيه الدولة المانحة عن طريق حكومتها أو سفاراتها برعاية وحماية هذا المواطن أينما كان كسائر رعاياها في مقابل أن يضع هذا المواطن المصالح العليا لهذه الدولة دائماً نصب عينيه، وألا يدخر وسعاً في خدمتها حيثما كان، ونحن نعرف مثلاً أن المتجنسين بالجنسية الأمريكية من مواطني الدول الأخرى عليهم قبل الحصول على الجنسية الأمريكية أن يقسموا قسم الولاء للوطن وللعلم وللدستور الأمريكي. هذا بالضبط ما فطنت إليه المحكمة الإدارية العليا، فهي لم تشكك في ولاء أي مصري لبلاده، وما كان لها أن تفعل، وإنما حرصت على ألا تتشارك هذا الولاء دولة أخرى عند من يتولى منصباً تشرعياً خطيراً كعضو مجلس الشعب، لأن الله لم يجعل لرجل من قلوبين في جوفه، نفس الشيء أدركه المشرع قبل ذلك حين ألقى المصريين الأجانب من التجنيد وشرف أداء الخدمة العسكرية ومنعهم من الالتحاق بالكليات العسكرية، فلماذا لم نسمع طيلة السنوات السابقة صيحة واحد منهم يطالب بحقه

(٤٠) انظر مثلاً د. جميل عبد الباقي الصغير، جريدة الأهرام، العدد الصادر يوم السبت ١٧ مارس ٢٠٠١،

صفحة قضايا وآراء، باب مناقرة تعقيبات على مناقرة ازدواج الجنسية، ص ١٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وحق أولاده في التجنيد، ويرفض مبدأ التشكيك والطمع في ولائه وانتمائه لمصر" (٤١).

الفريق الثاني: المؤيد لحق مزدوج الجنسية في الترشح للمجالس النيابية:
أنصار هذا الفريق يمثلون الأغلبية. وهم لا يشاطرون الفريق الأول في الرأي، بل ويختلفون معهم اختلافاً كلياً وجزئياً.

فوفقاً لوجهة نظرهم، إن ازواج أو تعدد الجنسية لا يحول دون ممارسة من تتوافر فيه هذه الحالة حقوقه وحرياته العامة والسياسية ومنها حق الترشح للمجالس النيابية (٤٢).

وتتمثل الحجة الرئيسية لأنصار هذا الفريق، في أن ازواج أو تعدد الجنسية لا يتنافى مع الولاء والانتماء للدولة، ولا يعد دليلاً على عدم الولاء والانتماء (٤٣).

فالولاء والانتماء شعور داخلي، وأمر غير ظاهر، ولكنه يظهر بسلوك وفعل. وعدم الولاء وعدم الانتماء هما أيضاً شعور داخلي وأمور غير ظاهرة.

(٤١) د. يحيى نور الدين طراف، جريدة الأهرام، الصادرة يوم الأربعاء ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٠، باب بريد الأهرام، ص ١١.

(٤٢) أنظر مثلاً د. أحمد فتحي سرور، جريدة الأخبار، الصادرة يوم الثلاثاء الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠١، الصفحة الأولى، وأنظر د. حسام لطفى، مدى إحقية المواطن المصري في الترشح في أي دائرة انتخابية ولو كان مزدوج الجنسية، مقال منشور في جريدة أخبار اليوم، العدد الصادر يوم السبت الموافق ١٧ مارس عام ٢٠٠١، صفحة قضايا وآراء، ص ٨. وقد أشار في هذا المقال إلى أن د. فؤاد عبد المتعم رياض يؤيد وجهة النظر هذه. وخلال حضور د. أحمد فتحي سرور اجتماع مجلس جامعة القاهرة، المنعقد بتاريخ ٣١ مايو ٢٠٠١ أكد أنه لا يوجد نص في الدستور أو القانون يمنع مزدوجي الجنسية من الترشح لمجلس الشعب، وأن القانون يحافظ على حقوق المواطنين المهاجرين، وإن ما جاء به مجلس الدولة من مبدأ المنع لم تصل الإدارية العليا لحكم فيه. ولا يجوز لمجلس الشعب إصدار قانون لتوجيه الحكم بطريقة معينة، لأن السلطة القضائية لم تحسم الموضوع بعد، وأن المجلس يحترم وجهة نظر القانون ويحترم الدستور. أنظر جريدة الأهرام، العدد الصادر يوم الجمعة، الموافق أول يونيو ٢٠٠١، ص ٨.

(٤٣) د. مرسى سعد الدين، جريدة الأهرام، العدد الصادر يوم السبت الموافق ١٧ مارس ٢٠٠١، صفحة قضايا وآراء، باب مناظرة، تعقيبات على مناظرة ازواج الجنسية، ص ١٢.

والمشاعر الداخلية والأمور غير الظاهرة التي لا تظهر في شكل سلوك فعل، لا حساب عليها، ولا يمكن أن يؤخذ الفرد عليها أو يؤخذ بحريتها، طالما كانت كامنة داخلية، لم يعبر عنها بسلوك خارجي، ولم يظهر بفعل في الوا الملموس والمحسوس والمرئي والمسموع.

والولاء والانتماء هما من الأمور الشخصية والذاتية، والتي تختلف من شخص إلى آخر، فقد يتوافران عند شخص ما ولا يتوافران عن شخص آخر. قد يتوافران عند شخص يحمل جنسية دولة أخرى، وقد لا يتوافران عند شخص آخر لا يحمل إلا جنسية دولة واحدة. والمثال الواضح على ذلك حالة الجواسير من أبناء الدولة، فمن يقبل التجسس على أسرار بلده ونقلها إلى دولة أخرى، لأز سبب من الأسباب، إنما هو فرد يعدم لديه الشعور بالولاء والانتماء لبلده التي يحمل جنسيتها ولا يحمل إلى جانبها جنسية دولة أخرى.

فليس هناك إذا ارتباط شرطي بين الشعور بالولاء والانتماء للدولة وبين وحدانية أو ازدواج أو تعدد الجنسية.

فالمسألة تتوقف على الشخص ذاته، وطبيعته وطبعه، وتربيته وتثنته، ومدى إخلاصه لبلده، أو استعداده لخيانته، وتفضيل مصلحة دولة أخرى، سواء كان يحمل جنسية هذه الدولة الأخرى أم لا.

وهذه المسألة تختلف من شخص إلى آخر، ويؤخذ فيها معيار شخصي subjective، توزن به سلوكيات وأفعال كل شخص على حدة، ولا يؤخذ فيها بمعيار موضوعي objective يطبق على الجميع.

ولا يجوز أخذ الناس بالشبهات، ولا يجوز حرمان فرد من ممارسة حقه من حقوقه لمجرد الاشتباه في ولاءه أو انتمائه، ولا يجوز الافتراض أن الولاء المزدوج أو الانتماء المزدوج لدى مزدوجي الجنسية، ينطوي - في مجال العمل السياسي - على احتمال الأضرار ببلدهم، وهو أمر لا يقره شرع أو قانون.

لا يجوز كل ذلك لأن افتراض احتمال الأضرار أو افتراض الانتقاص من مقومات الجنسية المصرية لهؤلاء، إنما يقوم على مجرد الحدس والتخمين ويفتقر إلى الدليل واليقين. ولا يجوز أخذ الناس بالشبهات خاصة بعد أن قضت المحكمة

الدستورية العليا - في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣، في القضية رقم ٣/١ - بعدم دستورية المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٩ بشأن المشتبه فيهم ويسقوط المواد المرتبطة بها^(٤٤).

(٤٤) أنظر د. سعد واصف، الجنسية المزدوجة وصحة عضوية مجلس الشعب، جريدة الأهرام، الصادرة يوم

الجمعة الموافق ٢٢ ديسمبر ٢٠٠٠، باب مع القانون، ص ٢٥، وجريدة الأخبار، الصادرة يوم الأحد الموافق

٢٤ ديسمبر ٢٠٠٠، صفحة الرأي للشعب، الصفحة الثامنة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

المطلب الثالث

رأينا في تعدد جنسية المرشح

إن كان لنا أو علينا أن ندلى بـدلونا ونبدي رأينا في هذا الموضوع، وإذا ند جانباً العواطف وابتعدنا عن الانفعالات، وأردنا أن نكون رأياً يستند إلى حد وأسانيد وأسس قانونية ومنطقية، فليس أمامنا - في نظرنا - إلا أن ننضم إلى أنصار الفريق الثاني، الذي يرى أن ازدواج أو تعدد الجنسية، لا يعتبر مانعاً حائلاً دون ممارسة الحقوق السياسية، ومنها حق الترشح.

ونقيم موقفنا هذا على ما يلي:

أولاً: الرد على حجج وأسانيد الفريق الأول:

١- إن جل - إن لم يكن كل - الحجج والأسانيد التي ارتكن إليها الفريق الأول هي حجج عاطفية في المقام الأول، قبل أن تكون حججاً قانونية أو علمية أ حتى منطقية. وكلها تدور حول مسألة (تعدد الولاء)، مهما اختلفت الألفاظ المستخدمة للتعبير عن ذات المعنى والمفهوم والجوهر، فتارة يستخدمون لفظ ازدواجية الولاء، وتارة يستعملون لفظ الشرك في الولاء، وتارة يتحدثون عن انشطار الولاء، وتارة يتكلمون عن انقسام الولاء، وتارة يكتبون عن عدم منازعة الولاء لدى الفرد بين مصر ووطن آخر^(٤٥)، أو تفرد الولاء .. إلى آخره من الكلمات والألفاظ التي تعبر عن ذات المعنى.

(٤٥) أنظر في هذه الجزئية، فهمى هويدي، مقال بعنوان لا يجتمع وطنان في قلب واحد، جريدة الأهرام، الثلاثاء ١٦ يناير ٢٠٠١، ص ١١، ونرد على هذا العنوان بقولنا، نعم لا يجتمع وطنان في قلب واحد، فبالنسبة لكل مصري، ليس في قلبه إلا وطن واحد هو مصر، حتى ولو اكتسب جنسية مائة دولة أخرى، فتظل كل هذه الدول، مجرد - حول قد تستطيع أن تداعب عقله بتقدمها أو تطورها، أما الوطن الذي يسكن قلبه هو مصر وحدها لا شريك لها في قلبه، مهما رأى وعاش وسافر وجرب وجاب بلاد العالم كله.

فليس في قلب المصري إلا وطن واحد، مهما تعددت الدول التي زارها أو عرفها أو هاجر إليها أو أعجب بنظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، أو عمل بها أو كوّن ثروة فيها، أو حتى اكتسب جنسيتها. فالوطن بالنسبة له يعنى بلد واحد هو مصر، ومصر فقط، ولفظ الوطن بالنسبة له مصر.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وفي حقيقة الأمر فإن الولاء والانتماء مشاعر تتعلق بدواخل الإنسان وقيمه وأخلاقياته، وفيهما من السياسة أكثر من تعلقهما بالقانون، وأكثر مما فيهما من معان ومضامين قانونية.

٢ - بالنسبة لإعفاء المصري المقيم في دولة أجنبية والذي اكتسب جنسيتها، من أداء الخدمة العسكرية لمصر. إن هذا الإعفاء له مميزات كثيرة، منها أن الجندي قد يطلع على أسرار عسكرية هامة وخطيرة، بالإضافة إلى رغبة المشرع المصري في التخفيف على المصريين من عدم أداء الخدمة العسكرية مرتين، مرة في الدولة التي يحمل جنسيتها، ومرة في مصر^(٤٦)، ولذلك فالمصري الذي يفقد الجنسية الأجنبية التي كان قد اكتسبها يمكن أن يؤدي الخدمة العسكرية في مصر، إذا لم يكن قد أداها في الدولة الأخرى، وكان مازال في سن التجنيد وتنطبق عليه شروط التجنيد وفقاً للقانون المصري.

وهذه المبررات غير متوافرة بالنسبة للتشريع لمجلس الشعب رغم أهمية الاختصاصات المنوطة به، من تشريع ورقابة وإقرار للميزانية والخطة العامة؛ أولاً لأنه لو فرض وأن وجد من بين أعضاء مجلس الشعب من يحمل جنسية

(٤٦) راجع المادة الأولى من قانون الخدمة الوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠. ثالثاً. وليس أدل على ذلك مما ذكره د. مصطفى الفقى في برنامج دائرة الحوار، في الحلقة التي أذيعت على القناة الأولى في التلفزيون المصري، يوم الثلاثاء الموافق ١٣ فبراير ٢٠٠١، الساعة العاشرة مساءً، فقد ذكر أنه عندما كان سفيراً لمصر لدى دولة النمسا، كان بعض المصريين يحتاجون للحصول على الجنسية النمساوية، ولما كان قانون الجنسية يشترط لذلك التنازل عن الجنسية الأخرى لعدم الأزدواج، كان هؤلاء المصريون يأتون إلى السفارة، ويقدمون بطلبات للتنازل عن جنسيتهم المصرية، وكانت السفارة تقبل طلباتهم بعد الرجوع إلى وزارة الداخلية، صاحبة الاختصاص بذلك وفقاً لقانون الجنسية، وذلك مراعاة لمصلحة هؤلاء المصريين، وبعد حصولهم على الجنسية النمساوية كانوا يأتون من الأبواب الخلفية، ويطلبون استرداد جنسيتهم المصرية، وكانت السفارة تستجيب لطلبهم، بل وفي المناسبات التي كانت مصر تحتاج لأبنائها في الخارج، كانوا يأتون ويشاركون في هذه المناسبات، بل وأيضاً في جمع التبرعات إذا احتاج الأمر إلى ذلك. فهؤلاء لا تنقطع صلحتهم بالوطن الأصل والوطن الأم. وكذلك ليس أدل على ذلك من حرص من يحصل على جنسية أخرى مع احتفاظه بجنسيته على الارتباط بمصر، ويبدو ذلك واضحاً من خلال تحويلات المصريين بالخارج وحرصهم على تعليم أولادهم اللغة العربية، وتربيتهم وتنشئتهم تربية وتنشئة مصر، وزيارة مصر كلما سنحت لهم الفرصة لذلك.

أخرى، فكم عددهم، وهل هم وحدهم الذين يقومون وحدهم ومنفردون باختصاصات المجلس. وثانياً أنه طالما لم يرتكب ما يمس ولاءه فلا نسبة لغيره. افتراض خيانتة.

ثم إن الوضع بالنسبة للخدمة العسكرية مقرر بنصوص، والوضع غير ذلك بالنسبة للترشح لمجلس الشعب، بل إن الحرمان منه دون مقتضى قانوني، يعتبر حرماناً من أحد الحقوق الأساسية التي نص عليها الدستور، مما يمثل مخالفاً صريحة وصارخة لأحكامه، ولا يجوز القياس هنا على الدبلوماسيين أو العسكريين، كما لا يجوز التفسير الواسع للحرمان من حق مقرر بالدستور.

٣ - بالنسبة لعدم الزواج من أجنبية لأعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي، وضباط القوات المسلحة، فيرد على هذه الحجج بذات الحجج التي سقناها بالنسبة للحجة السابقة. وبالنسبة لأعضاء مجلس الدولة فقد حكم بعدم دستورية الشرط رقم ٦ من المادة ١٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وهو الشرط الخاص بعدم الزواج بأجنبية، لأنه يعتبر تدخلاً في الحياة الشخصية، وانتقاصاً من الحقوق الفردية.

٤ - بالنسبة للقسم المنصوص عليه في المادة ٩٠ من الدستور. والذي يؤديه عضو مجلس الشعب، بأن يحافظ مخلصاً على سلامة الوطن وأن يرعى مصالح الشعب، وهو ما لا يتصور معه - وفقاً لهذه الحجة - أن يكون الولاء للوطن مشاركة أو مشاطرة أو مقاسمة مع وطن غيره أو شعب خلاف شعب مصر.

وكما هو واضح، فإن هذه الحجة تتعلق - هي أيضاً - بمسألة الولاء، ولورد عليها نقول إن الولاء والانتماء وعدمهما هما شعور داخلي. وإن كان وجود الولاء والانتماء مفترض عند كل مصري، فإن عدمهما لا يمكن افتراضه، وإنما يتعين أن تقوم أدلة قوية عليه. ومجرد حمل جنسية دولة أخرى، ليس دليلاً على عدم الولاء، ولا يتعارض مع القسم الذي نص عليه الدستور بالنسبة لعضو مجلس الشعب. وبالتالي لا يحول دون ممارسة الحق الدستوري للمصري في الترشح لعضوية هذا المجلس.

ثانياً: الأسانيد والقانونية والعلمية والمنطقية لرأينا:

أ - الأسانيد التشريعية:

١- قانون مباشرة الحقوق السياسية:

إن قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦، حدد في المادة الثانية منه^(٤٧)، في سبع بنود منه المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية، وليس من بينهم من يحمل جنسية دولة أخرى، أي مزدوجو أو متعدّدو الجنسية.

٢- قانون مجلس الشعب:

إن قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢^(٤٨)، قد حدد في المادة الخامسة منه، ستة شروط للترشح لعضوية مجلس الشعب، ليس من بينها شرط أن يكون حاملاً للجنسية المصرية وحدها، أو ألا يكون حاملاً لجنسية دولة أخرى، أو ألا يكون مزدوج أو متعدّد الجنسية.

والشرط الوحيد المتعلق بالجنسية هو الشرط رقم (١) والذي يقتضي أن يكون المرشح مصري الجنسية، من أب مصري.

٣- قانون الجنسية:

- إن قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥، لم يفرق بين المصري أحادي الجنسية والمصري مزدوج أو متعدّد الجنسية.

- إن المادة العاشرة من هذا القانون تقتضي من المصري الذي يريد التجنس بجنسية أجنبية، الحصول على إذن بذلك، وهذا الإذن يصدر من وزير الداخلية.

فإذا حصل على هذا الإذن، فإن معنى ذلك أن السلطات المختصة لا ترى في حصول هذا المصري على مثل هذه الجنسية، أي مساس بولائه وانتمائه لوطنه الأصلي مصر، ولا يحول حصوله على هذه الجنسية الأخرى دون تمتعه بحقوقه العامة ومنها الحقوق السياسية، خاصة حق الانتخاب وحق الترشيح.

(47) المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٢ المنشور بالجريدة الرسمية، في العدد رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٢، الصادر

بتاريخ ١٧ أغسطس ١٩٧٢.

(48) المعدل بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وحتى إذا لم يحصل على الإذن المنصوص عليه، فيظن - رغم ذلك -
معتبراً مصرياً من جميع الوجوه وفي جميع الأحوال ما لم يقرر مجلس الوزراء
بقرار مسبب، إسقاط الجنسية المصرية عنه (م ١/١٦).

- هناك حالات يجد المصري فيها نفسه حاصلاً على جنسية دولة أخرى رغماً
عنه ودون أن يطلبها. ومثال ذلك الطفل الذي يولد لوالدين مصريين في إحدى
الدول التي تمنح جنسيتها لكل من يولد على إقليمها، أي إحدى الدول التي تأخذ
بحق الإقليم في منح جنسيتها، مثل الولايات المتحدة الأمريكية.

ومثال ذلك أيضاً المصري الذي يتزوج بأجنبية، أو المصرية التي تتزوج
بأجنبي من دولة تمنح جنسيتها للزوج أو للزوجة بمجرد الزواج، حتى دون طلبها.

- إن قانون الجنسية المصرية، يسمح بازدياد أو بتعدد الجنسية^(٤٩)، ومعنى
ذلك أن المشرع لا يرى أن ذلك يتعارض في حد ذاته مع الشعور بالولاء أو
الانتماء لمصر، وبالتالي لا يحول دون تمتع المصري مزدوج أو متعدد
الجنسية بكافة حقوقه الفردية والعامّة، المدنية منها والسياسية وبالذات حق
الانتخاب والترشح، ولو أن المشرع قد وجد تعارضاً أو تنافراً في ذلك لما
كان سمح به وأجازته.

- أشار تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب عن مشروع قانون الجنسية
المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥، وكذلك المذكرة الإيضاحية له، إلى أن
حصول بعض المصريين على جنسية دولة أجنبية، لا يقلل من ولائهم
وانتمائهم لوطنهم مصر، وقد كان الدافع الأساسي لعدد كثير منهم للحصول
على مثل هذه الجنسية، الاستفادة من التسهيلات وتوافر الإمكانيات الموجودة
في الدول الأخرى التي سعى للحصول على جنسيتها، بل إن بعض هذه الدول
قد تمنح بعضهم هذه الجنسية دون إن يطلبونها كمكافأة لتفوقهم وتميزهم

(٤٩) على خلاف قوانين الجنسية في بعض الدول الأخرى، مثل النمسا وإيطاليا وألمانيا، فقوانين هذه الدول لا

تسمح بازدياد أو تعدد الجنسية، وتقتضى ممن يريد الحصول على جنسيتها، التنازل عن الجنسية أو
الجنسيات الأخرى التي يحملها، ويقدم ما يدل على حدوث هذا التنازل، من السلطات المختصة في الدولة أو

الدول التي يحمل جنسيتها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وللاستفادة منهم، خاصة بالنسبة للعلماء والخبراء (°) الذين حصلوا على جنسيات دول أخرى - خاصة من أوروبا وأمريكا - لهذا الغرض، وهو أمر يتعين تشجيعه لا الوقوف ضده، وحرمان مثل هؤلاء المصريين من حقوقهم العامة والسياسية .

بل إن كثير من المصريين - كما يقول تقرير اللجنة التشريعية والمذكورة الإيضاحية - الذين استقروا في الخارج واكتسبوا جنسية المهجر قد حرصوا على بقاء ارتباطهم بوطنهم الأصلي كاملاً، وعلى أن يظل باب العودة مفتوحاً أمامهم، مما يعطيهم قوة نفسية كبيرة في نضالهم في المهجر. وليس أدل على ذلك من تحويلات المصريين في الخارج، وحرصهم على زيارة وطنهم الأم مصر كلما سنحت لهم الفرصة لذلك، وتربية وتنشئة أولادهم وفق العادات والتقاليد المصرية.

- إن قانون الجنسية المصرية يمنح المصري بالتجنس الحق في التمتع بالحقوق السياسية بعد انقضاء فترات معينة، خمس سنوات بالنسبة للتمتع بحق الانتخاب وعشر سنوات بالنسبة للتمتع بحق الترشيح، وذلك من تاريخ الحصول على الجنسية المصرية.

وحرمان المصري الذي يحمل الجنسية المصرية بالأصل، من التمتع بالحقوق السياسية - وبالذات حقي الانتخاب والترشح - يؤدي إلى وضع هذا المصري الأصل في مكانة أسوأ أو أقل من الأجنبي الذي يكتسب الجنسية المصرية بالتجنس لا بالأصل، لأن هذا الأجنبي المتجنس بالجنسية المصرية سيتمتع بهذه الحقوق بعد انقضاء مدد معينة، في حين أن المصري بالأصل الذي يحصل على

(50) ومن أشهر هؤلاء العلماء، عالم الكيمياء د. احمد زويل، الحاصل على جائزة نوبل في الكيمياء لعام 1999،

وهو يحمل الجنسية الأمريكية إلى جانب الجنسية المصرية، وعالم الفضاء د. فاروق الباز، صاحب الأبحاث العظيمة في مجال تخصصه، وهو يحمل الجنسية الأمريكية أيضاً إلى جانب الجنسية المصرية، وجراح القلب المشهور د. مجدى يعقوب، والذي منحته ملكة بريطانيا، لقب سير نظراً لإنجازاته الفريدة في مجال تخصصه، وهو يحمل الجنسية الإنجليزية إلى جانب الجنسية المصرية. وكذلك د. ذهني فراج، و د. سراج الدين، وغيرهم من علمائنا العالميين، وقد طرح البعض السؤال التالي بخصوصهم: هل هؤلاء ممنوعون من الترشيح لمجلس الشعب لأزواج جنسياتهم؟، عوني الحوفي جريدة الأهرام، الصادرة يوم الأربعاء الموافق ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٠، باب بريد الأهرام، ص ١١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

جنسية دولة أجنبية، ليست في حالة عداء مع مصر، سوف يحرم من هذه الحقوق بشكل مطلق.

وهو أمر لا يتفق لا مع قواعد المنطق السليم، ولا مع الوضع الطبيعي والصحيح للأشياء.

٤- قانون الهجرة:

نص قانون الهجرة رقم ١١١ لسنة ١٩٨٣ في مادته الأولى على أن يظل مزدوج الجنسية محتفظاً بكافة حقوقه السياسية والدستورية، مادام ظل محتفظاً بجنسيته المصرية.

٥- الاتفاقات الدولية الموقعة عليها مصر:

يقضى العهد الدولي أو الاتفاقية الدولية المدنية والسياسية - الصادرة عن الأمم المتحدة عام ١٩٦٦، والتي وقعت عليها مصر عام ١٩٧٦ - بأن متعدد الجنسية له الحق في ممارسة الحقوق المدنية والسياسية على قدم المساواة مع صاحب الجنسية الواحدة.

ب - الأسانيد الدستورية:

إن الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر عام ١٩٧١، يسوى بين جميع المواطنين المصريين في الحريات والحقوق والواجبات العامة.

فالمادة الثامنة منه تنص على مبدأ تكافؤ الفرص لجميع المواطنين.

والمادة الأربعون منه تنص على مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون وفي الحقوق والواجبات العامة وعدم التمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

والمادة الثانية والستون تنص على حق المواطن في الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء.

ولم يتضمن الدستور في نص أي مادة من مواده أية تفرقة أو تمييزاً في الحقوق والحريات والواجبات العامة بين المصري أحادي الجنسية، أي الذي يحمل الجنسية المصرية فقط، والمصري مزدوج أو متعدد الجنسية أي الذي يحمل

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ١٧ ٢٠١٧ المجلد الاول

جنسية أو جنسيات أخرى إلى جانب جنسيته المصرية، وكل ما اقتضاه هو أن تمارس هذه الحقوق والحريات وأن تؤدي هذه الواجبات وفقاً لأحكام القانون.

ولا يتعين أن يأتي نص أي قانون بحكم يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تضمنها الدستور.

ومعنى ذلك أن حرمان المصري الذي يحمل جنسية دولة أخرى، من الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور ومنها حق الانتخاب والترشح، هو أمر يتعارض مع أحكام الدستور، ويصطدم بالمبادئ التي قررها. طالما لم تسقط عنه الجنسية المصرية وفقاً للقانون، وطالما لم يرتكب أي فعل أو سلوك أو جريمة لا يتفق مع الولاء والانتماء لمصر. مثل التخابر مع دولة أجنبية أو الأضرار بمصالح الدولة العليا، أو التعاون مع دولة معادية، وجدير بالذكر أن ارتكاب أي من هذه الأفعال والجرائم قد تؤدي إلى الحكم على المصري بالحرمان من مباشرة حقوقه السياسية حتى ولو كان أحادي الجنسية، أي لا يحمل سوى الجنسية المصرية.

ج - الحجج والأسانيد الأخرى:

- ١- إن حصول مصري على جنسية أجنبية، يعنى أنه قد حصل عليها بالتجنس، وعادة تمنح هذه الجنسية لحاملها، الحق في التمتع بكل حقوق ومزايا حاملها، ومنها ممارسة الحقوق والحريات العامة، وخاصة الحقوق والحريات السياسية ومنها الانتخاب والترشح، التي يتمتع بها كل من يحمل هذه الجنسية^(٥١)، فمن باب أولى التمتع بالحقوق والحريات والمزايا التي يتمتع بها كل من يحمل الجنسية المصرية، وهي جنسيته الأصلية، التي يحملها بحسب الأصل ولم يكتسبها بالتجنس.
- ٢- إن التطورات الحديثة في مجال القانون الدولي سواء العام أو الخاص، وفي نطاق علاقات الدول، ومع الاتجاه نحو حرية حركة وتنقل الأفراد والأموال بين الدول، وحرية التجارة العالمية، وإزالة الحواجز والقيود

(٥١) هناك مثال فعلى على ذلك أعطاه د. مصطفى الفقي، في برنامج دائرة الحوار، الذي أذيع على القناة الأولى

من التلفزيون المصري، يوم الثلاثاء الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠١، الساعة العاشرة مساءً، حيث قال أن هناك

عنصراً بارزاً في البرلمان البلجيكي. وهو مغربي في ذات الوقت.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

عن هذه الحرية، وظهور الأنظمة العالمية الجديدة، من عولمة وكوكبة
وكونية، إلى آخر ذلك من الأفكار الحديثة، كل ذلك أدى إلى اتجاه
تشريعات الجنسية في كثير من الدول إلى السماح بتعدد الجنسية بالنسبة
للأشخاص، سواء الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتباريين.

وحرمان مزدوجي أو متعددي الجنسية من كل أو بعض الحقوق العامة،
والحقوق السياسية على وجه الخصوص، يتعارض مع هذه التطورات الحديثة،
وتلك الاتجاهات الجديدة، في نطاق القانون الدولي.

٣- إن المادة ١٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم
المتحدة في ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨، تنص على أن يكون لكل إنسان
جنسية.

وجميع إعلانات الحقوق تحت على معالجة حالات انعدام الجنسية، لأن انعدام
الجنسية هو ضد حقوق الإنسان، وليس تعدد الجنسية.

٤- في تفسير أساس رابطة الجنسية، نجد الاختلاف في ذلك بين النظام
الأنجلو سكسون والنظام اللاتيني.

فالنظام الأنجلوسكسوني يقيم هذه الرابطة في المقام الأول والرئيسي على
أساس فكرة المنافع أو المصالح المتبادلة بين الدولة والفرد. بدليل أن الدول التي
تتبع هذا النظام تمنح جنسيتها لبعض الأفراد بمجرد تحقيقهم بعض الإنجازات في
مجال العلم أو الأدب أو الرياضة أو الفن.. الخ، دون الحديث عن مسألة الولاء
والانتماء.

أما النظام اللاتيني، فهو فقط الذي يتحدث عن الولاء والانتماء كأساس
للجنسية، ويرجع هذا لأسباب تاريخية، وقد حدث نوع من التطور في هذه
المسألة. وغالبية الرأي يقيم رابطة الجنسية على الأساسين مجتمعين، فهو ينظر
إلى الولاء كرابطة روحية بين الفرد والدولة التي يحمل جنسيتها، وأيضاً كعلاقة
تقوم على فكرة تبادل المنافع والمصالح بين الدولة. إذن لم تعد النظرة إلى الجنسية
باعتبارها رابطة تقوم فقط على أساس فكرة الولاء والانتماء فحسب، وإنما
باعتبارها علاقة تقوم أيضاً على أساس تبادل المنافع والمصالح. وحتى النظرة
التقليدية لفكرة الولاء والانتماء في النظام اللاتيني، قد عرفت تطوراً كبيراً، ولم

يعد ينظر إليها كرابطة روحية مجردة من الواقع، أو تقوم على مجرد المشاعر والأحاسيس فقط.

نتهي من هذا العرض إلى أن ازدواج أو تعدد الجنسية، لا يحول في حد ذاته دون التمتع بحق الترشيح، ولا يعتبر لوحده مانعاً من ممارسة هذا الحق.

ولا يتفق مع حكم المحكمة الإدارية العليا - الذي صدر في الشق المستعجل - وقرر عدم أحقية مزدوج الجنسية في الترشيح للمجالس النيابية وبطلان مثل هذا الترشيح إذا تم، بل ببطلان انتخابه إذا أعلن فوزه، كما لا نفتتح بالحجة الأساسية التي استند إليها مثل هذا الحكم والتي تتعلق بالولاء والانتماء. لأنه لا يوجد نص في الدستور ولا التشريع العادي يحرم مزدوج الجنسية من ممارسة حقوقه السياسية والدستورية المنصوص عليها، ولا يمكن حرمانه منها لمجرد التفسير لبعض النصوص الموجودة، والأخذ بالتفسير الواسع لها، وتحميلها معنى التحريم في مثل هذه الحالة، مثل النص الخاص بالقسم، فلا يمكن تفسير القسم بأنه نوع من الولاء الذي لا يتفق مع ازدواج الجنسية⁽⁵²⁾.

وإن كانت المحكمة الإدارية العليا قد حرصت في حكمها على التأكيد على أن ما نتحدث عنه ونقصده هو الولاء القانوني، وهو حكم عام موضوعي يتعلق بما تنطوي عليه الجنسية ذاتها، وليس الولاء الفعلي الذي قد يختلف من شخص إلى شخص، فإنه لا يمكن - في نظرنا - الاستناد إلى هذه الحجة، فأحكام القانون وضعت لتطبيق على حالات فعلية وواقعية، والحالات الفعلية والواقعية هي التي تستدعي تطبيق أحكام القانون، ولا يمكن الفصل بين الأمرين. ولذلك فالولاء القانوني مفترض وجوده لدى كل من يحمل الجنسية المصرية، ولا يمكن افتراض عدم وجوده بشكل مطلق لدى كل مصري يحمل جنسية أخرى، لمجرد حملة لجنسية دولة أخرى، واستناداً فقط إلى واقعة حملة لجنسية دولة أخرى دون قيام دليل قاطع على عدم وجوده الفعلي، بل - وفقاً لمنطق هذا الحكم - مع قيام الدليل

(52) بل إن هناك رأى ذهب إلى القول بأنه ليس هناك مانع من انشطار الولاء وتوزيعه على عدة أوطان، وقد شبه

ذلك بمن يتزوج بأكثر من امرأة، فولائه وجبه لاحداهن لا يمنع من ولائه وجبه للأخريات. د. هشام صادق،

أستاذ القانون الدولي الخاص، بحقوق اسكندرية، برنامج دائرة الحوار، القناة الأولى بالتلفزيون المصري،

الحلقة التي أذيعت يوم الثلاثاء الموافق ١٣ فبراير ٢٠٠١، الساعة العاشرة مساءً.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

على ولائه لمصر. فعدم تحقق الولاء القانوني لا يمكن أن يكون إلا في حالة ثبوت عدم وجود الولاء الفعلي، ولا يمكن تقرير غير ذلك إلا بنص صريح بهذا المعنى. ولا يمكن تحميل النصوص معاني واسعة بحيث تشمل مالا تشملها بالفعل، أو ندخل فيها مالا يدخل فيها في الحقيقة، أو نضمنها مضمون أو حكم لم يقصده المشرع أصلاً بالفعل، بل وقد يكون قاصداً لنقيضه. وهذا ما فعلته محكمة القضاء الإداري دائرة المنصورة، عندما قضت بعدم وجود نص يحول بين مزدوج الجنسية وترشيح نفسه، ولم تلجأ إلى تفسير المادة ٩٠ من الدستور، والخاصة بالقسم تفسيراً غائبياً، ينطوي على معنى الحظر والحرمان.

فالمصري يظل شاعراً بالانتماء، مديناً بالولاء لوطنه الأصلي مصر، مهما حصل من جنسيات أو طان أخرى، لأنه مهما سافر، ومهما تغرب ومهما حصل على جنسيات أخرى، فسيبقى إلى الأبد مرتبطاً بصلات الدم والرحم مع من تركهم بمصر، من أخوة وأخوات، وأعمام وعمات، وأخوات وخالات، وأولاد كل هؤلاء، وغيرهم من الأصدقاء والجيران والأصحاب، وهذه صلات وروابط لن يؤثر عليها، ولن ينال منها اغتراب ولا سفر ولا هجرة ولا جنسية ولا جنسيات أخرى حصل عليها، وكما قيل بحق فإن المصري لا يهاجر عن وطنه حتى ولو هاجر منه، وإنما هو مجرد مغترب فقط. وكما قيل أيضاً إن مصر ليست وطن نعيش فيه وإنما وطن يعيش فينا وبداخلنا^(٥٣).

والمصري الذي يسعى إلى الحصول على جنسية دولة أخرى تكون له أسبابه العقلية أو المنطقية، وليس من بينها إطلاقاً عدم ولائه أو انتمائه لمصر، وتتنوع هذه الأسباب، منها الرغبة في الحصول على الإقامة في هذه الدولة، أو الدراسة أو حرية الدخول والخروج والتنقل والسفر، خاصة إلى أمريكا وأوبادون الحاجة إلى الحصول على تأشيرة دخول، مع ما يقتضيه ذلك من ضرورة التردد على السفارات وما يتضمنه ذلك من معاناة ومتاعب. ومن هذه الأسباب أيضاً رغبة الشخص في أن يكون أمامه أو أمام أولاده فرصة أكبر لاختيار مكان العمل أو المعيشة أو أسلوب الحياة.

وإن كان البعض يخشى من منح مزدوج الجنسية الحق في تولي المناصب أو احتلال المواقع الحساسة مثل أن يكون عضواً في مجلس الشعب، يخشى من أن

(٥٣) قول مأثور للبابا شنودة الثالث.

يؤدي ذلك إلى الأضرار بأمن ومصالح الدولة العليا في بعض الحالات، ويتخرفون من حالة معينة بالذات، وهي حالة زواج مصري من إسرائيلية (هناك إحصائية تقول بوجود ١٤ ألف شاب مصري متزوجين من إسرائيليات) لأن الأولاد الناتجون عن مثل هذا الزواج سوف يحملون الجنسيّتين، المصرية نسبة للأب والإسرائيلية نسبة للأم، لأنه وفق القانون الإسرائيلي تمنح الجنسية الإسرائيلية لأولاد الأم الإسرائيلية، بصرف النظر عن جنسية الأب. نقول أنه وإن كانت الخشية من مثل هذه الحالات لها ما يبررها، إلا أن المشرع يستطيع أن ينظم هذه المسألة ويضع ضوابط تشريعية بالنسبة لمن يحمل جنسيات معينة، ضماناً لأمن الدولة وصيانة لمصالحها العليا، وابتعاداً عن احتمال تعارضها واصطدامها بمصالح دولة أخرى، ونفياً لأي شبهة في انشطار الولاء وانقسام الانتماء، أو حتى أنتفانها كلياً بل ولا خوف حتى في هذه الحالة، لأن قانون الجنسية المصرية قد منح السلطات المصرية متمثلة في مجلس الوزراء في مثل هذه الحالات الحق في إسقاط الجنسية عن أي مصري يثبت أنه يعمل ضد مصلحة البلد، ومن اتصف بالصهيونية (راجع المادة ١٦). فلا خوف إذن، حيث أن السلطات لديها من الصلاحيات ما يخول لها اتخاذ الإلزام في هذه الحالات.

فالأمر إذن يحتاج إلى تدخل تشريعي صريح ينظم هذه المسألة، وبدون هذا التدخل التشريعي وقبلة، لا يمكن حرمان مزدوج الجنسية من حقوقه أو الانتقاص منها، استناداً إلى التفسير الغائي لنص في الدستور مثل النص الخاص بالقسم، أو التفسير البوسع لبعض النصوص التشريعية، كما لا يجوز القياس في الحرمان من الحقوق، على حالات منصوص عليها في نصوص صريحة، فالحرمان أو الانتقاص من حقوق المواطنة أو الحقوق الدستورية لا يكون - ولا يجب أن يكون - إلا بنصوص صريحة وخاصة بكل حالة على حدة، وبشرط ألا يتعارض مع نصوص الدستور، أو يصطدم بأحكام تضمنها أو ضمانات وضعها لحماية وصيانة الحقوق والحريات التي نص عليها، فقيماً يتعلق بالحرمان من الحقوق يتعين - كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا ذاتها في حكم لها - التضييق ما أمكن، وقصره على الحالات الدامغة.

وشروط الترشح محددة بالقانون، ولا يجوز لأحد أن يضيف شرطاً لم يتضمنه القانون، مثل شرط ألا يكون للمرشح جنسية أخرى غير الجنسية المصرية، أو كما قالت المحكمة الإدارية العليا أن يكون المرشح صاحب جنسية

وحيدة هي الجنسية المصرية، أو شرط الجنسية المتتحدة، كما عبرت ذ المحكمة في مكان آخر، بل وذهبت إلى أن هذا الشرط ليس فقط شرطاً للانتس إلى مجلس الشعب، وإنما شرط صلاحية للاستمرار في عضوية هذا المجلس، م يتعين معه أن يصاحبه طيلة فترة عضويته. وهو ما يشير إلى رغبة المحكة وإصرارها على قطع الطريق أمام كل محاولة للالتفاف حول حكمها، حتى بع اكتساب صفة العضوية ودخول مجلس الشعب.

نقول إن مثل هذا الشرط الذي وضعته المحكمة يعتبر إضافة لا تجد لها سنداً في القانون، ولا أساس لها في النصوص الحالية.

وفي النهاية نقول أن حرص مزدوج الجنسية على ترشيح نفسه في مجلس الشعب قد يكون دليلاً على ولائه لمصر وليس العكس، لأنه دليل على رغبته في خدمة بلده من خلال موقعة هذا، لا سيما وإن هذا الموقع هو بالدرجة الأولى يمثل خدمة عامة، وترك في النهاية للناخب حرية الاختيار بين المرشحين أمامه، فيختار من يراه أصلح وأكفأ في تمثيله والدفاع عن مصالحه.

وجدير بالذكر في هذا الصدد، أن إحدى محاكم القضاء العادي - وهي محكمة السيدة زينب الجزئية - قد أصدرت حكماً - وهو الحكم الصادر في القضية رقم ١٣ لسنة ٢٠٠١ - أكدت فيه تمتع مزدوجي الجنسية بكافة الحقوق السياسية على إطلاقها، بما في ذلك حق الترشيح والانتخاب لعضوية المجالس النيابية، وذلك استناداً للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، بجلسة ١٣ مارس ١٩٩٤، في الدعوى رقم ٣ لسنة ١٣ ق دستورية^(٥٩).

وجدير بالذكر أيضاً، أن محكمة النقض - وهي المختصة بالتحقيق في الطعون الانتخابية المحالة إليها من مجلس الشعب - قد انتهت من التحقيق في العديد من الطعون الانتخابية التي أحيلت إليها، وأعدت التقارير الخاصة بنتيجة التحقيقات التي أجرتها والرأي الذي انتهت إليه المحكمة فيها، وأرسلتها إلى مجلس الشعب للفصل في صحة هذه الطعون.

(٥٩) أنظر جريدة الجمهورية، العدد الأسبوعي، الصادر يوم الخميس الموافق ٣ مايو ٢٠٠١، صفحة الحياة

السياسية، باب سرى جداً، ص ٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ولم تكن من بين هذه التقارير، تقارير تتعلق بالطعون الخاصة بأعضاء مجلس الشعب مزدوجي الجنسية، والذين نجحوا في انتخابات عام ٢٠٠٠. حيث أن بحث مشكلة مزدوجي الجنسية ومدى أحقيتهم في الترشيح للمجالس النيابية، يستغرق دراستها وقتاً طويلاً.

أهم مراجع البحث

أولاً - المراجع العربية:

أ - المراجع العامة والخاصة ورسائل الدكتوراه والدراسات المنشورة في المجلة العلمية:

١- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث تحليلي انتقادي مقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٣.

٢- د. بكر القباني، دراسات في القانون الدستوري.

٣- د. ثروت بدوي، النظم السياسية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.

٤- د. جورج شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة للنظم السياسية، أركان التنظيم السياسي، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧، الطبعة السادسة ٢٠٠١/٢٠٠٢، مكتبة دار النهضة العربية بالقاهرة.

٥- د. جورج شفيق ساري، أصول وأحكام القانون الدستوري، مكتبة العالمية بالمنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩١، الطبعة الثالثة ١٩٩٦/١٩٩٧، والطبعة السادسة المجددة والمنقحة، الكتاب الأول: المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، الكتاب الثاني: نظام مصر الدستوري، ٢٠٠٦ دار النهضة العربية - القاهرة.

٦- د. جورج شفيق ساري، النظام الانتخابي في ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، يناير ٢٠٠١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

- ٧- د. جورجى شفيق سارى، قواعد وأحكام القضاء الإدارى، دراسة مقارنة لأحدث النظريات والمبادئ فى قضاء مجلس الدولة فى فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٠/٢٠٠١. والطبعة الخامسة ٢٠٠٤.
- ٨- د. رمزى طه الشاعر، النظم السياسية، الطبعة الأولى ١٩٨١.
- ٩- د. سعاد الشرقاوى و د. عبد الله ناصف، نظم الانتخابات فى العالم وفى مصر، دار النهضة العربية، مارس ١٩٨٤.
- ١٠- د. سعد عصفور، النظام الدستورى المصرى.
- ١١- د. سليمان الطماوى، النظم السياسية والقانون الدستورى، طبعة ١٩٨٨.
- ١٢- د. عادل عبد الله محمد، إسقاط عضوية مجلس الشعب، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٥.
- ١٣- د. عبد الحميد بدوى، المفصل فى القانون الدستورى.
- ١٤- د. عبد الحميد بدوى، الأنظمة السياسية، طبعة ١٩٥٨.
- ١٥- د. عبد الحميد متولى، نظرات فى أنظمة الحكم فى الدول النامية، طبعة ١٩٨٥.
- ١٦- د. عزالدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشرة ١٩٨٦.

- ١٧- د. فتحي فكرى، القانون الدستوري، الكتاب الأول، دار النهضة العربية.
- ١٨- د. فتحي فكرى، القانون الدستوري، الكتاب الثاني، النظام الحزبي
سلطات الحكم في دستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- ١٩- د. فؤاد رياض، الوسيط في الجنسية، مركز الأجنب، القاهرة، دار النهضة
العربية، الطبعة الرابعة ١٩٨٦.
- ٢٠- د. ماجد الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، طبعة
١٩٩٥.
- ٢١- د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثانية
١٩٧١.
- ٢٢- د. محمد أنس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار
النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٢٣- د. محمد حسانين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية،
طبعة ١٩٩٠، طبعة ١٩٩٢.
- ٢٤- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة،
دراسة النظام الدستوري المصري، الإسكندرية، منشأة المعارف ١٩٩٠.
- ٢٥- د. مصطفى أبوزيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، منشأة المعارف
بالإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٤.

٢٦- د. مصطفى أبوزيد فهمي، الدستور المصري، طبعة ١٩٩٦.

٢٧- د. مصطفى عفيفي، نظامنا الانتخابي في الميزان، مكتبة سعيد رأفت،
١٩٨٤.

٢٨- د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية،
١٩٨٦.

ب - المقالات المنشورة في الصحف:

٢٩- د. حسام لطفي، مدى أحقية المواطن المصري في الترشيح في دائرة
انتخابية ولو كان مزدوج الجنسية، منشور في جريدة أخبار اليوم، العدد
الصادر يوم السبت الموافق ١٧ مارس ٢٠٠١، صفحة قضايا وآراء، ص ٨.

٣٠- د. سعد واصف، الجنسية المزدوجة وصحة عضوية مجلس الشعب، جريدة
الأهرام، العدد الصادر يوم الجمعة الموافق ٢٢ ديسمبر ٢٠٠٠، باب مع
القانون، ص ٢٥. ومنتشر أيضاً في جريدة الأخبار، في العدد الصادر يوم
الأحد الموافق ٢٤ ديسمبر ٢٠٠٠، صفحة الرأي للشعب، الصفحة الثامنة.

٣١- عوني الحوفي، هل هؤلاء ممنوعون من الترشيح لمجلس الشعب لازدواج
جنسيتهم، جريدة الأهرام، العدد الصادر يوم الأربعاء الموافق ٢٩ نوفمبر
٢٠٠٠، باب بريد الأهرام، ص ١١.

٣٢- فهمي هويدي، لا يجتمع وطنان في قلب واحد، جريدة الأهرام، العدد الصادر يوم الثلاثاء الموافق ١٦ يناير ٢٠٠١، ص ١١.

ج - الجرائد والتحقيقات الصحفية:

* في جريدة الأهرام:

٣٣- العدد الصادر يوم الجمعة الموافق ٢٩ ديسمبر ١٩٩٩، ص ٢٤.

٣٤- العدد الصادر يوم الخميس الموافق ٩ نوفمبر ٢٠٠٠، باب بريد الأهرام، ص ١١، رسالة د. عادل أبو زهرة.

٣٥- العدد الصادر يوم الأربعاء الموافق ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٠، باب بريد الأهرام، ص ١١، د. يحيى نور الدين طراف.

٣٦- العدد الصادر يوم الثلاثاء الموافق ٢٦ ديسمبر ٢٠٠٠، الصفحة الأولى.

٣٧- العدد الصادر يوم السبت ١٧ مارس ٢٠٠١، صفحة قضايا وآراء باب مناظرة، تعقيبات على مناظرة ازدواج الجنسية، ص ١٢، تعقيب د. عبد الباقي الصغير، وتعقيب د. مرسى سعد الدين.

٣٨- العدد الصادر يوم الجمعة ٢٥ مايو ٢٠٠١، الصفحة الأولى والصفحة التاسعة.

٣٩- العدد الصادر يوم الجمعة أول يونيو ٢٠٠١، ص ٨.

* في جريدة الأخبار:

٤٠- العدد الصادر يوم الثلاثاء الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠١، الصفحة الأولى، د.
أحمد فتحي سرور.

* في جريدة أخبار اليوم:

٤١- العدد الصادر يوم السبت الموافق ٨ يوليو ٢٠٠٠، ص ١٠.

٤٢- العدد الصادر يوم السبت الموافق ٢٨ أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٣.

٤٣- العدد الصادر يوم السبت الموافق ٢٤ فبراير ٢٠٠١، صفحة دنيا
البرلمان، ص ٦.

٤٤- العدد الصادر يوم السبت الموافق ٩ ديسمبر ٢٠٠٠، ص ١٠.

* في جريدة الجمهورية:

٤٥- العدد الصادر يوم الخميس ٣ مايو ٢٠٠١، صفحة الحياة السياسية، باب
سرى جداً، ص ٣٢.

* في جريدة الوفد:

٤٦- العدد الأسبوعي الصادر يوم الخميس الموافق ٦ نوفمبر ٢٠٠٠، ص
١١.

د - الحوارات التلفزيونية:

٤٧- برنامج دائرة الحوار، الحلقات التي أذيعت على القناة الأولى من التلفزيون
المصري، أيام الثلاثاء الموافق ١٣ فبراير ٢٠٠١، ٢٠ فبراير ٢٠٠١، ١٣

مارس ٢٠٠١، وكان المتحاورون هم: د. يحيى الجمل، د. مصطفى الفقى،
د. هشام على صادق، د. محمد نور فرحات، د. برهام محمد عطا الله، د.
إدوارد غالى الذهبى، المستشار/ ثروت عبد الشهيد، الأستاذة/ منى ذو الفقار،
والبرنامج من إعداد وتقديم د. طه عبد العليم، نائب رئيس مركز الأهرام
للدراسات السياسية والاستراتيجية.

هـ- الدوريات ومجموعات الأحكام والوثائق:

٤٨- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٤٩- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا.

٥٠- الجريدة الرسمية.

٥١- الوقائع المصرية.

٥٢- اتفاقية لاهاي المبرمة عام ١٩٣٠.

ثانياً المراجع الأجنبية:

53-ANCEL (M.) Les conflits des nationalités, contribution à la
recherche d' une solution rationnelle des cas de Multi -
nationalité و Clunet 1937.

- 54-ARDANT (Philippe), Institutions politiques & Droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J. 8 e éd. 1997, et 9 e éd, 2000.
- 55-AYMOND (P.), De la nationalité et de la naturalisation, modifications internationales, In Jurisclasseur de Droit international, Fascicule 504.
- 56-BAR YAACOV (N.), Dual nationality, London Stevens & Sons, 1961.
- 57-CADART (Jacques), Institutions politiques et Droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J. Tome I, 2 e éd. 1979 et 3e éd. 1990.
- 58-HOLLEAUX, FOYER et DE LA PRADELLE, Droit international privé, Paris, Masson 1987.
- 59-LESAGE (Michel), Les Régimes politiques de l' U.R.S.S. ET de l' Europe de l' Est, Paris, P.U.F. 1971.
- 60-LESAGE (Michel), Les Institutions soviétiques, Que sais – je? P.U.F. 1975.
- 61-PROUDHON, Traité de l' état des personnes, Tome I.
- 62-SAVATIER (R.), Cours de Droit international privé Paris, L.G.D.J. 1947.
- 63-VALERY (J.), Manuel de Droit international privé, Paris, 1914.

64-VEDEL (Georges), Les principes de Droit contitutionnel,
Paris, 1949.

البعد الإنساني في التنظيم القضائي الإسلامي

دكتور

ممدوح واعر عبدالرحمن مهني

مدرس الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتب سيدنا عمر بن الخطاب، إلى أبي موسى

الأشعري -رضى الله عنهما- حين ولاه-

القضاء: "أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآس بين الناس في وجهك، ومجلسك، وقضائك، حتى لا يأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك... ثم إياك والقلق، والضجر، والتأذي بالناس، والتنكر للخصوم في مواطن الحق...".^(١)

الحمد لله رب العالمين، وبه نستعين، وعليه نتوكل، أنعم علينا بما لا يحصيهِ إلا هو، وأفاض علينا من جوده ما يعجز الوصف عن أن يوافيه، رفع بفضلهِ درجة العلماء، وجعلهم بحكمته ورثة الأنبياء، وتجاوز عن أخطائهم في الاجتهاد ما بلغ الفقيه في الجهد منتهاه مصداقاً لقول نبيه p ومصطفاه، فيما رواه عمرو بن العاص

(١) نصب الراية للشيخ/ عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي تحقيق/ محمد يوسف البنوري الجزء الرابع ص ٨١ (كتاب الشهادات) ط/ دار الحديث (مصر) ١٣٥٧هـ.

سنن الدارقطني لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البيهقي تحقيق/ السيد عبدالله هاشم

بياتي المدني الجزء الرابع ص ٢٠٦ (كتاب عمر ع إلى أبي موسى الأشعري) ط/ دار المعرفة

(بيروت) ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

ع أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب، فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ، فله أجر." (١)

ونصلي، ونسلم، أزكى صلاة، وأتم تسليم، على سيد الخلق، وإمام الحق، سيدنا محمد، خير قدوة، وأعظم مُتَّبِع.

ثم أما بعد،،،

فلقد أنارت الشريعة الإسلامية العالم في وقت كان الناس في أمس الحاجة فيه إلى هذا النور، فضبطت سلوك العرب، وقضت على كل ما يشين، وكان أساسها بناء المجتمع الإسلامي النضر، القائم على الطهر، والعفة، ونقاء الإنسانية من شوائب الزمن، ورواسب الجاهلية.

وقد أسست الشريعة الإسلامية لذلك نبراسًا ينبع من أصولها، أساسه مراعاة البعد الإنساني لدى المكلفين بأحكامها، والمخاطبين بنصوصها.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد راعت البعد الإنساني في عموم تكليفاتها، فإن التنظيم القضائي قد حظى بمراعاة هذا البعد بصورة بالغة الوضوح؛ لعل ذلك مرجعه أن التقاضي بحسب طبيعته- لا يخلو من هم، وضيق، فإن الإنسان لا يلجأ إلى التقاضي إلا حين تنشأ منازعة، أو يقوم خلاف، أو يعتدى على حقه معتد، ومن ثم فإن المتقاضي أولى بمراعاة البعد الإنساني في هذا الوقت من غيره، حتى تخف همومه، وتهدأ نفسه، فيكون التقاضي مع مراعاة الجانب الإنساني فيه- ملاذًا لدرأ الهم، وسكون النفس.

(١) الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري) لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري

الجعفي تحقيق/ د: مصطفى نيب البيغا الجزء السادس ص ٢٦٧٦ (باب أجر الحاكم إذا اجتهد

فأصاب، أو أخطأ) ط/ دار ابن كثير، اليمامة (بيروت) الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

موضوع الدراسة:

تتعلق الدراسة بالبعد الإنساني في التنظيم القضائي الإسلامي، ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تهمل الجانب الإنساني في وضعها للتنظيم القضائي، بل راعت ذلك بوضوح في كل جوانب هذا التنظيم، وقد تأيد هذا بالعديد من المظاهر التي لا يستطيع أن يكابر فيها مكابر.

مبشرات الدراسة:

يرجع تبرير الدراسة في هذا الموضوع إلى العديد من الأسباب التي من أهمها ما يلي:

١- بيان عظمة الشريعة الإسلامية، وسموها، في اهتمامها بالجانب الإنساني لدى المجتمع بوجه عام، ولدى المتقاضين بوجه خاص، وإبراز أهم مظاهر مراعاة البعد الإنساني في التنظيم القضائي الإسلامي.

٢- إيضاح النموذج الإسلامي الراقى، الذي لا نظير له في مراعاة البعد الإنساني في التنظيم القضائي، ليكون نبزاً، يهتدي به المقنن الوضعي في سن القوانين التي تراعي هذا الجانب فيما يتعلق بالتقاضي، كما يكون نبزاً للقاضي يسير على هديه في أدائه لعمله.

٣- بيان عدالة الشريعة الإسلامية في مراعاتها الجانب الإنساني لدى المتقاضين، وتقرير المساواة التامة بينهم، دون تفرقة بسبب الدين، أو الجنس، أو اللون، أو غير ذلك من عناصر التمييز.

٤- بيان اهتمام الشريعة الإسلامية بالتنظيم القضائي، وتقرير مبدأ استقلال القضاء، وتوفير الضمانات اللازمة لتحقيق مبدأ استقلاله، سواء من الناحية المادية، أو من الناحية المعنوية، وانعكاس ذلك على البعد الإنساني.

٥- بيان تقرير الشريعة الإسلامية لمبدأ مجانية القضاء، مع ضرورة إلزام الدولة بتوفير أجور القضاة، وعدم ربط نظر القضايا بتقاضى أجر من المتقاضين، مع بيان ما يعكسه هذا المبدأ من جوانب إيجابية تتعلق بالبعد الإنساني.

نطاق الدراسة:

تختص الدراسة في هذا الموضوع ببيان مدى اهتمام التشريع الإسلامي بالبعد الإنساني في التنظيم القضائي، بما يشمل من عناصر كالقضاة، والمتقاضين، وغير ذلك، بذكر أهم مظاهر مراعاة هذا البعد -دون حصر لها-.

وبالتالي فإنه يخرج من نطاق الدراسة تفاصيل التنظيم القضائي، أو كيفية أداء القاضي لعمله، أو تفاصيل المرافعة في غير ما يتعلق بالجانب الوجداني، أو الإنساني.

إشكالية الدراسة:

تثير هذه الدراسة إشكالية هامة تتمحور حول مدى اهتمام الشريعة الإسلامية للبعد الإنساني في التنظيم القضائي، وكيفية مراعاة هذا البعد في تطبيقاته القضائية المختلفة، وما وضعته الشريعة الإسلامية من ضوابط في هذا الإطار، وما يعود من فوائد على المجتمع من وراء مراعاة البعد الإنساني.

وبالتالي فإن السؤال الجوهرى الذي تسعى الدراسة إلى الإجابة عنه هو: كيف راعت الشريعة الإسلامية البعد الإنساني في التنظيم القضائي؟

منهج الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي من خلال التعرض للنصوص الشرعية المتعلقة بمحل البحث، ومواقف الفقهاء إزاءها، وتحليلها للوقوف على مدى مراعاة الشريعة الإسلامية للبعد الإنساني في التنظيم القضائي، مع ذكر بعض نماذج تطبيقية تؤكد النتيجة التي نتوصل إليها.

وقد حرصت في هذه الدراسة اتباع التالي:

- عزو الآيات الكريمة إلى مواطنها من القرآن الكريم، وذلك بذكر اسم السورة، ورقم الآية.

تخريج الأحاديث النبوية المطهرة من خلال الرجوع إلى كتب التخريج الأصيلة، مع بيان درجة الحديث وما قيل فيه، وذلك باستثناء ما ورد في أحد الصحيحين، حيث أكتفى بالإشارة إلى المرجع منهما استنادًا إلى أنهما لم يجمعا سوى الصحيح.

- عرض اتجاهات الفقهاء في المسائل التي عرضت لها، مع ذكر أدلتهم، وبيان وجه الدلالة، ثم عرض ما ورد من مناقشة لهذه الأدلة - إن وجد - ثم الترجيح بين المذاهب حسب قوة الأدلة، دون التعصب لمذهب معين.

توحيد طريقة عرض اتجاهات الفقهاء في كل مسألة عرضت لها، وذلك بالابتداء بالاتجاه المرجوح، والانتهاء بالاتجاه الراجح في كل مسألة خلافية، مع مراعاة الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية داخل كل اتجاه.

بيان معاني المصطلحات التي تحتاج إلى بيان بذكر معنى المصطلح في الهامش.

خطة الدراسة:

سيتم - بمشيئة الله تعالى - معالجة البعد الإنساني في التنظيم القضائي الإسلامي، في مبحث تمهيدي، وثلاثة فصول، وخاتمة.

أما عن المبحث التمهيدي فيتعلق بمراعاة الشريعة الإسلامية للبعد الإنساني في عموم أحكامها، مع إبراز خصوصية الاهتمام بهذا البعد في التنظيم القضائي.

ويتناول الفصل الأول البعد الإنساني فيما يتعلق بالقضاة باعتبارهم أساس التنظيم القضائي، وفيه يتم تناول هذا البعد في جانب القضاة سواء فيما يتعلق

بأشخاصهم، أو فيما يخص مجالس القضاء، وسوف يتم تناول كل واحد منهما في مبحث مستقل.

ويختص الفصل الثاني بجوانب مراعاة البعد الإنساني فيما يتعلق بالخصوم، من حيث ترتيب نظر الدعاوى، ووجوب التسوية بين الخصمين، وذلك ما يخصص له المبحث الأول، ومن حيث علانية الجلسات كضمانة من ضمانات المحاكمة، وانعكاس ذلك على البعد الإنساني وذلك في المبحث الثاني، ثم التعرض لعظة الخصوم، وعرض الصلح عليهم قبل الفصل في الدعاوى، وهو ما يخصص له المبحث الثالث.

أما الفصل الثالث والأخير، فيتناول البعد الإنساني فيما يتعلق بالمرفق القضائي ذاته، وفيه يتم تناول مبدأ استقلال القضاء، مع ذكر أهم ضمانات تحقيق هذا المبدأ، وأيضًا تقرير مبدأ مجانية القضاء، وانعكاس هذين المبدأين على البعد الإنساني، وسوف يتم تناول كل واحد منهما في مبحث مستقل.

وأخيرًا الخاتمة وتشتمل على أهم النتائج، والتوصيات المقترحة.

وأسأل الله تعالى أن ينفع بهذا العمل، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

المبحث التمهيدي

مراعاة الشريعة الإسلامية للبعد الإنساني في عموم أحكامها، وخصوصية الاهتمام بهذا البعد في التنظيم القضائي

لقد خلق الله الإنسان وكرمه بأدميته، مصداقاً لقوله تعالى: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَخَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا} (٣)

وتأكيداً لهذا المعنى فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالجانب الإنساني في كافة التشريعات التي وردت فيها، فلم تكن الشريعة ذات يوم بمعزل عن حال الإنسان، وما يصلح شأنه، وما يراعى أدميته التي كرمه الله تعالى بها، حتى أن النبي ﷺ كان يأمر بتغيير الأسماء التي لا تليق شرعاً، أو تلك التي يُعير بها أصحابها، ومن نماذج ذلك ما يلي:

١- عن عبد الحميد بن جبير بن شيبه ر قال: "جلست إلى سعيد ابن المسيب، فحدثني أن جده حزناً قدم على النبي ﷺ فقال: ما اسمك؟ قال: اسمي حزن، قال: بل أنت سهل، قال: ما أنا بمغير اسماً سمانيه أبي، قال ابن المسيب: فما زالت فينا الحزونة بعد" (٤)

(٣) [الإسراء: ٧٠].

(٤) الجامع الصحيح المختصر وهو صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي تحقيق/ د: مصطفى نيب البغا الجزء الخامس ص ٢٢٨٩ (باب تحويل الاسم إلى اسم أحسن منه) ط/ دار ابن كثير، اليمامة (بيروت) الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٢- عن نافع عن ابن عمر ψ أن رسول الله μ غيّر اسم عاصية، وقال: أنت جميلة^(٥).

فنلاحظ من هذا اهتمام النبي μ بمراعاة البعد الإنساني حتى في اختيار اسم المولود، فلا يجوز أن يسمى اسماً يعير به، كي لا يتأذى بتلك المعرفة من الناحية النفسية.

بل قد أخبر المعصوم μ أن طلاقة الوجه من المعروف الذي يؤجر عليه فاعله، وذلك فيما رواه أبو ذر τ قال: قال لى النبي μ : "لا تحقرن من المعروف شيئاً، ولو أن تلقى أخاك بوجه طلق"^(٦).

وفي رواية أخرى عن أبي زميل، عن مالك بن مرثد، عن أبيه، عن أبي ذر ψ قال: قال رسول الله μ : "تبسمك في وجه أخيك صدقة"^(٧).

(٥) صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق/ محمد فؤاد

عبدالباقى الجزء الثالث ص ١٦٨٦ (باب استحباب تغيير الاسم القبيح إلى حسن، وتغيير اسم برة إلى زينب، وجويرية، ونحوهما) ط/ دار إحياء التراث العربي (بيروت) - بدون تاريخ.

(٦) المرجع السابق ٢٠٢٦/٤ (باب استحباب طلاقة الوجه عند اللقاء).

(٧) صحيح ابن حبان لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي تحقيق/ شعيب الأرنؤوط الجزء الثاني ص ٢٢١ (ذكر كتبة الله جل وعلا الصدقة للمسلم بتبسمه في وجه أخيه المسلم) ط/ مؤسسة الرسالة (بيروت) الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

وقال فيه أبو حاتم: "أبو زميل هذا، هو سماك بن الوليد الحنفي، يمانى، ثقة".

وغير ذلك الكثير من النماذج التي تدل على مراعاة الشريعة الإسلامية للجانب
الإنساني، واهتمامها به.

وإذا كان هذا دأب الشريعة الغراء في شتى أحكامها، فإن مراعاة البعد الإنساني
تتجلى بوضوح في التنظيم القضائي.

وترجع خصوصية الاهتمام بالبعد الإنساني في الجانب القضائي إلى عدة أمور
أجملها في أمرين:

الأمر الأول: عناية الشريعة الإسلامية بالقضاء عناية خاصة:

فإذا كانت الشريعة الإسلامية لم تغفل حكماً من الأحكام، ولم تترك أمراً من
الأمر دون رعاية، إلا أنها قد أولت القضاء عناية خاصة؛ لأن القضاء قوام الحق،
وبه يستقيم المعوج، وبحسمه ينزجر الجاني، ويرتدع غيره، وتُرد الحقوق إلى
أصحابها، ويضرب على أيدي الظلمة، والمفسدين.

وقد فعله النبي ﷺ مراراً، ومن نماذج قضائه التي لا تحصى ما يلي:

عن عروة عن عبدالله بن الزبير رضي الله عنهما - أنه حدثه أن رجلاً من
الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال
الأنصاري: سرح الماء يمر، فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ
للزبير: اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك، فغضب الأنصاري فقال: أن كان
ابن عمك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى
يرجع إلى الجدر، فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك {قُلْ
وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا
قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا} [النساء: ٦٥].^(٨)

(٨) الحديث في: صحيح البخاري (مرجع سابق) ٨٣٢/٢ (باب سكر الأنهار)

بل قد فعله كل أنبياء الله تعالى - عليهم الصلاة والسلام - حيث حكموا بين قومهم،
ومن ذلك قوله تعالى في شأن سيدنا داود v : {يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي
الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ
يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ} (٩)

وقد بعث النبي p القضاة إلى الأمصار المختلفة ليقوموا العدل، وينصروا الحق،
ويقوموا المعوج.

ومن ذلك بعثه p لسيدنا معاذ قاضيًا إلى اليمن، وذلك فيما رواه الحارث بن عمرو
عن رجال من أصحاب معاذ r أن رسول الله p بعث معاذًا إلى اليمن فقال: "كيف
تقضي؟ فقال: أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة

والمراد بالشراح: بكسر المعجمة، وتخفيف الراء، جمع شرحية. وهي بفتح الشين مع الراء، والمراد
بها: مسيل الماء.

والحرة: أرض ذات حجارة لونها أسود.
والأنصاري المذكور في الحديث هو: ثعلبة بن حاطب، وقيل إنه: حميد، وقيل هو: ثابت بن
قيس بن شماس.

ينظر في ذلك، وفي ذكر الاتفاق على هذا الحديث: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي
الكبير، لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني، تحقيق/ السيد عبدالله هاشم اليماني
المنني الجزء الثالث ص ٦٦ (كتاب إحياء الموات) ط/ المدينة المنورة ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.

([ض: ٢٦])^٩

رسول الله ﷺ قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ؟ قال: أجتهد رأيي، قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ". (١٠)

وهكذا فعل الصحابة ١٣ وهو ما يظهر في كثير مما روى عنهم، ومن أشهر نماذج ذلك: كتاب سيدنا عمر بن الخطاب، إلى أبي موسى الأشعري -رضى الله عنهما- حين ولاه القضاء فكتب إليه: "أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وأس^(١١) بين الناس في وجهك، ومجلسك، وقضائك، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك... ثم إياك والقلق، والضجر، والتأذي بالناس، والتنكر للخصوم في مواطن الحق...". (١٢)

(١٠) الجامع الصحيح المعروف بسنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي السلمي تحقيق/ أحمد محمد شاكر، وآخرون الجزء الثالث ص ٦١٦ (باب ما جاء في القاضي كيف يقضي) ط/ دار إحياء التراث العربي (بيروت) - بدون تاريخ-

وقال فيه أبو عيسى: "هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل، وأبو عون الثقفي اسمه محمد بن عبيدالله".

(١١) وآسي: من التآسي بمعنى التسوية.

(١٢) نصب الرأية للشيخ/ عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي تحقيق/ محمد يوسف البنوري الجزء الرابع ص ٨١ (كتاب الشهادات) ط/ دار الحديث (مصر) ١٣٥٧هـ.

وقال فيه الزيلعي: "رواه الدارقطني في سننه في الأفضية، عن عبيدالله بن أبي حميد، عن أبي المليح الهذلي... وعبدالله بن أبي حميد ضعيف، وأخرجه الدارقطني أيضًا من طريق أحمد، ثنا سفيان بن عيينة، ثنا إدريس الأودي، عن سعيد بن أبي بردة... ورواه البيهقي في المعرفة...".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

بل وفعله التابعون، وغيرهم من السلف الصالح، فأقاموا القضاء في الأمصار الإسلامية.

ومن ثم فقد بين الفقهاء -رضوان الله عليهم- أن نصب القضاء فريضة، فيجب على الحاكم أن يبعث القضاة إلى الأمصار ليقيموا العدل بين الناس.^(١٣)

وقد استنكر النبي p أن يكون المجتمع خاليًا من القضاء، فقد روى عن السيدة عائشة -رضى الله عنها- أنها قالت: قال رسول الله p : "لا يقنس الله أمة لا تأخذ لضعيفها من شديدها".^(١٤)

(١٣) المبسوط، للإمام/ شمس الدين السرخسي الجزء السادس عشر ص ٥٩ ط/ دار المعرفة (بيروت) - بدون تاريخ.

حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب للشيخ/ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الجزء الرابع ص ٣٤٤ ط/ المكتبة الإسلامية (تركيا) - بدون تاريخ.

الروض المربع للشيخ/ منصور بن إدريس البهوتي الجزء الثالث ص ٣٨٢ ط/ مكتبة الرياض الحديثة بالرياض عام ١٣٩٠هـ.

الكافي في فقه ابن حنبل لأبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي الجزء الرابع ص ٤٣١ ط/ المكتب الإسلامي (بيروت) - بدون تاريخ.

(١٤) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للشيخ/ علي بن أبي بكر الهيثمي الجزء الرابع ص ١٩٦-١٩٧ ط/ (باب أخذ حق الضعيف من القوي) ط/ دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي (القاهرة) (بيروت) ١٤٠٧هـ.

وقال فيه الهيثمي: "رواه البزار، وفيه المثني بن الصباح، وهو ضعيف، وثقه ابن معين في رواية، وقال في رواية: ضعيف يكتب حديثه، ولا يترك، وقد تركه غيره".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ومعلوم أن ذلك يكون بالقضاء.

وإذا كان القضاء بهذه الأهمية، فلا عجب أن يهتم الفقه الإسلامي بتنظيمه، ووضع أسسه.

ومن خلال هذا التنظيم فقد روعى فيه البعد الإنساني إلى حد يزهو بالشرعية الإسلامية فوق زهوها، ويعلو بها فوق علوها، ذلك أن مراعاة هذا الجانب تثبت بما لا جدال فيه أن الشريعة الإسلامية ترقى بالإنسانية، وتسمو بها إلى أعلى درجة، وبما لا نظير له في أي نظام وضعي.

الأمر الثاني: اشتغال التقاضي عادة على الهم، والضيقة:

لا يرجع اهتمام الشريعة الإسلامية للبعد الإنساني في التنظيم القضائي لما سبق ذكره من أهمية القضاء في المجتمع فحسب، وإنما أيضاً لأن التقاضي بحسب طبيعته، وكما سبقت الإشارة- لا ينفك عن هم، وضيقة؛ من حيث إن الإنسان لا يلجأ إلى التقاضي إلا حين تقوم منازعة، أو يتعرض لضرر يريد رفعه بالقضاء، إلى غير ذلك من الأسباب القوية التي تلجئ الإنسان إلى القضاء الذي جعله الله تعالى ملاذاً للضعفاء، وأمناً للخائفين، وسنداً للمعتدى على حقوقهم.

ومن ثم فإن المتقاضي، وهو على هذه الحالة أحق الناس بالوقوف بجانبه، ومساندته معنوياً، ويتحقق ذلك بمراعاة البعد الإنساني.

الفصل الأول

مراعاة البعد الإنساني فيما يتعلق بالقضاة

انطلاقاً من كون القضاة يمثلون الجانب الأبرز في التنظيم القضائي، فقد راعت الشريعة الإسلامية البعد الإنساني لجانبهم، باعتبارهم حماة العدالة، والناطقون بحكم الله العدل، والقائمون على إنصاف المظلوم، والضرب على يد الظالم، وإيصال الحق إلى مستحقه.

ومن ثم فقد عمرت كتب الفقه الإسلامي بالجانب الإنساني للقضاة سواء فيما يتعلق بأشخاصهم، ووصفهم كقضاة، من حيث ضوابط اختيارهم، وصون كرامتهم، وحفظ هيبتهم، والبعد بهم عن كل ما يمس ثقة الناس فيهم، أو فيما يتعلق بمجالس القضاء من هيئة القضاة في مجالس أحكامهم، إلى غير ذلك، وهو ما أعرض له في هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول

البعد الإنساني المتعلق بأشخاص القضاة

وفيه أعالج الضوابط التي تضمن مراعاة البعد الإنساني عند اختيار القضاة، وما يجب الحرص عليه فيما يتعلق بمظهرهم، وهينتهم، والبعد بهم عن كل ما يمس ثقة المتقاضين فيهم.

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

البعد الإنساني المتعلق بضوابط اختيار القضاة، والحرص على هينتهم وفيه فرعان:

الفرع الأول

مراعاة البعد الإنساني في اختيار القضاة

بما لولاية القضاء من أهمية، وانطلاقاً من كون القاضي هو الأساس في التنظيم القضائي، فإن الفقهاء رضوان الله عليهم- قد اشترطوا في القاضي مجموعة من الشروط، بعضها واجب لا يتولى القضاء إلا من تحققت فيه، وبعضها مندوب يراعى فيها تولية الأولى فالأولى -وهو ما يمكن أن نصلح على تسميتها بشروط أفضلية- وبعضها يرجع إلى الاحتياط في اختيار القاضي، وإلى السمو بهذه الولاية الهامة إلى ما يجب أن تكون عليه.

ولست هنا بصدد الحديث عن تفصيل شروط القاضي فهي خارجة عن محل البحث- ولكن المراد بيان بعض نماذج من هذه الشروط والتي تنعكس انعكاساً إيجابياً مباشراً على البعد الإنساني.

ويمكن تقسيم هذه الشروط - فيما يتعلق بمحل البحث- إلى شروط تتعلق بالصلاحية، والكفاءة، وشروط تتعلق بتحقيق التواصل بين القاضي، وبين الخصوم، وشروط تتعلق بالهيبة، والكمال.

- ففيما يتعلق بشروط الصلاحية، والكفاءة:

فإن الفقه الإسلامي قد اتفق على بعض الصفات الإلزمة في القاضي يمكن ردها إلى مصطلح الكفاءة.

فالكفاءة تعني: تمتع القاضي بمجموعة من الصفات التي تؤهله لتولى هذه الولاية الهامة، ومن أشهر هذه الصفات (البلوغ، العقل، العدالة، العلم...^(١٥)).

(١٥) ينظر في هذه الشروط:

من الفقه الحنفي:

البحر الرائق شرح كنز الرقائق لزين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، الجزء السادس ص ٢٨٣ وما بعدها ط/ دار المعرفة (بيروت) ط/ ثانية - بدون تاريخ -
حاشية ابن عابدين للشيخ/ محمد أمين الشهرير بابن عابدين الجزء الخامس ص ٣٥٤ ط/ دار الفكر للطباعة (بيروت) عام ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

ومن الفقه المالكي:

التاج والإكليل للشيخ/ محمد بن يوسف المواق العبدري الجزء السادس ص ٨٦ ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ.

مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب الجزء السادس ص ٨٦ وما بعدها ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ.

القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي ص ٢٥٣ ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ -.

ومن الفقه الشافعي:

==مغنى المحتاج للشيخ/ محمد الخطيب الشربيني الجزء الرابع ص ٣٧٤ وما بعدها ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ-

ومن الفقه الحنبلي:

الكافي في فقه ابن حنبل (مرجع سابق) ٤/٤٣٣.

الروض المربع (مرجع سابق) ٣/٣٨٥.

ومن الفقه الظاهري:

المحلى لأبي محمد علي بن أحمد سعيد بن حزم تحقيق/ لجنة إحياء التراث العربي الجزء التاسع ص ٣٦٣ وما بعدها ط/ دار الآفاق الجديدة (بيروت) - بدون تاريخ-

ومن الفقه الزيدي:

السيل الجرار لمحمد بن علي الشوكاني تحقيق/ محمود زايد الجزء الرابع ص ٢٧٣ وما بعدها ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

ومن الفقه الإمامي:

جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد حسن النجفي تحقيق/ محمود القوجاني. ١٢ / ٤٠ ط/ دار إحياء التراث العربي (بيروت) الطبعة السابعة ١٩٨١م.

المختصر النافع في فقه الإمامية لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ص ٢٧٩ ط/ وزارة الأوقاف بالقاهرة الطبعة الثانية ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م.

ومن الفقه الإباضي:

شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش الجزء الثالث عشر ص ١٩ ط/ مكتبة

الإرشاد (جدة) - دار الفتح (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وعلى هذا لا يجوز تولى القضاء لفاقد شرطه، بل يجب التوثق من تحقق الكفاءة في القاضي؛ حتى لا تهتز ثقة الناس في القضاء الذي هو الحصن الحصين لتحقيق العدالة، والضرب على أيدي الظالمين، والملاذ الأمن للمظلومين.^(١٦)

وقد وردت الأدلة الكثيرة التي ترهب من تولى غير الكفاء لمنصب القضاء، أو تولية ولي الأمر له، ومن أشهر هذه الأدلة ما يلي:

فمن الأدلة التي تدل على حرمة تولى القضاء لغير الكفاء: أحاديث كثيرة منها:

١- عن أنس أن الحجاج أراد أن يجعل إليه قضاء البصرة فقال أنس: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من طلب القضاء واستعان عليه، وكُل إلى نفسه، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه، أنزل الله عليه ملكاً يسدده".^(١٧)

٢- عن عبدالله بن بريدة عن أبيه -رضى الله عنهما- عن النبي ﷺ قال: "القضاة ثلاثة: قاضيان في النار، وقاض في الجنة، قاض عرف الحق فقضى به فهو في

(١٦) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار للشيخ/ أحمد بن يحيى بن المرتضى ضبط

وتعليق/ د: محمد محمد تامر الجزء السادس ص ١٦٩ دار الكتب العلمية (بيروت)

منشورات محمد علي بيضون - الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

(١٧) تلخيص الحبير (مرجع سابق) ٤/١٨١-١٨٢ (كتاب القضاء).

وقال فيه أبو الفضل العسقلاني: "...الطبراني في الأوسط، من رواية عبد الأعلى الثعلبي، عن

بلال بن أبي بردة الأشعري، وقال: لا يروى عن أنس إلا بهذا الإسناد، تفرد به عبد الأعلى ...

وقوله: بلال بن أبي بردة فيه نظر؛ فقد أخرجه البزار من طريق عبد الأعلى، عن بلال بن

مرداس، عن خيثمة، عن أنس، وقال: لا نعلمه عن أنس إلا من هذا الوجه، قال: وروي عن

عبد الأعلى بغير ذكر خيثمة، قلت: طريق خيثمة أخرجه أبو داود، والترمذي، والحاكم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الجنة، وقاض عرف الحق فجار متعمداً فهو في النار، وقاض قضى بغير علم فهو في النار".^(١٨)

وجه الدلالة:

يفيد الحديثان حرمة تولي غير الكفاء لمنصب القضاء، ففي الحديث الأول يحذر النبي ρ من طلب القضاء، والسعي إليه طمعاً في سلطة، أو حرصاً على مغنم، وهو ينصرف إلى غير الكفاء، لأن من تعين عليه القضاء بيان لم يوجد من يصلح له غيره- وجب عليه.

وفي الحديث الثاني يحذر النبي ρ من تولي الفاسق، والجاهل -وكلاهما غير كفاء- لمنصب القضاء، فالفاسق قد يقضي بالجور عمداً، والجاهل قد يقضي بالجور جهلاً، وفي هذا تنبيه منه ρ إلى وجوب تولي العالم الكفاء لولاية القضاء، وعدم جواز تولي غير الكفاء.

(١٨) المستدرک علی الصحیحین لمحمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري تحقيق/ مصطفى عطا

الجزء الرابع ص ١٠١ (كتاب الأحكام) ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى

١٤١١هـ - ١٩٩٠م

=خو قال فيه الحاكم النيسابوري: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد بإسناد

صحيح على شرط مسلم".

والحديث تخريجه أيضاً في تلخيص الحبير (مرجع سابق) ٤/ ١٨٥ (كتاب القضاء)

وقال فيه أبو الفضل العسقلاني: "...أصحاب السنن، والحاكم، والبيهقي، من حديث بريدة، قال

الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخراسانيون، ورواته مروزة، قلت: له طرق غير هذه قد

جمعتها في جزء مفرد".

ومن الأدلة التي تدل على حرمة تولية الحكام القضاء لغير الكفاء ما يلي:

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: "من استعمل رجلاً من عصابة، وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه، فقد خان الله، وخان رسوله، وخان المؤمنين".^(١٩)

٢- عن يزيد بن أبي سفيان قال: قال لي أبو بكر الصديق رضي الله عنه: "يا يزيد، إن لك قرابة عسيت أن تؤثرهم بالإمارة، ذلك أكثر ما أخاف عليك، فقد قال رسول الله ﷺ: من ولي من أمر المسلمين شيئاً، فأمر عليهم أحداً محاباة، فعليه لعنة الله، لا يقبل الله منه صرفاً، ولا عدلاً، حتى يدخله جهنم".^(٢٠)

وجه الدلالة من الحديثين الشريفين:

(١٩) المستدرک علی الصحیحین (مرجع سابق) ١٠٤/٤ (كتاب الأحكام)

وقال فيه: "هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه"

وتخريج الحديث أيضاً في: نصب الرأية (مرجع سابق) ٦٢/٤ (كتاب أدب القاضي).

وقال فيه الزيلعي: "...وتعقبه شيخنا شمس الدين الذهبي في مختصره، وقال: حسين بن قيس ضعيف...قلت: رواه ابن عدي في الكامل، وضعف حسين بن قيس، عن النسائي، وأحمد بن حنبل، ورواه العقيلي أيضاً في كتابه، وأعله بحسين بن قيس، وقال: إنما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب...وأخرجه الطبراني في معجمه، عن حمزة النصيبيني، عن عمرو ابن دينار، عن ابن عباس...وأخرجه الخطيب البغدادي، في تاريخ بغداد، عن إبراهيم بن زياد القرشي، عن خصيف، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ الطبراني، قال الخطيب: وإبراهيم بن زياد في حديثه نكرة، وقال ابن معين: لا أعرفه".

(٢٠) المستدرک علی الصحیحین (مرجع سابق) ١٠٤/٤ (كتاب الأحكام)

وقال فيه: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يجتمع الحديثان في بيان حرمة تولية ولي الأمر لغير الكفاء، أو تولية الرجل لمجرد المحاباة، وهو ما يفيد حرمة تولية القاضي إذا لم يكن مستجمعًا شروط القضاء.

- وأما الشروط التي تتعلق بتحقيق التواصل بين القاضي، وبين الخصمين:

فإن الشريعة الإسلامية تحرص على تحقيق التواصل بين القاضي، وبين الخصمين، على الوجه الذي تستظهر فيه العدالة، ويكمل لكل واحد منهما حقه في إظهار حجته، والدفاع عن حقه.

وتحقيقًا لتلك الغاية فقد اشترط الفقه الإسلامي سلامة الحواس لدى القاضي، إلا أن الأمر محل تفصيل، وخلاف، أتناوله فيما يلي:

اختلف الفقهاء في اشتراط سلامة الحواس لدى القاضي، بأن يكون سميعًا، بصيرًا، متكلمًا، إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى أصحابه عدم اشتراط سلامة الحواس في القاضي، وهو للحنايعة في رواية، (٢١) والإمامية في إحدى الروايتين. (٢٢)

الاتجاه الثاني:

(٢١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي تحقيق/ محمد الفقي الجزء الحادي عشر ص ١٧٧ ط/ دار إحياء التراث (بيروت) - بدون تاريخ -

(٢٢) جواهر الكلام (مرجع سابق) ٢١/٤٠، المختصر النافع في فقه الإمامية (مرجع سابق) ص

. ٢٧٩

يرى أصحابه أن سلامة الحواس شرط من شروط تولي القضاء، وهو للجمهور من الحنفية،^(٢٣) والمالكية،^(٢٤) والشافعية،^(٢٥) والحنابلة في الرواية الأخرى وهي الأشهر عندهم،^(٢٦) والإمامية في روايتهم الثانية، هي الأشهر أيضًا^(٢٧) وهو اتجاه الإباضية.^(٢٨)

(٢٣) البحر الرائق (مرجع سابق) ٢٩٩/٦

(٢٤) واعتبروا هذا الشرط من شروط الواجب غير الشرطي، بمعنى إن ولى وجب عزله، لكن ما مضى من أحكامه ينفذ، ولا ينقض.

الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للشيخ/ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي الجزء الثاني ص ٢١٩ ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤١٥ هـ.
مواهب الجليل (مرجع سابق) ١٠٠/٦

(٢٥) مغني المحتاج (مرجع سابق) ٣٧٥/٤

حاشية البجيرمي (مرجع سابق) ٣٤٥/٤ .

(٢٦) واعتبروا أن هذه الشروط من شروط كمال الخلقة.

المغني لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة الجزء العاشر ص ٩٣ ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.

الكافي في فقه ابن حنبل (مرجع سابق) ٤٣٤/٤

زاد المستنقع لأبي النجا موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي تحقيق/ علي محمد عبدالعزيز الهندي الجزء الأول ص ٢٤٧ ط/ مكتبة النهضة الحديثة (مكة المكرمة) - بدون تاريخ.

(جواهر الكلام (مرجع سابق) ٢١/٤٠ .²⁷⁾

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الأدلة:

أدلة الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على ما اتجهوا إليه من عدم اشتراط سلامة الحواس في القاضي، وأنه يجوز أن يولى القضاء أعمى، أو أصمًا، أو أباكًا بالسنة المطهرة، وهي ما يلي:

- عن ابن عباس τ : "أن النبي ρ استخلف ابن أم مكتوم على الصلاة، وغيرها من أمر المدينة" (٢٩).

وجه الدلالة:

أن النبي ρ قد استخلف سيدنا ابن أم مكتوم τ وهو كفيف البصر، فكان في هذا ما يدل على جواز تولية القضاء لغير سليم الحواس.

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما اتجهوا إليه من اشتراط سلامة الحواس في القاضي، بالقياس، والمعقول، وهو كما يلي:

من القياس:

قياس القضاء على الشهادة، فكما أن الشهادة تؤثر فيها سلامة الحواس، فإنها تؤثر في القضاء من باب أولى؛ لأن منصب القضاء أعلى من الشهادة، ولأن

(٢٨) شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ٢٣ / ١٣ .

(٢٩) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ١٩٦ / ٤ (باب استخلاف الأعمى).

وقال فيه: "رواه الطبراني في الكبير، ورجاله ثقات، وفي بعضهم كلام لا يضر".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

الشاهد يشهد في واقعة محددة، وفي أشياء يسيرة، بخلاف القضاء الذي يمثل ولاية عامة؛ لأن القاضي يحكم في قضايا الناس عامة.^(٣٠)

من المعقول:

أن القاضي يحتاج إلى السمع؛ ليفرق بين الإقرار، والإنكار، والإنشاء، والإخبار، كما يحتاج لأن يسمع كلام الخصمين، وشهادة الشهود.

ويحتاج إلى النطق لكي يحكم، ويسمع الناس حكمه، ولأنه ليس كل أحد يفهم إشارته.

ويحتاج إلى البصر ليميز المدعي من المدعى عليه، ويميز الشاهد من المشهود له، والمقر من المقر له.^(٣١)

المناقشة، والترجيح:

أولاً: المناقشة:

مناقشة أدلة الاتجاه الأول:

نوقش استدلال أصحاب الاتجاه الأول على ما اتجهوا إليه من صحة تولى الأعمى، والأصم، والأبكم، للقضاء، بما يلي:

إن استخلاف النبي ﷺ لسيدنا ابن أم مكتوم τ إنما كان في إمامة الصلاة دون الحكم، والحكم لا يقاس على الصلاة في هذا.^(٣٢)

(٣٠) المغني (مرجع سابق) ٩٣/١٠

(المرجع السابق ٩٢/١٠ - ٩٣/٣١)

(٣٢) مغني المحتاج (مرجع سابق) ٣٧٥/٤

ثانياً: الترجيح:

بعد ذكر ما تقدم من اتجاهات الفقهاء في مسألة اشتراط سلامة الحواس لدى القاضي، وما أمكن من استدلال، ومناقشة، أميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير الذي اتجه إلى اشتراط سلامة الحواس في القاضي؛ لما سبق من أدلة، ولما يلي:

١- إن تحقيق التواصل بين القاضي، وبين الخصوم من أهم ضمانات المتقاضين، فبهذا التواصل يستطيع صاحب الحق أن يقيم حجته، وأن يثبت حقه، ولا شك في أن التواصل لا يتحقق على الوجه الأكمل إلا بسلامة الحواس لدى القاضي.

٢- إن منصب القضاء من أهم الولايات في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فقد حرص الفقه الإسلامي على انضباط تلك الولاية، وعلى ظهور القاضي في أكمل هيئة، حتى عرض الفقهاء لمشيبته، وجلسته، وحديثه، وتعامله مع الناس، فكان في اشتراط سلامة الحواس ما يحمل المتخصصين على مهابة القاضي.

- وأما عن الشروط التي تتعلق بالهيئة، والكمال: فمنها شرط الحرية:

ذلك أن اشتراط الحرية في القاضي -وهو من الشروط المتفق عليها لدى جمهور الفقه الإسلامي-^(٣٢) لا يرجع فقط إلى أن القضاء ولاية، والولاية لا تصح من العبد،

(٣٢) ينظر في ذلك:

من الفقه الحنفي:

حاشية ابن عابدين (مرجع سابق) ٣٥٤/٥

ومن الفقه المالكي:

التاج والإكليل (مرجع سابق) ٨٧/٦

وإنما أيضًا لأن كمال هيبة القاضي، وتعظيم نظرة الناس إليه من الأهمية بمكان،
ومما لا شك فيه أن القاضي لا يتحقق له ذلك إلا بكمال حريته، وسلامته من الرق.

مواهب الجليل (مرجع سابق) ٨٧/٦

ومن الفقه الشافعي:

مغني المحتاج (مرجع سابق) ٣٧٥/٤

ومن الفقه الحنبلي:

المغني (مرجع سابق) ٩٢/١٠

زاد المستقنع (مرجع سابق) ٢٤٧/١

== ومن الفقه الإمامي:

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٢١/٤٠، المختصر النافع في فقه الإمامية (مرجع سابق) ص

. ٢٧٩

... وخالف الظاهرية، والإمامية في رواية، مسلك الجمهور في اشتراط الحرية فقالوا: يجوز للعبد

تولى منصب القضاء؛ لأنه مخاطب بالأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر. المحلى

(مرجع سابق) ٤٣٠/٩

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٢١/٤٠

ويمكن الجواب على هذا بأن: القضاء لا يقتصر على الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، إنما

القضاء ولاية عامة، وما ذكر لا يمثل إلا جزءًا من ولاية القضاء.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

حتى أن ابن قدامة — رحمه الله تعالى — قد عدَّ هذا الشرط من شروط كمال الأحكام، إمعاناً في مراعاة البعد الإنساني.^(٣٤)

الفرع الثاني

مراعاة البعد الإنساني فيما يتعلق بهيئة القاضي

بما أن للقضاء مهابة يجب أن تلتزم، وبما أن للقضاة منزلة يجب أن تحترم، فإن على القاضي أن يلتزم في هيئته، وتعامله، ما يبعث على احترامه، ومهابة الناس له، ولمنصبه الرفيع الذي هو من أعظم الولايات في الشريعة الإسلامية، فيراعي كل ذلك في جلسته، ومشيته، وعلاقاته بالناس، بل وحتى في مظهره، ولباسه.

ومن مظاهر ذلك مما يتمشى مع تلك الغاية، فقد ذكر الفقهاء — رضوان الله عليهم — أن على القاضي أن يخرج إلى مجلس القضاء بسكينة، ووقار، وأن يكون في مجلسه كثير الصمت، قليل الحركات، ليكون ذلك باعثاً على توقيره، ومهابة الناس له.^(٣٥)

ويكون في مجلسه قوياً من غير عنف ليردع المتجاوز، ويكون ليناً من غير ضعف، لكي يجمع بين الرفق، والهيبة.^(٣٦)

^(٣٤) المغني (مرجع سابق) ٩٢/١٠.

^(٣٥) شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ٧٤ / ١٣.

أدب القضاء للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم تحقيق/ د: محيي هلال السرحان الجزء الأول ص ١٦٤-١٦٥ ط/ مطبعة الإرشاد - بغداد - الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

^(٣٦) زاد المستنقع (مرجع سابق) ٢٤٨/١.

ولا يجلس للقضاء على تراب الأرض، أو حصر المسجد -إذا جلس للقضاء فيه- بل يُبسط له شيئاً يجلس عليه؛ حتى لا تضيع هيئته في أعين المتخاصمين.^(٣٧)

أما من حيث لباسه فينبغي -أيضاً- أن يكون داعياً إلى الهيبة، والاحترام، حتى أن بعض الفقه يرى أن على القاضي أن يتميز في لباسه، وهيئته عن لباس غيره، وأن يراعى القضاة ما جرت عليه عادتهم في زمنهم من اللباس الذي يميزهم دون كبر، أو تعال؛ لأن ذلك ادعى لاحترامهم، ونزول الناس على أحكامهم ليس فقط بالتنفيذ الجبري، وإنما بالقناعة النفسية، والرضاء الذاتي.^(٣٨)

ومما يتعلق بهيبة القاضي أيضاً، ما يراه جمهور الفقه الإسلامي من أنه يكره له توليه البيع والشراء بنفسه.^(٣٩)

(٣٧) المغني (مرجع سابق) ٩٦/١٠

(٣٨) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للشيخ/ علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي تحقيق الشيخ/ علي محمد معوض، الشيخ/ عادل أحمد عبدالموجود الجزء السادس عشر ص ٢٧٣ ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.

أدب القضاء للقاضي ابن أبي النعمان (مرجع سابق) ١/ ١٦٤-١٦٥ .
د/ عبدالكريم زيدان (نظام القضاء في الشريعة الإسلامية) ص ١٢٢-١٢٣ ط/ مطبعة العاني - بغداد الطبعة الأولى: ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.

(٣٩) مواهب الجليل (مرجع سابق) ٦/ ١٢٠، القوانين الفقهية (مرجع سابق) ص ٢٥٤ .

الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشيخ/ محمد الشربيني الخطيب تحقيق/ مكتب البحوث والدراسات الجزء الثاني ص ٦١٨ ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤١٥ هـ.

روضة الطالبين وعمدة المفتين للشيخ محيي الدين النووي الجزء الحادي عشر ص ١٤٢ ط/ المكتب الإسلامي (بيروت) الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

ووجه ذلك ما يلي:

- إن في البيع والشراء بنفسه ما قد ينقص هيئته عند الناس، لما يشتمل عليه البيع من مساومة في العادة.

- إنه قد يكون معروفاً لمن يشتري منه، أو يتولى البيع له، فيحاييه، فيكون ذلك كالهديّة المحرمة^(٤٠).

إلا أنه لو احتج إلى مباشرة البيع، والشراء بنفسه، بأن لم يكن له من يتولاه نيابة عنه، لم يكره ذلك في حقه؛ لأن القيام بشئون عياله فرض عين لا يترك لمظنة المضرة، ولكن لا يقوم بالبيع، أو الشراء ممن يعرفه، بل يتحوط في ذلك بالبعد عن المتخصصين، ومن هو مشهور بينهم.^(٤١)

المطلب الثاني

المعني (مرجع سابق) ١٠/١١٨، الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١١/٢١٤، الكافي في فقه ابن حنبل (مرجع سابق) ٤/٤٤١.

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠/٨٣

(٤٠) مواهب الجليل (مرجع سابق) ٦/١٢٠

روضة الطالبين (مرجع سابق) ١١/١٤٢

المعني (مرجع سابق) ١٠/١١٨

الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١١/٢١٤

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠/٨٣

(٤١) مواهب الجليل (مرجع سابق) ٦/١٢٠

المعني (مرجع سابق) ١٠/١١٩

البعد الإنساني المتعلق بحظر قبول القاضي للهدايا

مما لا جدال فيه أنه يحرم على القاضي شأنه شأن غيره- أن يقبل الرشوة، لورود الأدلة الكثيرة على تحريم الرشوة، وللإجماع الثابت على تحريمها.^(٤٢)

ولكن الأمر لا يقتصر في حق القاضي على تحريم قبول الرشوة، بل إن الأمر يشمل أيضًا تحريم أخذه الهدية^(٤٣) - وإن كان الأمر محل تفصيل- وفي تحريم أخذ الهدية في حق القاضي مراعاة للبعد الإنساني في جانبه، وفي جانب المتقاضين، وفي جانب المجتمع.

ففي جانب القاضي يكون القاضي حرًا، نزيهًا، لا تأثر، ولا ميل، في قضائه إذا لم يكن للمتخاصم عليه فضل، فينظر القاضي الدعوى بتجرد، ولا يكون أسيرًا في نفسه لمن أهدى إليه الهدية.

كما أن في تحريم قبول الهدية في جانب القاضي ما يرفع من قدره، ويصون سيرته من سوء الظن، ويكسبه الهيبة، والاحترام، اللازم وجودهما للقضاة.

وأما في جانب المتقاضين فإن تحريم قبول الهدية في جانب القاضي يجعل المتخاصمين سواء في ظنهما عند القاضي، فيكون كل واحد منهما نذا لصاحبه، ولا انتصار لواحد منهما على الآخر إلا بالدليل.

بخلاف الحال فيما لو قبل القاضي الهدية من واحد منهما حيث ينتظر المهدي محاباة القاضي له، وهو ما قد يجعله لا يابه باعتدائه على حقوق الآخرين، وهو في

(٤٢) سيأتي -بمشيئة الله تعالى- مزيد إيضاح لذلك في محله.

(٤٣) وكما يحرم على القاضي قبوله الهدية، فإنه يحرم أيضًا قبولها في حق معاونيه، مثل

الكاتب، والحاجب، وغيرهما، وأيضًا يحرم قبولها في حق الشهود إذا كانت من أحد الخصمين.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي تحقيق/ محمد عيش

الجزء الرابع ص ١٤٠ ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧_المجلد الاول

الوقت ذاته يجعل الطرف الآخر يائسًا أو على الأقل غير متيقن- من نزاهة القاضي المهدي إليه.

وأما في جانب المجتمع فإن عدم قبول القاضي للهدية يجعل المجتمع ينظر إلى القضاء نظرة الرفة، والنزاهة، وبيروته سياج أمن يضبط ميزان العدل فيهم، وملاًدًا أمنًا للمظلوم الذي يعلم أن القاضي لن يحابي عليه غيره بسبب الهدية، وهو ما يعود على المجتمع بالاستقرار النابع من الثقة في القضاء.

وقبل أن أخوض في تفصيلات حكم قبول القاضي للهدية، أود الإشارة إلى حكم التهادي بوجه عام، وأفصل ذلك في فرعين:

الفرع الأول

حكم التهادي بحسب الأصل

التهادي في الأصل مندوب؛ لأنه من أسباب التحاب، والتقارب بين الناس، وقد نذب النبي μ إلى الهدية بسنته القولية، كما أكد الحث عليها بالسنة الفعلية، ومن أدلة ذلك ما يلي:

من السنة القولية:

١- عن أبي هريرة τ عن النبي μ أنه قال: "تهادوا تحابوا".^(٤٤)

(٤٤) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي بن محمد

الشوكاني الجزء السادس ص ١٠٠ (كتاب الهبة، والهدية) ط/ دار الجيل (بيروت) ١٩٧٣ م.

وقال فيه: "قال الحافظ: وإسناده حسن".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

٢- عن أنس بن مالك r قال: قال رسول الله p : "لو أهدى إلي كراع لقبلت، ولو دعيت عليه لأجبت" (٤٥).

(٤٥) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٦٢٣/٣ (باب ما جاء في قبول الهدية، وإجابة الدعوة).

وقال فيه أبو عيسى: "حديث أنس حديث حسن، صحيح".

يقصد بالحسن عند الترمذي:

كل حديث يروى لا يكون في إسناده من يتهم بالكذب، ولا يكون الحديث شاذًا، ويروى من غير وجه نحو ذلك.

وقد اختار الإمام السخاوي في شرحه على كتاب شرح الهداية للإمام الجزري أن الحسن هو: ما اعتبر فيه ما يعتبر في الصحيح من الاتصال، وعدالة الرجال، والسلامة من الشنوذ، والإعلال، غير أنه لا يكون في رواته من الضبط ما في رواية الصحيح.

وعلى ذلك فإن درجة الحسن قاصرة عن درجة الصحيح، فإذا جمع بينهما، فقد يكون المراد أن الحديث أعلى رتبة من الحسن، وهو دون الصحيح المطلق.

أو أن حال الحديث محل اختلاف فالبعض يعتبره حسنًا، والبعض يعتبره صحيحًا، فوصفه من خرجه بالوصفين معًا، وكأنه متردد فيه تبعًا لاختلاف العلماء في وصفه
== فكأنه يقول: هو حسن عند قوم، صحيح عند قوم.

وبناء على ذلك فإن ما قيل فيه: حسن صحيح، يكون دون ما قيل فيه: صحيح؛ استنادًا إلى أن الجزم أقوى من التردد.

٤- عن أبي وائل عن عبدالله -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: "أجيبوا الداعي، ولا تردوا الهدية، ولا تضربوا المسلمين".^(٤٦)

وقد يكون المراد أن الحديث قد روى بإسنادين: أحدهما صحيح، والآخر حسن، فوصفه مُخرجه بالوصفين، وفي هذه الحالة يكون ما قيل فيه: حسن صحيح، أقوى مما قيل فيه صحيح فقط؛ مراعاة لكثرة الطرق التي تقوي بعضها بعضاً.

ينظر في ذلك: الغاية في شرح الهداية في علم الرواية للإمام/ محمد بن عبدالرحمن السخاوي تحقيق/ أبي عائش عبدالمنعم إبراهيم الجزء الأول ص ١٤٨-١٥٠ ط/ مكتبة أولاد الشيخ للتراث الطبعة الأولى ٢٠٠١م.

(٤٦) صحيح ابن حبان (مرجع سابق) ١٢/ ٤١٨ (فصل في التعذيب، ذكر الزجر عن ضرب المسلمين كافة إلا ما يبيحه الكتاب، والسنة).

وقال أبو حاتم في رواته: "عمر، ويعلى، ومحمد بنو عبيد الطنافسي كوفيون، ثقات".

والحديث برواية أخرى في مجمع الزوائد: عن عبدالله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: "لا تردوا هدية، ولا تضربوا المسلمين".

وقال فيه الهيثمي: "رواه أحمد، وأبو يعلى، ورجال أحمد رجال الصحيح".

وجه الدلالة من الأحاديث الشريفة:

تفيد الأحاديث مجتمعة قبول الهدية، ففي الحديث الأول يأمرنا p بالتهادي، وقد بين p الحكمة منه من التحاب، وما في معناه من التأخي، وتقوية أواصر المحبة، وهذا أمر لا ينكر.

وفي الحديث الثاني يبين لنا النبي p وهو القدوة الحسنة، أنه سيقبل الهدية وإن كانت يسيرة، وفي هذا ملمح منه p بترغيبنا في قبول الهدية.

وفي الحديث الثالث ينهنا p نهياً صريحاً عن رد الهدية؛ لما في ذلك من إحزان المهدي، وإيماء من الراد بعدم الرغبة في تقوية أواصر الود بينه وبين من رفض هديته.

فيدل كل هذا على الترغيب في قبول الهدية، وعدم ردها.

من السنة الفعلية:

ورود الكثير من الروايات التي تفيد قبوله p الهدية، بل وإهدائه لها، ومن ذلك ما يلي:

١- عن عيسى بن يونس عن هشام عن أبيه عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: "كان رسول الله p يقبل الهدية، ويثيب عليها".^(٤٧)

٢- عن عبدالله بن بسر r قال: "كانت أختي ربما تبعثني بالشيء إلى النبي p تطرفه إياه، فيقبله مني".

- وفي لفظ: كانت تبعثني إلى النبي p بالهدية فيقبلها".^(٤٨)

(٤٧) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٩٠٣/٢ (باب المكافأة في الهبة).

وجه الدلالة:

أنه p كان يقبل الهدية، ولا يردها، وفي هذا دلالة قاطعة على جواز قبول الهدى ما دامت قد خلت من الغرض غير المشروع.

٣- عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت لما تزوج النبي p أم سلمة قال لها: "إني أهديت إلى النجاشي حلة، وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، وأرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت على فهي لك، قالت: وكان كما قال رسول الله (وردت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة)".^(٤٩)

(٤٨) نيل الأوطار (مرجع سابق) ٩٩/٦-١٠٠ (كتاب الهبة والهدية)

وقال الشوكاني: "رواهما أحمد...حديث عبدالله بن بسر أخرجه أيضًا الطبراني في الكبير، قال في مجمع الزوائد: ورجالهما يعني أحمد، والطبراني، رجال الصحيح، وله حديث آخر أخرجه الطبراني في الكبير، وفي إسناده الحكم بن الوليد، ذكره ابن عدي في الكامل، وذكر له هذا الحديث وقال: لا أعرف هذا عن عبدالله بن بسر إلا عن الحكم...قال في مجمع الزوائد وبقية رجاله ثقات".

(٤٩) نيل الأوطار (مرجع سابق) ١٠٠/٦ (كتاب الهبة والهدية)

وقال فيه: "رواه أحمد...أيضًا الطبراني، وفي إسناده مسلم بن خالد الزنجي، وثقه ابن معين، وغيره، وضعفه جماعة، وفي إسناده أيضًا أم موسى بنت عقبة، قال في مجمع الزوائد: لا أعرفها، وبقية رجاله رجال الصحيح".

أنه لو كان يقدم الهدية لمن أراد، وفي هذا ما يدل على جواز إعطائها، وأخذها.

الفرع الثاني

حظر قبول القاضي للهدية

إذا كان الأصل في التهادي هو الندب، وهو ما يجعل قبولها بحسب هذا الأصل - أمراً مستحسناً في الشريعة الإسلامية، إلا أنه في بعض الأحيان قد يرمى المهدي من وراء هديته إلى هدف غير مشروع، لتحقيق مصلحة لا تحل له، أو الوصول من خلال المهدي إليه - بطريق الهدية - إلى حق للغير، فحينها يتغير الحكم بتغير القصد، ويصبح قبول الهدية حراماً.

ومن هنا فقد تحدث الفقهاء - رضوان الله عليهم - في تحريم قبول الهدية على القضاة بعداً بهم عن مواطن الشبهات، وإطلاقاً لأيديهم في الحكم بالعدل من خلال الفكر المحرر من كل أثر، إلا أثر الحق.

ولكن بما أنني أتحدث عن تحريم قبول الهدية في حق القاضي، فإن في الأمر تفصيلاً يجب أن أشير إليه من خلال التعرض لحالات تقديم الهدية، ذلك أن الهدية التي تقدم للقاضي إما أن تقدم ممن له خصومة عنده، أو تقدم ممن ليست له خصومة عنده، ولكل حالة من الحالتين حكمها أعرض له فيها فيما يلي:

الحالة الأولى: تقديم الهدية ممن له خصومة عند القاضي:

إذا كان المقدم للهدية ممن له خصومة عند القاضي، كان مطلوباً بأمامه، أو يطلب حقاً من خلاله، فإن الفقه الإسلامي قد اتفق على حرمة قبض القاضي للهدية في هذه الحالة.^(٥٠)

ويستدل على حرمة أخذ القاضي للهدية في هذه الحالة بما يلي:

١- عن عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي π قال: استعمل النبي ρ رجلاً من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا أهدي لي،

(٥٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر علاء الدين الكاساني الجزء السابع ص ٩-١٠ ط/ دار الكتاب العربي (بيروت) الطبعة الثانية ١٩٨٢م.

(٥٠) ينظر من الفقه الحنفي:

بدائع الصنائع (المرجع السابق) ٧/٩-١٠

تحفة الفقهاء للشيخ/ علاء الدين السمرقندي الجزء الثالث ص ٣٧٤ ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤م.

ومن الفقه المالكي:

التاج والإكليل (مرجع سابق) ٦/١٢٠، النخيرة (مرجع سابق) ١٠/٨٣

ومن الفقه الشافعي:

حاشية البجيرمي (مرجع سابق) ٤/٣٥٣

ومن الفقه الحنبلي:

المغني (مرجع سابق) ١٠/١١٧

ومن الفقه الزيدي:

السيل الجرار (مرجع سابق) ٣/٣٠٥

قال: فهلا جلس في بيت أبيه، أو بيت أمه، فينظر يهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة... ثم رفع بيده حتى رأينا عفرة إبطيه، اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت، ثلاثاً".^(٥١)

٢- عن أبي حميد الساعدي τ قال: قال رسول الله ρ : "هدايا العمال غلول".^(٥٢)

- وقد روى الحديث برواية أخرى: عن جابر بن عبد الله τ أن النبي ρ قال: "هدايا الأمراء غلول".^(٥٣)

- وفي رواية ثالثة عن ابن عباس τ عن رسول الله ρ قال: "الهدية إلى الإمام حمار يهدى غلول".^(٥٤)

(^{٥١}) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٩١٦/٢-٩١٧ (باب من لم يقبل الهدية لعلة).

صحيح مسلم (مرجع سابق) ١٤٦٣/٣ (باب تحريم هدايا العمال).

(^{٥٢}) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٢٠٠/٤ (باب هدايا الأمراء)

وقال فيه: "رواه البزار من رواية إسماعيل بن عياش، عن الحجازيين، وهي ضعيفة".

(^{٥٣}) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ١٥٠/٤-١٥١ (باب هدايا الأمراء)

وقال فيه الهيثمي: "رواه الطبراني في الأوسط، وإسناده حسن".

والحديث أيضاً في: تلخيص الحبير (مرجع سابق) ١٨٩/٤ (باب أدب القضاء)

وقال فيه أبو الفضل العسقلاني: "حديث هدايا الأمراء غلول، البيهقي، وابن عدي، من حديث

أبي حميد، وإسناده ضعيف، والطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة، وإسناده أشد ضعفاً،

وفيه عن جابر، أخرجه سنيد بن داود في تفسيره، عن عبدة بن سليمان، عن إسماعيل بن مسلم،

عن الحسن، عن جابر، وإسماعيل ضعيف".

٣- عن عصمة τ قال: قال رسول الله ρ : "الهدية تذهب بالسمع والبصر".^(٥٥)

وجه الدلالة من الأحاديث الشريفة:

أنه ρ قد بيّن أن الهدايا التي تقدم للعمال -ومن في حكمهم كالقضاة- هي غلول يحرم أخذها، ولا جدال في تحريم الغلول؛ لأنه تريح باستغلال السلطة، وقد نفر النبي ρ من الغلول، وتوعد فاعله بأشد الوعيد في كثير من الأحاديث النبوية الشريفة، ومن ذلك أذكر:

١- عن عبادة بن الصامت τ أنه ρ قال: "إياكم والغلول، فإنه عار على أهله يوم القيامة".^(٥٦)

٢- عن أبي هريرة τ قال: "قام فينا رسول الله ρ ذات يوم فذكر الغلول، فعظمه، وعظم أمره، ثم قال: لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته بعير له رغاء، يقول يا رسول الله: أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك، لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته فرس له حممة، فيقول: يا رسول الله أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً، قد أبلغتك، لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته شاة لها ثغاء، يقول: يا رسول الله أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً، قد أبلغتك، لا ألفين أحدكم

(^{٥٤}) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٤/١٥٠-١٥١ (باب هدايا الأمراء)

وقال فيه الهيثمي: "رواه الطبراني في الأوسط، وفيه ثمان بن سعيد، وهو ضعيف".

(^{٥٥}) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٤/١٥٠-١٥١ (باب هدايا الأمراء)

وقال فيه الهيثمي: "رواه الطبراني في الكبير، وفيه الفضل بن المختار وهو ضعيف جداً".

(فتح الباري شرح صحيح البخاري لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي⁵⁶)

تحقيق/ محب الدين الخطيب الجزء السادس ص ١٨٦ (باب الغلول) ط/ دار المعرفة (بيروت) -

بيون تاريخ-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يجيء يوم القيامة على رقبته نفس لها صياح، فيقول: يا رسول الله أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً، قد أبلغتك، لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته رفاع تخفق، فيقول: يا رسول الله أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك، لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته صامت، فيقول: يا رسول الله أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً، قد أبلغتك" (٥٧)

ففي هذين الحديثين وغيرهما ما يدل على حرمة الغلول، وتوعد الواقع فيه بأشد الوعيد.

(٥٧) صحيح مسلم (مرجع سابق) ١٤٦١/٣ (باب غلظ تحريم الغلول)

ومعنى لا ألفين بضم أوله وبالفاء أي: لا أجد، والمراد به النهي، وروى بفتح الهمة وبالقاف ألفين: من اللقاء.

ولكن الأشهر - علي ما ذكر ابن حجر العسقلاني - أنه بلفظ النفي المراد به النهي.

والمراد بقوله p: "يعير له رغاء" بضم الراء وتخفيف المعجمة، وبالمد، صوت البعير.

وقوله p: "قرس له حممة" بمهملتين مفتوحتين بينهما ميم ساكنة ثم ميم قبل الهاء، وهو صوت الفرس عند العلف، وهو صوت دون الصهيل.

أما قوله p: "شاة لها نغاء"، بضم المثناة وتخفيف المعجمة وبالمد، صوت الشاة.

وقوله p: "نفس لها صياح" المراد ما يغله من الرقيق من امرأة، أو صبي.

وقوله p: "رفاع تخفق" أي تتفقع وتضطرب إذا حركتها الرياح، وقيل إن معناه تلمع، والمراد بها

- علي ما فسره ابن الجوزي - الثياب، وفسرها بعض العلماء بما عليه من الحقوق المكتوبة في

الرفاع.

وقوله p: "علي رقبته صامت" أي الذهب والفضة، وقيل المراد بالصامت: ما لا روح فيه من

أصناف المال.

انظر في معاني هذه المصطلحات: فتح الباري (مرجع سابق) ١٨٦/٦-١٨٧ (باب الغلول).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧، المجلة الأولى

٤- إن قبول الهدية ممن له خصومة لدى التآضي هي من الرشوة المحرمة، ولا يختلف اثنان على تحريم الرشوة، وقد أثر عن سيدنا عمر ابن عبدالعزيز π قوله: "كانت الهدية في زمن رسول الله ρ هدية، واليوم رشوة"^(٥٨).

ويستدل على تحريم الرشوة بأدلة كثيرة من القرآن الكريم، والسنة المطهرة، والإجماع، والمعقول:

فمن القرآن الكريم:

- قوله تعالى: {سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَآخُكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضَ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَآخُكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} ^(٥٩).

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

تدل الآية الكريمة على تحريم الرشوة؛ إذ أن بعض المفسرين قد فسّر السحت بالرشوة، ومن أشهرهم الإمام القرطبي^(٦٠) والإمام الطبري^(٦١) - رحمهما الله تعالى.

وقد روى هذا التفسير عن مجموعة من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - على رأسهم سيدنا عمر، وعلي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، من قولهم في تفسير السحت إنه: الرشوة في الحكم^(٦٢).

^(٥٨) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٩١٦/٢ (باب من لم يقبل الهدية لعلة).

^(٥٩) [المائدة: ٤٢].

^(٦٠) الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجزء السادس ص ١٨٣ ط/ دار الشعب (القاهرة) - بدون تاريخ.

^(٦١) جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري) لأبي جعفر محمد بن جرير بن يزيد ابن خالد الطبري: الجزء السادس ص ٢٣٩ ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤٠٥ هـ.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإصلاحية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وقد روى ذات التفسير أيضًا عن سيدنا ابن عباس τ فيما جاء عن حبيب بن صالح عن ابن عباس τ قال: "السحت الرشوة في الحكم، ومهر البغي، وثمان الكلب، وثمان القرد، وثمان الخنزير، وثمان الخمر، وثمان الميتة، وثمان الدم، وعسب الفحل، وأجر النائحة، وأجر المغنية، وأجر الكاهن، وأجر الساحر، وأجر القائف، وثمان جلود السباع، وثمان جلود الميتة، فإذا دبغت فلا بأس بها، وأجر صور التماثيل، وهديّة الشفاعة، وجعيلة الغزو".^(١٣)

ومن السنة المطهرة: أحاديث كثيرة تحرم الرشوة، منها ما يلي:

- عن أبي هريرة τ قال: "لعن رسول الله ρ الراشي والمرتشي في الحكم".^(١٤)

ورواه الترمذي برواية أخرى مطلقة، عن عبدالله بن عمرو -رضى الله عنهما- قال: "لعن رسول الله ρ الراشي، والمرتشي".^(١٥)

(١٣) فتح الباري (مرجع سابق) ٤/٤٥٤ (باب ما يعطي في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب).

(١٤) سنن البيهقي الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي تحقيق/ محمد عبدالقادر عطا الجزء السادس ص ١٢ (باب تحريم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام) ط/ مكتبة دار الباز (مكة المكرمة) ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

وقال فيه: "هذا منقطع بين حبيب بن صالح، وابن عباس، وهو موقوف".

(١٥) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٣/٦٢٢ (باب ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم)

وقال فيه أبو عيسى: "...حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث عن أبي سلمة بن عبدالرحمن عن عبدالله بن عمرو ρ عن النبي ρ وروي عن أبي سلمة عن أبيه -رضى الله عنهما- عن النبي ρ ولا يصح، قال: وسمعت عبدالله بن عبدالرحمن τ يقول: حديث أبي سلمة عن عبدالله بن عمرو -رضى الله عنهما- عن النبي ρ أحسن شيء في هذا الباب، وأصح".

وفى رواية ثالثة للهيثمي في مجمع الزوائد بزيادة الرائش،^(٦٦) على الراشي،
والمرتشي.^(٦٧)

من الإجماع:

فقد أجمع الفقهاء على تحريم الرشوة، ولم يختلف في ذلك أحد منهم.^(٦٨)

من المعقول:

^(٦٩) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٦٢٣-٦٢٢/٣ (باب ما جاء في الراشي، والمرتشي في الحكم).

وقال فيه أبو عيسى: "هذا حديث حسن، صحيح".

^(٦٦) وهو الوسيط بين الراشي والمرتشي.

^(٦٧) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ١٩٩-١٩٨/٤ (باب في الرشا)

وقال فيه الهيثمي: "رواه أحمد، والبخاري، والطبراني في الكبير، وفيه أبو الخطاب، وهو مجهول".

^(٦٨) المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ٦٧/١٦، بدائع الصنائع (مرجع سابق) ٩/٧، مواهب

الجليل (مرجع سابق) ١٢٢/٦، مغني المحتاج (مرجع سابق) ٣٩٢/٤، المحلى (مرجع سابق)

١٥٧/٩، السيل الجرار (مرجع سابق) ٣٠٠/٤، جواهر الكلام (مرجع سابق) ١٣١/٤٠

وقد نقل الإجماع كثير من أئمة الفقه، وعلماء التفسير منهم: الإمام القرافي، وابن قدامة،
والقرطبي.

ينظر: النخيرة للشيخ/ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق/ محمد حجي الجزء العاشر

ص ٨٣ ط/ دار الغرب (بيروت) ١٩٩٤م.

المغني (مرجع سابق) ١١٨/١٠

تفسير القرطبي (مرجع سابق) ١٨٣/٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أن المرتشي إنما يأخذ الرشوة ليحكم بغير الحق، أو ليوقف الحكم عن الراشي، وذلك ظلم عظيم لا يحل؛ لما يؤدي إليه من عدم إحقاق الحق، والحكم بالعدل الواجب، والضرورة لصالح المجتمع.^(٦٩)

٥- ويستدل على تحريم أخذ القاضي للهدية في الحالة محل الحديث من المعقول بما يلي:

إن الهدية في محل الخصومة لا تخلو -غالبًا- من غرض، وهذا الغرض يكون إما التَّقوي بالهدية على باطل، أو الوصول بها إلى حق غيره، وكل ذلك حرام.

بل على أقل تصور فإن المُهدي يقصد طلب القرب من القاضي، ونفوذ كلامه، ولا غرض له من ذلك إلا الاستطالة على خصومه، أو الأمن من مطالبتهم له، وهو ما يستتبع خشية الناس من مطالبته بحق عليه، ويأسهم من الوصول إلى تحقيق العدل في مواجهته، ومن ثم فلا يجوز للقاضي قبول الهدية ممن له خصومة أمامه.^(٧٠)

الحالة الثانية: تقديم الهدية ممن ليست له خصومة عند القاضي:

إذا قدمت الهدية للقاضي ممن ليست له خصومة عنده، فإنه يمكن التفرقة بين فرضين لكل واحد منهما حكمه، أبينه فيما يلي:

الفرض الأول:

إذا لم تكن للمُهدي عادة في إهداء القاضي قبل توليه القضاء:

وفي هذا الفرض فإنه يحرم على القاضي قبول الهدية، وتأخذ هذه

(٦٩) المغني (مرجع سابق) ١١٨/١٠

(٧٠) نيل الأوطار (مرجع سابق) ١٧٣/٩ (باب نهى الحاكم عن الرشوة واتخاذ حاجب لبابه في

مجلس حكمه)

الحالة حكم تقديم الهدية ممن له خصومة عند القاضي.^(٧١)

ووجه ذلك أن:

الهدية ممن لم يكن يهدي إليه قبل توليه القضاء يقصد بها في الغالب استمالة قلبه، لكي يحقق من وراء ذلك مصلحة غير مشروعة كأن يعتني به في الحكم، فيحكم له بلا حق، أو يمنع خصمه من أخذ الحق منه، فأشبهت الرشوة في مثل هذه الحالة.^(٧٢)

الفرض الثاني:

إذا كان من عادة المهدّي إهداء القاضي قبل توليه القضاء:

(٧١) بدائع الصنائع (مرجع سابق) ٩/٧-١٠، تحفة الفقهاء (مرجع سابق) ٣/٣٧٤

الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير تحقيق الشيخ/ محمد عليش الجزء الرابع ص ١٤٠ ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ، التاج والإكليل (مرجع سابق) ٦/١٢٠، الذخيرة (مرجع سابق) ١٠/٨٣.

حاشية البجيرمي (مرجع سابق) ٤/٣٥٣

المغني (مرجع سابق) ١٠/١١٧

السييل الجرار (مرجع سابق) ٣/٣٠٥

البحر الزخار (مرجع سابق) ٦/١٨٧ .

(٧٢) المغني (مرجع سابق) ١٠/١١٧

وفي هذا الفرض يفرق الفقهاء بين صورتين:

الصورة الأولى:

إذا كان الهدية للقاضي بمثل ما كان المهدي معتادًا في إهدائه دون زيادة:

وفي هذه الصورة اختلف الفقهاء في قبول القاضي للهدية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى أصحابه حرمة قبولها، وهو للمالكية في الأشهر عندهم،^(٧٣) والشافعية في وجهه.^(٧٤)

الاتجاه الثاني:

يرى أصحابه جواز قبول القاضي للهدية، وهو للجمهور من الحنفية،^(٧٥) والمالكية في قول آخر،^(٧٦) والشافعية في الوجه الثاني،^(٧٧) والحنابلة،^(٧٨) والزيدية،^(٧٩) والإباضية.^(٨٠)

(٧٣) الشرح الكبير للدردير (مرجع سابق) ١٤٠/٤

التاج والإكليل (مرجع سابق) ١٢٠/٦

الذخيرة (مرجع سابق) ٨٣/١٠

(٧٤) روضة الطالبين (مرجع سابق) ١٤٣/١١

(٧٥) بدائع الصنائع (مرجع سابق) ١٠-٩/٧

(٧٦) الشرح الكبير للدردير (مرجع سابق) ١٤٠/٤

الأدلة:

أدلة الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على ما اتجهوا إليه من حرمة قبول القاضي للهدية، ولو كانت بمثل ما كان المُهدي معتادًا في إهدائه بما يلي:

١- عموم الأدلة التي تؤكد حرمة قبول القاضي للهدية، فهذه الأدلة لم تفرق بين حالة، وأخرى، ومن ثم فإن الحكم فيها واحد.

ومن أشهر الأدلة على تحريم قبول الهدية من جانب القاضي

على وجه العموم ما يلي:

- عن عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي π قال: استعمل النبي ρ رجلًا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا أهدي لي، قال: فهلا جلس في بيت أبيه، أو بيت أمه، فينظر يهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده

وقد وافق المالكية في قولهم هذا - الجمهور في اتجاههم إلى عدم الحرمة، ولكن قالوا بكرامة قبولها، ولم يقولوا بالجواز، كما فعل الجمهور.

(٧٧) حاشية البجيرمي (مرجع سابق) ٣٥٣/٤

روضة الطالبين (مرجع سابق) ١٤٣/١١

(٧٨) المغني (مرجع سابق) ١١٨/١٠

(٧٩) البحر الزخار (مرجع سابق) ١٨٧/٦ .

(٨٠) شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ٧٦-٧٥ / ١٣ .

لا يأخذ أحد منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة... ثم رفع بيده حتى رأينا عفرة إبطيه، اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت ثلاثاً" (٨١).

- عن أبي حميد الساعدي τ قال: قال رسول الله p : "هدايا العمال غلول" (٨٢).

٢- أن قبول القاضي للهدية، ولو ممن اعتاد الإهداء إليه قبل توليه القضاء بمثل هديته فيه مظنة التهمة في جانب القاضي، ومن مصلحة القاضي أن يبتعد عن مظان التهم، وأن يكون في معاملاته متنزهاً، يحتاط لما يمكن أن يلصق بثوبه من اتهام، أو مظنة سوء.

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما اتجهوا إليه من جواز قبول القاضي للهدية في هذه الحالة بالمعقول، وهو كما يلي:

- إن أساس تحريم الهدية في حق القاضي إنما هو لاشتياهاها بالرشوة، من باب أن المهدي قدمها ليتوصل من خلالها إلى حق غيره، أو أن يتميز عند القاضي في نظره خصومة تتعلق به، وهذا الأساس منتف في حالتنا هذه؛ لأن المهدي بما له من عادة في الإهداء إلى القاضي قبل توليه، وبإهدائه مثل ما اعتاد دون زيادة، فإن ذلك يقطع مظنة السوء، وينفي عن الهدية تلبسها بمعنى الرشوة، فكان قبولها جائزاً في حقه.

المناقشة، والترجيح:

أولاً: المناقشة:

(٨١) سبق تخريج الحديث في ص ٤٦ من هذا البحث.

(٨٢) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٢٠٠/٤ (باب هدايا الأمراء)

وقال فيه: "رواه البزار من رواية إسماعيل بن عياش، عن الحجازيين، وهي ضعيفة".

نوقش استدلال أصحاب الاتجاه الأول في اتجاههم إلى حرمة قبول القاضي للهدية في هذه الحالة بما يلي:

بخصوص استدلالهم بعموم الأدلة التي تفيد حرمة قبول الهدية، والتي منها اعتبار هدايا العمال من الغلول، فإنه يجاب عليه بما يلي:

إن الهدية لم تعتبر من الغلول لكونها هدية؛ إذ أن الأصل في التهادي الندب، وإنما اعتبرت الهدية للقاضي من الغلول لأجل التهمة، ولا تهمة في هذه الحالة، بدليل وجود الهدية قبل توليه القضاء.^(٨٢)

أما عن استدلالهم بالمعقول وقولهم: إن قبول القاضي للهدية، ولو ممن اعتاد الإهداء إليه قبل توليه القضاء بمثل هديته فيه مظنة التهمة، فإنه يجاب عليه بما يلي:

إن التهمة قد انتفت بسبق الإهداء إلى القاضي قبل توليه، ووجود العادة في الإهداء بين القاضي، والمهدى إليه قبلاً.

ثانياً: الترجيح:

بعد ذكر ما تقدم، أميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير الذي يرى جواز قبول القاضي للهدية في هذه الحالة؛ لما ذكره من أدلة، ولأن القاضي بشر ويحتاج إلى التواصل الاجتماعي، وهو يستلزم الإهداء، وقبول الهدية، فما لم يستشعر القاضي سوء نية ممن كانت له عادة في الإهداء إليه فلا أرى بأساً في قبولها؛ فعادته في الإهداء قبل توليه القضاء تنفي عنه سوء الظن.

وبرغم هذا فإن استطاع القاضي ألا يقبل هذه الهدايا فهذا أفضل، ويكون عدم قبوله تورعاً، وتنزهاً، واحتياطاً.

(٨٢) د/ حسن محمد بودي (ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية) دراسة مقارنة بالقانون المصري ص ١٤١ ط/ دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٦م.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول ٣٤٣

يقول الشوكاني - رحمه الله تعالى - في نيل الأوطار ما نصه:

"فليحذر الحاكم المتحفظ لدينه، المستعد للوقوف بين يدي ربه، من قبول هدايا من أهدى إليه بعد توليه للقضاء، فإن للإحسان تأثيراً في طبع الإنسان، والقلوب مجبولة على حب من أحسن إليها، فربما مالت نفسه إلى المهدي إليه ميلاً يؤثر الميل عن الحق عند عروض المخاصمة بين المهدي وبين غيره، والقاضي لا يشعر بذلك ويظن أنه لم يخرج عن الصواب، بسبب ما قد زرعه الإحسان في قلبه...".^(٨٤)

وجاء عن النووي في روضة الطالبين قوله: "وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها، ولا يقبلها".^(٨٥)

الصورة الثانية:

إذا كان الهدية للقاضي أزيد مما كان المهدي معتاداً في إهدائه:

وفي هذه الحالة فإن الفقهاء قد اختلفوا في حكم قبول الهدية إلى اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول:

يرى أصحابه جواز قبول القاضي للقدر المعتاد فقط من الهدايا، ووجوب رده للزيادة، وهو للحنفية.^(٨٦)

الاتجاه الثاني:

^(٨٤) نيل الأوطار (مرجع سابق) ١٧٣/٩ (باب نهي الحاكم عن الرشوة، واتخاذ حاجب لبابه في مجلس حكمه).

^(٨٥) روضة الطالبين (مرجع سابق) ١٤٣/١١

^(٨٦) بدائع الصنائع (مرجع سابق) ١٠/٧

يرى أصحابه جواز قبولها بزيادتها، وهو مقتضى مذهب الحنابلة^(٨٧).

الاتجاه الثالث:

يرى أصحابه حرمة قبول الهدية مطلقًا بزيادتها، وهو للمالكية^(٨٨) والشافعية^(٨٩) والإباضية^(٩٠).

الأدلة:

أدلة الاتجاه الأول:

^(٨٧) بناء على إطلاقهم القول بجواز قول الهدية ممن كانت له عادة في الإهداء إليه قبل توليه القضاء، دون تفصيل.

ينظر: المغني (مرجع سابق) ١١٨/١٠

^(٨٨) التاج والإكليل (مرجع سابق) ١٢٠/٦

الذخيرة (مرجع سابق) ٨٣/١٠

واستثنى المالكية من ذلك قبولها ممن لا يجوز له الحكم لهم كوالده وولده؛ لانتفاء التهمة حينئذ، ولتقوية صلة الرحم بينه وبينهم.

ينظر: الشرح الكبير للدردير (مرجع سابق) ١٤٠/٤

^(٨٩) الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٨٦/١٦

وذات الحكم أيضًا: إن اختلف جنسها، كأن كان يهديه طعامًا قبل الولاية، ثم أهدها ثيابًا بعدها، فيحرم قبولها.

^(٩٠) شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ٧٦ / ١٣

يمكن الاستدلال لأصحاب الاتجاه الأول على ما اتجهوا إليه من

جواز قبول القاضي للقدر المعتاد فقط من الهدايا، ووجوب رده للزيادة بالمعقول، وهو ما يلي:

إن القدر الزائد عن المعتاد الغالب فيه أنه يراد به التقرب إلى القاضي بسبب اشتغاله بالقضاء، ليحقق المُهدي مصلحة من وراء الهدية؛ إذ لم يَعتد الإهداء له بمثل ما زاد بعد توليه القضاء، والزيادة بهذا المعنى تكون في حكم الرشوة، بخلاف القدر المعتاد، حيث يجوز له قبوله لانقضاء التهمة.

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما اتجهوا إليه من جواز قبول الهدية بزيادتها، بالمعقول، وهو ما يلي:

إن المُهدي قد اعتاد الإهداء إلى القاضي قبل ولايته، فجاز له أخذها مطلقاً؛ لأنها لم تكن من أجل الولاية، بدليل وجودها قبلها لسبب آخر من قرابة، أو صداقة، أو غيرهما، فخرجت بذلك عن محل الولاية.^(٩١)

أدلة الاتجاه الثالث:

استدل أصحاب الاتجاه الثالث على ما اتجهوا إليه من حرمة قبول الهدية مطلقاً بزيادتها بآثار الصحابة، والقياس، والمعقول، وهو ما يلي:

من آثار الصحابة -رضي الله عنهم-:

- ما روى عن ابن مسعود ر أنه قال: "ما اجتمع الحرام والحلال، إلا غلب الحرام على الحلال".^(٩٢)

(٩١) المغني (مرجع سابق) ١٠ / ١١٨

وجه الدلالة:

أن اختلاط الحرام بالحلال يؤدي إلى التحريم لغلبة الحرام على الحلال كقاعدة، والظاهر في الحالة محل الحديث أن الزيادة كانت لغرض في نفس المُهدي، فكانت في معنى الرشوة المحرمة، فلما اختلطت بالقدر المباح الذي هو من عادة المهدي قبل الولاية حرمت الهدية بالكلية.

من القياس:

حرمة قبول القاضي للهدية كلها لا الزائدة فقط، قياسًا على الصفقة التي جمعت حلالًا وحرامًا.^(٩٢)

من المعقول:

(٩٢) سنن البيهقي الكبرى (مرجع سابق) ٧ / ١٦٩ (باب الزنا لا يحرم الحلال).

وقال فيه البيهقي: "...رواه جابر الجعفي، عن الشعبي، عن ابن مسعود، وجابر الجعفي ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع، وإنما رواه غيره بمعناه عن الشعبي من قوله غير مرفوع إلى عبدالله بن مسعود".

والخبر أيضًا في: نصب الراية بلفظ: "ما اجتمع الحلال والحرام، إلا وغلب الحرام الحلال".

وقال فيه الزيلعي: "وهذا الحديث وجدته موقوفًا على ابن مسعود، أخرجه عبدالرزاق في مصنفه في الطلاق...".

نصب الراية (مرجع سابق) ٤ / ٣١٤. (فصل في الجوارح).

(٩٣) حاشية الدسوقي (مرجع سابق) ٤ / ١٤٠.

أنه اجتمع في هذه الهدية المبيح، والمحرم، فتغلب جهة الحرمة إن لم يكن وجوباً بدليله، فاحتياطاً.

الترجيح:

أميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير القاضي بعدم جواز قبول الهدية في هذه الحالة مطلقاً؛ لما ذكره من أدلة، ولأن القاضي يجب أن يتعفف عن كل ما يثير لبساً شرعياً، أو ظناً في نفوس الناس، والأولى للقاضي أن يخرج عن محل الخلاف، فيرد الهدية بزيادتها صوتاً لمكانة القضاء عن القيل والقال.

المبحث الثاني

البعد الإنساني المتعلق بمجلس القضاء

لما لمجلس القضاء من أهمية تتعكس انعكاسًا مباشرًا على المتقاضين، وعلى القضاة، فإن الفقه الإسلامي قد تناول ما يجب أن يشتمل عليه هذا المجلس من أوصاف تؤثر إيجابًا في مجال التقاضي، كما ذكر الفقهاء ضرورة حفظ هيبة مجلس القضاء، وصيانتته من العبث، فقالوا بتأديب من أساء داخله، وهو ما خصصت له هذا المبحث المشتمل على مطلبين:

المطلب الأول

أوصاف مجلس القضاء وانعكاسها على البعد الإنساني

كما راعت الشريعة الإسلامية البعد الإنساني في اختيار القاضي، وفي مسلكه، وتصرفاته داخل مجلس القضاء، أو خارجه، فقد راعت ذلك -أيضًا- في المكان الذي يجلس فيه للقضاء، فقد وضع الفقهاء -رضوان الله عليهم- أوصافًا لمكان مجلس القضاء تدل على مراعاة هذا الجانب، لعل من أهمها ما يلي:

اشترط الفقهاء في مجلس القضاء أن يكون فسيحًا لا يضيق بالخصوم، مراعاة للبعد الإنساني.

وأن يكون مجلس القضاء في وسط البلد، ليسهل الوصول إليه من كل أحد، وفي موضع بارز يسهل الاستدلال عليه ممن يقصده.^(٩٤)

(٩٤) البحر الرائق (مرجع سابق) ٣٠٢/٦

منح الجليل شرح مختصر سيد خليل للشيخ/ محمد عيش الجزء الثامن ص ٢٨٧ ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

بل وصلت الشريعة الإسلامية إلى أقصى مدى في مراعاة البعد الإنساني لدى المتقاضين، وغيرهم من المترددين على مجلس القضاء، حتى أن الفقهاء -رضوان الله عليهم- قد اشترطوا في مجلس القضاء أوصافاً يؤدي تحققها إلى البعد عن كل أذى، فاشترطوا أن يكون المجلس بعيداً بهم عن مواطن البرد، والحر، والروائح الكريهة، والدخان، والغبار، والأصوات المزعجة.^(٩٥)

احتواء مجلس القاضي على العلماء لمشاورتهم:

مما يتعلق بمجلس القضاء أنه يندب للقاضي أن يجمع حوله أهل العلم لمشاورتهم في القضايا التي تعرض أمامه.^(٩٦)

الكافي في فقه ابن حنبل (مرجع سابق) ٤/٤٤٣، زاد المستقنع (مرجع سابق) ١/٢٤٨
جواهر الكلام (مرجع سابق) ٧٣/٤٠

شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٣/١٥ .

د/ عبدالكريم زيدان (مرجع سابق) ص ١١٧ .

^(٩٥) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١١/٢٠٣

شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٣/٦٦ .

د/ عبدالكريم زيدان (مرجع سابق) ص ١١٧ .

^(٩٦) البحر الرائق (مرجع سابق) ٦/٣٠٣

الفواكه الدواني (مرجع سابق) ٢/٢١٩، مواهب الجليل (مرجع سابق) ٦/١١٧، القوانين الفقهية
(مرجع سابق) ص ٢٥٤ .

الكافي في فقه ابن حنبل (مرجع سابق) ٤/٤٥٠، زاد المستقنع (مرجع سابق) ١/٢٤٨، جواهر

الكلام (مرجع سابق) ٤٠/٧٧، المختصر النافع في فقه الإمامية (مرجع سابق) ص ٢٨٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

فمشاورة القاضي للعلماء تؤكد معنى الحكم بالحق؛ لأنه قد يلتبس عليه أمر، وقد يتردد في حكم، فكان في استشارة العلماء ما يقطع ذلك الأمر.

كما أن لمشاورة العلماء فائدة في تحقق علانية الجلسات؛ إذ أن حضورهم، وسماعهم المرافعات تتحقق به العلانية، وهي إحدى أهم ضمانات الخصوم.

أيضًا فإن جلوس العلماء معه أفضل من جلوسه بمفرده؛ ليبتعد عن مظنة التهمة.^(٩٧)

وقد بين النبي ﷺ حسن الأخذ بالشورى فيما رواه أبو هريرة ر قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا كان أمراؤكم خياركم، وأغنياؤكم سمحاءكم، وأموركم شورى بينكم، فظهر الأرض خير لكم من بطنها، وإذا كان أمراؤكم شراركم، وأغنياؤكم بخلاءكم، وأموركم إلى نساءكم، فبطن الأرض خير لكم من ظهرها".^(٩٨)

ويستثنى من ذلك: ما إذا كان حضور العلماء يؤثر على فكره، ورأيه، بأن يمثل حضورهم حرجًا معنويًا عليه، فحينها لا يندب له إحصارهم، ويمكن له أن يشاورهم من غير حضورهم مجلس القضاء، بأن يسألهم خارجة.

ينظر في ذلك:

البحر الرائق (مرجع سابق) ٣٠٣/٦

مواهب الجليل (مرجع سابق) ١١٧/٦

(٩٧) البحر الرائق (مرجع سابق) ٣٠٣/٦

(٩٨) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٥٢٩/٤

وليس هذا فحسب بل إنه p كان أكثر الناس مشاورة لأصحابه، وذلك ما رواه أبو هريرة r من قوله: "ما رأيت أحدًا أكثر مشورة لأصحابه من النبي p".^(٩٩)

وقد روى عن الحسن البصري r بخصوص مشاورة النبي p لأصحابه: "كان p غنيًا عن مشاورتهم، وإنما أراد بذلك أن يستن الحكام بعد، بهذا الأمر".^(١٠٠)

وقد جرت سنة الصحابة، والأئمة بعد النبي p على الشورى، فمن الثابت كما رواه البخاري: أنهم كانوا يستشيرون الأئمة من أهل العلم في الأمور المباحة، ليأخذوا

وقال فيه أبو عيسى: "هذا حديث غريب، لا تعرفه إلا من حديث صالح المري، وصالح المري في حديثه غرائب ينفرد بها، لا يتابع عليها، وهو رجل صالح".

الحديث الغريب هو: ما انفرد واحد بروايته، وكذا برواية زيادة فيه عن يجمع أى يروى.

ينظر في ذلك: الغاية فى شرح الهداية (مرجع سابق) ١٨٧/١

(^{٩٩}) فتح الباري (مرجع سابق) ٣٤٠/١٣ باب قول الله تعالى: {وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ يُبَيِّنُ لَهُمْ} {وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ} (في الأمر). الآية الأولى: [الشورى: ٣٨]، الآية الثانية: [آل عمران: ١٥٩]

وقال العسقلاني في الخبر: "ورجاله ثقات، إلا أنه منقطع، وقد أشار إليه الترمذي في الجهاد،

فقال: ويروى عن أبي هريرة..."

(تلخيص الحبير (مرجع سابق) ١٩٤/٤-١٩٥ (باب أدب القضاء)¹⁰⁰)

وقال فيه أبو الفضل العسقلاني: "سعید بن منصور [أى رواه] عن سفيان، عن ابن شبرمة، عن

الحسن، نحوه، ورواه السلمي في آداب الصحبة، من حديث طاوس، عن ابن عباس مرفوعًا،

وفيه عباد بن كثير، وهو ضعيف جدًا".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

بأسهلها، فإذا وضح الكتاب، أو السنة، لم يتعدوه إلى غيره اقتداء بالنبي p، وقد كان القراء لا أصحاب مشورة عمر كهولاً، أو شباناً. (١٠١)

فالشورى من قواعد الشريعة، وعزائم الأحكام، لا ينبغي أن تفارق القاضي العدل. (١٠٢)

المطلب الثاني

تأديب من أساء في مجلس القضاء

تأكيداً لمراعاة الفقه الإسلامي للبعد الإنساني، فقد وضع الفقهاء الضوابط الكافية لحفظ هيئة القاضي، واحترام مجلس الحكم، وبيّنوا أن على القاضي أن يعمل على حفظ تلك الهيئة، وتطبيقاً لهذا الأمر فإنه لا يجوز الافتيات على القاضي أو الإساءة إليه، أو إلى غيره في مجلسه، وإن وقع ذلك من أحد المتخاصمين، أو من غيرهما، كان من حق القاضي تأديبه بما يراه زاجراً، ورادعاً.

وهو ما يؤكد اهتمام الفقهاء بمصلحة حفظ هيئة القضاء؛ حيث قالوا بجواز تأديب القاضي لمن أساء إليه في مجلسه، برغم أن الأصل، والقاعدة العامة في القضاء، أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، ولكن خرج الفقهاء عن هذا الأصل -

(١٠١) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٢٦٨٢/٦٥ باب قول الله تعالى: {وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ يُبَيِّنُ لَهُمْ}، {وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ}.

الآية الأولى: [الشورى: ٣٨]

الآية الثانية: [آل عمران: ١٥٩]

(١٠٢) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٤ / ٢٤٩

خروجًا مبررًا تؤيده الأدلة، والمصلحة العامة للمجتمع- فإذا كان لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، إلا أن الإساءة إليه في مجلس القضاء تعطيه الحق في الحكم بتأديب المسيء؛ خشية انتهاك مجلسه. (١٠٣)

بل إن فقهاء المالكية -رحمهم الله- بالغوا في حكم التأديب، فلم يقولوا بجوازه فقط، بل لهم فيه قولان:

القول الأول: إنه مندوب:

وهو ما يعني أنه أولى من العفو، ولا يحتاج القاضي في ذلك إلى بينة، بل إن ذلك مما يجوز له الحكم فيه بعلمه. (١٠٤)

القول الثاني: إنه واجب:

وهذا القول قد راعى في ذلك حرمة الشرع، ومجلس القضاء. (١٠٥)

لكن لهذا التأديب ضوابط من أهمها ما يلي:

(١٠٣) المغني (مرجع سابق) ٩٥ / ١٠

شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ٦٤ / ١٣ .

ومن هذا تلحظ أن: تأديب من أساء في مجلسه إنما هو لحفظ هيبة القضاء، فلم يكن الحكم بتأديب المسيء انتقامًا لصالح نفس القاضي، أو انتصارًا لعزة شخصه.

(١٠٤) الشرح الكبير للدردير (مرجع سابق) ١٣٢/٤ - ١٣٣

(١٠٥) حاشية السوقي (مرجع سابق) ١٣٣/٤

١- أن يسيء الخصم إليه، ومن الإساءة إليه أن يتهمه بظلمه، أو بمحاباة خصمه، أو بارتشائه، أما مثل قوله: "اتق الله"، أو "اذكر وقوفك بين يدي الله تعالى" فلا تأديب فيه؛ خشية دخوله في قوله تعالى: {وَإِذَا قِيلَ لَهُ اتَّقِ اللَّهَ أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ فَحَسْبُهُ جَهَنَّمُ وَلَيْسَ الْمِهَادُ}. (١٠٦)

فقد ذكر القرطبي -رحمه الله تعالى-:

أن هذه صفة الكافر، والمنافق، الذاهب بنفسه زهوًا، ويكره للمؤمن أن يوقعه الحرج في بعض هذا، بل إن التذكير بتقوى الله يجب أن يقع من المؤمن موقعًا.

والمراد بالعزة في الآية الكريمة: القوة، والغلبة، من عزه يعزه إذا غلبه.

وقيل العزة هنا: الحمية، وفسرها البعض بالمنعة، وشدة النفس، أى أن عزته أوقعته في الإثم، أو أن العزة أخذته عن قبول العظة لما في قلبه من إثم.

وذكر الإمام القرطبي قصة يهودي، مع هارون الرشيد، حيث إن يهوديًا كانت له حاجة عند هارون الرشيد، وتردد على بابيه عامًا فلم يقض حاجته، فجاء في يوم ووقف على بابيه، فلما رآه هارون الرشيد خارجًا سعى حتى وقف بين يديه، وقال: اتق الله يا أمير المؤمنين، فنزل هارون عن دابته، وخر ساجدًا، فلما رفع رأسه أمر بحاجته فقضيت، فلما رجع قيل له: يا أمير المؤمنين: نزلت عن دابتك لقول يهودي؟ قال: لا، ولكن تذكرت قول الله تعالى: {وَإِذَا قِيلَ لَهُ اتَّقِ اللَّهَ أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ فَحَسْبُهُ جَهَنَّمُ وَلَيْسَ الْمِهَادُ}. (١٠٧)

(١٠٦) [البقرة: ٢٠٦].

(١٠٧) [البقرة: ٢٠٦].

والمهاد في الآية الكريمة: جمع مهد، وهو الموضع المهيأ للنوم، ومنه استعمل مهد الصبي، وقد سمي الله تعالى جهنم -أعاذنا الله منها- مهادًا لأنها مستقر الكفار، أو لأنها بدل لهم من المهاد.^(١٠٨)

٢- أن يسيء إليه في مجلسه، فالإساءة في المجلس هي التي تعطى القاضي الحق في أن يحكم لنفسه، ويعلمه دون بينة، أما أن يسيء إليه في غير مجلس القضاء فحينها ينظر الدعوى قاض غيره، وتجرى مجرى الدعاوى من ضرورة الإثبات، وما إلى ذلك.^(١٠٩)

(١٠٨) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٣/١٩-٢٠

(١٠٩) الشرح الكبير للدردير (مرجع سابق) ٤/١٣٢-١٣٣

الفصل الثاني

مراعاة البعد الإنساني فيما يتعلق بالخصوم

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالجانب الإنساني لدى الخصوم ايما اهتمام، وجعلت هذا الاهتمام حقاً للخصوم لا يجوز إغفاله، أو التجاوز عن الإهمال في مراعاته.

ومن ثم فقد خصصت هذا الفصل لمراعاة البعد الإنساني لدى الخصوم، بداية من ضرورة ترتيب نظر الدعاوى حفظاً لحق كل متقاضٍ في الحصول على حقه في وقته، وما يعكسه ذلك كمظهر من مظاهر التسوية، وعدم المحاباة، مروراً بوجوب التسوية بين الخصمين في كل مراحل التقاضي، وفي الأمور المادية، والمعنوية، على حد سواء، ثم التعرض لعلانية الجلسات كأحدى ضمانات الشفافية، والموضوعية، في الجلسات، والحكم، وانتهاءً بعظة الخصوم قبل الفصل بينهم بالقضاء، ومحاولة الإصلاح بينهم ما أمكن.

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

البعد الإنساني فيما يتعلق بترتيب نظر الدعاوى، والتسوية بين الخصمين

وأعرض فيه لبيان الضوابط الشرعية لترتيب نظر الدعاوى، وانعكاس ذلك على المساواة بين المتقاضين، ثم أعرض لبيان أوجه التسوية بين الخصمين في الأمور المادية، والمعنوية.

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول

ضوابط ترتيب نظر الدعاوى

مراعاة للبعد الإنساني فإن بعض الفقهاء قد ذكروا ترتيباً للقضايا التي يبدأ القاضي بنظرها، وهم قد راعوا في هذا الترتيب تقديم الأهم على المهم.

ومن ذلك ما جاء على السنة بعض الفقهاء من أن أول ما ينظره القاضي في مجلسه بعد توليه هو قضايا المحبوسين.

وهم قد راعوا في ذلك أن الحبس عقوبة، وضيق، ويجب التوثق من أسبابه، فقد يكون أحد المحبوسين لا يستحق البقاء في محبسه، أو أن مدة حبسه قد انتهت، وقد يكون من بينهم مثلاً- من هو حبيس لأداء دين قد وفاه، ولم يكن قد خرج رغم أدائه^(١١٠).

(١١٠) شرح الخرشي لأبي عبدالله محمد الخرشي على مختصر سيدي خليل الجزء السابع

ص ١٤٨ ط/ دار الفكر للطباعة (بيروت) - بدون تاريخ.

الكافي في فقه ابن حنبل (مرجع سابق) ٤/٤٥٤

البحر الزخار (مرجع سابق) ٦/١٨٩ .

ثم ينظر القاضي في مصلحة تعديمي الأهلية، وناقصيتها، فينظر في الأوصياء على أموالهم، ليبقي على الأمين الصالح منهم، ويعزل من هو غير ذلك، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني لهؤلاء الضعفاء؛ لأن مثلهم قد لا يستطيع رفع الدعوى إلى القاضي، فهم في حاجة لرعاية خاصة، واهتمام أدق من جانب القاضي.

ثم ينظر القاضي في حقوق الدولة المالية، ومواردها؛ لأن بها قوام الأمة، فينظر في أمر اللقطة، وما يشبهها -مثل الأموال التي تم مصادرتها بحكم من القاضي الذي سبقه-^(١١١)

وهكذا نرى أن الشريعة الإسلامية توجه القاضي إلى ترتيب نظر القضايا بحسب أهميتها، وما يحقق مصلحة المتقاضين.

أما فيما يتعلق بترتيب نظر الدعاوى المرفوعة من المدعين:

فإن على القاضي أن يرتب نظر الدعاوى المقامة من المتقاضين بحسب ما تقتضيه العدالة، والمساواة، فينظر في الدعاوى الأسبق فالأسبق، بمعنى أن يرتب نظر الدعاوى ترتيباً موضوعياً بحسب وقت تقديمها، فلا ينظر الدعوى الحادثة قبل التي سبقتها عنده، وهذا الترتيب من المعايير الموضوعية التي تقتنع المتقاضين بتحقيق المساواة، وتبعث على إحساسهم بالعدالة، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني لديهم.^(١١٢)

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٧٧-٧٤/٤٠

المختصر النافع في فقه الإمامية (مرجع سابق) ص ٢٧٩ .

(١١١) جواهر الكلام (مرجع سابق) ٧٧-٧٤/٤٠

د/ عبدالكريم زيدان (مرجع سابق) ص ٤٣-٤٤ .

(١١٢) البحر الرائق (مرجع سابق) ٣٠٣/٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول .

وتحقيقًا لذلك فقد ندب بعض الفقه إلى ترتيب القاضي -أو من يعاونه- الأسبق فالأسبق من الدعاوى، بحيث يتيسر له نظرها بهذا الترتيب، فلا يقدم متأخرًا على متقدم.

على أن يراعي القاضي -ما أمكنه- سرعة الفصل في الدعاوى بعد ترتيبها؛ لأن سرعة الفصل في الدعاوى حق للمتقاضين، حرصت عليه الشريعة الإسلامية، وحثت عليه القاضي.^(١١٣)

وقد اختلف الفقهاء في حكم تقديم الأسبق في نظر الدعاوى -على التفصيل المذكور- إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

أدب القضاء لابن أبي الدم (مرجع سابق) ١٧٠/١ .

السييل الجرار (مرجع سابق) ٢٧٨/٤

جواهر الكلام (مرجع سابق) ١٤٦ /٤٠

^(١١٣) ومن ذلك ما ذكره بعض الفقهاء من أنه: لا يجوز للقاضي تأخير الفصل في الدعاوى إذا رفعت إليه ما لم يكن له عذر في ذلك، كما ليس للقاضي أن يحتجب عن الخصوم إلا في أوقات الاستراحة.

ينظر في ذلك:

الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ٢٠٤/١١، المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي الجزء العاشر ص ٣٣ ط/ المكتب الإسلامي (بيروت)

٥١٤٠٠.

يرى أصحابه أن تقديم السابق ليس واجباً وإنما هو من باب المندوب، فإن قدم القاضي المتأخر على المتقدم، كان هذا مكروهاً لا يَأْتُم عليه، وهو للحنابلة في رواية^(١١٤).

الاتجاه الثاني: وهو ما أرجحه:

يرى أصحابه أن هذا واجب على القاضي؛ لأنه أحد مظاهر العدالة الواجبة كأصل، وهو ما يعنى أن تقديم القاضي للمتأخر على السابق حرام شرعاً، وهو للشافعية^(١١٥) والحنابلة في الأصح^(١١٦).

وإذا كان المعيار الموضوعي هو الأصل في ترتيب نظر الدعاوى، فإن الفقهاء قد اختلفوا في حكم مراعاة الظروف الخاصة بأحد المتقاضين كالسفر، والمرض- إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى أصحابه أن على القاضي الالتزام بالمعيار الموضوعي -التمثل في مراعاة السابق إلى الدعوى- وأنه لا يجوز له النظر إلى ظروف المدعى الخاصة، وهو للشافعية في وجه^(١١٧).

الاتجاه الثاني:

^(١١٤) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ٢٠٤/١١

^(١١٥) حواشي الشرواني على تحفة المنهاج للشيخ/ عبدالحميد الشرواني الجزء العاشر ص ١٥٥ ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ.

^(١١٦) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ٢٠٤/١١

^(١١٧) أئب القضاء لابن أبي الدم (مرجع سابق) ١٧٠/١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يرى أصحابه أن للقاضي مراعاة الظروف الخاصة بالمتقاضين في ترتيب نظر
الدعاوى بشرط أن يكون ذلك كقاعدة عامة دون نظر إلى شخص المتقاضين-
فيجوز له -مثلاً- تقديم النظر في دعوى المسافر،^(١١٨) ولو سبقه آخر إلى دعوى،
وهو للملكية،^(١١٩) والشافعية في وجه آخر هو الأصح عندهم،^(١٢٠) بعض فقهاء
الحنابلة،^(١٢١) والزيبية،^(١٢٢) والإمامية،^(١٢٣) والإباضية.^(١٢٤)

وإن كان بعض أصحاب هذا الاتجاه قد قيد هذا الجواز بما إذا لم يكن فيه إضرار
بباقي المتقاضين، كأن يكون عدد المسافرين في المثال المذكور - قليلاً لا يترتب
عليه تفويت مصلحة للمتقاضين المقيم من جراء تأخير نظر دعواه.^(١٢٥)

^(١١٨) ويأخذ حكم المسافر من له ظروف خاصة كمن له مريض لا متعهد له، فيقدم القاضي
نظر دعواه؛ مراعاة للبعد الإنساني.

حواشي الشرواني (مرجع سابق) ١٥٥/١٠

^(١١٩) حاشية الدسوقي (مرجع سابق) ١٤٢/٤

^(١٢٠) حواشي الشرواني (مرجع سابق) ١٥٥/١٠

أدب القضاء لابن أبي الدم (مرجع سابق) ١/ ١٧٠ .

^(١٢١) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ٢٠٤/١١

^(١٢٢) السيل الجرار (مرجع سابق) ٢٨٦/٤

^(١٢٣) جواهر الكلام (مرجع سابق) ١٤٨/٤٠

^(١٢٤) شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٣ / ٦٨-٦٩ .

^(١٢٥) ينظر في ذلك:

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لأبي العباس شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب
الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير الجزء الثامن ص ٢٦٤ ط/ دار الفكر للطباعة (بيروت)

١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الأدلة:

أدلة الاتجاه الأول:

يمكن أن يستدل لأصحاب الاتجاه الأول على ما اتجهوا إليه من عدم جواز الخروج على المعيار الموضوعي في ترتيب نظر الدعاوى، ولو لظروف خاصة بأحد المتقاضين بالمعقول، وهو كما يلي:

إن المعيار الموضوعي هو أعدل المعايير التي يمكن أن ينتهجها القاضي في ترتيب نظر الدعاوى، لأن مراعاة الظروف الخاصة بأحد المتقاضين قد يترتب عليه ضرر بغيره، والضرر مرفوع، ويجب إزالته بحكم القاضي، فلا يقبل أن يترتب الضرر على فعله.

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما اتجهوا إليه من أن للقاضي مراعاة الظروف الخاصة بالمتقاضين في ترتيب نظر الدعاوى، كأن يقدم المسافر على المقيم بالمعقول، وهو ما يلي:

إن مراعاة الظروف الخاصة فيه بيان لرحمة القضاء، ورفق القضاة، وما دام هذا يشكل قاعدة عامة تطبق على جميع المتقاضين بصفاتهم دون نظر إلى أشخاصهم، فلا ظلم فيه، ولا ضرر.

فإذا قدم القاضي نظر دعوى المسافرين على المقيمين فإن لهذا مبررًا؛ لأنهم على جناح السفر، وهم مشغولون بترتيب الرحيل، فهم أولى بنظر دعاوهم، حتى أن الله تعالى قد خفف عنهم الصوم فأباح لهم الفطر، وشطر الصلاة، تخفيفًا عنهم،

الفروع لأبي عبدالله محمد بن مفلح المقدسي تحقيق/ أبي الزهراء حازم القاضي الجزء السادس

ص ٣٩٠ ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.

أدب القضاء لابن أبي الدم (مرجع سابق) ١/ ١٧٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وفي تأخيرهم ضرر بهم، ومشقة عليهم، فيقدم القاضي نظر دعواهم لرفع الضرر عنهم. (١٢٦)

الترجيح:

بعد ذكر اتجاهات الفقهاء في هذه المسألة، وما أمكن من استدلال، أميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير الذي اتجه إلى جواز مراعاة القاضي للظروف الخاصة في ترتيب نظر الدعوى، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني، وحتى لا يضر المدعى صاحب الظروف الإنسانية الخاصة كالسافر، والمريض. بدعواه.

(١٢٦) المغني (مرجع سابق) ١٠/١٢٢.

المطلب الثاني

وجوب التسوية بين الخصمين

تعد المساواة بين الخصمين من أهم مبادئ التقاضي في الفقه الإسلامي، ولا تقف المساواة عند حد الحكم بالعدل، والإنصاف، وعدم الميل إلى أحد الخصمين، بل إن للمساواة في التقاضي بعدًا إنسانيًا أعمق بكثير؛ فالمساواة في القضاء تمتد لتشمل الجانب المعنوي لدى المتقاضين إضافة إلى الجانب المادي، فالمساواة بين الخصمين واجبة في كل شيء.

ويستدل على وجوب العدل والمساواة بين الخصمين -ولو في الأمور المعنوية- بالعديد من الأدلة، سواء من السنة المطهرة، أو من آثار الصحابة، لعل من أشهرها ما يلي:

من السنة المطهرة: أحاديث كثيرة منها:

١- عن عطاء بن يسار ر عن أم سلمة زوج النبي ص أن رسول الله ص قال: "من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه، وإشارته، ومقعدته".^(١٢٧)

(١٢٧) سنن البيهقي الكبرى (مرجع سابق) ١٣٥/١٠ (باب إنصاف الخصمين في المخدل عليه، والاستماع منهما، والإنصات لكل واحد منهما حتى تنتفد حجته، وحسن الإقبال عليهما)

وقال فيه: "رواه زيد بن أبي الزرقاء عن عباد عن أبي عبدالله العنزي بإسناده، وقال: "في إشارته، ولحظه، وكلامه".

والحديث تخريجه في تلخيص الحبير رواية عن أبي يعلى، والدارقطني، والطبراني في الكبير، من حديث أم سلمة -رضي الله عنها- بلفظ: "من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه، وإشارته، ومقعدته، ومجلسه، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر"

٢- عن أم سلمة زوج النبي ρ قالت: قَالَ رسول الله ρ : "إذا ابتلي أحدكم في القضاء بين المسلمين فلا يقضين وهو غضبان، وليسو بينهم بالنظر، والمجلس، والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين فوق الآخر".^(١٢٨)

٣- عن أم سلمة -رضى الله عنها- قالت: قال رسول الله ρ : "من ابتلى بالقضاء بين الناس فلا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر".^(١٢٩)

٤- عن علي τ أنه ρ قال: "لا يُضَيَّفُ أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه".
(١٣٠)

وقال فيه صاحب التلخيص: "لفظ الطبراني، والدارقطني، وقد فرقاه حديثين، وجمعه أبو يعلى بمعناه، وفي إسناده عباد بن كثير، وهو ضعيف".

ينظر: تلخيص الحبير (مرجع سابق) ١٩٣/٤ (باب أدب القضاء)

(١٢٨) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ١٩٧/٤ (باب التسوية بين الخصمين)

وقال فيه الهيثمي: "رواه أبو يعلى، والطبراني في الكبير باختصار، وفيه عباد بن كثير النقفي، وهو ضعيف".

(١٢٩) سنن البيهقي الكبرى (مرجع سابق) ١٣٥/١٠ (باب إنصاف الخصمين في المدخل عليه،

والاستماع منهما، والإنصاف لكل واحد منهما حتى تنفد حجته، وحسن الإقبال عليهما)

وقال فيه: "هذا إسناده فيه ضعيف".

(١٣٠) تلخيص الحبير (مرجع سابق) ١٩٣/٤ (باب أدب القضاء)

والحديث برواية أخرى من السنة الفعلية مؤكدة للسنة القولية، وهي ما روى =
علي قال: "كان النبي p لا يضيف الخصم إلا وخصمه معه". (١٣١)

وقال فيه أبو الفضل العسقلاني: "...البيهقي بإسناد ضعيف، منقطع، وهو في مسند إسحاق بن
راهويه قال: أنا محمد بن الفضل، عن إسماعيل بن مسلم، عن الحسن قال: جاء رجل فنزل علي
علي فأضافه، فلما فرغ قال: إني أريد أن أخاصم، فقال: تحول فإن النبي p نهانا أن نضيف
الخصم إلا ومعه خصمه، وأخرجه عبدالرزاق من هذا الوجه، ولكن رواه ابن خزيمة في صحيحه
عن موسى بن سهل".

والحديث أيضًا جاء تخريجه في: نصب الراية (مرجع سابق) ٧٣/٤ (كتاب أدب القضاء).

وقال فيه الزيلعي: "رواه إسحاق بن راهويه في مسنده، أخبرنا محمد بن الفضل عن إسماعيل ابن
مسلم عن الحسن، قال: جاء رجل فنزل علي علي فأضافه، فلما قال له: إني أريد أن أخاصم،
فقال لي علي: تحول، فإن النبي p نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه"... ورواه
عبدالرزاق في مصنفه حدثنا يحيى بن العلاء عن إسماعيل بن مسلم به، ورواه الدارقطني في
كتاب المؤتلف والمختلف عن جارية بن هرم أبي الشيخ الفقيمي عن إسماعيل بن مسلم به،
طريق آخر: رواه الطبراني في معجمه الوسط حدثنا علي بن سعيد الرازي، ثنا موسى بن سهل
الرملي، ثنا محمد بن عبدالعزیز الواسطي، ثنا القاسم بن غصن، عن داود بن أبي هند، عن
حزب بن أبي الأسود الرملي، عن أبيه، عن علي، قال: نهى النبي p أن يضيف أحد الخصمين
دون الآخر" انتهى وقال تفرد به الواسطي.

(١٣١) تلخيص الحبير (مرجع سابق) ١٩٤/٤ (باب أدب القضاء)

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة:

تدل الأحاديث السابقة دلالة واضحة على وجوب مراعاة العدل بين المتقاضين، وأن الخصمين يجب لكل واحد منهما ذات المعاملة التي تجب للآخر.

من آثار الصحابة:

- كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري -رضى الله عنهما-: "أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وأس بين الناس في وجهك، ومجلسك، وقضائك، حتى لا يياس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك... ثم إياك والقلق، والضجر، والتأذي بالناس، والتنكر للخصوم في مواطن الحق..." (١٣٢)

وجه الدلالة:

يؤكد الأثر منهج الشريعة الإسلامية في وجوب التسوية بين الخصمين في كافة الأمور، المادية منها، والمعنوية، وقد أثار سيدنا عمر π إلى الأمور المعنوية في ملمحه الظاهر في قوله: "...وأس بين الناس في وجهك...".

ولا شك أن هذا يبعث على الطمأنينة لدى المتقاضين، ويقوى ثقتهم في القضاء، ولهذا مردوده الإيجابي على المجتمع بأسره.

وقال فيه: "ذكره البيهقي أنه قرأه في كتابه، وأخرجه الطبراني في الأوسط، عن علي بن سعيد الرازي، عن موسى بن سهل الرملي، به بلفظ نهى النبي ρ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر، وقال: تفرد به الواسطي، انتهى، والقاسم بن غصن مضعف".

(سبق تخريج الحديث في ص ١٧ من هذا البحث. ¹³²)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أما عن تفصيل الأمور الواجب المساواة فيها، فإن الشريعة الإسلامية قد بلغت في ذلك مبلغًا لم يبلغه أى تنظيم وضعي، ومن أبرز مظاهر ذلك وجوب التسوية بين الخصمين في الأمور التالية:

الأمر الأول: التسوية بينهما في المجلس:

يجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في المجلس، فلا يميز أحدهما على الآخر.

فيجلسهما بين يديه، أو يجلس أحدهما على يمينه، والآخر على يساره، فلا يجعل أحدهما متقدمًا على الآخر، أو يجلس أحدهما ويترك الآخر واقفًا، ولو كان الأخير المدعى عليه.

والأولى أن يجلسهما القاضي بين يديه^(١٣٣) مراعاة للسنة المطهرة، فقد وردت وردت الآثار دالة على جلوس الخصمين بين يدي الحاكم، ومن أشهر ما ورد في ذلك:

- عن عبدالله بن الزبير π قال: قضى رسول الله ρ أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم.^(١٣٤)

^(١٣٣) الإقناع للشرييني (مرجع سابق) ٦١٧/٢، المغني (مرجع سابق) ١١٩/١٠، جواهر الكلام (مرجع سابق) ١٥٩/٤٠، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٥/١٣.

^(١٣٤) سنن البيهقي الكبرى (مرجع سابق) ١٣٥/١٠ (باب إنصاف الخصمين في المدخل عليه، والاستماع منهما، والإنصات لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته، وحسن الإقبال عليهما).

انظر تخريج الحديث في: تلخيص الحبير (مرجع سابق) ١٩٣/٤ حيث قال فيه أبو الفضل

العسقلاني: "حديث أنه ρ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي (أحمد، وأبو داود، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

- كما أن جلوس الخصمين بين يدي القاضي يحقق التواصل بينهما، وبين القاضي بالقدر المناسب وعلى قدم المساواة، بخلاف الحال فيما لو قرَّب القاضي منه واحدًا، وأبعد الآخر.

- وأيضًا فإن جلوسهما بين يديه يحقق المساواة بينهما بالقدر الذي يجعل كل واحد منهما مطمئنًا لحسن سير القضاء، وأن القاضي لن يحابي عليه خصمه.

كما أن في هذا الملمح الشرعي طمأنة للخصمين على تحقق صبر القاضي في نظر الدعوى، وعلى اتساع صدره لسماعهما.

- وأخيرًا فإن في جلوسهما ما يؤكد معنى الرفق بهما؛ لأن بقاءهما على القيام طوال نظر الدعوى مما يشق عليهما.^(١٣٥)

الأمر الثاني: التسوية بينهما في اللفظ:

والمقصود بذلك: أن يسوي بينهما في استماع اللفظ منهما، فلا يقاطع أحدهما، وينصت للآخر؛ لأن ذلك يؤدي إلى انكسار قلب الأول، ولا يتمكّن من استيفاء حجته، بسبب ما قد يقع في قلبه من مظنة محاباة القاضي للآخر.^(١٣٦)

والبيهقي، والحاكم من حديث عبدالله بن الزبير... وفي إسناده مصعب بن ثابت بن عبدالله بن الزبير، وهو ضعيف".

(١٣٥) د/ عبدالكريم زيدان (مرجع سابق) ص ١٣٥-١٣٦.

(١٣٦) المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ٧٤/١٦

الإقناع للشرييني (مرجع سابق) ٦١٨/٢

المغني (مرجع سابق) ١١٩/١٠

الأمر الثالث: التسوية بينهما في اللحظ:

فيجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في اللحظ وهو النظر بمؤخر العين.

وهنا نلمح البعد الإنساني في التنظيم القضائي الإسلامي، وبلوغه مبلغاً لم يبلغه تنظيم سواه، حتى راعى التسوية بين الخصمين في مجرد النظرة من القاضي. (١٣٧)

الأمر الرابع: التسوية بينهما في دخول مجلس القضاء:

السيل الجرار (مرجع سابق) ٢٨٠/٤

البحر الزخار (مرجع سابق) ١٨٥/٦ .

جواهر الكلام (مرجع سابق) ١٤٠-١٣٩/٤٠

المختصر النافع في فقه الإمامية (مرجع سابق) ص ٢٨٠ .

أدب القضاء لابن أبي النعمان (مرجع سابق) ١/ ١٦٥-١٦٦ .

(١٣٧) المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ٦١/١٦

الإقناع للشرييني (مرجع سابق) ٦١٨/٢

المغني (مرجع سابق) ١١٩/١٠

المختصر النافع في فقه الإمامية (مرجع سابق) ص ٢٨٠ .

كتاب أدب القاضي لأبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف بالخصاف ومعه

شرح أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص تحقيق/ فرحات زيادة، ص ٩٦-٩٧

الناشر/ قسم النشر بالجامعة الأمريكية بالقاهرة - بدون تاريخ-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

إذ يجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في دخولهما عليه، فلا يقدم واحداً على الآخر، وهو ما يعنى أنه يأذن لهما في الدخول معاً حتى يسمع إلى كل منهما^(١٣٨).

الأمر الخامس: التسوية بينهما في القيام:

وهو ما يعنى أنه يجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في القيام لهما، فإذا قام لأحدهما وجب أن يقوم للآخر، ويحرم عليه القيام لأحد الخصمين دون الآخر؛ لما فيه من تمييز، وعدم مساواة^(١٣٩).

والأولى ألا يقوم لواحد منهما حفظاً لهيبة القضاء.

الأمر السادس: التسوية بينهما في الحديث إليهما:

ذلك أنه يجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في حديثه إليهما، بل وفي جواب سلامهما إن سلما، فيحرم أن يرد سلام أحدهما، ويترك الجواب على سلام

^(١٣٨) الإقناع للشرييني (مرجع سابق) ٦١٨/٢

المغني (مرجع سابق) ١١٩/١٠

السييل الجزار (مرجع سابق) ٢٨٠/٤

^(١٣٩) الإقناع للشرييني (مرجع سابق) ٦١٨/٢

المغني (مرجع سابق) ١١٩/١٠

البحر الزخار (مرجع سابق) ١٨٥/٦.

الأخر؛ لما في ذلك من آثار على نفسيهما، فقد يطمع الأول في محاباته، وقد ييأس الثاني من عدله. (١٤٠)

وذلك ما أشار إليه سيدنا عمر بن الخطاب ر في كتابه إلى أبي موسى الأشعري، حيث جاء فيه: "...وأس (١٤١) بين الناس في وجهك، ومجلسك، وقضائك، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك..." (١٤٢)

ومن المساواة في حديثه إليهما أنه لا يلقتن أحد الخصمين حخته؛ لأن في ذلك شبهة محاباته، وقد يتوصل بتلقيته إلى ما ليس حقه.

وذات الشأن يقال في الشاهدين، حيث لا يجوز للقاضي أن يلقتن شاهد أحد الخصمين، لذات العلة. (١٤٣)

(١٤٠) الإقناع للشريبي (مرجع سابق) ٦١٨/٢

المغني (مرجع سابق) ١١٩/١٠

جواهر الكلام (مرجع سابق) ١٤٠-١٣٩/٤٠

المختصر النافع في فقه الإمامية (مرجع سابق) ص ٢٨٠.

(١٤١) وآسي: من التآسي بمعنى التسمية.

(١٤٢) سبق تخريجه في ص ١٧ من هذا البحث.

(١٤٣) المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ٧٧/١٦

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للشيخ/ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي الجزء الرابع

ص ١٧٩ ط/ دار الكتب الإسلامي (القاهرة) ١٣١٣ هـ

الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٧٨/١٦

الأمر السابع: التسوية بينهما في طلاقة الوجه:

فيكون بشوشاً معهما، لا يبتسم لواحد، ويتجه من الآخر. (١٤٤) وعلى الجملة يجب أن يسوي القاضي بين الخصمين في سائر تصرفاته، فلا يخص أحدهما بإكرام دون الآخر، ولو كان صاحب منصب، أو جاه، وذلك محل اتفاق في الفقه الإسلامي، وقد ذكر ابن قدامة رحمه الله تعالى - الإجماع على ذلك. (١٤٥)

المساواة بين المسلم، وغير المسلم:

المغني (مرجع سابق) ١٠/١٢١

السيل الجرار (مرجع سابق) ٤/٢٧٩

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠/١٤٣ .

شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٣/٦٧ .

(١٤٤) المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ١٦/٧٧

الإقناع للشربيني (مرجع سابق) ٢/٦١٨

البحر الزخار (مرجع سابق) ٦/١٨٥ .

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠/١٣٩-١٤٠

كتاب أدب القاضي للخصاف (مرجع سابق) ص ٩٦-٩٧ .

(١٤٥) المغني (مرجع سابق) ١٠/١١٩

إذا كانت المساواة في الشريعة الإسلامية تمثل دعامة من الدعائم التي تقوم عليها، وأصلاً من الأصول التي لا تتفك عنها، فإن المساواة تتجلى في أبهى صورة لها في التنظيم القضائي الإسلامي.

ووجه ذلك أن الشريعة الإسلامية أوجبت التسوية بين الخصمين بقطع النظر عن الديانة، أو المعتقد، لدى أي منهما، بل أوجبت الشريعة الإسلامية المساواة بين الخصمين، ولو كان أحدهما مسلماً، والآخر غير ذلك.

وقد اتفق الفقه الإسلامي على وجوب التسوية بين المسلم، وغير المسلم في القضاء، وأنه يجب على القاضي الحكم بالعدل، والإنصاف، دون نظر إلى ديانة صاحب الحق، ويجب عليه أن يحكم لمن ثبت له الحق ولو كان غير مسلم، وخصمه على الإسلام.

كما أنه يجب على القاضي التسوية بين المسلم، وغير المسلم في كل شيء، من مجلسه، ولفظه، ولحظه، ودخولهما عليه، وقيامه لهما، وحديثه إليهما، وفي طلاقة الوجه، وعلى الجملة تجب التسوية في كل ما يتعلق بالمساواة في القضاء. (١٤٦)

(١٤٦) ينظر من الفقه الحنفي:

المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ٦١/١٦

ومن الفقه المالكي:

شرح ميارة الفاسي لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن محمد المالكي تحقيق/ عبداللطيف حسن عبدالرحمن الجزء الأول ص ٢٥ ط/ دار الكتب العلمية (لبنان) الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

ومن الفقه الشافعي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧، المجلد الاول

ويستدل على وجوب التسوية بين المسلم، وغير المسلم في القضاء بعموم الأدلة الواردة في وجوب الحكم بالعدل، وفي التسوية بين الخصمين، سواء في القرآن الكريم، أو في السنة المطهرة، أو في آثار الصحابة:

فمن القرآن الكريم: آيات كثيرة منها:

١- قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا} (١٤٧)

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

مغني المحتاج (مرجع سابق) ٤٠٠/٤

ومن الفقه الحنبلي:

المبدع (مرجع سابق) ٣٥ / ١٠ .

ومن الفقه الزيدي:

السيل الجرار (مرجع سابق) ٢٨٠/٤

البحر الزخار (مرجع سابق) ١٨٥ / ٦ .

ومن الفقه الإباضي:

شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٥ / ١٣ .

(١٤٧) [النساء: ٥٨]

أن لفظ الناس من ألفاظ العموم، فهو يشمل المسلم، وغير المسلم، وحين أمر الله تعالى بالعدل لم يخصه بالعدل بين المسلمين، وإنما أمر بالحكم بالعدل بين الناس، فدل ذلك على وجوب التسوية بين الخصمين ولو كان أحدهما غير مسلم.

٢- قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ} (١٤٨).

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

تفيد الآية الكريمة وجوب العدل ولو مع الأعداء؛ إذ أن العداوة لا تبرر الجور، بل إن العدل واجب مع غير المسلمين، كما هو واجب مع المسلمين.

فالمعنى كما ذكره بعض المفسرين: لا يحملنكم شدة بغضكم للمشركين على ترك العدل فيهم، والدخول في الجرم الناشئ عن الجور، وترك العدل.

وقد قيل: إن هذه الآية نزلت في اليهود حين هموا بقتل النبي μ وهو ما يؤكد وجه الاستدلال (١٤٩).

ومن السنة المطهرة: أحاديث كثيرة منها:

(١٤٨) [المائدة: ٨]

(١٤٩) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٦ / ١١٠

تفسير البيضاوي المسمى أنوار التنزيل وأسرار التأويل للعلامة أبي سعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي الجزء الثاني ص ٣٠٣ ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ -

تفسير الطبري (مرجع سابق) ٦ / ١٤١

١- عن أم سلمة رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ: "من ابتلى بالقضاء بين الناس فلا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر".^(١٥٠)

٢- عن علي رضي الله عنه قال: "لا يُضَيَّفُ أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه".^(١٥١)

ومن آثار الصحابة -رضوان الله عليهم:-

- ما كتبه عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: "أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآس بين الناس في وجهك، ومجلسك، وقضائك، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع الشريف في حيفك... ثم إياك والقلق، والضجر، والتأذي بالناس، والتكر للخصوم في مواطن الحق...".^(١٥٢)

فقد وردت تلك الأدلة عامة دون تخصيص، فتفيد وجوب التسوية بين الخصمين، بقطع النظر عن ديانتهم.

وإذا كنا قد قطعنا بما لا يدع مجالاً لشك في تقرير الشريعة الإسلامية لمبدأ المساواة بين المسلم، وغير المسلم في القضاء، فإن مُعْتَرِضًا قد يعترض على هذا بما نقل عن الشافعية في وجهه،^(١٥٣) والحنابلة في رواية،^(١٥٤) من قولهم بجواز تقديم المسلم على غير المسلم في المجلس، وقد يقال إن هذا يتنافى مع مبدأ المساواة.

^(١٥٠) سبق تخريج الحديث في ص ٨١ من هذا البحث.

^(١٥١) سبق تخريج الحديث في ص ٨٥ من هذا البحث.

^(١٥٢) سبق تخريجه في ص ١٧ من هذا البحث.

^(١٥٣) مغني المحتاج (مرجع سابق) ٤/٤٠٠، الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٧٦/١٦

^(١٥٤) المغني (مرجع سابق) ١٠/١٢٠

لكن هذا الاعتراض يتهاوى، وينهدم تمامًا، إذا ما تأملنا الجواب عليه في النقاط التالية:

أولاً: إن الشافعية، والحنابلة، قد وافقوا الجمهور في وجوب المساواة بين المسلم، وغير المسلم، في القضاء، في كل شيء عدا ما ورد بخصوص هذا الوجه، وهو المساواة بينهما في المجلس فقط.

وتفصيل ذلك أنهم قالوا: تجب المساواة بينهما في اللفظ واللحظ والدخول على القاضي، والقيام لهما، والحديث إليهما، وطلاقة الوجه، غير أنه لا يجب عليه المساواة بينهما في المجلس، بل يمكنه أن يقدم المسلم على غير المسلم في الجلوس.

ثانياً: إن قول الشافعية في هذا الوجه، والحنابلة في تلك الرواية، يراد به جواز عدم التسوية بينهما في المجلس لا وجوبه، وهو ما يعنى أن الأمر -عندهم- متروك لتقدير القاضي الذي قد يرى التسوية بينهما في المجلس بلا تفرقة. (١٥٥)

ثالثاً: إن هذا القول مرجوح، والقول بالمساواة بين المسلم، وغير المسلم في المجلس -كغيره في عموم القضاء- هو الراجح، وبيان ذلك كالتالي:

إن هذا القول قد استند فيه قائلوه إلى ما روى عن إبراهيم التيمي أن علياً جالس بجانب شريح في خصومة له مع يهودي، فقال: لو كان خصمي مسلماً جالست معه بين يديك، ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لا تساووهم في المجالس". (١٥٦)

(١٥٥) مغني المحتاج (مرجع سابق) ٤/٤٠٠، المغني (مرجع سابق) ١٠/١٢٠

(١٥٦) ينظر الحديث في: تلخيص الحبير (مرجع سابق) ٤/١٩٣ (باب أدب القضاء)

وقال فيه أبو الفضل العسقلاني: "أبو أحمد، والحاكم في الكنى، في ترجمة أبي سمير عن الأعمش، عن إبراهيم التيمي... وقال منكر، وأورده ابن الجوزي في العلل من هذا الوجه، وقال: لا يصح؛ تفرد به أبو سمير، ورواه البيهقي من وجه آخر، من طريق جابر عن الشعبي... وفيه عمر بن شمر، عن جابر الجعفي، وهما ضعيفان، وقال ابن الصلاح في الكلام على أحاديث مجلة حقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وقد نوقش استدلالهم بما يلي:

إن هذا الدليل فيه ضعف، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، ووجه ذلك ما أورده صاحب تلخيص الحبير في تخريجه لهذا الحديث عن ابن الجوزي من قوله: لا يضح.

وما نقله عن البيهقي: من أن في رواته ضعف، وما نقله عن ابن الصلاح من قوله: لم أجد له إسنادًا يثبت، وما نقله عن ابن عسك من قوله: إسناده مجهول.

بل إن الماوردي من فقهاء الشافعية. بعد أن ذكر الحديث في الاستدلال لهذا الوجه عند الشافعية، ذكر أن في إسناده ضعفًا (١٥٧).

ومن ثم فإنه لا يقوى على معارضة الأدلة الصحيحة التي أوردها الجمهور، والتي تفيد التسوية بين المسلم، وغير المسلم، في كافة أعمال القضاء دون استثناء.

وقد اعتبر أبو يوسف صاحب أبي حنيفة -رحمهما الله تعالى- وهو من أشهر القضاة في التاريخ الإسلامي أن عدم المساواة في المجلس بين المسلم، وغير المسلم من الجور.

فقد نقل السرخسي في مبسوطه: أن أبا يوسف قال في مناجاته عند موته: (اللهم إن كنت تعلم أنني ما تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة فاعفها لي، قيل: وما تلك الحادثة؟ قال: ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى، فلم يمكني أن أمر الخليفة بالقيام من مجلسه، والمحاية مع خصمه، ولكنني رفعت النصراني إلى جانب البساط بقدر ما أمكنتني، ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس، فهذا كان جورِي). (١٥٨)

الوسيط: لم أجد له إسنادًا يثبت، وقال ابن عسك في الكلام على أحاديث المهذب: إسناده مجهول.

(١٥٧) الحاروي الكبير (مرجع سابق) ٢٧٦/١٦

(١٥٨) المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ٦١/١٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وإذا تأملنا عدالة الشريعة الإسلامية، وسموها، وتقريرها للمساواة بين الإنسانية دون تمييز بسبب الدين، أو اللون، أو الجنس، فلن يبقى شك في وجوب المساواة بين المسلم، وغير المسلم في القضاء.

بل بلغت الشريعة الإسلامية في ذلك مبلغًا لم تبلغه شريعة سواها، حتى قال بعض الفقهاء بكراهة استدعاء اليهودي، أو المسيحي، في الأيام التي يعظمها، أو يتعبد فيها، فلا يستدعى يهودي يوم السبت، ولا يحكم عليه فيه، ولا يستدعى مسيحي يوم الأحد، ولا يحكم عليه فيه كذلك.^(١٥٩)

(١٥٩) حاشية الدسوقي (مرجع سابق) ١٤٠/٤، التاج والإكليل (مرجع سابق) ١٢٠/٦

الفروع (مرجع سابق) ٢٥٥/٦، الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ٢٤٨/٤، المبدع (مرجع سابق) ٤٢٩/٣.

حيث ذكر فقهاء المالكية، والحنابلة أن وجهين في ذلك: الأول الكراهة، والثاني الجواز. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثاني

البعد الإنساني المتعلق بعلاية الجلسات

الأصل في الجلسات، والمرافعات، أن تكون علنية وذلك لما في العلانية من طمأنة الخصوم، وإطلاعهم على ما يجري في الجلسة لكي لا يظن أحدهم بالقاضي الظنون، من محاباة، أو غيرها، فالعلانية تقوي الثقة في تحقيق العدل، وفي هذا ما فيه من مراعاة البعد الإنساني للمتقاضين.

كما أن في ذلك مراعاة للبعد الإنساني لدى القاضي؛ ففي العلانية ما يجعله مطمئناً لحسن سيرته، والبعد به عن سوء الظن، فهي تأمين لحيدة القاضي.^(١٦٠)

هذا بالإضافة إلى أن في العلانية ما يجعل القاضي يقظاً، منتبهاً في قضائه؛ لأنه يحرص على هيئته، ومكانته في نفوس المتقاضين.

ويستدل على أن الأصل في المرافعات أن تكون علنية في النظام القضائي الإسلامي بالعديد من الأدلة، أذكر منها ما يلي:

١- قضاء رسول الله ﷺ في الأماكن العامة، وفي علانية، ومن أشهر النماذج على ذلك:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "أتى رجل من أسلم رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناده، فقال: يا رسول الله إن الآخر قد زنى يعني نفسه، فأعرض عنه، ففتح لي لشق وجهه الذي أعرض قبله، فقال: يا رسول الله إن الآخر قد زنى، فأعرض عنه، ففتح لي لشق وجهه الذي أعرض قبله، فقال له ذلك فأعرض عنه، ففتح لي الرابعة،

(١٦٠) د/ حسن محمد بودي (مرجع سابق) ص ٩١ .

فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه فقال: هل بك جنون؟ قال: لا، فقال النبي p: اذهبوا به فارجموه، وكان قد أحصن".^(١٦١)

وجه الدلالة:

أن النبي p قد قضى في المسجد، وهو من أماكن تجمع الناس للصلاة، والعبادة، والعلم، فدل ذلك على أن القضاء يكون في جلساته، ومرافعاته، علناً.

وقد استدل غير واحد من الفقهاء بهذا الحديث الشريف على جواز القضاء في المسجد.

وجواز القضاء في المسجد هو مذهب الجمهور من الحنفية،^(١٦٢) والمالكية،^(١٦٣) والحنابلة،^(١٦٤) والزيدية،^(١٦٥) والإمامية،^(١٦٦) وإليه ذهب القاضي شريح،^(١٦٧) والقاضي محارب بن دثار،^(١٦٨)

^(١٦١) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٢٠٢٠/٥ (باب الطلاق في الإغلاق، والكره، والسكران، والمجنون، وأمرهما، والغلط، والنسيان في الطلاق، والشرك، وغيره).

^(١٦٢) البحر الرائق (مرجع سابق) ٣٠٢/٦، تبين الحقائق (مرجع سابق) ١٧٨/٤

^(١٦٣) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الجزء الثاني عشر ص ١٤٤ ط/ دار صادر (بيروت) بدون تاريخ.

^(١٦٤) المغني (مرجع سابق) ٩٦/١٠

^(١٦٥) السيل الجرار (مرجع سابق) ٢٨٩/٤

^(١٦٦) جواهر الكلام (مرجع سابق) ٧٣/٤٠

(١٦٧) والقاضي شريح هو: أبو أمية شريح بن الحارث، ويقال: ابن شراحيل، ويقال: ابن شرحبيل.

وقيل إنه كان من أبناء الفرس الذين وفدوا من اليمن، وقد وفد منها بعد وفاة النبي ﷺ وولاه سيدنا عمر قضاء الكوفة.

ومن أشهر صفاته: أنه كان ورعاً، عالماً بالقضاء، شاعرًا، قاتلاً.

وقد اختلف في سنة وفاته، فقال البعض: مات سنة ست وسبعين، وقيل: مات سنة ثمان وسبعين، وقيل: سنة تسع وسبعين، وأورد البعض أنه توفي سنة ثمانين.

ينظر في ذلك:

تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي تحقيق/ د: عمر عبدالسلام تلمري الجزء الخامس ص ٤٢٠-٤٢١ ط/ دار الكتاب العربي (بيروت) الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

أخبار القضاة لمحمد بن خلف بن حيان، الجزء الثاني ص ١٩٨ - ط/ عالم الكتب (بيروت) بدون تاريخ.

(١٦٨) هو القاضي: محارب بن دثار بن كردوس بن مرداس بن جعويه السدوسي، ويكنى بأبي المغيرة.

والإمام ابن أبي ليلى،^(١٦٩) وغيرهم من العلماء.^(١٧٠)

تولى قضاء الكوفة، وكان من أعلم القضاة في عصره، وقد جزع عند توليه إدراكًا منه بمهابة القضاء، وعظم المسؤولية عنه، وقد نقل عنه قوله حين تولى: "وليت القضاء فبكيك، وبكى أهلي...".

ومما يدل على جزعه من القضاء ما نقله عنه الحسن بن عبدالله الضبي أنه:

==
لما ولى دخل المسجد فصلى قبل أن يبدأ في القضاء أربع ركعات، ثم رفع يديه يدعو الله، فقال: اللهم إن هذا مجلس لم أجنه قط، ولم أسلكه، اللهم فكما ابتليتني به فسلمني منه، وأعني عليه، ثم بكى حتى بلّ بدموعه خرقة كانت في يده.

وكان يحب الصحابة لا حبًا شديدًا، ويستكر بغض أحدهم أشد استنكار، وكان مما أثر عنه قوله: "بكر، بكر، وعمر نفاق".

وكان من سيرته في القضاء مشاورته العلماء، فكان ربما يقعد أحد الفقهاء على راسه، وآخر على يساره استئناسًا بهما.

ينظر في ذلك:

أخبار القضاة (مرجع سابق) ٢٥/٣ وما بعدها.

^(١٦٩) وهو: محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى، قاضي الكوفة، وقد ولد -رحمه الله تعالى- سنة

أربع وسبعين، وتلقى العلم على يد كثير من علماء عصره، منهم الشعبي، والحكم بن عيينة،
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وغيرهما، وقد تلقى عنه الفقه كثير من العلماء من أشهرهم: الإمام/ سفيان بن سعيد الثوري،
وإمام/ الحسن بن صالح بن حيي، وقد كان مشهورًا له من علماء عصره بالفقه، والفضل، ومن
أشهر من شهد له بذلك: سفيان الثوري، وعطاء، وقد توفي -رحمه الله تعالى- في سنة ثمان
وأربعين ومائة.

ينظر: طبقات الفقهاء للشيخ/ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي بتحقيق/ خليل
الميس الجزء الأول ص ٨٥-٨٦ ط/ دار القلم (بيروت) - بدون تاريخ.

(١٧٠) المغني (مرجع سابق) ٩٦/١٠

وقد نقل البخاري عن القضاة شريح، والشعبي، ويحيى بن يعمر قضاءهم في المسجد، كما نقله
عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم.

ينظر: صحيح البخاري (مرجع سابق) ٢٦٢١/٦ باب من قضى ولاعن في المسجد.

وقد خالف الشافعية، والإباضية، الجمهور في جواز القضاء في المسجد فقالوا بكرهته إلا
لضرورة؛ واستدلوا على ذلك بما روى عن العلاء بن كثير، عن مكحول، عن أبي الدرداء، وعن
وائلة، وعن أبي أمامة ع يقول: سمعنا رسول الله ﷺ وهو على المنبر يقول: "جنبوا مساجدكم
صبيانكم، ومجانينكم، وخصوماتكم، ورفع أصواتكم، وسل سيفوكم، وإقامة حدوكم...".

== الحديث في: سنن البيهقي الكبرى (مرجع سابق) ١٠٣/١٠ (باب ما يستحب للقاضي من أن
لا يكون قضاؤه في المسجد).

وقال فيه البيهقي: "العلاء بن كثير هذا شامي منكر الحديث، وقيل: عن مكحول، عن يحيى ابن العلاء، عن معاذ مرفوعًا، وليس بصحيح".

والحديث أيضًا في: مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٢/٢٥-٢٦ (باب منه في كرامة المساجد، وما نهى عن فعله فيها من تشبيك الأصابع، وإقامة الحدود، والبيع، ونحو ذلك)

وقال فيه الهيثمي: قلت حديث واثلة رواه ابن ماجه، رواه الطبراني في الكبير، وفيه العلاء بن كثير الليثي الشامي، وهو ضعيف، وعن مكحول رفعه إلى معاذ بن جبل، ورفع معاذ إلى النبي ﷺ... رواه الطبراني في الكبير، ومكحول لم يسمع من معاذ..."

كما استدلوا من المعقول من وجهين:

الوجه الأول:

أن الخصوم يكون من بينهم الجنب، والحائض، وغيرها ممن يحرم عليه دخول المسجد.

الوجه الثاني:

أن الخصومات لا تخلو من مشاحنة، وربما يعلو الصوت، ويكثر الضجيج، وهو مما لا يليق بالمسجد، ولا يشرع فيه؛ لمنع خشوع المصلين.

ينظر في قول الشافعية بالكراهة، وأدلتهم:

الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٣١/١٦

وفي قول الإباضية بالكراهة أيضًا: شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٣/١٤ .

ويظهر لى: أن الراجح ما اتجه إليه الجمهور من جواز القضاء في المسجد، أما ما أورده فقهاء الشافعية من أدلة الكراهة فيمكن مناقشتها بما يلي:

بخصوص الحديث الذي استدلوا به فإن فيه ضعفاً - كما أورده البيهقي، والهيتمي - ومن ثم فإنه لا يقوى على معارضة حديث قضاء النبي p في المسجد والذي استند إليه الجمهور.

ثم هو إن صح، فإن القاضي يمكنه منع الخصوم من رفع أصواتهم، ويزجرهم لذلك، فيجتنبوا ما يشوش على المصلين.

أما قولهم بأن: الخصوم يكون من بينهم الجنب، والحائض، وغيرهما ممن يحرم عليه دخول المسجد.

== فيجاب عليه بأن الحائض توكل من يحضر عنها، أو تأتي القاضي في أى مكان آخر يقضى فيه غير المسجد، وأما الجنب فيغتسل قبل حضوره المسجد.

وأما قولهم: إن الخصومات لا تخلو من مشاحنة، ورفع الأصوات، فإن هذا يناقش بمنعهم منه، فإن على القاضي أن يمنع الخصوم من علو الصوت، والتشائم، سواء في المسجد أو خارجه في مجلس القضاء، وقد شرع له تأديب من أساء في مجلسه لهذا الغرض.

ينظر في مناقشة هذه الأدلة:

المغني (مرجع سابق) ٩٦/١٠

السيل الجرار (مرجع سابق) ٢٨٩/٤

٢- قضاء صحابة رسول الله ﷺ علانية: فقد مضى الصحابة -رضوان الله عليهم- في أفضيتهم على القضاء علانية؛ ومن ذلك ما نقله ابن حجر العسقلاني من أن علياً -كرم الله وجهه- قضى في السوق. (١٧١)

كما نقل ذلك أيضاً عن أشهر القضاة في التاريخ الإسلامي، من أنهم قضوا في أماكن عامة، وفي جلسات مفتوحة تميزها العلانية، كالمسجد، والطريق.

ومن ذلك ما نقله العسقلاني من أن شريحاً، والشعبي، ويحيى بن يعمر، قد قضوا في المسجد. (١٧٢)

وقد ذهب الشافعية أصحاب القول بكرامة القضاء في المسجد إلى جوازه في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: في تغليظ الأيمان، كما هو الشأن في اللعان.

الحالة الثانية: إذا وجدت ضرورة، أو حاجة لذلك، من برد، أو حر شديد، أو مطر، في المعتاد، فيجوز له القضاء في المسجد حينئذ.

الحالة الثالثة: إذا عرضت له قضية حال وجوده في المسجد، فيجوز له الفصل فيها حال وجوده، فيه؛ لتلا يؤخر الفصل، فيتضرر صاحب الحق.

ينظر في هذه الحالات:

الإفتاح للشرييني (مرجع سابق) ٦١٧/٢

الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٣٠/١٦

(١٧١) فتح الباري (مرجع سابق) ١٣١/١٣ (باب القضاء، والفتيا في الطريق).

وإذا كان الأصل في الفقه الإسلامي هو علانية المرافعات، وتمكين من شاء من الحضور، وفي هذا إظهار لشفافية المرافعات، ونظر الدعوى، فإنه يمكن للقاضي أن يأمر بالمرافعات سرًا في الحالات التي يرى فيها ضرورة، أو مصلحة، لذلك.

فقد يرى القاضي أن اطلاع الناس على موضوع الدعوى، وسماعهم المرافعات فيها ما يهتك سترًا لأحد الخصمين، أو يؤدي به إلى فضيحة قد يظهر أنه بريء منها، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني في أبرز مظاهره. (١٧٣)

وقد يرى القاضي أن في العلانية ما يضر بمصلحة الدولة، أو بالآداب العامة فيها، فله في مثل هذه الحالات أن يجعل الجلسة سرية.

(١٧٣) (المرجع السابق) ١٥٥/١٣ (باب من قضى ولاعن في المسجد).

وقال في أثر شريح: "...وصله ابن أبي شيبة، ومحمد بن سعد، من طريق إسماعيل بن أبي خالد، قال: رأيت شريحًا يقضي في المسجد وعليه برنس خز، وقال عبدالرزاق: أنبأنا معمر عن الحكم بن عتيبة أنه رأى شريحًا يقضي في المسجد".

وقال في أثر الشعبي: "...وصله سعيد بن عبدالرحمن المخزومي في جامع سفيان من طريق عبدالله بن شبرمة: رأيت الشعبي جلد يهوديًا في قرية في المسجد، وكذا أخرجه عبدالرزاق عن سفيان".

وقال في أثر يحيى بن يعمر: "...وصله ابن أبي شيبة من رواية عبدالرحمن بن قيس قال: رأيت يحيى بن يعمر يقضي في المسجد".

(١٧٣) د/ عبدالكريم زيدان (مرجع سابق) ص ١٤٢-١٤٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ١٧: ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثالث

مراعاة البعد الإنساني في عظة الخصوم، وعرض الصلح عليهم

لم تغفل الشريعة الإسلامية البعد الإنساني في عظة الخصوم، وعرض الصلح عليهم، بل أولت ذلك اهتمامًا بالغًا، وهو ما أتناوله في مطلبين:

المطلب الأول

البعد الإنساني في عظة الخصوم

حرصت الشريعة الإسلامية على توعية الخصوم، وتذكيرهم بتقوى الله تعالى، وحرمة حصول أحد الخصمين على حق غيره، فذكر الفقهاء أن على القاضي أن يعظ الخصوم بما ينبه الضمير، ويوقظ الحس الديني عندهم.

فقد يكون الحق مع أحد الخصمين، ولكن الخصم الآخر ألحن في الحجة، أو معه شهود زور ليستولي على حق صاحبه بما هو مخالف لقوله تعالى: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَذَلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ}. (١٧٤)

فقد نزلت الآية الكريمة في عبدان بن أشوع الحضرمي حيث ادعى مالا على امرئ القيس الكندي، واختصما إلى النبي ﷺ فأنكر أمرؤ القيس، وطلب الحلف، فنزلت هذه الآية، فكف عن اليمين، وحكم عبدان في أرضه، ولم يخاصمه.

والمعنى المراد من الآية الكريمة: النهي عن أكل مال الآخرين بغير حق، وبأي وجه من الوجوه على جهة العموم، فيشمل العموم: القمار، والغش، والخداع، والغصب، ويجحد الحق، وكل ما لا تطيب به نفس مالكة، وكل ما حرّمته الشريعة الإسلامية وإن طابت به نفس مالكة، كمهر البغي، وثمر الخمر.

(١٧٤) [البقرة: ١٨٨].

ومن الأكل بالباطل بمقتضى الآية الكريمة أن يقضي القاضي لأحد المتداعيين
فيأخذ حق الآخر، وهو يعلم أنه على غير حق، حيث إن الحرام في الأموال لا
يصير حلالاً بقضاء القاضي؛ لأنه يقضي بالظاهر. (١٧٥)

ومن هنا فإن القاضي يعظ الخصوم بما يساعد في إيصال الحق إلى صاحبه.

وقد ورد أن النبي μ وعظ الخصوم، وبيّن لهم حرمة أخذ حق الآخرين بطريق
القضاء، ولنا فيه μ الأسوة الحسنة.

فقد روى عن أم سلمة رضي الله عنها- أن رسول الله μ قال: "إنما أنا بشر، وإنكم
تختصمون إليّ، ولعل بعضهم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو
ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من
النار". (١٧٦)

ويجب على القاضي أن يرفق بالخصمين في عظتهما، فينصحهما بما يلين قلوبهما،
ويوقظ ضمائرهما، حتى يتورع أحدهما من أخذ حق صاحبه.

(١٧٥) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٢/٣٣٧-٣٣٨، تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل
ابن عمر بن كثير الدمشقي الجزء الأول ص ٢٢٦ ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤٠١هـ.

(١٧٦) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٦/٢٦٢٢ (باب موعظة الإمام للخصوم).

والحديث أيضاً في صحيح مسلم عن أم سلمة رضي الله عنها- بلفظ: "أن رسول الله μ سمع
جلبة خصم بباب حجرته، فخرج إليهم، فقال: إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضهم أن
يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق، فأقضي له، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي
قطعة من النار فليحملها، أو يذرها".

ينظر: صحيح مسلم (مرجع سابق) ٣/١٣٣٧ (باب الحكم بالظاهر، واللحن بالحجة).

والرفق واللين مع الخصمين يمثل مبدأ عامًا في التقاضي، ولا يقتصر على اللين في العظة فحسب.

فيجب على القاضي أن يسمع كلام الخصمين من غير ضجر، ولا انتهاز لأحدهما؛ حتى لا تضعف نفوسهما عن عرض الحجة، وطلب الحق، وإن كان هذا لا يمنع انتهاز من صدر منه لغط في مجلسه.^(١٧٧)

وإمعانًا في الرفق، فإن فقهاء الحنفية قالوا بأن على القاضي أن يبين للمحكوم عليه وجه الشرع في حكمه، ويظهر له أنه فهم حجته، ولكن الحجة الأقوى كانت لخصمه، وأن هذا حكم الشرع.

ووجه ذلك عند الحنفية إضافة إلى ما فيه من الرفق بالمقضي عليه: أنه يدفع شكائته، ويبعد عن القاضي سوء الظن به، أو نسبة الجور إليه، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني إلى أبعد حد.^(١٧٨)

وإذا كان الرفق مطلوبًا بالخصوم فإنه مطلوب بالشهود من باب أولى، فلا يجوز للقاضي أن ينتهر الشاهد، أو يعنفه، أو يضجر منه، لأن في ذلك معنى الميل إلى المشهود عليه، كما أنه يضعف نفس الشاهد، وربما يجعل الشهود يعزفون عن أداء الشهادة عند هذا القاضي، أو يتكفرون لها.^(١٧٩)

(١٧٧) الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٧٧/١٦

(١٧٨) البحر الرائق (مرجع سابق) ٣٠٣/٦

(١٧٩) الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٧٧/١٦-٢٧٨

المغني (مرجع سابق) ١٢١/١٠

جواهر الكلام (مرجع سابق) ١٢٨/٤٠

المطلب الثاني

البعد الإنساني في عرض الصلح على المتخاصمين

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالإصلاح بين الناس أيما اهتمام، وحثت القاضي على محاولة الصلح بين الخصمين قبل الحكم بينهما^(١٨٠).

وقد تظاهرت الأدلة الشرعية على أهمية الصلح بين الناس، ومن أشهرها:

من القرآن الكريم: آيات كثيرة منها:

١- قوله تعالى: {لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا} ^(١٨١).

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

يبين الله تعالى أنه لا خير في كثير من نجواهم -والمراد بالنجوى السر بين الاثنين- لكنه تعالى استثنى من ذلك من كانت نجواه من أمر بصدقة، أو معروف، أو إصلاح بين الناس، ودعا إليه فإن نجواه حينئذ تكون خيراً.

^(١٨٠) حاشية ابن عابدين (مرجع سابق) ٤٢٣/٥

درر الحكام شرح مجلة الأحكام للشيخ/ علي حيدر تحقيق، وتعريب/ المحامي فهمي الحسيني
الجزء الرابع ص ٦٠٤ ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) - بدون تاريخ-

السييل الجرار (مرجع سابق) ٢٧٨/٤، البحر الزخار (مرجع سابق) ٦/ ١٨٨ ، جواهر الكلام
(مرجع سابق) ١٤٥ /٤٠.

^(١٨١) [النساء: ١١٤].

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

فعدّ منها تعالى الإصلاح بين الناس، وهو عام في الدماء، والأعراض، والأموال، وفي كل شيء يقع فيه الاختلاف بين المسلمين، فدل على الترغيب في الصلح بين الناس. (١٨٢)

٢- قوله تعالى: {وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ}. (١٨٣)

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

يأمر الله تعالى بالإصلاح بين المؤمنين بالنصح، والدعاء إلى كتاب الله تعالى، والتذكير بشرعه، فدل ذلك على أهمية الصلح بين المتخاصمين في الشريعة الإسلامية. (١٨٤)

من السنة المطهرة: أحاديث كثيرة منها:

١- عن سهل بن سعد ر أن أناساً من بني عمرو بن عوف كان بينهم شيء، فخرج إليهم النبي ﷺ في أناس من أصحابه يصلح بينهم، فحضرت الصلاة، ولم يأت النبي ﷺ فجاء بلال، فأذن بلال بالصلاة، ولم يأت النبي ﷺ فجاء إلى أبي بكر، فقال: إن النبي ﷺ حبس، وقد حضرت الصلاة، فهل لك أن تؤم الناس؟ فقال: نعم إن شئت، فأقام الصلاة، فتقدم أبو بكر، ثم جاء النبي ﷺ يمشي في الصفوف حتى قام في الصف الأول، فأخذ الناس بالتصفيح حتى أكثروا، وكان أبو بكر لا يكاد يلتفت في الصلاة فالتفت، فإذا هو بالنبي ﷺ وراءه فأشار إليه بيده، فأمره يصلي كما هو،

(١٨٢) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٥/ ٣٨٢ وما بعدها.

([الْحُجْرَاتُ: ٩] ١٨٣)

(١٨٤) تفسير البيضاوي (مرجع سابق) ٥/ ٢١٥، تفسير القرطبي (مرجع سابق) ١٦/ ٣١٦

فرغ أبو بكر يده فحمد الله، ثم رجع القهقري وراءه حتى دخل في الصف، وتقدم النبي ﷺ فصلى بالناس، فلما فرغ أقبل على الناس فقال: يا أيها الناس ما لكم إذا نابكم شيء في صلاتكم أخذتم بالتصفيح، إنما التصفيح للنساء، من نابته شيء في صلاته فليقل: سبحان الله، فإنه لا يسمعه أحد إلا التفتت، يا أبا بكر ما منعك حين أشرت إليك لم تصل بالناس؟ فقال: ما كان ينبغي لابن أبي قحافة أن يصلي بين يدي النبي ﷺ". (١٨٥)

٢- عن سهل بن سعد ر أن أهل قباء اقتتلوا حتى تراموا بالحجارة، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: "اذهبوا بنا نصلح بينهم". (١٨٦)

وجه الدلالة من الحديثين الشريفين:

يدل الحديثان دلالة واضحة على أهمية الصلح بين المتخاصمين، وهو ما يظهر من اهتمام النبي ﷺ بالصلح بين من يعلم اختلافهما، وقد كان يذهب ﷺ للصلح بين المتخاصمين دون طلب من أحدهما، وهو ما يؤكد المعنى المراد من حث الشريعة الإسلامية على الصلح بين المسلمين.

من آثار الصحابة -رضوان الله عليهم-:

١- عن محارب قال: قال عمر ر: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن".

(١٨٥) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٩٥٧/٢ (باب ما جاء في الإصلاح بين الناس، وقول الله تعالى: {لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نُّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنَ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا}. [النساء: ١١٤].

(١٨٦) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٩٥٨/٢ (باب قول الإمام لأصحابه: اذهبوا بنا نصلح).

وفي لفظ آخر: عن محارب بن دثار قال: قال عمر بن الخطاب τ : "ردوا الخصوم لعلهم أن يصطلحوا، فإنه أبرأ للصدق، وأقل للحنات".

وفي لفظ ثالث عن علي بن بذيمة الجزري قال: قال عمر بن الخطاب τ : "ردوا الخصوم إذا كان بينهم قرابة، فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن".^(١٨٧)
وجه الدلالة من الآثار المذكورة:

أن الصحابة μ كانوا يهتمون بالصلح بين المتخاصمين، فهاهو خليفة رسول الله ρ يأمر به عماله، وقضاة، وبيبين τ العلة من ذلك وهي أن الصلح يدفع العداوة، ويزيل الشحناء، وأنه في ذلك أولى من القضاء؛ لأن القضاء إذا فصل بين المتخاصمين ترك بينهما شحناء؛ لأنهما لم يتراضيا على الحق، وإنما أجبر عليه من حكم لخصمه، فدل كل ذلك على أهمية الصلح بين الناس.

ولم يتوقف الأمر في الشريعة الإسلامية عند الحث على الصلح، بل إنها أباحت الكذب إذا كان لغرض الإصلاح بين المتخاصمين، ومما يدل على ذلك ما يلي:

١- عن أم كلثوم بنت عقبة رضی الله عنها- أنها سمعت رسول الله ρ يقول: "ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيرا، أو يقول خيرا".^(١٨٨)

(١٨٧) سنن البيهقي الكبرى (مرجع سابق) ٦٦/٦ (باب ما جاء في التحلل، وما يحتج به من أجاز الصلح على الإنكار).

وقال فيها البيهقي: "هذه الروايات عن عمر τ منقطعة".

(١٨٨) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٩٥٨/٢ (باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

والحديث بلفظ آخر عن حميد بن عبدالرحمن عن أمه أم كلثوم بنت عقبة η قالت: "سمعت رسول الله ρ يقول: ليس بالكاذب من أصلح بين الناس، فقال خيرًا، أو نمى خيرًا!" (١٨٩)

٢- عن أسماء بنت يزيد رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ρ : "لا يحل الكذب إلا في ثلاث: يحدث الرجل امرأته ليرضيها، والكذب في الحرب، والكذب ليصلح بين الناس!" (١٩٠)

فدلت هذه الأحاديث على إباحة الكذب لغرض الإصلاح بين الناس، ولم يكن الكذب ليباح إلا لخطب جلال، ولأمر هام، فكان في إباحتها للإصلاح بين الناس ما ينطق بأهمية السعي للصلح، وحث الشريعة عليه.

وانطلاقًا مما سبق فإن على القاضي أن يدعو الخصوم إلى الصلح، ويحاول التوفيق بينهم قبل اللجوء إلى الفصل بينهم بالقضاء، خاصة إذا كان بينهم رحم؛ فإن فصل المنازعة بالقضاء بين الأرحام يورث الشحناء، والبغض.

(١٨٩) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٣٣١/٤ (باب ما جاء في إصلاح ذات البين).

وقال فيه أبو عيسى: "هذا حديث حسن، صحيح".

(١٩٠) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٣٣١/٤ (باب ما جاء في إصلاح ذات البين)

وقال فيه أبو عيسى: "...هذا حديث لا نعرفه من حديث أسماء إلا من حديث ابن خثيم، وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن شهر بن حوشب عن النبي ρ ولم يذكر فيه عن أسماء، حدثنا بذلك محمد بن العلاء حدثنا ابن أبي زائدة عن داود، وفي الباب عن أبي بكر".

ولكن لا ينبغي للقاضي أن يلح في عرض الصلح بين المتخاصمين بما يترتب عليه تأجيل الدعوى أكثر من مرة، أو يكون الصلح معوقاً من معوقات القضاء، وإيضاً حتى لا يتأذى بذلك صاحب الحق.^(١٩١)

(١٩١) حاشية ابن عابدين (مرجع سابق) ٤٢٣/٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (مرجع سابق)

فقد ذكروا أن على القاضي ألا يعرض الصلح أكثر من مرتين.

الفصل الثالث

مراعاة البعد الإنساني فيما يتعلق بالمرفق القضائي ذاته

لم تقف مراعاة البعد الإنساني في التنظيم القضائي عند حد القضاة، والخصوم، بل إنها راعت ذلك أيضًا في المرفق القضائي ذاته، بما يعود نفعه على المتقاضين، وعلى المجتمع بأسره.

ولعل من أهم ما يمكن الحديث عنه في هذا الموضوع مما يتعلق بمرفق القضاء، هو الحديث عن استقلال القضاء، وعن مجانيته، وذاك ما أعالجه في المبحثين التاليين:

المبحث الأول

البعد الإنساني المتعلق بتقرير مبدأ استقلال القضاء

أتناول في هذا المبحث تقرير الفقه الإسلامي لمبدأ استقلال القضاء، ثم أعرض لبيان أهم الضمانات التي وضعها لتأكيد هذا المبدأ، وصونه، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول

تقرير مبدأ استقلال القضاء

لقد كان للفقه الإسلامي السابق في تقرير مبدأ استقلال القضاء، والبعد به عن التدخل في شئونه، وفي ذلك ما يضمن إحقاق الحق، وضبط ميزان العدل في المجتمع.

ولا شك أن هذا ينطق بمراعاة البعد الإنساني في المجتمع كافة؛ فإذا لمس المجتمع استقلال القضاء، لم يخش الناس تدخلاً من ذي سلطان يميل ميزان العدل عند تدخله، ولم يخش القاضي غير ربه عند نظر الدعوى، والنطق بالحكم فيها.

فاستقلال القضاء يجعل القاضي بمنأى عن تلبسه بالرغبة في إرضاء الحاكم حين نظر الدعوى التي تعرض عليه، بل يكون حرّاً لا يحتكم إلا إلى دينه، وبما يمليه عليه ضميره، وحينها يأمن الناس على أنفسهم، وأموالهم، وينعموا بنعمة الأمن بتقّتهم في قضاء نزيه، حر، مستقل، لا سلطان عليه إلا الله تعالى.

بخلاف الحال فيما لو كان القضاء لا يتمتع بالاستقلال في أحكامه؛ حيث يخشى الناس تدخل السلطة التنفيذية، لمصلحة هذا، أو ضد مصلحة ذلك، ويكون القضاء حينئذ سيقاً مسلطاً على رقاب الناس من قبل الحاكم، ويفارق الهدف الذي جعل له أصالة من رد الحقوق إلى أصحابها، ودفع الظلم عن المظلوم، وكونه سفير أمن، ورسول أمن في المجتمع الإسلامي.

هذا وإن الناظر في الفقه الإسلامي يجد - بما لا يدع مجالاً لشك - أنه قد أعطى للقضاء استقلالاً تاماً في أحكامه، وأسبغ عليه صفة الحرية في الأقضية بما يعد منهاجاً يُقتدى به، وإلى حد لم يصل إليه أي تنظيم وضعي.

ويستدل على تقرير مبدأ استقلال القضاء في الفقه الإسلامي بالعديد من الأدلة، والتي من أشهرها ما يلي:

١- عن أبي هريرة ر قال: قال رسول الله ﷺ: "من حالت شفاعته في حد من حدود الله فقد ضاد الله في ملكه، ومن أعان على خصومة وهو لا يعلم أحق، أو باطل، فهو في سخط الله، ومن مشى مع قوم يرى أنه شاهد وليس بشاهد، فهو شاهد زور...". (١٩٢)

٢- عن ابن عباس ر قال: قال رسول الله ﷺ: "من أعان ظالماً

بباطل ليدحض به حقاً فقد بريء من ذمة الله، وذمة رسوله ﷺ". (١٩٣)

٣- عن أوس بن شرحبيل أحد بني أشجع أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: "من مشى مع ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم، فقد خرج من الإسلام". (١٩٤)

(١٩٢) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٢٠٥/٤ - ٢٠٦ (باب فيمن أعان في خصومة)

وقال فيه الهيثمي: "رواه الطبراني في الأوسط، وفيه رجاء السقطي، ضعفه ابن معين، ووثقه ابن حبان".

(١٩٣) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٢٠٥/٤ (باب فيمن أعان في خصومة)

وقال فيه الهيثمي: "رواه الطبراني في الثلاثة، وفي إسناد الكبير حنش، وهو متروك، وزعم أبو محسن أنه شيخ صدق، وفي إسناد الصغير، والأوسط، سعيد بن رحمة، وهو ضعيف".

(١٩٤) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٢٠٥/٤ (باب فيمن أعان في خصومة)

وجه الدلالة من الأحاديث الشريفة:

يحذر النبي ﷺ في هذه الأحاديث أشد التحذير من التدخل في عمل القضاء للعون على الخصومة، والتحذير عام، فيشمل كل ذى سلطة، سواء أكان الحاكم ذاته، أو أحد أعوانه.

ويبين ﷺ في الحديث الأول أن من يعين على خصومة دون تيقنه أنها حق، فإنه يبوء بغضب الله، ويكون في سخطه -ولعياذ بالله تعالى- فما بالنا إن كان يعين على خصومة يعلم أنها باطل.

وفي الحديث الثاني يؤكد النبي ﷺ ذات المعنى، فيمنع من العون في دحض الحق، أو إعانة الظالم على ظلمه سواء من خلال التدخل في عمل القضاء، أو بأي طريق آخر.

وفي الحديث الثالث تأكيد لما ورد في الحديثين الشريفين -الأول، والثاني- من تحريم العون للظالم في خصومته.

فدل كل ذلك على وجوب احترام مبدأ استقلال القضاء، وحرمة التدخل في سيره.

٤- عن عروة عن عائشة رضي الله عنها- "أن قريشاً أهتمهم المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم رسول الله ﷺ ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله ﷺ فكلم رسول الله ﷺ فقال: أتشفع في حد من حدود الله؟ ثم قام فخطب، قال: يا أيها الناس إنما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق

وقال فيه الهيثمي: "رواه الطبراني في الكبير، وفيه عياش بن مؤنس، ولم أجد من ترجمه، وبقيّة رجاله وتقوا، وفي بعضهم كلام".

الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها!" (١٩٥)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

يبين الحديث الشريف حرمة الشفاعة لدى القاضي لمنع تنفيذ الحد، ومثله الشفاعة لمنع إيصال الحق إلى صاحبه، وفي هذا ما يدل على وجوب احترام استقلال القضاء في الفقه الإسلامي.

وفي ضربه ρ المثل بمن كان قبلنا، وإشارته ρ إلى تمييزهم الشريف على الضعيف وأن هذا سبب ضلالهم، ما يدل على حرمة التدخل في عمل القضاء؛ فالشريف يشمل من له سلطة، أو يستطيع التوصل إلى مساندة أهل السلطة، فدل ذلك بيقين على وجوب تقرير مبدأ استقلال القضاء، وصون هذا المبدأ.

من كل ما سبق يظهر أن القاضي يجب أن يهين له ولي الأمر البيئة القضائية المستقلة، فلا يتدخل في أعماله، بل ويجب أن يضع الوسائل التي تضمن عدم التدخل في أعمال القضاء، أو الافتيات عليه، فلا أحد يوجه القاضي إلى حكم بعينه، ولا يمنعه من النظر في الدعوى، ولا يقف أمام تنفيذ حكم قضى به.

ويحفل التاريخ الإسلامي بالعديد من النصوص الفقهية التي تدل على تقرير مبدأ استقلال القضاء، ومن ذلك أنكر استشهاده:

(١٩٥) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٢٤٩١/٦ (باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان).

والحديث أيضًا في: صحيح مسلم (مرجع سابق) ١٣١٥/٣ (باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود).

ما جاء عن القرافي -رحمه الله تعالى-: "قال أصبغ: إذا توجه الحكم على أحد الخصمين فاستغاث بالأمير الجائر، فنهاه عن النظر في ذلك، أو يعزله عنه، فلينفذه، ولا ينظر إلى نهى الأمير..."^(١٩٦).

وقد وصف بعض الفقهاء حال القاضي الكفاء بكونه لا يبالي بلوم الناس، ولا يرضخ لكلام ذي الجاه، وهو ما يؤكد استقلاله في عمله.^(١٩٧)

بل إن الفقه الإسلامي يعطى لصاحب الحق الطعن، والتظلم من فعل السلطة التنفيذية أمام القاضي، ومن ذلك ما جاء في الفتاوى الهندية:

"...وسئل عن دار بالشركة بين ورثة، ولآخر دعوى على أحد الشركاء، فاستغاث الطالب بالسلطان حتى سمر الباب، هل لسائر الشركاء أن يرفعوا إلى الحاكم ليرفع المسمار؟ قال أبو القاسم الصفار يرفع؛ لأن التسمير على باب دار مشترك لأجل واحد منهم بمعزل عن العدل".^(١٩٨)

ومن هنا نرى أن الفقه الإسلامي يجعل القضاء رقيباً على عمل السلطة التنفيذية، وليس فقط أنه بمنأى عن تدخلها في أعماله.^(١٩٩)

^(١٩٦) النخيرة (مرجع سابق) ١٠/١٢٩

^(١٩٧) القوانين الفقهية (مرجع سابق) ص ٢٥٤ .

الكافي في فقه ابن حنبل (مرجع سابق) ٤/٤٣٥

^(١٩٨) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ/ نظام، وجماعة من

علماء الهند الجزء الثالث ص ٣٣٨ ط/ دار الفكر ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

^(١٩٩) ينظر: د/ محمد عبدالرحمن البكر (السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام

الإسلامي) ص ٥٨٣ وما بعدها ط/ الزهراء للإعلام العربي - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ -

١٩٨٨م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المطلب الثاني

ضمانات مبدأ استقلال القضاء

لم تكتف الشريعة الإسلامية بتقرير مبدأ استقلال القضاء، وإنما تكفلت بوضع الضمانات الكافية التي تمنع من التدخل في أعماله، والتي تؤكد مراعاة تطبيقه، وضمان استمراريته في آن واحد.

ومن أهم تلك الضمانات: الأمر بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وترك ما عداها، ومخاطبة الإمام، والمجتمع كافة بمراعاة العدل، واجتناب الظلم في الأفضية، وتقرير حصانة القاضي المستجمع للشروط من العزل.

وأتناول كل ضمانات من هذه الضمانات الثلاث في فرع مستقل:

الفرع الأول

وجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

يعد الأمر بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والاحتكام إليها من أهم ضمانات استقلال القضاء؛ ذلك أن في هذا الأمر ما يجعل القاضي لا يتقيد في أحكامه بأمر من ذي سلطان، أو بتوجيه من ذي منصب، وإنما يجب عليه أن يلتزم فقط بأحكام الشريعة الإسلامية في أفضيته.

وإن وجوب الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية يوجه رسالة صريحة إلى السلطة التنفيذية بعدم التدخل في شئون القضاء، وأن القاضي لا يلتزم بتوجيه منها، وإنما يقضي بما يستقر في ضميره من واقع التزامه بأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد تضافرت الأدلة الصحيحة على وجوب الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في الأفضية، سواء من القرآن الكريم، أو من السنة النبوية، ومن هذه الأدلة أذكر ما يلي:

من القرآن الكريم: آيات كثيرة منها:

١- قوله تعالى: {وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَم أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ}. (٢٠٠)

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أنه سبحانه يأمر نبيه p بالحكم بما أنزل الله تعالى إليه في القرآن الكريم، وينهاه عن اتباع أهوائهم في الحكم، وإذا كان هذا الأمر للنبي p فهو في الحكم عامة، فدل ذلك على وجوب الحكم بما تقتضيه الشريعة الغراء. (٢٠١)

٢- قوله تعالى: {إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُخْفِظُوا مِن كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوْنَ النَّاسَ وَآخِشُوهُمْ وَلَا تَسْتَبْرَأُوا بِآيَاتِي ثَمًا قَلِيلًا وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ}. (٢٠٢)

٣- قوله تعالى: {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}. (٢٠٣)

٤- قوله تعالى: {وَلْيَحْكُمْ أَهْلَ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}. (٢٠٤)

(٢٠٠) [المائدة: ٤٩]

(٢٠١) تفسير الطبري (مرجع سابق) ٢٧٣/٦

(٢٠٢) [المائدة: ٤٤]

(٢٠٣) [المائدة: ٤٥]

وجه الدلالة من الآيات الثلاث:

يبين الله سبحانه وجوب الحكم بما أنزل تعالى، وألا يتخذ القاضي هدياً سوى هدي الإسلام، وقد أسبغ سبحانه على من تجاوز فلم يحكم بما أنزل الله - صفاتاً غاية في التنفير من مخالفة ما أتت به الآيات الكريمت، أو عدم الانتهاء عما نهى الله عنه، فقد وصف تعالى من لم يحكم بحكمه بالكفر، والظلم، والفسق.

وقد اختلف في تأويل وصف الكفر في الآية الأولى فقيل: نزلت في الكفار الذين يعظمون الأحكام التي تخالف حكم الله تعالى، وتضاد ما أنزل، أما المسلم فلا يحكم بكفره وإن وقع في كبيرة من الكبائر.

وقيل: المراد وصفه بالكفر إن هو رفض الحكم بما أنزل الله ردًا للقرآن الكريم، وجحدًا به، أو من لم يحكم بما أنزل الله مستحلًا للمخالفة، بخلاف من يفعله وهو يقر بالحرمة فوصفه الله تعالى بالفسق، ويصير أمره إليه تعالى إن شاء عفا، وإن شاء عذب.

وقيل إن المراد: ومن لم يحكم بما أنزل الله فقد فعل فعلاً يضاهي أفعال الكفار.

وقيل أيضاً المعنى: أن من لم يحكم بجميع ما أنزل الله أى تركه جملة واحدة، فهو كافر، فأما من حكم بالتوحيد، ولم يحكم ببعض الشرائع فلا يدخل في هذه الآية. (٢٠٥)

وقال بعض العلماء: إنه ليس المراد الكفر الذي يخرج عن الملة، وإنما هو كفر دون كفر.

(٢٠٤) [المائدة: ٤٧].

(٢٠٥) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٦/١٩٠-١٩١، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (مرجع

سابق) ٢/٦٠-٦٢.

وقال بعض العلماء: إن الآية بهذا الوصف هي في اليهود خاصة. (٢٠٦)

٥- قوله تعالى: {فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا}. (٢٠٧)

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أنه تعالى قد اشترط لإيمانهم تحكيم النبي p فيما اختلف بينهم، واختلط، ثم لا يجدوا في أنفسهم ضيقًا، أو شكًا، مما يحكم به p وأن يسلموا تسليماً بمعنى الانقياد لحكمه في الظاهر، والباطن.

وقد أقسم الله -تعالى- تأكيداً للمعنى المراد من وجوب الرجوع إلى النبي p في الحكم، وما يتبعه من الرضا، والانقياد، فدل ذلك على وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية، وعدم الميل عنها؛ لأن النبي p أمين على شرع الله، ولا يحكم إلا به. (٢٠٨)

٦- قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا}. (٢٠٩)

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

(٢٠٦) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٦/ ١٩٠-١٩١، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (مرجع

سابق) ٢/ ٦٠-٦٢.

(٢٠٧) [النساء: ٦٥].

(٢٠٨) تفسير البيضاوي (مرجع سابق) ٢/ ٢١٠-٢١١.

(٢٠٩) [النساء: ٥٩].

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يأمر تبارك وتعالى بطاعة الله أولاً وهي امتثال أوامره، واجتناب نواهيه، وطاعة رسوله ﷺ ثانياً فيما أمر به، وما نهى عنه، وطاعة أولى الأمر ثالثاً وهم الأمراء، ومن في حكمهم كالخلفاء، والقضاة، الذين أمرهم الله بالعدل قبل أمره الناس بطاعتهم، وذلك قوله تعالى في الآية السابقة على هذه الآية: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا} (٢١٠) وفي ذلك تنبيه على أن طاعتهم واجبة ما داموا على الحق.

وقيل المراد بأولى الأمر في الآية الكريمة: علماء الشريعة.

ثم أمر تبارك وتعالى ببرد الأمر المتنازع فيه إلى الله تعالى، أي إلى كتابه الكريم، وإلى الرسول ﷺ أي إليه في حياته، وإلى سنته المطهرة بعد وفاته، وفي هذا ما يدل على وجوب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية والاحتكام إليها في الأقضية، والأحكام، وفي كافة الأمور. (٢١١)

من السنة المطهرة: أحاديث كثيرة تدل على وجوب الحكم بما تقتضيه الشريعة الإسلامية منها ما يلي:

١- عن الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ بن رسول الله ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال: "كيف تقضي؟" فقال: أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ؟ قال: أجتهد رأيي، قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ. (٢١٢)

(٢١٠) [النساء: ٥٨].

(٢١١) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٥ / ٢٥٩-٢٦٠، تفسير البيضاوي (مرجع سابق)

٢ / ٢٠٥-٢٠٦.

(٢١٢) سبق تخريج الحديث في ص ١٦ من هذا البحث.

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

أن النبي ρ قد بين لسيدنا معاذ τ المصادر التي يجب عليه الرجوع إليها في أقضيته، وذلك بإقراره ρ ما قاله معاذ، وأن المصادر المذكورة في الحديث الشريف كلها ترجع إلى شرع الله سبحانه وتعالى، فوضح من ذلك وجوب الحكم بالشرعية الإسلامية، وحرمة الحيدة عنها.

٢- عن عبيدالله عن أبي هريرة وزيد بن خالد ψ قالاً: "كنا عند النبي ρ فقال: لأقضين بينكما بكتاب الله".^(٢١٣)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

يدل الحديث على وجوب القضاء بكتاب الله تعالى، وهو المشتمل على أحكام الشرعية الإسلامية الغراء، لأن النبي ρ حكم بالقضاء به، ولنا فيه ρ الأسوة الحسنة، كما أن أفعاله ρ تشريع لنا، فبان من هذا حرمة الحكم بغير الشرعية الإسلامية، وأنا مأمورون بالرجوع إلى أحكامها حين القضاء.

الفرع الثاني

مخاطبة الإمام والمجتمع كافة بالعدل

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على بناء مجتمع صالح قائم على العدل، فوردت النصوص القاطعة في تحريم الظلم، والأمر بالعدل، مخاطبة الحاكم، والمحكوم على حد سواء.

ويعد هذا الغرس القويم في نفوس الحكام من الضمانات التي تمنع افتيات السلطان التنفيذية على السلطة القضائية، أو التدخل من قبل الأولى في أعمال الأخيرة؛ ذلك أن الحاكم حين يستشعر أهمية العدل من خلال اهتمام الشريعة الإسلامية بالحد

^(٢١٣) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٢٦٥٥/٦ (باب الاقتداء بسنن رسول الله ρ)

عليه يجد وازعاً دينياً يحول بينه وبين التدخل في أعمال القضاء، ويمنع هذا الوازع القاضي في ذات الوقت من الانصياع إلى تدخل السلطة التنفيذية - إن هو حدث- لأن هذا يؤدي بالقطع إلى الظلم.

فالحاكم يعلم أن الكل يجب أن يُشمل بالعدالة، وأن العدالة تقتضي تهينة المناخ الحر للقاضي لكي يحكم بما يراه دون ضغط من ذي سلطان، أو ميل لهوى من ذي جاه.

ولقد تواترت الأدلة الشرعية على تأكيد مبدأ العدل، والبعد عن الظلم، من القرآن الكريم، والسنة النبوية، ومن هذه الأدلة ما يلي:

فمن القرآن الكريم: آيات كثيرة منها:

١- قوله تعالى: {سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْأَلُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَآخُكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَآخُكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} (٢١٤)

٢- قوله تعالى: {يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَآخُكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ} (٢١٥)

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

يأمر الله تعالى رسله -عليهم الصلاة والسلام- بالحكم بالعدل، وهم المعصومون، فيخاطب في الأولى نبيه محمداً p أمراً إياه الحكم بالقسط الذي هو العدل الذي أمر

(٢١٤) [المائدة: ٤٢]

(٢١٥) [ص: ٢٦٠]

الله تعالى به،^(٢١٦) ويبين له الجزاء الحسن لمن يحكم بالقسط من الفوز بحب الله تعالى في قوله: {إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ}.^(٢١٧)

وفى الآية الثانية يأمر الله تعالى نبيه داود بالحكم بالحق، وهو العدل، وينهاه عن اتباع الهوى في الحكم، ويبين أن اتباع الهوى المخالف لحكم الله تعالى يودي بصاحبه إلى الضلالة عن سبيل الله، وأن مصير من وقع في ذلك هو العذاب الشديد.^(٢١٨)

وإذا كان الأمر بالعدل مخاطبًا به الأنبياء الذين عصمهم الله تعالى من الوقوع في الظلم، فإنه أكد في حق غيرهم؛ لأن غيرهم -من غير المعصومين- هم عرضة للوقوع في الظلم، فدل ذلك على وجوب الالتزام بالعدل في كافة الأحكام، والتصرفات.

٣- قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُوا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا}.^(٢١٩)

٤- قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا}.^(٢٢٠)

^(٢١٦) تفسير البيضاوي (مرجع سابق) ٣٢٦/٢-٣٢٧

^(٢١٧) [المائدة: ٤٢]

^(٢١٨) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ١٨٩/١٥

^(٢١٩) [النساء: ١٣٥]

^(٢٢٠) [النساء: ٥٨]

٥- قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ}. (٢٢١)

وجه الدلالة من الآيات الكريمة:

يأمر الله تعالى في الآيات الثلاث بالعدل في الحكم، ففي الآية الأولى يأمر سبحانه وتعالى المؤمنين بأن يكونوا قوامين بالقسط، وهو العدل، أى وليكن من أخلاقكم، وصفاتكم القيام بالعدل. (٢٢٢)

وفي الآيتين الثانية، والثالثة يأمر الله بالعدل على وجه العموم، فنلاحظ قوله سبحانه وتعالى في الآية الثانية {وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ}. (٢٢٣)

فالعدل واجب في الحكم بين الناس جميعًا لا فرق بين مسلم وغير مسلم، ولا بين غنى وفقير، ولا بين حاكم ومحكوم.

والمراد: أن تحكموا بالإنصاف، والسوية إذا قضيتم بين من ينفذ عليه أمركم، أو يرضى بحكمكم.

وقد قيل: إن الخطاب هنا للحكام، والولاية؛ لأن الحكم وظيفتهم، وقد أكد سبحانه وتعالى أمره بالعدل في الحكم بين الناس بالترغيب في هذا الأمر، وبيان حسنه بقوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ}. (٢٢٤) أي نعم ما يعظكم به سبحانه. (٢٢٥)

(٢٢١) [المائدة:٨]

(٢٢٢) تفسير الطبري (مرجع سابق) / ٥ / ٣٢٠-٣٢١

(٢٢٣) [النساء:٥٨]

(٢٢٤) [النساء:٥٨]

أما الآية الثالثة فتؤكد ذات المعنى من عموم الأمر بالعدل، فنبه سبحانه إلى وجوب مراعاة العدل في الحكم، ولو مع الأعداء، فالمعنى: لا يجرمنكم شأن قوم على ترك العدل، وإيثار العدوان على الحق، بل إن الآية عامة تشمل الحكم بالعدل حتى مع الكافر، حيث إن كفره لا يبزر منع العدل عنه.^(٢٢٦)

من السنة المطهرة: أحاديث كثيرة منها:

١- عن أبي سعيد τ قال: قال رسول الله ρ : "إن أحب الناس إلى الله يوم القيامة وأدناهم منه مجلساً إمام عادل، وأبغض الناس إلى الله وأبعدهم منه مجلساً إمام جائر".^(٢٢٧)

٢- عن عبدالله بن أبي أوفى τ قال: قال رسول الله ρ : "إن الله مع القاضي ما لم يجر، فإذا جار تخلى عنه، ولزمه الشيطان".^(٢٢٨)

٣- عن أبي هريرة τ عن النبي ρ قال: "سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله، الإمام العادل، وشاب نشأ في عبادة ربه، ورجل قلبه معلق في المساجد؛

^(٢٢٥) تفسير البيضاوي (مرجع سابق) ٢ / ٢٠٥، تفسير القرآن العظيم لابن كثير (مرجع سابق) ٥١٧ / ١.

^(٢٢٦) تفسير القرطبي (مرجع سابق) ٦ / ١٠٩-١١٠.

^(٢٢٧) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٣ / ٦١٧ (باب ما جاء في الإمام العادل)

وقال فيه أبو عيسى: "...حديث حسن، غريب، لا نعرفه إلا من هذا الوجه".

^(٢٢٨) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٣ / ٦١٨ (باب ما جاء في الإمام العادل)

وقال فيه أبو عيسى: "هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث عمران القطان".

ورجلان تحاببا في الله، اجتمعا غلبه، وتفرقا عليه، ورجل طلبته امرأة ذات منصب، وجمال فقال: إني أخاف الله، ورجل تصدق أخفى حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه، ورجل ذكر الله خاليا ففاضت عيناه" (٢٢٩)

وجه الدلالة من الأحاديث المذكورة:

يبين النبي μ في الأحاديث الشريفة منزلة العدل عند الله عزوجل، وما أعده تعالى من الخير الجزيل لمن اعتاد الحكم بالعدل، وما يستحقه من خالف العدل تحت تأثير رغبة حاكم، أو تحقيق مكسب شخصي، أو غير ذلك، من بغض الله له، والبعد عنه، ولزومه الشيطان.

ويبين μ في الحديث الثالث جزاء الإمام العادل، وأن الله يظله بظله يوم القيامة جزاء عدله في الدنيا، فدل ذلك على وجوب مراعاة العدل من القاضي، وألا يسمح للسلطة التنفيذية أن تتدخل في أحكامه.

الفرع الثالث

حصانة القاضي المستجمع للشروط من العزل

يقصد بحصانة القاضي من العزل: منع عزل القاضي بلا مبرر، بعد توليه القضاء باستجماعه شروطه.

فالقاضي يتولى القضاء بموجب عقد الولاية الصحيح الذي تم بين الحاكم أو من ينوب عنه. وبين القاضي الذي قبل تولي القضاء بمباشرة أعمال القضاء حسب ما هو منصوص عليه في عقد الولاية (٢٣٠)

(٢٢٩) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٢٣٤/١ (باب من جلس في المسجد ينتظر الصلاة، وفضل المساجد).

ومن الضروري لأي مجتمع يبغي العدل أن يكون القاضي حرًا في إصداره الأحكام، دون توجيه، أو ضغط من أحد، ودون أدنى تدخل من السلطة التنفيذية، وهذا يتطلب حصانة القاضي من العزل التعسفي، وهو العزل بلا مبرر شرعي.

فالقاضي ما دام مستجمعًا شروط القضاء، ولم يصدر عنه ما يقتضي العزل، يجب أن يظل في ممارسة عمله على الوجه الذي يحقق العدالة المنشودة في المجتمع الإسلامي.

فإذا كنا نتحدث عن ضرورة استقلال القضاء، والبعد به عن تدخل السلطة التنفيذية، أو تغولها عليه، فإن من أهم الضمانات التي يستلزمها ذلك ضمانه حصانة القاضي من العزل؛ حتى لا يكون التهديد بالعزل سيفًا مسلطًا على رقبا القاضي، يراه بين عينيه حين القضاء.

ولا يعنى هذا أن القاضي لا يجوز عزله، أو أنه بمنأى عن العزل مطلقًا، ولكن المراد بالحصانة عدم قابليته للعزل ما لم يصدر منه ما يستوجب، أو يبرره.

أما إذا صدر منه ما يبرر عزله لفقده صلاحيته للقضاء بمثل قبوله رشوة، أو محاباته لأحد دون وجه حق، أو ظلمه عمدًا لأحد المتخاصمين بالحكم عليه، أو سند شرعي، فهنا يعزل لذات الغاية، وهي تحقيق العدالة.^(٢٣١)

(٢٣٠) د/ نصر فريد محمد وأصل (السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام) ص ٢٨١ ط/ مطبعة الأمانة بالقاهرة الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ-١٩٧٧م.

(٢٣١) مغني المحتاج (مرجع سابق) ٢٨١/٤ حيث ذكروا عزل القاضي لفسقه لوجود المنافي للولاية.

الذخيرة (مرجع سابق) ٨٣/١٠.

السيل الجرار (مرجع سابق) ٣٠٠/٤.

ولتفصيل الأمر في عزل الحاكم أو من ينوب عنه للقاضي أعرض لتفصيل هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: أن يظهر من القاضي خلل يؤثر في أعمال القضاء:

قد يظهر من القاضي خلل يؤثر في أعمال القضاء بما يستوجب عزله، وفي هذه الحالة فإنه يعزل، ولا ينفذ حكمه؛ لمنافاته للغرض الذى وضع له القضاء.

ومن أمثلة هذه الحالة: قبول القاضي للرشوة، فإذا حكم القاضي بعيداً عن الحق، بمقتضى رشوة قدمت إليه وجب عزله.

وقد نقل فقهاء الحنفية الإجماع على أن حكم القاضي بمقتضى الرشوة لا ينفذ فيما ارتشى. (٢٣٢)

ويأخذ ذات الحكم قبول القاضي للهدية المحرمة التى هى فى معنى الرشوة، وقضائه بمقتضاها، حيث يجب عزله، ولا ينفذ حكمه فيما قبل الهدية لأجله.

ولا يقتصر الأمر على حد عزل القاضي حالة حيدته عن العدالة متممداً، بل إن القاضي بشر، وليس فوق المساءلة، فهو يخضع لما يخضع له المخطئ من عقوبة، ومن ثم فإنه يعاقب بالعقوبة الرادعة إذا ثبت أنه قضى جوراً لتحقيق منفعة له، أو لأحد نوابه. (٢٣٣)

د/ نصر فريد محمد وأصل (مرجع سابق) ص ٢٨١ .

(٢٣٢) البحر الرائق (مرجع سابق) ٦/٢٨٥ .

(٢٣٣) د/ نصر فريد محمد وأصل (مرجع سابق) ص ٢٨٤-٢٨٥ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وإذا عُزل القاضي لخلل في سلوكه القضائي كما سبق من أمثلة. لم يصح توليه القضاء مرة أخرى، ولو صار عدل أهل زمانه، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني لدى المتقاضين الذين فقدوا بالطبع الثقة به، وبقضائه^(٢٣٤).

وكما يعزل القاضي لظهور خلل يؤثر في قضائه، فإنه ينعزل أيضًا إذا فقد شرطًا من شروط الولاية، سواء أكان سماويًا لا دخل له في اكتسابه، كأن أصيب بمرض يمنعه عن القضاء، أو كان باكتسابه وإرادته كالردة عن الإسلام - ولعياذ بالله تعالى -.

فإذا أصيب القاضي بجنون -مثلًا- أو نسيان يغلب عليه دائمًا يؤثر في أفضيته، لم ينفذ حكمه الصادر حال ذلك، ويعزل القاضي في مثل هذه الحالات^(٢٣٥).

الحالة الثانية: ألا يظهر من القاضي خلل يؤثر في أعمال القضاء:

(٢٣٤) الشرح الكبير للردير (مرجع سابق) ١٤١/٤.

البحر الزخار (مرجع سابق) ٦/٢٠٥.

(٢٣٥) البحر الرائق (مرجع سابق) ٦/٢٨٢، لسان الحكام في معرفة الأحكام للشيخ إبراهيم بن

أبي اليمن محمد الحنفي الجزء الأول ص ٢٢٣ ط/ البابي الحلبي (القاهرة) الطبعة الثانية

١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.

حواشي الشرواني (مرجع سابق) ١٠/١٢٠، مغني المحتاج (مرجع سابق) ٤/٣٨٠.

المبدع (مرجع سابق)

البحر الزخار (مرجع سابق) ٦/٢٠٥.

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠/٦١.

إذا كان القاضي لم يزل يتمتع بصلاحيته لقضاء، ولم يصدر عنه ما يدعو إلى عزله، ولم تكن هناك مصلحة للمجتمع من وراء هذا العزل،^(٢٣٦) فإن الفقهاء قد اختلفوا في جواز عزله، من عدمه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى أصحابه جواز عزله ممن ولاه، أو من نائبه، وأن العزل ينفذ، ولا يلزم الخصوم بحكمه بعد العزل، وهو للحنفية،^(٢٣٧) وهو أيضًا مقتضى مذهب المالكية،^(٢٣٨) ووافقهم الحنابلة في رواية،^(٢٣٩) والظاهرية،^(٢٤٠) والإمامية في قول.^(٢٤١)

^(٢٣٦) أما إذا دعت لعزله مصلحة، فإنه يجوز عزله وتولية آخر، وإن لم يفقد شرطًا من شروط القضاء، ومن المصالح التي مثل لها الفقهاء رضوان الله عليهم - تسكين فتنة، أو وجود من هو أعلم منه.

السراج الوهاج على متن المنهاج للعلامة/ محمد الزهري الغمراوي الجزء الأول ص ٥٨٩ ط/ دار المعرفة للطباعة والنشر (بيروت) بدون تاريخ.

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٦٢ / ٤٠

^(٢٣٧) فتح القدير للشيخ/ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي الجزء السابع ص ٢٦٤ ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الثانية بدون تاريخ، البحر الرائق (مرجع سابق) ٦/ ٢٨١-٢٨٢

بل يرى الحنفية أن القاضي لا يجب أن يبقى أكثر من سنة؛ حتى لا ينسى العلم بإنشغاله بالقضاء.

وبرغم ذلك فإن فقهاء الحنفية يستثنون من ذلك ما إذا تعين القضاء في حق شخص، حيث لا يجوز عزله في هذه الحالة، وإن عزله الحاكم لا ينعزل.

الاتجاه الثاني:

يرى أصحابه عدم جواز عزل القاضي، وهو للشافعية،^(٢٤٢) والحنابلة في الرواية الثانية وهي الأصح عندهم،^(٢٤٣) والإمامية في قولهم الثاني.^(٢٤٤)

الأدلة:

أدلة الاتجاه الأول:

ينظر في ذلك:

البحر الرائق (مرجع سابق) ٢٩٨/٦

^(٢٣٨) فهم لم يصرحوا بجواز العزل، ولكنهم قالوا: إن الإمام إذا عزل القاضي بلا خلل فيه وجب عليه أن يبرئه أمام الناس، ويبين لهم أنه ما عزله لخلل، وإن كان عنده مصلحة من وراء عزله أعلنها لهم، لأن العزل مظنة السوء في حق القاضي.

^(٢٣٩) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١٧١/١١

(المطى (مرجع سابق) ٤٣٥/٩²⁴⁰)

^(٢٤١) جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠ / ٦١-٦٢

^(٢٤٢) السراج الوهاج (مرجع سابق) ٥٩٠/١

^(٢٤٣) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١٧١/١١

^(٢٤٤) البحر الزخار (مرجع سابق) ٦ / ٢٠٤ .

استدل أصحاب الاتجاه الأول على ما اتجهوا إليه من جواز عزل القاضي ولو لم يصدر عنه ما يدعو إلى العزل بالعديد من الآثار الواردة عن الصحابة -رضوان الله عليهم أجمعين- وبالمعقول، وهو ما يلي:

من آثار الصحابة ١٧: آثار كثيرة منها:

١- أن سيدنا عمر بن الخطاب ع قد عزل سعدًا بن أبي وقاص، ثم أوصى في آخر خلافته من يأتي الخلافة بعده بأن يوليه مريدًا بذلك أن يظهر أن سعدًا ع لم يعزل لخيانة، أو لأمر سوء، حيث قال عمر ع : "...لأنني لم أعزله عن خيانة، ولا عجز".^(٢٤٥)

٢- كان سيدنا عثمان بن عفان ع أيضًا يعزل الولاة، ويولى غيرهم، ومن ذلك عزله لسيدنا سعد بن أبي وقاص ع وتولية الوليد بن عقبة مكانه، ثم عزله هو الآخر.^(٢٤٦)

وجه الدلالة:

أن الصحابة -رضوان الله عليهم- كان من سنتهم عزل الولاة، وتولية غيرهم، فإذا جاز عزل الوالي فإنه يجوز عزل القاضي قياسًا.

من المعقول:

أن القضاة هم نواب الإمام، وما داموا نوابًا له فهم يقبلون العزل، وينعزلون بإرادته.^(٢٤٧)

(٢٤٥) فتح الباري (مرجع سابق) ٥٦/٧ (باب مناقب عثمان بن عفان أبي عمرو القرشي).

(٢٤٦) المرجع السابق ٥٥/٧ (باب مناقب عثمان بن عفان أبي عمرو القرشي).

(٢٤٧) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١١/١٧١
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما اتجهوا إليه من عدم جواز عزل القاضي ما لم يصدر عنه ما يدعو إلى العزل بالمعقول، وهو من وجهين:

الوجه الأول:

أن عزل القاضي بلا مبرر يعد عبثاً، والإمام يجب أن تصان تصرفاته عن العبث، حفظاً لهيبته عند الناس، ومن ثم فلا يجوز له عزل القاضي بلا مصلحة.

الوجه الثاني:

أن القضاة هم نواب المسلمين، وليسوا نواب الإمام، ومن ثم فلا ينزلون بالعزل. (٢٤٨)

المناقشة، والترجيح:

أولاً: المناقشة:

نوقش استدلال أصحاب الاتجاه الأول فيما استدلوا به على أن القاضي يعزل من غير ريب، ولا مصلحة بما يلي:

- استدلالهم بآثار الصحابة $\frac{1}{2}$ من عزلهم الولاية، وقياس القضاة على ذلك يجاب عليه من وجهين:

الوجه الأول:

وفي هذا المعنى: جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠ / ٦١-٦٢

(٢٤٨) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١١ / ١٧١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أن عزل الولاية في الآثار التي ذكروها وإن كان لغير ربيبة، ولا خيانة، إلا أنه كان لمصلحة تقتضي العزل، وهو ما أورده ابن حجر العسقلاني -رحمه الله تعالى- حيث ذكر أن سبب عزل سيدنا سعد من قِبَل سيدنا عمر -رضي الله عنهما- المصلحة التي رآها عمر والتي اختلف في تحديدها فقيل: عزله إيثاراً لقربه منه، وحاجته إلى علمه؛ لكونه من أهل الشورى.

وقيل: عزله لأن سنة عمر ٢ أنه لا يبقى العامل أكثر من أربع سنين.^(٢٤٩)

وأما سبب عزله من قِبَل سيدنا عثمان ٢ أن سعدًا كان أمير الكوفة، وكان سيدنا عبدالله بن مسعود على بيت المال، فافترض سعد منه مالا، فجاءه يتقاضاه، فاختصما فبلغ عثمان ٢ فغضب عليهما، وعزل سعدًا، واستحضر الوليد.^(٢٥٠)

فبان أن للعزل سببًا، وإن لم يكن يوجب، ولكنه يبرره في نظر الإمام، أما العزل بلا مبرر، أو مصلحة، فلم يأت أصحاب هذا الاتجاه بدليل عليه.

الوجه الثاني:

أن قياس القضاء على الإمارة قياس مع الفارق؛ لأن القضاء كما يرى بعض الفقه -أعلى من الإمارة، وليس العكس، وقد ورد في بعض كتب الفقه ما يدل على ذلك.^(٢٥١)

^(٢٤٩) فتح الباري (مرجع سابق) ٢ / ٢٤٠ (باب وجوب القراءة للإمام، والمأموم، في الصلوات كلها، في الحضر، والسفر).

^(٢٥٠) فتح الباري (مرجع سابق) ٧ / ٥٥-٥٦ (باب مناقب عثمان بن عفان أبي عمرو القرشي)

^(٢٥١) د/ نصر فريد محمد واصل (مرجع سابق) ص ٢٩٤ .

وانظر ما جاء في مواهب الجليل للحطاب من أن: "القضاء من أعظم الخطط، قَدْرًا، وأجلها خطرًا".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧_المجلد الاول

أما استدلالهم بالمعقول، وقولهم:

إن القضاة نواب عن الإمام، ومن ثم فهم يعزلون بال عزل كأي نائب آخر، يجاب عليه بما يلي:

إن القول بأن القضاة نواب الإمام ليس محل اتفاق بين الفقهاء؛ إذ منهم من يرى القضاة نوابًا عن المسلمين، وليسوا نوابًا عن الإمام، ومن ثم فدليلهم غير مسلم به، بل إن بعضًا من الفقهاء الذين اتجهوا إلى جواز عزل الإمام للقاضي نصوا على أن القاضي نائب عن المسلمين، وليس نائبًا عن الإمام. (٢٥٢)

ثانيًا: الترجيح:

بعد ذكر ما سبق من اتجاهات الفقهاء في مسألة عزل القاضي بلا تقصير منه، أو مصلحة تبرر العزل، وما ذكروه من أدلة، وما أمكن من مناقشات، أميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير الذي يقضي بعدم قابلية القضاة للعزل في الحالة محل الحديث؛ لما ذكروه من أدلة، ولما يلي:

- إن عدم قابلية القضاة للعزل بلا مبرر - وهو ما يسمى بالعزل التعسفي - من أهم الضمانات التي تأتي في مجال استقلال القضاء، وهو المبدأ المستقر في الشريعة الإسلامية، والذي يضمن عدم تدخل السلطة التنفيذية في أعماله، ويجعل القضاة يعملون في مناخ حر، لا يبيغون في أفضيتهم إلا وجه الله تعالى، والحكم بالعدل، ورد المظالم، بلا تأثر برغبة حاكم، أو تسلط ذي سلطة.

مواهب الجليل (مرجع سابق) ٩٩/٦

منح الجليل (مرجع سابق) ٢٥٧/٨

(٢٥٢) ومن هؤلاء فقهاء المالكية، حيث جاء عنهم عن القاضي ما نصه: "... ليس نائبًا عن نفس الخليفة، أي لأن الخليفة لم يوله لمصلحة نفسه، وإنما ولاه لمصالح المسلمين".

ينظر هذا في: حاشية السوقي (مرجع سابق) ١٣٤/٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الحكم لو عزله الإمام عند من قالوا بعدم جواز عزله:

إذا قام الإمام بعزل القاضي بلا مقتضى شرعي، فإن الفقهاء الذين اتجهوا إلى عدم جواز عزله، قد اختلفوا فيما بينهم في حكم هذا العزل من حيث وجوب تنفيذه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى أصحابه نفاذ عزله برغم الإثم على الإمام الذي عزله، وهو للشافعية في وجه هو الأصح عندهم،^(٢٥٣) والحنابلة أيضًا في أحد الوجهين،^(٢٥٤) والزيدية في وجه هو الأصح عندهم.^(٢٥٥)

الاتجاه الثاني:

يرى أصحابه عدم نفاذ عزله، وهو للشافعية في وجه آخر،^(٢٥٦) والحنابلة في الوجه الثاني،^(٢٥٧) والزيدية في وجه آخر.^(٢٥٨)

^(٢٥٣) السراج الوهاج (مرجع سابق) ٥٩٠/١

^(٢٥٤) الإنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١٧١/١١

^(٢٥٥) البحر الزخار (مرجع سابق) ٦ / ٢٠٤ .

^(٢٥٦) السراج الوهاج (مرجع سابق) ٥٩٠/١

الوسيط في المذهب لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي تحقيق/ أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر الجزء السابع ص ٢٩٥ ط/ دار السلام (القاهرة) الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ. وقد نصوا على أن الأظهر أنه لا ينعزل إذا ولى الإمام من هو نونه علماء، ووجهان فيما إذا ولى من هو مثله.

(إنصاف للمرداوي (مرجع سابق) ١٧١/١١)²⁵⁷

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أدلة الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على اتجاههم بنفاذ عزل القاضي من قبل الإمام أو نائبه بالمعقول، وهو ما يلي:

- إن طاعة الإمام واجبة، حتى لا يجترئ الناس عليه، وهو ما يؤثر في استقرار الدولة الإسلامية، ومن ثم فينفذ العزل لدرء الاضطراب.

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على اتجاههم بعدم نفاذ عزل القاضي من قبا الإمام، أو نائبه بالسنة المطهرة، ومنها ما يلي:

١- عن أنس بن مالك أن معاذ بن جبل -رضى الله عنهما- قال: يا رسول الله أرأيت إن كان علينا أمراء لا يستنون بسنتك، ولا يأخذون بأمرك، فما تأمرون ف أمرهم؟ فقال رسول الله ﷺ: "لا طاعة لمن لم يطع الله". (٢٥٩)

٢- عن عمران، والحكم بن عمرو الغفاري -رضى الله عنهما- أن رسول الله قال: "لا طاعة في معصية الله". (٢٦٠)

(٢٥٨) البحر الزخار (مرجع سابق) ٦ / ٢٠٤ .

(٢٥٩) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٥ / ٢٢٥ (باب لا طاعة في معصية)

وقال فيه الهيثمي: رواه أحمد وأبو يعلى، وفيه عمرو بن زينب، ولم أعرفه، وبقية رجاله رد الصحيح

(٢٦٠) مجمع الزوائد (مرجع سابق) ٥ / ٢٢٦ (باب لا طاعة في معصية)

٣- عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: "السمع والطاعة على المرء للمسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع عليه، ولا طاعة".^(٢٦١)

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة:

أنها تدل على وجوب الطاعة في المباح، وعدم الطاعة في المعصية، وعزل القاضي بلا سند شرعي بأن لم يقصر، ولم يعجز، ولم تكن مصلحة للأمة في عزله. فيه ظلم لا يجوز أن يقر عليه، ومن ثم فلا ينفذ العزل، بل يظل قضاء القاضي نافذاً لعدم صحة عزله.^(٢٦٢)

الترجيح:

بعد ذكر ما سبق من اختلاف بين الفقهاء في مسألة نفاذ عزل القاضي، أو عدم نفاذه، أميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير القاضي بعدم نفاذ العزل ما دام مخالفاً للشرع؛ لما ذكره من أدلة صحيحة من السنة المطهرة، ولما يلي:

١- إن القاضي مهمته إقامة العدل في الأرض، ومنع الظلم، وعزله بلا مبرر شرعي فيه ظلم، فكيف ينفذ الظلم على من يطبق العدل؟ ففي هذا خلل عظيم يؤثر في ثقة الناس في الحاكم، ويؤثر في إحساسهم بتحقيق العدل.

وقال فيه الهيثمي: "رواه البزار، والطبراني في الكبير، والأوسط، ورجال البزار رجال الصحيح".

(^{٢٦١}) سنن الترمذي (مرجع سابق) ٢٠٩/٤ (باب ما جاء لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق)

وقال فيه أبو عيسى: "وفي الباب عن علي، وعمران بن حصين، والحكم بن عمرو الغفاري، وهذا حديث حسن، صحيح".

(^{٢٦٢}) ينظر في الانتصار لذلك: د/ نصر فريد محمد واصل (مرجع سابق) ص ٢٩٢ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

٢- فى هذا التريج ما يصون للقضاء مكانته، ويحفظ للقضاء حريتهم، وإزالة خشيتهم من عدم طاعة ذوي السلطة فى غير الحق، ومنعاً للسلطة التنفيذية من استخدام سيف العزل وتسليطه على رقاب القضاء حين يريدون التدخل فى أعمال القضاء.

كما أن هذا التريج له أثر إيجابي فى تهيئة المناخ الحر المستقل للقضاء؛ ولا شك أن هذا أدى لاستقرار المجتمع، وإحساس أحاده بالطمأنينة، تلك الطمأنينة التى تتبع من استقلال القضاء، وعدم التدخل فى أعماله.

المبحث الثاني

البعد الإنساني المتعلق بتقرير مبدأ مجانية القضاء

انطلاقاً من مسؤولية الدولة عن توفير الأمن في المجتمع، وتحقيق العدالة بين الناس، فإن من واجبات الدولة الأساسية تعيين القضاة الذين يقيمون العدل في الأرض.

واتساقاً مع كون القضاء ولاية من ولايات الدولة الإسلامية، فإنها تكون مسنولة عنه بكل أبعاده، من تكوين، وتنظيم، ومتابعة، وتطوير.

ولذا كان من الواجب على الدولة أن تتكفل بتقرير حق التقاضي مجاناً، فلا يُقبل بحال من الأحوال أن يمد القاضي يده ليأخذ أجر عمله من المتقاضين، وهذا هو المقصود بمجانية القضاء.

وعلى هذا فإن مجانية القضاء تعني: عدم حصول القاضي على أجره من المتخاصمين مقابل الفصل في منازعاتهم.

وليس هذا يعني عدم استحقاق القاضي للأجر، أو حرمة أخذه أجرًا، وإنما يأخذ أجره^(٢٦٣) من خزانة الدولة - وإن كان هذا الأمر محل تفصيلات، وسيأتي في حينه.

وتأتي مراعاة البعد الإنساني في تقرير مبدأ مجانية التقاضي من حيث ضمان جودة القضاء، وكفالة نزاهته، حتى نكون بمنأى عن وقوع مساومة بين القاضي والخصوم في تحصيل أجر نظر الدعوى.

هذا بالإضافة إلى إحساس المتقاضين بشمول الرعاية لهم من جانب الدولة بتقرير المجانية لهم في التقاضي، خاصة وأن القضاء ولاية من ولايات الدولة،

(٢٦٣) يعبر الفقهاء عن الأجر الذي يستحقه القاضي من خزانة الدولة بالرزق، والرزق: هو ما

يرتبه الإمام من بيت المال - خزانة الدولة - لمن يقوم بمصالح المسلمين.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وجزء من سيادتها، وسلطانها،^(٢٦٤) وهو ما يساهم في تقوية انتمائهم للدولة، وإحساسهم بضمانها حمايتهم، ورد حقوقهم إليهم، وفي هذا ما فيه من مراعاة البعد الإنساني لدى المتخصصين.

وتفصيل مبدأ المجانية في الفقه الإسلامي يقتضي بيان أمرين: يتعلق الأول منهما بحكم حصول القاضي على أجر من الدولة مقابل عمله بالقضاء، ويتعلق الثاني بمدى جواز أخذ القاضي للأجر من الخصوم حالة عدم قيام الدولة بإعطائه أجر القضاء، وهو ما سوف أتناوله -بمشيئة الله تعالى- في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

جواز أخذ القاضي لأجر القضاء من خزينة الدولة

بما أن القاضي يؤدي عملاً في الدولة، يحتبس لأجله غالب وقته، فإنه يستحق أجرًا مقابل عمله بالقضاء، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقه الإسلامي.^(٢٦٥)

(٢٦٤) انظر: د/ محمد عبدالرحمن البكر (مرجع سابق) ص ١٦١ .

(٢٦٥) ينظر في ذلك:

من الفقه الحنفي: البحر الرائق (مرجع سابق) ٢٣٧/٨

ومن الفقه المالكي: مواهب الجليل (مرجع سابق) ١٧٤/٦، النخيرة (مرجع سابق) ٧٨/١٠

ومن الفقه الشافعي: الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٩٢/١٦

ومن الفقه الحنبلي: الروض المربع (مرجع سابق) ٣٨٤/٣، المغني (مرجع سابق) ٩٠/١٠

ومن الفقه الظاهري: المحلى (مرجع سابق) ٤٣٥/٩

ومن الفقه الزيدي: البحر الزخار (مرجع سابق) ١٧٥ / ٦ .

ومن الفقه الإمامي: جواهر الكلام (مرجع سابق) ٥١/٤٠

غير أن بعض الفقهاء من الشافعية،^(٢٦٦) والحنابلة،^(٢٦٧) والإمامية في رواية،^(٢٦٨) استثنوا من ذلك القاضي الذي تعين عليه القضاء، وكان عنده كفاية من المال، حيث قالوا لا يجوز له أخذ الأجر حينئذ، وأنه يعمل في القضاء بلا أجر.^(٢٦٩)

وحجتهم في ذلك:

أن القضاء قد تعين عليه، وأنه في غير حاجة إلى المال، فلا يجوز له أن يأخذ أجرًا على ما فرض عليه.

ويجاب على ذلك بما يلي:

إن القضاء عمل، وعمل القاضي ضروري، وأن منفعة القضاء لا تقتصر على القاضي بالثواب الأخرى القاصر على الشخص نفسه، بل تتعداه إلى غيره من المتقاضين بما يعود بالنفع على المجتمع بأسره.

ومن الفقه الإباضي: شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق) ١٣ / ٧٦ .

^(٢٦٦) روضة الطالبين (مرجع سابق) ١١ / ١٣٧ .

^(٢٦٧) المغني (مرجع سابق) ١٠ / ٩١ .

^(٢٦٨) جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠ / ٥١-٥٢ .

^(٢٦٩) وقد وافق الزيدية هذا الرأي في عدم أخذ القاضي الأجر حالة كونه متعينا عليه، وامتلاكه كفايته، لكنهم قالوا بالكراهة، وليس التحريم. البحر الزخار (مرجع سابق) ٦ / ١٧٤ .

وبما أن عمل القاضي يحقق المنفعة، ويتعدى نفعه إلى الناس جميعًا، وهو عمل يحتاج إلى تفرغ، وجهد، ومشقة، فلا ينبغي أن يحرم القاضي من أجره، حتى وإن تعين عليه القضاء، بقطع النظر عما إذا كان محتاجًا، أو غير محتاج. (٢٧٠)

ويستدل على استحقاق القاضي للأجر من الدولة، بالسنة المطهرة، وعمل الصحابة، وبالمعقول، وهو ما يلي:

من السنة المطهرة: أحاديث كثيرة منها:

١- عن عبدالله بن بريدة عن أبيه -رضى الله عنهما- عن النبي ﷺ قال: "من استعملناه على عمل فرزقناه رزقًا، فما أخذ بعد ذلك فهو غلول". (٢٧١)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

أن النبي ﷺ يبين حل أخذ الرزق المفروض من ولى الأمر على أى عمل من الأعمال التي تؤدى في الدولة، والقضاء عمل يتفرغ له القاضي، فاستحق أجرًا على انشغاله به، واحتياسه لأجله.

٢- عن حويطب بن عبدالعزيز أن عبدالله بن السعدي أخبره أنه: "قدم على عمر في خلافته، فقال له عمر: ألم أحدث أنك تلي من أعمال الناس أعمالًا، فإذا أعطيت العمالة كرهتها؟ فقلت: بلى، فقال عمر: ما تريد إلى ذلك؟ فقلت: إن لي أفراسًا، وأعبداً، وأنا بخير، وأريد أن تكون عمالتي صدقة على المسلمين، قال عمر: لا

(٢٧٠) انظر ذلك عند: د/ نصر فريد محمد واصل (مرجع سابق) ص ٢٦٧-٢٦٨ .

(٢٧١) سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي تحقيق/ محمد محيي

الدين عبدالحميد الجزء الثالث ص ١٣٤ (باب في أرزاق العمال) ط/ دار الفكر - بدون تاريخ-

وتخريج الحديث في: تلخيص الحبير (مرجع سابق) ٤/ ١٨٨ (باب أدب القضاء)

حيث قال فيه أبو الفضل العسقلاني: "حديث أيما عامل استعملناه وفرضنا له رزقًا، فما أصاب

بعد رزقه فهو غلول، أبو داود، والحاكم، من حديث بريدة".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

تفعل، فإنني كنت أردت الذي أردت، فكان رسول الله ﷺ يعطيني العطاء. فأقول: أعطه أفقر إليه مني، حتى أعطاني مرة مالا فقلت: أعطه أفقر إليه مني، فقال النبي ﷺ: خذه فتموله، وتصدق به، فما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف، ولا سائل، فخذه، وإلا فلا تتبعه نفسك" (٢٧٢)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

يدل الحديث دلالة قاطعة على جواز أخذ الأجر ممن يلي أعمال الناس، ويؤكد النبي ﷺ الجواز بتأكيده على سيدنا عمر رضي الله عنه قبول العمالة، وتمولها، ما دام غير مشرف، ولا سائل، فدل ذلك على استحقاق القاضي للرزق من خزانة الدولة. (٢٧٢)

(٢٧٢) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٢٦٢٠/٦ (باب رزق الحكام، والعالمين عليها)

وذكره أيضًا في ذات الباب بلفظ آخر عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما - قال: سمعت عمر يقول: "كان النبي ﷺ يعطيني العطاء، فأقول أعطه أفقر إليه مني، حتى أعطاني مرة مالا فقلت: أعطه من هو أفقر إليه مني، فقال النبي ﷺ: خذه، فتموله، وتصدق به، فما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا سائل، فخذه، وما لا فلا تتبعه نفسك".

انظر: ذات الجزء، والصحيفة.

(٢٧٣) والمراد بالنهاي عن إشراف النفس: النهي عن التعرض للشيء، والحرص عليه.

وفسره الإمام أحمد رحمه الله تعالى - بأن الإشراف يكون بالقلب، كأن يتطلع إليه، ويقول في نفسه يبعث إلي فلان بكذا.

انظر هذا المعنى مع تكر الحديث: نيل الأوطار (مرجع سابق) ٢٢٩/٤ (باب ما جاء في الفقير، والمسكين، والمسألة، والغني).

٣- عن ابن مسعود ر قال: "كان معاذ بن جبل ر شابًا، جميلًا، حلِيمًا، سمحًا، من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك، ولم يزل يدان، حتى أغرق ماله كله في الدين، فلزمه غرماؤه حتى تغيب عنهم أيامًا في بيته، فاستأذنوا عليه رسول الله فأرسل في طلبه، ف جاء ومعه غرماؤه، فطلبوا حقهم، فكلّمهم النبي عليه السلام فيه.. فانصرف إلي بنى سلمة فمكث فيهم أيامًا، ثم دعاه النبي فبعثه إلى اليمن، وقال له: لعل الله يجبرك، ويؤدي عنك دينك، قال: فخرج معاذ إلى اليمن فلم يزل بها حتى توفي رسول الله...". (٢٧٤)

وجه الدلالة من الحديث الشريف:

أنه ر قال لسيدنا معاذ حين بعثه قاضيًا: "لعل الله يجبرك، ويؤدي عنك دينك" وفي هذا دلالة على أنه ر كان يعطى الرزق للقاضي من بيت المال، فدل بما لا شك فيه على جواز أخذ القاضي للرزق من بيت المال.

من عمل الصحابة:

١- ما رواه البخاري عن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها- أنها قالت: "يأكل الوصي بقدر عمالته". (٢٧٥)

٢- ما رواه البخاري أيضًا من قبول أبي بكر، وعمر للرزق. (٢٧٦)

(٢٧٤) نصب الرأية (مرجع سابق) ٣٤٩/٢ فصل: (في البقر) وقال فيه الزيلعي: "أخرجه الحاكم في المستدرک، في كتاب الفضائل... قال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين، وأخرج نحوه من حديث كعب بن مالك، وقال فيه أيضًا: على شرط الشيخين، وأخرج نحوه عن جابر، وسكت عنه".

(٢٧٥) صحيح البخاري (مرجع سابق) ٦/٢٦٢٠ (باب رزق الحكام والعاملين عليها)

(٢٧٦) (المرجع السابق) ٦/٢٦٢٠ (باب رزق الحكام والعاملين عليها)

من المعقول:

يستدل على جواز أخذ القاضي للأجر من المعقول بعدة أوجه:

الوجه الأول:

أن بيت المال قد أنشئ للنفقة على مصالح المسلمين، وإعطاء الأرزاق لمن يعمل لمصالح الدولة، والمسلمين، والقاضي يعمل لمنفعة المسلمين، فاستحق الأجر من بيت المال. (٢٧٧)

الوجه الثاني:

أن القاضي يحتاج إلى الأجر ليتمكنه التفرغ لإقامة حقوق المسلمين، فإذا قلنا بمنع الأجر عنه فإنه يشتغل بالكسب من عمل آخر، ولو اشتغل بالكسب من عمل آخر ما استطاع التفرغ للقضاء، ونفقدنا مصلحة لا يتصور استقرار المجتمع بدونها، وهي مصلحة وجود القضاء لإحقاق الحق. (٢٧٨)

فبان مما سبق من أدلة أن القاضي يستحق أجرًا مقابل عمله بالقضاء.

وإمعانًا في تقرير مبدأ مجانية القضاء، وحتى لا يطمع القاضي فيما بين أيدي الناس، أو يطلب منهم أجرًا على عمله بالقضاء، فإن الأمر لا يقتصر في الشريعة الإسلامية على توفير الرزق له على وجه الكفاية، بل يوصى الفقهاء ولى الأمر بأن يغدق عليه في العطاء؛ حتى يستغني عن حاجة الناس، ولا تتطلع نفسه إلى ما بين

(٢٧٧) البحر الرائق (مرجع سابق) ٢٣٧/٨

البحر الزخار (مرجع سابق) ١٧٥ / ٦ .

(٢٧٨) البحر الرائق (مرجع سابق) ٢٣٧/٨

أيديهم، فإن كثرة العطاء مظنة سد باب الشيطان حتى لا يقبل الرشوة، أو يشتغل بعمل آخر يلهيه عن القضاء.^(٢٧٩)

(٢٧٩) بدائع الصنائع (مرجع سابق) ١٣/٧

الفتاوى الهندية (مرجع سابق) ٣٢٩/٣

الذخيرة (مرجع سابق) ٧٨/١٠

التاج والإكليل (مرجع سابق) ١١٤/٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المطلب الثاني

مدى جواز أخذ القاضي لأجر القضاء من المتقاضين

بناء على ما سبق ذكره، فإنه يجوز للقاضي أن يأخذ مقابلًا لعمله في القضاء من خزانة الدولة، فإذا قامت الدولة بإعطائه مالا مقابل عمله فلا يجوز له أن يطلب من الخصوم أجرًا على الفصل بينهم، وإن هو أخذ كان ما أعطوه حرامًا لا يحل له، وهذا باتفاق الفقه الإسلامي. (٢٨٠)

ويستدل على ذلك بما روى عن عبدالله بن بريدة عن أبيه -رضي الله عنهما- عن النبي p قال: "من استعملناه على عمل فرزقناه رزقًا، فما أخذ بعد ذلك فهو غلول". (٢٨١)

أما إذا لم يكن للقاضي رزق من خزانة الدولة، فقد اختلف الفقهاء في حكم أخذه أجرًا من الخصوم مقابل الفصل بينهم، إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

(٢٨٠) الذخيرة (مرجع سابق) ٧٨/١٠

روضة الطالبين (مرجع سابق) ١٣٧/١١

الروض المربع (مرجع سابق) ٣٨٥/٣

جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠/٥٢ - ٥٣

وانظر: د/ نصر فريد محمد واصل (مرجع سابق) ص ٢٧٥-٢٧٦ .

د/ محمد عبدالرحمن البكر (مرجع سابق) ص ١٧٢-١٧٣ .

(٢٨١) سبق تخريج الحديث في ص ١٥٩ من هذا البحث.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يرى أصحابه أنه يجوز للقاضي أخذ الأجر في هذه الحالة إن كان محتاجًا لا يملك رزقًا ينفق منه، وهو للشافعية في وجهه،^(٢٨٢) والحنبلية في رواية،^(٢٨٣) والإمامية.^(٢٨٤)

واشترط الشافعية في هذا الوجه- للجواز ثمانية شروط:

- أن يعلم به الخصمان قبل التحاكم إليه.

- أن يأخذ المقابل من المتخاصمين معًا، لا من أحدهما؛ لكي لا يتهم بمحاباته إن صدر الحكم لصالحه.

- أن يكون الأخذ بإذن من الإمام، إبعادًا لنفسه عن التهمة، ولأن رزق القضاء من واجبات الإمام تجاه القاضي.

- ألا يجد الإمام متطوعًا برزق القاضي.

- أن يكون الإمام عاجزًا عن دفع رزق القاضي.

- أن يكون ما يأخذه من الخصوم غير مؤثر عليهم، ولا مضر بهم، فلا يأخذ منهم ما يزيد على طاقتهم، أو يفرهم من اللجوء إلى القضاء.

- أن يقتصر على قدر حاجته، فلا يستزيد عليها.

- أن يكون قدر ما يأخذه مشهورًا يتساوى فيه جميع الخصوم، بلا تفاوت بينهم وإن تفاضلوا في المطالبات.^(٢٨٥)

^(٢٨٢) الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٩٣/١٦-٢٩٤

^(٢٨٣) الروض المربع (مرجع سابق) ٣٨٥/٣

^(٢٨٤) جواهر الكلام (مرجع سابق) ٤٠/٥٢-٥٣

الاتجاه الثاني:

يرى أصحابه أنه لا يجوز للقاضي أخذ الأجر من الخصوم مطلقاً، وهو للحنفية،^(٢٨٦) والشافعية في وجه آخر،^(٢٨٧) والحنابلة في الرواية الثانية^(٢٨٨).

الأدلة:

أدلة الاتجاه الأول:

يمكن أن يستدل لأصحاب الاتجاه الأول على ما اتجهوا إليه من جواز أخذ الأجر من الخصوم بالمعقول، وهو ما يلي:

إن القاضي يحتاج إلى الأجر ليمكنه التفرغ لإقامة حقوق المسلمين، حتى لا ينشغل بالكسب عن القضاء، فلا نجد من يرد الحقوق إلى أصحابها، والأصل أن رزقه من بيت المال، فإذا تعذر ذلك لسبب، أو لآخر، فلا مناص من أخذه الأجر من الخصوم.

أدلة الاتجاه الثاني:

يمكن أن يستدل لأصحاب الاتجاه الثاني على ما اتجهوا إليه من عدم جواز أخذ القاضي للأجر من الخصوم بالمعقول، وهو ما يلي:

^(٢٨٥) الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٩٢/١٦ - ٢٩٤

^(٢٨٦) فتح القدير (مرجع سابق) ٢٥٨/٧

^(٢٨٧) روضة الطالبين (مرجع سابق) ١٣٧/١١

الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٩٣/١٦ - ٢٩٤

^(٢٨٨) المغني (مرجع سابق) ٩١/١٠

إن أخذ القاضي للأجر من الخصوم فيه معرفة لا تقتصر على القاضي وحسب، بل تشمل الدولة كلها، فلا يستساغ للقاضي أن يمتنع عن الفصل بين المتخاصمين إلا بعد أن يأخذ منهما أجره القضاء، ففي هذا ما يجعل القاضي في مقام الذل، وهو ممن يجب أن يكون في أعلى مقامات العزة والكرامة، يجله الناس، ويوقرونه، حتى يتلقون أحكامه بالثقة، والتسليم.

الترجيح:

بعد ذكر الاتجادين السابقين، أميل إلى ترجيح الاتجاه الأخير الذي اتجه إلى عدم جواز أخذ الأجر من الخصوم مطلقاً، وذلك لما سبق الاستدلال به، ولما يلي:

١- إن حرص الشريعة الإسلامية على مكانة القاضي، وصون كرامته تستعصي على قبول فكرة أخذه الأجر من الخصوم، فإن هذا مما ينافي ما يجب أن يكون عليه القاضي من رفعة، وسمو.

٢- إن القول بجواز أخذ القاضي الأجر من الخصوم يستلزم دخول القاضي في مهانة المساومة معهم في الأجر، وكان أفضيته بضاعة يحاول الوصول إلى أعلى ثمن لها.

ولئن قيل ما الحل إذا لم يكن له رزق من بيت المال، وإم يكن لديه ما يكفيهِ للنفقة؟؟؟
وبرغم أن ذلك من الصعب عملاً، إلا أنه يمكن الجواب عنه بأحد أمرين:

الأمر الأول:

أن يتقدم للقضاء من هم أهل لذلك، ممن يملكون رزقاً يكفيهم، ويغنيهم عن طلب الأجر من الخصوم.

الأمر الثاني:

أن يجتمع أهل البلد على أن يجعلوا أجره القاضي من أموالهم، وهنا لن يأخذ القاضي أجره من المتقاضين، وإنما من أهل الدولة كلها عند عوز خزانة الدولة، وهذا ليس عيباً.^(٢٨٩)

بل يمكن للحاكم أن يفرض ذلك على أهل البلد، كل حسب حالته يساراً، وإعساراً، ويجعل ما يجمع لهذا الغرض في صندوق يكون خاصاً بأجر القضاة.

هل ينافي فرض بعض الرسوم القضائية مبدأ مجانية القضاء:

سبق القول بأن الشريعة الإسلامية حريصة على تقرير مبدأ مجانية القضاء، وأن القاضي لا يجوز له أخذ أجره قضائه من الخصوم باتفاق الفقه الإسلامي حالة فرض رزق له من خزانة الدولة- وطبقاً لما سبق ترجيحه حالة عدم فرض ما يكفيه من خزانة الدولة- والسؤال الذي يثور الآن: هل يمكن للدولة أن تفرض بعض الرسوم القضائية على المتقاضين، أم أن هذا ينافي مبدأ المجانية؟؟؟

والجواب أن:

من حق الدولة أن تفرض على المتقاضين بعض الرسوم القضائية بحسب حاجة الدولة، وما تقتضيه ضرورة تنظيم مرفق القضاء، وأن هذه الرسوم لا تنافي مبدأ مجانية القضاء لسببين:

السبب الأول:

أن القاضي لا يأخذ راتبه من هذه الرسوم، وإنما تدخل هذه الرسوم بيت المال (خزانة الدولة).

السبب الثاني:

(٢٨٩) الحاوي الكبير (مرجع سابق) ٢٩٣/١٦-٢٩٤.

أن هذه الرسوم لا تؤخذ على القضاء، وإنما تؤخذ لتغطية بعض النفقات التي تتكلفتها الدولة في تنظيم مرفق القضاء، كصيانة أماكن التقاضي، وشراء السجلات، وما تحفظ فيه هذه السجلات، إلى غير ذلك.^(٢٩٠)

وقد عرض الفقهاء -رضوان الله عليهم- لمثل هذه الرسوم، وبيّنوا أنها تجب على الخصوم إذا لم يمكن لبيت المال أن يحملها عنهم.

ومن صور ذلك عند الفقهاء -رحمهم الله تعالى- نفقات السجلات:

حيث ذكروا أن الخصوم يجب عليهم رسوم كتابة الدعاوى، وتوثيقها في السجلات، ما لم يتم إخراج نفقاتها من بيت المال.

وهو ما يعنى أن الأصل أن تتحمل الدولة كل نفقات، ورسوم التقاضي، بكافة مشتملاتها، أما حين تعجز الدولة عن ذلك، فإنه يمكن فرض بعض الرسوم القضائية.^(٢٩١)

بل إن بعض الفقه الإسلامي يرى أنه يجوز للقاضي أخذ أجره الكتابية من الخصوم ولكن فقط في حالة ما إذا لم يعطها من بيت المال؛ لأنه لا يجب عليه سوى القضاء،

^(٢٩٠) د/ نصر فريد محمد واصل (مرجع سابق) ص ٢٧٦-٢٧٧ .

د/ محمد عبدالرحمن البكر (مرجع سابق) ص ١٧٤-١٧٥ .

^(٢٩١) حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ/ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي تحقيق/ مكتب البحوث والدراسات الجزء الرابع ص ٣٠٢ ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

الأم لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي الجزء السادس ص ٢١٥ ط/ دار المعرفة (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أما الكتابة فغير واجبة عليه، ومن ثم فإن من يطلبها من الخصوم يدفع أجره المثل للقاضي الذي يتولى كتابتها: (٢٩٢)

وإن كان الأولى بالقاضي ألا يأخذ هذه الأجرة حفظاً لهيبته، ومراعاة لمنزلته التي يجب أن تصان عن مد يده إلى الخصوم، أو العمل بأجرة لأحد المتخاصمين، أو غيرهم.

(٢٩٢) حاشية ابن عابدين (مرجع سابق) ٥٩/٧

لسان الحكام (مرجع سابق) ٢١٩/١

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٢ المجلد الأول

الخاتمة

الحمد لله الذي بفضلته تتم الصالحات، ويمحض عونه تُستجمع الكلمات، وصلاة وسلامًا على خاتم المرسلين، وإمام العالمين، ومعلم الإنس، والجن، فضائل الدين.

ثم أما بعد،،،

فقد تعلقت هذه الدراسة بالبعد الإنساني في التنظيم القضائي الإسلامي، باعتبار أن مراعاة هذا البعد هو من المسائل الهامة في هذا النطاق.

وقد تم التمهيد لهذه الدراسة بمبحث تمهيدي دار حول مراعاة الشريعة الإسلامية للبعد الإنساني في عموم أحكامها، مع إبراز خصوصية الاهتمام بهذا البعد في التنظيم القضائي.

إضافة إلى ثلاثة فصول: خُصص الأول منها للبعد الإنساني المتعلق بالقضاء، سواء فيما يتعلق بأشخاصهم، أو فيما يخص مجالس القضاء.

أما الفصل الثاني فقد عالج جوانب مراعاة البعد الإنساني فيما يتعلق بالخصوم، باعتبار أن مراعاة هذا البعد عندهم هو من حقوقهم الأصلية، وقد تم التعرض فيه لضوابط ترتيب نظر الدعاوى، ووجوب التسوية بين الخصمين، وعرض البعد الإنساني المتعلق بعلانية الجلسات، وأيضًا حث القاضي على عظة الخصوم، ومبادرته بعرض الصلح عليهم قبل الفصل في الدعوى.

وتم تخصيص الفصل الثالث للحديث عن البعد الإنساني فيما يتعلق بالمرفق القضائي ذاته، وفيه تم تناول مبدأ استقلال القضاء، مع ذكر أهم ضمانات تحقيق هذا المبدأ، ثم التعرض لمبدأ مجانية القضاء، وانعكاس كل مبدأ منهما إيجابًا على البعد الإنساني.

وبعد أن انتهيت بعونه تعالى- من موضوع الدراسة، فأني أسأله سبحانه أن
ينفع بهذا العمل، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال، ولا بنون، إلا من
أتى الله بقلب سليم، كما أسأله تعالى أن يعفو عن الزلات، وأن يتجاوز عن الهفوات.
وأرى الأوان قد آن لعرض خلاصة هذه الدراسة، وما أمكنني التوصل إليه من
نتائج، مع عرض أهم التوصيات.

أولاً: أهم النتائج:

يمكن إجمال أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة فيما يلي:

١- تهتم الشريعة الإسلامية بالبعد الإنساني في التنظيم القضائي اهتماماً عظيماً، دلت عليه نصوصها، وكان له العديد من المظاهر التي تنطق بمراعاة البعد الإنساني في الجانب القضائي.

٢- بناءً على كون القاضي أساس التنظيم القضائي، فقد أولت الشريعة الإسلامية البعد الإنساني في جانبه اهتماماً بالغاً، فاشتراط الفقهاء رضوان الله عليهم- في القاضي عدداً من الشروط تتعلق بمراعاة هذا البعد، من أهمها اشتراط الكفاءة اللازمة لتولي هذا المنصب الهام.

بل حذرت الأدلة الشرعية من تولي غير الكفاء للقضاء، وحذرت ولي الأمر من توليته.

٣- لما لأهمية التواصل بين القاضي، وبين الخصوم، فقد اشترط الفقه الإسلامي على ما اتجه إليه الجمهور- أن يكون القاضي سميحاً، بصيراً، متكلماً، لكي يمكن تحقيق التواصل على أحسن وجه.

٤- حرصت الشريعة الإسلامية على هيئة القاضي، وضمان هيئته عند الناس، فنص الفقهاء على ضرورة التزام القاضي بكل ما يؤكد معنى الهيئة، ويبعث على احترامه، وتقدير الناس له.

ومن مظاهر ذلك حديثهم حول خروجه إلى مجلس القضاء بوقار، وسكينة، وما يجب أن يكون عليه لباسه، ومشيته، وتعامله مع الناس، من كل ما يبعث على هيئته، وتقدير الناس له.

٥- أجمع الفقهاء على حرمة قبول القاضي للرشوة، وحرمة تقديمها إليه؛ ضماناً لحيدته، ونزاهته.

٦- يأخذ التهادي بحسب الأصل- حكم النذب؛ لما فيه من التقارب، والتواء بين الناس، وقد حث النبي ﷺ عليه في كثير من الأحاديث الشريفة، وبرغم النذب إلى التهادي إلا أنه في حق القاضي يأخذ في كثير من الحالات- حكم الرشوة فيكون قبول الهدية منه محرماً كحرمتها.

٧- يحرم على القاضي قبول الهدية إذا قدمت إليه ممن له خصومة عنده، وهذا باتفاق الفقه الإسلامي؛ لأن الهدية في محل الخصومة لا تخلو -غالبًا- من غرض، وهذا الغرض قد يكون التقوي بالهدية على باطل، أو الوصول بها إلى حق غيره، وكل ذلك حرام.

٨- يحرم على القاضي قبول الهدية ممن لم تكن له عادة في الإهداء إليه قبل القضاء، ولو لم تكن له خصومة عنده، وتأخذ هذه الحالة حكم تقديم الهدية ممن له خصومة عنده؛ لأن الظاهر أن المراد منها استمالة قلب القاضي، وقرينة ذلك عدم وجود العادة في الإهداء إليه قبل توليه القضاء.

٩- يجوز للقاضي -وفقاً للراجح من الاتجاهين- أن يقبل الهدية ممن كانت له عادة في إهدائه قبل القضاء بشرط أن يكون الإهداء بمثل ما اعتاد في إهدائه دون زيادة، وألا تكون للمهدي خصومة عند القاضي؛ لاحتياج القاضي إلى وسائل التواء، والتواصل الاجتماعي، وهو يستلزم التهادي تقديمًا، وقبولًا، ولأن وجود العادة السابقة في الإهداء تنفي سوء الظن في جانب المهدي.

١٠- يحرم على القاضي -طبقاً لما ظهر لي رجحانه- أن يقبل الهدية ممن له عادة في الإهداء إليه قبل توليه القضاء إذا زاد المهدي فيها على عادته، ولو لم تكن له خصومة عنده، بل يجب عليه أن يردها بزيادتها؛ صيانة للقاضي عن القيل والقال، وما يستتبعه ذلك من زعزعة ثقة الناس في أفضيته.

١١- لم تكثف الشريعة الإسلامية بمراعاة البعد الإنساني في اختيار القاضي، وفي مسلكه، بل إنها راعت كذلك البعد الإنساني فيما يتعلق بمجلس القضاء، حيث

وضع الفقهاء -رضوان الله عليهم- أوصافاً لمجلس القضاء تنصرف انصراًفاً مباشراً إلى البعد الإنساني.

ومن ذلك اشتراطهم في المجلس أن فسيحاً لا يضيق بالخصوم، وأن يكون في وسط البلد، ليسهل الوصول إليه من كل أحد، وفي موضع بارز يسهل الاستدلال عليه ممن يقصده.

وأن يكون بعيداً بهم عن مواطن البرد، والحر، والروائح الكريهة، والدخان، والغبار، وما إلى ذلك مما قد يتأذى به القاضي، أو المتقاضين، أو الشهود، أو غيرهم من المترددين على مجلس القضاء.

١٢- يحث الفقهاء القاضي على جمعه العلماء لمشاورتهم في أقضيته، وهو ما يساعد في الوصول إلى الحق، والحكم بالعدل خاصة في القضايا التي تحتل لبساً.

١٣- تأكيداً لمراعاة الفقه الإسلامي للبعد الإنساني، فقد بين الفقهاء أن لمجلس القضاء هنية، ومكانة، يجب أن تحترم، وذكروا أن على القاضي أن يؤدب من يفتات، أو يتجاوز في مجلسه، فيعززه القاضي في ظل الضوابط الشرعية للتعزير - بما يراه.

١٤- يندب للقاضي عند توليه القضاء أن يبدأ بالنظر في أمر المحبوسين، علّه يجد من لا يستحق البقاء في الحبس؛ لما في الحبس من كرية، وضيق، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني للمحبوسين، وذويهم.

١٥- على القاضي أن يعدل في ترتيب نظر الدعاوى التي ترفع عنده، فيقدم الأسبق على السابق، وأن يلتزم في ذلك المعيار الموضوعي الذي يغض الطرف عن اسم، أو صفة المتقاضين، مما يعكس المساواة بين الناس.

١٦- يجوز للقاضي -على ما ترجح في نظري- تقديمه نظر دعاوى أصحاب الأعدار الخاصة، كالمسافر، والمريض، ومن في حكمهما، بشرط ألا يضر بسبب ذلك أحد، وفي هذا أيضاً مراعاة للبعد الإنساني.

١٧- اهتمت الشريعة الإسلامية بالمساواة بين الخصمين، وجعلته أصلاً من أصول التقاضي، وقد راعت في ذلك البعد الإنساني حتى أنها أمرت القاضي بالتسوية بين الخصمين في الأمور المعنوية، إضافة إلى الأمور المادية.

فأوجبت التسوية بين الخصمين في المجلس، واللفظ، واللحظ، والدخول إلى القاضي، والقيام لهما، والحديث إليهما، وفي طلاقة الوجه، إلى غير ذلك.

١٨- إذا كانت المساواة بين الخصمين تمثل أصلاً في الفقه الإسلامي، فإنها ليست قاصرة على التسوية بين الخصمين حال إسلامهما، بل إن وجوب المساواة يمتد ليشمل المساواة بين الخصمين ولو كان أحدهما مسلماً، والآخر على غير الإسلام.

١٩- راعت الشريعة الإسلامية تفرغ غير المسلم من أصحاب الديانات السماوية للعبادة -حسب ما يعتقده- حتى أن بعض الفقه الإسلامي كره استدعاء اليهودي، أو المسيحي، في الأيام التي يعظمها، أو يتعبد فيها، فيكره استدعاء اليهودي يوم السبت، أو الحكم عليه في هذا اليوم، كما يكره استدعاء المسيحي يوم الأحد، أو الحكم عليه فيه.

٢٠- الأصل في الفقه الإسلامي أن تكون الجلسات علنية، لما في العلانية من اطلاع الخصوم على ما يجري في الجلسة، وما يحققه ذلك من شفافية في التقاضي.

على أنه ليس هناك ما يمنع القاضي شرعاً من جعل الجلسة سرية إذا رأى أن ذلك يحقق مصلحة، أو يدفع مفسدة، ومن ذلك ما إذا كانت الدعوى تمس الأعراس، أو تضر بأمن الدولة الإسلامية.

٢١- حرصت الشريعة الإسلامية على تنبيه القاضي إلى عظة الخصوم، وتذكيرهم بتقوى الله سبحانه، وبيان حرمة حصول أحد الخصمين على حق غيره.

على أن يكون القاضي في عظته لهما متحلياً بالرفق بهما، واللين في مخاطبتهما، والأمانة في نصحه لهما.

٢٢- لا يجوز للقاضي أن يعامل المتقاضين بقسوة، بل يجب أن يكون رقيقاً معهم، يسمع الدعوى من الخصمين بلا تأذ، أو ملل، ولا ينتهرهما حتى يعرض كل واحد منهما حجته بروح هادئة، ونفس مطمئنة إلى صبر القاضي، وعدالته.

كما لا يجوز للقاضي أن ينتهر الشهود، أو يعنفهم، أو يظهر الملل في وجوههم، حتى تقام الشهادة على الوجه الأكمل.

٢٣- لم تكف الشريعة الإسلامية بحث القاضي على عظة الخصوم، بل حثته أيضًا على عرض الصلح على المتخاصمين قبل الفصل بينهما، وفي هذا مراعاة للبعد الإنساني؛ لأن الصلح أفضل في فض المنازعات، لما قد يؤدي إليه فصل الدعوى بالقضاء من وجود شحناء، أو بغضاء بين الخصمين، خاصة إذا كان بينهما صلة قرى.

٢٤- لقد كان للشريعة الإسلامية السبق في تقرير مبدأ استقلال القضاء، مراعاة منها للبعد الإنساني في تنظيمها للمرفق القضائي ذاته.

حيث لم تكف الشريعة الإسلامية بمراعاة البعد الإنساني لدى القضاة، والمتخاصمين، بل شمل مراعاتها للبعد الإنساني التنظيم للمرفق ذاته، فوضعت مبدأ استقلال القضاء بما يضمن عدم التدخل في أعمال القضاء، أو التأثير على القاضي في أفضيته، بميل لصالح هذا، أو تعنت ضد ذلك.

٢٥- حين قررت الشريعة الإسلامية مبدأ استقلال القضاء، لم تكف بمجرد تقريره، بل تكفلت بوضع الضمانات الكافية التي تمنع من التدخل في أعماله، وكان من أهم تلك الضمانات: الأمر بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وترك ما عداها، ومخاطبة الإمام، والمجتمع كافة بمراعاة العدل، واجتناب الظلم في الأفضية، وتقرير حصانة القاضي المستجمع للشروط من العزل التعسفي.

٢٦- يعزل القاضي من منصبه إذا صدر منه ما يستوجب العزل؛ لأنه لا أحد في الفقه الإسلامي فوق المساءلة، ولا تمييز لأحد على أحد بمنصب، أو جاه، أو مال، أو بغير ذلك.

ومن أمثلة ما يستوجب عزل القاضي تلقيه لرشوة، أو ميله عن الحكم بالحق عمدًا لتحقيق مصلحة، أو فقدته شرطًا من شروط القضاء.

٢٧- لا يجوز عزل القاضي -طبقًا للرأي الراجح- ما دام مستجمعًا لشروط القضاء، ولم يصدر عنه ما يبرر عزله، ولم تكن هناك مصلحة من وراء هذا العزل؛ لأن حصانة القاضي من العزل التعسفي من أهم الضمانات التي تتعلق باستقلال القضاء.

٢٨- لو قام الحاكم بعزل القاضي تعسفيًا، فإن الاتجاه الذي سبق لي تربيحه يرى أن العزل لا ينفذ في هذه الحالة، حتى لا يكون العزل سيفًا مسلطًا على رقاب القضاة، وهو ما يطيح بمبدأ استقلال القضاء، الذي يمثل ضمانًا من أهم ضمانات تحقيق العدالة في أي مجتمع.

٢٩- أرست الشريعة الإسلامية مبدأ مجانية القضاء، ويأتي هذا المبدأ انطلاقًا من مسؤولية الدولة عن تحقيق العدالة بين الناس، ورد الحقوق إلى أصحابها، ورفع الظلم عن المظلومين، فكان التزامها بكفاية القضاة نابعًا من مسؤوليتها هذه.

فلا يقبل في ظل الإسلام الذي رفع شأن القضاء، أن يُترك القاضي في الدولة الإسلامية ليمد يده إلى الخصوم، بل يجب أن تتكفل الدولة بكفايته، وزيادة عن الكفاية بما يغنيه، ويكون الأجر المقدم من الدولة للقاضي جائزًا له أخذه؛ لانقطاعه للقضاء بين الناس.

٣٠- إذا حصل القاضي على أجره من خزانة الدولة فلا يجوز له أن يأخذ مالا من الخصوم قط؛ لأن هذا من الغلول المحرم، وهذا باتفاق الفقه الإسلامي.

٣١- إذا لم يُعطَ القاضي أجرًا من خزانة الدولة، فقد اختلف الفقهاء في حكم أخذه أجرًا من الخصوم مقابل الفصل بينهم، إلى اتجاهين: أرجحهما عندي عدم جواز أخذ الأجر من الخصوم، خروجًا عن الخلاف، وصونًا لمكانته بين الناس، وبعْدًا به عن المساومة بينه، وبين الخصوم.

ويكون الحل في هذه الحالة في أحد أمرين: إما أن يتقدم للقضاء ممن هو أهل له- الغني المتبرع بعمله في الفصل بين الناس، وهو من الأعمال التي يؤجر عليها بجزيل العطاء في الآخرة إن هو أخلص، وإما أن يجتمع أهل البلد على أن يجعلوا أجرة القاضي من أموالهم، فيكون أجر القاضي من أهل الدولة كلها عند عوز خزانتها.

وليس هناك ما يمنع الحاكم -حالة عوز خزينة الدولة- من أن يفرض قدرًا من المال على أهل البلد، كل حسب حالته يسارًا، وإعسارًا، ويجعل ما يجمع لهذا الغرض في صندوق يكون خاصًا بأجر القضاة.

٣٢- قيام الدولة بفرض بعض الرسوم القضائية على المتقاضين لا يتنافى مع مجانية القضاء الذي استقر في الفقه الإسلامي؛ وعلّة عدم تعارض ذلك مع مبدأ المجانية ما يلي:

أولًا: أن القاضي لا يأخذ راتبه من هذه الرسوم، وإنما تدخل هذه الرسوم بيت المال (خزانة الدولة)، وهو يأخذ راتبه من هذه الخزانة.

ثانيًا: أن هذه الرسوم لا تؤخذ على القضاء، وإنما تؤخذ لتغطية بعض النفقات التي تتكلفتها الدولة في تنظيم مرفق القضاء، ك شراء سجلات القضايا، وصيانة مجالس القضاء، إلى غير ذلك.

ثانيًا: أهم التوصيات المقترحة:

يمكن إجمال أهم التوصيات فيما يلي:

١- أوصي المشرع الوضعي أن يراعي عند سنه التشريعات المتعلقة بالتنظيم القضائي، ما سبقت إليه الشريعة الإسلامية من تشريع هو بالقطع- أرقى التشريعات التي راعت البعد الإنساني لكافة أطراف التنظيم القضائي، وأن يأخذ النموذج الإسلامي نبراساً يسير في هديه عند سن تلك التشريعات.

٢- أوصي الدولة أن تستمر في العمل جاهدة على كفالة، وحماية استقلال القضاء، فإن استقلال القضاء يمثل الحصن الحصين لتحقيق العدالة، وإرساء المساواة بين الناس، وتحقيق الطمأنينة في المجتمع.

٣- أوصي الدولة أن تعمل على توفير العدد الكافي من القضاة، وصولاً إلى تحقيق سرعة الفصل في الدعاوى؛ لأن السرعة في إحقاق الحق، ورد المظالم إلى أهلها، يعطي رسالة طمأنينة في المجتمع، ويمثل مراعاة واضحة للبعد الإنساني، حتى لا يمل صاحب الحق السير في إجراءات الدعوى، أو يزهّد بعض الناس في اللجوء إلى القضاء، مع ما يترتب على ذلك من خطر عظيم.

٤- أوصي المتقاضين، وغيرهم، من المترددين على ساحات القضاء بالالتزام بأقصى درجة ممكنة بعدم الخروج على ما أوجبه الشريعة الغراء من حفظ هيبة القضاء، وصيافته في نفوس الناس.

فلا يفتات الخصم- أو غيره- على القاضي، أو يتجاوز مع خصمه في مجلس القضاء، وقد علمنا- مما سبق- أن الشريعة الإسلامية تعطي الحق للقاضي في تأديب من أساء في مجلسه بما يراه زاجراً له، رادعاً لغيره.

٥- أوصي المتخاصمين بتدبير عظة القاضي لهما، وأن يتذرع الخصم من الوصول إلى حق صاحبه دون وجه حق، ولو كان الحن حجة، أو أقوى دليلاً.

كما أوصي القاضي بأن يتحلى في عظته للخصمين بالرفق، واللين، حتى تمس العظة قلوبهما، فتجد لها محلاً عندهما.

٦- أوصي المتخاصمين بقبول عرض الصلح الصادر من القاضي لإنهاء النزاع، فإن قبول الصلح ينهي الخصومة، وفي ذات الوقت يبقى معه بعض الود، وإن الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على راب الصدع بين المتخاصمين.

وأخيراً لست أدعى الصواب، ولا أزعم الكمال، فإن الكمال لله وحده، ولكن حسبى أننى مجتهد، فإذا أخطأت فيكفينى أجر المجتهد المخطئ.

{وَأَجْرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ} (١)

ثبت المراجع (*)

أولاً- القرآن الكريم وعلومه:

١- تفسير البيضاوي (المسمى أنوار التنزيل، وأسرار التأويل) للعلامة أبي سعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ.

٢- تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤٠١هـ.

٣- جامع البيان عن تأويل أي القرآن (تفسير الطبري) لأبي جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤٠٥هـ.

٤- الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) لأبي عبدالله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي ط/ دار الشعب (القاهرة) - بدون تاريخ.

ثانياً- الحديث الشريف وعلومه:

(١) [يونس: ١٠].

(٢) قمت بترتيب المراجع ترتيباً أبجدياً داخل كل مجموعة، بعد حذف أداة التعريف (أل).

١- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافي الكبير، لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني، تحقيق/ السيد عبدالله هاشم اليماني المدني ط/ المدينة المنورة ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.

٢- الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري) لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي تحقيق/ د: مصطفى ديب البغا ط/ دار ابن كثير، اليمامة (بيروت) الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٣- الجامع الصحيح المعروف بسنن الترمذي، لأبي عيسى محمد ابن عيسى بن سورة الترمذي السلمي تحقيق/ أحمد محمد شاكر، وآخرون ط/ دار إحياء التراث العربي (بيروت) - بدون تاريخ.

٤- سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي تحقيق/ محمد محيي الدين عبدالحميد ط/ دار الفكر - بدون تاريخ.

٥- سنن البيهقي الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي تحقيق/ محمد عبدالقادر عطا ط/ مكتبة دار الباز (مكة المكرمة) ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٦- صحيح ابن حبان لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي تحقيق/ شعيب الأرنؤوط ط/ مؤسسة الرسالة (بيروت) الطبعة الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٧- صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق/ محمد فؤاد عبدالباقي ط/ دار إحياء التراث العربي (بيروت) - بدون تاريخ.

٨- الغاية في شرح الهداية في علم الرواية للإمام/ محمد بن عبدالرحمن السخاوي تحقيق/ أبي عائش عبدالمنعم إبراهيم ط/ مكتبة أولاد الشيخ للتراث الطبعة الأولى ٢٠٠١م.

٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري لأبي الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني الشافعي تحقيق/ محب الدين الخطيب ط/ دار المعرفة (بيروت) بدون تاريخ.

١٠- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للشيخ/ علي بن أبي بكر الهيثمي ط/ دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي (القاهرة) (بيروت) ١٤٠٧هـ.

١١- المستدرک علی الصحيحین لمحمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري تحقيق/ مصطفى عطا ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩٠م

١٢- نصب الراية للشيخ/ عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي تحقيق/ محمد يوسف البنوري ط/ دار الحديث (مصر) ١٣٥٧هـ.

١٣- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ط/ دار الجيل (بيروت) ١٩٧٣م.

ثالثاً- كتب الفقه المذهبي:

أ- المذهب الحنفي:

- ١- البحر الرائق شرح كنز الرقائق للشيخ/ زين الدين بن إبراهيم ابن محمد المعروف بابن نجيم ط/ دار المعرفة (بيروت) ط/ ثانية - بدون تاريخ.
- ٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر علاء الدين الكاساني ط/ دار الكتاب العربي (بيروت) الطبعة الثانية ١٩٨٢م.
- ٣- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للشيخ/ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ط/ دار الكتب الإسلامي (القاهرة) ١٣١٣هـ.
- ٤- تحفة الفقهاء للشيخ/ علاء الدين السمرقندي ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
- ٥- حاشية ابن عابدين للشيخ/ محمد أمين الشهير بابن عابدين ط/ دار الفكر للطباعة (بيروت) عام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٦- درر الحكام شرح مجلة الأحكام للشيخ/ علي حيدر تحقيق، وتعريب/ المحامي فهمي الحسيني ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) - بدون تاريخ.
- ٧- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ/ نظام، وجماعة من علماء الهند ط/ دار الفكر ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ٨- فتح التقدير للشيخ/ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الثانية - بدون تاريخ.
- ٩- لسان الحكام في معرفة الأحكام للشيخ/ إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي ط/ البابي الحلبي (القاهرة) الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

١٠- المبسوط، للإمام/ شمس الدين السرخسي ط/ دار المعرفة (بيروت) - بدون تاريخ.

ب- المذهب المالكي:

١- التاج والإكليل للشيخ/ محمد بن يوسف المواق العبدري ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي تحقيق الشيخ/ محمد عيش ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ.

٣- الذخيرة للشيخ/ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق/ محمد حجي ط/ دار الغرب (بيروت) ١٩٩٤م.

٤- شرح الخرشي لأبي عبدالله محمد الخرشي على مختصر سيدي خليل ط/ دار الفكر للطباعة (بيروت) - بدون تاريخ.

٥- الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير تحقيق/ محمد عيش ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ.

٦- شرح ميارة الفاسي لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن محمد المالكي تحقيق/ عبداللطيف حسن عبدالرحمن ط/ دار الكتب العلمية (لبنان) الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

٧- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للشيخ/ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤١٥هـ.

٨- القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ.

٩- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ط/ دار صادر (بيروت) - بدون تاريخ-

١٠- منح الجليل شرح مختصر سيد خليل للشيخ/ محمد عيش ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

١١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

ج- المذهب الشافعي:

١- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشيخ/ محمد الشرييني الخطيب تحقيق/ مكتب البحوث والدراسات ط/ دار الفكر (بيروت) ١٤١٥هـ.

٢- الأم لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي ط/ دار المعرفة (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ.

٣- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب للشيخ/ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ط / المكتبة الإسلامية (تركيا) - بدون تاريخ-

٤- حاشية قلوبوي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ/ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القلوبوي تحقيق/ مكتب البحوث والدراسات ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٥- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للشيخ/ علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي تحقيق الشيخ/ علي محمد معوض، الشيخ/ عادل أحمد عبدالموجود ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٦- حواشي الشرواني على تحفة المنهاج للشيخ/ عبدالحميد الشرواني ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ-

٧- روضة الطالبين وعمدة المفتين للشيخ محيي الدين النووي ط/ المكتب الإسلامي (بيروت) الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.

٨- السراج الوهاج على متن المنهاج للعلامة/ محمد الزهري الغمراوي ط/ دار المعرفة للطباعة والنشر (بيروت) - بدون تاريخ.

٩- مغنى المحتاج للشيخ/ محمد الخطيب الشربيني ط/ دار الفكر (بيروت) - بدون تاريخ.

١٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج- لأبي العباس شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ط/ دار الفكر للطباعة (بيروت) ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١١- الوسيط في المذهب لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي تحقيق/ أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر ط/ دار السلام (القاهرة) الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

د- المذهب الحنبلي:

١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي تحقيق/ محمد الفقى ط/ دار إحياء التراث (بيروت) - بدون تاريخ.

٢- الروض المربع للشيخ/ منصور بن إدريس البهوتي ط/ مكتبة الرياض الحديثة بالرياض عام ١٣٩٠هـ.

٣- زاد المستقنع لأبي النجا موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي تحقيق/ علي محمد عبدالعزيز الهندي ط/ مكتبة النهضة الحديثة (مكة المكرمة) - بدون تاريخ.

٤- الفروع لأبي عبدالله محمد بن مفلح المقدسي تحقيق/ أبي الزهراء حازم القاضي ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٥- الكافي في فقه ابن حنبل لأبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي ط/ المكتب الإسلامي (بيروت) - بدون تاريخ.
٦- المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي ط/ المكتب الإسلامي (بيروت) ٥١٤٠٠.

٧- المغنى للشيخ/ موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة ط/ دار الفكر (بيروت) الطبعة الأولى ٥١٤٠٥.

هـ- المذهب الظاهري:

- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد سعيد بن حزم تحقيق/ لجنة إحياء التراث العربي ط/ دار الأفاق الجديدة (بيروت) - بدون تاريخ.

و- المذهب الزيدي:

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار للشيخ/ أحمد ابن يحيى بن المرتضى ضبط وتعليق/ د: محمد محمد تامر ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) - منشورات محمد علي ببيضون- الطبعة الأولى ٥١٤٢٢-٢٠٠١م.

٢- السيل الجرار لمحمد بن علي الشوكاني تحقيق/ محمود زايد ط/ دار الكتب العلمية (بيروت) الطبعة الأولى ٥١٤٠٥.

ز- المذهب الإمامي:

١- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد حسن النجفي تحقيق/ محمود القوطني ط/ دار إحياء التراث العربي (بيروت) الطبعة السابعة ١٩٨١م.

٢- المختصر النافع في فقه الإمامية لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ط/ وزارة الأوقاف بالقاهرة الطبعة الثانية ٥١٣٧٨-١٩٥٨م.

ح- المذهب الإباضي:

- شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ط/ مكتبة الإرشاد (جدة)
- دار الفتح (بيروت) الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

رابعاً- كتب التاريخ، والتراجم:

١- أخبار القضاة لمحمد بن خلف بن حيان ط/ عالم الكتب (بيروت) -
بدون تاريخ.

٢- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام لشمس الدين محمد ابن أحمد بن
عثمان الذهبي تحقيق/ د: عمر عبدالسلام تدمري ط/ دار الكتاب العربي (بيروت)
الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٣- طبقات الفقهاء للشيخ/ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي
تحقيق/ خليل الميس ط/ دار القلم (بيروت) - بدون تاريخ.

خامساً- الكتب الفقهية الحديثة والمتخصصة:

١- أدب القضاء للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبدالله الهمداني
الحموي المعروف بابن أبي الدم تحقيق/ د: محيي هلال السرحان ط/ مطبعة
الإرشاد (بغداد) الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٢- د/ حسن محمد بودي (ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة
الإسلامية) دراسة مقارنة بالقانون المصري ط/ دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية ٢٠٠٦م.

٣- د/ عبدالكريم زيدان (نظام القضاء في الشريعة الإسلامية) ط/ مطبعة
العاني- بغداد الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٤- د/ محمد عبدالرحمن البكر (السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام
الإسلامي) ط/ الزهراء للإعلام العربي (القاهرة) الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٥- د/ نصر فريد محمد واصل (السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام)
ط/ مطبعة الأمانة (القاهرة) الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ-١٩٧٧م.

٦- كتاب أدب القاضي لأبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف
بالخصاف، ومعه شرح أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاف
تحقيق/ فرحات زيادة الناشر/ قسم النشر بالجامعة الأمريكية بالقاهرة - بدون
تاريخ.

بيع الدين بالدين

دراسة مقارنة

د. هيام السحماوى

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين إلى يوم الدين وبعد:

ولما كان البيع من الأساسيات اللازمة لسد احتياجات الناس فإن الله تعالى قد شرع في كتابه الكريم " وأحل الله البيع وحرم الربا " (١١٠) ، وكذلك ما جاء في السنة النبوية الشريفة التي سيأتي ذكرها لاحقاً، بإذن الله فأباح الله تعالى أنواعاً من البيوع تحقق للناس الربح الحلال، ونهى عن التعامل في البيوع التي قد تؤدي إلى الغش والضرر والغبن .

وبعد اتساع المعاملات الاقتصادية وتنوعها في المعاملات المالية المعاصرة كالمراوحة التي تمثل النسبة الأكبر في تعاملات البنوك الإسلامية، والشركات أو البيع بثمن أجل، أو عقود الاستصناع وهذا على سبيل المثال وليس الحصر كي تصبح ديونا آجلة في ذمم المتعاملين بها وصولاً إلى الاضطرار ببيع الديون .

ولا شك من أن بيع الدين بالدين من بين البيوع التي تعد محل خلاف بين الفقهاء ناهيك على أنه ذريعة لتراكم الديون التي يتأخر سدادها لأي سبب من الأسباب بالإضافة إلى أنه يعد من أهم الأسباب التي أدت إلى وقوع الأزمات المالية العالمية .

ومن منطلق ذلك سوف نقوم بدراسة بيع الدين بالدين من الناحية الواقعية مع دراسة مدى إمكانية تكييفه في قالب قانونية يمكن مداولته من خلالها ووجود بدائل وحلول تتماشى مع متطلبات العصر الحديث من خلال عرضنا لأنواعه وصوره وأحكامها في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية وذلك من خلال المباحث والمطالب الآتي ذكرها بإذن الله تعالى :

^١ سورة البقرة آية ٧٥ .

أهمية البحث

تتبلور مشكلة بحث بيع الدين بالدين في إشكالية تراكم الديون من خلال البيوع الآجلة على صعيد الأفراد والحكومات والدول وذلك من خلال معاملات البنوك والشركات والبورصات، وعلى سبيل المثال وليس الحصر- تعد هذه الديون المصدر الأساسي للتمويل (١) في بعض الشركات، بدلا من أن يكون الاعتماد على مصدر رأس المال الحر ولذلك صارت أسواق المال العالمية أسواقاً للديون وليس لحقوق الملكية (الأسهم) كما وصفها البعض مما ساعد على إقبال الشركات في كل أنحاء العالم على إصدار سندات الدين وليس أسهم الاشتراك والملكية. (٢) مما ساعد على ازدياد ظاهرة الديون وولادة تجارة جديدة تسمى تجارة الديون تقوم على شراء الديون وبيعها في أسواق عالمية ومن ثم يكون في

ففي الولايات المتحدة حيث تتوفر الإحصاءات لا تمثل R.H. Rupert P.11-² الأسهم أكثر من 4ر5% من مجمل مصادر التمويل للشركات المساهمة من أسواق المال، بينما أن نحو 93% منها كان بإصدار سندات الدين (هذا إضافة إلى القروض المصرفية)

- تصل الديون على الحكومات في بعض الدول إلى أكثر من 100% من الناتج المحلي الإجمالي للقطر. وعلى سبيل المثال لا الحصر قروض حكومة الولايات المتحدة على سبيل المثال إلى نحو 50% من مجموع مدخرات المواطنين السنوية وهي تدفع في كل عام فوائد على قروضها بلغت سنة 1992م 293 بليون دولار. كما أن 70% من الأفراد، الضرائب في إيطاليا تخصص لدفع الفوائد على القروض الحكومية التي لا حيلة للحكومة في تسديد أصلها ولا قدرة لها إلا على دفع الفوائد السنوية عليها ففي سنة 1992م وصلت الديون على حكومة بلجيكا 120% من الناتج المحلي الإجمالي و 108% في إيطاليا عن جريدة وول ستريت جورنال أعداد Harry Figgie المؤلف فيه Bank ruptcy 1995 مختلفة سنة 1993م وكذلك كتاب في نيويورك 1992م وليست Little Bron من دار Gerald Swanson حكومات بلاد المسلمين مختلفة عن ذلك .

اغلب الاحيان راس مال الشركات مجموعة من الديون التي تباع في الغالب بثمن اقل من قيمتها الاصلية .

لذلك لزم علينا إيجاد حلول بديلة لمسألة بيع الديون بأنواعها المختلفة وخاصة إن الدراسات والأبحاث التي سبقت بحثنا ألفت الضوء الكافي على آراء فقهاءنا الأجلاء حول مدى مشروعية بيع الديون من كتاب الله والسنة المشرفة مما ساعدني على إيجاد حلول بديلة لبيع الديون بطريقه تتماشى مع الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى أنني حاولت التنسيق بين الآراء الشريعة والقانونية في ظل وجود المستجدات التي نعيشها ونحتاجها في هذا العصر .

وهذا عملاً بان شريعتنا صالحة لكل زمان ومكان وهذا الذي نريد إضافته من خلال بحثنا إن شاء الله تعالى خاصة وأن السبب في خطورة هذا النوع من البيوع يرجع إلى ما ترتبه من الضرر والغرر والغبن الذي يقع على جميع المستويات سواء أن كانوا من الأفراد (٤) أو الدول (٥) أو الحكومات وهذا ما ثبته التاريخ من خلال الواقع العملي للاقتصاد العالمي .

4 - فعلى مستوى الأفراد ، تدل الإحصاءات في بعض البلدان أن الدين يستغرق نحو 90% من الدخل الشهري للسواد الأعظم من الأفراد يسددون ديونهم الناتجة عن شراء المنزل بالأجل والسيارة والأثاث والقروض المصرفية... الخ منها الولايات المتحدة كما نقلت ذلك جريدة وول ستريت جورنال .

5 - وكذلك حال الدول وبخاصة النامية منها ، فقد بلغت ديون الأقطار النامية إلى الدول الصناعية سنة 1991م تريليون و600 بليون دولار تدفع عليها فوائد تبلغ نحو 60 ألف مليون دولار سنوياً جريدة وول ستريت جورنال 92/12/30م - وقد نما حجم المدائبات على مستوى العالم بمعدلات عالية في السنوات الأخيرة . إذ تدل الإحصاءات على أن الاقتراض للدولة من الأسواق الخارجية ارتفع من 4 36 بليون دولار سنوياً في سنة 1974م إلى 1 8 تريليون دولار في سنة 1993م. مجلة أكونومست 17 ديسمبر 1994م ص 17 .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أهداف البحث

ويهدف البحث إلى دراسة مسألة بيع الديون والتي تعد من أهم وأخطر القضايا الاقتصادية في العالم وليست كما يقول البعض أنها قضية معاصرة، فهي موجودة بأقسامها المختلفة قبل الإسلام ولكن لاحظنا من خلال بحثنا للدراسات التي سبقتنا أن المشكلة تكمن في اختلاف تلقى المفاهيم التي جاء بها الشرع الخاصة بالآية الكريمة " وأحل الله البيع وحرم الربا " مما دعانا إلى تحليل معنى الآية الكريمة ومدى تطبيق مفهومها على هذا النوع من البيوع وبالتالي معرفة حكمها ووضع حلول لها في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

منهجية البحث

يسلك هذا البحث المنهج الاستقرائي لتتبع آراء الفقهاء في مسألة تفسير الآية الكريمة " وأحل الله البيع وحرم الربا " وكذلك قول الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (٦) والتي بني عليها حكم بيع الدين بالدين بأقسامه المختلفة، وكذلك رأى القانون ومدى ملائمة كل قسم على حدة للشرع والقانون وهذا بهدف إيجاد حلول بديلة لمسألة بيع الديون ، كما يعتمد البحث المنهج التحليلي النقدي من خلال تحليل القواعد الشرعية والقانونية ومدى تكيفها على الموضوع البحث .

(سورة النساء: الآية 29)⁶

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الفصل تمهيدي

بيع الديون وتطوره التاريخي

المبحث الأول

مفهوم بيع الديون

المطلب الأول: مفهوم البيع في اللغة، الشرع، والقانون

الفرع الأول: تعريف البيع لغة:

البيع ضد الشراء، عرّف المختار البيع بأنه عقد معاوضة مالية، تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد، لا على وجه القرية (٧)

الفرع الثاني: تعريف البيع شرعا:

تعددت آراء الفقهاء - رحمهم الله - على النحو التالي

أ - تعريفه عند الحنيفة:

قال الكاساني: "البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرشوب بشيء مرغوب" (٨)

وقال ابن الهمام: "البيع لغة: مبادلة المال بالمال، وكذا في الشرع، لكن زيد فيه قيد التراضي" (٩)

وكذلك عرفه الفقه الحنفي "مبادلة المال بالمال بالتراضي" (١٠)

⁷ الصحاح للجوهري 3 / 1189، وينظر: مختار الصحاح للرازي ص 62.

⁸ بدائع الصنائع 5 / 134.

⁹ فتح القدير 6 / 247.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

فذهبوا إلى أن عقد البيع عقد معاوضة أي تسليم بتسليم وإذا حدث تأجيل لا يكون هناك تسليم في حال فكان مغيراً لمقتضى العقد (١١) ولذا كان الأجل في المبيع العين باطلا ونحن نوافق ما ذهب إليه الفقه الحنفي .

ومن هنا نرى أن بيع الدين بالدين فقد معناه كونه بيعاً فهو ليس ببيع ولكنه بدل أو حلول دين بدين لأن من شروط المبيع تسليمه إلى المبتاع وهذا اثر من آثار عقد البيع حيث اجمع الفقهاء على أن من باع عينا من الأعيان على ألا يسلمها إلا إلى أجل فالبيع فاسد لا يجوز (١٢)

ب- تعريف البيع عند المالكية :

عرفه ابن عرفة المالكي بقوله: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ر

(١٣)

"فتخرج الإجارة والكرأء والنكاح، وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم أي لأنه تعريف للبيع الأعم والغالب عرفاً أخص منه بزيادة ذو مقايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه فتخرج الأربعة" (١٤).

ج - تعريف البيع عند الشافعية :

¹⁰ فتح القدير 6 / 247 وينظر: العناية على الهادية للباترتي المطبوع مع فتح القدير / 246. وقال ابن الهمام: "والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً، فإنه لا يفهم من باعه زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصباً، وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه فتح القدير لابن الهمام 6 / 247 (/)

وقال الجرجاني: "البيروشد: اللغة مطلق المبادلة، وفي الشرع: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً التعريفات للجرجاني ص 48.

¹¹ انظر بدائع الصنائع 3083/7

¹² نقل هذا الإجماع ابن رشد : بداية المجتهد : 2 / 156 , ينظر : تبين الحقائق : 4 /

59 , تحفة الفقهاء : 1 / 46 . المجموع : 9 / 373 , والمنتقى : 5 / 42 .

¹³ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 2

¹⁴ المرجع السابق وتعليق محمد عليش عليه 3 / 2

قال الماوردي: " حقيقة البيع في الشرع : نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه" (١٥)

والمقصود بلفظ : "نقل الملك" أى احترازاً مما لا يملك وممن لا يملك.

ويقصد "بعوض": احترازاً من الهبات، ومما لا يجوز أن يكون عوضاً.

وورد لفظ على الوجه "المأذون فيه": احترازاً من البيوع المنهي عنها كالملامسة والمنابذة (١٦).

د- تعريف البيع عند الحنابلة:

قال ابن قدامه في تعريفه: " قال بعض أصحابنا هو الإيجاب والقبول إذا تضمن عينين للتمليك" (١٧).

ثم قال معترضاً عليه: "وهو حد قاصر؛ لخروج بيع المعاطاة منه، ودخول عقود سوى البيع فيه" (١٨).

ومما سبق يمكن أن نلخص تعريف البيع اصطلاحاً بمبادلة المال بالمال بالتراضي على غير منافع وعلى الوجه المأذون فيه شرعاً الأمر الذي جعلنا لا نسلم بأن معاملة الدين بالدين لا تعد بيعاً بالمعنى المألوف لعقد البيع لاحتمال أن يكون هناك اتفاق على مبادلة الدين بمنفعة وكذلك لعدم مبادلة المال بالمال ، ولاهي ربا لوجود التراضي بين الطرفين أي موافقة الإيجاب بالقبول كما جاء في تعريف البيع السابق ولذلك يمكن أن يصنف معاملة الدين بالدين عقد بيع من نوع خاص وهذا ما سنوضحه لاحقاً إن شاء الله .

15 الحاوي الكبير 11 / 5

16 المرجع السابق 11 / 5 - و عرفه الشر بيني بأنه: " مقابلة مال بمال على وجه مخصوص مِغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج 2 / 2.

17 المغني 5 / 6.

18 المرجع السابق 5 / 6.

الفرع الثالث : تعريف البيع في القانون المصري :

نصت المادة ٢٣٥ / ٣٠٠ من التقنين المصري القديم علي أن "البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ لآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما"^(١٩).

ثم جاء نص المادة ٤١٨ من التقنين المدني الجديد ليؤكد ذلك بنصه علي أن "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"

وبالنظر إلى التعريف السابق يتضح لنا أن العناصر المكونة لعقد البيع هي اتجاه الإرادة إلي أن ينقل البائع للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر باعتباره الالتزام الرئيسي الذي يقع علي عاتق البائع وأن يكون نقل الحق في مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري باعتباره الالتزام الرئيسي الأول والذي يقع علي عاتق المشتري(٢٠) .

وبتطبيق ما سلف، على عقد بيع الدين بالدين نجد أنه فقد معناه أي انه لا يعد التعامل على الدين بيعا بالمعنى القانوني لان محل البيع غير مقدور التسليم فهو بيد المدين لو افترضنا أن الدائن سيبيع الدين لغير المدين فكيف يبيع شيئاً ليس بيده هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى أن الثمن المتفق عليه ثمن غير نقدي أي يكون دين على المشتري وبالتالي لن تنتقل الملكية إلى المشتري ومن ثم هل سيطين إليه في هذه الحالة عند الإخلال عدم التنفيذ للقواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين كالدفع بعدم التنفيذ والفسخ القضائي ونظرية تحمل التبعة

¹⁹ وبذلك يكون التقنين المدني القديم قد تلافي النقد الموجه إلى تعريف القانون الفرنسي بالنص صراحة علي نقل الملكية في تعريف البيع ، أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة 14 ص 19 .

²⁰ انظر :

J. Huet, op. cit, no 11104 p. 45

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ناهيك على أن عقد البيع يتميز بأنه عقد رضائي ملزم للجانبين وبتطبيق ذلك الشرط على عقد بيع الدين لأبد من موافقة الدائن والمدين من بيع الدين سواء لنفس المدين (الاستبدال) أو للغير وعلى هذا عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين مما ينشأ التزامات متقابلة علي عاتق المتعاقدين .. كما أنه لا يشكل أي نية للتبرع وأحياناً يخفي عقد البيع هبة مستترة حيث يكون المظهر الخارجي للتصرف أنه من عقود المعوضة ولكن من حيث الموضوع يشكل التصرف عقد من عقود التبرع .

ومن منطلق ذلك في حالة تنازل الدائن عن دينه للمدين بدون مقابل أي على سبيل الهبة لا نستطيع أن نقول أن هذا بيعاً ولا ينطبق عليه ما سلف كما أنه قد يشكل هبة غير مباشرة وذلك عندما يكون الثمن أقل بكثير من قيمة الشيء ويكون لدى البائع نية التبرع. ومن هنا بيع الدين بالدين بأقل من الثمن الأصلي هو الدارج أي قيمة الدين الأصلي وهذا الذي يحدث في غالب الأمر يكون ثمن الدين المتفق عليه أقل من قيمته الأصلية وإلا فما الداعي من انعقاد مثل هذا النوع من البيوع ومن ثم هل يمكن نقضه بالغبن أو أنه سيخضع للقواعد الموضوعية للهبة(٢١). لذلك نجد أن بيع الدين بالدين لا ينطبق عليه القواعد السالف ذكرها من حيث كونه عقد بيع أي معوضة

عقد البيع من العقود المحددة *Un contra commutative* فالالتزامات المتقابلة للمتعاقدين محددة من حيث مقدارها ووجودها منذ إبرام العقد. ومع ذلك يمكن أن يكون لعقد البيع طبيعة احتمالية *Un caracterealeatoire* وينطبق هذه الخاصية على عقد بيع الدين بالدين لو باع الدائن لمدينه الدين الذي عليه (أو لغير المدين) المفترض سداده في وقت معين قبل استحقاقه بزمن معين هل هذا يعتبر تعدى على الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين المحددة من حيث مقدارها ووجودها منذ إبرام العقد. أو أنه يعد هذا النوع من البيوع ذو طبيعة احتمالية خاصة ؟

هذا ما سيتضح لنا من خلال بحثنا إن شاء الله

21 أنظر نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العزيبية، دار النهضة، ١٩٩٥، ص 66 وما بعدها.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ونخلص مما سبق أن عقد بيع الدين بالدين عقد ذو طبيعة خاصة لذلك نرى انه ليس عقد بيع بالمعنى القانوني لخلوه من بعض العناصر المكونة لعقد البيع سالفه الذكر ولكن يمكن أن نخلع عليه لفظ استبدال أو حلول دين بدين وليس بيعا وهذا سيساعدنا بكثير على معرفة الحكم الشرعي له وكذلك القانوني تفاديا للوقوع في الربا وتماشيا مع متطلبات واحتياجات العصر .

المطلب الثاني

تعريف الدين لغة وشرعا وقانونا

الفرع الأول : تعريف الدين لغة:

الديون مفردا دين و يطلق الدين في اللغة على كل شيء غير حاضر، ويجمع على ديون

، وأدِينُ مثل أعين، والفعل منه دان، يقال : دنت وأنا أدِين، إذا أخذت ديناً، ودنت الرجل: أقرضته فهو مدين ومديون، ودان هو أخذ الدين (٢١).

جاء في الصحاح: "الدين واحد الديون تقول: دنت الرجل أقرضته، ودان فلان يدين ديناً، استقرض وصار عليه دين فهو دائن، فصار دان مشتركاً بين الإقراض والاستقرض وكذا الدائن" (٢٢).

الفرع الثاني : تعريف الدين شرعا :

الدين في الاصطلاح الفقهي ينقسم على أساسين شكلي وموضوعي.

أي أن الحق المالي إما أن يتعلق بالذمة، أو بذات معينة، فإذا تعلق بالذمة، فإنه يسمى بالدين، وإذا تعلق بذات معينة فإنه يسمى بالعين "

أ – فمن الناحية الشكلية : هو ما يثبت في الذمة من غير أن يكون مشخصاً، سواء أكان نقداً أو غيره (٢٣)

وذكر الكاساني في تعريف الدين: " ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف " (٢٤)

²² ينظر: لسان العرب لابن منظور 13 / 167.

²³ مختار الصحاح للرازي ص 191.

²⁴ فيرد استعمال الفقهاء للدين في مقابل العين، حيث يقولون: العين هو الشيء المشخص كبيت وسيارة وحصان وكرسي...

فكل ذلك يعد من الأعيان

كما ذكر النووي: " المال المستحق عند غيره عين ودين، وأما الأول فضربان: أمانة ومضمون.. والدين في الذمة ثلاثة أضرب... " (٢٦).

ب- ومن الناحية الموضوعية: كأسباب وجوده ومصادر ثبوته فقد استعمله الفقهاء بمعنيين أحدهما أعم من الآخر (٢٧).

وفي المعنى العام: هو كل ما ثبت في الذمة من أموال أياً كان سبب وجوبها، أو حقوق محضة كسائر الطاعات من صلاة وصيام ونذر وحج ونحوها (٢٨).

على هذا عرفه بعضهم بأن " الدين وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة " (٢٩) وقد تكون المطالبة الوفاء بالمال (٣٠) أو بعمل: كإحضار شخص إلى مجلس الخصومة، وصلاة لم تؤد في وقتها، وحج وجب.... وبناء عليه فلا يشترط في الدين أن يكون مالا، ولو كان مالا فلا يشترط فيه أن يكون ثابتاً في معاوضة أو إتلاف فحسب. لو سلمنا جدلاً بان الدين يمكن أن يباع في الحال أو بأجل أي بدين مثله كما قال البعض ففي هذه الحالة لا يمكن بيعه بناء على الرأي السابق حيث وضح عدم اشتراط أن يكون الدين مالا ولا ثابت في معاوضة فكيف يكون البيع بلا عوض، وهناك اعتراض من قبل بعض الفقهاء على إطلاق كلمة الدين بهذا المعنى حيث قال الحموي: "إطلاق الدين على المال الواجب في الذمة لأجل أداء الزكاة لا يخلو من مسامحة؛ لأنه لو كان ديناً حقيقة لما سقط بالموت، وهو يسقط عندنا كالكفارة والبذية" (٣١) وهذا تسليماً على رأيي السابق بعدم إمكانية بيع الدين

²⁵ بدائع الصنائع للكاساني 7 / 3499

²⁶ روضة الطالبين للنووي 3 / 508

²⁷ دراسات في أصول المدينيات لنزيه حماد ص 12

²⁸ المرجع السابق ص 12

²⁹ غمز عيون البصائر للحموي 4 / 5

³⁰ الدين يتناول كل ما يشغل ذمة المرء ويطالب بالوفاء به من مال: كئتمن مبيع، وأجرة دار، وزكاة وجبت بحولان الحول ولم تؤد، وكفارة هدي، أو منفعة موصوفة في الذمة،

³¹ غمز عيون البصائر للحموي 4 / 5.

بالدين أو بعوض في الحال إلا انه يمكن أن يستبدل ومن منطلق ذلك يمكن أن يستبدل بعوض أو يغير عوض كالهبة على سبيل المثال

وأما الدين في المعنى الخاص فيقصد به إطلاقه على الأموال المؤجلة، أو الأموال المستحقة في ذمة المدين، وهو موضوع بحثنا واختلفت عبارات العلماء في تعريف الدين بهذا المعنى، ومنها:
عرفه بعض علماء الحنفية بأنه:

"وجوب مال في الذمة بدلاً عن شيء آخر" (٣١) أو هو: "اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن شيء آخر كبذل المتلف والقرض والمبيع ونحو ذلك" (٣٢). وقد وضح الحموي هذا التعريف بقوله: "فالخراج دين؛ لأنه بدل عن منافع الحفظ بخلاف الزكاة؛ لأن الواجب فيها تملك مال من غير أن يكون بدلاً" (٣٣) وقد اعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع (٣٤) وذهبوا إلى أنه (٣٥): "مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما" (٣٦).

³² غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر للحموي 4 / 5.

³³ بدائع الصنائع للكاساني 5 / 234، وفتح القدير لابن الهمام 5 / 430.

³⁴ غمز عيون البصائر 4 / 5.

³⁵ لأنه لا يشمل المال الذي ثبت في الذمة وليس بدلاً عن شيء كالنفقة الواجبة للقريب؛ لأنها ليست واجبة عوضاً عن شيء آخر، وإنما هي صلة، وكذا الزكاة ليست ديناً على من وجبت عليه؛ لأنها وجبت على الأغنياء شكراً لله تعالى على نعمة المال، ولم تجب عوضاً عن شيء آخر استفادة من وجبت عليه من شخص آخر" (الربا والمعاملات المصرفية للدكتور المترك ص 286، وينظر: مجلة الأزهر 27 / 1014)

³⁶ غير أن الحنفية يقصدون بقولهم "بدلاً عن شيء آخر" إخراج الزكاة وما شابهها من مسمى الدين، وهم يرون أن المال الواجب في الذمة لأجل أداء الزكاة لا يسمى ديناً حقيقة؛ لأنه لو كان ديناً حقيقة لما سقط بالموت وهو يسقط به (ينظر: غمز عيون البصائر 4 / 5).

³⁷ غمز عيون البصائر 4 / 5، وينظر بدائع الصنائع للكاساني 5 / 234.

بمعنى أن له حكم المال، وليس مالاً حقيقياً إذ هو عبارة عن وصف شاغل للذمة ولا يتصور قبضه حقيقة ولكن نظراً لصيرورته مالاً في المال -أي عند الاستيفاء- سمي مالاً مجازاً (٣٨) .

قال الكاساني: "قبض نفس الدين لا يتصور؛ لأنه عبارة عن مال حكمي في الذمة (٣٩) أو عبارة عن الفعل، وكل ذلك لا يتصور فيه قبض حقيقة، فكان قبضه بقبض بدله وهو قبض الدين" (٤٠).

وقد اعترض على هذا التعريف بأنه "في الحقيقة تعريف للسلم وليس تعريفاً للدين بمعناه العام وإنما هو تعريف لنوع منه" (٤١).

ويقول البعض أن حقيقة الدين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والأخر في الذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضراً والدين ما كان غائباً، وعليه فالدين يشمل السلم، وهو ما كان الثمن معجلاً والعوض مؤجلاً وعكسه ما كان الثمن مؤجلاً والعوض معجلاً وهو ما سمي بالدين ويشمل القرض (٤٢) .

رأى جمهور العلماء

الدين هو ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته (٤٣) (فتدخل فيه كل الديون المالية، سواء منها ما ثبت في نظير عين مالية، أو ما ثبت في نظير منفعة،

^{٣٨} دراسات في أصول المدائبات لنزيه حماد ص ١٥ .

^{٣٩} والأسباب الموجبة لثبوت المال في الذمة ثلاثة

وهي العقود، والأفعال كالغصب، والنصوص الشرعية التي توجب أن يكون في ذمة الإنسان مالاً من غير أن يكون هناك عقد يترتب عليه هذا الإيجاب كالزكاة والنفقة، أو ما يوجبها الإنسان على نفسه كالنذر...

^{٤٠} بدائع الصنائع ٥ / ٢٣٤ .

^{٤١} الربا والمعاملات المصرفية للمترك ص ٢٨٣

^{٤٢} الربا والمعاملات المصرفية للدكتور المتراك ص ٢٨٧، وينظر: مجلة الأزهر

١٠١٥ / ٢٧

^{٤٣} نهاية المحتاج ٣ / ١٣١، منح الجليل ١ / ٣٦٢، أسني المطالب ١ / ٣٥٦
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

أو ما ثبت حقاً لله تعالى من غير مقابل كالزكاة، وتخرج عنه سائر الديون غير المالية من صلاة فائتة وإحضار خصم إلى مجلس الحكم (٤٠).

مشروعية الدين

ثبتت مشروعية الدين بكتاب الله عز وجل

فجاء في كتاب الله " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسَاءَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّحُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ " (٤٠)

يفهم من خلال الآية الكريمة أن الله عز وجل شرع التعامل بالدين لأنه يلعب دور كبير في المعاملات الاقتصادية من خلال الواقع العملي فقد يلجئ الأشخاص إليه لمساعدة سير حياتهم في الوصول إلى مستوى معيشي معين ولا مشكلة في ذلك ولكن المشكلة تنحصر عند سداد الدين بأجل وهذا الأمر ثبتت مشروعيته من خلال نص الآية السابقة الأمر الذي يجعلنا نسأل هل هذه العملية تعد بدل دين بدين وليس بيعاً وهل هذا التصور سيبعدنا عن معنى الربا ناهيك على أن الفیصل بين الاثنين يتمثل في أن بدل الدين بالدين يقع بالتراضي بين الطرفين أي باقتران الإيجاب بالقبول أي مسألة عرض وطلب أما الربا فهو واقع تحت ضغط ادفع أو أزيد فلا يوجد اختيار بعكس بيع أو بدل الدين بالدين

- ثبتت مشروعية الدين بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبإجماع الأمة، والمعقول، حيث روى مسلم في صحيحة وأحمد في مسنده عن ابن عباس رضي

٤٤ دراسات في أصول المدائيات لنزيه حماد ص ١٧

٤٥ البقرة 282 :

الله عنهما أن امرأة أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أمني ماتت وعليها صوم شهر فقال: "أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه؟ قالت: نعم قال: فدين الله أحق بالقضاء". (٤٦)

ويفهم من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم سمي الصوم الواجب ديناً باعتبار أن الدين هو الحق اللازم في الذمة (٤٧) ولا شك من أن الدين المقصود في الحديث سالف الذكر هو مفهوم الدين بالمعنى العام وهذا ليس موضوع بحثنا .

الفرع الثالث : تعريف الدين في القانون المصري:

لم نجد تعريف مباشر في القانون المصري لمعنى الدين ولكن فهم ضمنا من خلال نص المادة التي جاءت صريحة وهي " لا تركة إلا بعد سداد الديون" وكذلك فهم من مضمون ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية إلى جواز أن يكون محل الحوالة حقاً شخصياً فقضت بأن: "الأصل وطبقاً لما تقضي به المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري "إن الحق الشخصي أيا كان محله قابل للحوالة كأصل ويستوي في ذلك أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو أن يكون حقاً مستقبلياً (٤٨)" ومفاد ذلك أن يكون محل الحق مقترناً بأجل أى انه غير موجود وقت التعاقد أى بمثابة دين ..

وكذلك من خلال اقترانه بمفهومه الاقتصادي المعاصر بأنه عبارة عن مبلغ نقدي يقدمه الدائن إلى المدين بصفة رضائية ويلزم المدين برد أصل الدين وفوائده في الأجال المحددة والمتفق عليها لذلك ارتبط مصطلح الديون بالمصطلحات المعاصرة و السبب هو انتشار البنوك والشركات وغيرها من المؤسسات التي

46 صحيح مسلم 2 / 804.

47 دراسات في أصول المداينات ص 14.

48 نقض مدني رقم 352 لسنة 41 ق، جلسة 22/3/1977. عبد التواب معوض، المرجع في التعليق، على نصوص القانون 3 المدني، ويشتمل على نصوص القانون المدني معلقاً عليها بالمذكورة الايضاحية، والأعمال التحضيرية، وأحكام النقض، من عام 1931 وحتى عام 1997، بالمقارنة بالتشريعات العربية، ج2، أوصاف الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، البيع، الهبة، الشركة، القرض الصلح، ط4، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص96.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

تتعامل بالديون ليس هذا فحسب بل أصبح هناك أسواق عالمية يتم تداوله من خلالها فأصبح يطلق المصطلح على الديون المتأخر سدادها من قبل العملاء أفرادا أو مؤسسات أو حكومات أو على المستوى الدولي بالتعثر المالي .

فالتعثر المالي عرفه البعض بأنه مواجهة المنشأة لظروف "طارئة غير متوقعة" تؤدي إلى عدم قدرتها على توليد مردود اقتصادي أو فائض نشاط يكفي لسداد التزاماتها في الأجل القصير(1)،

وجاء في تعريف البنك المركزي الماليزي بالقول: "يعرف التعثر بأنه عدم القدرة على تلبية شروط السداد التعاقدية"، وعرف آخرين المديونية بأنها الديون المتراكمة على الدول تجاه صندوق النقد الدولي مما يجعلها تشكل عائق في التنمية الاقتصادية بسبب عدم قدرة الدول على دفع مديونيتها .

التعريف المختار لبيع الدين بالدين :

هو عقد أو اتفاق بنقل الالتزام أو ببيع دين مؤجل لم يقبض بدين مؤجل آخر لم يقبض في مجلس العقد ويكون بيعه لمن في ذمته الدين أو لغير من عليه الدين سواء أن كان القبض في الحال أو بالدين الأجل .

49 محسن أحمد، الخضيرى، الديون المتعثرة الظاهرة.. الأسباب..العلاج(القاهرة:

إيتراك، ط 1، 1996م)، ص 23.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الامكنترية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

المبحث الثاني

تاريخ وتطور بيع الديون

المطلب الأول

أسباب نشوء الديون والجوع إلى بيعها

لا شك من أن نشأة الدين ليست بدعة في المعاملات الإسلامية فالوثائق البابلية والآشورية تضمنت ما يمكن القول أنه سندات دين لحاملها تعود إلى نحو ١٨٠٠ سنة قبل الميلاد ، وان وثائق الدين كانت متداولة في ذلك الوقت تباع وتشتري في الأسواق في نحو سنة ١٤٠٠ قبل الميلاد⁽⁵⁰⁾

ناهيك من أن بيع الدين كان من الأمور المؤلوفة على الإسلام ، فقد تعامل العرب به قديماً قبل ظهور الإسلام ثم توجهوا إلى طرق أخرى كالبيع والقرض وغيرها من المصطلحات التي يتم تسويقها ليظهر التعامل بشكل مختلف ويرجع الأصل في معنى الدين أن أهل الجاهلية كان إذا حل ميعاد تسديد الدين على احدهم فلا خيار له إما الدفع أو الزيادة في المبلغ فجاء في كتاب الله تعالى : (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)⁵¹

⁵⁰ وما بعدها Moris Silver, Economic structure of the Ancient Neareast, London , Croom Helm , 1985 P.60 أنظر في تفصيل ذلك

لهذا وقد ظهرت أزمة الديون العالمية وخاصة دول العالم الثالث في العصر الحديث مما زاد من استغلال البلدان الرأسمالية الدائنة التي تحاول تضاعف الديون بهدف مصالحها الاقتصادية والسياسية وهناك وجهة نظر للدكتورة Rosa Luxemburg تؤيد ذلك فقد كتبت حول حالة الدول النامية موضحة (إن عدم قدرة المدينين على خدمة ديونهم كلفهم فقدان استقلالهم السياسي) (٥٢) حيث وضحت الكيفية التي استغلت بها الدول الاستعمارية القروض والديون للتدخل في شؤون الدول الداخلية (٥٣)

52 (Rosa Luxemburg) ولدت في ٥ مارس ١٨٧١ - ١٥ يناير ١٩١٩) هي منظرة ماركسية وفيلسوفة واقتصادية واشتراكية ثورية من أصول بولندية يهودية

عملت بالتجارة وأصبحت مواطنة ألمانية كانت عضوا في كل من الديمقراطي الاشتراكي لمملكة بولندا وليتوانيا، الحزب الاشتراكي الديمقراطي الألماني والحزب الاشتراكي الديمقراطي المستقل والحزب الشيوعي الألماني. كتبت في " تراكم رأس المال" سنة ١٩١٣ الذي يعتبر مساهمة فكرية ماركسية رئيسية في حق القوميات في تقرير مصيرها.

53 كالدولتين العثمانية والمصرية حيث تحولت القروض التي من المفترض أن تمول

المشروعات الاقتصادية إلى فوائد وعمولات ورشاوى تقدم إلى السلطان والولاية مما أدى إلى تراكم المديونية إضعاف مضاعفه وهو الأمر الذي اجبر الدولة العثمانية إلى طلب المزيد من القروض الخارجية لتسديد خدمات الديون بشروط قاسية إلى حد بلغت خدمة ديون الدولة العثمانية أكثر من ٩٠% من حجم الموازنة. فقد توجهت مصر لطلب القروض الخارجية من المصارف الغربية لتأمين متطلبات بناء قناة السويس وتمويل مشروعات سكك الحديد، ولكن بسبب تدخل الدول الاستعمارية الدائنة وشروطها التعسفية أنفقت مصر معظم ما اقترضته لتغطية خدمة الديون، وقد وجدت البلدان الرأسمالية الدائنة فرصة ذهبية في عزز الدولة المصرية سداد ديونها الخارجية لمصادرة استقلالها السياسي

ناهيك على تحليل النظرية اللبئية للأسباب التي جعلت الدول الرأسمالية محتكرة لقدرتها على التعاقد على القروض مع باقي البلدان وخاصة المتخلفة. وأكد في هذا الخصوص قائلاً

(أن ضرورة الاقتراض الخارجي تنشأ من طبيعة الرأسمالية الاحتكارية) (٥٤) ففي المرحلة الاحتكارية للرأسمالية يصبح الدين العمومي للدولة (٥٥) وسيلة لاستهلاك الصافي من الأصول في ويصبح سبباً رئيسياً في تصدير رأس المال، ولهذا فالرأسمال المتراكم لا يصدر في شكل قروض إلى البلدان الرأسمالية فحسب وإنما إلى البلدان الأخرى ومنها بلدان العالم الثالث

وجاء في ريبورتاج موضوعه الانهيار إلى الازدهار (٥٦) عن عالم فرنسي في علم الاقتصاد حاز في سنة ١٩٨٨م على جائزة نوبل في الاقتصاد حذر فيه مما أسماه مصيبة الديون ، بمعنى أن تراكم الديون لا يؤثر على الاستقرار الاقتصادي فحسب بل إنه أصبح خطراً يهدد العالم أجمعه ، وعلى سبيل المثال وليس الحصر ما وقع في بعض دول العالم ابتداءً من المكسيك في سنة ١٩٩٥م ثم انتهاءً بجنوب شرقي آسيا في سنة ١٩٩٧م ، وروسيا ١٩٩٨م كان سببه الأساسي هو تراكم الديون بيعها من خلال أسواق مخصصة لتداولها .

ويرجع الأصل في مسألة ازدياد الديون وتضخمها هو إنشاء شركات متخصصة بإنشاء الديون ثم بيعها قبل الأجل إلى المؤسسات المالية في أوروبا

^{٥٤} - لينين ، الإمبريالية على مراحل الرأسمالية ، دار التقدم موسكو.

^{٥٥} - ومن المعروف أن أول سابقة في تاريخ المديونية إقدام الولايات المتحدة الأمريكية على إنكار الديون القائمة عليها وأعلنت عن رفضها لسداد القروض لكل من فرنسا وبريطانيا بذريعة أن تلك القروض تقدمها الدول الأجنبية لتمويل الحرب الأهلية.

أما الماركسيون الروس بقيادة فلاديمير لينين فقد أعلنوا عن رفضهم سداد الديون القائمة على البرجوازية الروسية .

^{٥٦} - نشر مترجماً إلى العربية في العدد الأول من المجلد الأول مجلة الجمعية الدولية للاقتصاد الإسلامي ١٩٩١م من جملة بحوث الاقتصاد الإسلامي

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

كالبنوك مثلا التي تخصصت في المداينات ، وتحصل المؤسسات على المال بإحدى الطرق :

الأول عن طريق القرض بفائدة من البنوك أو من الجمهور أو من تمويل قائم على الدين من الشركات الملتزمة بالمعاملات الإسلامية ، وعلى سبيل المثال وليس الحصر المعاملات البنكية لبنك الراجحي فهو يعطي قروضا للعملاء بوصفه الدائن وفي نفس الوقت الوسيط بين المدين (المقترض) وبين أصحاب الشركات الذين يبيعون الأسهم فيقوم البنك نيابة عن المدين الأصلي بدور المشتري بشرائه الأسهم لصالح المدين باعتبار البنك الدائن ،مقابل عمولة على الوساطة من ناحية وبصفته الدائن من ناحية أخرى مقابل تحصيل الربح من سعر السهم بالإضافة إلى قبض سعر السهم الأصلي على دفعات متفق عليها من المدين وإني أرى بهذه الطريقة أن البنك يفوت على نفسه شبهة الربا

والثاني زيادة رأسمال الشركة بالمشاركة أو إصدار الأسهم وتميل أكثر الشركات إلى المشاركات من هذا النوع ذلك أن القرض وأنواع الديون الأخرى تعد في المعيار المحاسبي تكلفة ولذلك فإنها تقلل من وعاء الضريبة على الشركة حيث يمكنها أن تطرح من أقساط تسديد الدين من دخلها السنوي قبل حساب الربح (دخلها الصافي) الذي يكون وعاءً للضريبة. أما لو أنها أصدرت أسهماً جديدة للحصول على نفس المبلغ من المال ، فسوف يترتب على ذلك دفع مبلغ أعلى لمصلحة الضرائب بسبب انتفاخ الوعاء الضريبي(٥٧) .

ولذلك يفضل أصحاب الشركة الحاليين الدين لأن بإمكانهم عندئذ الحصول على عائد أعلى من ملكية الأسهم . ومن جهة أخرى فإن الفائدة على القروض لما كان مستواها دائما أدنى من المستوى المتوسط للأرباح ، فإن الشركات التي تحقق ربحاً صافياً يزيد على سعر فائدة القروض تجد من الأجدى لغرض رعاية مصالح حملة الأسهم الحاليين وهو تعظيم الربح (في غياب اعتبارات أخرى) أن تقترض فتدفع الفائدة ولا تصدر الأسهم الجديدة ثم تدفع عليها ربحاً يزيد مبلغه عن مدفوعات

^{٥٧} لأن مبلغ ما تدفعه كزيادة في القرض أو ربحاً في البيوع الآجلة لو أنها استدانته سيظهر على صفة ربح لحملة الأسهم عند تمويلها بإصدار أسهم جديدة فيدخل في وعاء الضريبة (وهو الدخل الصافي للشركة) . وتكون المسألة أكثر تأثيراً على الشركات في الأنظمة التي تتبنى الضرائب التصاعدية . لأن انتفاخ الوعاء الضريبي سيؤدي إلى وضع الشركة في شريحة ضريبية أعلى .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الفائدة. وهي بهذه الطريقة تزيد حجم المبلغ الذي تستطيع توزيعه على ملاكها الحاليين على صفة أرباح سنوية .

والثالث بيع الديون طريق التوريق Securitization دفع توريق إلى زيادة القروض والديون ، وبالتالي التوجه الملفت لتحويل هذه القروض إلى أوراق مالية تستخدم مرة أخرى كأداة مصرفية متداولة من خلاله سواء كانت الديون للدول والمشاريع أم للبنوك الدائنة ، حيث انهيار الاقتصاد العالمي بسببه، بل وتأسست أعداد كبيرة من الشركات الخاصة بإصداره حيث بدأت هذه الطريقة^{٥٨} وتطورت في الأسواق المالية وبخاصة أسواق السندات منذ السبعينات من القرن الماضي .

ناهيك عن سقوط الاتحاد السوفيتي في بداية التسعينات وظهور النظام العالمي الجديد المنذوق نحو العولمة ، وانفتاح العالم على بعضه مما ساعد على تواصل البنوك بعضها مع البعض من خلال شبكة واحدة مما أدى إلى تحرير أسعار الصرف ، وإزالة العقبات على تدفقات رؤوس الأموال وما صاحبه من تأثير منظمة التجارة العالمية في عولمة الأسواق ... ، و تشير الإحصائيات إلى أن سوق التوريق في أوروبا وحدها تزداد بمعدل ٢٠٠ بليون دولار سنوياً (٥٩) فعلى سبيل المثال قرر وزير الخزانة الأمريكي السابق (نيكولاي برادي) الذي قرر فيها

^{٥٨} كإحدى الآليات في الثمانينات من القرن الماضي في أمريكا لتفعيل قانون الرهن العقاري ، ولذلك عرفه البعض بجنون الثمانينات The Frenzy of the 1980's و التوريق في الاصطلاح أداة قانونية اقتصادية تمويلية حديثة لتنمية الأسواق المالية في الاقتصاد الوضعي لتحويل أصول مالية مرهونة غير سائلة إلى أصول مالية سائلة أو قابلة للتسبيل في البورصات وهذا لما شهدته أزمة المديونية الخارجية لمعظم الدول النامية ، حيث بدأ تعثرها في سداد ديونها في مواعيدها ، فظهرت الحاجة إلى جدولة ديونها بطرق مباشرة أو غير مباشرة عن طريق التوريق والتجديد ونحوهما .

٥٩- د حسين فتحى عثمان ، التوريق المصرفي للديون ، الممارسة والإطار القانوني ص٤ ، بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي www.arablwinof.com ، والدكتور عدنان الهندي : التوريق كأداة مالية

حديثة ص٢٢ بحث منشور في مؤلف اتحاد المصارف العربية لعام ١٩٩٥

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ضرورة تحويل ٢٠% من الديون الخارجية القديمة لـ ٣٩ دولة مصنعة (ذات مديونية عالمية) إلى سندات ذات قيمة سامية... (٦٠) أي توريق الديون .

٦٠ - النشرة الاقتصادية للبنك الأهلي المصري ، العدد ٣ المجلد ٤٢ عام ١٩٨٩

ص ١٩٩-٢٠١

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المطلب الثاني

الأسباب الدافعة إلى بيع الدين

ينشأ الدين نتيجة لتلبية الاحتياجات وهي إما أن تكون لغرض شخصي ، حيث يعمل معظم الأفراد مقابل دخل أو راتب ثابت شهريا نتيجة ارتباطهم بوظائف دائمة الأمر الذي يجعلهم قد يلجئون إلى الدين بسبب دفع أقساط تأمين أو شراء متطلبات حياتهم بالقسط

ولما كانت الديون تعد واحدة من أهم فرص الاستثمار لتحقيق الربح على مستوى الشركات وذلك عن طريق القرض بفائدة من البنوك أو زيادة رأسمالها بالمشاركة أو إصدار الأسهم احتاج الأمر إلى إيجاد صيغ مناسبة وأسواق منظمة لبيع الديون وتداول سنداتنا لتوفير السيولة فتلجأ عندئذ للدين الذي يعد بالنسبة لها أفضل أنواع التمويل السريع لتحقيق الربح وقد تلجأ الحكومات لمصلحة المحكومين في بعض الأحيان إلى الاقتراض للمواءمة بين إيراداتها ونفقاتها لأنها في غالب الأمر قد لا تهدف إلى الربح بل إلى تقديم الخدمات إلى مواطنيها مما يجعلها قد تلجأ إلى الاقتراض على الأمد البعيد الذي لا يتلاءم من الناحية الزمنية فيتحول إلى دين ومنه إلى بيعه وكذلك من أسباب بيع الديون رغبة التجار من توسعة انشطتهم التجارية من خلال بيع الديون المستحقة لهم في ذمم العملاء إلى البنوك أو المؤسسات المالية أو إلى الجمهور في سوق الديون . فيتمكن التاجر عندئذ من استرداد رأسماله لشراء بضائع جديدة يبيعها إلى عملائه بدلا من الاقتراض من البنوك لأن هذا يكون معقدا من حيث الإجراءات البنكية .

الأمر الذي يجعل البنوك تحرص على ضرورة ربط حجم الديون التي تحملها بفائرها لرأس مال البنك ، بحيث لا تزيد الديون عن أضعاف محددة لرأس المال كما تلزمها بتحديد نسباً لأنواع الديون المختلفة على أساس المخاطرة المتضمنة فيها ، وتجعل البنوك ملتزمة بنسب مرتبطة برأس المال لكل صنف من

الديون(٦١). لكن إدارة البنك لا تستطيع على الدوام المحافظة على المزيج المطلوب وبخاصة أن التصنيف الائتماني للمدينين قد يتغير بعد ثبوت الدين في ذممهم(٦٢). تضطر البنوك في مثل هذه الحالات إلى بيع بعض الديون التي لا تتوافق مع المتطلبات القانونية(٦٣).

وتدور ايدولوجية عمل البنك في فلك معين هو إدارة الأموال ، ويحصل عليها من خلال " الودائع أي الخصوم " التي تكون مجدولة من قبله على أساس المدة أي عمر الشهادة وطريقة السداد مثل نظام شهادات مجموعة أ و ب والبلاطينية.... والقروض أي الأصول وتفيض الإدارة المصرفية إلى المواءمة بين مصادر الأموال واستخداماتها وإلا وقع المصرف في ورطة إذ يعجز عن الوفاء بالتزاماته تجاه المودعين لو اختلفت الظروف .

ولا شك من أن الموازنة بين الأصول والخصوم في البنوك أمرا غير سهل ، ولذلك فإن البنك قد يضطر لغرض تحقيق المواءمة إلى بيع بعض أصوله (القروض) التي تكون طويلة الأجل لاستبدالها بأخرى قصيرة الأجل (والعكس صحيح) كل ذلك يعني حاجة المصارف إلى وسائل لإعادة ترتيب أورتها التي تحتوي على الديون .ولا سبيل لذلك إلا ببيع الديون.

61 وأفضل أنواع الديون عندهم ديون الحكومة لأن الحكومات لا تفلس ، ثم الديون الموثقة برهون تزيد من قيمتها وهي عالمة من الصف الممتاز ثم الأقل .. وهكذا
62 كما حصل عندما تغير التصنيف الائتماني لجميع المدينين في جنوب شرقي آسيا وكلهم مدين لبنوك من أنحاء كثيرة من العالم .

63 ولا يلزم أن تباع الديون الرديئة فقط فقد تجد نفسها أحيانا تحمل في دفاترها من الديون الممتازة أكثر مما تحتاج فتبيع بعض ذلك لأن العائد المالي الذي يتحقق من الديون الممتازة أقل مقارنة بتلك التي تقل عنها جودة.

الفصل الأول

تأصيل بيع الديون

في الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري

تهدف الشريعة الإسلامية دائما إلى تحقيق مصلحة الفرد والموازنة بين رغبات النزعة البشرية في حب المال والتملك والتكامل الاجتماعي والأخلاقي في المجتمع، فالشريعة تطبق القواعد الشرعية التي تنظم احتياجات الفرد ومنها قاعدة سد الذرائع ودرء المفاسد وجلب المصالح للمجتمع من خلال إرساء قواعد العدالة ومنع الظلم وأكل أموال الناس بالباطل.

ومن صور إفشاء الظلم بين أفراد المجتمع بعض صور بيع الديون ، فالاصل في العقود هو القبض في مجلس العقد سواء الثمن أو المثلثن وجلب الفائدة لطرفي العقد، ولا ريب من أن ظاهرة الديون تثير مسائل كثيرة تحتاج إلى نظر والتدقيق في فهم معنى الربا وعلاقته ببيع الدين بالدين ولذلك نرى من الضروري ذكر آراء الفقهاء حول بيع الدين بالدين ومدى علاقتها ببيع الكالئ بالكالئ في الفقه الإسلامي بالقدر الذي يتعلق بموضوعنا .

المبحث الأول

تأصيل بيع الديون في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

بيع الديون في المذاهب الإسلامية

اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في تحقيق المنطوق وليس في أصل التحريم^(١) بمعنى أنهم اتفقوا على تحريم بيع الدين بالدين، ولم يختلف أحد منهم على ذلك إلا في بعض الصور التي يرى بعضهم أنها من باب بيع الكالئ بالكالئ، بينما يرى الآخرون أنها ليست منه، كما يروا عدم صحة اتفاق المتعاقدان على عقد معاوضة مالية لبيع دين في الذمة بدين في الذمة وعلى هذا ذهب الشوكاني^(٢) إلى عدم جواز بيع الدين بالدين فلا يجوز عنده بيع معدوم بمعدوم حتى ولو وصف المعدوم وصفا نافيا للجهالة حيث فسر صديق بن حسن خان^(٣) الكالئ بالكالئ بأنه المعدوم بالمعدوم على الرغم من إجماعهم على أنه حديث ضعيف رواه الدار قطني والطبراني فجاء عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وكذلك روى عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع كالئ بكالئ أي دين بدين ويوضح الشوكاني إن الحاكم صححه على شرط مسلم وتفرّد به موسى بن عبيد وقال فيه أحمد بن حنبل لا يحل الرواية عنه عندي ولا اعلم هذا الحديث من غيره واخبرنا بأن هذا حديث غير متفق عليه ذلك تلقته الأمة بالقبول و أجمعت عليه وقياسا على رأيهم لا يجوز بيع الدين بالدين.

وأما الشافعية يقسمون الدين إلى ثلاثة أضرب الأول: المثمن، وهو المسلم فيه وما في معناه كالمبيع في الذمة فلا يجوز بيعه ممن هو عليه، ولا من غيره

64 الضرير، الغرر وأثره في العقود ص 331.

65 في نيل الأوطار 157/5

66 الروضة الندية 99/2

والثاني: الثمن، فيجوز بيعه ممن هو عليه في الأظهر والثالث: ما ليس بثمن ولا مئمن، فيجوز بيعه ممن هو عليه بلا لا خلاف. (١٧) وفي الثاني والثالث من غير من هو عليه خلاف

وقال الشافعي أهل الحديث قاسوا الكالي بالكالي على النسبنة بالنسبنة فبالتالي لا يجوز بيع معدوم بمعدوم وبالتبعية عدم جواز بيع الدين بالدين من وجهة نظرهم وكذلك ذهب ابن عمر والأوزاعي والثوري ومالك والأحناف والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يصح بيع الدين بالدين أي بيع المعدوم بالمعدوم رغم إقرارهم بأن الحديث ضعيف لا يحتج به ويعلق على آراء الأحناف (١٨) والشافعية وجمهور الحنابلة (١٩) في مسألة بيع الكالي بالكالي نجد أنها تتفق مع أصولها إذ تمنع بيع كالي بكالي لأنها تمنع أصلا بيع المعدوم بالموجود فمن باب أولى أن تمنع بيع المعدوم بالمعدوم. وجديرا بالذكر سبق أن بينا أن أصلهم في بيع المعدوم غير صحيح وبالتبعية عدم إجازتهم لبيع الدين بالدين لا خلاف على حكم الشوكاني في تخريج الحديث بأنه ضعيف وهذا تصور حقيقي اجمع عليه علماء الحديث ولكن الخلاف عندي حول مسألة الإجماع على ما تلقته الأمة بالقبول عليه لان الحكم الذي جاء به الحديث وهذا الإجماع مبهم ولا دليل عليه ولم يبين لنا في أي زمن تم هذا الإجماع لذلك سوف نبين من خلال آراء الفقهاء أن هناك من أجاز بيع المعدوم بالمعدوم وإنما انتهى جاء من الغرر الفاحش نرى أنه لا تلازم بين الغرر وبين الانعدام فقد يكون الشيء موضوع التعاقد غير موجود وليس فيه غرر وذلك بأن

67 انظر فتح العزيز 4 / 301 - 304 روضة الطالبين 3 / 514 - 516 أسني المطالب: 85 < 2/84

68 فأما الحنفية فيقسمون بيع الدين إلى بيعه ممن هو عليه، وبيعه من غير من هو عليه. وذلك بناء على عدم تجويزهم بيع الدين من غير من هو عليه مطلقا
69 وأما الحنابلة فيقسمون بيع الدين باعتبار بيعه ممن هو عليه أو من غيره، ثم باعتبار كون الدين مستقرا أو غير مستقر. فيجيزون بيع الدين المستقر ممن هو عليه ولا يجيزون بيع الدين لغير من هو عليه، ولا بيع الدين غير المستقر - قال في بدائع الصنائع ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين... - منحيه ممن عليه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية: كلية الحقوق - جامعة الامكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يوصف وصفا نافيا للجهالة. وقد يكون الشيء موجودا وفيه غرر فاحش لأنه لم يوصف. وأما هذا الإجماع الذي أورده الشوكاني فلا دليل عليه والذي يستند إلى حديث ضعيف باعتراف الذين قالوا بمنع بيع المعدوم بالمعدوم لو سلمنا جدلا بأن السبب في العمل بحديث ابن عمر و رافع بن خديج الغير متفق عليه هو تلقى الأمة بالقبول عليه والإجماع على العمل به فمفاد ذلك أن العصر الذي تلتت الأمة فيه بالقبول على هذا الحديث كان تماشيا لمتطلبات ذلك العصر أما ما نحن عليه الآن من أزمات داخلية وعالمية لتراكم الديون وتضخمها وتجمدها وعدم إمكانية تسيلها بالتوريق مثلا لا يتناسب هذا الإجماع على الظروف الاقتصادية الصعبة التي نعيشها الآن فلا بد من الموائمة بين الإجماع على العمل بهذا الحديث الضعيف في عصر ما ومدى إمكانية العمل به وتلقيه والإجماع عليه على ظروف الواقع الذي نعيش عليه الآن وهذا لن يحدث إلا بوضع ضوابط شرعية لتطبيقه في حالات الضرورة مع الأخذ في الاعتبار بعمل قاعدة سد الذرائع .

موقف الفقه المالكي^(٧٠) من موضوع بحثنا :

انفرد الفقه المالكي في رأيه بمسألة بيع الدين بالدين محل البحث ، حيث اشترط كون الثمن حالا في السلم لأنه إذا كان متعلقا بالذمة وتأخر المدة الطويلة كان المسلم فيه مؤجلا إلى أجل بعيد فإن هذا من باب بيع الكالئ بالكالئ وهو غير جائز وعلى الرغم من ذلك ذهبوا إلى أن قبض الثمن في مجلس السلم ليس بشرط فيجوز تأخيره اليوم واليومين وهذا على عكس ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في قولهما أن من شرط صحة السلم التقابض في المجلس ويرى المالكية أن تأخير اليوم واليومين لا

70 وأما المالكية، فقد تناول مختصر خليل بيع الدين بالدين ضمن البيوع المنهي عنها، وقسمه إلى ثلاثة أقسام الأول: فسخ الدين في الدين أو في مؤخر و الثاني: بيع الدين لغير من هو عليه بالدين و الثالث: ابتداء الدين بالدين. ثم تناول الممنوع من بيع الدين من غير من هو عليه بعين، وأشار إلى الجائز منه - منح الجليل ٥/ أما حكم بيع الدين ممن هو عليه بعين فذكر أحكامه في مواضع متفرقة، ومن ذلك مثلا باب البيع في قضاء القرض والتمن وباب السلم في اقتضاء المسلم .

يدخل في حكم الكالئ بالكالئ ولكن يرى البعض أن اشتراط ذلك يوماً أو يومين إنما هو من قبيل بيع الدين بالدين.

وذهب المالكية إلى أن بيع المعدوم بالمعدوم بغير شروط جائز فقد قرروا أنه إذا لم يشترط الأجل الأكثر من يومين في رأس مال السلم وكان المتعاقد آخره فعلا مدة طويلة فإن السلم لا يفسد لأن العقد ليس به شرط الكالئ بالكالئ وهو في نفس الوقت لا يفسده التفرقة قبل القبض فلا مانع إن من التأجيل كما يروا (٧١) أنه إذا تعمد أحد المتعاقدين تأخير رأس مال السلم لم يفسد وإن لم يتعمده أحدهما فسد ذلك لأنه في حالة ما إذا تعمد أحدهما هذا رغم أن حق الآخر قد تعلق بالعقد فإننا لو قلنا بفساد السلم هنا فإننا نمكن أحد المتعاقدين من الافراد بإفساد العقد وهذا مبني على قول المالكية بأن الغرر من الأداء في الصرف لا يبطل الصرف وأما إذا لم يغر أحدهما فقد تراضيا بإفساد العقد فيجب أن يفسد.

نرى أن الفقه المالكي فرق بين كون الثمن حالاً في السلم و قبض الثمن في مجلس السلم حيث أنهم اشتراطوا تقدير الثمن في السلم وهذا لضمان عدم الوقوع في الغرر فيما بعد بالرغم من أنهم أجازوا تأجيل القبض في المجلس العقد .

وخلص الأمر أرى أن فقهاء المالكية رغم أخذهم بحكم الحديث الضعيف سابق الذكر فإنهم قد توسعوا واجتهدوا أكثر من المذاهب الأخرى من عدة نواحي فأجازوا بيع المعدوم بالمعدوم بشرط وأجازوا بيع الدين بالدين على النحو الآتي ذكره ، فمنهم من أجازته في حالة ما إذا كان أجل أحد الدينين قريباً أي اشترط له اليوم واليومين واعتقد أن أصحاب هذا الرأي جانبهم الصواب لأنه ما الداعي لتحديد الفترة الزمنية بهذا الشكل طالما أن المبدأ موجود للتأجيل

71 قول ابن وهب من المالكية "وهو أبو محمد الفهري مولا هم عبد الله بن وهب بن مسلم الفقيه المالكي المصري المولود في القسطنطينية سنة ١٢٥ هـ، لزم الإمام مالكا أكثر من عشرين سنة، وقضى حياته كلها في طلب العلم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

و منهم من أجازَه إذا كان لأجل طويل عن طريق عدم اشتراط ذلك ثم يتأجل العاجل أجلا طويلا-من الناحية العملية بعد ذلك فهذا يجوز عند بعضهم وهذا ما ذهب إليه القانون المدني المصري

ويحسب لهم الأخذ بمبدأ سد الذرائع لتصحيح بيع الدين بالدين فعلا وذلك إذا فر أحد المتعاقدين وتعهد تأخير رأس مال السلم وذلك على رأي ابن وهب ومن هذا يتضح أن المالكية أقرب إلى تصحيح بيع الكالئ بالكالئ رغم أن الأصل عندهم هو المنع

موقف ابن القيم :

خالف ابن القيم أصوله لأنه يرى جواز بيع المعدوم طالما انتفى عنه الغرر فهو يرى أنه لا تلازم بين الانعدام والغرر ومع هذا فهو يقرر أن إباحة السلم على وفق القياس عملا بالمصلحة والضرورة وشرع على أكمل الوجوه وأعدلها فشرط فيه قبض الثمن في الحال إذ لو تأخر لحصل شغل الذمتين بغير فائدة ولهذا سمي سلما ليسلم الثمن فإذا أحر الثمن دخل في حكم الكالئ بالكالئ بل هو نفسه وكثرت المخاطرة ودخلت المعاملة في حد الغرر

ومفاد هذا أن ابن القيم اتفق مع رأى المالكية في مسألة جواز بيع المعدوم وأنه لا تلازم بين الانعدام والغرر واختلّف معهم في مسألة قبض الثمن في الحال

ومما سبق يتبين لنا أن ابن القيم ذهب إلى عدم وجود أدنى غرر في بيع المعدوم في حد ذاته أي أنه لا تلازم بين الغرر والانعدام إنما التلازم بين الغرر وتجهيل الشيء محل التعاقد سواء أكان موجودا أم كان معدوما كما يصرح هو نفسه بهذا كما يرى رحمه الله تعالى- أن الحديث الدال على تحريم بيع الكالئ بالكالئ لا يتناول بيع الدين بالدين؛ لأنه يرى أن بيع الكالئ غير بيع الدين(٧٧)

72 ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم 2 / 9

موقف ابن تيمية :

ذهب إلى جواز التعاقد على المعدوم مع انتفاء الغرر الفاحش وطبقا لأصوله لا يوجد ما يمنع من بيع الكالئ بالكالئ لأن بيع المعدوم عنده لا غرر فيه ما دام قد وصف وصفا نافيا للجهالة
نؤيد رأى ابن تيمية لأنه كان وسطا بين رأى المالكية ورأى ابن القيم حيث ذهب إلى جواز التعاقد على المعدوم وهو نفس رأى المالكية وابن ابن القيم وخالفهم في حكم بيع الكالئ بالكالئ حيث أجاز بيعه شريطة انتفاء الغرر بضمان وصفه وصفا نافيا للجهالة بعكس ما ذهب إليه رأى المالكية وابن القيم .

وذكر لنا ابن تيمه أن بيع الدين بالدين ليس فيه نص صريح يدل على حكمه وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ لأنه يتضمن شغل الذمتين دون منفعة لهما وأما إذا كان الدين في ذمة المسلم إليه فاشترى به شيئا في ذمته فقط سقط الدين من ذمته وخلفه دين آخر واجب كبيع الساقط بالواجب

لذلك نرى أن الرأي الراجح لدينا هو رأي ابن تيمية رحمه الله تعالى والله اعلم كما لا يوجد دليل شرعي سواء في الكتاب أو السنة أو الإجماع على أن بيع المعدوم لا يجوز وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الأشياء التي هي معدومة كما في النهي عن بعض الأشياء الموجودة فليست العلة في المنع العدم ولا الوجود بل الذي جاء في السنة النهي عن بيع الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء أكان موجودا أم معدوما كبيع العبد الأبق والبعير الشارد وإن كان موجودا إذ موجب البيع أي الحكمة من النهي عن بيع المعدوم ليس في العدم ولكنها في الغرر أي عدم إمكانية أو استحالة تسليم المبيع فإذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهنا يتحقق الغرر وبناءا عليه فمن رأى أن بيع الدين بالدين غير جائز على أساس أنه بيع معدوم بمعدوم تتوفر فيه الغرر فهذا غير صحيح قياسا على رأى ابن تيمية والمالكية فهو جائز عندهم والراجح لدينا شريطة أن يكون الدفع ليس من جنس الدين، بالإضافة بالشروط التي سيرد ذكرها إن شاء الله .

المطلب الثاني

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

آراء المجمع الفقهي في بيع الدين بالدين

١- قرار مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ الموافق ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م قرر ما يلي :

أولاً: إن كل زيادة (أو فائدة) على الدين الذي حل أجله، وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة (أو الفائدة) على القرض منذ بداية العقد: هاتان الصورتان ربأً محرماً شرعاً

ثانياً: إن البديل الذي يضمن السيولة المالية والمساعدة على النشاط الاقتصادي حسب الصورة التي يرضيها الإسلام - هي التعامل وفقاً للأحكام الشرعية ولاسيما ما صدر عن هيئات الفتوى المعنية بالنظر في جميع أحوال التعامل التي تمارسها المصارف الإسلامية في الواقع العملي

ثالثاً: قرّر المجمع التأكيد على دعوة الحكومات الإسلامية إلى تشجيع المصارف الإسلامية القائمة، والتمكين لإقامتها في كل بلد إسلامي؛ لتغطي حاجة المسلمين كيلا يعيش المسلم في تناقض بين واقعه ومقتضيات عقيدته

٢- قرار المجمع الفقهي الإسلامي رابطة العالم الإسلامي بشأن موضوع بيع الدين

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من ٢١-٢٦/١٠/١٤٢٢ هـ الذي يوافق: ٥-١٠/١/٢٠٠٢م، قد نظر في موضوع:

(بيع الدين) وبعد استعراض البحوث التي قدمت، والمناقشات المستفيضة حول الموضوع، وما تقرّر في فقه المعاملات من أن :

البيع في أصله حلال، لقوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (٧٣) ولكن البيع له أركان وشروط لا بد من تحقق وجودها، فإذا تحققت الأركان والشروط وانتفت الموانع كان البيع صحيحاً، وقد اتضح من البحوث المقدمة أن بيع الدين له صور عديدة؛ منها ما هو جائز، ومنها ما هو ممنوع، ويجمع الصور الممنوعة وجود أحد نوعي الربا: ربا الفضل، وربا النسيء، في صورة ما، مثل بيع الدين الربوي بجنسه، أو وجود الغرر الذي يفسد البيع؛ كما إذا ترتب على بيع الدين عدم القدرة على التسليم ونحوه؛ لتهيئه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ.

وهناك تطبيقات معاصرة في مجال الديون تتعامل بها بعض المصارف والمؤسسات المالية، بعض منها لا يجوز التعامل به؛ لمخالفته للشروط والضوابط الشرعية الواجبة في البيوع

وبناء على ذلك قرر المجمع ما يلي :

أولاً: من صور بيع الدين الجائزة:

بيع الدين للمدين نفسه بثمن حال؛ لأن شرط التسليم متحقق؛ حيث إن ما في ذمته مقبوض حكماً، فانتفي المانع من بيع الدين، الذي هو عدم القدرة على التسليم ثانياً: من صور بيع الدين غير الجائزة

أ- بيع الدين للمدين بثمن مؤجل أكثر من مقدار الدين؛ لأنه صورة من صور الربا، وهو ممنوع شرعاً، وهو ما يطلق عليه جدولة الدين

ب- بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل من جنسه، أو من غير جنسه؛ لأنها من صور بيع الكالئ بالكالئ (أي الدين بالدين) الممنوع شرعاً

ثالثاً: بعض التطبيقات المعاصرة في التصرف في الديون

أ- لا يجوز حسم الأوراق التجارية (الشيكات، السندات الإذنية، الكمبيالات)؛ لما فيه من بيع الدين لغير المدين على وجه يشتمل على الربا

ب- لا يجوز التعامل بالسندات الربوية إصداراً، أو تداولاً، أو بيعاً؛ لاشتمالها على الفوائد الربوية

ج- لا يجوز توريق (تصكيك) الديون بحيث تكون قابلة للتداول في سوق ثانوية؛

لأنه في معنى حسم الأوراق التجارية المشار لحكمه في الفقرة "أ"

رابعاً: يرى المجمع أن البديل الشرعي لحسم الأوراق التجارية، وبيع السندات، هو بيعها بالعروض (السلع) شريطة تسلم البائع إياها عند العقد، ولو كان ثمن

السلعة أقل من قيمة الورقة التجارية؛ لأنه لا مانع شرعاً من شراء الشخص سلعة بثمن مؤجل أكثر من ثمنها الحالي
خامساً: يوصي المجمع بإعداد دراسة عن طبيعة موجودات المؤسسات المالية الإسلامية، من حيث نسبة الديون فيها، وما يترتب على ذلك من جواز التداول أو عدمه
والله ولي التوفيق.
وصلى الله على نبينا محمد

٣- فتوى مجمع البحوث الإسلامية حول استثمار الأموال في البنوك التي تحدد الربح مقدماً

بقلم د. محمد سيد طنطاوي :

بعث الدكتور/ حسن عباس زكي رئيس مجلس إدارة بنك الشركة المصرفية العربية الدولية كتاباً بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٢ إلى فضيلة الإمام الأكبر الدكتور/ محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر وهذا نصه: حضرة صاحب الفضيلة الدكتور/ محمد سيد طنطاوي - شيخ الأزهر.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد:

فإن عملاء بنك الشركة المصرفية العربية الدولية يقدمون أموالهم ومدخراتهم للبنك الذي يستخدمها ويستثمرها في معاملته المشروعة مقابل ربح يصرف لهم ويحدد مقدماً في مدد يتفق مع العميل عليها، ونرجو الإفادة عن الحكم الشرعي لهذه المعاملة.

رئيس مجلس الإدارة

دكتور/ حسن عباس زكي

وقد أحال فضيلة الإمام الأكبر الكتاب ومرفقه للعرض على مجلس مجمع البحوث الإسلامية في جلسته القادمة.
وعقد المجلس جلسته في يوم الخميس ٢٥ من شعبان سنة ١٤٢٣ هـ الموافق ٣١ من أكتوبر سنة ٢٠٠٢ م وعرض عليه الموضوع المذكور وبعد مناقشات الأعضاء ودراستهم قرر المجلس:
الموافقة على أن استثمار الأموال في البنوك التي تحدد الربح مقدماً حلال شرعاً ولا بأس به.

ولما لهذا الموضوع من أهمية خاصة لدى المواطنين الذين يريدون معرفة الحكم الشرعي في استثمار أموالهم لدى البنوك التي تحدد الربح مقدما، وقد كثرت استفساراتهم عن ذلك فقد رأيت الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية أن تعد الفتوى بالأدلة الشرعية و خلاصة أقوال أعضاء المجمع حتى تقدم للمواطنين صورة واضحة كاملة تطمئن إليها نفوسهم.

وقد قامت الأمانة بعرض نص الفتوى بصيغتها الكاملة على مجلس مجمع البحوث الإسلامية في جلسته المنعقدة في يوم الخميس ٢٢ من رمضان ١٤٢٢ هـ الموافق ٢٨ من نوفمبر ٢٠٠٢ م وبعد قراءتها ومدخلات الأعضاء في صياغتها تمت موافقتهم عليها.

وقد نصت الفتوى على :

الذين يتعاملون مع بنك الشركة المصرفية العربية الدولية - أو مع غيره من البنوك - ويقومون بتقديم أموالهم ومدخراتهم إلى البنك ليكون وكلاء عنهم في استثمارها في معاملاته المشروعة، مقابل ربح يصرف لهم ويحدد مقدما في مدد يتفق مع المتعاملين معه عليها.

هذه المعاملة بتلك الصورة حلال ولا شبهه فيها، لأنه لم يرد نص في كتاب الله أو من السنة النبوية يمنع هذه المعاملة التي يتم فيها تحديد الربح أو العائد مقدما، مادام الطرفان يرتضيان هذا النوع من المعاملة. قال الله - تعالى -

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم..()"

أي: يا من آمنتم بالله حق الإيمان، لا يحل لكم، ولا يليق بكم، أن يأكل بعضكم مال غيره بالطرق الباطلة التي حرمها الله - تعالى - كالسرقة، أو الغصب، أو الربا، أو غير ذلك مما حرمه الله - تعالى - لكن يباح لكم أن تتبادلوا المنافع فيما بينكم عن طريق المعاملات الناشئة عن التراضي الذي لا يحل حراما ولا يحرم خلافا، سواء أكان هذا التراضي فيما بينكم عن طريق التلفظ أم الكتابة أم الإشارة أم بغير ذلك مما يدل علي الموافقة والقبول بين الطرفين.

ومما لا شك فيه أن تراضي الطرفين علي تحديد الربح مقدما من الأمور المقبولة شرعا وعقلا حتى يعرف كل طرف حقه.

ومن المعروف أن البنوك عندما تحدد للمتعاملين معها هذه الأرباح أو العوائد مقدما، إنما تحددتها بعد دراسة دقيقة لأحوال الأسواق العالمية والمحلية وللأوضاع الاقتصادية في المجتمع، وظروف كل معاملة ولنوعها ولمتوسط أرباحها.

و كذلك أن هذا التحديد قابل للزيادة والنقص، بدليل أن شهادات الاستثمار بدأت بتحديد العائد ٤% ثم ارتفع هذا العائد إلى أكثر من ١٥% ثم انخفض الآن إلى ما يقرب من ١٠%.

والذي يقوم بهذا التحديد القابل للزيادة أو النقصان، هو المسئول عن هذا الشأن طبقاً للتعليمات التي تصدرها الجهة المختصة في الدولة.

ومن فوائد هذا التحديد - لاسيما في زماننا هذا الذي كثر فيها الاتحراف عن الحق والصدق أن في هذا التحديد منفعة لصاحب المال، ومنفعة - أيضا - للقائمين على إدارة هذه البنوك المستثمرة للأموال. وفيه منفعة لصاحب المال، لأنه يعرفه حق معرفة خالية عن الجهالة، وبمقتضى هذه المعرفة ينظم حياته. وفيه منفعة للقائمين على إدارة هذه البنوك، لأن هذا التحديد يجعلهم يجتهدون في عملهم وفي نشاطهم حتى يحققوا ما يزيد على الربح الذي حددوه لصاحب المال، وحتى يكون الفائض بعد صرفهم لأصحاب الأموال حقوقهم، حقا خالصا لهم في مقابل جدهم ونشاطهم.

وقد يقال: إن البنوك قد تخسر فكيف تحدد هذه البنوك للمستثمرين أموالهم عندها الأرباح مقدما؟

والجواب: إذا خسرت البنوك في صفقة ما فإنها تبيع في صفقات أخرى، وبذلك تغطي الأرباح الخسائر، ومع ذلك فإنه في حالة حدوث خسارة فإن الأمر مرده إلى القضاء.

والخلاصة أن تحديد الربح مقدما للذين يستثمرون أموالهم عن طريق الوكالة الاستثمارية في البنوك أو غيرها حلال ولا شبهة في هذه المعاملة فهي من قبيل المصالح المرسلة وليست من العقائد أو العبادات التي لا يجوز التغيير أو التبديل فيها وبناء علي ما سبق فإن استثمار الأموال لدي البنوك التي تحدد الربح أو العائد مقدما حلال شرعا ولا بأس به والله أعلم.

٢٧ من رمضان سنة ١٤٢٣هـ / ٢ من ديسمبر سنة ٢٠٠٢

٤- قرار رقم ١٥٨ (١٧/٧) بشأن بيع الدين :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من ٢٨ جمادى الأولى إلى ٢ جمادى الآخرة ١٤٢٧هـ، الموافق ٢٤ - ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع بيع الدين، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، واطلاعه على قرار المجمع رقم: ١٠١ (١١/٤) بشأن موضوع: بيع الدين وسندات المقارضة، والذي نص على أنه "لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه... الخ"،

وبعد الاطلاع أيضاً على قرار المجمع رقم: ١٣٩ (١٥/٥) بشأن موضوع بطاقات الائتمان، والذي ذكر "أن على المؤسسات المالية الإسلامية تجنب شبّهات الربا أو الذرائع التي تؤدي إليه كفسخ الدين بالدين"، قرر ما يلي:
أولاً: يعدّ من فسخ الدين بالدين الممنوع شرعاً كل ما يُفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه، ومن ذلك فسخ الدين بالدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها، سواء أكان المدين موسراً أم معسراً، وذلك كشراء المدين سلعة من الدائن بثمن مؤجل ثم بيعها بثمن حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه.

ثانياً: من صور بيع الدين الجائزة:

(١) بيع الدائن دينه لغير الدين في إحدى الصور التالية:

(أ) بيع الدين الذي في الذمة بعملة أخرى حالة، تختلف عن عملة الدين،

بسعر يومها.

(ب) بيع الدين بسلعة معينة.

(ج) بيع الدين بمنفعة عين معينة.

(٢) بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع.

كما يوصي بإعداد دراسات معمقة لاستكمال بقية المسائل المتعلقة بهذا الموضوع وتطبيقاته المعاصرة.

المطلب الثالث

مناقشة آراء الجامع الفقهيّة في بيع الدين بالدين

بناءً على توصية مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من ٢٨ جمادى الأولى إلى ٢ جمادى الآخرة ١٤٢٧هـ، الموافق ٢٤ - ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م،

بإعداد دراسات معمقة لاستكمال بقية المسائل المتعلقة بهذا الموضوع وتطبيقاته المعاصرة - قرار رقم ١٤٨ (١٧/٧) بشأن بيع الدين ورداً منا على آراء المجامع الفقهيّة في بيع الدين بالدين نرد الآتي:

نعلق على البند الأول من قرار مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ الموافق ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م حيث أنها تنصرف إلى نفس لمعنى للفقرة (أ) من البند الثاني لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من ٢١ - ٢٦/١٠/١٤٢٢هـ الذي يوافق: ٥-١٠/١/٢٠٠٢م، على أنه

هل لو اتفق الطرفان من بداية العقد على أنه إذا تأخر المدين عن سداد الدين إلى وقت محدد المدة أي لجل آخر محدد هل يستحق الدائن زيادة معينه عن فرق المدة كتعويض مثلاً وهل نصر التراضي الطرفان باعتبار انه شرط من شروط انعقاد العقد يبعدنا من الوَجِّع في الربا وهل الحكم يختلف لو اتفقا من البداية على دفع مبلغ معين عند التأخر في سداد الدين كتعويض عما حدث من ضرر من جراء هذا التأخير أم إننا سنقول لا اعتبار للرضا لأنه رضا وقع على أمر خالف شرع الله، ومن بنى على باطل هو باطل

أرى أن لتغطّي حاجات المسلمين كي لا يعيش المسلم في تناقض بين واقعهم ومقتضيات عقيدته؛ حرج لو تراضيا من البداية على دفع مبلغ معين عند التأخير في السداد لماذا نصفه على أنه ربا؟ لما لا نقول عليه تعويض عن تأخير أو فرق في الزيادة النقدية ليمّة الورقة المالية طالما هناك ضمان لعدم الوقوع في الغرر

أو إرهاب المدين لأنه هناك استفادة للطرفين وليس طرف واحد على حدة والدليل
قال الله تعالى - الذي اشترط التراضي

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض
منكم..⁷⁴ ومن منطلق ذلك أرى أن الفيصل بين هذا وذاك هو رضا المدين

أما بالنسبة لنبد رابعا من نفس المؤتمر المنعقدة بمكة المكرمة أرى انه من
العجيب إجازة المشرع لشراء السلعة بثمن مؤجل أكثر من ثمنها الحالي في الوقت
الذي لم يجيز فيه - بيع الدين للمدين بثمن مؤجل أكثر من مقدار الدين فقيمة الدين
أو السلعة النقدية في وقت انعقادها يزداد مع مرور الوقت تماشيا لسعر السوق
فكيف يتساوى سداد قيمة الدين اليوم مع قيمته بعد سنة مثلا من تاريخ استحقاقه.

كما نؤيد ما ذهب إليه إلى فضيلة الإمام الأكبر الدكتور / محمد سيد طنطاوي
شيخ الأزهر

في فتوى مجمع البحوث الإسلامية حول استثمار الأموال في البنوك التي تحدد
الربح مقدما ولكن بشروط معينة تحميها من الوقوع في الربا .

ولكن اقترح عملا بقاعدة سد الذرائع بان يكون أسطوب استثمارها هو
المشاركة، وهذا تطبيقا للنظرية التي رآها الإسلام منذ خمسة عشر قرنا وكذلك
الاقتصاديون أنفسهم لضمان عدم تناقص القيمة الحقيقية لرؤوس الأموال واستفادة
كل الأطراف

74 (سورة النساء: الآية 29)

المبحث الثاني

تأصيل بيع الديون في القانون المدني المصري

المطلب الأول

آلية تداول بيع الدين بالدين

سبق ووضحنا أن المقصود ببيع الدين هو تصرف الدائن بالدين بتمليكه لغيره مقابل عوض سواء أن كان لمن هو عليه الدين أو لسواه ، في أجله أو قبل أجله ، بمقدار مبلغه أو بأقل منه تقدماً أو بثمن مؤجل

كذلك وضحنا من خلال المبحث السابق تأصيل بيع الديون في الفقه الإسلامي باستفاضة والتي فصلها الفقهاء فلا حاجة بنا إلى الإطالة فيها بل سنقتصر هنا على وجهة النظر التي أقرها القانون والتي اعتاد العمل بها حديثاً في البنوك وأسواق المال ومعاملات الناس وهي بيع الدين بالدين التي اختلف عليها الفقهاء المعاصرين ما بين مؤيد ومعارض وخاصة بيع الدين لغير من هو عليه قبل أجله بأقل من قيمته الاسمية ، وقبل الدخول في معرفة موقف القانون لابد من التطرق لكيفية بيع الدين بالدين حديثاً و الفرق بين المعاملات الائتمانية (٧٥) وبيع الكالئ .

آلية تداول عملية بيع الديون :

١- وتم ببيع الدائن الأصلي الدين بالكامل إلى مالك جديد وتسمى هذه الطريقة Pass-Through وهي أكثر تداولاً يقوم ، بعد شرائه هذه الديون ، بقبض أقساط التسديد والفوائد المترتبة على القرض وعلى التأخير، وتقتصر مهمة الدائن الأصلي كالبنك على خدمة العلاقة بينهما (أي المالك الجديد للدين والمدين الأصلي). ومن أشهر أنواعها حسم الكمبيالات .

٢- وقد تبقى ملكية الدين للدائن الأصلي ويسمى Pay - Through وتبقى العلاقة مستمرة بينه وبين المدين ولكنه ، أي الدائن الأصلي يقوم ببيع تيار الفوائد .

⁷⁵ القرض ويكون فيه دفع مال لأجالتائوية: ويكون فيه تسليم الثمن وتأجيل المُتَمَّن /
والبيع الأجل ويكون فيه
تسليم المُتَمَّن وتأجيل الثمن

المتوقع من ذلك القرض فقط . فيكون الدين مستحقاً للمصدر الأصلي ويتحمل هو المخاطرة المتضمنة فيه ، ولكنه يستعجل قبض الفوائد بأخذها من طرف ثالث قبل أجل الدين بمبالغ أقل من قيمتها الاسمية ، أي أن المصدر يقبض مقدماً الفوائد المتوقع دفعها فقط .

٣- أو إصدار سندات مضمونة بتلك الديون ثم بيعها في الأسواق المالية فتكون الديون الأصلية ضماناً لتلك السندات فقط ، من أهم أنواعها Mortgage Backed .

وفي كل الحالات تقوم عملية تداول الديون في الأسواق (٧٦) على التنسيق إذ يقوم الدائن الأصلي بتنسيق تلك القروض في مجموعات متشابهة في مقدار المخاطرة المتضمنة فيها

(أي أن تكون ملاءة المدينين فيها متشابهة) وتواريخ استحقاقها ومعدلات الفوائد عليها ونوع الفائدة هل هي ثابتة أم متغيرة ، ثم يصدرها على شكل أدوات قابلة للتداول، وبذلك يستطيع أن يحول الدين قليل السيولة إلى سيولة كاملة . وقد توسعت هذه العمليات حتى صار جل الديون قابل للتضييض بهذه الطريقة بما في ذلك الديون على الدول (دول العالم الثالث) للبنوك الدولية . ولا يلزم أن يكون لها

وهناك أسواق الأولية وأسواق الثانوية : يقصد بالسوق الأولية تلك التي تكون⁷⁶ العلاقة فيها مباشرة بين الدائن الذي يبيع الدين وذلك الذي يشتريه . فإذا احتفظ الأخير بملكية الدين المباع حتى يحل أجله اقتضت المعاملة على تلك السومنظمة . إلا أن كثيراً من الديون تجري عمليات إعادة بيعها على صفة تداول وتأنقها في أسواق منظمة . ومن أشهر الديون ذات الأسواق الثانوية، السندات (سنفها حكومة وسندات دين الشركات) إذ يجري تداولها بالبيع مرات عديدة قبل حلول أجلها . أما السوق الثانوية فإن سائر الديون قابلة للتداول فيها . فالكمبيالات على سبيل المثال تحسم في السوق الأولية ولكن يمكن أن يكون لها أسواق ثانوية تتداول فيها قبل حلول أجلها . وعمليات البيع التي لذلك في الديون في السوق الأولية لا تختلف عنها في السوق الثانوية من حيث طبيعة المعاملة ولذلك . أن تختلف أحكامها لذلك . على أن تداول الديون هو مرحلة متقدمة في عمليات بيع الدين، أما مجرد البيع فهو قديم وينتشر في كل دول العالم .

وثائق مثل الأسهم والسندات ، بل كثيراً ما تبقى على صفة قيود محاسبية في دفاتر المؤسسات المعنية وتتداول بينهم بواسطة شبكات الإنترنت .

الفرق بين العملية الائتمانية وبيع الكالئ :

علق البعض على أن الاختلاف في الفارق الزمني بين ابتداء العملية وانتهائها، ففي القرض يدفع المقرض المال للمقترض ليسترده بعد زمن محدد، وكذلك السلم يُسلم رأس المال ليستلم السلعة بعد زمن متفق عليه

وأيضاً البيع الأجل، يقبض المشتري السلعة، ويسدد الثمن في مدة من الزمن تسليم أحد البديلين في بداية المعاملة، أي تسليم النقود كما في القرض والسلم، وتسليم السلعة كما في البيع الأجل .

ويستفاد مما سبق أن الفرق بين المعاملة الائتمانية والبيع الكالئ (٧٧) قبيع الكالئ وإن اتفق مع المعاملة الائتمانية في عنصر الزمن إلا أنهما اختلفا في شرط تسليم أحد البديلين في

الحال؛ أي مترامناً مع بداية العقد كما أرى انه هناك اختلاف آخر في المعاملة الائتمانية يتفق الأطراف بداية على الفائدة أو فرق السعر للسلعة أو المال عند التأخير وهو ما يسمى أحياناً الجدولة أما في السلم في أغلب الأحيان يقول المقرض عند التعثر زيدني في المال أزيدك في المدة وهذا هو تعريف الربا .

77 البيع الكالئ بالكالئ في اللغة أن تشتري أو تباع ديناً لك على رجل بدين له على آخر ابن منظور: لسان العرب

(11 / 580، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"، الحاكم: المستدرک على الصحيحين (2 / 75) (ح 2302) والكالئ عند الفقهاء: بيع النسينة بالنسينة أو بيع الدين المؤخر بالدين المؤخر، النجدي: حاشية الروض المربع (522/4).

المطلب الثاني

موقف القانون المدني المصري من بيع الديون

أيد الفقه القانوني المصري ما ذهب إليه ابن تيمية رحمه الله في العلاقة بين الانعدام والغرر ولذلك أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية في بعض الأحيان أي الغير موجودة وقت العقد وبالتالي ينطبق هذا على بيع الدين بالدين الذي أجازته ابن تيمية بشروط من قبل .

ولضمان ذلك أوجب القانون المدني المصري بصفة خاصة و القوانين الوضعية عامة أن يكون محل الالتزام معنيا بذاته وهذا ضمانا لعدم الوقوع في الغرر وأما في حالة بيع الدين بالدين أو المعدوم بالمعدوم فإنه إذا تأخر أحدهما في الوفاء فإن الثاني يستطيع أن يطالب بحبس الدين الذي عليه حتى يستوفي حقه ويستطيع أن يطلب الفسخ إذا تأخر في الوفاء ولا ضرر على أحد منهما في أي الحالين وإذا استحال تنفيذ التزام أحدهما على الأقل فإن العقد سيعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه ولن يوجد نزاع بينهما لأن كليهما لم يحصل على شيء من العقد.

ومن ثم يتضح أن رأي ابن تيمية هو الصحيح وأن ما قرره ابن القيم رحمه الله تعالى- من أن بيع الدين بالدين فيه غرر ومخاطرة كبيرة إنما هو رأي غير صائب فضلا عن أنه يتناقض مع أصوله كما أسلفنا وهذا الذي أيده القانون .

ولم يكتفي القانون باشتراط تعيين محل الدين بل أوجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا كما نص أيضا على أنه يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه ومقداره فقط إذا تضمن عقد بيع الدين ما يستطيع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط ، يكفي في المحل المعدوم وقت التعاقد أن يكون محتمل الوجود وأما إذا كان مستحيلا فإن العقد يكون باطلا.

هذا بخلاف القانون لم يعرف التقسيم الذي عرفه الفقه الإسلامي وهو تقسيم عقود المعاوضات إلى مالية وغير مالية فالغرض في القانون بصفة عامة يؤثر على جميع عقود المعاوضات سواء أكانت مالية أم غير

موقف القانون المدني المصري من محل الالتزام بين الدائن والمدين (٧٨)

تقدم أن بيع الدين محل البحث يشمل بيع الدين الثابت في الذمة، وابتداء الدين بالدين، ولا يتطلب ابتداء الدين بالدين تقسيماً، بالنظر إلى أن الدين في طرفيه منشأ في الذمة، وبالنظر إلى الاتفاق على المنع منه

78 وتعني النزعة الشخصية للالتزام، أن شخصية الدائن أو المدين هي المعيار الذي تقوم عليه العلاقة القانونية التي ينشأ عنها الالتزام، فإذا انتقل الالتزام عن أحد المتعاقدين لا يستقيم بقاء للعلاقة القانونية بينهما ولا تعتبر الالتزامات الناشئة عنها نافذة بل تنحل بدأت هذه النظرة تتراجع لدى الفقه الغربي، مع التطور الاقتصادي والقانوني الذي حصل في أوروبا منذ قرن مضى، بحيث استدعت الضرورات الاقتصادية البدء بالتفكير الجدي والمعمق للأخذ بمبدأ انتقال الالتزام باعتباره وسيلة عملية وأمنة تساهم في نقل الديون أو الحقوق بما ييسر سير المعاملات المدنية والتجارية وهو المراد المطلوب في حينه

وبعد النهضة الاقتصادية التي شاهدها أوروبا، بدا واضحاً أن الفقه الألماني كان السابق في الأخذ بالنظرية وأنقسم الفقه لديه إلى فريقين، يرى أحدهما ضرورة تطبيق مبدأ الاستخلاف في الدين أو الخلافة الخاصة للالتزام، معتمداً في ذلك على أن الالتزام لم يعد ذو نزعة شخصية كما كان في القانون الروماني، وإنما ذو نزعة اقتصادية تعني بقيمة الالتزام، وفريق آخر بقي منتصراً لفكرة النزعة الشخصية للالتزام باعتبارها الأقدر على تأمين الالتزامات والحفاظ على حقوق أطرافها، حسم هذا الخلاف لدى الفقه الألماني عام 1869م، حيث بدأ الأخذ بمبدأ انتقال الالتزام وتمثل ذلك في تقنين حوالة الدين، وتنظيم أحكامها باعتبارها وسيلة لانتقال الالتزامات

فانتهى بذلك عصر النزعة الشخصية لدى الفقه الألماني وأخذت القوانين الأوروبية بمبدأ انتقال الالتزام ممثلاً بحوالتى الحق والدين، وتطورت فيه هذه القوانين بما أفردته من تنظيم وأحكام مفصلة عالجت معظم الجوانب القانونية التي يمكن أن تترتب على انتقال الالتزام

وتأثر القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ في تنظيمه للحوالة المدنية بالفقه الغربي فاستند في تنظيم الحوالة على التقسيم الغربي لها أي حوالة حق وحوالة دين وتأثر في أحكام حوالة الحق بالقانون المدني الفرنسي، أما حوالة الدين^{٧٩} فقد نظمها متأثراً بالتقنين المدني القانون المدني المصري، رقم ١٣١/ لسنة ١٩٤٨^(٨٠) بينما جمع الفقه الإسلامي بين العنصر الشخصي للالتزام باعتباره رابطة قانونية بين شخصين، وبين العنصر المادي للالتزام باعتباره مالا يرد في الذمة يقبل الانتقال والمطالبة والمسائلة، فكان بذلك انتقال الالتزام موضوعاً ثابتاً في المعاملات المدنية والتجارية بين المسلمين، يتبع أحكامه حوالات متعددة دون أن يكون لذلك أثر على الالتزام

وخلاصة الأمر نجد أن القانون المصري اهتم بمسألة بيع الديون وهذا نظراً إلى ما دعت إليه الحالة الاقتصادية وتماشياً مع السوق العالمي لبيع الأوراق المالية لذلك أجاز القانون رقم ١٤٨ لعام ٢٠٠١ بشأن التمويل العقاري في المادة ١١ منه (٨١) ومعنى ذلك أن القانون المصري اعترف بمعاملة التوريق ودعوى

79 فمنهم من عرف حوالة الدين، بأنها "نقل الدين والمطالبة من .

ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر (العمروسي، أنور، مرجع سابق، 4. 18 ص)
"ومنهم من عرفها بأنها "اتفاق ينتقل به عبء الدين من المدين الأصلي إلى شخص

آخر 2. يتحمل عنه تبعه الوفاء بهذا الدين للدائن

"وعرفت أيضاً بأنها: "العمل القانوني الذي يدخل بموجبه شخص كمدین في التزام قائم دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير في مفهوم الالتزام ومضمونه فهي عقد بين المدين الأصلي وشخص آخر يتم بموجبه نقل الدين من ذمة "المدين" المحيل، إلى ذمة ذلك الشخص الذي يسمى " 1. المحال عليه "من هذه المفاهيم والتعريفات المتعددة لحوالة الدين وحوالة الحق نرى أنها تتفق من حيث المضمون ويتمثل المضمون هنا بالتغير السلبي للالتزام والمتمثل في المحيل الذي أصبح مديناً في حوالة الدين، بعد أن كان دائناً في حوالة الحق وأصبح ينقل عباً مادياً مترتباً في ذمته بعد أن كان ينقل في حوالة الحق، حقاً مترتباً له في ذمة آخر.

80 الوقائع المصرية، العدد 108، بتاريخ 29/7/1948م.

81 د. سعيد عبداً لخالق، المرجع السابق - للموصل أن يحيل حقوقه الناشئة عن اتفاق التمويل إلى إحدى الجهات التي تباشر التوريق، وحينئذ تلتزم هذه الجهة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٢ المجلد الأول

الحلول وحوالتي الحق والدين وهذا محل بحثنا بإذن الله في الفصل الثاني .
وجدنا المشرع المصري نظر إلى الديون من خلال منظور الورقة التجارية
كوثيقة يعد مصدرها بدفع مبلغ من النقود إلى شخص آخر أو إلى حاملها في
تاريخ محدد أو على الحلول بفائدة أو بغير فائدة ، وعرفها بأنها "صك قابل
للانتقال بالطرق التجارية يقوم مقام النقود في التعامل ويرد على مبلغ معين
يستحق الدفع عادة بعد أجل قصير وأهم أنواعها وثائق الدين المتولد عن بيوع
التقسيط وما شابهها من أنواع الديون وهذا النوع من بيوع التقسيط أكثر أنواع
الديون في القانون المصري . والورقة التجارية يصدرها المدين لتوثيق مديونيته
وتحدد القوانين المنظمة لتداول الأوراق التجارية شكل هذه الورقة والمعلومات
الأساسية التي يجب أن تدون فيها مثل مبلغ الدين وتاريخ الاستحقاق وتوقيع
المدين .. ونرى أن القانون المصري برز في اهتمامه بالحماية القانونية للورقة
التجارية بشكل عام .

بالوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التي تصدرها في تواريخ استحقاقها من
حصيلة الحقوق المحالة ، كما يضمن الممول الوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق
المالية ..

الفصل الثاني

أحكام بيع الديون في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري

المبحث الأول

أقسام بيع الديون وشروطه في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : أقسام بيع الديون في الفقه الإسلامي

اختلفت الفقهاء في طرق تقسيم صور بيع الدين بالدين وبالنظر في هذه التقسيمات يمكن تقسيمها باعتبارات متعددة، فقد قسمها فقهاءنا القدامى عدة تقسيمات سنوردها لاحقاً على حسب معناه وصورها، وعليه سوف نتناول كلا منها في الفروع التالية .

الفرع الأول : حكم بيع الدين بالدين من غير من هو عليه :

انطلاقاً من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ورد عن نهى بيع الكالئ بالكالئ^(٨٣) يعني لغةً النسبنة بالنسبنة^(٨٣) والنسبنة هي التأخير . وبيع الكالئ بالكالئ يعني بيع الدين بالدين .. فقد اختلف العلماء في مسألتين : أولى هي سند الحديث^(٨٤) ، والثانية : اختلافهم في معناه وصوره التي وقع عليها النهي ، وهناك عدة معاني صورها لنا الفقهاء لبيع الكالئ بالكالئ سوف نوردتها للمبحث

82 وقد ورد في الحديث فيما رواه الدار قطني والبيهقي وابن أبي شيبة وعبد الرزاق

"نهى رسول الله عن بيع الكالئ بالكالئ"

83 لسان العرب لابن منظور

84 أكثرهم ولم يحتجوا به لضعف سنده قال الإمام أحمد "ليس في هذا حديث يصح

نيل الأوطار للشوكاني ج5 ص254). أما ضعف إسناده فأغنى عنه الإجماع على

معناه وتلقي الأمة له بالقبول واحتجاج العلماء به على مر العصور، وبخاصة في

معانيه التي يوافقها القياس بتحريم بيع الدين بالدين .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

عن مدى انطباق الحديث الشريف سالف الذكر على بيع الديون وصولاً الى حكمها الشرعي .

أولاً : بيع الدين بالدين :

وهي بيع الدين من غير من هو عليه بثمن موصوف في الذمة مؤجل ولا يدخل في هذه الصورة الحوالة ، وجمهور فقهاء المذاهب على عدم جواز هذه الصورة وقد عدّها المالكية من صور الكالئ بالكالئ (٨٥) قال مالك في الموطأ "والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل ديناً له على رجل بدين على رجل آخر" (٨٦) وجاء في مسائل الإمام أحمد "سألت أبا عبد الله عن الكالئ بالكالئ قال الدين بالدين قيل له كيف يكون الدين بالدين ؟ قال مثل الرجل يكون له على الرجل دين ويكون على الآخر دين فيحيل هذا على هذا وهذا على هذا " (٨٧) . تتفق مع ما ذهب إليه المالكية لنفس الأسباب التي ذكرناها في ابتداء الدين بالدين .

ثانياً : ابتداء الدين بالدين

وهي بيع مؤجل بمؤجل كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة" (٨٨) وإجماع العلماء على عدم جواز هذه الصورة ، ونحن لا نرى خلافاً حول الإجماع على عدم جواز هذه الصور لأنه لا علة في بيع مؤجل بمؤجل ولا مبرر من شغل ذمتين بدون مصلحة أو فائدة ، كما أن ابتداء الدين بالدين يبيح ثابت ومضاف في الذمة بموصوف ومضاف كذلك في الذمة ، أي أنه يكون على شرط السلم مع تأجيل دفع رأس المال عن مجلس العقد ولا فائدة من انعقاده وهذا تأكيد على أن الشريعة الإسلامية لا تحرم شيء يعود بمصلحة للإنسان

ثالثاً : بيع الصكوك :

85 المنتقى شرح الموطأ للباقي ج 5 ص 33

86 الموطأ مع حاشية الزرقاني ج 3 ص 308

87 مسائل الإمام أحمد بن حنبل لإسحاق بن هاني تحقيق زهير الشاويش المكتبة

الإسلامي ج 2 ص 191

88 مجموع الفتاوى لابن تيمية ج 20 ص 512

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

نرى انه لا علاقة بين بيع الصكوك^{٨٩} وبيع الدين بالمره ولا يوجد هناك أوجه شبه بينهم لان الصكوك التي تحدث عنها الفقهاء إنما هي صكوك منحة من الخلفاء إلى الناس فهي مختلفة عن بيع الدين بالمفهوم الحديث لعدة أسباب منها أن دينها طعام وليس نقوداً ثم أنها مأمونة لأن بيت المال ملئ وهو مظنة الوفاء فلا يكون فيها غرر عدم القدرة على التسليم بالإضافة إلى أنها على سبيل الهبة لا المعاوضة . وعلى هذا الأساس ذهب جمهور الفقهاء بجواز بيع صاحبها الأول لها . وذكر المواردي في الأنصاف "لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه لأنه غرر ومجهول ولا بيع رقعة به وعنه يبيعهها بعوض مقبوض" . وتتفق مع ما ذهب إليه مالك من جواز بيعها .

(١١) لان الصكوك تكون طعاماً وليس مالا (٩١)، والغير جائز هو بيع مشتري الصك ما فيه قبل أن يستوفيه وهو طعام ولا خلاف في أن الطعام لا يجوز بيعه قبل القبض.

رابعاً : بيع دين السلم قبل القبض :

ذهب جمهور الفقهاء على عدم جواز بيع دين السلم قبل قبضه . غير أن المالكية انفردوا بإجازة صورة منه في حالة إذا كان الطعام غير مكمل . أما إذا كان المبيع غير طعام فجواز البيع قبل القبض في السلم عند المالكية ونحن نوافقهم الرأي لتماشيه مع مقتضيات ما نعيشه الآن في حياتنا اليومية .

خامساً : بيع الجامكية (٩٢)

قال ابن عابدين في الدر المختار ببطلان بيع الجامكية (٩٣)، وعدها صاحب إعلاء السنن من بيع الدين الذي لا يجوز (٩٤) تتفق مع ابن عابدين لان الجامكية تكون

⁸⁹ والصكوك جمع صك وهي التواقيع السلطانية بالأرزاق أي هو الورقة المكتوبة بدين والمراد هنا الورقة التي تخرج من ذوي الأمر برزق من الطعام ونحوه لمستحقيه

⁹⁰ الأنصاف للمرداوي ج 4 ص 291

⁹¹ إعلاء السنن ج 14 ص 241

⁹² الجامكية مبلغ معلوم تقرره الدولة للرجل عطاء من بيت المال له أجل معين . ولكن ربما احتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل يعني جامكيتك التي قدرها كذا بكذا أنقص من حقه في الجامكية فيقول له بعثك فالجامكية مبلغ تلزم الدولة به نفسها فأضحى كالدين في الذمة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

نقوداً أي الدين من نفس الجنس وهو بمعنى الربا وهناك أنواع أخرى للبيع مثل
بيع دين المكاتب^(٩٥)
و بيع العبد وفي ذمته دين (٩٦) القابلات (٩٧)

الفرع الثاني: حكم بيع الدين لمن هو عليه.

اختلفت آراء الفقهاء في حكم بيع الدين ممن هو عليه بين مؤيد بشروط
ومعارض سوف نورد كل منها على حدة:

⁹³ الدر المختار لابن عابدين ج4 ص517

⁹⁴ اعلاء السنن ج14 ص243 .

⁹⁵ المكاتب هو العبد الذي تواضع معه سيده على بدل يدفعه العبد نجوماً في مدة
معلومة فيعتق إذا أتم دفع ما عليه . ويكون ذلك البديل ديناً في ذمة العبد ويسمى دين
المكاتب .

- فقال تعالى {فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً}.

قال ابن رشد الجد " حدثني ابن القاسم عن مالك عن ربيعه بن عبد الرحمن أنه كره
أن تباع كتابة المكاتب ويقول هو خطار إن عجز كان عبداً له وإن أدى أربعة آلاف
درهم" وأضاف "الغرر في هذا بين كما قال وهو قول عبد العزيز بين سلمه
إلا أن مالكا وأصحابه أجازوا ذلك استحساناً وإتباعاً ابن رشد الجد البيان
والتجصيل ج18 ص83

⁹⁶ ومن صور البيع التي تحدث عنها الفقهاء ولها صلة ببيع الدين، بيع العبد ذي
المال . فقد ورد في الحديث "من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه
المبتاع" رواه البخاري ومسلم

⁹⁷ القبالة بيع إيراد أجل بثمن عاجل وهي شبيهة ببيع الدين وان لم تكن مطابقة له
لأن الإيراد ربما كان ديناً في ندم وربما كان غير ذلك والمشهور أنها ربا على
حديث ابن عمر رضي الله عنه "القبالات ربا" وقد ذكر ابن تيمية رحمه الله في
القواعد النورانية ان القبالات التي عدها ابن عمر من الربا هي ضمان الأرض بقدر
معين من جنس فعلها فهي جنس واحد وفضل أجل . أما ضمان الأرض بالدرهم
والدنانير فليس من الربا بسبيل / القواعد النورانية الفقهية ص267-268 .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أولا الرأي المعارض لبيع الدين لمن هو عليه :

وإليه ذهب بعض الظاهرية وهو قول مرجوح عند الشافعية ورواية عند الحنابلة وبعض الصحابة والتابعين والدليل على ذلك أن الدين ليس له وجود حقيقي، فبيعه بيع معدوم، وذلك لا يجوز في غير السلم و أن بيع الدين بيع ما لا يعلم وجوده من عدمه، ولا يعرف بعينه وهذا من بيع الغرر المنهي عنه كما يزوا أن الدائن إذا باع دينه فقد باع ما ليس عنده وذلك منهي عنه

نرى كما يرى البعض إن التسليم بعدم صحة بيع كل معدوم، أمر غير منطقي إذ لا دليل عليه.

كذلك مسألة الدين وإن لم يكن موجودا حقيقة إلا أنه في حكم الموجود في ذمة من هو عليه، بدليل ورود الأحكام الشرعية عليه كالحواله الزكاة.

وقد أجمع الفقهاء على عدم جواز فسخ الدين بالدين : وصورته ، بيع دين ثابت في الذمة إلى المدين بغير جنسه إلى أجل فإن كان بعد حلول الأجل فلا بأس (٩٨) ، لأنها تتول إلى ربا النسئنة ، فالزيادة الطارئة على الدين المؤجل أخفبت في عقد سلم جديد ، نحن لا نتفق مع الرأي السابق لأن النوايا لله تعالى وما الداعي إذا خلا العقد الجديد أو الدين الجديد أي كان من الغرر طالما هناك مصلحة لأحد الأطراف وما الفرق بين قبل وبعد حلول أجل تسديد الدين طالما بيع دين ثابت في الذمة إلى المدين بغير جنسه إلى أجل ثاني ربما يكون العلة من هذه الطريقة هو إمكانية دفع الدين بجنس مختلف متاحة للمدين وبالتالي لا نرى أنها تعد من بيع الكالئ بالكالئ فهي أقرب لصور بيع الديون التي نعاصرها الآن .
ثانيا الرأي المؤيد لبيع الدين لمن هو عليه :

98 نزيه حماد بيع الكالئ بالكالئ ص 26

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

جواز بيع الدين ممن هو عليه بشروط سوف نوردها وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢٩٩)، والمالكية (١٠٠) والشافعية (١٠١) والحنابلة (١٠٢) وبعض الصحابة والتابعين (١٠٣) والدليل على ذلك أن الأصل في العقود الصحة والجواز (١٠٤) لعموم الأدلة الدالة على مشروعية البيع ما لم يدل دليل على خلاف ذلك، ولم يرد دليل على المنع من بيع الدين لمن هو عليه، فيبقى على أصل الجواز والصحة

كما أن أن المدين في حكم القابض لما في ذمته، فبيعه له جائز، وكذلك الاعتياض عما في ذمة المدين من جنس الاستيفاء وليس من جنس البيع، نرى أن هذا الرأي على حق لأن المدين لا يملك بذلك شيئاً، وإنما يستفيد به سقوط الدين من ذمته. يرى أصحاب هذا الرأي أن المبادلة في الأعيان من جنس البيع سواء كانت بجنسها أو بغير جنسها، فينبغي أن يكون الاقتضاء في الديون من جنس الاستيفاء سواء كان من جنسها أو من غير جنسها. هناك من عارض الرأي السابق ونحن نؤيده في رأيه بأن هناك فرق بين اقتضاء الدين من جنسه واقتضائه من غير جنسه

99 بدائع الصنائع: ٨٥ ؛ تبیین الحقائق ٤ لبحر الرائق: ٥ / ٢٨٠ ؛ رد المحتار ٥ / ١٥٢.

100 المدونة: ١١٣ ؛ المعونة 2 / ١٠٣٨ و ١٠٣٧ ؛ شرح الخرشي، 6 / ٧٧، ٧٦ / الشرح لصغير 3 / ٩٧، ٩٦

101 روضة الطالبين: ٣٥ ؛ تحفة المحتاج: ٤٠٦ ؛ مغني المحتاج: ٢٦٤ ؛ حاشية الجبرمي على المنهج 2 / ٢٧٥-٢٧٣

102 لمغني: 4 / ٩٥ ؛ الفروع لابن مفلح: 4 / ١٨٥ ؛ الإنصاف: ٥ / ١ ؛ 111 / ١١٠، شرح منتهى الإرادات 2 / كشف القناع: 3 / ٣٠٧، ٣٠٦ /

103 روي عن عمر وابنه رضي الله عنهما جواز اقتضاء الذهب من الورق واقتضاء الورق من الذهب، وروي ذلك عن الحسن البصري، والحكم، وحماد، وطاووس، والزهري وقتادة، والقاسم بن محمد. واختلف فيه عن سعيد بن جبیر، وإبراهيم النخعي، وعطاء المحلي: 7 / ٤٥٢ / 453

؛ الإشراف لابن المنذر: 6 / 59.

104 ٤٢ ، كتاب البيوع والأقضية، من رخص في اقتضاء الذهب من الورق .)

٥ / ١٤١٠

فإن اقتضاء الدين من جنسه ليس معاوضة ولا يشترط فيه الرضا، ولهذا لم يكن من جنس البيع، أما اقتضاء الدين من غير جنسه فهو عقد معاوضة مالية يشترط فيه الرضا، كما في المبادلة في الأعيان، ولهذا كان بيعا.

المطلب الثاني

شروط بيع الديون في الفقه الإسلامي

الشرط الأول: قبض ما يباع به الدين أو أن يكون معلوما

اتفق الفقهاء المجيزين لبيع الدين ممن هو عليه على أن يكون ما يباع به الدين معلوم (١٠٥) فإن كان غير معلوم لم يصح، إلا على سبيل المصالحة (١٠٦) الهبة وذلك عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا بأس أن تأخذها بسعر يومها (١٠٧) .." ولأنه إذا باعه بأكثر من سعر يومه ربح فيه، ولذلك اشترطوا عدم جواز اقتراق أطراف عقد بيع الدين في مجلس العقد دون قبض ما يباع لأن ما يباع به الدين إذا لم يقبض ولم يعين كان ذلك من صور بيع الدين بالدين المجمع على عدم جوازها، ولذلك نهى صلى الله عليه وسلم عن الربح في شيء لم يدخل في ضمان البائع، والدين في ضمان المدين لأنه في ذمته، ولم يدخل بعد في ضمان الدائن حتى يجوز له الربح فيه

نتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء في الشرط الأول بالنسبة أن المبيع لم يدخل في ضمان الدائن بل المدين هو الذي يضمن وبالتالي هذا تسليم لرأينا السابق الخاص بأن مسألة بيع الدين بالدين لا يفترض أن تندرج تحت مسمى عقد البيع وهذا سبق وان أوضحنا في الفصل التمهيدي عند عرضنا لمسألة تعريف عقد بيع الدين بالدين لأن الذي يبيع شئ لابد أن يكون ضامن له وفي ذمته وهذا غير متوفر في علاقة بيع الدين بالدين

الشرط الثاني: ألا يكون البديل ديناً بينهما ربا الفضل

سبق وان وضحنا أن الأصل في العقود الصحة والجواز، ولأدليل على المنع، ولأن بيع الدين على هذا الوجه به مصلحه، معتبرة لكل من المتعاقدين، فإن ذمة كل منهما تبرأ بهذا البيع، وبراءة الذمة مطلوبة لهما وللشارع أما بالنسبة رأى الفقهاء في حكم بيع الدين بعوض يجري بينه وبين الدين ربا النسيئة، فانقسموا إلى عدة

¹⁰⁵ انظر المغني (411/6)، والشرح والإنصاف (233/12)، 282-283

¹⁰⁶ المنتقى من فرائد الفوائد (ص 160)

¹⁰⁷ تقدم تخريجه هامش (51)

أراء الراجح منها جواز بيع الدين لمن هو عليه حالا كان الدين أو مؤجلا بعوض مقبوض

لا تنفق مع ما ذهب إليه الفقهاء في الشرط الثاني حول اشتراطهم على ألا يكون البديل ديناً بينهما ربا الفضل لجواز بيع الساقط بالساقط وهو بيع دين ثابت في الذمة يسقط إذا بيع بدين ثابت في الذمة يسقط. كالمقاصة وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والذي فيه شغل ذمة الطرفين، حيث البيع الساقط بالساقط توفر فيه براءة ذمة كل من الدائن والمدين وتحقق مقصد الشارع من درء مفسدة وتحقيق مصلحة

الشرط الثالث: أن لا يربح فيه أي أن يباع الدين بقيمته أو بأقل منها.
أي أن يباع الدين ببديل لا تزيد قيمته عن قيمة الدين (١٠٨) حين عقد بيع الدين. بالإضافة إلى مساواة البديل للدين في القيمة إذا كانا نقدين

تنفق مع ما ذهب إليه الرأي الأول في الشرط الثاني لأنه استدل على أن الأصل في العقود الصحة والجواز لعموم الأدلة الدالة على مشروعية البيع، ما لم يدل دليل على خلاف ذلك، ولم يدل دليل على المنع من بيع الدين بأكثر من قيمته، فيبقى ذلك على أصل الجواز والصحة
الشرط الرابع: قبض العوض في مجلس العقد وألا يكون الدين عوضاً في عقد لا يصح إلا بقبضه.

١٠٨ حكم بيع الدين ممن هو عليه بأكثر من قيمته، وذلك على رأيين: الرأي الأول: جواز بيع الدين بأكثر من قيمته. وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية، والشافعية والحنابلة. الرأي الثاني: عدم جواز بيع الدين بأكثر من قيمته، وجوازه بأقل منها. وهو رواية عند الحنابلة، واختيار شيخ مماثلته - للدينية وابن القيم رحمهما الله. أي مساواة البديل للدين في القدر ومماثلته للدين إذا كان الدين مؤجلاً وبيع بجنسه.

بينهما، في القدر المساواة اشترطت الفضل ربا الدين وبين بينه يجري بيع ببديل إذا الشرط اختلفت وهذا أو صفتها اتحدت منه، بأكثر ولا منه بأقل يبيعه يجوز فلا بجنسها الأصناف الربوية بيع جواز عدم على الدالة للأدلة الجملة في عليه متفق مماثلاً البديل يكون أن بالفضة ويجب والفضة بالذهب، الذهب بذلك ومن مفاضلاً، بجنسه مؤجلاً وبيع الدين كان إذا الصفة وفي القدر في للدين

أن يقبض عوضه في مجلس العقد المجلس بلا ما لا يباع به نسيئة؛ وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم في أخذ الدراهم عن الدنانير والعكس: "لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء" أما إن باعه بما يباع به نسيئة فلا يخلو من حالين:

١- أن يبيعه بمعين، كقوله: بعتك ما في ذمتك بهذا الثوب. فحينئذ لا يشترط القبض في المجلس بلا إشكال وهو ما ذهب إليه المذهب الحنبلي (١٠٩).

٢- أن يبيعه بغير معين بموصوف في الذمة حال، كقوله: بعتك ما في ذمتك بثوب صفته كذا وكذا، فحينئذ يشترط القبض على المذهب (١١٠) "لئلا يصير بيع دين بدين" (١١١) والصحيح أنه لا يشترط القبض هنا أيضاً.
الشرط الخامس: ألا يجري بين البديل وما ثبت الدين عوضاً عنه ربا نسيئة

- لا يجيز المالكية والحنبالية بيع دين الدراهم من المدين بتمر أو بر، لجريان ربا نسيئة في بيع التمر بجنسه أو بالبر إذا ثبت الدين عوضاً في عقد بيع ونحو الشرط السادس: أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه.

بالرغم من اتفاق الحنفية والمالكية والشافعية إلا أن مقتضى اشتراطه مختلف عند كل منهم

ف عند الحنفية لا يجوز بيع دين السلم ولا دين الصرف ممن هو عليه قبل قبضه؛ لأن كلا منهما مبيع، وبيع المبيع المنقول قبل قبضه غير جائز عندهم. وما عدا دين السلم ودين الصرف من الديون فيجوز بيعه قبل قبضه لأنه لا يكون مبيعاً، لأنه إما

¹⁰⁹ انظر الفروع (4/187-186)، والإنصاف (12/298)، والمنتهى (2/391)، والكشاف ومنتها (3/1554-1555)، وحاشية الشيخ محمد علي الروض (1/517).

540).

¹¹⁰ انظر الفروع (4/187-186)، والإنصاف (12/298)، والمنتهى (2/391)، والكشاف ومنتها (3/1554-1555)، والروض (22/516-517-540).

¹¹¹ الكشاف (3/1554)

أن يثبت بغير عقد معاوضة، أو يثبت بعقد معاوضة ثمناً، ويبيع ذلك جائز قبل قبضه.

ولا يتصور عند الحنفية أن يثبت الدين في الذمة مبيعاً على غير وجه السلم، لأن ذلك يكون من بيع ما ليس عند البائع، وهو غير جائز إلا في السلم وعند المالكية لا يجوز بيع الدين ممن هو عليه إذا كان طعاماً ثابتاً في الذمة بعقد بيع أو نحوه؛ لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز عندهم إذا كان طعاماً .
الشرط السابع : أن يكون الدين مستقراً لضمان تمام الملك، فلا يجوز بيع دين غير مستقر

واضمان تمام الملك يشترط أن يكون الدين مستقراً. هو ما لا يتطرق إليه الانفساخ بأي سبب كان ومثاله القرض والمهر بعد الدخول والتمن بعد قبض المبيع

فإن كان غير مستقر- كدين الكتابة، وصداق قبل الدخول والخلوة ، وأجرة قبل فراغ المدة، (١١٢)

لعدم تمام الملك، ولأنه قد يستقر وقد لا يستقر (١١٣) واشترط المذهب الحنبلي ألا يباع لغير من هو عليه ولكننا لا نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي حيث يجوز بيعه للغير في حالة أن يكون الدين ثابتاً بوسائل الإثبات ، وأن يكون المشتري قادراً على استخراج من المدين، وألا يباع بما لا يباع به نسيئة. إن كان الدين الذي في ذمة المدين مؤجلاً باقياً على تأجيله لم يسقط (١١٤).

¹¹² انظر الفروع (185/4)، والإنصاف (298-296/12)، والمنتقى (391/2)، والكشاف ومنتها (1555-1554/3)، والروض (539/1)، والمنتقى من فرائد الفوائد (ص161)

¹¹³ انظر المنتقى من فرائد الفوائد (ص161)

¹¹⁴ لأن بيعه بمؤجل إن كان مؤجلاً باقياً على تأجيله لم يسقط هو بيع الواجب بالواجب، المنهي عنه بالاتفاق كما تقدم- أما إن كان مؤجلاً فأسقطه، واعتاض عنه مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

وخلاصة القول هناك سؤال يفرض نفسه بعد أن تناولنا أحكام بيع الديون في
الفقه الإسلامي وهو مثل حكم معاملة بيع الدين بالدين معلل يدور مع علته وجودا
وعدمًا أو هو حكم تعديدي غير معلل لأبد من تنفيذ حكمه الشرعي دون تعليل
لوجوده بناء على ما أمرنا به الشارع ؟

يبدو لي - والله تعالى أعلم بالصواب أن بيع الدين بالدين غير مجمع على
حكمه و ليس فيه نص عام يبيّن الحكم عليه ، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ
بالكالئ لأنه يتضمن شغل الذمتين بغير مصلحة لهما وأما إذا كان الدين معلوم قدره
وصفته، وهو في حكم الموجود المقبوض للمدين و في ذمة المسلم إليه فاشترى به
شيئا في ذمته فقط سقط الدين من ذمته وخلفه دين آخر واجب كبيع الساقط
بالواجب، فليس في بيعه غرر من جهة الجهالة ولا من جهة عدم القدرة على
التسليم كما قال شيخ الإسلام ابن تيمه.

- والذي نرى رجحانه هو أن تفسير بيع الكالئ بالكالئ الذي ذهب إليه الفقهاء
قديمًا وبنوا عليه حكمهم لا ينطبق عليه وصف بيع الدين بالنقد (أي بالعين)
الذي نعيشه في عصرنا الحديث وهذه الصورة ، وإن كانت غير جائزة فإنها
لا تدخل في ما يسمى بيع الكالئ بالكالئ بل هي مختلفة عنه من ناحية
القبض، ومن بيع الأعيان المتحقق في بيع الدين بالدين بأنواعه أنفة الذكر
ومن الوارد أن يحدث ما يخل بالمقصود منها من عيب أو تدليس أو
تلف..... قبل القبض ، إلا أنه لا يحدث مثل هذا في بيع الدين دين على
نوعيه ، ولأن ثبوت الديون في الذمم لا يكون إلا بعد استيفاء ما ثبتت عوضًا
عنه حقيقة أو حكما، فهو أولى بالجواز.

- و لا ريب من أن ظاهرة الديون تثير مسائل كثيرة تحتاج إلى نظر
والدراسة ولكن بعد دراستنا لجميع الآراء الفقهية وتحليله وتماشينا مع ما

بمؤجل فجائز على الصحيح .

ذهبت إليه وجدنا أنها تدور كلها في فلك واحد وهو مقابل الدين وربطه بالأجل والحل الوحيد هو بيع الدين عن طريق الحوالة

بالمقابل المالي المناسب مع مراعاة أجل وتاريخ الاستحقاق بشرط الدفع الأجل أي الحال أو تعيينه وأضيف على ذلك ضرورة رضاء المدين لاستقرار محل الدين بذمته

- وسنقوم بعرض مدرستين لكلا منها رأيها وعلى أساسه سنحدد المجيز والمعارض لبيع

الدين بالدين ولعلنا نوفق بإذن الله تعالى في معرف الصواب

- لو نظرنا للدين باعتباره مال يختلف الحكم عن لو نظرنا عليه باعتباره سلعة الأمر الذي يجعلنا نسأل هل صفة الدين سلعة أم مالا ؟

أولا بعد الدراسة والبحث وجدنا من عارض بيع الدين بالدين صنفه على انه مالا فالدين الواجب التسديد بصورة نقدية يعادل المال، وكل تعامل يتم فيه تبادل المال من قيمة المال نفسها، لا بد من حساب السعر حسب القيمة الاسمية. وأي زيادة أو نقص من أحد الطرفين يعد وكأنه نوع من الربا ولا يمكن السماح بذلك أبداً في الشرع والواقع أن تحريم بيع الدين نتيجة منطقية لتحريم الربا أو الفائدة.

فأصحاب هذا الرأي وكما ورد عن البعض يرون أنه متى بيعت السلعة، تنتقل ملكيتها إلى المشتري ولا تعود تابعة للبائع وإن ما يمتلكه البائع ليس إلا المبلغ النقدي فإذا باع الدين فإنه يعد كأنه يبيع للمال، ولا يمكن في هذه الحالة اعتباره بيعاً لسلعة. وهذا هو السبب في رفض هذا التفسير من قبل الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين .

ثانياً ومن أجاز بيع الدين بالدين أو شكل من أشكاله بالشروط سالفة الذكر فقد صنف الدين على انه سلعة ، وذهبوا إلى أن جواز بيع الدين "مقصود على الحالة التي ينشأ فيها الدين من خلال بيع إحدى السلع." ويقولون إنه في هذه الحالة يمثل الدين السلعة المبيعة وأن بيعها يمكن أن يعد على أنه بيع لسلعة. ويقولون إنه حسب الشروط التي جاءت عند المالكية فإن "الدفع ليس من جنس الدين، ولو كان الأمر كذلك، فإنه يجب أن يكون السعر نفسه حتى لا يكون هناك ربا."

وفي سياق بيع الديون المحولة إلى أوراق مالية، فإن خصائص الأوراق المالية تجعلها مختلفة عن النقد، وبالتالي لا تكون خاضعة لشروط تبادل البضائع الربوية. وعليه فإنه يجوز إعطاء حسم على بيع الدين الذي يمثل بموجودات غير ربوية.

وعليه نحن نتفق مع من أجاز بيع الدين وصنّفه على أنه سلعة وليس مالا ولكن بالضوابط الشرعية أنفة الذكر فالدين الذي ينشأ عن بيع البضائع والخدمات من خلال أساليب تمويل تتفق مع الشريعة الإسلامية وخاصة التي تحفظ على ما تسميه بنك إسلامي وغير إسلامي أرى أن الموضوع عبارة عن مسألة رواج اقتصادي ليس إلا وخاصة أننا نعيش تحت ظل دولة إسلامية دستورها الإسلام وأي نظام موجود بها يخالف دستورها بطل فما بالك بالنظام الاقتصادي الذي تقوم عليه الدولة بأكملها القائم على البيوع، نرى الأمر الذي ينقص البنوك المصرية فحسب هو إعادة النظر في هيكله المعاملات البنكية ودراسة الأنظمة الإسلامية وإلقاء الضوء عليها للاستفادة منها خاصة أن شريعتنا السمحاء لم تخلوا من أنظمة تتناسب مع كل زمان ومكان إلى أن تقوم الساعة

ومن أمثلة الأنظمة التي تتفق مع الشريعة نظام المرابحة وعندما ينشأ الدين في التمويل القائم على المرابحة الجائز شرعاً، ويشتمل السعر، كما يقول الفقهاء أنفسهم، على الربح من العملية ولا يقوم على الربا. وبالتالي فحين يبيع البنك شهادة دين بسعر مخفض فإن المبلغ الذي يتخلى عنه، أو المبلغ الذي يحصل عليه المشتري هو ما يسمى بالفائدة في عصرنا الحالي، ليس ناتج عن الربا وإنما بالأحرى عن حصة من الربح ولماذا لا يعمم هذه التسمية على جميع البنوك ولا يجعلنا نقاد تحت مسمى بنك إسلامي وغير إسلامي البنوك المصرية نظامها قريب من المرابحة في معظم الأحوال تكون هي وسيط بين العميل والشركات أو المؤسسات وما يعونه بفائدة هو نفسه حصة من الربح أنفة الذكر اللهم ان تثبتت الفائدة البسيطة التي لا تتعدى ١٠% هو الخطأ في الموضوع يقابلها في البنوك المسماة بالإسلامية نسبة ثابتة ٩,٥% مرة و ١٠% تقريبا يعني هل يعقل أن يكون فرق النسبة النصف تقريبا ربا اللهم أنها مسألة نظامية لتحديد الفائدة فقط ونصح بتغييرها لسد الذرائع.

وأخيراً لا مفر من اللجوء إلى الحوالة المدنية للحفاظ على حقوق والتزامات الدائن والمدين، ولتنظيم تسهيل إيفاء واستيفاء الحقوق وإن قامت بها فكرة المضاربة

فهي تقوم على أساس التساوي في الحقين محل الجواله، لأنها إرفاق محض لا
تقبل جعلاً لأحد أطرافه¹¹⁵ وهذا كان الدارج عند فقهاؤنا القدامى .

115 عرف الجعل بأنه "الاسم بالضم والمصدر بالفتح، يقال جعل لك جِعلاً وجُعلاً وهو الأجر على الشيء، فعلاً أو قولاً، قال 2 والمراد في الحديث أن يكتب الغزو على الرجل فيعطي رجلاً آخر شيئاً ليخرج مكانه، أو يدفع المقيم إلى الغازي شيئاً، فيقيم الغازي ويخرج هو، والجاعل: المعطي والمُجتل: الآخذ. وفي الحديث جعيلة الفرق سحت وهو أن يجعل له جِعلاً ليخرج ما عرف من متاعه؛ جعله سحتاً لأنه عقد فاسد بالجهالة التي فيه: ويقال أيضاً جعلوا لنا جعيلة في بعيرهم فأبيننا أن نجعل منهم أي نأخذ. وقد جعلت له جعلاً على أن يفعل كذا وكذا": ابن منظور، لسان العرب المحيط. معجم لغوي علمي. قدم له العلامة عبد الله العلايلي. الحروف (أ.د) المجلد الأول. إعداد وتصنيف يوسف الخياط. دار لسان العرب، بيروت بدون سنة نشر، ص 339

المبحث الثاني

أقسام بيع الديون وشروطه في القانون المدني المصري

سبق وان ذكرنا في الفصل التمهيدي عندما عرفنا بيع الدين وتوصلنا من خلال خصائص عقد البيع في القانون المصري إلى أن بيع الدين بالدين لا ينطبق عليه معظم خصائص عقد البيع التي تناولناها باستفاضة وبناءا عليه خلعنا على معاملة التصرف في الدين لفظ الاستبدال والطول اى حلول دين بدين سواء أن كان لنفس المدين أو للغير وهذا المتعارف عليه في القانون المدني المصري - فلم يرد فيه تعريف مباشر كما أسلفنا لبيع الديون واعتقد أن هذا هو الصواب مما يجدر ذكره أن شراء الدين في القانون المدني المصري يظهر من خلال التعامل بحوالة الحق(١١٦) و الحلول.... وغير ذلك

سوف نقوم بدراستها للتوصل إلى موقف القانون المصري من التصرف في الديون بأقسامها

وجديرا بالذكر لأبد من الإشارة قبل الدخول في الموضوع في شأن تعامل القانون المدني المصري على الديون لم يخرج عن الإطار الذي رسمته الشريعة الإسلامية لهذه المعاملات بل طبقها ولكن نظمها وقنها في صورة مواد لتيسير الاستفادة والعمل بها وكان هذا واضحا عندما استند الفقهاء في تداولهم للحوالة المدنية (١١٧) باعتبارها وسيلة لنقل الحقوق وتبادل الوفاء بالالتزامات وأستدلوا على ذلك من

116 تأثر القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 في تنظيمه للحوالة المدنية بالفقه الغربي فاستند في تنظيم الحوالة على التقسيم الغربي لها أي حوالة حق وحوالة دين وتأثر في أحكام حوالة الحق بالقانون المدني الفرنسي، أما حوالة الدين فقد نظمها متأثرا بالتقنين المدني القانون المدني المصري، رقم 131/ لسنة 1948، الوقائع المصرية، العدد 108، بتاريخ 29/7/1948م.

117 لموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص43. والقراقي، شهاب الدين أحمد بن ادريس، الذخيرة، ج9، تحقيق الأستاذ 2 محمد بو خيزه، دار العرب الإسلامي، سنة 1285، ص241.

خلال ما روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
مطل الغني ظلم، ومن اتبع على مليء، فليتبّع (١١٨)

ولذلك نرى من الضروري ذكر التطور الذي تدرج فيه فهم الحوالة المدنية بنوعها
في الفقه الإسلامي وكذلك اندرج منها عقودا مسماه قياسا لها على الكفالة، وهذا
الذي اخذ به القانون المدني المصري ولضرورة تلبية التطورات الاقتصادية
والحاجات الملحة للتعاملات المدنية والتجارية، والتي أدى عنها تضخم الديون
الأمر الذي يضطرنا إلى شراء الديون أو تداولها مما استدعي منا تطبيق الحوالة
المدنية والعمل على نقل الحقوق فيها بقصد التجارة، وتحقيق الزبح المتبادل ولكن
بعيدا عن منطق الفائدة التربوية التي تترتب على الفرق بين الحقين المحال به
والمحال عليه، هذا وسوف نقسم معاملة التصرف بإحلال واستبدال دين بدين من
خلال عقد الحوالة المدنية والتي ماهى إلا صورة من صور التعامل بالدين انف
الذكر والتي نظمها القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ (١١٩) والذي
تأثر في تنظيمه للحوالة المدنية بالفقه الغربي فاستند في تنظيم الحوالة على التقسيم
الغربي لها أي حوالة دين وتأثر في أحكام حوالة الحق بالقانون المدني الفرنسي،
أما حوالة الدين فقد نظمها متأثرا بالتقنين المدني الألماني (١٢٠)

وبما أن التعامل على الدين بنوعيه في القانون المدني المصري سواء إن الوفاء
يمكن أن يقوم به المدين، ويمكن أن يقوم به غير المدين أي بالشراء أو البيع ما هو
إلا حوالة الحق وحوالة الدين ولذلك سأتناول في هذا المبحث أقسام بيع الديون
وشروطه والآثار المترتبة عليه في القانون المدني المصري تطبيقا على ما سبق
إيضاحه.

118 صحيح البخاري، ج1، جمع جوانب الأحاديث والأسانيد، ومكنز الصحاح
والسنن والمسانيد، جمعية المكنز الإسلامي 1 للنشر والتوزيع، 1421 هـ،
ص424.

119 القانون المدني المصري، رقم 131/ لسنة 1948، الوقائع المصرية، العدد
108، بتاريخ 29/7/1948م.

120 يحيى، عبد الودود، مرجع سابق، ص1-5.

المطلب الأول

أقسام بيع الديون في القانون المدني المصري

سبق وان بينا في تعريف بيع الدين بالدين انه عقد أو اتفاق بنقل الالتزام أو ببيع دين مؤجل لم يقبض بدين مؤجل آخر لم يقبض في مجلس العقد ويكون بيعه لمن في ذمته الدين أو لغير من عليه الدين سواء أن كان القبض في الحال أو بالدين الأجل

من خلال التعريف السابق وجدنا أن بيع الديون ينقسم إلى قسمين الأول بيع الدين لمن هو عليه والثاني بيع الدين لغير المدين نقداً أو بأجل. لذلك سوف نقوم بدراسة كلا منهما على حدة في القانون المدني المصري:

الفرع الأول: بيع الدين لمن هو عليه.

ذهب فقهاء القانون المدني المصري على جواز بيع الدين لمن هو عليه ونحن نشاركهم الرأي ولكن بشروط وهي أن يكون الدين معلوماً وموثقاً فإذا سدد المدين انتهى الدين وبرئة الذمة، بالإضافة إلى أن المدين في حكم القابض لما في ذمته، فبيعه له جائز، ولا غش فيه وكذلك الاعتياض عما في ذمة المدين من جنس الاستيفاء وليس من جنس البيع، ولا غرر في ذلك. لأن الأصل في العقود الصحة والجواز ولكن اعترض على مسمى البيع فنرى أنه تنازل وليس بيعاً من قبل الدائن للمدين ولكنه بشروط تراضيا عنها هذا للأسباب التي أوردناها من قبل في تعريف عقد البيع.

الفرع الثاني: بيع الدين لغير المدين نقداً أو بأجل.

لا ريب أن ظاهرة الديون تثير مسائل كثيرة محل نظر لأنه في أغلب الأحيان تكون الديون المصدر الاستثنائي لتمويل المشروعات الاقتصادية بسبب عدم كفاية رأس المال المحدد للتمويل مما يعرقل سير المشاريع الاقتصادية الأمر الذي يضطرنا أحيانا إلى وجود معاملة بيع الدين لغير المدين من خلال دفع حال يقدمه

الدائن الجديد للدائن الاصلى أو بالأجل بالاتفاق على أن يلزم الدائن الاصلى ضمان المدين برد أصل الدين وفوائده في الآجال المحددة والمتفق عليها، إلى الدائن الجديد ففي حالة إذا قام بوفاء الدين (الدائن الجديد) غير المدين فالأصل أن الموفي يقصد الرجوع على المدين بما قام بوفائه عنه وهذا له عدة صور في القانون المدني المصري منها دعوى الحلول وحواله الحق

لذلك سوف نبحث في مدى إمكانية تطبيق هذه الصورتين في حالة بيع الدين لغير المدين وضمن رد المستحقات إلى ذويها مع ضمان عدم الوقوع في الغرر أو شبهة الربا .

أولا مدى تطبيق دعوى الحلول في بيع الديون في الحالتين بيع الدين بمقابل و بيع الدين بالدين

١- بيع الدين لمن هو عليه.

هذا هو احد الأشكال القانونية التي أحاول أن أضع في قالبها معاملة بيع الدين ثم سأبحث عن مدى تكييفها على هذه المعاملة وذلك من خلال رجوع الدائن الجديد (المشتري للدين) على المدين - بدعوى الحلول على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن الاصلى المستوفي تجاه المدين، وينتقل إليه الحق والآثار القانونية المنشئة لذلك الحق كالتأمين والدفع .

والوفاء مع الحلول هو نظام قانوني مركب؛ وفقاً للقانون المصري الحلول وجديراً بالذكر الحلول إما أن يكون قانونياً، أى يتقرر بنص في القانون، دون حاجة إلى اتفاق الموفي مع الدائن أو مع المدين، بشرط في الحالات التي أقرها القانون بجواز الحلول فيها وإما أن يكون اتفاقي أي باتفاق أطراف العلاقة عليه، إما باتفاق الموفي مع الدائن دون ضرورة لموافقة المدين، أو باتفاق الموفي مع المدين دون حاجة لرضاء الدائن أو مشاركته إذ يعد من جهة الدائن وفاء لحقه الذي استوفاه من الغير، إلا أنه في الوقت نفسه يبقى الدين قائماً في ذمة المدين، بحيث ينتقل هذا الحق من ذمة الدائن (الاصلى) إلى ذمة الموفي (الدائن الجديد) في مواجهة المدين الذي لم يوفه بنفسه، وهنا نقطة مهمة لا بد من الإشارة إليها قبل الانتقال إلى مدى تكييف تطبيق حوالة الحق في بيع الدين انه يحسب للقانون المصري هذا النظام لما حققه

من فوائد لأن الحلول يأتي بنتيجة ايجابية لجميع أطرافه فالحلول وسيلة للضمان .
بمعنى أن الدائن يستوفي حقه من حيث الأصل، وأما انتقال الحق بالنسبة للمدين في
علاقته مع الموفي فليس إلا امراً ثانوياً وملحقاً برد الدين وسوف نجيز مميزات
طريقة بيع الدين من خلال دعوى الحلول بالاتي

أ- بالنسبة للدائن الأصلي يساعده في الحصول على حقه بإجراءات سريعة
ب- وبالنسبة للمدين يعطي له فرصة لتدبير أمره قبل التنفيذ على أمواله من قبل
الدائن الاصلى ، فيستبدل دائناً جديداً يمنحه أجلاً لسداد دينه .

ج- إما بالنسبة للدائن الجديد اى الموفي فلا مبرر من شرائه دين على الغير وقيامه
بسداده عنه إلا إذا ضمن وتوافر وجود مصلحة من جراء هذه المعاملة بالإضافة
إلى اكتسابه ضمانات شخصية أو عينية من قبل المدين ضماناً للوفاء تقضي
مصلحته بالحصول عليها وخاصة أن القانون المصري حمى هذه الطريقة حيث
جعل الحلول لا ينال مطلقاً من حقوق الغير أصحاب العلاقة بالدين، هذا على عكس
الدعوى الشخصية ، حيث لا يتم تعديل مركزهم بسبب الوفاء مع الحلول؛ لأنه لا
يترتب عليه إلا تغيير شخص الدائن.

وأخيراً الذي نرى رجحان تكيف دعوى الحلول في القانون المدني المصري على
معامل بيع الديون نقداً لان بهذه الطريقة بعدنا عن الوقوع في شبهة الربا وكذلك
الغرر وذلك بضمان حقوق أطراف العلاقة الثلاثة .

٢- أما بالنسبة لبيع الدين بالدين لغير المدين

اعتقد أن طبيعة هذه المعاملة عبارة عن عرض وطلب بمعنى وجود طرف ثالث
الدائن الجديد فيها لن يظهر إلا إذا توافر عنصر المصلحة له وبالتالي و برضاء
الدائن الاصلى والمدين سنبعد عن شبهة الربا وستعد هذه المعاملة بدل دين بدين
وليس بيعاً وهذا التصور سيبعدنا عن الغرر والعش بشرط أن تستقر قيمة الدين
الأصلية الملتزم بها للمدين وإلا وقعنا في الربا ناهيك على أن الفاصل بين الاثنین
يتمثل في أن بدل الدين بالدين يقع بالتراضي بين الطرفين اى باقتران الإيجاب
بالقبول اى مسألة عرض وطلب أما الربا فهو واقع تحت ضغط ادفع أو أزيد فلا
يوجد اختيار بعكس بيع أو بدل الدين بالدين بالصورة التي بينتها

ثانياً مدى تكييف حوالة الحق في بيع الدين :

في حالة بيع الدين بمقابل - في حالة بيع الدين بالدين (بأجل)

سوف نبحث عن المادة (٣٠٣) القانون المدني المصري لكيفية الاستفادة من تطبيق حوالة الحق كأحدى وسائل القوالب القانونية لتداول بيع الدين من خلال رجوع الدائن الجديد (المشترى للدين) أي رجوع الموفي على المدين بحوالة الحق .

أ- في حالة بيع الدين بمقابل

نصت المادة (٣٠٣) القانون المدني مدني مصري على أنه "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة لرضاء المدين" (١٢١)

من خلال نص المادة سابقة الذكر عرف فقهاء القانون حواله الحق "اتفاق أو عقد بين الدائن وشخص أجنبي، عن رابطة الالتزام على أن يحول له الدائن حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي، محل الدائن، في هذا الحق بجميع مقوماته وخصائصه"، فيسمى الدائن "محيلاً" والدائن الجديد "المحال له" ويطلق على المدين المحال عليه (١٢٢)

ولو "دققنا النظر في تفسير نص المادة سالفة الذكر لوجدنا عدم اشتراط رضا المحال عليه لانعقاد هذه الحوالة (١٢٣) ولا يفرق معه شخص الدائن بل المهم لديه

121 - المادة 303 مدني مصري، مرجع سابق. والمادة 330 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص 1 3 / عالج القانون المدني المصري، نظام الحوالة المدنية، في الفصلين الأول والثاني من الباب الرابع، تحت عنوان انتقال الالتزام، حيث تناول في الفصل الأول، حوالة الحق في كل من مواد (303-314) وفي الفصل الثاني تناول حوالة الدين في كل من المواد (315-322) القانون المدني المصري، المواد من { 303-322 }

122 لفضل، منذر، المرجع السابق، ص 1. 226

123 لشرقاوي، جميل، دروس في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام

الالتزام، بدون ط، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1977، ص 229 .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

محل الالتزام، لأن الالتزام عبء عليه لا يعنيه في سبيل سداذه من الذي يستوفيه منه (١٢٤) .

وأخيرا الذي نرى رجحان تكييف حوالة الحق في القانون المدني المصري على معامل بيع الديون نقدا لأن بهذه الطريقة بعدنا عن الوقوع في شبهة الربا وكذلك الغرور ذلك بضمنان حقوق أطراف العلاقة الثلاثة وذلك بتسليم سند الحق المحال به ووسائل إثباته حيث الأصل أن يلتزم المحيل، بأن يسلم للمحال له سند الدين، المحال به ويقدم له وسائل إثباته، ذلك أن الحوالة غالبا ما تكون عقدا تبادليا، يكون فيه المحيل هو البائع، والمحال له هو المشتري، وعلى تقدير ذلك فإن تسليم هذا السند يعد وسيلة لاستيفاء الحق أو الدين،

وكذلك يشترط إلا يتغير مقدار أو محل الالتزام المنشئ على المدين وبناء على نص المادة (٣٠٣) القانون المدني مصري ولا يشترط رضا المدين في حالة أن يكون هناك ثمن للدين أي بمقابل وليس أجل أي بدين .

ب- في حالة بيع الدين بالدين (بأجل)

و سبق وان وضحنا في تعريف بيع الدين بالدين انه عقد أو اتفاق بنقل الالتزام أو ببيع دين مؤجل لم يقبض بدين مؤجل آخر لم يقبض في مجلس العقد ويكون بيعه لمن في ذمته الدين أو لغير من عليه الدين سواء أن كان القبض في الحال أو بالدين الأجل

وهناك عدة نقاط مهمة لابد من الإشارة إليها قبل الانتقال إلى فكرة أخرى بالنسبة لاشتراط رضا المدين و سند الحق الخاص بمحل التزام الدين وهل يعد قيمة الدين الممثلة في الالتزام كالمعدوم ؟

124 تناغو، سمير، وآخرين، القانون والالتزام، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، مكتبة دار المطبوعات الجامعية، مصر، الإسكندرية، مصر، 1997، ص295.

بناء على ما اشرنا إليه في التعريف المختار لبيع الدين بالدين: ومنه هل تطبق
معاملة بيع الدين إذا كان بالدين من خلال حواله الحق وخاصة عدم اشتراط رضا
المدين كما جاء في المادة ٣٠٣ مدني سألفة الذكر ؟

نرى انه لو طبقنا معاملة بيع الدين بالدين عن طريق حواله الحق في هذه
الحالة لن يتحقق عدم اشتراط رضا المدين اى المحال عليه بين باقي أطراف
العلاقة لان اشتراطه وعلمه أمر ضروري وإلا وقعتا في شبهة الربا حيث رضانه
شرط اساسي لضمان عدم تغيير محل التزامه - المجال به اى مبلغ الدين الملتزم
به سواء للدائن الاصلى أو الجديد وبالتالي لا نستطيع تطبيق المادة ٣٠٣ الخاصة
بحواله الحق على بيع الدين بالدين إلا إذا بقي الالتزام كما هو ما بين المدين وكلا
من (المحيل) الدائن الاصلى و(المحال له) لدائن الجديد

وبالنسبة إلى سند الحق في الحواله عند بيع الدين بالدين اى بأجل - سيكون قيمة
سند الحق المحال به إما دين أو نقل التزام فبالرجوع إلى محل حواله الحق
سيفصل في مدى جواز ذلك

فهل في هذه الحالة يحق له مطالبة سند الحق لتمكينه من مطالبة الدين من المحال
عليه أم انه لا يحق ذلك ضمانا لحق المحيل علما بان الأصل أن يسلم للمحال له
سند الدين، المحال به ويقدم له وسائل إثباته، وذلك لأن المحيل يجب عليه أن
يمكن المحال له من استعمال الحق المحال به، والمطالبة به وهذا يقتضي أن يسلم
للمحال له السند المثبت لهذا الحق وهذا لن يتحقق لان البيع الدين تم بمقابل اجل
فتترك المسألة لاتفاق الطرفين اى الدائن الاصلى والجديد بحيث يضمن الدائن
الاصلى حق الدائن الجديد تجاه المدين .

مدى تكيف طبيعة محل الحوالة على محل الدين

أو بعبارة أخرى هل يعد قيمة الدين الممثلة في الالتزام كالمعدوم لأنها
تتوقف على إرادة المدين أم بمجرد وجودها في ذمة المدين تكون محتملة الوجود
وبالتالي سيختلف الحكم القانوني ؟

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى جواز أن يكون محل الحوالة حقاً شخصياً¹²⁵ فقضت بأن: "الأصل وطبقاً لما تقضي به المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري

"إن الحق الشخصي أيا كان محله قابل للحواله كأصل ويستوي في ذلك أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو أن يكون حقاً مستقبلياً"^(١٦٦) ويثور التساؤل حول الحق الاحتمالي أو المستقبلي وهل يصلح أن يكون محلاً لحوالة؟

¹²⁵ الحق الشخصي: "رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحد طرفيها بأن يقوم بعمل أو بالامتناع عن عمل، ويسمى الحق الشخصي حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن، ويسمى التزاماً إذا نظر إليه من جهة المدين"، لذلك فإن مناط تطبيق الحق الشخصي هو وجود التزامين متقابلين، ومرد اعتبار هذا الحق محلاً للحوالة طبيعته التبادلية والتي يشترك فيها طرفين متقابلين، لذا فإن فكرة الإحالة فيه تكون قائمة دون حاجة إلى إجراءات معينة، وبذلك تجوز حوالة هذا الحق (عدوي، جلال، وأبو السعود رمضان، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، بدون ط، الناشر منشأة المعارف، 364-367، ص، 1996، بالإسكندرية)

ولأن الحق الشخصي يعد محلاً صحيحاً للحوالة، فإنه يجوز أن يكون محل الحوالة نقوداً أو أشياء مثلية، وقد يكون المحل عملاً أو امتناعاً عن عمل كالتمكين من العين المؤجرة، فيجوز للمستأجر التنازل عنها إلى شخص آخر باعتبار حقه بالتمكين من العين المؤجرة حقاً شخصياً، ويجوز كذلك لمشتري المتجر إذا اشترط على باعنه عدم المنافسة وهو التزام 3 يجوز تحويله (طلبة أنور، انتقال وانقضاء الحقوق والالتزامات، بدون ط، المكتب الجامعي الحديث للنشر، 2006، ص 6.

بالامتناع عن عمل، أن ينزل عن المتجر الذي اشتراه لشخص آخر ويعتبر أنه قد نزل في الوقت ذاته عن حقه الشخصي قبل البائع بعدم المنافسة (السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج3، المرجع السابق، ص 391. 4

¹²⁶ نقض مدني رقم 352 لسنة 41 ق، جلسة 22/3/1977. عبد التواب معوض، المرجع في التعليق، على نصوص القانون 3 المدني، ويشتمل على نصوص القانون المدني معلقاً عليها بالمذكرة الإيضاحية، والأعمال التحضيرية، وأحكام النقض، من عام 1931 وحتى عام 1997، بالمقارنة بالتشريعات العربية، ج2، أوصاف مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

للإجابة على ذلك يجب التمييز بين فرضين

الفرض الأول: أن يكون الحق احتماليا بسبب عدم توافر أي عنصر من عناصر وجوده، ففي هذا الفرض لا تجوز حواله هذا الحق، لأنه معدوم، والمعدوم لا يرتب حقا ولا ينتج أثرا .

الفرض الثاني: أن يكون الحق احتماليا بسبب عدم توافر أحد أركانه فحسب لا كل أركانه فتجوز الحواله فيه، ويصلح أن يكون محلا لها، ذلك لأن تحقق الواقعة المستقبلية فيه لا تتحقق

على محض إرادة المدين، وإنما على العديد من الظروف والوقائع وكل ما هنالك هو تنظيم هذا. الحق لينفذ في مواجهة الغير، ولكن حوالته لا تتعارض مع النظام العام (١٢٧)

ومن منطلق ما سبق هل تعد قيمة الدين الممتلئة في الالتزام احتماليا بسبب عدم توافر أي عنصر من عناصر وجوده أم أن يكون الحق احتماليا بسبب عدم توافر أحد أركانه فحسب لا كل أركانه فتجوز الحواله فيه .

خلاصة الأمر إن قيمة الدين الممتلئة في الالتزام أيا كان محله غير قابل للحواله الحق كأصل لأنها مقترنا بأجل أو حقا مستقبليا" حيث محل العقد بيع الدين بالدين يتوقف على محض إرادة المدين في أدائه بالتزامه وهذا امرأ مستقبليا وغير موجود وقت إبرام عقد البيع إلا إذا اتفقا الأطراف الثلاثة بداية على التراضي بالإضافة إلى عدم تغيير محل الالتزام وإقرار المدين على ذلك ستكون محتملة الوجود وبالتالي سيختلف الحكم القانوني وستجوز الحواله الحق به"

والأصل انه لا يجوز أن يكون محل الحواله حقا عينيا (١٢٨) وتجوز في جميع الحقوق الشخصية مدنية كانت أم تجارية قابلة للحواله، سواء كان محلها مبلغا من

الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، البيع، الهبة، الشركة، القرض الصلح، طه، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص96.

127 أنور العمروسي، حواله الحق وحواله الدين، في القانون المدني، معلقا على النصوص بالفقه وقضاء النقض، ط1، 1، مكتبة دار الفكر العربية، 2003، ص14.

الأهواني، حسام الدين كامل، مرجع سابق، ص314.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ - المجلد الاول

النقود، أم أشياء مثلية، لأن حوالها الحق محلها حق الدائن وهذا الحق ينتقل بالحوالة، من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد (١٢٩) وبذلك فالحقوق الشخصية

128 الحق العيني: سلطة مباشرة لشخص ما، على شيء معين، يمنحه القانون سلطة وصلاحيّة التصرف بهذا الشيء ويقسم هذا الحق إلى حق عيني أصلي: ويمثل له بحق الملكية وحق التصرف في العقار على وجه الخصوص، ويتميز هذا الحق بأنه لا يستند في وجوده أو بقائه إلى حق آخر، يترتب عليه، بل يوجد هذا الحق مستقلاً بذاته .

حق عيني تبعي : ويمثل لهذا الحق بحق الدائن المرتهن على الشيء المرهون لديه، ويعطي هذا الحق للدائن المرتهن حق التقدم على سائر الدائنين الآخرين عند بيعه. والرهن إما أن يكون حيا زيا أو تأمينا، ويقع الأول على المنقول والعقار، ولا يقع الثاني إلا على عقار، أو ما يقوم مقام العقار كالسيارات، والحق العيني التبعي يستند في وجوده إلى حق شخصي ويتبع هذا الحق وجودا وعدما، فحق الدائن المرتهن في المرهون يستند إلى عقد الرهن ويبقى ما بقي هذا العقد قائماً، ولارتباط هذا الحق بحق شخص آخر فإن حوالته تصح (لناهي، صلاح الدين، عبد اللطيف، الوجيز، الوافي في القوانين المرعية، في الجمهورية العربية العراقية، والمملكة 3 الأردنية الهاشمية، والكويت، دراسة تحليلية انتقادية تاريخية، موازنة بين الفقه الإسلامي، وأهم القوانين المدنية، والوضعية، والعربية والغربية. مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، المصادر الإدارية، بدون ط، بدون دار نشر، عمان، 1983، ص2) - كما أن هناك فرقا جوهريا بين الحقين، وهو أن الحق العيني لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات، ومن ثم يتم نقله وينفذ بالاتفاق بين صاحب الحق، ومن يتعاقد معه أما النفاذ في حق الغير فلا يمكن أن يكون ذلك بإعلان الاتفاق إلى مدين معين كما هو الشأن في حوالة الحق، بل يتم ذلك بإجراءات أخرى، فإذا كان الحق العيني واقعا على عقار، حلت إجراءات التسجيل محل إجراءات الإعلان، أما إذا كان الحق العيني واقعا على منقول، فإن القاعدة تقضي بأن الحيازة بالمنقول سند ملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير (السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج3، تنقيح أحمد المراغي، مرجع سابق، ص1 399)

129 لفضل، منذر، مرجع سابق، 2 226 ص

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

تقبل الحوالة ، سواء كانت بسيطة أم موصوفة، بشرط أو بأجل، وسواء كانت مقررة أم حاضرة، أم مستقبلية متوقعة الحصول، ومن الأمثلة على حوالة الحقوق المستقبلية، متوقعة الحصول، "الاستحقاق في ريع الوقف، قبل حلول الموسم (١٣٠) أو إيراد

عقار مستقبل، شريطة أن تكون الغلة متحصلة في يد المتولي وإلا فلا تقبل ولا تصح إلا بالشروط سالفة الذكر (١٣١).

خلاصة الأمر يمكن الاستفادة من اختلاف آراء الفقهاء القدامى الذي تناولناه من خلال البحث لكي تترك المجال مفتوحا للحلول القانونية لكي تستوعب حالات أخرى تفرضها الضروريات العملية من خلال التوسع الكبير في تطبيقه في الوقت الحاضر، والنصوص القانونية في المستقبل لمواكبة التطور التشريعي الحاصل، وتطور المحيط الاجتماعي الذي يستهدف تنظيمه، مما يجعله متلائماً مع مقتضيات العصر الحديث والتعامل مع الأزمات الاقتصادية التي نعيشها الآن ومن منطلق ذلك وجدت أن حل الموضوع بيع الدين بالدين بالرغم من موقف القانون والشرع تلاقياً في الرأي وجدت أن الحل في ضمان عدم وقوع أطراف العلاقة الثلاثة في الربا وبعيد على معاملة بيع الكالئ بالكالئ .

كما أرى انه لا بد من موافقة المدين على بيع الدين بالدين لان محل البيع اى الالتزام في زمته وهذا لسببين الأول لعدم تغيير محل الالتزام وبالتالي وقعنا في الربا بمجرد الزيادة في المحل والثاني حفاظا على حق الدائن الجديد كما أرى أن البيع لا ينفذ منذ الإعلان بل نفاذه يتوقف عند بداية العقد بل مرهونة بموافقة المدين وهذا لمصلحة الدائن الجديد وحماية لحقوقه وضمانه له بشرط أن تكون هذه الموافقة واقعة بالتراضي ، وذلك أرى. أن هذا هو الفيصل بين الوقوع في الربا ومعاملة البيع العادية لان المعنى المفهوم من الربا هو إما الدفع أو الزيادة

130 المادة 998 / مدني أردني "تصح إحالة المستحق في الوقف غريمة، حوالة مقيده باستحقاقه على متولي الوقف إذا كانت غلة الوقف متحصلة في يده وقبل الحوالة، ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة في يد المتولي" 131 ذنون، حسن، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، بدون ط، مطبعة المعارف، بغداد، 1952، ص 25.

وكذلك الموافقة تعد إقرار من المدين بدفع المبلغ وكأنه ارتباط جديد وبذلك ينعدم الغرر بالنسبة للدائن الجديد .

المطلب الثاني

شروط بيع الديون في القانون المدني المصري

من خلال ما تناولناه تبين لنا هناك شروط يجب توافرها في حالة بيع الدين بالدين سوف نقوم بإيجازها:

- ١- يكون الدين المحال عليه قد حل.
- ٢- أن يكون الدين المحال مساوياً للمحال عليه في المقدار والجنس والصفة.
- ٣- أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل.
- ٤- انعقاد برضا أطرافه الثلاثة الدائن الاصلى والدائن الجديد والمدين اى بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول .
- ٥- أن يكون صادراً عن ذي أهلية، وغير مشوب بعيب من عيوب الرضا .
- ٦- اشتراط شكل معين لانعقاد العقد وهذا على عكس ما جاء في وأكدت محكمة النقض المصرية (١٣٣) .
- ٧- أن يكون المحيل والمحال عليه جائز التصرف.
- ٨- لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين، أو قبل الغير، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها على أن نفاذها قبل الغير، بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ (١٣٣)

¹³² عدم اشتراط رضا المحال عليه لانعقاد حوالة الحق فقضت بأنه: "وفقا لما جاء بالمادة (303) مدني، فإن حوالة الحق يكفي لانعقادها تراضي المحيل والمحال له، ولا حاجة في ذلك لرضاء المحال عليه، وهذا النهج الذي سار عليه المشرع المصري هو نهج التشريعات الحديثة التي تجيز أن يظل المدين بمعزل عن تعاقده المحيل . والمحال له، مراعية في ذلك أن المدين يستوي لديه استبدال دائن بأخر تتعقد بيع الدين بجميع شرائط انعقادها وصحتها، عند التزام المحيل، بنقل ذات الحق، المحال به ، فينتقل ذات الحق المحال به بأكمله الى المحال له، ولو كان الأخير قد دفع فيه ثمناً أقل . أو لم يدفع شيئاً مطلقاً/ نقض مدني، جلسة 1977 /22/3، مجموعة المكتب الفني، سنة 28ق. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص3/63.

جاء هذا النص كما يلاحظ ضمانه لحماية المدين "المحال عليه" والغير وذلك باشتراط علمهم الصحيح بالحوالة، والمتمثل بالإعلان أو القبول، لنفاذها في حقهم، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الخاتمة

نتائج البحث

عقد بيع الدين بالدين هو اتفاق بنقل الالتزام أو ببيع دين مؤجل لم يقبض بدين مؤجل آخر لم يقبض في مجلس العقد ويكون بيعه لمن في ذمته الدين أو لغير من عليه الدين سواء أن كان القبض في الحال أو بالدين الآجل .

تبين لنا أن معاملة بيع الدين بالدين عقد ذو طبيعة خاصة لأنه ليس بيعا بالمعنى القانوني لخلوه من بعض العناصر المكونة لعقد البيع سالفه الذكر ولكن يمكن أن نخلع عليه لفظ استبدال أو حلول دين بدين وليس بيعا وهذا ساعدنا

وهو توجه ايجابي من المشرعين، ذلك أن حوالة الحق تتعقد دون حاجة لرضاء المحال عليه، وبالتالي فإن عدم علمه بها ووفاءه لدائنه الأصلي أو مقاضاته بأي سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد أو المقاصة أو 3. الإبراء يعد تعاملًا صحيحًا، ومبررًا لزمته وله حق الدفع به في مواجهة المحال له - والإعلان يعود إلى أنه ليس من العدل أن يتحمل المحال عليه تبعه الوفاء بالتزامه مرتين أي للمحيل وللمحال له، لذا اشترط علمه بالحوالة سواء كان هذا العلم بالإعلان، أو بالقبول، حتى يعلم علمًا يقينياً لمن يوفي وإذا أوفى لأحد المتعاقدين يضمن عدم مطالبته من قبل الآخر - هذا على خلاف ما ذهب إليه الفقيه السنهوري ونحن نوافق الرأي في أن الحق محل الحوالة ينتقل بمجرد انعقادها من المحيل إلى المحال له دون أن يتوقف ذلك على نفاذها في حق المدين أو الغير، ونبرر ذلك بأن الحق المحال¹³³ به، إن كان حقاً شخصياً فإنه يعد منقولاً معيناً بالذات فتنتقل ملكيته بين المتعاقدين، أي المحيل والمحال له بمجرد العقد دون حاجة إلى إجراء آخر"

فيري البعض ان السنهوري جانبه الصواب لان شرط نفاذ حوالة الدين هو الإعلان وليس الانعقاد وهذا الذي ذهبت اليه محكمة النقض المصرية حيث قضت "لا تنتفذ حوالة الحق بأي طريق آخر حتى لو تم التحقق من علم المدين بالحوالة، بل حتى لو أقر بذلك المدين نفسه واشترط القبول

كثيرا على معرفة الحكم الشرعي له وكذلك القانوني حيث تفاديا الوقوع في الربا وتماشيا مع متطلبات واحتياجات العصر .

وجدنا فقهاء المالكية بالرغم من انهم ذهبوا الى أخذهم بحكم الحديث الضعيف سابق الذكر فقد توسعوا واجتهدوا أكثر من المذاهب الأخرى من عدة نواحي فأجازوا بيع المعدوم بالمعدوم بشرط ومن منطلق ذلك أجازوا بيع الدين بالدين .

رجحنا رأي ابن تيمية ، القائل بانه لا يوجد دليل شرعي في الكتاب و السنة أو الإجماع على عدم جواز بيع المعدوم ، وإنما الذي ورد في السنة هو النهي عن بيع الأشياء التي هي معدومة كما في النهي عن بعض الأشياء الموجودة فليست العلة في منع الغم ولا الوجود بل الذي جاء في السنة النهي عن بيع الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء أكان موجودا أم معدوما ، أي عدم إمكانية أو استحالة تسليم المبيع فإذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهنا يتحقق الغرر .
وبناء عليه فمن رأى أن بيع الدين بالدين غير جائز على أساس انه بيع معدوم بمعدوم تتوفر فيه الغرر فهذا غير صحيح قياسا على رأى ابن تيمية والمالكية فهو جائز عندهم والراجح لدينا شريطة أن يكون الدفع ليس من جنس الدين، بالإضافة بالشروط التي سبق وان ذكرناها .
والله اعلم

أرى أن لتغطية حاجات المسلمين كي لا يعيش المسلم في تناقض بين واقعه ومقتضيات عقيدته لا حرج لو تراضيا " وهذا الذي عبر عنه فقهاءنا القدامى عندما اشترطوا تحديد الثمن وقت انعقاد العقد " من البداية على مبلغ معين عند التأخير في السداد لماذا نصنفه على انه ربا ؟ لما لا نقول عليه تعويض عن تأخير أو فرق في الزيادة النقدية للقيمة المالية طالما هناك ضمان لعدم الوقوع في الغرر أو إرهاق للمدين لأنه هناك استفادة للطرفين وليس طرف واحد على حدة والدليل قول الله تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم.. "

هناك ناقوس خطر وددت الإشارة إليه من خلال البحث عملاً بقاعدة سند الذرائع والحد من التعامل بالديون وذلك على الصعيد الدولي نرى ان عدم قدرة المدنيين على دفع ديونهم جعلهم يفقدون استقلالهم السياسي حيث بينت الأيدولوجية التي استغلت بها الدول الاستعمارية القروض والديون للتدخل في الشؤون الخاصة للدول ولذلك اقترح عملاً بقاعدة سالفة الذكر بان يستعاض عن تجارة الديون في أسلوب استثمارها بالمشاركة، وهذا تطبيقاً للنظرية التي رآها الإسلام منذ خمسة عشر قرناً وكذلك الاقتصاديون أنفسهم لضمان تلافى الأسباب أنفة الذكر عدم تناقص القيمة الحقيقية لرؤوس الأموال واستفادة كل الأطراف .

لو سلمنا جدلاً بان السبب في العمل بحديث ابن عمر و رافع بن خديج الغير متفق عليه هو تلقى الأمة بالقبول عليه والإجماع على العمل به فمفاد ذلك أن العصر الذي تلتت الأمة فيه بالقبول على هذا الحديث كان تماشياً لمتطلبات ذلك العصر في وقته أما ما نحن عليه الآن من أزمت داخلية وعالمية لتراكم الديون وتضخمها وتجمدها وعدم إمكانية تسيلها بالتوريق مثلاً لا يتناسب هذا الإجماع على الظروف الاقتصادية الصعبة التي نعيشها الآن فلا بد من الموائمة بين الإجماع على العمل بهذا الحديث الضعيف في عصر ما ومدى إمكانية العمل به وتلقيه والإجماع عليه على ظروف الواقع الذي نعيش عليه الآن وهذا لن يحدث إلا بوضع ضوابط شرعية لتطبيقه في حالات الضرورة مع الأخذ في الاعتبار بعمل قاعدة سد الذرائع .

علقنا على البند الأول من قرار مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة لسنة ١٩٨٥م حيث أنها تنصرف إلى نفس المعنى للفقرة (أ) من البند الثاني لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة/٢٠٠٢م، على أنه

هل لو اتفق الطرفان من بداية العقد على انه إذا تأخر المدين عن سداد الدين إلى وقت محدد المدة أي لأجل آخر محدد هل يستحق الدائن زيادة معينه عن فرق المدة كتعويض مثلاً وهل عنصر التراضي الطرفان بأعتبار انه شرط من شروط انعقاد العقد يبعدنا من الوقوع في الربا وهل الحكم يختلف لو اتفقا من البداية على

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

دفع مبلغ معين عند التأخير في سداد الدين كتعويض عما حدث من ضرر من جراء هذا التأخير أم إننا سنقول لا اعتبار للرضا لأنه رضا وقع على أمر خالف شرع الله ، ومن بني على باطل فهو باطل

أرى أن لتغطية حاجات المسلمين كي لا يعيش المسلم في تناقض بين واقعهم ومقتضيات عقيدته لا حرج لو تراضوا من البداية على دفع مبلغ معين عند التأخير في السداد لماذا نصنفه على انه ربا ؟ لما لا نقول عليه تعويض عن تأخير أو فرق في الزيادة النقدية لقيمة الورقة المالية طالما هناك ضمان لعدم الوقوع في الغرر أو إرهاب المدين لأنه هناك استفادة للطرفين وليس طرف واحد على حدة والدليل قال الله - تعالى - الذي اشترط التراضي

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم.." ومن منطلق ذلك أرى أن الفیصل بين هذا وذاك هو رضاء المدين

ورأينا أن ما ورد في البند الرابع من نفس المؤتمر المنعقدة بمكة المكرمة من العجيب إجازة المشرع لشراء السلعة بثمن مؤجل أكثر من ثمنها الحالي في الوقت الذي لم يجز فيه - بيع الدين للمدين بثمن مؤجل أكثر من مقدار الدين فقيمة الدين أو السلعة النقدية في وقت انعقادها يزداد مع مرور الوقت تماشيا لسعر السوق فكيف يتساوى سداد قيمة الدين اليوم مع قيمته بعد سنة مثلا من تاريخ استحقاقه .

كما نؤيد ما ذهب إليه إلى فضيلة الإمام الدكتور/ محمد سيد طنطاوي في فتوى مجمع البحوث الإسلامية حول استثمار الأموال في البنوك التي تحدد الربح مقدما ولكن بشروط معينة تحميها من الوقوع في الربا .

وجدنا أن الفرق بين المعاملة الائتمانية والبيع الكالئ تتبلور في الآتي بيع الكالئ وإن اتفق مع المعاملة الائتمانية في عنصر الزمن إلا أنهما اختلفا في شرط تسليم أحد البديلين في الحال؛ أي متزامنا مع بداية العقد كما أرى انه هناك اختلاف آخر في المعاملة الائتمانية يتفق الأطراف بداية على الفائدة أو فرق السعر للسلعة أو المال عند التأخير وهو ما يسمى أحيانا الجدولة أما في السلم في اغلب الأحيان يقول المقرض عند التعثر زبديني في المال أزيدك في المدة وهذا هو تعريف الربا .

عارض بعض الظاهرية والشافعية وهو قول مرجوح عند بعضهم ورواية عند الحنابلة وبعض الصحابة والتابعين بيع الدين لمن هو عليه مستدين إلى أن الدين ليس له وجود حقيقي، فبيعه بيع معدوم، وذلك لا يجوز في غير السلم و أن بيع الدين بيع ما لا يعلم وجوده من عدمه، ولا يعرف بعينه وهذا من بيع الغرر المنهي عنه كما يروا أن الدائن إذا باع دينه فقد باع ما ليس عنده وذلك منهي عنه نرى كما يرى البعض إن التسليم بعدم صحة بيع كل معدوم أمر غير منطقي إذ لا دليل عليه كذلك مسألة الدين وإن لم يكن موجودا حقيقة إلا أنه في حكم الموجود في ذمة من هو عليه، بدليل ورود الأحكام الشرعية عليه كالحالة والزكاة.

وأجاز بيع الدين ممن هو عليه بشروط أوردناها وناقشناها بالتفصيل في بحثنا جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة و بعض الصحابة والتابعين مستدين إلى أن الأصل في العقود الصحة والجواز

لا ريب من أن ظاهرة الديون تثير مسائل كثيرة تحتاج إلى نظر والدراسة ولكن بعد دراستنا لجميع الآراء الفقهية وتحليله وتماشيا مع ما ذهب إليه وجدنا أنها تدور كلها في فلك واحد وهو مقابل الدين وربطه بالأجل والجل الوحيد هو بيع الدين عن طريق الحوالة بالمقابل المالي المناسب مع مراعاة اجل وتاريخ الاستحقاق بشرط الدفع الأجل أي الحال أو تعيينه واضيف على ذلك ضرورة رضاء المدين لاستقرار محل الدين بذمته

نحن نتفق مع من أجاز بيع الدين وصنفه على انه سلعة وليس مالا ولكن بالضوابط الشرعية أنفة الذكر فالدين الذي ينشأ عن بيع البضائع والخدمات من خلال أساليب تمويل تتفق مع الشريعة الإسلامية وخاصة انى لي تحفظ على ما تسمية بنك إسلامي وغير إسلامي أرى أن الموضوع عبارة عن مسألة رواج اقتصادي ليس إلا وخاصة إننا نعيش تحت ظل دولة إسلامية دستورها الإسلام وأي نظام موجود بها يخالف دستورها بطل فما بالك بالنظام الاقتصادي الذي تقوم عليه الدولة بأكملها القائم على البيوع،

نرى الأمر الذي ينقص البنوك المصرية فحسب هو إعادة النظر في هيكلة المعاملات البنكية ودراسة الأنظمة الإسلامية وإلقاء الضوء عليها للاستفادة منها خاصة أن شريعتنا السمحاء لم تخلوا من أنظمة تتناسب مع كل زمان ومكان إلى أن تقوم الساعة ، ومن أمثلة الأنظمة التي تتفق مع الشريعة نظام المرابحة .

لا مفر من اللجوء إلى الحوالة المدنية للحفاظ على حقوق والتزامات الدائن والمدين، ولتنظيم تسهيل إيفاء واستيفاء الحقوق وإن قامت بها فكرة المضاربة فهي تقوم على أساس التساوي في الحقين محل الحوالة، لأنها إرفاق محض لا تقبل جعلاً لأحد أطرافه وهذا كان متعارف عليه عند فقهاؤنا القدامى .

ذهب فقهاء القانون المدني المصري على جواز بيع الدين لمن هو عليه ونحن نشاركهم الرأي ولكن بشروط منها أن يكون الدين معلوماً وموثقاً فإذا سدد الدين انتهى الدين وبرئته ذمته .

حاولنا تكييف دعوى الحلول في القانون المدني المصري على معاملة بيع الديون نقداً لأن بهذه الطريقة بعدنا عن الوقوع في شبهة الربا وكذلك الغرر وذلك بضمان حقوق أطراف العلاقة الثلاثة وجدنا أن طبيعة معاملة بيع الدين بالدين لغير المدين في القانون المدني المصري عبارة عن عرض وطلب بمعنى وجود طرف ثالث الدائن الجديد فيها لن يظهر إلا إذا توافر عنصر المصلحة له وبالتالي وبرضاء الدائن الاصلى سنبعد عن شبهة الربا وستعد هذه المعاملة بدل دين بدين وليس بيعاً وهذا التصور سيبعدنا عن الغرر والغش بشرط أن تستقر قيمة الدين الأصلية الملتزم بها للمدين وكذلك أرى أن اشتراط رضاه أمر اساسي وإلا وقعنا في الربا . ناهيك على أن الفیصل بين الاثنین یتمثل في أن بدل الدين بالدين يقع بالتراضي بين الطرفين أي باقتران الإيجاب بالقبول أي مسالة عرض وطلب اما الربا فهو واقع تحت ضغط ادفع أو ازيد فلا يوجد اختيار بعكس بيع أو بدل الدين بالدين بالصورة التي بينتها .

رجحنا تكييف حوالة الحق في القانون المدني المصري على معاملة بيع الديون نقداً لأن بهذه الطريقة بعدنا عن الوقوع في شبهة الربا وكذلك الغرر وذلك بضمان حقوق أطراف العلاقة الثلاثة وذلك بتسليم سند الحق المحال به ووسائل

إثباته حيث الأصل أن يلتزم المحيل، بأن يسلم للمحال له سند الدين، المحال به ويقدم له وسائل إثباته، ذلك أن الحوالة غالباً ما تكون عقداً تبادلياً، يكون فيه المحيل هو البائع، والمحال له هو المشتري، وعلى تقدير ذلك فإن تسليم هذا السند يعد وسيلة لاستيفاء الحق أو الدين .

وكذلك يشترط إلا يتغير مقدار أو محل الالتزام المنشئ على المدين وبناءاً على نص المادة (٣٠٣) القانون المدني مدني مصري ولا يشترط رضا المدين في حالة أن يكون هناك ثمن للدين إى بمقابل وليس أجل إى بدين . وجدنا انه لو طبقنا معاملة بيع الدين بالدين عن طريق حوالة الحق في هذه الحالة لن يتحقق عدم اشتراط رضا المدين إى المحال عليه بين باقي أطراف العلاقة لان اشتراطه وعلمه أمر ضروري وإلا وقعتا في شبهة الربا حيث رضانه شرط اساسى لضمان عدم تغيير محل التزامه المحال به إى مبلغ الدين الملتزم به سواء للدائن الاصلى أو الجديد وبالتالي لا نستطيع تطبيق المادة ٣٠٣ الخاصة بحوالة الحق على بيع الدين بالدين إلا إذا بقى الالتزام كما هو ما بين المدين وكلا من (المحيل) الدائن الاصلى و(المحال له) لدائن الجديد

لابد من موافقة المدين على بيع الدين بالدين لان محل البيع إى الالتزام في زتمته وهذا لسببين الأول لعدم تغيير محل الالتزام وبالتالي وقعتا في الربا بمجرد الزيادة في المحل والثاني حفاظا على حق الدائن الجديد كما أرى أن البيع لا ينفذ منذ الإعلان بل نفاذه يتوقف عند بداية العقد بل مرهونة بموافقة المدين وهذا لمصلحة الدائن الجديد وحماية لحقوقه وضمائه له بشرط أن تكون هذه الموافقة واقعة بالتراضي وذلك لانى أرى أن هذا هو الفيصل بين الوقوع في الربا ومعاملة البيع العادية لان المعنى المفهوم من الربا هو اما الدفع أو الزيادة ، وكذلك الموافقة تعد إقرار من المدين بدفع المبلغ وكأنه ارتباط جديد وبذلك ينعدم الغرر بالنسبة للدائن الجديد .

يمكن الاستفادة من اختلاف آراء الفقهاء القدامى الذي تناولناه من خلال البحث لكي نترك المجال مفتوحا للحلول القانونية لكي تستوعب حالات أخرى تفرضها الضروريات العملية من خلال التوسع الكبير في تطبيقه في الوقت الحاضر، والنصوص القانونية في المستقبل لمواكبة التطور التشريعي الحاصل،

وتطور المحيط الاجتماعي الذي يستهدف تنظيمه، مما يجعله متلائماً مع مقتضيات العصر الحديث والتعامل مع الأزمات الاقتصادية التي نعيشها الآن ومن منطلق ذلك وجدت أن حل الموضوع بيع الدين بالدين بالرغم من موقف القانون والشرع تلاقياً في الرأي وجدت أن الحل في ضمان عدم وقوع أطراف العلاقة الثلاثة في الربا ويعيد على معاملة بيع الكالئ بالكالئ.

فهرس المصادر

- سورة النساء / الآية ٢٩
- سورة البقرة / الآية ٧٥ ، الآية ٢٧٨ : ٢٨٢
- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي / المؤلف عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي / الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة / الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ
- تحفة الفقهاء / المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي / الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان / الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ - ٢ / المؤلف الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي / دار إحياء الكتب العربية / رقم الطبعة: د.ط : د.ت مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٢ - ٢ - كتاب البيع / المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي / الناشر: / الرياض / دار عالم الكتب، ط ٣، ١٩٩٧ م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين - ٣- / أبو زكريا يحيى بن شرف النووي / المكتب الإسلامي / سنة النشر: ١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م.
- وفتح القدير لابن الهمام ٥ - ٤٣٠ / المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام / الناشر: دار الفكر / الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ
- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج / فروع الفقه الشافعي / محمد بن شهاب الدين الرملي / دار الفكر / سنة النشر: ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م / رقم الطبعة: ط أخيرة ٣ / ١٣١
- فروع الفقه المالكي / منح الجليل شرح مختصر خليل / ١ / ٣٦٢ - محمد بن أحمد بن محمد (عليش) / دار الفكر / سنة النشر: ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م / رقم الطبعة: د.ط
- أسنى المطالب ١ أسنى المطالب في شرح روض الطالب / المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي / الناشر: دار الكتاب الإسلامي / الطبعة بدون طبعة وبدون تاريخ

- نيل الأوطار/ المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليميني/ دار الحديث، مصر/ الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م
- الروضة الندية شرح الدرر البهية ٩٩/٢ الكتاب : المؤلف : أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي / الناشر دار المعرفة/ مصدر الكتاب : موقع مكتبة المدينة الرقمية
- فتح العزيز ٤ الشرح الكبير وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي / المؤلف عبد الكريم بن محمد الراقعي القزويني / الناشر: دار الفكر
- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٢ / المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية / الناشر دار الكتب العلمية - بيروت / الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م
- المستدرک علی الصحیحین (٢ / ٧٥) / أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري / دار المعرفة/ سنة النشر: ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع (٤/٥٢٢) / المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي / الناشر: (بدون ناشر)/ الطبعة: الأولى - ١٣٩٧هـ
- مجموع الفتاوى لابن تيمية ج ٢٠ / المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني / المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم/ الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية/ عام النشر: ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م
- المنتقى شرح الموطأ ج ٥/ المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التنجيبي القرطبي الباجي الأندلسي/ الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر / الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ. (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة - الطبعة: الثانية، بدون تاريخ).
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ج ٣ / المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري / تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد / الناشر: مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة / الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٤ / المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي / الناشر: دار إحياء التراث العربي / الطبعة: الثانية - بدون تاريخ .
- عنوان الكتاب: رد المحتار على الدر المختار ج ٤ (حاشية ابن عابدين) ويليه قرّة عيون الأخيار وتقريرات الرافعي / المؤلف: محمد أمين بن عمر عابدين / الناشر: عالم الكتب / سنة النشر: ١٤٢٣ - ٢٠٠٣ .
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ج ١٨ المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي / الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان / الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- القواعد النورانية الفقهية / شيخ الإسلام ابن تيمية / دار ابن الجوزي / سنة النشر: ١٤٢٢ هـ
- رد المحتار على الدر المختار / المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي / الناشر: دار الفكر - بيروت / الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م
- حاشية ابن القيم علي سنن أبي داود / المؤلف : محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية / الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت / الطبعة الثانية ، ١٤١٥
- كشاف القناع عن متن الإقناع / منصور بن يونس البهوتي / دار الفكر / سنة النشر: ١٠١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م . / رقم الطبعة: دط
- المستدرك على الصحيحين / أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري / دار المعرفة / سنة النشر: ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م
- يدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٩٨٦م) ج ٧، ص ١٧٣. أبو الوليد محمد، ابن رشد،
- مسائل الإمام أحمد بن حنبل لإسحاق بن هاني تحقيق زهير الشاويش المكتب الإسلامي ج ٢ .

- الصحاح للجوهري الجزء الثالث الصحاح إسماعيل بن حماد الجوهري العناية على الهداية للباترتي المطبوع مع فتح القدير ٦ / ٢٤٦ .
- فتح القدير للكمال بداية المجتهد : ١٥٦ / ٢ ، لابن رشد الناشر دار الحديث - القاهرة بدون طبعة

- التعريفات للجرجاني دارالكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الاولى ١٤٠٣ - ١٩٨٣ م .
- كتاب البيوع والأقضية، من رخص في اقتضاء الذهب من الورق
- ابن منظور، لسان العرب المحيط. معجم لغوي علمي. قدم له العلامة عبد الله العلايلي. الحروف (أ. د) المجلد الأول. إعداد وتصنيف يوسف الخياط. دار لسان العرب، بيروت بدون سنة نشر
- ابن منظور، جمال الدين، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسن الله، وهاشم محمد الشاذلي (القاهرة: دار المعارف، د. ط، د. ت) باب العين، م ٤.
- محمد بن أبي بكر، الرازي، مختار الصحاح، (بيروت: مكتبة لبنان، ط ١، ١٩٨٩م)
- غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر للحموي ٤ / ٥.
- أحمد بن محمد، الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (القاهرة: المطبعة الأميرية، د. ط، ١٩٢٢م) ج ١.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج ٩، تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة، دار العرب الإسلامي، سنة ١٢٨٥.
- صحيح البخاري، ج ١، جمع جوانب الأحاديث والأسانيد، ومكنز الصحاح والسنن والمسانيد، جمعية المكنز الإسلامي للنشر والتوزيع، ١٤٢١ هـ.
- الدكتور نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة، ١٩٩٥
- الدكتور المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية بدون سنة نشر
- الدكتور محسن أحمد، الخضير، الديون المتعثرة الظاهرة.. الأسباب.. العلاج

(القاهرة: إيتراك، ط ١، ١٩٩٦م)

- الدكتور حسين فتحي عثمان : التوريق المصرفي للديون ، الممارسة والإطار القانوني

بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي

www.arablawinof.com

- الدكتور عدنان الهندي : التوريق كأداة مالية حديثة بحث منشور في مؤلف اتحاد

المصارف العربية لعام ١٩٩٥

- الدكتور سعيد عبد الخالق : توريق الحقوق المالية ، كتاب منشور خلاصته في موقع البوابة القانونية

- الدكتور نزيه حماد بيع الكاليء بالكاليء بحث منشور في مركز البحوث جامعة أم القرى وموجود الكترونياً على برنامج El PDF / بيع الدين ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ع ١١ ج ١

- الدكتور يحيى، عبد الودود، ، حوالة الدين، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونيين الألماني والمصري، بدون ط، دار النهضة العربية للنشر، ١٩٩٢،

- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث ، نظرية الالتزامات بوجه عام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي، الناشر دار الشروق ، ٢٠١٠ .

- جميل الشرقاوي ، دروس في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، بدون ط، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ١٩٧٧

- أنور طلحة ، انتقال وانقضاء الحقوق والالتزامات، بدون ط، المكتب الجامعي الحديث للنشر، ٢٠٠٦

- أنور العمروسي، ، حوالة الحق وحوالة الدين، في القانون المدني، معلقا على النصوص بالفقه وقضاء النقض، ط ١ ، مكتبة دار الفكر العربية، ٢٠٠٣،
- سمير تناغو ، وآخرين، القانون والالتزام، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، مكتبة دار المطبوعات الجامعية، مصر، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٧،.
- جلال عدوي، ، وأبو السعود رمضان، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، بدون ط الناشر منشأة المعارف، ١٩٩٦ ، بالإسكندرية)
- الدكتور عبد التواب معوض، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨ ، المرجع في التعليق، على نصوص القانون ٣ المدني، نقض مدني رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ ق، جلسة ٢٢/٣/١٩٧٧.
- النشرة الاقتصادية للبنك الأهلي المصري ، العدد ٣ المجلد ٤٢ عام ١٩٨٩
- مجلة الوقائع المصرية، العدد ١٠٨، بتاريخ ٢٩/٧/١٩٤٨م.
- الموسوعة الفقهية، النموذج الثالث، الحوالة ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة تمهيدية، بدون سنة نشر
- مجلة الجمعية الدولية للاقتصاد الإسلامي ١٩٩١م من جملة بحوث الاقتصاد الإسلامي العدد الأول من المجلد الأول
- جريدة وول ستريت جورنال أعداد مختلفة سنة ١٩٩٣م
- روزا لوكسمبورغ، تراكم رأبي المال ، المجلد الثاني ، منشورات كاليمار الفرنسية
- كتاب Harry Figgie, Gerald Bankruptcy 1995 لمؤلفيه
- Swanson من دار Little Bron في نيويورك ١٩٩٢م
- مجلة أكونومست ١٧ ديسمبر ١٩٩٤م .
- أنظر في تفصيل ذلك Moris Silver, Economic structure of the Ancient Neareast, London , Croom Helm , 1985 وما بعدها .
- J. Huet, op. cit, no 11104
- R.H. Rupert P.11

أهمية الإصلاح الضريبي الشامل في زيادة
الحصيلة الضريبية لعلاج العجز المُزمن في
الموازنة العامة في مصر

د المأمون علي عبد المطلب جبر

استاذ م بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

قسم القانون العام
(اقتصاد ومالية عامة)

مقدمة

يشهد العقد الحالي إصلاحاً اقتصادياً واسع النطاق في معظم البلدان النامية بما في ذلك الدول العربية، وذلك بهدف زيادة معدلات النمو الاقتصادي وإحداث توازن في الموازنة العامة للدولة وفي ميزان المدفوعات من خلال ترشيد الإنفاق العام وزيادة الموارد الضريبية وتنشيط الصادرات وزيادة الاستثمارات والادخار، وإعطاء دور حيوي وهام للقطاع الخاص في المساهمة في عملية التنمية وإصلاح القطاع العام، وكذلك كبح جماح الاستهلاك من خلال إلغاء الدعم وفرض الضرائب على الاستهلاك ومعالجة المشكلات الاجتماعية كالفقر والبطالة وتدني مستويات الدخل، وقد نجحت بعض الدول في تنفيذ برامجها الإصلاحية. وما زال البعض الآخر يتعثر في ذلك لوجود صعوبة بالغة في التوفيق بين الأهداف المتناقضة كترشيد الاستهلاك وضغط الإنفاق و يمثل الإصلاح الضريبي - في مفهومه الشامل - مهمة شاقة بكل المعايير حيث يجب أن يتصدى للموازنة الصعبة بين أدوار و أهداف للسياسة الضريبية متفق عليها ولكن قد تتعارض بطبيعتها و تقصد بها الدور الاجتماعي (تحقيق العدالة في التوزيع) و الدور الاقتصادي (رفع كفاءة استخدام و تخصيص الموارد) و الدور المالي (ضمان كفاية الإيرادات السيادية) و لتحقيق هذه الموازنة الصعبة هناك شروط و مبادئ يجب توافرها تتمثل في شمول المجتمع الضريبي و ملاءمة هيكل الأسعار لاعتبارات العدالة و الكفاءة و كفاءة الإدارة الضريبية. (١)

(١) د جنات فاروق السمالوطي، إصلاح المالية العامة في مصر، المؤتمر التاسع للاقتصاد ٧-٨ يونيو

٢٠٠٥م، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ص ٢

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

لذلك اتجهت معظم تجارب الإصلاح الضريبي حديثا على مستوى العالم إلى توسيع القاعدة الضريبية و إلى ترشيد الاعفاءات مقابل تخفيض معدلات الضريبة مع رفع كفاءة الإدارة الضريبية .

وتهدف الأنظمة الضريبية لخدمة مصالح الاقتصاد الوطني عند تمويل المشاريع الاقتصادية والخدمات الاجتماعية وتحقيق الأهداف السياسية للدولة، كما تشكل الأنظمة الضريبية الأداة العامة لدفع عجلة التنمية الاقتصادية، فبدون تمويل لا يمكن أن تتحقق المشاريع والبرامج التي تعدها الدول ، وبدون ضرائب لا تتحقق العدالة الاجتماعية التي تشكل الهدف الأساسي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

أن مسألة الإصلاح الضريبي لأهميته في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول المتقدمة والنامية على السواء ، حيث تتجه الدول باستمرار لإصلاح أنظمتها الضريبية لتواكب المتغيرات المحلية والدولية المختلفة ، وتمحور سياسات الإصلاح الضريبي في إصلاح التشريع الضريبي ، وإصلاح المجتمع الضريبي ، وإصلاح الإدارة الضريبية ، وبعد إصلاح الإدارة الضريبية العنصر الحاسم في نجاح منظومة الإصلاح الضريبي فهي حلقة الوصل بين التشريع والمخاطبين بأحكامه. أن الإصلاح الضريبي بصورة عامه هو عملية تشمل تبسيط للنظام الضريبي القائم من خلال تقليل عدد أسعار الضريبة وجعلها أكثر واقعية وتوسيع الأوعية الضريبية مع استبعاد الفقراء والتخفيف عن كاهلهم بشكل يقلل من المصروفات الضريبية ويُفعل من النظام الضريبي ويجعله أكثر اتساقاً وتناغماً مع الأداء الداخلي المطلوب والتطورات الخارجية المُتسارعة ، كذلك فإن التركيز على اهداف محددة واقعية منها الإيراد وهو من مُتطلبات الإصلاح لذلك فإن النضحية بالإيراد يجب أن لا تكون غير محدودة ولا نهائية.

- هذا وسوف نحاول في هذا البحث وضع مجموعة من الحلول لعلاج المشاكل التي تواجه التشريع الضريبي في مصر وسوف نجد ان اول المشاكل التي تواجهنا في مصر هي عدم فاعلية النفقات العامة فنجد ان افراد المجتمع في مصر يلجأون الى التهرب الضريبي او التجنب الضريبي لانهم لا يلمسوا اى مردود للضرائب المدفوعة حسب ثقافتهم تجاه الضريبة العامة.

فالنظرة العامة في مصر انه لا يوجد نفقات عامة حقيقية وان وجدت لا تعادل قيمة الحصيلة الضريبة . كما ان الإنفاق العام لا يتسم بالكفاءة والرشد لان الدولة لا تمتلك المقومات الصحيحة لعلاج المشاكل الاقتصادية، كما ان القطاع الخاص في مصر ضعيف وغير قادر على قيادة عملية التنمية كما ان موارده محدودة وتحمله باعباء ضريبية أكبر سوف يؤثر على ادائه الاقتصادي مع الوضع في الاعتبار التحديات الداخلية والخارجية التي تمر بها البلاد بعد ثورة ٣٠ يونيه ومدى حاجة الخزانة المصرية لموارد تكفي لمواجهة التحديات مما يتطلب البحث عن موارد جديدة منها حقوق الدولة المهدرة من خلال مايسمى بالاقتصاد الموازي أو الأسود الخفي وهدره لما يربوا عن أكثر من ثلاثمائة مليار جنيهه ضرائب مُستحقه لاقتصاد خفي يزيد عن ٢,٢ مليار جنيهه حسب دراسة حديثة لاتحاد الصناعات المصرية مارس ٢٠١٥.

أولاً- أهداف البحث:

انطلاقاً من مشكلة البحث فان الهدف منه هو دراسة الأداء الضريبي في مصلحة للضرائب المصرية ودراسة التعديلات المترتبة على القرار بقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ والدوائعي الاقتصادية لإصدارها والاثار المترتبة عن غياب مفهوم الشفافية مع مفهوم الإفصاح في تعاملات المصلحة مع المكلفين وتعامل المكلفين مع المصلحة ، حيث يهدف العمل بهذين المفهومين إلى بيان الدور الايجابي الذي يمكن ان يلعباه هذين المفهومين في الحد من الفساد

الإداري والمالي وإعطاء المصدقية لعملية الحساب الضريبي. ومن ثم زيادة الحصيلة الضريبية.

أن دراسة واقع النظام الضريبي المصري الحالي يهدف إلى :

- مقارنة الظروف الحالية بالظروف الضريبية السابقة ومعرفة هل النظام الضريبي في مصر يتم تعديله على المسار السليم أم لا بعد ثورة ٣٠ يونيو ٢٠١٣م.
- محاولة وضع مجموعة من الحلول للقضاء على مشكلة التهرب الضريبي والتجنب الضريبي.
- نقص الوعي الضريبي لدى المكلفين واعتقادهم أن الضريبة تلتهم أموالهم الخاصة دون مقابل مما يدفعهم إلى استعمال كل الطرق من أجل التهرب من الضريبة .
- محاولة وضع قواعد لتلائم السياسة الضريبية المالية للدولة وان تساعد الإدارة الضريبة على علاج مشاكل التحصيل الضريبي.
- تحسين شفافية النظام الضريبي المصري بتبسيط إجراءاته، ومكوناته بشكل يسهل التحكم فيه ، بالنظر إلى تواضع مستوى تأهيل الإدارة الضريبية.

- بيان مدى قدرة النظام الضريبي المصري في المساهمة في علاج العجز المزمع في الموازنة العامة للأمة المصرية.

ثانياً- منهجية البحث:

تعد منهجية البحث الخطوة الأولى التي توضح المسار العلمي الذي اختاره الباحث، إذ سيتم من خلالها تناول مشكلة البحث وتحديد أبعادها كما سيتضمن أهمية البحث واستعراض الفرضية التي تم بناؤها وصولاً إلى الهدف المطلوب تحقيقه ومن ثم تحديد أسلوب البحث

وعينته مع بيان المدة التي يقع ضمنها البحث ووسائل جمع البيانات التي ستستخدم في إعداد البحث.

للوصول إلى الأهداف المُسطرة يمكن تبني المناهج التالية:

- المنهج الوصفي: للتعرف على ظروف وملابسات الأزمة وأجواء تطورها.
- المنهج التحليلي: لمعرفة المسببات الأساسية للأزمة ومدى نجاح السياسات المتبعة لمواجهتها.
- المنهج الاستقرائي يعتمد الباحث على الأسلوب الاستقرائي في الدراسة العلمية من خلال دراسة التطور التاريخي للنظام الضريبي المصري ومحاولات التطوير المستمرة ومحاوله الخروج من هذه المراحل بنظرة علمية توضح كيفية تفعيل النظام الضريبي في مصر ليتلائم مع واقع الظروف الاقتصادية والمالية الحالية وسوف تكون خطة البحث كما يلي:
- دراسة الإطار النظري للنظم الضريبية
- مقارنة النظم الضريبية في الدول المختلفة (راسمالية - اشتراكية - نامية)
- معرفة مكونات النظام الضريبي في الدول النامية على اعتبار ان مصر من الدول النامية.
- التعرف على التعديلات الأخيرة والجزئية للنظام الضريبي المصري على قانون الضرائب الجديد بمقتضى القرار بقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ م حيث تعديل القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ م
- وضع مجموعة من الأطروحات للوصول بالنظام الضريبي الى الوضع الأمثل.

ثالثاً- مشكلة البحث :

يتطرق البحث إلى معالجة أحد أهم المواضيع المتعلقة بعملية الإصلاح الاقتصادي حيث أنه لا يمكننا إجراء عملية إصلاح اقتصادي دون القيام بإصلاح النظام المالي، و يأتي النظام الضريبي في مقدمة النظام المالي لما له من أهمية، كونه يمثل من الجانب النظري المورد الأساسي الذي تعتمد عليه الموازنة العامة للأمة المصرية. لكن :

يعتبر غياب مفهومي الإفصاح والشفافية لكل من مصلحة الضرائب والمكلفين سبباً رئيسياً" في:-

أ- ان عدم وضوح القوانين والضوابط والتعليمات الضريبية لدى المكلفين سينعكس سلباً على اجراءات المحاسب الضريبي وبالتالي يفقد الضريبة ركناً أساسياً من أركانها وهو العدالة الضريبية لان ذلك سيكون سبباً في ممارسة عمليات الفساد الإداري والمالي.

ب- ان غياب هذين المفهومين في تعاملات المكلف مع الهيئة يعتبر سبباً رئيسياً في زيادة التعقيد والروتين في اجراءات المحاسب الضريبي لعدم ثقة المصلحة بالإقرارات التي يقدمها المكلف وبالتالي زيادة في التكاليف والجهد والوقت.

ج- إن عدم توفر الشفافية وضعف الوعي الضريبي ووضوح القانون والإجراءات الضريبية سيؤدي إلى عدم فاعلية الرقابة الخارجية (الشعبية ، منظمات المجتمع المدني ... الخ).ومن الصعوبات التي واجهت إعداد هذا البحث أهمها :

أ- يعتبر من البحوث القليلة التي تتناول موضوع متطلبات الإصلاح الضريبي بعد ثورة ٣٠ يونيو ٢٠١٣.. وما أكبتها من تغيرات في الفكر المالي والضريبي في مصر

- ب- صعوبة الحصول على المصادر للجانب النظري وعدم توفر الكتب المعتمدة مما أدى إلى الاستعانة بما توفر في شبكة الانترنت وبعض المقالات العربية والاجنبية مما استغرق وقتا وتطلب جهدا في الحصول على المعلومات. مما استدعى زيارة مصلحة الضرائب مرات عديدة.
- ج- التغييرات السريعة التي تحصل على القوانين خاصة القرار بقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤م والضوابط والتعليمات خلال فترة البحث.

خطة البحث

سوف يتم تقسيم البحث إلى فصلين رئيسيين يسبقهما فصلاً تمهيدياً ، حيث نتناول في الفصل التمهيدي إطلالة على بعض المفاهيم الأساسية المتعلقة بموضوع تلك الدراسة ، ثم نتناول في الفصل الأول دراسة للإصلاح الضريبي وأثره في زيادة الحصيلة الضريبية ، من خلال مبحثين نشير في الاول منهما إلى التعريف بآلية الإصلاح الضريبي ، ثم نتعرض في الثاني منهما إلى المتطلبات اللازمة في الإصلاح الضريبي ، بما يؤدي إلى زيادة الحصيلة الضريبية ، أما في الفصل الثاني من تلك الدراسة ، فسوف نتناول أهم الإصلاحات الحديثة في مجال الضرائب على الدخل في مصر ، وعلى رأسها قراءة في تعديلات قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤م ، وفرض الضريبة على توزيعات الارباح ، ثم نتناول في نهاية هذا الفصل الاصلاح الضريبي في مجال الضرائب العقارية.

الفصل التمهيدي

اطلالة على أهم المفاهيم الأساسية وهيكله نظام

الضرائب في مصر.

تمهيد: في هذا الجانب من البحث سوف يتم توضيح بعض المفاهيم الأساسية التي يمكن أن تشمل عليها تلك الدراسة ، من خلال اطلالة مبسطة على تلك المفاهيم ، ثم نقوم ببيان وتوضيح هيكل النظام الضريبي في مصر وذلك من خلال مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول

اطلالة على أهم المفاهيم الأساسية

أولاً - مفهوم الضريبة:

أ- تعريف الضريبة

عرفت الضريبة بعدة تعريفات ، فقد عرفت على أنها ما يمكن دفعه لدعم كلفة الحكومة، وهي بذلك تختلف عن الغرامة أو العقوبة التي تفرض من قبل الحكومات لأن الضريبة لا تعني ردعا" أو معاقبة سلوك غير مقبول.

وعرفت بأنها فريضة إلزامية تفرض بواسطة السلطات العامة من دون مقابل معين مباشر يعود عليها ، كما عرفت بأنها اقتطاع نقدي جبرا يدفعه الممول للدولة دون أن يحصل على نفع خاص مباشر تحقيقاً لأهداف السياسة المالية^(٢).

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الرحمن عبد المجيد، اقتصاديات المالية العامة، ١٩٩٠ المطبعة الكمالية، ص ٢٠٧.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وبناءً على ماورد من تعريفات سابقة يمكن القول ان الإطار العام لتعريف الضريبة يتمحور كونها فريضة إلزامية الغرض منها تحقيق أهداف المجتمع بدون مقابل معين او منفعة مباشرة وبالتالي فان للضريبة اهداف وقواعد وخصائص تمثل فيما يلي:-

ب - خصائص الضريبة :

تقوم الضرائب على خمس خصائص :

١: الضريبة اقتطاع نقدي :

تقطع الضريبة في صورة نقود تمشياً مع مقتضيات النظام الاقتصادي، ولم يكن الأمر كذلك في العصور الوسطى. بل كانت الضرائب تُفرض وتجبى عيناً، الأمر الذي ظهرته النقود بمظهر تقدم المجتمع وارتقاء نظمه الاقتصادية.

٢: الضريبة تدفع جبراً:

تقوم الضريبة على أسس فنية توضح سلطة الدولة وسيادتها على الأفراد والأموال الخاضعين لها، وهي تستقل بوضع الإطار القانوني والتنظيم الفني للضريبة من حيث تحديد سعرها ووعائها وكيفية تحصيلها وكافة الإجراءات القانونية المتعلقة بها، دون أن يكون ذلك محل اتفاق بينها وبين كل ممول على حدة؛ لذلك الفرد الخيار في دفع الضريبة من عدمه بل هو مجبر على دفعها للدولة بغض النظر عن استعداده أو رغبته في الدفع.

٣: عدم حصول دافع الضريبة على نفع خاص مباشر

يدفع الفرد الضريبة مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة للجماعة بصفته عضواً في مجتمع معين تربط به روابط وعلاقات سياسية واقتصادية واجتماعية، وهذا لا يعنى الدافع لا يستفيد من

دفع الضريبة بل إنه يستفيد بشكل غير مباشر عن طريق ما يتمتع به من خدمات عامة مثل الدفاع والأمن والعدالة وغير ذلك من الخدمات العامة.

٤: الضريبة تمكن الدولة من تحقيق أهدافها

تقوم الدولة بجباية الضرائب وغيرها من الإيرادات العامة لاستخدامها فيما يعود على الأمة بالنفع بالإضافة إلى استخدامها في أغراض اقتصادية واجتماعية مختلفة.

كما أن الضريبة تدفع بصفة نهائية فليس للممولين الحق في استردادها ولا المطالب بفوائد عن هذه المبالغ طالما تم تحصيلها بالإجراءات القانونية السليمة^(٣).

ثانياً- التكليف القانوني لحق الدولة في فرض الضريبة^(٤)

في الواقع أن حقيقة الفرض الضريبي لا تتضح ولا تقترب إلى الأذهان بصورة مكتملة إلا إذا تعرفنا على وضعها القانوني في حقيقة فرضها ، أو بمعنى آخر البحث في الأساس القانوني الذي بناء عليه تفرضها الدولة بشكل جبري على الأفراد . ولاشك أن للدولة حق فرض الضرائب ، وهذا الحق أصبح من الأمور المسلم بها للدولة حيث لا ينازعها فيه أحد ، غير أن الخلاف يمكن في البحث عن الأساس الذي بناء عليه أخذت الدولة هذا الحق ، أو التكليف القانوني لحق الدولة في فرض الضريبة ، والخلاف حول هذا الحق وتكييفه قانوناً بتنازعه نظريتين رئيسيتين ، تُعرف الأولى بنظرية المنفعة والتعاقد ، وتُعرف الثانية بنظرية السيادة والتضامن الاجتماعي . وسوف يتم الإشارة إلى هاتين النظريتين فيما يلي :

(٣) يراجع في ذلك: د/ مصطفى حسني: مبادئ علم المالية العامة: ٢٦٨-٢٧٥، د/ زكريا بيومي: التوزيع في المالية العامة: ٢٢٦-٢٢٧، د/ السيد عبد المولي: المالية العامة المصرية: ص ٢٥٣-٢٦٣، د/ عادل أحمد حشيش: أساسيات المالية العامة: ١٥١-٢٥٣، د/ عبد الفتاح عبد الرحمن: اقتصاديات المالية العامة ، مصر سابق، ٢٠٧-٢٩٩.

(٤) د/ حسن محمد كمال ، د/ سعيد عبد المنعم محمد - الضريبة على المبيعات - بدون ناشر ، كلية التجارة جامعة عين شمس

، طبعة ٢٠٠٠، ص ١١ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

١ : نظرية المنفعة والتعاقد :

يذهب أنصار هذه نظرية إلى أن الدولة تفرض الضريبة على الأفراد مقابل المنافع التي يحصلون عليها من وجودها (أي من وجود الدولة) وذلك نظير ما يتمتعون به من خدماتها العامة ، فالضريبة هي إذن عبارة عن الثمن الذي يدفعه الأفراد مقابل الأمن والأمان الذي تقدمه الدولة لهم ، وبصفة عامة مقابل الخدمات التي تؤديها لهم ، ومن ثم فهي عبارة عن المقابل للمنافع التي يتمتعون بها .

ويضيف أنصار هذه النظرية أن الأفراد يدفعون الضريبة نتيجة للتعاقد الذي انعقد ضمناً بينهم وبين الدولة وهو على غرار العقد الاجتماعي الذي نشأت بموجبه الدولة ، وقد ألزمت الدولة بمقتضى هذا التعاقد بأن تقدم للأفراد الخدمات العامة وفي مقدمتها خدمة الأمن ، والتزام الأفراد بأن يدفعوا للدولة مقابل هذه الخدمات التي يحصلون عليها في صورة الضريبة . وأساس فكرة التعاقد هذه ترجع إلى فكرة العقد الضمني (فكرة جان جاك روسو) الذي تناول بمقتضاه الأفراد ، الذين كانوا يعيشون في العصور الفطرية ، تنازل كل منهم عن جزء من حريته وأمواله للجماعة متمثلة في الدولة مقابل الحماية والأمان . غير أن أنصار هذه الفكرة قد اختلفوا فيما بينهم عن التكييف القانوني لطبيعة هذا العقد ، حيث كيفه البعض بأنه عقد تأمين ، وكيفه آخرون بأنه عقد شركة ، كما كيفه البعض الآخر بأنه عقد توريد خدمات .

أ- العقد عقد تأمين :

أساس هذا الرأي يعود إلى مونت سكيه حيث يذهب في كتابه الشهير " روح القوانين " إلى أن العقد الذي بين الدولة والأفراد هو عقد تأمين ، والضريبة التي يدفعها الأفراد تمثل قسط التأمين ، وأن الفرد يدفع هذا القسط مقابل التأمين على حياته وبما يضمن له الانتفاع الهادئ بما يبقى لديه من أموال بعد دفع قسط التأمين (الضريبة) نتيجة للحماية التي توفرها له الدولة .

والقول بأن الضريبة عبارة عن مقابل لتأمين يستلزم تناسب هذا القسط مع الأموال التي يملكها الممول والتي تعتبر مؤمناً عليها ، ومن ثم فالضريبة لا تفرض إلا على رأس المال أو على الدخل مع مراعاة رأس المال الذي ينتج هذا الدخل ، كما تفرض الضريبة تبعاً لدرجة ثراء الممول وليس تبعاً لدرجة انتفاعه من وجود الدولة ، وعموماً فقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات أهمها :

— أن هذا الرأي يقصر وظيفة الدولة في المحافظة على الأمن الداخلي والخارجي ، والدولة في العصر الحديث لم يعد دورها مقصوراً على ذلك بعد أصبحت تتدخل في شتي شؤون الحياة الاقتصادية والاجتماعية .

— أن منطلق تكييف الضريبة كقسط تأمين أن تلتزم الدولة (وهي المؤمن لديه) بأن تعوض الأفراد عن الأضرار التي تلحق بأموالهم لأي سبب ، وهذا ما لم يحدث في أي دولة من الدول .

ب- العقد عقد شركة :

يذهب البعض في تكييف التعاقد بين الدولة والأفراد على أنه عقد شركة هذه الشركة تتكون من جميع أفراد الجماعة الذين اتحدوا في هذه الشركة للحصول على بعض المنافع العامة اللازمة لقيامهم بالإنتاج وحمايتهم ، وتمثل الدولة مجلس إدارة هذه الشركة ، ويقوم كل فرد في هذه الشركة بدفع مبلغ من المال هو حصته في النفقات التي تتحملها الشركة لتقديم الخدمات اللازمة للمساهمين جميعاً ، هذا المبلغ هو مبلغ الضريبة الواجب دفعه .

فتبعاً لهذا الرأي نجد أن نفقه إنتاج كل منتج تتكون من عنصرين هما : النفقات الخاصة التي ينفقها هو على مشروعه الخاص ، وحصته في النفقات العامة (متمثلة في الضرائب) والتي

ينفقها مجلس إدارة الشركة لمنفعة المساهمين فيها . وعلى ذلك فإن حصة كل عضو في النفقات العامة ، أى مبلغ الضريبة ، يجب أن يتناسب مع رأسماله المنتج ، ومن ثم فإن أنصار هذا الرأي يري أن تفرض الضريبة على رأس المال وليس على الدخل . هذا ، وقد وجه إلى هذا الرأي عدة اعتراضات من بينها ما يلي :

- إن صحة هذا الرأي تستلزم انتفاع الأثرياء بالخدمات العامة أكثر من انتفاع الفقراء ، وهذا على خلاف حقيقة ما يحدث في كل الدول المعاصرة ، حيث يستفيد الفقراء من الخدمات العامة أكثر من الأغنياء .

- أن هذا الرأي ينظر إلى وظيفة الدولة نظرة مادية فقط ، غير أن الواقع يؤكد أن الدولة الحديثة تمثل مجموعة مشتركة من المصالح المادية والمعنوية والأدبية .

ج- العقد عقد توريد خدمات :

الفريق الثالث الذى يري أن الضريبة تدفع فى مقابل المنفعة والتعاقد الذى تم بين الأفراد والدولة وكيف هذا العقد على انه عقد توريد خدمات ، بموجه تعاقدت الدولة مع الأفراد على أن تمدهم بالخدمات اللازمة وهم يدفعون ثمناً أو مقابلاً لهذه المنافع والخدمات متمثلاً فى الضريبة، غير أن هذا التكييف يرتب عدة نتائج لا تحدث فى التطبيق العملي فى الدول الحديثة ، وأهمها ما يأتى

- ينبغي أن تكون الضريبة متساوية مع المنفعة التي يحصل عليها الممول .

- ينبغي أن تتناسب الضريبة مع المنفعة التي يحصل عليها الممول ، مما يعني أنه بازياد الدخل تتزايد المنفعة ، ومن ثم ينبغي أن تتناسب الضريبة مع الدخل .

- أن تتوسع الدولة في فرض الرسوم وتضييق من فرض الضرائب ، أى أن تقوم الدولة باقتضاء الرسوم اللازمة لتغطية النفقات العامة من الذين يستفيدون مباشرة من المرافق العامة التي تخصص لها هذه النفقات ، مما يؤدي إلى أن تمول ميزانية الأعمال بأثمان الخدمات التي تقدمها .

هذا وقد وجه إلى هذا الرأي عدة انتقادات من أهمها :

- إن تحقيق التناسب بين مبلغ الضريبة التي يدفعها الأفراد والمنافع التي يحصلون عليها قد يكون مستحيلاً من الناحية العملية ، إذ أن بعض المنافع لا يمكن قياس نصيب كل فرد منها مثل منافع البوليس والدفاع ، كما أنه لو افترضنا جدلاً إمكانية تقدير مقدار النفع الذي يعود على كل فرد من جراء خدمات الدولة ، فسوف يترتب على ذلك أن تتحمل الطبقة الفقيرة بالقسط الأكبر من أعباء النفقات العامة ، أى تتحمل بالقدر الأكبر من الضرائب ، لأنها هي الأكثر استفادة من الخدمات المباشرة التي تؤديها الدولة ، وهذه نتيجة يصعب قبولها .

- أن هذا الرأي لا يفسر لنا التزام الجيل الحاضر بتحمل الضرائب التي تخصص جزء من حصيلتها لخدمة القروض العامة التي عقدتها الأجيال السابقة والتي استنفذت هذه الأجيال (السابقة) كل منافعها .

هـ انتقادات عامة لنظرية المنفعة والتعاقد :

تعرضت نظرية المنفعة والتعاقد لاعتراضات وانتقادات عامة كثيرة أهمها ما يلي :

أ- أنها تأسست على نظرية العقد الاجتماعي وهي نظرية خاطئة ولم يثبت من الناحية التاريخية وجود مثل هذا العقد الاجتماعي لا صراحة ولا ضمناً. من حيث أن القول الأقرب إلى المنطق والصواب هو أن الدولة نظام نشأ من تلقاء نفسه تحت ضغط

الضرورة ومستلزمات الحاجة . كما أن الضريبة تفرض وتجبى جبراً من الأفراد ولا يستطيع أى شخص أن يمتنع عن دفعها بحجة عدم اتفائه مع الدولة ، أو بحجة تنازله عن الخدمات التي تقدمها الدولة .

ب- القول بأن الضريبة تدفع فى مقابل المنافع التي يحصل عليها الأفراد من وجود الدولة يؤدي حتماً إلى عدم إلتزام الأفراد بتحمل أعباء النفقات العامة التي لا تعود عليهم بفائدة ما ، ومن ثم يمكنهم الامتناع عن دفع الضرائب اللازمة لتمويل مثل هذه النفقات ، ولا يخفى ما يترتب على هذا الرأي من فوضى لا يقبلها أحد .

ج- التسليم بأن الضريبة تدفع مقابل الخدمات والمنافع التي تقدمها الدولة للأفراد يؤدي إلى عدم التزام الأجيال القادمة بتحمل خدمة الدين العام الذي عقدته الدولة واستفاد منه الأجيال الحاضرة ، وهذا يتعارض مع مبدأ استمرار شخصية الدولة ووفائها بكل التزاماتها مهما طال وقت نشأتها .

د- من مقتضى اعتبار الضريبة ثمناً لخدمات الدولة أن يكون مبلغها واحداً بالنسبة لجميع الأفراد ، غير أن الحقيقة بخلاف ذلك ، فالضريبة تختلف كمبدأ عام وفقاً للمقررات التكاليفية للممولين .

وعلى ذلك ولكل الانتقادات السابقة فقد اتجه معظم كتاب المالية العامة إلى البحث عن تكييف قانوني آخر لحق الدولة فى فرض الضرائب ، وقد وجدوا ذلك فى نظرية السيادة والتضامن الاجتماعي .

٢ : نظرية السيادة والتضامن الاجتماعي :

استقر غالبية الكتاب على أن حق الدولة في فرض الضريبة يكمن فيما للدولة من سيادة على الأشخاص والأموال . فالدولة ملتزمة بصفاتها ضرورة تاريخية اجتماعية ، أن تعمل على تقديم الحاجات الجماعية وأن تحقق التضامن القومي بين أفراد الجيل الحاضر وأن تحققه أيضاً بين مختلف الأجيال ، ومن الطبيعي والمنطقي أن الدولة في حاجة إلى الإيرادات لكي تستطيع تحقيق هذه الأغراض ، لذلك فهي تلجأ إلى فرض الضرائب على الأفراد بما لها من سيادة عليهم. كما أن الأفراد هم أيضاً ملتزمون بدفع الضرائب إعمالاً لفكرة التضامن الاجتماعي فيما بينهم للمساهمة في أعباء الدولة .

وعلى ذلك فإن كل فرد ملتزم بأن يساهم في نفقات الدولة تضامناً مع كافة أفراد الجماعة تبعاً لمقدرته التكلفة وبغض النظر عن المنافع التي قد تعود عليه شخصياً من التنظيم الإداري أو الاقتصادي أو الاجتماعي الذي تقوم به الدولة . وبالتالي فإن الدولة لها حق فرض الضرائب بما لها من سيادة ، وعلى الأفراد دفع الضرائب عملاً بمبدأ التضامن الاجتماعي فيما بينهم .

والمواقع أن أنصار هذه النظرية لا ينكرون ما ينتظره الأفراد من خدمات ومنافع تقدمها لهم الدولة ، ولكنهم ينكرون أن يكون تقديم هذه الخدمات والمنافع هو سبب الالتزام بدفع الضريبة ، أو أن تكون هذه المنافع هي الأساس الذي يتحدد بموجب عبء الضريبة .

ومع ذلك فإن هذه النظرية تتميز بعدة مميزات ويتزنب عليها عدة نتائج مقبولة أهمها ما يلي :

- ١ . أن الأفراد يدفعون الضرائب حتى ولو لم يتمتعون بأية فائدة من النفقات العامة .
- ٢ . أن هذه النظرية تتحاشى المقابلة بين مقدار الضريبة وبين ما يحصل عليه الممول من منافع وخدمات ، وبالتالي فإن أساس فرض الضريبة ليس هو المنفعة التي تعود على

الشخص فإن أساس فرض الضريبة ليس هو المنفعة التي تعود على الشخص وإنما هو مقدرته التكليفية تطبيقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي .

٣. تقدم هذه النظرية تفسيراً لالتزام الأجيال الحاضرة بدفع ضرائب يستخدم جزء من حصيلتها في خدمة القروض العامة التي عقدها الأجيال السابقة واستنفذت كل منافعها.

٤. إن مبدأ فرض الضريبة يعد مبدءاً سيادياً بموجبه تفرض الدولة الضريبة على أفراد المجتمع بما لها من سيادة عليهم ومن ثم فهي (أى الدولة) تتمتع بسلطة تحديد الضرائب وتحديد تنظيمها الفني ، وبمعنى آخر فإن الدولة وهي بصدد فرض الضرائب لا تدخل في تعاقد مع الأفراد.

بعد عرض الأساس القانوني لفرض الضريبة أتساءل ما إذا عجزت الدولة عن حماية الأفراد وممتلكاتهم (تحقيق الأمن بشقيه المادي والنفسي) وهذه أهم وظائف الحكومات الناضجة ، وتفشي الفساد الإداري في بعض أجهزة الحكم المحلي حيث يتم الاستيلاء على الممتلكات الخاصة لكثير من الشرفاء تحت مسموع ومرأى للجهات المسئولة بكل أسف (حدثت معي شخصياً) وغيري ممن ينشدون الأمن النفسي !! في ظل الفوضى والانفلات الأخلاقي الذي تعيشه مصر الآن.

وعليه:- هل عجزت الدولة عن تحقيق أدنى وظائفها إن لم تك أهمها (الأمن النفسي) يُعطينا الحق في الامتناع عن دفع الضريبة؟؟ استطيع أن أقرر في اطمئنان وثقة عدم جواز الامتناع عن دفع الضريبة مهما كان المُبرر إيماناً بنظرية السيادة والتضامن الاجتماعي وتحفظاً على نظرية المنفعة والتعاقد

ثالثاً - مفهوم الشفافية الضريبية^(٥) :

أن تعريف الشفافية الضريبية يعني الأسلوب أو الطريقة التي يمكن من خلالها عرض القوانين والأنظمة والتعليمات الضريبية على المكلفين وذلك من شأنه أن يؤدي إلى زيادة قدرتهم في معرفة مقدار الضريبة المفروضة على دخولهم.

وبالتالي فإن للشفافية الضريبية أهداف ومبادئ وهي كمايلي:-

١- أهداف الشفافية الضريبية

تتمثل اهداف الشفافية الضريبية فيم يلي ب :-

أ- أنها وسيلة ناجحة للحد من الفساد الإداري.

إن عملية وصول التعليمات الضريبية إلى المكلف تساعد في الحد من الفساد الإداري حيث إن موظف السلطة المالية لا يستطيع أن يتلاعب بمقدار الضريبة إذا كان المكلف على اطلاع بالقوانين والتعليمات.

ب - تخفض كلفة فرض الضريبة ويكون من خلال خفض الكلف الناجمة عن اعتراض المكلف على الضريبة المفروضة والإجراءات الإدارية الأخرى.

ج - تساعد على تطبيق مبدأ المساواة.

ء - زيادة وعي المكلف ضريبيا.

(٥) يراجع في ذلك: د: رفعت المحجوب ، المالية العامة: الكتاب الثاني: ص: ٤٩-١٦٦ ، د: محمد عبد الله العربي، مبادئ علم المالية العامة والتشريع المالي، مطبعة لجة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ١٩٣٨: ج٢/٨٧-٦٨ ، د/ عبد العال الصبكان ، علم المالية العامة، ط٣ ، بغداد، دار الجمهورية ١٩٦٧: ج١/١٩ ، د/ أحمد حافظ الجعوني: اقتصاديات المالية العامة، دراسة في الاقتصاد العام، دار المعهد الجديد، القاهرة ١٩٦٧: ص١٧٣ ، د/ حسن عواضة، المالية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٨٧، ١٩٧٣: ص٤١٦-٤٦٦ .

يتمحور مفهوم الشفافية الضريبية حول كيفية توفير البيئة المناسبة التي تسمح للمكلف من الاطلاع على القوانين والانظمة والتعليمات واجراءات التحاسب وكل مايتعلق بعملية تقدير واستقطاع الضريبة وذلك عن طريق وسائل النشر المتعددة التي تقوم بها الهيئة التي تتعلق بالضريبة الواجبة على ممارسة نشاط معين ، حيث نجد انه من الصعوبة على المكلف تفسير القانون الضريبي وذلك لوجود تعليمات ترافق القانون تقوم بشرح القاعدة القانونية مما ينجم عنه عدم مقدرة المكلف من التعرف على اليات تطبيق القانون الضريبي.

هـ - تطبيق مبدأ أساسي من المبادئ التي بنيت عليها الضرائب وهو العدالة الضريبية.

و - زيادة الإيرادات الضريبية من خلال الحد من التهرب الضريبي لثقة المكلف بالضريبة .

ز - تساعد على جلب الاستثمارات الخارجية والداخلية.

إن عملية النشر التي تقوم بها الهيئة تساعد على جلب الاستثمارات خاصة إذا كانت هناك حوافز ضريبية لم يطلع عليها المستثمر كالإعفاءات التي تمنح للمنتجين أو المصنعين أو المتخصصين بصناعات إستراتيجية مثلاً.

٢- مبادئ تطبيق الشفافية الضريبية :-

ان من المبادئ التي تساعد في إرساء مفهوم الشفافية لدى مصلحة الضرائب هي :-

أ- مشاركة المواطنين في صياغة القرارات الضريبية ، حيث يحتاج المواطنون إلى آليات يمكن من خلالها أن يؤثروا في إحداث التغيير ويضعوا الحكام والمسؤولين الحكوميين في موضع المساءلة بصورة منتظمة،

أهمية هذا الإجراء تبرز من خلال اخذ رأي المواطنين وتشجيعهم على المشاركة الفعلية في صنع القرارات الضريبية لإعطاء الشرعية لها وتشجيع الشفافية لمنع التهرب الضريبي.

وكذلك يجب أن تكون للمكلفين حقوق تبين بوضوح وان تشمل العناصر التالية :-

١. الحصول على معلومات دقيقة وفي الوقت المناسب.

٢. المعاملة الضريبية العادلة والسريعة.

٣- المحافظة على سرية المعاملات.

٤- وجود هيكل معقول للجزاءات الضريبية.

٥- يجب أن تتاح للمكلف إمكانية استخدام نظام فعال للمراجعة الإدارية للقرارات.

٦- حق التظلم أمام سلطة قضائية مستقلة.

ينبغي أن تكون أية تعديلات في الإقرارات المقدمة من قبل المكلفين مصحوبة بشروح واضحة وكاملة موجهة إلى المكلفين بشأن أسباب تلك التقديرات.

ب- تفعيل دور الإعلام وحماية الإعلامي في حالة الكشف عن التلاعبات التي تحصل في الإدارة الضريبية.

ج- التقويم الدوري لتطبيق مبدأ الشفافية في المصلحة العامة للضرائب.

هـ- النظر في شكاوى المكلفين بإنشاء قسم خاص بذلك.

فضلاً عن الأساليب الأخرى وأهمها:-

يجب أن يكون من السهل الاطلاع على القوانين واللوائح الضريبية

١- وضوح معايير التطبيق الإداري.

٢- يجب أن تستند مختلف الضرائب والرسوم إلى أساس قانوني صريح.

رابعاً- مفهوم النظام الضريبي:

مجموعة الضرائب المطبقة في إطار معين من استخدام الفن المالي في مجتمع معين وفي لحظة معينة بما يحتويه من قواعد قانونية وفنية للضرائب فضلا عن العناصر الأيدولوجية والمقومات الاقتصادية والإدارية التي تتفاعل معها تلك القواعد.

١- وجهات النظر المختلفة في النظام الضريبي:

من الطبيعي جدا ان نعرف ان هناك جدل واسع وكبير حول دور الدولة في النشاط الاقتصادي بين الافكار الاقتصادية المختلفة ومنها الفكر التقليدي والفكر الحديث في البداية يجب ان نعرف على اى أساس سوف نتعامل مع الضريبة هل نتعامل معها؟

- كما ينادى الفكر التقليدي بحيادية الدولة وعدم تدخلها في النشاط الاقتصادي أي أنه كان الاعتماد على الضريبة ضعيف لعدم حاجة الدولة إلى إيرادات كبيرة وأيضاً لأنها لم تكن تدخل في إعادة توزيع الثروات والدخول بين الأفراد وكانت القواعد التي تحكم النظام الضريبي هي:

- وفرة الحصيلة.

- العدالة أمام الضريبة.

- أما الفكر الحديث بقيادة العالم جون مايمدر كينز فرأى مع تكرار الأزمات الاقتصادية من كساد وبطالة وحدوث أضرار بين الحربين العالميتين كان ولا بد من تدخل الدولة بسياسات مالية واستخدمت في ذلك الضرائب فزاد ، الاهتمام بالنظام الضريبي وخاصة أنه بدأت تتدخل

في إعادة توزيع الدخل وتحقيق العدالة الاجتماعية وهنا زادت القواعد التي كانت تحكم النظام الضريبي إلى (٦):

– وفرة الحصيلة.

– العدالة أمام الضريبة.

– تحقيق العدالة والمساواة في توزيع الدخل.

وهنا لابد أن نوضح كيف أن النظام الضريبي لأي دولة يتأثر بمدى تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي فحين كانت الدولة حيادية كان النظام الضريبي ضعيف وحينما زاد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي زاد الاعتماد على الضرائب وتطور النظام الضريبي وأصبح أقوى وأكثر أهمية من الوقت السابق .

٢- أهداف النظام الضريبي

تختلف أهداف النظام الضريبي وفقا لتباين النظم الاقتصادية وأيضا وفقا لمرحلة التطور الاقتصادي التي يمر بها المجتمع.

أ- اختلاف أهداف النظام الضريبي وفقا لتباين النظام الاقتصادي:

هناك ثلاث نظم اقتصادية وهي:

(٦) المصدر السابق ، ص ١٣٥ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول .

النظام الرأسمالي:

وفيه تقل الاهمية بالنسبة للقطاع العام ويقل تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى وتسيطر القرارات الفردية للأفراد على توجيه الإنتاج فيما يعرف بمبدأ سيادة المستهلك.

النظام الاشتراكي:

وفيه تزيد الأهمية بالنسبة للقطاع العام وتكون القرارات الاقتصادية صادرة من الدولة وأجهزة التخطيط المركزي وتمتلك فيه الدولة كل عناصر الإنتاج وتقوم هى بإنتاج السلع والخدمات .

النظام المختلط:

يجمع بين النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي.

١- الهدف فى الدول الرأسمالية هدف مالى:

يتمثل الهدف فى تلك النظم فى تحقيق الهدف المالى أى الحصول على موارد لسد احتياجات الاتفاق العام فكان هدف وفرة الحصيلة الضريبية وعدالة توزيع العبء الضريبي هما المعبرين فى هدف النظام الضريبي إلا أنه بتطور ظروف النظام الرأسمالي وتزايد الإحساس بضرورة تدخل الدولة فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية بدأت النظم الضريبية وضع هدف جديد وهو الحد من التفاوت فى توزيع الدخول والثروات.

٢- الهدف فى الدول الاشتراكية:

يستخدم النظام الضريبي كأحد ادوات التوجيه والتخطيط الاقتصادى التى تتبعه الدولة فتستخدم الضرائب فى توجيه الاستهلاك وتخطيط الاسعار وتعديلها وفقا لحسابات الخطة وقياس الكفاية الانتاجية والرقابة على تنفيذ خطط الإنتاج

بـ اختلاف أهداف النظام الضريبي بحسب درجة التطور:

يختلف الهدف من النظام الضريبي باختلاف مراحل التطور في الدول

- فيختلف النظام الضريبي في الدول النامية عن النظام الضريبي في الدول المتقدمة فالأولي إنتاجها منخفض ومحدود ومن ثم يكون النظام الضريبي لها غير كفاء وإمكانياته محدودة أما الثانية فنشاطها الإنتاجي متسع ومتعدد وتحتاج إلى نظام ضريبي كفاء.

- كذلك خلال مراحل التطور يختلف الهدف باختلاف الظروف السياسية والاجتماعية فمنح امتيازات مثلا للأجانب في عدم فرض ضرائب عليهم كما كان يحدث في مصر قبل الثورة كان يحتم على الدولة القيام بفرض ضرائب بطريقة غير مباشرة لتحصيل إيرادات تعينها على مهام إدارة الدولة.

البدائل المتاحة لاختيار الهياكل الضريبية:

١- الاختيار بين الأخذ بنظام الضريبة الموحدة على الدخل الإجمالي بكافة فروعه وبين نظام الضرائب النوعية المتعددة.

٢- الاختيار بين نظام ضريبي تغلب فيه الضرائب المباشرة (الدخل والثروة) ونظام يعتمد على الضرائب غير المباشرة (المبيعات والانفاق) وتحديد نسبة التآليف بين النوعين من الضرائب.

التفضيل المالي والنماذج الشائعة

المقصود بكلمة التفضيل المالي هو ممارسة الدولة لاختيار أنواع الضرائب التي يتكون منها نظامها الضريبي الذي يسعى الى اشباع حاجاتها العامة في ظل دخلها القومي و بهدف تحقيق أقصى رفاهية ممكنة .

ويتم التفضيل المالي بناء على مجموعة محددات وهي:

١- نوع الملكية

- إذا كانت ملكية خاصة أي يتسع نطاق الثروات والدخول يكون الأفضل هي الضرائب المباشرة

- وإذا كانت الملكية عامة فإن الضرائب غير المباشرة على الانفاق تكون أفضل.

٢- مستوى الدخول

- فكلما ارتفع متوسط الدخل الفردي كان من الأفضل الاعتماد على الضرائب المباشرة

- والعكس إذا انخفض الدخل تستخدم الضرائب الغير مباشرة.

٣- مدى التفاوت بين طبقات الشعب في الثروات

- كلما اتسع التفاوت بين طبقات الشعب زاد اعتماد النظام الضريبي على الضرائب المباشرة

- وإذا قل التفاوت يعتمد على الضرائب غير المباشرة.

٤- مستوى كفاءة الإدارة الضريبي

- كلما ارتفعت كفاءة الإدارة الضريبية من حيث التنظيم والفن الضريبي وخبرة ونزاهة العاملين

كلما أمكن استنادا النظام الضريبي على الضريبة الموحدة

- إذا انخفضت كفاءة الجهاز الضريبي يعتمد النظام الضريبي على الضرائب النوعية المتعددة.

٥- الأحوال السياسية

- في بعض الظروف السياسية وما تفرضه مثلا أحوال الحرب يجب ان تقوم النظم الضريبية

لدى الدول المتحاربة بالاعتماد على الضرائب المباشرة أساسا للاستقطاعات الضريبية الضرورية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

- وفي حالات الاستقرار ومنح الاجانب بعض الامتيازات الضريبية لا يكون اما الدولة سوف
فرض الضرائب الغير مباشرة على المبيعات والضرائب الجمركية.

النماذج الرئيسية للنظم الضريبية:

١- في الدول المتقدمة:

- هناك دول تفضل الاعتماد على الضرائب المباشرة وهي الدول الرأسمالية المتقدمة ذات
المركز الصناعي المتقدم وهي تطبق ضريبة موحدة عامة على دخول الممولين وتتسم بالأسعار
التصاعدية على الشرائح وتقل في هذه الدول نسبة الضرائب الغير مباشرة إلى ٥% من
إجمالي حصيللة الضرائب.

- هناك دول توازن بين الضرائب المباشرة والضرائب الغير مباشرة وهي دول رأسمالية أيضا
لكنها أقل في مستواها الاقتصادي من الدول التي تعتمد على الضرائب المباشرة فقط مثل ألمانيا
وإيطاليا وفرنسا وتتسم تلك الدول بارتفاع في المستوى العام للاستهلاك لذلك تفضل استخدام
الضرائب الغير مباشرة بجانب المباشرة.

٢- في الدول الاشتراكية:

هناك دول تفضل استخدام الضرائب الغير مباشرة وهي الدول الاشتراكية التي تتمتع بملكية
عناصر الإنتاج ملكية عامة لذلك لا تجد أمامها سبيل سوى استخدام الضرائب الغير مباشرة
لتحصيل الإيرادات.

٣- سمات مشتركة لتنظيم الضريبة في الدول النامية:

أ- انخفاض نسبة الاستقطاع الضريبي إلى إجمالي قيمة الناتج القومي حيث تهبط إلى العشر في المكسيك والهند، ويرجع ضعف الاستقطاع الضريبي لدى البلاد النامية بوجه عام إلى النسبة الكبيرة للقطاع الزراعي في جهازها الإنتاجي مما يصعب معه التوسع في الضرائب المباشرة.

ت- كبر الأهمية النسبية للضرائب غير المباشرة وهو ما يتناسب وظروف تلك الدول من انخفاض مستوى الدخل عن الحد الذي يسمح بالاعتماد على حصيللة الضرائب المباشرة، وهذا فضلاً عن تخلف مستوى كفاءة الإدارة الضريبية.

خامساً: التهرب والازدواج الضريبي:

١- التهرب الضريبي:

يعتبر التهرب الضريبي من أهم المشاكل التي تعانيها الإدارة الضريبية عند جباية الضريبة ، فيحاول بعض الممولين أن يتهربوا من دفع الضرائب المستحقة عليهم ، ويترتب على هذا التهيب الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ، كما أنه يؤثر على حصيللة الضرائب الواردة إلى الخزينة العامة ، ويؤدي إلى عدم العدالة في توزيع العبء الضريبي بين الأفراد ، وتعنى مشكلة التهرب من دفع الضريبة أن المكلف يتخلص كلياً أو جزئياً من دفع الضريبة ، وبالتالي يحرم الخزينة العامة من بعض مواردها ، ويمكن التمييز بين نوعين من التهرب الضريبي.

النوع الأول: التهرب المشروع:

ويقصد به تفتادى أو تجنب الضريبة ، وفي هذا النوع يسعى المكلف إلى إستغلال الثغرات القانونية بهدف عدم وقوع الضريبة عليه ، مثال ذلك أن يقوم المكلف بنقل ملكية أمواله إلى ورثته عن طريق عقد بيع خلال حياته ، حتى يتهرب من فرض ضريبة مرتفعة على أموال التركة

بعد وفاته ، أو أن صاحب الشركة الكبيرة يقوم بتقسيم شركته إلى عدة شركات فرعية حتى يتهرب من دفع الضريبة التصاعدية ، عن طريق زيادة حجم الخصومات التي يسمح بها القانون على أرباح الشركات ، وكلما كانت الثغرات القانونية كثيرة ، كلما زاد التهرب المشروع بين المكلفين ، مما يؤثر بالتالي على حصيلة الضريبة ، ومعالجة الأمر يتم عن طريق مراجعة نصوص القوانين وتعديلها.

النوع الثاني: التهرب غير المشروع:

وفيه يرتكب المكلف مخالفة قانونية عن طريق الغش أو الإحتيال أو الرشوة من أجل عدم دفع الضريبة ، مثل عدم التصريح بقيمة الوعاء الضريبي أو الإدلاء بمعلومات خاطئة ، كذلك تهريب السلع المستوردة إلى داخل حدود الدولة ، دون أن تمر على السلطات الجمركية للتعرب من دفع ضريبة الواردات.

وهناك أربعة أسباب للتهرب : أسباب أخلاقية ، وسياسية ، واقتصادية ، وفنية ، فالأسباب الأخلاقية ترتبط بمدى وعي المكلفين نحو واجباتهم الإجتماعية ، أما الأسباب السياسية فتتعلق بمدى ثقة الأفراد في الحكومة ، أما الأسباب الإقتصادية فتعود إلى المغالاة في سعر الضريبة ، والتفاوت في الشرائح الضريبية ، أما الأسباب الفنية فتعود إلى تعقد النظام الضريبي وضعف التشريع الضريبي ، مثل تعقيد الصياغة القانونية ، وعدم فهم كثيرين للقواعد الضريبية ، علاوة على أن الفساد الإداري في الإدارة الضريبية وتعقيد أساليب وإجراءات الجباية تساعد على التهرب الضريبي ، وما شابه ذلك من الأسباب الفنية التي تساهم في دفع الممولين إلى التهرب ، كل ذلك يساعد على التهرب من دفع الضريبة.

أما وسائل معالجة هذه الأسباب المؤدية إلى التهرب الضريبي هو رفع كفاءة الإدارة الضريبية ، وهذا يجعل العلاقة بين المكلف والإدارة الضريبية يسودها التعاون ويزيد من الوعي الضريبي لدى المكلفين ، بالإضافة إلى الحزم في توقيع العقوبات الجزائية للمخالفين.

٢-الازدواج الضريبي:

وهو من المشاكل الرئيسية التي تعترض مرحلة إقتطاع الضريبة ، ويعرف الإزدواج الضريبي بأنه " فرض نفس الضريبة مرتين على نفس الممول بالنسبة لنفس المادة الخاضعة للضريبة" ، وعلى هذا يتضمن مفهوم الإزدواج الضريبي أن الإقتطاع الضريبي يتم مرتين من نفس الوعاء الضريبي ، ولنفس الفترة الزمنية بالنسبة لنفس الممول، وإذا حدث ذلك الإقتطاع أكثر من مرتين سميت بتعدد الضرائب على الوعاء الواحد ، وينجم عن الإزدواج الضريبي ثقل العبء الضريبي على المكلف ، مما يحقق عدم عدالة توزيع العبء الضريبي بين أفراد المجتمع ، ويكون سبباً للتهرب من دفع الضريبة ، ومن أهم وسائل علاج هذه المشكلة هو وضوح القوانين والتشريعات الضريبية ، وبيان مسئولية كل جهة حكومية لها سلطة في فرض الضرائب ، ونوع الضريبة التي ستفرضها ، بالإضافة إلى إمكانية خصم مبلغ الضريبة الأولى من مبلغ الضريبة الثانية ، مما يقلل من قيمة وعاء الضريبة الثانية وبالتالي يخفف من ثقل عبء الإزدواج الضريبي.

المبحث الثاني

الهيكل الحديث لنظام الضرائب في مصر

أولاً: الملامح الرئيسية للنظام الضريبي المصري من خلال نظرة شاملة:

أولاً: سيادة الأهمية النسبية الغالبة للضرائب غير المباشرة على إجمالي الحصيلة الضريبية حيث تبلغ نحو الثلثين.

ثانياً: يتجافى الاعتماد على الضرائب غير المباشرة مع مبدأ العدالة الضريبية حيث يفغل إمكانية نقل العبء الضريبي ليستقر على عاتق فئات غير دافعي الضرائب وهم غالباً المستهلكين.

ثالثاً: يعبر انخفاض حصيلة الضريبة على المهن الحرة والضريبة العامة على الإيراد عن اختلال في الهيكل الضريبي بإغفال أوعية ضريبية هامة لفئات اتسع دخلها في الآونة الأخيرة ولم يصلها الاستقطاع الضريبي بعد.

رابعاً: تنجح نظم الضرائب على الدخل والضريبة الجمركية لتعزيز ما يلزم عملية التنمية الاقتصادية من تشجيع المدخرات ودفع الاستثمار وذلك من خلال ما سنعرفه من إعفاءات وتخفيضات لأقساط واقتطاعات الادخار والتأمين.

خامساً: تحقيق الهدف الاجتماعي من النظام الضريبي وهو الحد من التفاوت الكبير في الثروات والدخول أخذ المشروع الضريبي المصري بمبدأ التصاعد في تسعير الضريبة في العديد من الضرائب.

سادساً: لا يزال المجتمع الضريبي دون تغطية الكثير من الدخول الكبيرة والتي لا تزال بمنأى عن الإخضاع الضريبي ومن بينها الدخول الطفيلية التي تنتج عن عمليات المضاربة على أسعار الأراضي والاتجار في السوق السوداء وعمليات السمسرة والوكالة.

سابعاً: لا تفرق المعاملة الضريبية في نطاق إيرادات الأرباح التجارية والصناعية رغم أهميتها في مصر بين مجالات النشاط المختلفة من تجارة وصناعة بحسب طبيعة النشاط وطول دورة رأس المال وأهمية النشاط لخطط النية الاقتصادية.

ثامناً: درجة كفاءة الجهاز الضريبي في مصر دون المستوى المنشود الأمر الذي يعكس الكثير من مشكلات الإدارة الضريبية كصعوبات الحصر الضريبي ومشكلات التهرب الضريبي وتراكم المتأخرات الضريبية وفقدان الثقة بين الإدارة والممول.

ثانياً: أهم اتجاهات وأهداف قانون ضرائب الدخل ١٥٧ لسنة ١٩٨١:

١. العمل على تحقيق مبادئ العدالة الضريبية رأسياً وأفقياً فضلاً عن تقريب التفاوت في توزيع الدخل.
٢. التمهيد للاخذ بنظام الضريبة الموحدة حيث فصل في المعاملة الضريبية للدخل بين الأشخاص الطبيعيين وشركات الأموال.
٣. تشجيع النشاط الاستثماري في المجالات الإنتاجية المختلفة حيث منح عدداً للإعفاء تبلغ خمس سنوات للاستثمارات الصناعية الجديدة.
٤. الحث على التوسع في إنشاء وتدعيم المشروعات الإنتاجية التي تأخذ شكل شركات مساهمة لدفع عملية التنمية الاقتصادية في المشروعات الكبيرة.

٥. العمل على تعزيز وتوسعة الادخار في مجالات ال تأمين الاجتماعي وصناديق التوفير والادخار والمعاشات.

٦. تنظيم العلاقة بين مصلحة الضرائب والممولين بما يكفل مراعاة صالح الطرفين وذلك ببيان الحقوق والالتزامات بشكل واضح.

٧. إحكام حصر المجتمع الضريبي عن طريق التوسع في نظام التعامل بالبطاقة الضريبية.

٨. إلغاء عدد من الضرائب الفرعية الملحقة والطارئة كضريبة الجهاد والضريبة الإضافية للدفاع وضرائب الأمن القومي والبلدية.

ثالثاً: هيكل الضرائب في مصر وفقاً للقانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ بنظام الضريبة الموحدة كما يلي:

الضرائب المباشرة:

١. ضريبة موحدة على دخل الأشخاص الطبيعيين على مجموع الإيرادات الصافية من:

- ١- الضرائب على الدخل:
- رأس المال المنقول (بسرر خاص ولا تدخل الوعاء).
- النشاط التجاري والصناعي.
- المرتبات والأجور (بسرر خاص ولا تدخل ضمن الوعاء).
- المهن الغير تجارية.
- الثروة العقارية من الأراضي الزراعية والعقارات المبنية:

٢- ضريبة الأيطان.

٣- ضريبة العقارات المبنية.

ب. ضريبة على أرباح شركات الأموال:

الضرائب الغير مباشرة:

١. الضرائب الجمركية.

٢. الضريبة العامة على المبيعات.

٣. ضريبة الملاهي.

٤. ضريبة التمتع.

رابعاً: اهداف التطوير وظهور القانون الجديد رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥:

في بداية القرن الحالي تم إلغاء قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وذلك بإصدار قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والذي جاءت أهم ملامح التغيير التي أضافها هذا القانون كالاتي:

١- رفع حد إعفاء الأعباء العائلية.

٢- زيادة الإعفاء للمشروعات الإنتاجية ١٠ سنوات من بدء الإنتاج.

٣- تخفيض أسعار الضريبة للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين.

٤- زيادة الإعفاءات للمشروعات الصغيرة.

٥- تبسيط إجراءات التزامات الممولين.

٦- تعزيز جهود التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال تحقيق التوازن بين مصلحة

المجتمع.

٧- توحيد مفهوم الدخل وتسوية معاملته ضريبيا: فلم يعد يفرق بين دخل يحصل عليه رجل او امرأة ولم يعد يميز بين مصادر الدخل المختلفة بل اصبحت الضريبة موحدة سعرا على كل مصادر الدخل.

خامساً: اهم سمات قانون الضرائب الجديد ٩١ لسنة ٢٠٠٥

١. تحديد النطاق الجغرافي لسريان الضريبة على الدخل

ويعتبر كل شخص طبيعي مقيم في مصر بصفة دائمة او اقام اكثر من ١٨٣ يوم خلال آخر ١٢ شهر خاضع للضريبة كما يعتبر الشركات والاشخاص الاعتباريين خاضعين للضريبة اذا كانت مصر هي المركز الرئيسي للنشاط او الفعلي او اسست الشركة بناء على احكام القانون المصرى حتى وان كانت خارج مصر

٢. تبسيط وتيسير الاجراءات الضريبية

وتسهيل عملية الربط والتحويل وتيسير الاجراءات الخاصة بالتقاضى وفض المنازعات

٣. توطيد العلاقة بين مصلحة الضرائب والممولين

فبناء الثقة بين الممول والادارة الضريبية من خلال تقديم الممول للاقرار الضريبي والاعتراف به بناء على معلومات الممول مع اذ عينات عشوائية ومراجعتها كما انها تسمح للممول بتعديل بعض البيانات الناتجة عن السهو والخطأ

٤. إعادة ترتيب أوضاع الإعفاءات الضريبية القائمة

من خلال الغاء او تعديل الاعفاءات الضريبية التي كانت تقدم للاستثمار الاجنبي على حساب المستثمر الوطنى

مراعاة الحدود المعتدلة للطاقة الضريبية من خلال خفض عبء الضريبة

١- توسيع القاعدة الضريبية

الفصل الأول

الإصلاح الضريبي وأثره في زيادة الحصيلة الضريبية

ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، يتناول الأول منهما التعريف بألية الإصلاح الضريبي بشكل عام ، بكل ما يحويه هذا المصطلح من مفاهيم ، ثم يتناول المبحث الثاني منه بيان بعض المتطلبات الواجب توافرها في الإصلاح الضريبي ، والتي تساهم بدورها في زيادة الحصيلة الضريبية ، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

التعريف بألية الإصلاح الضريبي

لقد أدت العولمة والاندماج المتزايد للاقتصاديات المحلية مع الاقتصاد العالمي الى إدراك الحكومات أنه لا يمكن النظر الى أنظمتها الضريبية بصورة منعزلة ، فالنمو الضخم للأسواق المالية وحركة الاستثمارات المباشرة الهائلة في العالم ، والانفتاح المتزايد في التجارة والمدفوعات ، أعطت جميعها قوة دافعة لحركة الإصلاح . كذلك أدركت الحكومات أنه لا بد من تخفيض أو إلغاء الضرائب التي تزيد من تكاليف أنشطة الأعمال ، وبالتالي تضع الشركات المحلية في وضع غير تنافسي في الأسواق العالمية ، وفي إطار هذا البحث سوف نتناول فيما يلي أهم الملامح الرئيسية للإصلاح الضريبي ، من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين ، نتناول في الأول منهما التعريف بالإصلاح الضريبي ، ثم نتناول في الثاني كيفية زيادة الحصيلة الضريبية كإحدى النتائج المترتبة على تطبيق آلية الإصلاح الضريبي في مصر .

وفي هذا المبحث سوف نستعرض بشئ من البيان والتوضيح ، كل ما يتعلق بالتعريف بألية الإصلاح الضريبي ، سواء من ناحية تحديد مفهومه ، أو طرقه ، أو الأسباب التي تؤدي إلى

مجرد التفكير في تطبيقه ، وكذلك المجالات المتعلقة بتطبيقه وأهدافه إلى غير ذلك من ملامح ينبغي على كل دارس لتلك الآلية الإلمام بها.

أولاً: مفهوم الإصلاح الضريبي:

يعرف الإصلاح الضريبي بصورة عامة على أنه "عملية تشمل تبسيط للنظام الضريبي القائم من خلال تقليل عدد أسعار الضريبة وجعلها أكثر واقعية وتوسيع الأوعية الضريبية مع استبعاد للفقراء والتخفيف عن كاهلهم بشكل يقلل من المصروفات الضريبية ويفعل من النظام الضريبي، ويجعله أكثر اتساقاً وتناغماً مع الاداء الداخلي المطلوب والتطورات الخارجية المتسارعة".

وغالبا ما يكون الإصلاح الضريبي عملية حساسة وصعبة ، ولأن المكاسب الناجمة من الإصلاح الشامل لا تظهر عادة إلا في المدى المتوسط أو الطويل ، لذا غالبا ما يكون هناك مستفيدين ومضررين من عملية الإصلاح هذه مما يتطلب وجود ارادة حقيقية للإصلاح.

وتواجه غالبية البلدان النامية مجموعة مشتركة من المشكلات المالية ، فهي تعتمد اعتماداً كبيراً على رسوم الواردات وضرائب الصادرات التي تضعف من قدرتها على التنافس في المجال الدولي على المدى الطويل . في حين لا تستغل امكانات تحقيق الايرادات عن طريق ضرائب الاستهلاك أو على المزايا الاضافية للعاملين ، أو على أجور القطاع العام في بعض البلدان . وفي الوقت نفسه لا تسهم الضرائب على الدخل غير المكتسب بالعمل وعلى الملكية والثروة إلا بنسبة ضئيلة من اجمالي الايرادات ، ونتيجة لهذا فإن الضرائب على دخل الافراد وضرائب الشركات ، يتم تحصيلها على وعاء ضيق وبسعر مرتفع.

ثانياً: معايير الإصلاح الضريبي:

لقد دأب الأدب المالي ، منذ آدم سميث على صياغة معايير النظام الضريبي الأمثل ، كى تستهدى بها العامة والخاصة ، فى الحكم المعيارى لما هو كائن، بإعتبار ما يجب أن يكون ، ولقد استقر الرأى على أن القواعد الأساسية للضريبة تعتبر دالة معيارية فى النظام الضريبي الأمثل، والتي أضاف

عليها المحدثون منهم ما يجعلها أكثر ديناميكية في الإستجابة الفعالة للتطورات الإقتصادية والمالية المعاصرة في الداخل والخارج، ولقد تمثلت هذه المعايير الآن في الآتي^(٧) :

١- العدالة (Justice): في التنظيم الفني للضرائب ، بحيث يتلائم كل نوع منها ، غرضاً ومعدلاً وربطاً وجباية ، مع طبيعة الأوعية المفروضة عليها ، وظروف المكلفين بها ، ومدى كفاءة الإدارة الضريبية في تحقيقها ، ولذلك فإن التحديات التي تواجه الدول ، وخاصةً النامية منها ، تتطلب أن يكون نظامها الضريبي على قدر كبير من العدالة الضريبية^(٨).

٢- الشفافية (Transparency): في القواعد القانونية واللائحية ، التي تنظم أساليب الإستقطاع الضريبي ، والمنوطة بالمعدلات الضريبية ، وتحديد الأوعية المختلفة المفروضة عليها ، والمكلفين بها ، وكيفية ربطها وتحصيلها ، بما لا يدع مجالاً للتحكم أو التعسف في تطبيقها من قبل الإدارة الجبائية ، ومن الأمثلة على ضرورة توفير الشفافية في المجال الضريبي، أن القانون الضريبي الأمريكي ألزم الإدارة الضريبية بتقديم كافة المعلومات والبيانات للمكلفين، وذلك بعد أن تقوم هذه الإدارة بتصنيف هذه المعلومات ، وفقاً للطوائف المهنية والأنشطة المختلفة، وذلك لسهولة اطلاع كل نشاط على ما يهمله من معلومات وبيانات^(٩) ، أيضاً ألزم

(٧)- James Alm " What is an Optimal tax system ، in Joel Slemrod ، Tax Policy in the real World " Cambridge University Press ، U.S.A. first published ، 1999، pp:363-377.

(٨)- Vito Tanzi and Howell Zee " Tax policy for developing countries " International Monetary Fund ، Washington ، D.C. ، March 2001، p:13.

(٩)- United Nations " Conference on Trade and development ، administration of fiscale regimes for Petroleum exportation and development " New york and Geneva ، 1995، p:31..

القانون الفرنسي إدارة الضرائب الفرنسية بإصدار نشرة رسمية Official Bulletin يتم فيها تصنيف المعلومات ، ونشرها على أساس نوع كل ضريبة ، لإمكانية استفادة الممولين منها⁽¹⁰⁾.

٣- الإقتصاد (Rationalization): في تكاليف الجباية ، بحيث يزيد ما يلج خزانة الدولة من الضرائب على ما تتجشمه الإدارة الضريبية ، أو المكلفون من نفقات مالية في تحقيقها.

٤- الكفاءة (Efficiency): في أداء الوظائف المنوطة بالسياسة الضريبية المعاصرة ، وذلك بأقل تكلفة رفاهية إقتصادية أو إجتماعية ممكنة.

٥- المرونة (Flexibility): في الإستجابة للتغيرات ، أو التقلبات الإقتصادية المختلفة ، بما لا يخل بإعتبارات الحصيلة⁽¹¹⁾.

٦- الحياد (Neutrality): في معاملة الأوعية الضريبية المختلفة ، أو المكلفين بالضريبة ، بما لا يخل بآليات السوق ، فلا تتأثر الخيارات الإقتصادية المتعلقة بالإدخار أو الإستثمار أو الإستهلاك أو العمل بالضرائب المفروضة ، ولذلك قال Tanzi أن الحياد الضريبي والعدالة والشفافية في التعامل هي أهم ما يميز سياسات الإصلاح الضريبي⁽¹²⁾.

ومن الصعوبة بمكان ، إن لم يكن مستحيلاً على أى نظام ضريبي الوفاء بتلك المعايير المثالية جملةً وتفصيلاً ، هكذا ودفعة واحدة ، فالنظام الضريبي الأمثل هو ما كان ملائماً للظروف السياسية والإقتصادية والإجتماعية المحيطة بالبيئة الضريبية في دولة ما في لحظة ما ، ومن ثم فإن الحكم على مثالية هذا النظام أو ذلك ، منوط دوماً بمدى قربيه أو ابتعاده عن هذه المعايير ، في ضوء تلك الظروف التي يعمل من خلالها ، وتحت مظلتها ، إلا أن ذلك لا يحول بالطبع دون الإستهزاء بهذه

⁽¹⁰⁾- Lavigne Pierre ' L' Administration fiscale ' Revue Francaise de finances publiques , Paris , 2000, No. (15) p:77 .

⁽¹¹⁾- James Alm ' What is an Optimal tax system , in Joel Slemrod , Tax Policy in the real World ' Cambridge University Press , U.S.A. first published 1999, pp:363-377.

⁽¹²⁾- Vito Tanzi and Howell Zee ' Tax policy for developing countries ' International Monetary Fund , Washington , D.C. , March 2001, p:5-6..

مجلة الحقوق للدخول القانوني والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المعايير ، فى إصلاح النظم الضريبية ، بغية الإقتراب بها ما أمكن من النموذج الأمثل (13) ، وعليه فإن النظام الضريبي الأمثل ليس بالضرورة النظام الضريبي المثالي ، فما يعد مثالياً يختلف من دولة إلى أخرى ، وفى الدولة ذاتها من وقت لآخر ، لذلك فإن السياسة الضريبية توصف غالباً بأنها فن إستخدام الممكن وليس الأمثل (14) .

ثالثاً: محاور الإصلاح الضريبي

عند محاولة احداث اصلاح ضريبي فى مصر يجب ان نأخذ فى الاعتبار المحاور التالية والتي من خلالها قد تتمكن من اصلاح النظام الضريبي المصرى.

المحور الاول:

تعديل التشريع الضريبي بحيث يُصاغ وفقاً لمبادئ عصرية تتماشى مع الفلسفات العلمية الحديثة ويصبح التشريع اسهل وابسط وأكثر مرونة ولعل هذا ما بدأت تتجه اليه الادارة الضريبية فى مصر من خلال تبسيط الاجراءات فى ربط وتحصيل الضريبة وان كانت الدارة الضريبية غير قادرة حتى الآن على تفهم طبيعة كيفية تبسيط الاجراءات لذلك يجب:

- عمل برامج توعية توضح الخطوات البسيطة المتبعة فى ربط وتحصيل الضريبة

- عمل برامج تدريب للعاملين بالإدارة الضريبية لشرح الخطوات البسيطة وكيفية تنفيذها.

- الاعتماد على الكفاءات الادارية الشابه والتي تواكب متطلبات العصر الجديد من الضرائب وابعاد كبار الموظفين عن الاعمال التنفيذية المتعلقة بمعاملة الممول الضريبي لعدم تفهمهم للطرق الجديدة فى التعامل.

المحور الثانى:

تبني فلسفة جديدة تقوم على الثقة بين الممول ومصلحة الضرائب ويتم ذلك من خلال:

- الغاء الاحكام الصادرة بالحبس على المتهمين من دفع الضرائب.

- الالتزام بسرية البيانات والمعلومات لدى المصلحة عن دخل الممول.

(13)- Richard A. Musgrave ' Public finance in theory and practice' Fiscal reform in Colombia , Washington , 1979, p:216..

(14)- Vito Tanzi and Howell Zee ' Tax policy for developing countries ' International Monetary Fund , Washington , D.C , March 2001, p:2. .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

- بناء محاور الثقة المتبادلة بين المصلحة والممول عن طريق معاملة الممول معاملة تليق به والتميز بين الممول الصادق والممول المتلاعب في البيانات من حيث المعاملة وعدم اللجوء الى التهديد حتى في الاعلانات التي تسوقها مصلحة الضرائب.

المحور الثالث:

العمل على تحقيق العدالة في توزيع الدخل من خلال النظام الضريبي والعدالة بمفهومها الافقى والرأسى ، والتميز بين مصادر الدخل المختلفة عند فرض الضرائب:

- فتفرض ضرائب منخفضة على الدخل المكتسب.

- وتفرض ضرائب مرتفعة على الدخل المستثمر.

المحور الرابع:

تطوير الإدارة الضريبية ذاتها وميكنة عمليات الحصر والفحص والمراجعة وامدادها بكافة الوسائل التكنولوجية والربط بين المصالح الضريبية في مختلف القطاعات.

المحور الخامس:

التوازن بين الاهداف العامة للسياسة الضريبية (الاقتصادية - الاجتماعية - المالية) فيجب احداث توازن من خلال:

- الجمع بين الضرائب المباشرة والضرائب الغير مباشرة لتحقيق الاهداف المالية وهى زيادة حصيلة الضرائب.

- استخدام الضرائب التصاعدية لتحقيق العدالة في توزيع العبء الضريبي.

- استخدام كفاً لحصيلة الضريبة حتى يشعر المواطن بمردود حصيلة الضرائب.

- ترشيد الانفاق على تحصيل الضريبة.

رابعاً: خطوات الإصلاح الضريبي:

إن الإصلاح الضريبي المطلوب يجب أن يتجاوز نقاط الضعف السابقة ويحقق القواعد المتعارف عليها في الضريبة على أفضل شكل ممكن، مثل قاعدة العدالة، قاعدة الوضوح، قاعدة الشفافية، قاعدة الملاءمة وقاعدة الاقتصاد في النفقات:

- التعرف على الواقع الضريبي:

إن أولى خطوات الإصلاح تتطلب فريق عمل لإعداد دراسة تشخيصية للواقع الضريبي في الدولة من مختلف جوانبه بحيث تدرس عيوب التشريعات على تطبيق النظام الضريبي كما تدرس ممارسة الإدارة الضريبية من مختلف جوانبها وكفاءة كوادرها.

- تحديد السياسة الضريبية:

ينطلق رسم السياسة الضريبة من أن الضرائب أداة مالية واقتصادية بأبعاد ونتائج اجتماعية حيث يجب أن يكون الإصلاح الضريبي جزءاً من الإصلاح المالي والاقتصادي، وتعتبر الفلسفة الضريبية عن خلفية التشريع التي تساعد المشرع والمفسر، كما تساعد الإدارة الضريبية في تفسير وتطبيق التشريعات بما ينسجم مع الروح السياسية والفلسفة الضريبية.

- صياغة التشريع الضريبي:

بعد أن يتم تحديد الفلسفة والسياسة الضريبية، وتحديد الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والوسائل والأدوات المستخدمة لتحقيق الأهداف، وبالتالي تحديد السمات العامة للنظام الضريبي المنسجم مع النظام الاقتصادي والاجتماعي القائم، تأتي الخطوة الثالثة، وهي صياغة التشريع الضريبي أي ترجمة هذه السياسة الضريبية في نصوص مكتونة حيث يتميز النص القانوني بالتحديد الدقيق الذي ينقل الأهداف العامة إلى إجراءات محددة عبر قواعد وشروط ملموسة .

- صلاح الإدارة الضريبية :

الإدارة الضريبية هي الجهاز الحكومي الذي يتولى تنفيذ التشريعات الضريبية ونقلها إلى حيز التطبيق، ويعد دور الإدارة الضريبية في منتهى الأهمية ، حيث تتكون من الكادر البشري والتجهيزات المادية التي يجب عليها أن تتولى تطبيق القوانين وتنفيذ المشروعات كما تتولى فصل المنازعات بين الإدارة الضريبية وبين المكلفين.

خامساً: أسباب الإصلاح الضريبي.

تعاني الدول النامية أشكالا مختلفة من القصور في الإيرادات الضريبية، وتعود أسبابها إلى الضعف في الهيكل الضريبي نفسه. وتعتبر سياسات إصلاح الضريبة من أهم محاور السياسات المالية الموجهة لعلاج مشكلة العجز المالي في الدول النامية ويمكن حصر مشكلات هذه الدول فيما يلي:

١ - ضعف الجهد الضريبي واختلال الجهاز المالي:

وهذا الضعف يمكن قياسه من خلال انخفاض الطاقة الضريبية الفعلية عن الطاقة الضريبية المحتملة ومن ثم يعد تحويل الطاقة الضريبية الفعلية إلى الطاقة المتمكنة بمثابة الهدف الاستراتيجي لسياسات الإصلاح الضريبي المقترحة لمعالجة الإختلالات المالية العامة وعلاج عجز الموازنة العامة بصفة خاصة.

وفي هذا الصدد يشير خبراء صندوق النقد الدولي إلى ضرورة قياس التفاوت بين معدلات الاقتطاع الضريبي الفعلي، ومعدلاته المستهدفة، وذلك بقياس نسبة الحصيلة الضريبية الفعلية إلى الحصيلة الضريبية الممكنة كالتالي:

الضريبة المحققة الفعلية

الضريبة الممكنة

هذا يعكس ارتفاع الجهد الضريبي وبالتالي فإن العجز المالي لا يرجع إلى قصور السياسة الضريبية وإنما إلى عوامل أخرى يتعلق بعضها بجانب النفقات.

٢- اختلال الهيكل الضريبي :

وذلك لارتفاع النصيب النسبي للضرائب على الإنتاج والاستهلاك والتجارة الخارجية من إجمالي الإيرادات الضريبية في الدول النامية والعربية، على عكس الدول الصناعية المتقدمة التي تعتمد على الضرائب على الدخل من العمل، أو الربح من الملكية أو فائدة رأس المال والثروة وقد أكدت دراسة لحوالي ٨٦ دولة نامية تتضمن العديد من الدول العربية أن ضرائب الدخل تمثل ٣٠ % من المجموع الكلي للإيرادات بينما تمثل الضرائب على الإنفاق والاستهلاك

٦٠ % من المجموع.

وقد أشارت الدراسات إلى اعتماد هذه الدول بشكل مكثف على ضرائب التجارة لأنه كلما تنوعت هذه القاعدة وصلنا إلى تنمية اقتصادية أعلى.

٣- ضعف الجهاز الإداري:

وهذا راجع إلى النقص في المعلومات، والبيانات المالية التي تعكس بالدرجة الأولى ضعف الجهاز الإداري القائم على تنظيم الضرائب وتحصيلها، مما يؤدي إلى تزايد التهرب الضريبي علاوة على الفساد الإداري، وكما تتعارض هذه الأهداف تتشابك مبادئ وشروط

تحقيقها فتوسيع القاعدة الضريبية مثلا : يخدم كل من أهداف العدالة والكفاءة و الحصيلة في نفس الوقت .

أما رفع كفاءة الإدارة الضريبية فيضمن ما يعرف بالعدالة في التنفيذ من جهة .

كما يعد أحد الشروط الأساسية لضمان الحصيلة من جهة أخرى . و هكذا ، بما يضفي كثيرا من الصعوبة على عملية التقييم من منظور شامل .

و لا يُقاس نجاح الإصلاح الضريبي بالتقدم على كافة هذه الجهات ، و إنما بصيغة الموازنة أو الموازنة بين تلك الاهداف في ظروف معينة .

وهي أمور تمثل قيودا على نجاح عملية الإصلاح في تحقيق أهدافها المسطرة التالية: .

سادساً: أهداف الإصلاح:

أهداف الإصلاح يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- أهداف اجتماعية : تتمثل في تحقيق العدالة الاجتماعية بين المكلفين من خلال التمييز بين الأشخاص الطبيعيين و المعنويين و إخضاع كل طرف لمعاملة خاصة والتوسع في استعمال الضريبة التصاعدية على حساب الضريبة النسبية .

- أهداف اقتصادية : وتتمثل في عدم عرقلة وسائل الإنتاج و الاستثمارات، توفير حوافز للقطاع الخاص و خلق المنافسة .

- أهداف مالية: تتمثل في زيادة نسبة الجباية العادية في تمويل الميزانية العامة ، وبالتالي السعي إلى إحلال الجباية العادية محل الجباية البترولية ، وجعل الجباية العادية تغطي نفقات التسيير للميزانية العامة

المبحث الثاني

متطلبات الإصلاح الضريبي لزيادة

الحصيلة الضريبية

إن الهدف الأساسي من الضرائب هو تحقيق العدالة بين جميع فئات المجتمع بمعنى أنها تفرض أساساً على الفئات الميسورة والقادرة ثم يُعاد توزيعها مرة ثانية من خلال الأدوات الأخرى للسياسة المالية "كالدعم - والإنفاق العام على البنية الأساسية من مرافق (مياه - رصف طرق - تعليم - صحة - وغيرها) " لصالح المجتمع بجميع طوائفه وفئات مع إعطاء الأولوية لمحدودي الدخل .

ولأن الضريبة هي الركيزة الأساسية لتنمية الاقتصاد القومي نتعرض لأهم العوامل التي تؤدي إلى زيادة الحصيلة الضريبية في مصر باعتبار أن تلك العوامل هي إحدى النتائج الطبيعية لتطبيق آلية الإصلاح الضريبي ، وذلك على النحو التالي:

- ١- إعادة النظر في فتح باب التصالح الضريبي .
- ٢- إعادة النظر في فتح باب العفو الضريبي .
- ٣- تطبيق عقوبة الامتناع عن تقديم الإقرار الضريبي في المواعيد القانونية.
- ٤- إعادة النظر في الاقرارات الضريبية ومشاكل تطبيقها .
- ٥- تفعيل إيرادات العقارات المبنية .
- ٦- إعادة النظر في أسس محاسبة المنشآت الصغيرة مع تبنيتها .

٧- إعادة النظر في فتح باب الحافز النقدي وذلك لتحصيل كافة الديون المتأخرة علي الممولين .

٨- تشجيع الاستثمارات وخصوصاً المشروعات الصغيرة .

٩- إعادة النظر في شعبة الحجز والتحصيل عن طريق زيادة عدد مندوبي التحصيل ، وسيتم تناول هذه المتطلبات على النحو التالي:

أولاً : إعادة النظر في فتح باب التصالح الضريبي:

تفعيل المادة الخامسة والسادسة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والخاصة بالدعاوى المقيدة أو المنظورة لدي جميع المحاكم علي اختلاف درجاتها حيث:

١- نص المادة الخامسة من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ علي الآتي :

تنقضي الخصومة في جميع الدعاوى المقيدة أو المنظورة لدي جميع المحاكم علي اختلاف درجاتها قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠٤ بين مصلحة الضرائب والممولين والتي يكون موضوعها الخلاف في تقدير الضريبة وذلك إذا كان الوعاء السنوي للضريبة محل النزاع لا يجاوز عشرة آلاف جنيه وتمتنع المطالبة بما لم يسدد من ضرائب تتعلق بهذه الدعاوى .

وفي جميع الأحوال لا يترتب علي انقضاء الخصومة حق للممول في استرداد ما سبق أن سدده تحت حساب الضريبة المستحقة علي الوعاء المتنازع عليه ، وذلك كله ما لم يتمسك الممول باستمرار الخصومة في الدعوى بطلب يقدم إلي المحكمة المنظورة لديها الدعوى خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون.

كما تنص المادة السادسة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ علي ما يلي :

في غير الدعاوى المنصوص عليها في المادة الخامسة من هذا القانون ، يكون للممولين في المنازعات لقائمة بينهم وبين مصلحة الضرائب ولمقيدة أو المنظورة أمام المحاكم علي

إختلاف درجاتها قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠٤، طلب إنهاء تلك المنازعات خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون مقابل أداء نسبة من الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء السنوي للضريبة المتنازع عليه وفقاً للشرائح الآتية :

أ - (١٠%) من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء المتنازع عليه إذا لم تتجاوز قيمته مائة ألف جنيه .

ب- (٢٥%) من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء المتنازع عليه وذلك بالنسبة إلي ما تجاوز قيمته ألف جنيه وحتى خمسمائة ألف جنيه من هذا الوعاء ، وذلك بعد سداد النسبة المنصوص عليها في البند ١ بالنسبة إلي ما لا يجاوز مائة ألف جنيه من هذا الوعاء .

ج- (٤٠%) من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء المتنازع عليه وذلك بالنسبة إلي ما تجاوز قيمته خمسمائة ألف جنيه من هذا الوعاء ، وذلك بعد سداد النسبتين المنصوص عليهما في البندين ٢، ١ بالنسبة إلي ما لا يجاوز خمسمائة ألف جنيه من هذا الوعاء .

ويترتب علي وفاء الممول بالنسب المقررة وفقاً للبنود السابقة براءة ذمته من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المتنازع عليها ، ويحكم بانتهاء الخصومة في الدعوى إذا قدم الممول إلي المحكمة ما يفيد ذلك الوفاء ، وفي جميع الأحوال لا يترتب علي انقضاء الخصومة حق الممول في استرداد ما سبق أن سدده تحت حساب الضريبة المتنازع عليها .

وبناء عليه قامت مصلحة الضرائب العامة بإعداد مذكرة بشأن دراسة طلب الممول إنهاء الخصومة طبقاً لأحكام المادة السادسة من قانون الضريبة علي الدخل الصادر بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ . على النحو التالي:

نموذج مذكرة^(١٥)

وزارة المالية

مصلحة الضرائب العامة

رقم الملف الضريبي

مأمورية ضرائب / اسم الممول ثلاثياً

العنوان / المدينة / النشاط

الكيان القانوني

مذكرة بدراسة طلب الممول

إنهاء الخصومة طبقاً للمادة السادسة من قانون الضريبة علي الدخل الصادر بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ .

بناء علي الطلب المقدم من الممول بشأن إنهاء المنازعات الضريبية القائمة بينه وبين المصلحة والوارد إلينا تحت رقم وارد () بتاريخ / / وبعد دراسة بيانات الدعوى رقم () المرفوعة بتاريخ / / عن سنة النزاع () أمام المحكمة

والبالغ قيمة الوعاء المتنازع عليه مبلغ بالحروف (فقط

.....) فقد تم تحديد مقابل بقيمة

الضريبة المحددة كنسبة من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء السنوي

(١٥) وزارة المالية ، مصلحة الضرائب العامة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

للضريبة المتنازع عليها طبقاً للشرائح المقررة بالمادة السادسة من مواد إصدار قانون الضريبة علي الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ علي النحو التالي :

(أ) الوعاء الأول : (١٠%) من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء المتنازع عليه بما يزيد عن عشرة آلاف جنيه وبما لا يتجاوز مائة ألف جنيه .

١- قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء المتنازع عليه.

٢- قيمة مقابل الوفاء للوعاء الأول (٢) = (١) ١٠% .

(ب) الوعاء الثاني : (٢٥%) من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء المتنازع عليه بما يزيد عن مائة ألف جنيه وحتى خمسمائة ألف جنيه .

٣- قيمة الضريبة المستحقة علي ما لا يتجاوز مائة ألف جنيه من هذا الوعاء .

٤- قيمة الجزء الأول من مقابل الوفاء (٤) = (٣) ١٠% .

٥- قيمة الضريبة المستحقة علي ما يتجاوز مائة ألف جنيه وحتى خمسمائة ألف جنيه من هذا الوعاء .

٦- قيمة الجزء الثاني من مقابل الوفاء (١) = (٥) ٢٥% .

٧- قيمة كامل مقابل لوفاء للوعاء الثاني (٧) = (٦+٤) .

(ج) الوعاء الثالث : (٤٠%) من قيمة الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء المتنازع فيه بما يتجاوز قيمته خمسمائة ألف جنيه من هذا الوعاء .

٨- قيمة الضريبة المستحقة علي ما لا يتجاوز مائة ألف جنيه من هذا الوعاء .

٩- قيمة الجزء الأول من مقابل الوفاء (٩) = (٨) ١٠% .

١٠- قيمة الضريبة المستحقة علي ما يجاوز مائة ألف جنيه وحتى خمسمائة ألف جنيه من هذا الوعاء.

$$١١- قيمة الجزء الثاني من مقابل الوفاء (١١) = (١٠) ٢٥\%$$

١٢- قيمة الضريبة المستحقة علي ما يجاوز قيمته خمسمائة ألف جنيه من هذا الوعاء .

$$١٣- قيمة الجزء الثالث من مقابل الوفاء (١٣) = (١٢) ٤٠\%$$

$$١٤- قيمة كامل مقابل الوفاء للوعاء الثالث (١٤) = (٩+١١+١٣).$$

وبذلك يكون مقابل الوفاء المطلوب سداده مبلغ بالحروف (فقط
وقد قام الممول بسداد مقابل الوفاء المشار إليه بالقسيمة بتاريخ وبناء عليه نري الموافقة علي إعطائه شهادة براءة ذمة نفاذاً للمادة

السادسة من قانون الضريبة علي الدخل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ .

تحريراً في / /

مأمور الضرائب مراجع المأمورية مدير شؤون التحصيل.

بعد ذلك تقوم مصلحة الضرائب المصرية عن طريق مأمورية الضرائب التابعة للممول والذي تم التصالح معه بإعطائه شهادة براءة ذمة وذلك لتقديمها إلي المحكمة المختصة براءة ذمته والحكم بانتهاء النزاع القائم بينه وبين المصلحة في الدعوي رقم لسنة

نموذج من شهادة براءة ذمة (١٦)

مصلحة الضرائب العامة

مأمورية ضرائب /

العنوان /

تشهد مأمورية ضرائب بانقضاء الدعوي رقم لسنة
..... محكمة باسم الممول /

ملف ضريبي رقم عن السنوات
بناء عليه تم إبراء ذمة الممول من سداد أي ضريبة مستحقة عن السنوات موضوع هذه الدعوي
، كما لا يترتب علي ذلك حق للممول في استرداد ما سبق أن سدده تحت حساب الضريبة
المستحقة علي الوعاء أو الأوعية المتنازع عليها وذلك طبقاً لأحكام المادة السادسة من
القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ .

وهذه شهادة بذلك ،،،

أما بالنسبة للمادة الخامسة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والخاصة بالدعاوي
المقيدة أو المنظورة لدي جميع المحاكم علي اختلاف درجاتها قبل أول أكتوبر ٢٠٠٤ بين
مصلحة الضرائب والممولين بانقضاء الخصومة بشرط أن يكون الوعاء السنوي للضريبة محل
النزاع لا يجاوز عشرة آلاف جنية.

(١٦) وزارة المالية ، مصلحة الضرائب العامة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

يعطي للممول شهادة بإبراء ذمة الممول عن سداد أي ضريبة مستحقة عن السنوات موضوع
هذه الدعوي.

نموذج من شهادة إبراء الذمة^(١٧)

مصلحة الضرائب العامة

مأمورية ضرائب /

العنوان /

تشهد مأمورية ضرائب التابعة لمصلحة الضرائب العامة بأن الممول / ملف ضريبي رقم / .. / .. / .. / .. / .. ونشاطه قد قام بسداد الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة عليه وفقاً لأحكام المادة السادسة من مواد إصدار قانون الضريبة علي الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ لتقديمتها إلي المحكمة المختصة لبراءة ذمته والحكم بانتهاء النزاع القائم بينه وبين المصلحة في الدعوي رقم لسنة

رئيس المأمورية

وهذه شهادة بذلك ،،،

بناء على ما سبق نرى ما يلي :

أولاً : تفعيل المادة الخامسة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بالضريبة علي الدخل والخاصة بالعفو عن الدعاوي المقيدة أو المنظورة لدي جميع المحاكم علي اختلاف درجاتها إذا كان الوعاء السنوي للضريبة محل النزاع لا يجاوز عشرة آلاف جنيه مع تعديل المدة التي نص عليها القانون للقضايا المقيدة قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠٤ إلي قبل أكتوبر ٢٠١٤ .

ثانياً : تفعيل المادة السادسة من القانون رقم ٩١ سنة ٢٠٠٥ بالضريبة علي الدخل والخاصة بمقابل أداء نسبة من الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة علي الوعاء السنوي للضريبة المتنازع

(١٧) وزارة المالية ، مصلحة الضرائب العامة .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

عليه وفقاً للشرائح الموضحة بهذه المادة للمبالغ التي تزيد عن عشرة آلاف جنيهاً مع تعديل
المدة التي نص عليها القانون للقضايا المقيدة قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠٤ إلى قبل أكتوبر
٢٠١٤.

عن طريق إصدار قرار من سعادة وزير المالية أو من رئيس مصلحة الضرائب المصرية بشأن
تفعيل المادتين الخامسة والسادسة والخاصة بالدعاوي المقيدة أو المنظورة لدي جميع
المحاكم علي اختلاف درجاتها مع تعديل مدة القضايا وهي مثلاً قبل أكتوبر سنة ٢٠١٤ مع
عمل الدعاية الكاملة بجميع وسائل الإعلام المرئية وغيرها وفي الجرائد والمجلات وقيام
المأموريات بعمل الإعلانات داخلها وفي الميادين العامة وبهذا سوف يؤدي إلي زيادة الحصيلة
الضريبية مع اختصار وقت مدة التقاضي التي تستغرق سنوات طويلة علاوة علي الأهم من ذلك
قيام الممول بعد ذلك بسداد الضريبة السنوية بالمأمورية دون نزاع أو مشاكل قضائية .

ثانياً: العفو الضريبي بالنسبة لغير المقيدین بالمصلحة:

طبقاً لأحكام المادة الرابعة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والتي تنص علي الآتي :

"يعفي كل شخص من أداء جميع الضريبة المستحقة علي دخله وجميع مبالغ الضريبة العامة
علي المبيعات وذلك عن الفترات السابقة علي تاريخ العمل بهذا القانون وما يرتبط بتلك
الضرائب من مقابل تأخير وغرامات وضريبة إضافية وغيرها إذا ما توافر هذين الشرطين :

١- ألا يكون الشخص قد سبق تسجيله أو تقديمه لإقرار ضريبي أو خضع لأي شكل من
أشكال المراجعة الضريبية من قبل مصلحة الضرائب العامة أو مصلحة الضرائب علي المبيعات

٢- أن يتقدم الممول بإقرار ضريبي عن دخله عن آخر فترة ضريبية متضمناً كامل البيانات ذات الصلة وأن يتقدم للتسجيل لدي مصلحة الضرائب علي المبيعات إذا بلغ حد التسجيل وذلك قبل مضي سنة من تاريخ هذا القانون ويسقط الإعفاء إذا لم ينتظم الممول في تقديم إقراراته. الضريبية عن دخله عن الفترات الثلاثة التالية .

وبناء عليه قامت مصلحة الضرائب العامة بإصدار طلب العفو الضريبي طبقاً لأحكام المادة الرابعة من مواد الإصدار للقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ علي أن يتقدم به الممول ، الذي تنطبق عليه الشروط مرفقاً بهذا الطلب المستندات الموضحة بعد وهي :

أ- صورة البطاقة الشخصية - العائلية - الرقم القومي .

ب- الإقرار الضريبي عن آخر فترة ضريبية .

ج- المستند الدال علي التسجيل بمصلحة الضرائب علي المبيعات :

وقد تم تحديد تقديم الطلب قبل مضي سنة من تاريخ العمل بهذا القانون خلال المدة من ٢٠٠٥/٦/١٠ حتى ٢٠٠٦/٦/٩ مع اعتبار سنة التسجيل هي سنة بدء النشاط دون المسائلة عن الماضي .

طلب عفو ضريبي طبقاً لأحكام المادة الرابعة من

مواد الإصدار للقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ (١٨)

مصلحة الضرائب العامة

يقدم هذا الطلب قبل مضي سنة من تاريخ العمل

منطقة ضرائب القاهرة

بهذا القانون خلال المدة من : ٢٠٠٥/٦/١٠ إلي

مأمورية

٢٠٠٦/١/٩

شعبة

– السيد الأستاذ / رئيس مأمورية الضرائب

– أتقدم لسيادتكم بطلب منحي العفو الضريبي طبقاً لأحكام المادة الرابعة من مواد إصدار القانون رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ .

– وذلك طبقاً للبيانات التالية :-

– اسم الممول رباعياً المهنة / أو النشاط :

– عنوان المهنة / النشاط :

– عنوان محـــــــــــــــــل الإقامة :

– عنوان الفروع : فرع (١) فرع (٢)

(١٨) وزارة المالية ، مصلحة الضرائب العامة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ . المجلد الاول

- رقم التليفون: المهنة/ النشاط : المنزل: المحمول.....
الفاكس.....

- ص.ب رقم:..... رقم البطاقة(شخصية/عائلية):..... جهة الإصدار..... تاريخه.....
الرقم القومي: تاريخه:...../...../...../..... جهة
.....

- كما أقر بأنه لم يسبق تسجيلي أو تقديمي لإقرار ضريبي أو قمت بأي شكل من أشكال التعامل الضريبي من قبلي أو من قبل مصلحة الضرائب العامة أو مصلحة الضرائب علي المبيعات خلال السنوات السابقة بالكامل وحتى تاريخه.

- كما أوافق علي تقديم إقرار ضريبي عن دخلي عن آخر فترة ضريبية للعام متضمناً كامل البيانات عن دخلي خلال تلك الفترة وعلماً بأن نشاطي (خاضع) و (غير خاضع) للضريبة علي المبيعات حيث أنسني :
.....

- كما أقر بالتزامي الكامل والتام بتقديم إقراراتي الضريبية عن دخلي خلال الفترات الضريبية الثلاثة التالية كشرط أساسي لاستمرار العفو الممنوح لي .
وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،،

تحريراً في / / الاسم : التوقيع :
.....

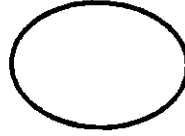
المرفقات :

١- صورة البطاقة الشخصية / العائلية/ رقم قومي .

٢- الإقرار الضريبي عن آخر فترة ضريبية .

٣- المستند اندال على التسجيل بمصلحة الضرائب علي المبيعات .

ختم وارد



المأمورية

بناء على ما سبق نرى ما يلي :

تفعيل المادة الرابعة من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بالضريبة علي الدخل والخاص بالعمو الضريبي بالنسبة للممولين الغير مقيدين بالمصلحة عن طريق إصدار قرار من سعادة وزير المالية أو من رئيس مصلحة الضرائب المصرية مع تعديل مدة العمو الضريبي مع عمل الإعلانات بجميع وسائل الإعلام المرئية وغيرها من الإعلانات في الجرائد - والمجلات - ومأموريات الضرائب في الميادين العامة مع تبسيط الإجراءات عن طريق وجود لجنة في كل مأمورية لدراسة الطلبات والبت فيها خلال مدة بسيطة لا تتعدى خمسة عشرة يوماً وبعد ذلك يتم الرد علي الممول عن طريق الاتصال التليفوني أو إرسال خطاب يفيد بتمتعه بالعمو الضريبي مع انتظامه في تقديم الإقرار الضريبي وبهذا سوف يؤدي إلي زيادة عدد الممولين والذي سوف يؤدي إلي زيادة الحصيلة في الأعوام القادمة .

بالنسبة للإعلان والدعاية :

- لا بد أن يذكر فيه مدة سريان هذا القرار .
- اطمئنان الممول بأن المصلحة سوف تمنحه التمتع بهذا العمو الضريبي بجدية وأنه لا يحق لها المطالبة بالسنوات الماضية .

ثالثاً : تطبيق أو تنفيذ عقوبة الامتناع عن تقديم الإقرار الضريبي في المواعيد التي حددها القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ .

من أهم سمات القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والخاص بالضريبة علي الدخل ما ورد طبقاً لعرض المادة رقم ٨٩ والتي تنص علي :

"تُرْبَط الضريبة علي الأرباح الثابتة من واقع الإقرار المقدم من الممول ويعتبر الإقرار ربطاً للضريبة والتزاماً بأدائها في المواعيد القانونية وتسدد الضريبة من واقع هذا الإقرار ."
وكذلك المادة رقم ١٣٥ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والتي تنص علي الآتي يعاقب بغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه كل من ارتكب أيّاً من الأفعال الآتية :

١- الامتناع عن تقديم إخطار مزاوله النشاط .

٢- الامتناع عن تقديم الإقرار الضريبي .

٣-

ولكن للأسف الشديد أن القانون بدأ سريانه من بداية العام المالي ٢٠٠٥ وحتى تاريخه لم يتم تفعيل المادة رقم ١٣٥ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والخاصة بعقوبة عدم تقديم لإقرار الضريبي والتي لها تأثير سيء وسلبى علي المادة رقم ٨٩ والخاصة بالإقرارات الضريبية حيث أنه من المتعارف عليه عن طبيعة الممولين البساطة وعدم تحمل المسؤولية طالما لا توجد معاقبة وهذا له تأثير سلبى علي حصيلة الضرائب حيث أن رد الممول بشأن الإقرار الضريبي (ياعم كبير) هو الإقرار ليس له لازمة ياعم لا يوجد فرق بين الذي قام بتقديمه في المواعيد والذي لم يقدمه الكل يتساوى؟؟

وعليه نرى :

ضرورة صدور تعليمات تفسيرية من رئيس مصلحة الضرائب المصرية بشأن حصر الممولين الذين لم يتقدموا بالإقرار الضريبي اعتباراً من العام المالي ٢٠٠٥ حتى تاريخه وتطبيق العقوبة طبقاً لنص المادة رقم ١٣٥ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ مع مراعاة الرأفة وإعطائهم مهلة لتقديم الإقرار مقابل غرامة بسيطة مع عمل حملة دعائية بشأن توعية الممولين بتقديم الإقرارات المتأخرة عن السنوات المالية التي قد انتهت وهذا سوف يؤدي إلى زيادة حصيللة الضرائب .

رابعاً : إعادة النظر في الإقرارات الضريبية:

للضرائب علي الدخل في ضوء قانون الضرائب علي الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ واللائحة التنفيذية وقرار وزير المالية الجديد رقم ٥٤ سنة ٢٠١٢ بشأن تحديد قواعد وأسس المحاسبة الضريبية للمنشآت الصغيرة .

١- مشكلة طبع الإقرارات الضريبية في وقت متأخر ووصولها إلي المأموريات خلال المواعيد القانونية لتقديمها يؤدي إلي وجود مخزون بكميات كبيرة في مخازن المأموريات بعد الانتهاء من تقديمها في المواعيد القانونية والتي أشار إليها القانون طبقاً لنص المادة ٨٣ من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ علاوة علي أن معظم الصفحات بالنسبة للمنشأة الصغيرة بها حشو ليس لها أي استفادة عند كتابة الإقرار الضريبي وهذا فيه إهدار للمال العام في ظل الظروف الاقتصادية التي تمر بها البلاد .

٢- قواعد وأسس المحاسبة الضريبية للمنشآت الصغيرة وذلك طبقاً للتعليمات التنفيذية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ والصادرة من رئيس مصلحة الضرائب المصرية لا تتناسب مع صفحات وخانات الإقرار الضريبي .

ومعظم الممولين في المنشآت الصغيرة يطبق عليهم الأسس المحاسبية تحت بنود هذه الجزئية ولكن للأسف الشديد بأن أسس المحاسبة والمربعات لا تتناسب مع بند النشاط .

حيث أنه توجد في أسس المحاسبة بند للنشاط يتفرع منه بنود وأن الخانات والمربعات والمحاسبة في الإقرار الضريبي مصممة علي أن بند النشاط واحد فقط .

أمثلة (١٩) :

١- بند ١٤٠/١٤١ تجارة الأقمشة والمنسوجات

يتفرع منه بنود وهي :

- الأقمشة القطنية - الصوف - الحرير - (نسبة صافي ربح ١٢%)

- الأقمشة المصنعة من الألياف (نسبة صافي ربح ١٦%)

- الأقمشة جملة (نسبة صافي ربح ٤%)

٢- بند ١٦٠ تجارة الأخشاب

يتفرع منه بنود وهي :

- مستورد (نسبة صافي ربح ٤%) من التكلفة الاستيرادية

- جملة (نسبة صافي ربح ٥%)

- تجزئة (نسبة صافي ربح ٦%)

الأخشاب لقديمة والكسر وأخشاب الشجر ١٢% .

وغيرها من البنود الكثير. والتي تحتوي علي بنود أخرى متفرعة من الرئيسي وهي ليس علي سبيل الحصر.

(١٩) وزارة المالية ، مصلحة الضرائب العامة .

أمثلة (٢٠) :

- بند ١٦٤ تجارة الزجاج والبللور
- بند ١٦٢ تجارة الأدوات الصحية
- بند ١٣٥ تجارة المخابز
- بند ١٧٣ تجارة الأسلحة والذخائر
- بند ١٨٠ تجارة الفحم
- بند ١٨٤ تجارة النظارات الطبية والشمسية
- بند ١٨٨ محال العاديات والسلع السياحية (البازارات)
- بند ١٨٩ تجارة طيور وأسماك الزينة وحيوانات أخرى
- بند ١٨٩ تجارة التليفون المحمول ومستلزماته
- بند ٢٢١ صناعة غزل الصوف وصناعة الكليم
- بند ٢٣٢ صناعة الحقائب من الجلود
- بند ٢٤٣ ورش الموبيليات
- بند ٢٧ صناعة الأثاث المعدني

وعليه نرى ضرورة تعديل قائمة الإقرار التفصيلية على النحو التالي :

١٠٤

قيمة الإيرادات اليومية

١٠٥

أيام العمل في السنة

١٠٦ (١٠٥ × ١٠٤)

قيمة الإيرادات السنوية

١٠٧

نسبة صافي الربح

١٠٨

صافي الربح

بناء على ما سبق نرى ما يلي :

١- إلغاء الصفحات ١٠٦ - ١٠٧ - ١٠٨ وهذا لتقليل التكلفة وتيسيراً على الممول في كتابة الإقرار الضريبي .

٢- إعادة النظر في وضع قواعد وأسس المحاسبة الضريبية للمنشأة الصغيرة مع مراعاة الآتي :

أ - وضع نسبة صافي ربح واحد لكل بند نشاط من إعادة النظر في النسب حيث توجد أنشطة نسبة صافي ربح تعدي نسبة ٥٠% مع صرف النظر في وضع أسس محاسبة نسبة

مجمّل ربح لأن المنشأة الصغيرة معظمها لا تحفظ بإصّالات السداد مثل الكهراء أو المياه والتلفونات . أو التأمينات وغيرهم يتعدّر لهم تقديم المستندات الدالة علي الصّرف وذلك عند وقوع الإقرار الضريبي للفحص بالعينة حيث تقوم مأموريات الضرائب بإخطار الممول بنموذج ١٩ دون الاعتراف بأي مصروفات وبعد ذلك يتم الطعن عليه وبذلك نعود إلي القوانين القديمة وتطول مدة الطعون وهذا يؤثّر علي حصيلة الضرائب .

هـ الإقرارات الضريبية بالنسبة لمحاسبة السيارات بنوعها الأجرة والنقل:

بالنسبة لإقرار الضريبة علي صافي أرباح الأشخاص الاعتبارية غير المؤيد بحسابات وكذا الإقرار الضريبي علي صافي دخل الأشخاص الطبيعيين غير مؤيد بحسابات لم تستعرض بالتفصيل أسس المحاسبة الضريبية لسيارات النقل الثقيل أكثر من ٥ طن والمقطورات سوي محاسبة الممول علي أكثر من سيارة نقل ثقيل وقد تجاهلت باقي أسس المحاسبة مثل الممول يمتلك أكثر من سيارة ومقطورة أو الممول يمتلك تريلًا بالكامل أو الممول يمتلك قاطرة فقط والممول يمتلك مقطورة فقط أو الممول يمتلك قاطرة بجانب أكثر من مقطورة علاوة علي محاسبة الممول في حالة وجود تعاقدات أو بيانات الخصم والإضافة حيث يقوم الممول بكتابة ورق خارجي يتم إرفاقه بالإقرار لذلك كان لابد من تعديل الإقرارات علي النحو التالي :

١- استحداث إقرار خاص لمحاسبة سيارة الأجرة فقط .

٢- استحداث إقرار خاص لمحاسبة سيارة النقل الخفيف والثقيل .

٣- استحداث إقرار لمحاسبة المنشآت الصغيرة .

مع تبسيط الإقرار واختصار الصفحات حيث الحشو والتي لا تؤدي إلى أي غرض وتزيد من تكلفة الإقرار علاوة على صعوبة كتابة الإقرار.

خامساً- حصر ومخاسبة مولى ضريبة التصرفات العقارية

- حصر ومخاسبة العقارات أو الوحدات المؤجرة للغير مفروشة - إيجار محدد المدة .

أ- بشأن محاسبة الممولين الذين يقومون بتأجير الوحدات السكنية وكذا غير أغراض السكن "المحلات التجارية" في ظل أحكام القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذي ينظم العلاقة بين المالك والمستأجر حيث انتشر في مصر الإيجار الجديد والمحدد بمدة سواء للسكن أو التجاري وقد ارتفعت القيم الإيجارية علاوة على أنه في ظل ٢٥ يناير عام ٢٠١١، زادت عدد العقارات المبنية سواء للإيجار أو البيع وهذا لم يتم حصره.

وعليه ينبغي:

والعقارات التي يتم إنشاؤها سواء عن طريق بيع وحداتها أو تأجيرها وهذا سوف يؤدي إلى زيادة حصيله الضرائب .

سادساً: تسوية الديون المستحقة لدى الممولين عن طريق منحهم حافز سداد لأداء الضرائب ورسم التنمية وغيرها من مقابل التأخير والمبالغ الإضافية الأخرى:

بتاريخ ٢٦/١/٢٠١٢ أصدر رئيس مصلحة الضرائب المصرية تعليمات تنفيذية برقم (١٦) لسنة ٢٠١٢ بشأن تطبيق الحافز الضريبي المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ وقرار وزير المالية رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٢ والذي ينص على منح الممولين حافز عن طريق المبالغ التي تسدد من واقع ضريبة تم ربطها عن طريق اتفاق باللجنة الداخلية أو من قرار لجنة طعن أو

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

من واقع حكم واجب النفاذ ولو كان مطعوناً عليه وحدد التعليمات والشروط والخطوات ونسبة الحافز والمدد مع توضيح أمثلة لكيفية حساب الحافز .

تعليمات تنفيذية رقم (١) لسنة ٢٠١٢

بشأن

تطبيق الحافز الضريبي المقرر بالمرسوم بقانون

رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ وقرار وزير المالية رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٢

بموجب المرسوم بقانون وقرار وزير المالية المشار اليهما بشأن تقرير حوافز لأداء الضرائب ورسم التنمية وغيرها من مقابل التأخير والمبالغ الإضافية الأخرى .

وعملاً علي سلامة التطبيق وتوحيداً بين كافة المأموريات والوحدات التابعة للمصلحة.

تنبه المصلحة إلي ضرورة مراعاة ما يلي :

للممول الحق في التمتع بالحافز المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ وقرار وزير المالية رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٢ علي أي مبلغ يدفعه من الضرائب ورسم التنمية الواجب الأداء وكذلك علي مقابل التأخير والمبالغ الإضافية المستحقة الأخرى.

وفقاً للضوابط التالية :

أولاً : علي الممول للتمتع بالحافز المشار إليه أن يتقدم بطلب إلي المأمورية المختصة علي النموذج المعد لذلك وهذا النموذج من أصل وصورتين ويتعين علي المأمورية إثبات المبلغ المدفوع وتحديد لحافز المقرر عليه علي ذات الطلب وتسليم الممول أصل الطلب ويتم إرفاق صورة منه بملف خاص لهذه الطلبات. والأخرى تسلم لشعبة التحصيل لإجراء التسوية اللازمة .

ثانياً : تكون الضريبة واجبة الأداء فيما يتعلق بتطبيق المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ في الحالات الآتية:

- ١- من واقع الاتفاق باللجنة الداخلية .
- ٢- من واقع قرار لجنة الطعن ولو كان مطعوناً عليه .
- ٣- في حالة عدم الطعن علي نموذج الأخطار بعناصر ربط الضريبة وقيمتها .
- ٤- من واقع حكم واجب النفاذ ولو كان مطعوناً عليه .

وذلك على النحو التالي :

مثال : ممول عليه رصيد ضرائب وغرامات مقابل تأخير ورسم تنمية ١٠٠٠٠٠٠ جنيه واجبة الأداء ويرغب في السداد :

أ - في حالة سداد جزء من المبالغ وليكن ٣٠٠٠٠٠ جنيه يسدد نقداً / شيك .

الحافز المحتسب في حالة السداد قبل ٢٠١٢/٣/٣١ :

$$٣٧٥٠٠ = \text{الإجمالي} \quad ٧٥٠٠٠ = ٢٥\% \times ٣٠٠٠٠٠$$

- يتم خصم ٣٧٥٠٠ من رصيد الضرائب الواجبة الأداء لمستحقة علي الممول وبالتالي يتم تسوية حسب الممول في خانة السداد ٣٠٠٠٠٠ نقداً + ٧٥٠٠٠ حافز .

ب - في حالة رغبة الممول في سداد كافة المستحق عليه يتم حساب المبلغ المطلوب سداًه نقداً / شيك كما يلي :

١٠٠٠٠٠٠٠ رصيد الضريبة والمبالغ الأخرى واجبة الأداء المستحقة علي الممول .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبلغ الواجب سداده قبل ٢٠١٢/٣/٣١ = $1000000 \div 125 \times 100 = 800000$

ويكون الحافز مبلغ ٢٠٠٠٠

المبلغ المطلوب سداده نقداً وبشيك ٨٠٠٠٠٠ جنبه حيث أن الحافز المحتسب يتم حسابه كنسبة من المبلغ المسدد وتكون التسوية كآلاتي :

٨٠٠٠٠٠ سداد نقداً أو بشيك

٢٠٠٠٠ ٢٥ % من المبلغ المسدد حافز في حالة السداد قبل ٢٠١٢/٣/٣١

١٠٠٠٠٠٠ الإجمالي يتم تسويته مع الرصيد

ويراعي في حالة السداد الجزئي ترتيب الوفاء وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة (١١١) من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بحيث يكون علي النحو التالي:

١- المصروفات الإدارية والقضائية .

٢- مقابل التأخير .

٣- الضرائب المحجوزة من المنبع .

٤- الضرائب المستحقة .

ثالثاً : لا يسري الحافز علي ما يلي :

- الضريبة الملتزم الممول بسدادها عن الاقرارات الأصلية أو المعدلة أو المؤقتة أو النهائية .

- المبالغ التي تؤدي بنظام الخصم أو التحصيل تحت حساب الضريبة أو بنظام الحجز عند

المنبع .

- المبالغ التي تؤدي بنظام الدفعات المقدمة .

- الضرائب التي يقوم الملتزم قانوناً بتحصيلها وتوريدها للمصلحة أي كان نظام التحصيل .

- الضرائب المستحقة طبقاً لنص المادة السادسة من مواد إصدار القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ .

- الضرائب واجبة الأداء والمبالغ الأخرى المستحقة على المخاطبين بحكم الفقرة الثانية من

المادة (٤٩) من قانون الضريبة علي الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ وهم :

* هيئة قناة السويس .

* الهيئة المصرية العامة للبتروول .

* البنك المركزي .

* شركات البحث عن البترول والغاز وانتاجها .

- متأخرات وفروق ضريبة المربعات .

- المبالغ التي يتم سدادها قبل وجوب الأداء .

رابعاً : يتم حساب الحافز كما يلي :

١- يتم تحديد نسبة الحافز كنسبة من المبالغ المسددة حسب تاريخ السداد كما يلي :

٢٥ % علي المبالغ التي يتم سدادها من تاريخ العمل بالمرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ حتى

٢٠١٢/٣/٣١ .

١٥ % علي المبالغ التي تم سدادها من ٤/١ حتى ٢٠١٢/٦/٣٠

١٠ % علي المبالغ التي يتم سدادها من ٧/١ حتى ٢٠١٢/١٢/٣١

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية الجدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

خامساً : يحدد الحافز علي أساس تاريخ السداد كما يلي :

١- في حالة الدفع النقدي أو بموجب حوالات أو شيكات مقبولة الدفع:

- يتقدم الممول يطلب للتمتع بالحافز علي النموذج لمرفق المعد لذلك ويقوم مأمور التحصيل بتحديد قيمة الحافز علي ذات الطلب من أصل وصورتين ويوقع عليه كل من الممول ومأمور التحصيل والمراجع ومدير التحصيل .

- يتم تحرير قسيمة لسداد عند الدفع النقدي أو تحرير أورنيك ٤٤ عند الدفع بحوالة بريدية أو شيك .

- يتم القيد في السجل الخاص بقيد طلبات التمتع بالحافز وتأخذ رقم القيد بالسجل .

- يقوم الممول بالسداد بالمأمورية وترفق الصورة الأولى من الطلب مع مستند لدفع وتأخذ دورتها للقيد في السجلات وبطاقة الحساب الجاري ثم ترفق بملف الحجز، وترفق الصورة الثانية في ملف خاص لهذه الطلبات بالمأمورية

٢- حالة الدفع بشيكات غير مقبولة الدفع :

- يقدم الشيك للمأمورية ويقيد بالوارد العام ويسلم لمأمور الخزينة .

- يعد الأورنيك ٤٤ بقيمة الشيك ويحرر الطلب الخاص بتحديد قيمة الحافز من أصل وصورتين ويوقع عليه من الممول وترفق بصورة الأورنيك ٤٤ وتحفظ مؤقتا ليحن ورود اشعارات الاضافة باضافة قيمة الشيك لحساب المصلحة ، ويلزم الانتقال الي الوحدة الحسابية بعد خمسة عشر يوما من تقديم الشيك للتحقيق من ورود اشعارات الاضافة للتحقيق من مدي استحقاق الممول للحافز من عدمه .

- بعد التحقيق من ورود اشعارات الاضافة يتم استكمال بيانات الطلب بتحديد قيمة الحافز علي أساس تاريخ تقديم الشيك وتستكمل الإجراءات والتوقيعات .

- عند ارتداد الشيك بدون تحصيل تتخذ بشأنه الإجراءات الصادر بها التعليمات التنفيذية رقم (٢٠١) لسنة ١٩٩٨ ولا يتم الاستفادة من الحافز إلا في حالة تقدم الممول للسداد النقدي ووفقا لتاريخ السداد.

سادسا : في حالة وجود استفسار يتم الاتصال بالإدارة المركزية للتحصيل .

سابعاً : على كافة المأموريات والإدارة المركزية للتوجيه والرقابة والسادة رؤساء المناطق الضريبية متابعة تنفيذ الكتاب الدوري بكل دقة .

وعن نموذج الحافز الذي ينبغي تقديمه فهو على النحو التالي:

مصلحة الضرائب المصرية

منطقة ضرائب /

مأمورية ضرائب /

العنوان /

طلب تمتع بحافز المرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٢

السيد الأستاذ / رئيس مأمورية ضرائب :

تحية طيبة .. وبعد

[]

مقدمه لسيادتكم الممول :

[]

ملف رقم :

أرجو من سيادتكم التكرم بالموافقة على تمتعي بحافز المرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٢

[]

حيث أنني سوف أقوم بسداد مبلغ

(مبلغ وقدره (جنيه) (كل /أو جزء من)

المستحقات الضريبية المقدرة علي

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،،،

اسم الممول /

رقم الملف الضريبي / / /

التوقيع /

جنيه (فقط وقدره) جنيهه) حافظاً علي

يعتمد مبلغ

سداد

جنيهه (بالقسمة / شيك) بتاريخ / /

مبلغ

٢٠

طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١ سنة ٢٠١٢ وذلك لسداد الممول كلي / أو جزء من
المستحقات الضريبية المقدرة عليه .

تحريراً في : / / ٢٠

المأمورية

مدير التحصيل

المراجع

المأمور

وعليه ينبغي:

تفعيل القانون وقرار السيد وزير المالية والتعليمات التنفيذية الصادرة من رئيس مصلحة الضرائب المصرية عن طريق تجديد وتعديل تواريخ السداد لهذه التعليمات مع عمل حملة دعاية كبيرة في جميع وسائل الإعلام مع قيام المأموريات بعمل إعلانات بداخلها وفي الميادين العامة ويمكن الاتصال المباشر بالمولين أو مخاطبتهم بهذا الشأن وهذا سوف يؤدي إلي زيادة الحصيلة الضريبية.

شعبة الحجز والتحويل:

شعبة الحجز والتحويل بالمأموريات تقوم بمتابعة السداد والتحويلات عن طريق عمل بطاقات للممولين لمعرفة الرصيد وكذا بطاقات الحساب الجاري ومحاضر الحجز والتسويات وأخطار الممولين بكشوف حساب مع حساب فائدة التأخير علي الأقساط المستحقة والتي لم تسدد في مواعيدها وتقوم بأخطار شعبة القضايا بالموقف المالي للممول في حالة طلبه شهادة بالموقف الضريبي - كما تقوم بإجراء الحجز علي الممولين.

وبهذا يتضح لسيادتكم أنها من أهم الشعب بالمأموريات لأنها تختص بالتحويلات ولكن للأسف الشديد أن المأموريات تعاني من نقص في مندوبي التحويلات حيث أن العدد في كل مأمورية لا يتعدى اثنين وأن التوزيع الجغرافي التابع لكل مأمورية كبير.

لذا ينبغي زيادة عدد مندوبي التحويلات والذين يقومون بالتحويل عن طريق النزول إلي الشارع . ومن الصور الأخرى للتحويل:

- يقوم الممول بالسداد بالمأمورية وترفق الصورة الأولى من الطلب مع مستند لدفع وتأخذ دورتها للقيّد في السجلات وبطاقة الحساب الجاري ثم ترفق بملف الحجز، وترفق الصورة الثانية في ملف خاص لهذه الطلبات بالمأمورية.

الفصل الثاني

قرأه لأهم الإصلاحات الضريبية الحديثة في مجال الضرائب على

الدخل

في هذا الفصل سوف نستعرض قراءة مبدئية في التعديلات التي تم إضافتها على القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ الخاص بالضرائب على الدخل، إلى جانب استعراض فرض الضريبة على توزيعات الأسهم المقيدة في سوق الأوراق المالية في مصرفي مبحثين مُستهدلاً بمبحث تمهيدي أوضح فيه الدواعي الوطنية لهذه التعديلات الهادفة في مُجملها لسد العجز في الموازنة العامة للدولة:

مبحث تمهيدي

رؤى حول علاج العجز في الموازنة العامة

يفرق بين العجز الأولي Primary deficit كفرق بين الإنفاق الحكومي الجاري على السلع و الخدمات (تعليم، صحة، دفاع، وغيرها) و الإيرادات الكلية من كل أنواع الضرائب و المدفوعات التحويلية . والعجز الكلي (العجز المالي) fiscal deficit والذي يتضمن بالإضافة إلى العجز الأولي مدفوعات الفوائد على الديون.

يتأثر العجز زيادة أو نقصاً بعدة أمور منها:

١- مستوى النشاط الاقتصادي حيث تؤدي زيادة النشاط الاقتصادي إلى الضرائب من

زيادة الإيرادات كما يزيد الإنفاق الحكومي أثناء توسع النشاط الاقتصادي بسبب

الإنفاق على برامج الضمان الاجتماعي و إعانات البطالة.

٢- التغييرات في معدلات الضرائب وسياسات دعم الضرائب tax

enforcement

٣- مستوى ودرجة تغطية برامج الضمان الاجتماعي للمواطنين (شبكة الضمان الاجتماعي و مدى اتساعها).

٤- السياسات الحكومية الأخرى.

في دول مثل النرويج وروسيا ودول منظمة الدول المصدرة للبترول (أوبك) فإن الإيرادات من البترول و الغاز تلعب دوراً رئيسياً في الإيرادات العامة.

يلاحظ أنه في أوقات التضخم فإن القيمة الحقيقية للدين المتراكم تنخفض مما يجعل المقرضين حينما يتوقعون تضخماً في المستقبل - يطالبون بفوائد أعلى من ديونهم. وهذه الطريقة تتميز بأنها لا ترتب أعباء تجاه العالم الخارجي.

ولكن يعيب هذه الطريقة إمكانية حدوث انكماش في الاستثمار الخاص، ويزيد هذا الانكماش من ارتفاع أسعار فوائد السندات، وربما يلجأ القطاع الخاص، ويزيد هذا الانكماش مع ارتفاع أسعار فوائد السندات، وربما يلجأ القطاع الخاص إلى الاقتراض حتى من الخارج مما يترتب عليه ارتفاع سعر العملة الوطنية أو المحلية يترتب عليه زيادة الواردات ونقص الصادرات ومن ثم إمكانية ظهور وزيادة عجز ميزان المدفوعات.^(٢١)

لقد اكتسب التمويل من خلال الاقتراض أهمية متزايدة نتيجة عدم قدرة الحكومات على الاستمرار في تمويل الإنفاق العام من خلال الإصدار النقدي (طبع البنكنوت) وما يترتب على ذلك من التضخم بآثاره السلبية المعروفة، كما زادت هذه الأهمية مع تراكم الثروات لدى المستثمرين في القطاع الخاص.

وعموماً توجد أربعة طرق لعلاج العجز وهي:

(٢١) د. خليل خليل، محاضرات لطلبة البكالوريوس بكلية العلوم الإدارية والمالية بجامعة الطائف، السعودية،

١٩٩٢م، ص ٨-٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

١- الاقتراض الحكومي من القطاعات الأخرى في الاقتصاد من خلال إصدار السندات Bonds وهذه الطريقة هي أقل طرق التمويل خطورة بالمقارنة بالاقتراض الطويل الأجل و الإصدار النقدي، حيث يكون أقل خطراً بالنسبة للمقرض في حالة إقراضه قروضاً طويلة الأجل. وقد بدأت الحكومة في السنوات الأخيرة في إصدار السندات القابلة لإعادة البيع من جانب حاملها وهذا يعني أن من يقرض دولة معينة يمكنه أن يعيد بيع ما اشتراه من سندات غيره، وإصدار السندات يترتب عليه انخفاض فوائد الديون بالنسبة للدولة المقترضة ومن الأمثلة على ذلك السندات البريطانية وأذون الخزانة الأمريكية.

٢- بيع السندات للبنك المركزي أو طبع النقود ومشكلة هذه الطريقة ما يترتب عليها من التضخم عند إنفاق الحكومة لهذه النقود وتضاعف احتمالات التضخم مع ارتفاع أو زيادة درجة التوظيف.

٣- الاقتراض من السوق الدولية وذلك من خلال بيع البنك المركزي للسندات الحكومية في السوق الدولية. ومشكلة هذه الطريقة ما يترتب عليها من زيادة تفاقم مشكلة الديون الخارجية.

٤- بيع الأصول الحكومية في الخارج أو جزء منها، وميزة هذه الطريقة هي أنها لا تؤثر سلباً داخلياً ولكن عيبتها انخفاض الإيرادات التي كانت تلتها هذه الأصول قبل بيعها، وأتبع هذه الطريقة الكويت بعد حرب الخليج، كما اتبعتها استراليا التي باءت للعلاج العجز.

سياسات علاج العجز:

تتركز في:

١- زيادة الضرائب وتقليل الإنفاق العام، وهنا تزيد الضرائب إما بشكل عام أو تزيد على فئات معينة (مثل أصحاب الدخل المرتفعة أو أرباب الأعمال) دون الأخرى، أما تقليل الإنفاق فيكون إما من خلال تقليل نفقات كل الهيئات والمؤسسات الحكومية بنفس النسبة أو تقليل موازنة بعض الهيئات بنسبة أكبر من غيرها. والاختيار بين زيادة الضرائب أو تقليل النفقات قرار حكومي بحكمه اعتبارات عديدة سياسية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية الجدد الأول ١٧٠٠ في المجلد الأول ١٩٩٤

واجتماعية ودرجة قبول المجتمع لكل سياسة. وهناك سياسة أو إجراء قاسي يجمع بين تخفيض الإنفاق وزيادة الضرائب ينادي به بعض الاقتصاديين الأمريكيين وتسمى **deficit hawk** من خلال الحرص على توازن الموازنة بقله النفقات العامة وزيادة الضرائب.

- ٢- الإصلاح الضريبي والذي يتضمن تغيير معدلات الضرائب وتقليل التهرب الضريبي مع السماح بتخفيضات للمولين لتحفيزهم على السداد. وهذا ما انتهجه مصلحة الضرائب المصرية بعد ٢٥ يناير ٢٠١١م.
- ٣- العمل على تخفيض خدمة الديون من خلال الاقتراض لتمويل خدمة الدين بأسعار أقل أي أن القرض الجديد يكون بفائدة أقل وهذا يمكن من عدم تخفيض الإنفاق العام.

بالإضافة إلى ما سبق هناك مجموعة من السياسات للولايات المتحدة لعلاج العجز منها:

- تشجيع النمو والتشغيل و التي تؤدي إلى زيادة الضرائب وتقليل البطالة ومن ثم مدفوعات الضمان و الإنفاق العام وتسمى سياسة **Win-Win policy**.
- تقليل العجز من خلال تحقيق كسب لفئة وتحميل فئة مثل تقليل مزايا المحالين للتقاعد لصالح الأجيال القادمة .
- تجنب أو تقليل الزيادة في الإنفاق العام في المستقبل خاصة في بنود الإنفاق الرئيسية (التأمين الصحي، التأمين الاجتماعي، الدفاع).
- زيادة الإنفاق على الأوجه التي تؤدي إلى زيادة الإنتاجية وزيادة قدرة المنتج الأمريكي على المنافسة، ومن ثم تحقيق تيار من الإيرادات في المستقبل يقلل العجز مثل الإنفاق على التعليم والبحث العلمي و البنية الأساسية.
- التأكد على تبسيط الإجراءات التي تؤثر سلباً على القرار الاستثماري .
- القيام بإجراء إصلاحات في الموازنة. بالتحول التدريجي لموازنة البرامج والأداء. (٢٢)

على هدي ماسبق أرتأت السياسة المالية للدولة المصرية انتهاج البندين (١،٢) من سياسات علاج العجز في الموازنة للحد من الاقتراض الخارجي ، وعلى إثر ذلك

(٢٢) د. عبد الفتاح الجبالي: تضارب المصالح العامة والخاصة في مصر، مصدر مناقق، ص ٢٩٨
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

صدرت التعديلات الضريبية بمقتضى القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤. لعلاج العجز في الموازنة العامة للدولة المصرية المتوقع أن يتجاوز ٢٧٥ مليار (مئتي وخمسة وسبعون مليار جنيه) في العام المالي ٢٠١٥/٢٠١٦ م

المبحث الأول

قراءة مبدئية في تعديلات قرار رئيس الجمهورية

رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤

جاءت أبرز التعديلات الجديدة التي أقرها الرئيس عبدالفتاح السيسي على قانون الدخل رقم ٩١ لسنة لعاملين في صناديق التأمين الخاصة، وأقساط التأمين على الحياة.

نقدم في السطور التالية قراءة في المواد التي تضمنتها التعديلات كما نقدم تقييماً وشرحاً لها قبل وبعد التعديل، « مع الوضع في الاعتبار أن هناك مجموعة من الاعتبارات ينبغي مراعاتها عند إعداد أي تشريع مالي بحيث يتطلب إعداد، أية مشروع قانون للضرائب، مراجعته ما يلي :

١- دقة وبساطة و انضباط نصوص و مواد التشريع الجديد، مضمونا و صياغة حتى تتحدد حقوق و التزامات الممولين بشكل واضح و قاطع بما يكفل خفض السلطة التقديرية للمصلحة من جهة، وسد الباب أمام أية منازعات إدارية جديدة من جهة أخرى .

٢- كفالة المزيد من المرونة بالنسبة لإجراءات و مدد الاخطار و الإلابلغ و خلافه بما يحقق الملائمة بالنسبة للممول^(٢٢) .

٣- النص على توقيتات زمنية محددة بانعقاد لجان الطعن من تاريخ الإحالة إليها ، و لإصدار قراراتها من تاريخ انعقاد أول جلساتها حتى لا يطول أمد نظر النزاعات .

(٢٢) د جنات فاروق السمالوطي، إصلاح المالية العامة في مصر، المؤتمر التاسع للاقتصاد ٧-٨ يونيو

٢٠٠٥م، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ص ٣٧

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

٤- مراجعة العقوبات حتى لا تكون عنصرا طاردا للنشاط من ناحية و تحقيق نوع من التوازن بين العقوبة و الجرم من ناحية أخرى ، وبما يدعم فرص التطبيق الفعلي للعقوبات من ناحية ثالثة .

٥- تطوير نظم المعلومات في مأموريات الضرائب بما يساعد في تحليل البيانات و في دعم اتخاذ القرار (و خاصة مع الانتقال لنظام الفحص بالعينة) .

٦- و ضع برامج و حملات منظمة لرفع الوعي الضريبي لدى جمهور الممولين

أولاً:تعديلات المادة السادسة:

بالنسبة للمادة ٦ من القانون "٩١" فكانت تنص على أن تفرض ضريبة سنوية على مجموع صافي دخل الأشخاص الطبيعيين المقيمين وغير المقيمين بالنسبة لدخولهم المحققة داخل مصر، وأضاف عليها التعديل الجديد عبارة (أو خارجها إذا كانت مصر مركزًا لنشاطهم التجاري أو الصناعي أو المهني.. كما تسري الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين غير المقيمين، بالنسبة لدخولهم المحققة في مصر).

ووفقًا للقانون يكون الشخص الطبيعي مقيما في مصر-إذا كان موطنه الدائم مصر أو أمضى في مصر مدة تزيد على ١٨٣ يوما متصلة أو مقطعة خلال ١٢ شهرا أو المصراالذي يؤدي مهام وظيفته في الخارج ويحصل على دخله من الخزانة المصرية ، أما الشخص الاعتباري فيكون مقيما في مصر إذا كان قد تأسس وفقًا للقانون المصري أو إذا كان مركز إدراته الرئيسي أو الفعلي في مصر، أو إذا كان شركة تملك فيها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أكثر من ٥٠% من رأسمالها.وقال مصدر في المالية إن الإضافة هدفها ضبط النص في القانون، لكي يكون أكثر اتساقا، ولمنع أي ازدواج ضريبي حال إذا كان الممول له فرع لشركته في الخارج أو كان أجنبيا وله فرع شركة في مصر.

ثانياً: تعديلات المادة العاشرة:

أما المادة ١٠ فكانت تنص على أن (تعفي من الضريبة التوزيعات والأرباح والحصص التي تحصل عليها أشخاص اعتبارية مقيمة مقابل مساهمتها في أشخاص اعتبارية أخرى)، فأصبحت: تعفي توزيعات الأرباح التي تحصل عليها الشركة الأم أو الشركة القابضة عن الشركات التابعة المقيمة وغير المقيمة بعد إضافة ١٠% من قيمة هذه التوزيعات إلى الوعاء الخاص للضريبة للشركة الأم أو القابضة مقابل التكاليف غير واجبة الخصم وذلك بشرط، ألا تقل نسبة مساهمة الشركة الأم أو القابضة عن ٢٥% في رأس مال الشركة التابعة أو حقوق التصويت، وألا تقل مدة حيازة الشركة الأم أو القابضة لتلك النسبة عن سنتين أو أن تلتزم بالاحتفاظ بتلك النسبة لمدة سنتين متتاريتين اقتناء الأسهم أو حقوق التصويت.

ثالثاً: تعديلات المادة الثالثة عشر:

أما المادة ١٣: فكانت تنص على أن يعفي كل من الاشتراكات العاملين في صناديق التأمين الخاصة التي تنشأ طبقاً لقانون صناديق التأمين الخاصة الصادر بالقانون ٥٤ لسنة ١٩٧٥ وأقساط التأمين على الحياة والتأمين الصحي على الممول لمصلحته أو مصلحة الزوج وأولاده القصر وأية أقساط تأمين لاستحقاق معاش، واشترط التعديل الجديد ألا يزيد جملة ما يعفي للمول على ١٥% من صافي الإيراد أو ١٠ آلاف جنيه على الأقل، مقابل ٣ آلاف جنيه أو أيهما أكبر قبل التعديل. وقال المصدر إن الهدف الرئيسي من التعديل هو وتحقيق البعد الاجتماعي من خلال رفع "الحد الأقصى" للإعفاء الضريبي بشأن الاشتراكات في الصناديق الخاصة وأقساط التأمين على الحياة أو التأمين الصحي.

رابعاً: تعديلات المادة السابعة عشر:

أما المادة ١٧، فكانت تنص على أن تحدد أرباح النشاط التجاري والصناعي على أساس الإيراد الناتج عن جميع العمليات التجارية والصناعية المحققة في مصر، إلا أن التعديل الجديد أضاف لها عبارة: "وكذلك الإيرادات المحققة من الخارج إذا كانت مصر مركزاً لهذا النشاط.

خامساً: تعديلات المادة الثانية والثلاثون:

وبالنسبة للمادة ٣٢، فكانت تنص قبل التعديل على أن تفرض الضريبة على صافي إيرادات المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية التي يمارسها الممول بصفة مستقلة ويكون العنصر الأساسي فيها العمل إذا كانت ناتجة من مزاوله المهنة أو النشاط في مصر، وأضاف عليها التعديل الجديد (وكذلك إيرادات المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية المحققة في الخارج إذا كانت مصر مركزاً لنشاطه المهني). كما أضيف إلى البند الثالث من المادة ذاتها إضافة جديدة حيث كانت في الأصل تنص على أن تفرض الضريبة على أية إيرادات ناتجة عن أية مهنة أو نشاط غير منصوص عليه في المادة ٦ من القانون، فأضيف إليها عبارة: (سواء أكانت هذه الضريبة محققة في مصر أو في الخارج إذا كانت مصر مركزاً للنشاط أو المهنة).

سادساً: تعديلات المادة الخمسون:

وبالنسبة للمادة ٥٠ "بند ٧"، فكانت تقضي بأن تعفي أرباح وتوزيعات صناديق الاستثمار المنشأة وفقاً للقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ وعائدات السندات المقيدة في الجداول الرسمية ببورصة الأوراق المالية) من الضريبة، وأصبحت بعد التعديل: تعفي (توزيعات صناديق الاستثمار في الأوراق المالية المنشأة وفقاً لقانون سوق رأس المال المشار إليه التي لا يقل استثمارها في الأوراق المالية وغيرها من أدوات الدين عن

٨٠٪، وتوزيعات صناديق الاستثمار القابضة التي يقتصر الاستثمار فيها على صناديق
الاستثمار المشار إليها وتوزيعات الأرباح التي تحصل عليها، هذه الصناديق بعد، إضافة ١٠٪
من قيمة هذه

التوزيعات إلى الوعاء الخاص للضريبة مقابل التكاليف غير واجبة الخصم، وعائد الاستثمار في
صناديق الاستثمار النقدية وعائد السندات المقيدة في جداول بورصة الأوراق المالية دون
سندات الخزينة وأرباح صناديق الاستثمار التي يقتصر نشاطها على الاستثمار في النقد دون
غيره.

سابعاً: تعديلات المادة التاسعة والخمسون:

المادة ٥٩، فكانت قبل التعديل فكانت تنص على أن الجهات والمنشآت المبينة فيما بعد أن
تخصم نسبة من كل مبلغ يزيد على ٣٠٠ جنية تدفعه على سبيل العمولة أو السمسرة أو مقابل
عمليات الشراء أو التوريد أو المقاولات أو الخدمة إلى أي شخص من اشخاص القطاع
الخاص، وأضاف لها التعديل عبارة: (وكذلك توزيعات الأرباح التي تجريها شركات الأموال أياً
كان مقدارها).

وتلك الجهات هي: الحكومة ومصالحها ووحدات الإدارة المحلية والهيئات القومية
والاقتصادية والخدمية ووحدات القطاع العام وشركات الأموال والمنشآت والشركات الخاصة
لقوانين الاستثمار. وشركات الأشخاص التي يجاوز رأسمالها ٥٠ ألف جنية أياً كان شكلها
القانوني والشركات المنشأة بمقتضى قوانين خاصة والشركات والمشروعات المقامة بنطاق
المناطق الحرة وفرع الشركات الأجنبية ومخازن الأدوية ومكاتب الاستيراد والجمعيات التعاونية
والمعاهد التعليمية والنقابات والروابط والأندية ومراكز الشباب والاتحادات والمستشفيات
والجمعيات والمؤسسات الأهلية والمكاتب المهنية ومكاتب التمثيل الخارجي ومنشآت الإنتاج

السينمائي من الجهات المنصوص عليها في البند الأول بجانب الجهات الأخرى التي يتم إنشائها بقرار من الوزير.

ثامناً: المادة التاسعة والخمسون مكرر:

وأضاف لها مادة ٥٩ مكرر(على الجهات المنصوص عليها في البند (١) من المادة ٥٩ من هذا القانون التي تتولى بيع أو توزيع سلع أو منتجات صناعية أو حاصلات زراعية محلية أو مستوردة إلى أشخاص القطاع الخاص للإتجار فيها أو تصنيعها أن تخطر المصلحة ببيان عن التعاملات والمبالغ التي تحصل عليها من هؤلاء الأشخاص. وألحق بها بند ٥٩ مكرر (١) والذي يقضي بأن تخطر المصلحة من بيان عن التعاملات والمبالغ والإجراءات التي تحصلها من المستأجرين للأماكن المملوكة لها والمعدة للإتجار أو التصنيع فيها أو تقديم أو إعداد أية خدمات أو مأكولات أو مشروبات.

تاسعاً: المادة التاسعة والخمسون مكرر (٢):

كما زاد عليها المادة "٥٩" مكرر "٢": فتنص على أن تحدد بقرار من الوزير السلع والمنتجات الصناعية والحاصلات الزراعية وأوجه النشاط وأنواع الإجراءات التي تسري عليها أحكام المادتين ٥٩ و ٥٩ مكرر من القانون وعلى الجهات المنصوص عليها في التبدين (١) و(٢) من الفقرة الأولى من المادة ٥٩ من هذا القانون إخطار المصلحة ببيان بقيمة السلع والمنتجات الصناعية والحاصلات الزراعية والتعاملات والمبالغ والإجراءات التي حصلت عليها من كل ممول في موعد أقصاه أواخر أبريل ويوليو وأكتوبر ويناير من كل عام عن الأشهر الثلاثة السابقة.

عاشراً: تعديلات المادة الثالثة والسبعون:

كما أضاف إلى المادة ٧٣: لانسري أحكام الخصم والتحصيل تحت حساب الضريبة على الممول خلال فترة إعفائه أو خضوعه للضريبة إلا أنه أضاف عليها (فيما عدا الالتزام المنصوص عليها في المواد ٥٩ و ٥٩ مكرر و ٥٩ مكرر ١ و ٣).

حادى عشر: تعديلات المادة السادسة والثمانون:

وتنص المادة ٨٦ قبل التعديل على أن تقوم الجهات المتلزمة بأحكام الخصم بأداء المبالغ المحصلة في موعد أقصاه أواخر أبريل ويوليو وأكتوبر ويناير من كل عام فعليها توفير السجلات اللازمة للفحص بمعرفة المصلحة، فتم إضافة عبارة: على أن تتضمن البيانات عن كل فترة ضريبية كافة التعاملات والأشخاص الذين تم التعامل معهم بنظام الخصم والمحصل لحساب الضريبة بدلاً من المبالغ المدفوعة والشخص المتلقي والضريبة المستقطعة من هذه المبالغ التي كان ينص عليها القانون قبل التعديل.

ثانى عشر: تعديلات المادة الخامسة والثلاثون بعد المائة:

أما المادة ١٣٥، فتم فيها رفع حد العقوبة من ألفين بحد أقصى ١٠ آلاف جنيه إلى ٥ آلاف بحد أقصى ٢٠ ألفاً، وذلك على من يمتنع عن تقديم إخطار مزاولة النشاط أو تقديم الإقرار الضريبي أو لم يصدر أو يسلم الفاتورة، كما يعاقب بغرامة لا تقل عن ٢٠ ألفاً ولا تتجاوز ٥٠ ألفاً كل من خالف المادة ٩٦ فقرة (١)، وكانت تلك المادة قبل التعديل تضع عقوبة ألفين جنيه فقط وبحد أقصى ١٠ آلاف. وتنص المادة ٩٦ فقرة (١) على أن يلتزم الممول بتوفير البيانات وصور الدفاتر والمستندات والمحزرات بما في ذلك قوائم العملاء والموردين التي تطلبها المصلحة منه كتابة وذلك في حدود ١٥ يوماً من تاريخ طلبها ما لم يقدم الممول دليلاً كافياً على الصعوبات التي واجهها في إعداد وتقديم البيانات في موعدها المحدد ولرئيس

المصلحة أو من يفوضه مد هذه المدة لمدة مناسبة إذا لم قدم الممول دليلاً كافياً على ما يعترضه من صعوبات في تقديم تلك الصور والبيانات. ووضعت التعديلات عقوبة بغرامة مقدارها ٢٠ آلاف جنيه كل من خالف أحكام المادتين (١/٧٨) و(٨٣/ الفقرة الثالثة). وتقضي المادة ٧٨ بند واحد في القانون - لم يتم تغييرها - بأن يلتزم الشخص الطبيعي الخاضع للضريبة وفقاً لأحكام الباب الأول من الكتاب الثاني بإمساك الدفاتر والسجلات التي تسلمتها طبيعة تجارة أو صناعة أو مهنة أو حرفة كل منهم إذا تجاوز رأسماله المستثمر ٥٠ ألف جنيه أو تجاوز صافي ربحه السنوي وفقاً لآخر ربط ضريبي مبلغ ٢٠ ألف جنيه.

ثالث عشر: تعديلات المادة الثامنة والثلاثون بعد المائة:

وبالنسبة للمادة ١٣٨ الخاصة بتصالح الوزير في الجرائم المنصوص عليها في المادة ١٣٨، فقررت رفع التعويض المقرر بجانب المبالغ المستحقة إلى ٥ آلاف جنيه، عدا حالة الامتناع عن تطبيق نظام استقطاع وخصم وتحصيل وتوريد الضريبة في المواعيد القانونية فيكون التعويض فيها بنسبة ١٢,٥% من المبالغ التي لم يتم استقطاعها أو خصمها أو تحصيلها أو توريدها ويكون التعويض في حالة مخالفة الفقرة ٩٦ بقيمة ٢٠ ألف جنيه. ويقصد بالمهن الحرة، التي يباشرها الممولون بصفة مستقلة والتي يكون العنصر الأساسي فيها العمل، وتقوم على الممارسة الشخصية لبعض العلوم والفنون، وتتضمن المهن الطبية وشبه الطبية كالأطباء، الجراحين، مستغلي مراكز التحاليل الطبية، والمهن القانونية كالمحامين، مراقبي حسابات، مستشارين قانونيين والمهن التقنية كالمهندسين والمحاسبين، والمهن الفنية والأدبية والتي تشمل على الفنانين بمختلف اختصاصاتهم والكتاب والملحنين، أما المهن غير التجارية، فهي التي لا تحقق فيها الأرباح من الأنشطة التجارية والصناعية.

رابع عشر: تعديلات المادة السادسة والأربعون مكرر:

ومن ضمن التعديلات الجديدة، المادة ٤٦ مكرر (٥) التي نصت على فرض ضريبة على الأرباح الرأسمالية المنصوص عليها في المادة ٤٦ المحققة من الأوراق المالية المقيدة في بورصة الأوراق المالية التي يحصل عليها الشخص الطبيعي المقيم من مصدر في مصر بسعر ١٠% وذلك دون خصم أي تكاليف أي أنه تنص على فرض ضريبة ١٠% على الأرباح الرأسمالية المحققة في البورصة المحلية وعلى التوزيعات النقدية، وكذلك الأرباح الناتجة عن الاستثمار في الأوراق المالية في الخارج أو التصرف فيها.

وقال بعض المحللون إنه منذ أكثر من شهرين والمتعاملين في البورصة يتعاملون مع القانون نفسياً وبالتالي اتخذوا قراراتهم سواء بالشراء أو البيع وهبطت الأسعار إلى حد كبير وحقق المتعاملون نسب كبيرة من الخسائر في ظل الترويج للقانون والتخويف من إصداره أي أن السوق تفاعلت مع القانون قبل إصداره بفترة كبيرة. وأضاف أن إقراره حالياً ليس له تأثير يذكر، وبالتالي الأثر النفسي لدي المتعامل المصري قد انتهى لأن حقق خسائر حقيقية في ظل الترويج للقانون بصورة مخيفة خلال الشهور الماضية، وعلى العكس فإن المضاربين سيستفيدون من إلغاء قانون الدمغة فيما يتعلق ببند الـ ١٦ في الألف على فاتورة الشراء والبيع، مما يخفض من تكاليف التداول اليومية للمضاربين. أما بالنسبة للأجانب فلا يوجد لديهم مشكلة لأنهم حال دفع ضريبة للحكومة المصرية سيتم إعفائهم من دفع ضريبة في بلدانهم، أما بالنسبة للمتعاملين العرب فهم مضاربون بصورة قصيرة الأجل، وفي حالة احتساب ضريبة الـ ١٠% على أرباحهم قد تساوي ما سيتم إعفائهم من ضريبة الـ ١٦ في الألف المعمول به حالياً.

المبحث الثاني

فرض الضريبة على توزيعات الأرباح

مقدمة

استجابة لما يمر به الاقتصاد المصري من تحديات بالغة تتطلب تصافر كل الجهود لحياتته وإعادة الثقة فيه فقد استحدث القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ من قانون الضريبة علي الدخل والمعدل بالقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ إخضاع أرباح تعاملات الأسهم في البورصة المصرية والمحقة من مصدر في مصر لضريبة قدرها ١٠ ٪ من صافي الأرباح دون خصم أية تكاليف وذلك كخطوة هامة نحو توزيع أعباء الإصلاح المالي والاقتصادي علي أوسع قاعدة ضريبة ممكنة لتحقيق العدالة الضريبية وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة اتباع النظم العالمية المعمول بها في مجال الإصلاح و المراجعة الضريبية الدورية بما يتناسب مع التطورات المتلاحقة في الأسواق .

المطلب الأول

(الإيرادات الخاضعة للضريبة)

طبقا لنص المادة ٤٦ مكرر من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والمعدل بالقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ تسري الضريبة علي توزيعات الأرباح عن الأسهم والحصص التي يحصل عليها الشخص الطبيعي المقيم في مصر من شركات الأموال أو شركات الأشخاص بما في ذلك الشركات المقامة بنظام المناطق الاقتصادية في ذات الطبيعة الخاصة ، عدا التوزيعات التي تتم في صورة أسهم مجانية سواء تحققت هذه في مصر او في الخارج ، وإيا كانت الصورة التي يتم فيها التوزيع .

وباستقراء المادة سالفة الذكر يمكن استنتاج شروط خضوع الإيراد من أرباح الأسهم والحصص الضريبية المنصوص عليها بالقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤. والتي تتمثل في الآتي :

(١) ان تكون بصدد توزيع الأرباح :-

وتوزيعات الأرباح هي أي دخل مستمد من الأسهم او الحصص بما في ذلك أسهم التمتع او حقوق التمتع او أسهم التعدين واسهم التأسيس أو أي حقوق أخرى تعطي حق المشاركة في الأرباح سواء كانت هذه التوزيعات نقدية او علي شكل سندات او حصص تأسيس او علي أي صورة أخرى عدا التوزيعات التي تتم في صورة أسهم مجانية ، وبالتالي إذا لم يكن هناك تحقيق لأرباح فلا مجال للحدوث عن توزيعات لها ، ومن ثم فلا تكون بصدد فرص ضريبة ، بل يكون لصاحب حق الملكية علي السهم أو الحصة وهو الممول المعني بأداء الضريبة - ان يقوم بتحويل الخسائر الرأسمالية للأوراق المالية وهو ما سيأتي تباعا .

(٢) ان يكون توزيع الأرباح ناتج عن تعاملات في الأوراق المالية :

فالأوراق المالية تمثل جزءا أساسيا من الثروة الوطنية بل والدولية ، ورغم القيمة الاقتصادية الهامة للأوراق المالية فان المشرع المصري لم يعن بوضع تعريف محدد لها إلا ان الفقه في مصر وفرنسا قد اتفق علي أن الأوراق المالية تتوافر فيها ثلاث خصائص رئيسية وهي :

(أ) إنها تصدر بقيمة اسمية غير قابلة للتجزئة وتمثل حصة في رأس مال الشخص المعنوي المصدر او دينا عاما في ذمته المالية .

(ب) إنها قابلة للتداول بالطرق المبسطة المعروفة في القانون التجاري وليس وفقا لإجراءات الحوالة في القانون المدني ، بل غالبا ما يتم تداولها في بورصات الأوراق المالية .

ج) أن النوع الواحد من هذه الأوراق في الإصدار الواحد يخول أصحابه حقوقا متساوية والأوراق المالية أداة مالية لها خصائص معينة وتخضع لنظام قانوني متميز ، إلا أن كل الأدوات المالية المعروفة في السوق المالي لا تعد أوراقا مالية ، إذ أن الأدوات المالية تعد أوسع نطاقا من المقصود بالأوراق المالية ، فكل ورقة مالية تعد أداة أو منتجا ماليا وانعكس غير صحيح ، فهناك أدوات مالية كثيرة لا تكتسب صفة الورقة المالية تشتمل علي أنواع عدة وأهمها ما يلي :

أ - الأسهم : وتمثل في مجموعها رأس مال الشركة ويحصل كل مكتب علي أسهم تعادل حصته في رأس المال وتحول المكتب حقوق المساهم مثل الحق في الأرباح والحق في اقتسام الموجودات ويصبح التنازل عن السهم ، تنازلا عن حقوق المساهم .

ب - السندات : وهي صكوك تمثل فروضا تعقدتها شركات المساهمة والتوصية بالأسهم عن طريق الاكتتاب العام ، ولذلك يعتبر صاحب السند دائما للشركة ويستحق عنه فوائد ثابت وله الحق في اقتضاء دينه في الميعاد المحدد لانتهاء مدة الفرض .

ج - حصص التأسيس : وهي صكوك ليس لها قيمة اسمية لأنها لا تعتبر جزءا من رأس المال ولا تساهم في تكوينه وتمنحها الشركة لمن تنازلوا لها عن التزام منحته الحكومة او من حق من الحقوق المعنوية مقابل نسبة معينة من الأرباح يحددها نظام الشركة ولهذا فإنها تسمى أحيانا بحصص الأرباح .

د - سندات الدولة وهي السندات التي تصدرها الهيئات العامة : وتصدر بسعر فائدة محددة ولمدة محددة .

هـ - صكوك التمويل ذات العائد المتغير : وتصدرها شركات المساهمة وهي صكوك قابلة للتداول وتصدر بموافقة الجمعية العامة للشركة ويجب ان تتضمن هذه الموافقة العائد الذي يدره الصك وأساس حساب هذا العائد .

و - وثائق الاستثمار : وتصدرها صناديق الاستثمار وبشارك حاصوا هذه الوثائق في استثمارات الصندوق ويحدد قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ إجراءات إصدار تلك الوثائق واسترداد قيمتها والبيانات التي تتضمنها وقواعد قيدها وتداولها في البورصة .

ز - الحقوق المالية المتفرقة عن الأوراق المالية سائلة الذكر متى كانت تلك الحقوق لها نفس خصائص الأوراق المالية وعلي الأخص قابلية الحق للتداول ، ومن أمثلة هذه الحقوق المتفرقة عن الأوراق المالية سائلة الذكر كوبونات أرباح الأسهم وشهادات الحق في الاكتتاب في أسهم زيادة رأس المال وشهادات الحق في توزيعات او تخفيضات الأسهم المجانية .

٣) أن يحصل علي توزيعات الأرباح من الأسهم او الحصص نتيجة التعامل في الأوراق المالية شخص طبيعي مقيم في مصر ، وبالتالي فإن المعني هنا بسداد دين الضريبة علي توزيعات أرباح الأسهم هو الشخص الطبيعي والذي كان معفي سابقا من ادائها طبقا لنص المادة ٣١ من قانون الضريبة علي الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ بالفقرة ٣ ، ٤ من المادة المذكورة وليس الشخص الاعتباري او ان الشخص الاعتباري وهو الشركة الممثلة القانونية لأشخاصها الطبيعيين او أصحاب حقوق الملكية علي أسهم الشركة الأم - كان ولا زال يخضع لاحكام الضريبة علي دخل الأشخاص الاعتباريين في القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ وما يقوم الشخص الاعتباري بسداده من ضريبة لا يعد من التكاليف واجبة الخصم من وعاء الضريبة في حين ان ما يقوم الشخص الطبيعي من ادائه من ضريبة علي ما يحصل عليه من توزيعات الأرباح الناتجة عن التعامل في الأوراق المالية بعد تكلفة تخصم من إجمالي إيراد الشركة الام وكما يجب ان يتوافر في الشخص الطبيعي كما يصبح ملتزما بأداء الضريبة علي توزيعات الأرباح ان يتوفر فيه شرط الإقامة بمصر ، ويتوافر شرط الإقامة في حق الشخص الطبيعي طبقا للقانون رقم ٩١

لسنة ٢٠٠٥ إذا كان مركز النشاط الرئيسي للمحول بمصر أو إذا أقام بمصر مدة ستة اشهر متصلة او مدة تزيد علي ١٨٣ يوما منفصلة خلال اثني عشر شهرا أو إذا كان يتقاضى راتبه من الخزائنة المصرية وبناء عليه فان الشخص الطبيعي غير المقيم بمصر والذي يحصل علي توزيعات أرباح ناتجة عن التعامل في الأوراق المالية لا يخضع للضريبة الواردة بالقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ علي توزيعات الأرباح .

٤) أن يكون ما يحصل عليه الشخص الطبيعي المقيم في مصر من توزيعات (أرباح - الحصص او أسهم صادرة له من شركة من شركات الأموال (المساهمة - التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة) أو من شركة من شركات الأشخاص (التضامن - التوصية البسيطة - وشركة الواقع) وبالتالي فان توزيعات الأرباح لشركة واقع ناشئة عن أصل فردى بسبب الميراث لا يخضع للضريبة علي توزيعات الأرباح كما أن الضريبة محل البحث محل الدراسة لا يمكن أيضا تطبيقها علي توزيعات الأرباح الصادرة للشخص الطبيعي من شخص طبيعي آخر لا يتوافر لديه الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثاني

(تحديد التوزيعات الخاضعة للضريبة وسعرها)

نص المادة ٤٦ مكرر من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والمعدل بالقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ علي ان يتم تحديد وعاء الضريبة علي توزيعات الأرباح المنصوص عليها في المادة ٤٦ مكرر سالف الذكر في الفصل الأول من القانون ، وذلك علي ما يحصل عليه الشخص الطبيعي المقيم الذي لا يزاول نشاط خاضعا للضريبة وذلك فيما يجاوز عشرة آلاف جنيها سنويا ويشمل ذلك الوعاء بالنسبة للشخص الطبيعي المقيم الذي يزاول نشاطا خاضعا لضريبة كامل توزيعات الأرباح التي يحصل عليها سواء من مصدر في مصر او في الخارج ويكون سعر الضريبة طبقا للمادة ٤٦ مكرر ٢ من القانون سالف الإشارة علي توزيعات الأرباح المحققة من مصدر في مصر خلال السنة التي يحصل عليها شخص طبيعي مقيم هي ١٠ ٪ وذلك دون خصم أي تكاليف ويخفف هذا السعر ويخفف هذا السعر إلي ٥ ٪ إذا زادت نسبة المساهمة في الشركة القائمة بالتوزيع علي ٢٥ ٪ من رأس المال أو حقوق التصويت بشرط ألا تقل مدة حيازة الأسهم أو الحصص عن سنتين وذلك دون خصم أي تكاليف.

وينبغي علي ما تقدم ان الشخص الطبيعي المقيم الذي لا يزاول بمصر نشاطا تجاريا - يخضع للضريبة او أي نشاط آخر واقتصر نشاطه علي الإستثمار في الأوراق المالية ، فان ناتج الإستثمار في الأوراق المالية بمصر إذا كان مبلغ ١٠٠٠٠٠ جنية فأقل فلا يخضع للضريبة إذ لا يخضع للضريبة علي توزيعات الأرباح إلا إذا تجاوز مبلغ ١٠٠٠٠٠ جني في حين ان الشخص الطبيعي المقيم إذا كان له نشاط يخضع للضريبة فان كامل ما يحصل عليه من توزيعات بدون خصم مبلغ ١٠٠٠٠٠ جنية يخضع للضريبة وسواء كانت هذه التوزيعات للأرباح قد آلت إليه من مصدر في مصر او في خارجها ، كان يمتلك الممول في الحالة الثانية أكثر من

اسهم له في شركات مختلفة في دول متعددة او في دولة واحدة وفي شركات مختلفة مثلاً او في شركة واحدة فقط .

كما تسري الضريبة علي الشخص الاعتبائي المقيم او غير المقيمين بالنسبة لما يؤول إليها من توزيعات أرباح عدا التوزيعات التي تتم في صورة مجانية إذا كانت لها منشأة دائمة في مصر وذلك بسعر ١٠ ٪ علي كامل التوزيعات دون خصم أي تكاليف وتخفض لـ ٥ ٪ إذا زادت نسبة المساهمة علي ٢٥ ٪ من رأس المال او حقوق التصويت بشرط ألا تقل مدة حيازة الأسهم للشركة او الحصص عن سنتين .

المطلب الثالث

(ترحيل الخسائر وتجنب الازدواج الضريبي)

أولا : ترحيل الخسائر الرأسمالية للأوراق المالية :

طبقا للمادة ٢٩ مكرر من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ واستنادا من حكم المادة ٢٩ من القانون المذكور ، فإنه تخصص الخسائر الرأسمالية المحققة نتيجة التصرف في الأوراق المالية في حدود الأرباح الرأسمالية المحققة من التصرف في أوراق مالية خلال السنة الضريبية ذاتها ، وفي حالة زيادة الخسائر الرأسمالية المحققة خلال السنة الضريبية يسمح بترحيل الزيادة في الخسائر من الأرباح المحققة نتيجة التصرف في الأوراق المالية في السنوات التالية حتى السنة الثالثة فقط ويستتبع ذلك عدم جواز ترحيل الخسائر الرأسمالية للأوراق المالية أكثر من ثلاث سنوات ضريبية تالية للسنة الضريبية ذاتها محل الخسارة المحققة من التعامل في الأوراق المالية ، وذلك خلاف للقواعد العامة بالمادة ٢٩ من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والتي تجيز للممول ترحيل خسائر نشاطه الخاضع للضريبة لمدة خمس سنوات تالية للعام الضريبي الذي تحققت فيه الخسارة محل الترحيل .

كما ان القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ قد أعطي للإدارة الضريبية الحق في إجراء مقاصة بين ما يكون الممول قد حققه من أرباح وما تكبده من خسائر وذلك خلال المدة من الممنوحة لترحيل الخسائر وتقتضي هذه الحالة تحقيق ارباح في سنوات لاحقة لسنوات تكييد الخسائر بشرط ألا تزيد عن ثلاث سنوات كما سبق عرضه ، او امتلاك الممول وهو الشخص الطبيعي المقيم في مصر لأكثر من أوراق مالية له في شركات مختلفة سواء أكان ذلك داخل مصر او خارجها .

ثانياً : الازدواج الضريبي :

تنص المادة ٤٦ مكرر من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ علي ان تخصم ما يؤدي من ضريبة مدفوعة طبقاً للقانون المذكور رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ والمعدل بالقانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ في الخارج وذلك من الضريبة المحسوبة علي إيرادات توزيعات الأرباح الناتجة عن التعامل في الأوراق المالية ، وتفترض هذه المادة امتلاك الشخص الطبيعي المقيم في مصر لأكثر من ورقة مالية له في دول مختلفة وقيامه بسداد ضريبة علي توزيعات ارباح اوراقه المالية الكائنة بالخارج ، مع التزامه بسداد الضريبة المفروضة عليه طبقاً للقانون المصري عن ذات الأوراق المالية المملوكة له بالخارج خلال ذات السنة الضريبية محل المحاسبة طالما توافر شرط الإقامة بمصر ، وهنا ورغبة من المشرع المصري في تجنب الازدواج الضريبي فقد نص علي خصم ما يقوم الممول بسداده من ضريبة بالخارج علي تلك الإيرادات الخاصة بتوزيعات الأرباح الناتجة عن التعامل في الأوراق المالية من الضريبة المحسوبة في مصر خلال نفس العام الضريبي بشرط ألا تزيد عن سعر الضريبة المفروضة المحسوبة في مصر والا طرحت هذه الزيادة وفي حالة كون الضريبة المفروضة علي الممول بالخارج أقل من الضريبة المحسوبة في مصر علي تلك الإيرادات سألقة الذكر فهذا يصبح للإدارة الضريبية في مصر الحق في تحصيل ذلك الفارق بين سعر الضريبة المفروضة طبقاً للقانون المصري وهو نسبة ١٠ ٪ علي ما يجاوز مبلغ ١٠٠٠٠٠ جنيه دون خصم أي تكاليف كما سبق الإشارة فيما تقدم وبين سعر الضريبة المسددة بالخارج علي توزيعات ارباح الاوراق المالية وهو الامر الذي يتفق وتحقيق مبدأ العدالة الضريبية من ناحية وتحقيق تشجيع الاستثمار في الاوراق المالية من ناحية اخري حيث ان الممول لا تتم محاسبته عن توزيعات الأرباح الناتجة عن التعامل في الأوراق المالية إلا لمرة واحدة خلال العام الضريبي الواحد مهما تعددت مصادر استثمار في الأوراق المالية .

المبحث الثالث

قراءة في تعديلات

قانون الضرائب العقارية رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٨

في هذا المبحث سوف نقوم بإلقاء الضوء على أهم الملامح الرئيسية التي اشتمل عليها قانون الضريبة العقارية رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠٨ ، ثم نقوم ببيان وعرض أهم التعديلات التي صدرت في الفترة الأخيرة على ذلك القانون.

المطلب الأول

أهم الملامح الرئيسية لقانون الضريبة العقارية

تمهيد:

أثر الإصلاح الضريبي على الاقتصاد يصحبه عدم التأكد و النتائج تعتمد على نوع النماذج مستخدمة الافتراضات التي بنيت عليها. و مع ذلك تؤكد بعض النتائج الهامة و الخاصة بأثر الإصلاح الضريبي على كل من الناتج و تراكم رأس المال و عرض العمل . وتتبا نماذج المحاكمة بأن مشروعات الضرائب على الإنفاق يحتمل ان تزيد من الادخار القوي . و الدراسات التجريبية قد توصلت إلى الاستجابة المؤقتة للطبيعة التهجينية لنظام الضرائب. و التدرج في عملية التحول إلى نظام الضرائب على الإنفاق سوف يخفض من تأثير عدم الكفاءة و يخفض من التكلفة الاجمالية لرأس المال و في ظل الضرائب على الإنفاق يتحقق زياده في الاستثمار و تكثيف لرأس المال و ربما أدى ذلك إلى تخفيض المخاطر و من المحتمل أيضا أن يؤثر إيجابيا على تدفق رأس المال الأجنبي. ، و التحول نحو قواعد الضرائب على الإنفاق يمكن أن يزيد أو يخفض من عرض العمل و يتوقف ذلك على استقطاعات هامة في معدلات

الضرائب الحدية ، على خفض اسعار الاستهلاك في المستقبل بالنسبة للاستهلاك الحالي . و
أثر الاصلاح الضريبي على تراكم رأس المال البشري يعتمد بدرجة كبيرة على ما إذا كان رأس
المال البشري أكثر قدرة على الاحلال أو التكامل مع رأس المال المادي .

و الزيادة المحتملة في مخزون رأس المال مع ما يصاحبه من تغير في عرض العمل في نفس
الاتجاه ربما يزيد مستوى النتائج القومية في الأجل الطويل ، و كنتيجة لاستجابة الادخار فإن
التغير في الناتج يصبح غير مؤكد و نماذج المحاكمة تتنبأ بزيادة من ١% - ١٠% و من
الضرورة في مصر التوسع في الضرائب العامة على المبيعات في مجال السلع و الخدمات و
الاعداد للتحويل إلى الضريبة على القيمة المضافة على أن يتم ذلك تدريجيا و على مراحل ، و
هذا لن يتحقق إلا من خلال التحول من نظام قواعد الضرائب على الدخل إلى نظام قواعد
الضرائب على الانفاق و التي تفرض على السلع و الخدمات المباعه من خلال توسيع نطاق
تطبيقها لتشمل كافة السلع بما فيها الوقود و منتجات البترولية فيما عدا السلع الغذائية و على
كافة الخدمات الحكومية و غير الحكومية و في المجالات و الانشطة المختلفة و بالتالي ،
على زيادة عدد المسجلين محصلي الضريبة . و في المقابل تخفيف الضرائب على الدخل
للأفراد و الشركات لزيادة المدخرات المحلية و المحافظة على الاعفاءات الضريبية الممنوحة
في مجال الإستثمار للحفاظ على الاوضاع التنافسية يجب أن يصاحب الاصلاح الضريبي
اصلاح اداري بتحديث الادارة الضريبية و ميكلتها مع تفسير المفاهيم المتبعة في ضرائب
الدخل إلى مفاهيم جديدة تصلح للضريبة العامة على المبيعات و العمل على تطبيق برامج
تدريبية بما يكفل نجاح كل من الإصلااح الضريبي و الاداري و تركيز الكثير من الجهد على
توعية المجتمع الضريبي و تحسين خدمة الضرائب لدى المجتمع الضريبي و الجمهور و
احداث تغييرات هيكلية لتوائم مع المهام المطلوبة و انشاء وحدات ادارية جديدة تتوافق مع

هذه النظرة (مثل وحدة للتحليل الاقتصادي و المالي و ووحدة للدراسات مقارنة ووحدة للاتفاقيات الضريبية الدولية ووحدة للمتابعة و الاتصالات ووحدة للتطوير التكنولوجي و التحسين المستمر ووحدة للترجمة..... إلخ)

و من الضروري الاهتمام بتطوير و تدريب العمالة اللازمة لمواجهة الزيادة المتوقعه في عدد المسجلين و اصلاح البنية التحتية و تحديثها مع التوسع الجغرافي بهدف خلق بيئة صالحة للعمل و تيسيرا على المتعاملين معها والتركيز على وحدة الهدف و ضمان المتابعة الفورية و حل مشكلات و خلق خطوط اتصال مع اصحاب القرار و التنسيق و تبادل وجهات النظر مع الوزارت المختصة و الجهات الاخرى كمصلحة الجمارك (حيث ان جانباً كاملاً من الحصيلة المتوقعة يتم بالتعاون مع مصلحة الجمارك فيما يتعلق بالسلع المستوردة)

ومن الضروري في هذه الحالة تخفيف معدلات الدخل على الاجور و المرتبات و الدخل من رأس المال و الارباح المحققة من الاستثمارات إلى الدرجة التي يتحقق معها حيادية حصيلة الايرادات بالتكامل مع ضرائب المبيعات بعد إعادة توسيع مجالها أو من خلال ضرائب القيمة المضافة .

وهذا يتطلب إعادة ميكنة النظام الضريبي و تزويد المسجلين بالحاسبات الالية و التي تمكنهم من تحصيل الضريبة و يخفض من التكلفة في الأجل الطويل ، و قد بدأت مصلحة الضرائب في مصر مشروع التحول نحو البطاقة الضريبية الالكترونية و هو أحد الايجابيات التي سوف تؤدي إلى تبسيط النظام و سرعة و دقة الأداء و خفض التكلفة^(٢٤) .

(٢٤) د سامي خليل ،محمد ناجي خليفة ،الإصلاح الضريبي في جمهورية مصر العربية ، كلية

الاقتصاد والعلوم السياسية ،القاهرة ،المؤتمر التاسع لقسم الاقتصاد ٧-٨-٢٠٠٥،ص٢٨

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإبيكتريية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أولاً: العقارات الخاضعة للضريبة:

تفرض الضريبة على جميع العقارات المبنية على أرض مصر، سواء كانت عمارة أو فيلا أو شاليها أو عوامة أو شقة سكنية.

كما تفرض أيضاً على الأراضي الفضاء المستغلة - مثل الجراجات أو المشاتل.

وتفرض كذلك على التركيبات المقامة على أسطح المنازل أو معلقة على واجهتها - مثل محطات المحمول أو لافتات الدعاية. وتخضع العقارات لضريبة نسبية يبلغ سعرها ١٠% من القيمة الايجارية للعقار بعد خصم ٣٠% للوحدات السكنية و ٣٢% للوحدات غير السكنية مقابل تكاليف الصيانه.

ثانياً: تقدير قيمة الوحدات الخاضعة للضريبة:

وبحسب القانون الجديد، فإن الوحدات العقارية، التي تقل قيمتها السوقية عن ٤٥٠ ألف جنيه لن تسدد ضريبة عقارية، وبالنسبة للوحدات التي تبلغ قيمتها ٥٠٠ ألف جنيه فإن الضريبة المستحقة عليها ٣٠ جنيهاً فقط سنوياً، والوحدة التي تبلغ قيمتها السوقية مليون جنيه فضربيتها ٦٦٠ جنيهاً سنوياً^(١).

وبالنسبة للضريبة العقارية على الوحدات العقارية الصناعية، فإن الضريبة المستحقة عليها تعتبر من المضاريف واجبة الخصم من الوعاء الضريبي لضريبة الدخل، وهو ما يعنى عدم فرض أعباء جديدة عليها، كما أن الوزارة ستقدر متر الأرض لهذه الوحدات عند حساب الضريبة بمبلغ ٢٠٠ جنيه فقط، للتيسير على الأنشطة الصناعية المختلفة.

^(١) بيان وزارة المالية بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الضرائب العقارية رقم ١٩٦ لسنة

وبالنسبة لإجراءات تقدير الضريبة على العقارات المقامة على أراضٍ زراعية، فإنه يجب التأكد من أن العقارات أقيمت بناء على ترخيص، أو أنه تم تحرير محضر بمخالفة البناء فى الأراضى الزراعية وقضى فيه نهائيا بالبراءة أو بسقوط الدعوى الجنائية، أو انقضاء ثلاث سنوات على إقامة هذه العقارات، مع توصيل أى من المرافق الأساسية إليها، دون تحرير محضر بالمخالفة. وفى هذه الحالات يتم رفع ضريبة الأيطان عن الأراضى المقام عليها تلك العقارات.

ويمكن لملاك الشاليهات والقرى السياحية بالساحل الشمالى تقديم إقراراتهم فى مأموريات الضرائب العقارية فى العلمين والضبعة والحمام، بجانب المأموريات الأخرى فى الإسكندرية والقاهرة.

ثالثاً: أساس تقدير قيمة الوحدات المؤجرة:

وحول أهم مواد اللائحة التنفيذية الخاصة بالقيمة الإيجارية للوحدات العقارية، فإنه سيتم تقدير هذه القيمة بناء على الموقع الجغرافى للعقار، ومدى قربه من الشواطئ، أو الحدائق أو المتنزهات العامة، وطبيعة المنطقة والشارع الكائن بهما العقار، ومستوى ونوعية البناء (فاخر أو فوق متوسط أو متوسط أو اقتصادى أو شعبي)، بالإضافة إلى المرافق المتصلة بالعقار، مثل الكهرباء والمياه والصرف الصحى والخدمات الصحية والاجتماعية والتعليمية والتليفونات وشبكة الطرق ووسائل المواصلات، وأى مرافق عامة أخرى.

وسوف تُعامل الوحدات السكنية المتصلة وما يلحق بها من مباني وحديقة وملحقاتها باعتبارها وحدة سكنية واحدة، فيما عدا الوحدات المستغلة مفروش، والفنادق والبنسونات، حيث تعامل معاملة المباني غير السكنية. وباستثناء الجراجات الخاصة، تعتبر الجراجات العمومية المؤجرة وحدات غير سكنية.

وتبعاً للبيان، سوف تتم عمليات الحصر كل ٥ سنوات، ويجب ألا يترتب على إعادة التقدير الخمسى زيادة القيمة الإيجارية للعقارات المبنية المستعملة فى أغراض السكن على ٣٠% من التقدير الخمسى السابق، وعلى ٤٥% بالنسبة للعقارات المبنية المستعملة فى غير أغراض السكن. وقد قررت اللائحة أنه عند حساب قيمة الضريبة المستحقة على الوحدات السكنية، يتم خصم ٣٠% من القيمة الإيجارية السنوية التى حددتها لجان الحصر والتقدير، مقابل جميع المصروفات التى يتكبدها المكلف بأداء الضريبة، بما فى ذلك مصاريف الصيانة. ثم يستبعد حد الإعفاء المقرر بمقدار ٦٠٠٠ جنيه لكل وحدة فى عقار، والصارفى يتم استقطاع الضريبة منه بواقع ١٠%. وبالنسبة للوحدات غير السكنية، يتم خصم ٣٢% فقط من القيمة الإيجارية السنوية التى حددتها لجان الحصر والتقدير مقابل مصاريف الصيانة، والصارفى يتم استقطاع الضريبة منه بواقع 10%.

رابعاً: الوحدات المعفاة من الضريبة:

الأبنية المملوكة للجمعيات والمنظمات العمالية معفاة من الضريبة، ولكن بشرط أن تكون الجمعية مسجلة وفقاً للقانون، وأن تكون الأبنية مملوكة لهذه الجمعيات أو المنظمات العمالية، ومخصصة لمكاتب الإدارة، أو لممارسة الأغراض التى أنشئت من أجلها. أما العقارات المملوكة لتلك الجمعيات أو المنظمات العمالية وتحقق ريعاً، وكذلك الشقق أو الدكاكين الملحقة بها والمؤجرة للغير، فلا تعفى من الضريبة.

كما يشترط أن تكون المؤسسات التعليمية المعفاة خاضعة لإشراف وزارة التربية والتعليم، أو التعليم العالى، أو الأزهر الشريف، وأن تكون المستشفيات والمستوصفات مرخصة من وزارة

الصحة. وبالنسبة للعقارات المملوكة للأحزاب السياسية والنقابات المهنية، فيشترط استخدامها في الأغراض المخصصة لها.

هذا وتعفى من الضريبة كل وحدة في عقار مبنى مستعملة في أغراض السكن تقل قيمتها الإيجارية السنوية بعد خصم مصاريف الصيانة والبالغ نسبتها ٣٠%، عن ستة آلاف جنيه، ويخضع ما زاد على ذلك للضريبة.

من ناحية أخرى يتم إعفاء العقارات المخصصة لمنفعة الأراضي الزراعية المحيطة بها، ويعتد في ذلك بالمعانة على الطبيعة، وما يرد من بيانات في الإقرار المقدم من المكلف بأداء الضريبة وفقا لهذا القانون والمؤيد بشهادة معتمدة من الجمعية الزراعية المختصة. بالإضافة أيضا إلى الدور المخصصة للاستخدام في مختلف المناسبات الاجتماعية، التي لا تهدف إلى تحقيق الربح، وذلك بمقتضى شهادة صادرة من مصلحة الضرائب المصرية.

واشترطت اللائحة لإعفاء أبنية مراكز الشباب والرياضة أن تكون مسجلة، وأن تكون معدة لمزاولة النشاط الشبابي أو الرياضي. أما العقارات والمحلات الملحقة بمراكز الشباب والمؤجرة للغير، فلا تعفى من الضريبة.

وبالنسبة للعقارات المملوكة للجهات الحكومية الأجنبية، فيشترط لإعفائها المعاملة بالمثل لدى الدول المالكة لها. فإذا لم يكن للضريبة مثل في أي من الدول الأجنبية، جاز لوزير المالية بعد أخذ رأى وزير الخارجية، إعفاء العقارات المملوكة لها من الضريبة.

هـ تشطيب العقارات شرط الخضوع للضريبة:

وبدأت وزارة المالية إعداد نماذج إقرارات الضريبة الخاصة بالعقارات المبنية تمهيدا لتوزيعها علي مأموريات الضرائب العقارية.

كما أعفى مشروع القانون كل وحدة سكنية في عقار تكون قيمتها الايجارية السنوية لا تزيد على ستة الاف جنيه على ان يخضع ما زاد على هذا المبلغ للضريبة. وتحمل الحكومة العبء الضريبي عن المواطنين كافة الذين لا يملكون دخلا يكفى لسداد الضريبة عن عقاراتهم التي تزيد قيمتها على حد الاعفاء اذا طرأت تغيرات اجتماعية على المكلف او ورثته من شأنها عدم القدرة على الوفاء بدفع الضريبة. ويتم تقدير القيمة الايجارية كل خمس سنوات ولا يجوز عند إعادة هذا التقدير زيادة القيمة الايجارية للعقارات السكنية عن ٣٠% من التقدير السابق و ٤٥% من التقدير السابق بالنسبة للعقارات المستعملة في غير اغراض السكن.

هـ مبان معفاة من الضريبة :

الأرض الفضاء غير المستغلة، معفاة من الضريبة.. حتى تستغل. كما أعفى من الضريبة المباني التي ترتبط بتقديم خدمات اساسية للمجتمع او أنشطة لا تهدف الى الربح وتشمل المؤسسات التعليمية والمستشفيات والمستوصفات والملاجيء والمبررات والعقارات المخصصة لمنفعة الاراضى الزراعية المحيطة بها والدور المخصصة لاستخدامها في مناسبات اجتماعية لا تهدف للربح والابنية المملوكة للجمعيات الخيرية والمخصصة لمكاتب ادارتها أو لممارسة الاغراض التي انشئت من أجلها وكذلك الاحواش ومباني الجبانات وابنية مراكز الشباب والرياضة والمقار المملوكة للحزب السياسية والنقابات المهنية والمنظمات العمالية وكافة الابنية المخصصة لاقامة الشعائر الدينية او لتعليم الدين. كما ألقى القانون الضريبة على الدخل المفروضة على ايرادات الثروة العقارية الناتجة عن الاراضى الزراعية.

وتستحق الضريبة في بداية يناير من كل عام ، وأكد رئيس مصلحة الضرائب العقارية أن القانون قرر خصم ٣٠% من القيمة الايجارية من الوعاء الضريبي كمصاريف صيانة مما سيساهم بصورة كبيرة في الإنفاق علي صيانة العقارات وحمايتها. وأشار الى ان الضريبة تستحق

في بداية يناير من كل عام ويستطيع الخاضع لها أن يسدها علي قسطين الأول في شهر يوليو والثاني قبل نهاية ديسمبر من كل عام. وأكد أنه من حق المواطن تقديم طعن في قرار لجنة التقدير خلال شهرين من عملها أمام لجان الطعن التي ستكون محايدة تماما لأن أعضاءها بالكامل من غير العاملين.

خامساً: المكلف بأداء الضريبة:

وسوف يكون المالك لكل ما تقدم هو المكلف أساسا بأداء الضريبة المستحقة، مع جواز تحصيلها من المستأجر على أن يخصمها الأخير من مستحقات المالك لديه. مع ملاحظة أن المقصود بالعقار - طبقاً لقانون الضريبة - هو كل وحدة سكنية في المبنى، وليس المبنى بالكامل، وأن تكون مملوكة لشخص عادي أو اعتباري (شركة مثلاً)، وسواء كانت كاملة أو تحت التشطيب أو مشغولة أو لم تستغل بعد، فالمهم أن تكون قائمة وصالحة للانتفاع بها من قبل مالكيها أو من الغير (المستأجر).

ومن ثم فالمالك المقيم في شقة أو فيلا أو عوامة أو شاليه، مطالب بدفع الضريبة المستحقة عما يملكه إذا كانت قيمتها السوقية تزيد على ٥٠٠ ألف جنيه، وإذا قلت عن ذلك، فهو معفى من سداد الضريبة، ولو كان يمتلك أكثر من وحدة سكنية، وسواء أقام فيها أو أجرها للغير، وسواء كانوا في عمارة واحدة أو في أماكن متفرقة.

أما بالنسبة لـ "منزل العائلة" فالأمر مختلف، فإذا كنت مالكا مقيما مع أولادك في منزل واحد - متعدد الشقق - ولكن بسلم داخلي وعداد واحد لكل من خدمات الكهرباء والمياه والغاز، فإنه يعامل كوحدة سكنية واحدة وتقدر قيمتها السوقية لبيان ما إذا كانت ستخضع للضريبة من عدمه. وإذا كنت مقيماً مع أولادك في منزل واحد - متعدد الشقق أيضاً - ولكن كل شقة

مستقلة عن الأخرى ولها رقم وعداداتها الخاصة، فإنها تعامل ضريبياً بشكل منفصل، وتقدر قيمتها السوقية لبيان ما إذا كانت - أيضاً - ستخضع للضريبة من عدمه.

وقد يكون الشخص مالكا لوحدة سكنية، ولكنه يؤجرها مفروشة للغير، فإنها أيضاً تقدر سوقياً، وإذا ثبت أنها تخضع للضريبة العقارية، وأن إيجارها السنوى يزيد على ٦ آلاف جنيه حد الإعفاء، فإن ما يتم تحصيله من ضريبة عقارية عليها يتم خصمها من ضريبة الدخل التى يسددها مالكها عن إجمالى دخله السنوى.

سادساً: سعر الضريبة:

- تحديد سعر الضريبة العقارية بنسبة ١٠ ٪ من صافى القيمة الايجارية السنوية للوحدة.

- اعفاء الوحدات السكنية التى تقل قيمتها الايجارية السنوية عن ٦٠٠٠ جنيه .

- استبعاد نسبة ٣٠ ٪ للوحدات السكنية ، و ٣٢ ٪ على الوحدات المستخدمة للاغراض الغير سكنية مقابل مصاريف الصيانة .

- تخصيص نسبة ٢٥ ٪ من حصيله ضريبة العقارات المبنية للمحليات.

- تتحمل الخزانه العامة الضريبة المستحقة إذا طرأت تغيرات اجتماعية على المكلف أو ورثته من شأنها عدم القدرة على الوفاء بدفع الضريبة.

البدء فى اجراءات حصر الثروة العقارية لتحقيق اهداف السجل العينى بعدد خمس محافظات بإقليم القاهرة الكبرى(القاهرة - حلوان - ٦ أكتوبر - الجيزة - القليوبية).

سابعاً: كيفية حساب الضريبة:

طبقاً للقانون.. سوف تقوم "اللجان" المختصة بالتقدير، بتحديد القيمة السوقية للعقار، وطبقاً لموقعه الجغرافي، وما يتمتع به من خدمات، ثم يحذف ٤٠% من السعر السوقى للعقار لتصل إلى القيمة الرأسمالية، والتي على أساسها يتم تقدير القيمة الإيجارية السنوية له، وهى نسبة ٣% من القيمة الرأسمالية.

وبعدها يتم استبعاد نسبة ٣٠% من القيمة الإيجارية السنوية مقابل مصاريف الصيانة، وما تبقى يستبعد منه مرة أخرى مبلغ ٦ آلاف جنيه، وهو حد الإعفاء السنوى فى القانون.

ثم تحسب الضريبة بنسبة ١٠% من القيمة الصافية للإيجار السنوى أى بعد استبعاد نسبة الصيانة وحد الإعفاء القانونى. وعلى سبيل المثال.. شقة سكنية قدرتها اللجنة بحوالى ٥٠٠ ألف جنيه سوف تكون قيمتها الرأسمالية (نسبة ٦٠% من هذا التقدير) حوالى ٣٠٠ ألف جنيه. وسوف تكون القيمة الإيجارية السنوية لها ٩ آلاف جنيه فقط (وذلك بعد حساب نسبة ٣% من الـ ٣٠٠ ألف)، وبعد استبعاد مصاريف الصيانة من القيمة الإيجارية (نسبة ٣٠% من الـ ٩ آلاف) وقدرها ٢٧٠٠ جنيه سوف يتبقى ٦٣٠٠ جنيه، وبعد خصم نسبة الإعفاء القانونى وقدره ٦ آلاف جنيه، سوف يتبقى ٣٠٠ جنيه فقط، وهو يمثل (وعاء الضريبة) الذى تحسب على أساسه بنسبة ١٠%، أى تكون الضريبة السنوية المستحقة على هذه الشقة ٣٠٠ جنيهها فقط سنوياً، ولكن نظراً لأنها لم تتجاوز فى قيمتها السوقية ٥٠٠ ألف جنيه، فهى معفاة من سداد الضريبة طبقاً للقانون.

علم الشخص بمدى خضوعه للضريبة من عدمه:

إذا كان مسجلاً فى دفاتر مأموريات الضرائب العقارية فعليه تقديم الإقرار الضريبى وفقاً للنماذج المعدة والمتاحة مجاناً بمأموريات الضرائب العقارية ثم ينتظر انتهاء إجراءات الحصر والتقدير، وربط الضريبة الجديدة، وبعدها إما يدفعها طوعاً أو يتظلم منها إذا وجد أن هناك مبالغة فى تقديرها. وإن لم يكن مسجلاً بالدفاتر، ولكنه يشعر أنه خاضع للضريبة الجديدة

بسبب ملكيته لفيلا فاخرة بمارينا أو شاليها بإحدى القرى السياحية أو شقة فسيحة بأحد الأحياء الراقية أو عوامة حديثة أو أى ممتلكات أخرى (عقارية) يقدر ثمنها السوقى بأكثر من ٥٠٠ ألف جنيه، فعليه أيضاً تقديم إقراره الضريبى وانتظار انتهاء إجراءات الفحص والتقدير والربط. مع ملاحظة أن هذه الإجراءات سوف تتم كل خمس سنوات، وسوف تزيد معها القيمة الإيجابية السنوية بنسبة ٣٠% بالنسبة للشقق السكنية و ٤٥% للوحدات غير السكنية.

كما يتم إخطار المكلف بسداد الضريبة بالقيمة الواجب سدادها بخطاب (موصى عليه) على عنوانه المسجل فى الإقرار المقدم منه.

ثامناً: لجان التقدير والظعن:

يتم عمل لجان مختصة للتقدير ويمكن الظعن فى تقديراتهم سوف تحدد مصلحة الضرائب العقارية أعداد لجان الحصر والتقدير اللازمة فى كل محافظة ونطاق اختصاص كل لجنة، بحسب عدد العقارات المبنية فى كل محافظة، ويصدر بتشكيل هذه اللجان قراراً من وزير المالية بالاتفاق مع الوزير المختص بالإسكان.

وبالنسبة لإجراءات الظعن على تقديرات القيمة الإيجابية، أوضح البيان أن اللائحة أجازت... للمكلف بالضريبة الظعن على تقدير القيمة الإيجابية للعقار، أو جزء منه أمام لجان الظعن، وذلك خلال الستين يوماً التالية لتاريخ الإعلان عن تقديرات القيمة الإيجابية. على أن يراعى أن يتقدم بطلب على النموذج المعد لهذا الغرض يسلم لمديرية الضرائب العقارية أو المأمورية الواقع فى دائرتها العقار، وذلك مقابل إيصال أو بكتاب موصى عليه بعلم الوصول يرسل إلى المديرية أو المأمورية، ويجب أن يتضمن الطلب أسباب التظلم مشفوعاً بالمستندات المؤيدة له.

ويرفق بالطلب ما يدل على سداد مبلغ خمسين جنيها كتأمين لنظر طعنه، يرد إليه كاملا عند قبول الطعن موضوعا. ولمديريات الضرائب العقارية بالمحافظات الطعن على التقديرات بمذكرة تقدم للوزير أو من يفوضه من مدير المديرية، إذا رأت أن تقدير القيمة الإيجارية أقل من القيمة الحقيقية، وذلك دون أداء تأمين.

ويجب أن تصدر اللجنة قرارها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطعن مع إعلان الطاعن بنتيجة طعنه، ويكون قرارها نهائيا. وللمكلف بأداء الضريبة ومديرية الضرائب العقارية المختصة الحق في الطعن على تلك القرارات أمام القضاء الإداري خلال ستين يوما من تاريخ الإعلان بقرار لجنة الطعن، ولا يمنع ذلك من أداء الضريبة.

وسيكون مقر لجان الطعن في مديرية الضرائب العقارية، ويحق للجنة معاينة العقارات المطعون في تقدير قيمتها الإيجارية، والاطلاع على جميع الأوراق والمستندات، التي تقدم إليها أثناء انعقادها، والتي تكون ذات علاقة بموضوع الطعن، كما لها حق استدعاء الطاعن لمناقشته إذا لزم الأمر.

تاسعاً: السداد في المواعيد المقررة:

وبالنسبة لحالات التخلف عن أداء الضريبة، أكد البيان أنه إذا تقاعس المكلف بأداء الضريبة عن الوفاء بها في المواعيد المقررة وفقاً للقانون، يستحق عليه مقابل تأخير على ما لم يتم أداءه من الضريبة، ويعامل مقابل التأخير على المبالغ المتأخرة وجميع المبالغ المقررة في القانون معاملة دين، مع إخطار المستأجرين بخطاب موصى عليه بعلم الوصول بمسئوليتهم بالتضامن مع المكلف بأداء الضريبة في السداد، وذلك في حدود الأجرة المستحقة عليهم. على أن يتم ذلك قبل نهاية الشهر عشرة أيام. ويستمر تحصيل الضريبة من المستأجرين في حدود الأجرة إلى أن يتم أداء كامل الضريبة المستحقة، أو قيام المكلف بأداء الضريبة بأدائها أو ثبوت انتهاء العلاقة الإيجارية.

كما يجوز للمكلفين بأداء الضريبة أو ورثتهم، والذين طرأت عليهم تغييرات اجتماعية تحول دون قدرتهم على أداء الضريبة، التقدم بطلب لمصلحة الضرائب العقارية لتحمل الخزنة العامة أداء الضريبة المستحقة عليهم.

عاشراً: تسلم وتقديم الإقرارات من أي مأمورية:

وأشار البيان إلى أن مصلحة الضرائب العقارية ستوفر خلال الأسبوع الحالي نماذج الإقرارات، والتي ستوزع مجاناً من مصلحة الضرائب العقارية ومديرياتها والمأموريات التابعة لها، حيث يوجد ٤٠٠ مأمورية عقارية في أنحاء الجمهورية، وسوف يتم تسلم وتقديم تلك الإقرارات من أي مأمورية عقارية. ويجب على ملاك ومنتفعي ومستغلي (عقود استغلال) الوحدات العقارية، أفراد وشركات، تقديم إقرارات الثروة العقارية قبل نهاية العام الحالي.

وبالنسبة لبيانات والمعلومات المطلوبة بالإقرارات تشتمل على اسم المكلف بأداء الضريبة على العقارات المبنية، وصفته بالنسبة للعقار المقدم عنه الإقرار، واسم المحافظة الواقع في دائرتها العقار المبنى، واسم التقسيم الإداري، كاسم المدينة أو البندر أو القسم أو المركز أو الناحية والشارع، ورقم العقار المحدد تنظيمياً أو بمعرفة الضرائب العقارية سواء كان سابقاً أو حالياً. بالإضافة إلى عدد أدوار العقار المبنى، وعدد الوحدات في كل دور، والمحتويات التقسيمية لكل وحدة، ومساحتها وقيمتها، وفقاً لعقود التمليك أو رخصة البناء. وبالنسبة للوحدات المستقلة، فإن الإقرارات ستضمن اسم الشاغل، والإيجار الفعلي، ونوع الاستغلال، وعنوان مقدم الإقرار، ورقمه القومي، والمستندات المحدد بها ثمن العقار إن وجدت، وعنوان المراسلة المختار. وفي جميع الأحوال لا يعفى المكلف بأداء الضريبة على العقارات المبنية من تقديم الإقرار إذا سبق للجنة الحصر والتقدير أن قامت بإثبات عقاراته بالدفاتر أو كانت معفاة من الضريبة.

كما ينبغي إنشاء وحدات ثابتة بالأسواق والمراكز التجارية لمراقبة إصدار الفواتير مع اعتبار أي مستند بديل بمثابة فاتورة ضريبية على أن يمنحوا صلاحيات بتوقيع عقوبة فورية على عدم إصدار فاتورة بقيمة عشرة آلاف جنيه على أن تتكرر العقوبة بتكرار الواقعة. اعتبار واقعة البيع للمستهلك هي المنشئة للضريبة بمعنى أنه إذا لم يتمكن بائع التجزئة إثبات مصدر السلعة يتحمل هو كامل

الضريبة فإذا تجاوزت الضريبة صافي ربحه فسوف يحرص قطعياً على طلب الفاتورة سواء من الصانع أو تاجر الجملة أو المستورد، وبذلك نكون ضبطنا كل الحلقات السابقة: إعادة إدارة حصر المنشآت وتقييمها مع منحها سلطة الاطلاع على المستندات، مع توقيع عقوبة مالية بواقع خمسين ألف جنيه في حالة عدم إمساك دفاتر تحاسبية طبقاً لنوع وطبيعة النشاط،

وإنشاء سجل قومي لأي نشاط صناعي أو تجاري يقام داخل الجمهورية سواء كان لشخص معنوي أو اعتباري وإعطائه رقما كوديا يحتوي على كل البيانات المتعلقة بنشاطه مع التغذية المستمرة لما قد يطرأ عليه مستقبلا من توسع أو إضافة أنشطة أخرى أو اندماج في نشاط آخر مع ربطه بالرقم القومي للأشخاص الاعتباريين. بالإضافة إلى إعلام المجتمع من خلال وضع لافتات مضيئة على المشرعات القومية ومشروعات البنية التحتية والخدمات تحتوي على قيمة المشروع مع ذكر عبارة «هذه المشروعات ممولة من حصيللة الضرائب.. فاحرص على حقك في طلب الفاتورة عند التعامل»، بالإضافة إلى اعتماد كل مصروفات الممول المؤيدة بمستندات حتى نشجعه على طلب الفواتير دون التقييد بنسبة معينة، وتعميم استخدام ماكينات عد النقدية التي بها قرص مدمج لا يفتح إلا بواسطة مسؤول الضرائب مع إصدار تشريع يجعله شرطا من شروط منح التراخيص.

المطلب الثاني

تعديلات قانون الضريبة العقارية

أبقت التعديلات الجديدة على نص المادة الخامسة من القانون ١٩٦ لسنة ٢٠٠٨، ليظل نصها كالتالي: لا يجوز إعادة التقدير الخمسي لزيادة القيمة الإيجارية للعقارات المبنية في أغراض السكن عن ٣٠% من التقدير الخمسي السابق، وعلى ٤٥% من التقدير الخمسي السابق بالنسبة للعقارات المبنية في غير أغراض السكن.

كان من أهم التعديلات التي شملها القرار الجديد توسيع صلاحيات وزير المالية والمحافظين في اختيار أعضاء لجان الحصر والتقدير، حيث تشكل اللجان بقرار منه أو من يفوضه برئاسة ممثل عن مصلحة الضرائب العقارية، وعضوية ممثل عن المحافظة الواقع بها العقار، وأحد المكلفين بأداء الضريبة في نطاق اختصاص اللجنة يختارهما المحافظ، ويجب أن يكون الاختيار من بين من يرشحه المجلس الشعب المحلي للمحافظة حال وجوده.

وكانت المادة قبل التعديل تنص على أن يصدر بتشكيل اللجان قرار من الوزير بالاتفاق مع الوزير المختص بالإسكان، وتشكل هذه اللجان برئاسة مندوب عن المصلحة، وعضوية مندوب من وزارتي المالية والإسكان واثنين من المكلفين بأداء الضريبة في نطاق اختصاص اللجنة يختارها المحافظ بناء على ترشيح المجلس الشعبي المحلي للمحافظة.

كما جاءت التعديلات الجديدة أكثر دقة في اختيار لجنة الطعن إذ اشترطت أن يكون المهندس الاستشاري أو خبير التقييم العقاري مرشحاً من نقابة المهندسين أو الهيئة العامة للرقابة المالية أو البنك المركزي ومن المقيدين في سجلات النقابة أو البنك أو الهيئة، على

عكس النص السابق الذي كان كان يجعل سلطة المحافظ في اختيار مهندسين استشاريين مطلقة بشرطة الحصول على ترشيح المجلس الشعب المحلي فقط.

ووضعت التعديلات إعفاءات للوحدة العقارية التي يتم اتخاذها سكنا خاصًا رئيسيًا للشخص وأسرته والتي يقل قيمتها الإيجارية السنوية عن ٢٤٠٠ جنيه (أي أن الإيجار الشهري يجب ان يقل عن ٢٤٠٠ جنيه عند احتسابه على أساس سنوي)، وتشمل الأسرة المكلف وزوجه وأولاده القصر، وكذلك كل وحدة في عقار مستعملة في أغراض تجارية أو صناعية أو إيجارية أو مهنية يقل صافي قيمتها الإيجارية عن ١٢٠٠ جنيه (أي أن الإيجار الشهري يجب ألا يقل عن ١٢٠٠ جنيه) على أن يخضع ما زاد للضريبة.

ومن الأمور التي ينبغي وضعها في الاعتبار العقارات غير المسجلة والمخالفة حيث ذكرت دراسة الخبير الاقتصادي هرناندو دى سوتو مؤسس معهد الحرية والديمقراطية فى البيرو، بأنه يوجد فى مصر أكبر من «٢٥ مليون عقار» المسجل منها «٨% فقط» وتبلغ القيمة السوقية لتلك العقارات «٢٩٥ مليار دولار»، أى ما يعادل «٢,٤ تريليون جنيه مصرى تقريباً»، بالإضافة لمخالفات المباني سواء التوسع الأفقى أو الرأسى على المباني القائمة أو البناء على الأراضى الزراعية. وتضمنت الدراسة آليات لتطبيقها من خلال تشكيل المجلس الأعلى للضرائب الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم «٣٥٨ لسنة ٢٠١٠» وتحديد اختصاصاته بحيث يكون على رأسها تنمية الموارد من خلال العمل على دمج الاقتصاد الموازى وإنشاء لجان لمتابعة حصر وتقييم المجتمع الضريبى، وإنشاء لجان للفصل فى المنازعات الضريبية والعمل على حلها دون اللجوء للقضاء. بالإضافة إلى تحسين دخول العاملين بالضرائب والحفاظ على كرامتهم بتحديث وضعية المأموريات وتأنيثها بما يناسب حياتهم المعيشية والعائد الذى يعود على الدولة من تهئية المناخ المناسب لتأدية عملهم، ومنحهم بدلات مجزية، مع

ربط حافظ الأداء بحسن معاملتهم للممول وتحقيق التوازن بين حق الممول وحق المصلحة مع التدريب الدائم على النظم الحديثة.

ومن الأمور التي ينبغي الالتفات إليها لزيادة الحصيلة الضريبية بشكل عام إنشاء وحدات ثابتة بالأسواق والمراكز التجارية لمراقبة إصدار الفواتير مع اعتبار أى مستند بديل بمثابة فاتورة ضريبية على أن يمنحوا صلاحيات بتوقيع عقوبة فورية على عدم إصدار فاتورة بقيمة عشرة آلاف جنيه على أن تتكرر العقوبة بتكرار الواقعة واعتبار واقعة البيع للمستهلك هي المنشئة للضريبة بمعنى أنه إذا لم يتمكن بائع التجزئة إثبات مصدر السلعة يتحمل هو كامل الضريبة ، فإذا ما تجاوزت الضريبة صافي ربحه فسوف يحرص قطعاً على طلب الفاتورة سواء من الصانع أو تاجر الجملة أو المستورد، وبذلك نكون ضبطنا كل الحلقات السابقة: إعادة إدارة حصر المنشآت وتقييمها مع منحها سلطة الاطلاع على المستندات، مع توقيع عقوبة مالية بواقع خمسين ألف جنيه في حالة عدم إمساك دفاتر تحاسبية طبقاً لنوع وطبيعة النشاط، وإنشاء سجل قومي لأى نشاط صناعى أو تجارى يقام داخل الجمهورية سواء كان لشخص معنوى أو اعتبارى وإعطائه رقماً كودياً يحتوى على كل البيانات المتعلقة بنشاطه مع التغذية المستمرة لما قد يطرأ عليه مستقبلاً من توسع أو إضافة أنشطة أخرى أو اندماج فى نشاط آخر مع ربطه بالرقم القومى للأشخاص الاعتباريين. بالإضافة إلى إعلام المجتمع من خلال وضع لافتات مضيئة على المشرعات القومية ومشروعات البنية التحتية والخدمات تحتوى على قيمة المشروع مع ذكر عبارة «هذه المشروعات ممولة من حصيلة الضرائب.. فاحرص على حقك فى طلب الفاتورة عند التعامل»، بالإضافة إلى اعتماد كل مصروفات الممول المؤيدة بمستندات حتى نشجعه على طلب الفواتير دون التقييد بنسبة معينة، وتعميم استخدام ماكينات

عد النقدية التى بها قرص مدمج لا يفتح إلا بواسطة مسؤول الضرائب مع إصدار تشريع يجعله شرطا من شروط منح التراخيص.

وأشارت الدراسة إلى أنه من أهم الآليات التى يجب تطبيقها ضرورة الربط بين جميع الوزارات والهيئات المانحة للموافقات والتراخيص والتنسيق بينها، حيث تمنح إحدى الوزارات رخصة تشغيل لمنشأة، وتأتى الأخرى لتفلقها، فمثال على ذلك، عدد أعضاء شعبة مستحضرات التجميل باتحاد الصناعات «٢٦٥ مصنعا» كلها حاصلة على سجل صناعى من وزارة الصحة، وعدد المصانع الحاصلة على رخصة وزارة الصحة «٨٥ مصنعا» والعدد الأكبر منها لا تعترف به وزارة الصحة، لأنها تطبق معايير صناعة الدواء على مصانع التجميل، طبعاً هذا بالإضافة لأكثر من ألف معمل ومصنع آخر تعمل خارج الشرعية لياسها من انطباق شروط الصحة عليهم، بالرغم من أن دولة مثل الصين يقوم اقتصادها على ما يطلقون عليه مصنع الغرفة الواحدة ونقوم نحن باستيراد إنتاج تلك المصانع، حيث ندعم المواطن الصينى على حساب المواطن المصرى. مصانع بير السلم وأشارت الدراسة إلى أن مصانع «بير السلم» لم تعف نفسها من الضرائب والرسوم فحسب، بل أعفت نفسها أيضا من تطبيق أى مواصفة مع استخدامها أردأ الخامات التى تضر بالمستهلك وسمعة الصناعة الوطنية فى كل المجالات، لافتة إلى ضرورة إخضاع تلك المصانع للأجهزة الرقابية التابعة لوزارة الصناعة مع توحيد جهات الرقابة، حيث طال الغش أيضا الأدوية والمستلزمات الطبية التى قد تودى بحياة المواطنين، بالإضافة إلى تعظيم العقوبات على الغش التجارى وزيادة الغرامات المالية خاصة فيما يتعلق بصحة وحياة المواطنين، إنشاء أسواق حضارية نوعية على أطراف القاهرة والمدن الكبرى، ونقل جميع الباعة الجائلين والأسواق الداخلية إليها مقابل رسوم رمزية للوحدات، حسب حجمها وطبيعة النشاط، مع إمدادها بالخدمات وخطوط المواصلات السريعة، كذلك تفرغ

القاهرة من المخازن وإنشاء مخازن قطاعية وإخضاعها للرقابة، وذلك لتطبيق معايير الجودة وسهولة حصرها. بالإضافة إلى إصدار تشريع بتقنين ملكية المباني مقابل رسم رمزي «٢%» من قيمة عقد الشراء على نفقة المشتري مع اعتماد الوارد بالعقود وإقرار من المشتري بصحة البيانات الواردة بالعقد وتطبيق القانون على وقائع التزوير، كذلك تحصيل رسوم على مخالفات المباني، مع وضع رسم موحد للمتر المربع لكل منطقة جغرافية واحدة أو متماثلة، إن لم تكن تمثل ضرراً على قاطنيها أو تعدياً على المرافق العامة أو أملاك الدولة، كذلك التصالح مع البناء على الأراضي الزراعية حتى تاريخه مع تجريم البناء بعد صدور القانون، بإزالة المباني والخرسانات من الأراضي الزراعية يعد أكثر كلفة من استصلاح مساحات صحراوية أكبر منها.

الخاتمة

يمكن القول بان نصوص القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ يعد وبلا شك أداة هامة من أدوات الإصلاح الأقتصادي المصري حيث يعمل علي ضخ دماء جديدة إلي الأقتصاد المصري الذي ظل ينزف لقرون عديدة شابها الفساد المالي والأقتصادي وطغي عليها عوامل ازدواج السلطة برأس المال فاهدرت الموارد ووادت الطاقات في مهدها الأول مما أثر بالسلب علي شتي المجالات ، فانفجرت الثورات وتعالت الأصوات نحو تحقيق عدالة اجتماعية ينشدنها الجميع والتي فرضت علي القائمين المساواة بينهم في التحمل بالالتزامات ومنحتهم التمتع بالحقوق والحريات ، ومن هنا واستجابة للنهوض بالأقتصاد المصري ولسد عجز الموازنة به وتحقيقا لمبدأ للعدالة الضريبية بين جميع الأفراد ، فقد جاء القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ كمراعاة لذلك ، ولتحقيق طموح وتطلعات كافة الأطياف من ابناء الشعب المصري .

لكن ينبغي:

أولاً- أن تسم السياسة المالية والقوانين الإقتصادية بالوضوح والبساطة وتوسع المجتمع الضريبي ومعالجة الخلل القائم به، وسرعة تفعيل وإنشاء المجلس الأعلى للضرائب، ووضع خارطة طريق لمستقبل السياسات الضريبية، إلى جانب وضع حد أدنى للتعامل بالأموال السائلة في البنوك للحد من التهرب الضريبي وتحديد سياسات سعر الفائدة بما يؤدي إلى تحفيز الاستثمار، وتحفيز المصريين المقيمين بالخارج للمشاركة في إقامة المشاريع التنموية.

ثانياً- ضرورة إعادة توزيع الدخول عن طريق الضرائب، وتمكين الفقراء من الدخول إلى سوق العمل، وتوسع مظلة الضمان الإجتماعي بما يضمن مساعدة الفقراء في المجتمع، بالإضافة

إلى إنشاء مجلس أعلى للصناعات الصغيرة والإسراع في إقامة المجمعات الصناعية الخاصة بها.

ثالثاً - توسيع الوعاء الضريبي من خلال خلق أدوات جديدة لتشمل أنواع جديدة من الضرائب على الدخول أو السلع الاستهلاكية ، فضلاً عن زيادة كفاءة النظام بما يسمح للوصول إلى تغطية شرائح جديدة لم تك مُغطاه من قبل.

والعمل على ضم الاقتصاد الموازي للاقتصاد الرسمي حتى نضمن حصيلة ضريبية تكفي عن بدائل أخرى لسد العجز في الموازنة العامة للدولة المصرية.

رابعاً - ترشيد معدل الضريبة : وتعني تقليل الفوارق بين معدلات الضريبة في الهيكل الضريبي ويتطلب ذلك توافر المعلومات الدقيقة التي تسمح بالتفريق بين الأوعية الفرعية أو الجزئية .

خامساً- الانسجام بين الأدوات الضريبية ، يعني أن عملية إصلاح نوع واحد من الضرائب لا يكون على حساب نوع آخر ، بل يجب أن يكون هناك تنسيق بينهما حتى يتم الاستفادة من كليهما ، وهذا يتطلب تحسين الجهاز الإداري لزيادة فاعليته وقدرته على التكيف مع الإصلاحات الجديدة.

سادساً- أن هناك طرقاً غير تقليدية لزيادة حصيلة الضرائب من خلال تحصيل مستحقات الدولة من السوق الموازي الذي يعمل بصورة غير رسمية وبعضه يرتدى ثوب الشرعية، وأغلبه لا يلتزم بسداد أى رسوم أو ضرائب مستحقة للخزانة العامة للدولة، وبالتالي فإن مجرد إخضاعه للقواعد والقوانين سيؤدى حتماً إلى مضاعفة الرسوم والضرائب المستحقة للدولة، علماً بأنه لا يوجد بالأسواق سعران لسلعة واحدة، ويعنى ذلك أن جميع السلع والخدمات محملة بالضريبة، حيث يسددها القطاع الملتزم ويحصلها السوق الموازي لنفسه دون وجه حق.

سابعاً- تطبيق ضريبة الثروة بواقع ٥٪ وضريبة الدخل التصاعدية وبدء تطبيق
وفرض رسوم جديدة على بعض الخدمات الكمالية مثل مكالمات المحمول
مضاعفة الضرائب والرسوم على السلع الكمالية وغير الضرورية مثل الخمور وال
تصل إلى ١٠٠٪، خصوصا .

أهم المراجع :

** أحمد حافظ الجعوني: اقتصاديات المالية العامة، دراسة في الاقتصاد العام، دار العهد الجديد، القاهرة ١٩٦٧.

** أبو زيد كامل السيد ، تقييم قانون الضريبة العامة على المبيعات بمعيار أهدافه ومشكلات تطبيقه ، مجلة البحوث التجارية ، السنة الثامنة عشر ، المجلد الثامن عشر ، العدد الثاني ، كلية التجارة ، جامعة الزقاريق ، طبعة ١٩٩٦ .

** جنات فاروق السمالوطي ، إصلاح المالية العامة في مصر، المؤتمر التاسع للاقتصاد ٧-٨ يونيو ٢٠٠٥ م ، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ، جامعة القاهرة

** حسن عواضة ، المالية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٨٧، ١٩٧٣ .

** حسن محمد كمال ، د/ سعيد عبد المنعم محمد ، الضريبة على المبيعات ، بدون ناشر ، كلية التجارة ، جامعة عين شمس ، طبعة ٢٠٠٠ م .

** رفعت المبحجوب ، المالية العامة: الكتاب الثاني

** سامي خليل ، محمد ناجي خليفة ، الإصلاح الضريبي في جمهورية مصر العربية ، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ، القاهرة ، المؤتمر التاسع لقسم الاقتصاد ٧-٨-٢٠٠٥

** د/ سيد محمد عبد الوهاب ، سياسة الخصم والإعفاءات في ضريبة المبيعات ومشاكل التطبيق - بحث مقدم إلى المؤتمر الضريبي الخامس ، بدون ناشر ، كلية التجارة - جامعة عين شمس ، طبعة ١٩٩١ م .

* عاطف حسن النقلي - مبادئ الاقتصاد العام "اقتصاديات النفقات والاير
بدون ناشر، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، طبعة ٢٠٠١.

* عبد الفتاح عبد الرحمن عبد المجيد، اقتصاديات المالية العامة،
الكمالية، ١٩٩٠.

* عبد العال الصبكان، علم المالية العامة، ط ٣، بغداد، دار الجمهورية ١٩٦٧:

* محمد عبد الله العربي، مبادئ علم المالية العامة والتشريع المالي، مطبعة
والترجمة والنشر، القاهرة ١٩٣٨: ج ٢.

* وزارة المالية، مصلحة الضرائب المصرية.

- المصادر الأجنبية.

- ** James Alm " What is an Optimal tax system " in Joel Slemrod " Tax Policy in the real World " Cambridge University Press " U.S.A. first published " 1999****
- Lavigne Pierre " L' Administration fiscale " Revue Francaise de finances publiques " Paris " 2000" No. (15) .**
- ** Richard A. Musgrave " Public finance in theory and practice" Fiscal reform in Colombia " Washington " 1979..**
- ** United Nations " Conference on Trade and development " administration of fiscale regimes for Petroleum exportation and development " New york and Geneva " 1995..**
- ** Vito Tanzi and Howell Zee " Tax policy for developing countries " International Monetary Fund " Washington " D.C. " March 2001..**

Importance of Comprehensive Tax Reform in Increasing Tax Proceeds to Bridge the Chronic Deficit of General Budget in Egypt

Dr. Al Ma'mon Ali Abdulmottaleb Gabr

Azhar University

Public Law Department

(Economy and Public Finance)

One of the main objectives in this research is an attempt to develop a set of solutions for the present and future of

problems facing the tax legislation in Egypt and we will find that the first problems facing us in Egypt is the lack of effectiveness of public expenditures, we find that members of the community in Egypt resort to tax evasion or avoidance of tax because they do not see real returns for taxes paid according to their culture to the general tax. Bearing in mind that there is a parallel economy, which wasted approximately more than three hundred billion pounds per year tax dues of the Egyptian state, which requires consideration of the subject, including the benefit of the treasury of the Egyptian state.

Public attitudes, in Egypt, there was no real public expenditure and found no equivalent value of the tax proceeds. Also, public spending is not an efficient and fruitful because the state does not have the right ingredients for the treatment of economic problems, and the private sector in Egypt is weak and unable to lead the development process and that resources are limited and loaded the burdens of

taxation biggest will affect the economic performance, taking into account the internal challenges and external with the country after the revolution of June 30.....

Out "of the research problem, the goal is to study the reality of transparency in the interest of the Egyptian taxes and study modifications of the Decree Law No. 53 of 2014 and the implications for the absence of the concept of transparency with the concept of disclosure in trading interest with taxpayers and treated taxpayers with interest, in terms of work aims to these concepts to the statement the positive role that could be Alabah these two concepts to reduce the financial and administrative corruption and to give credibility to the process of settling accounts tax .and then increase tax revenues.

To study the reality of the Egyptian current tax system is designed to:

.1compare the current circumstances the previous tax conditions and find out whether the tax regime in Egypt is adjusted on the right track or not?

.2attempt to develop a set of solutions to eliminate the problem of tax evasion and tax avoidance

- 3Lack of tax awareness among taxpayers and their belief that the tax devour their own money at no charge, forcing them to use all the roads in order to evade tax.

.4try to put the rules to suit the financial and tax policy of the state and help Aladarhaldharabh the treatment of tax collection problems.

• -5improve the transparency of the Egyptian tax system by simplifying procedures, and its components are easily controlled, given the modest level of rehabilitation tax administration.

.6This research aims to give a clear picture of the tax system by highlighting the historical development as well as to indicate the direction of tax reform and the most important efforts for the sake of it, and that this research aims to study the evolution of taxes, both direct and indirect in Egypt.

Second research methodology:

The research methodology first step that describes the scientific path chosen by the researcher, it will be through addressing the problem of research and determine the dimensions will also include the importance of research and review of the hypothesis that has been built up to the objective to be achieved and then determine the method of research and appointed with an indication of how long that is, including search and means data to be used in the preparation of research collection.

To reach the objectives of the ruler can adopt the following approaches:

A. The lack of clarity in the tax laws and regulations and instructions to the taxpayers will negatively impact "on the tax measures settling accounts and thus lose the tax a cornerstone of the bases, a tax justice because it will cause in the exercise of administrative and financial corruption.

)B) that the absence of these two concepts in charge of dealings with the body is a major cause of the increasing complexity of the tax and red tape in settling accounts for the lack of interest the trust representations provided by the taxpayer, which measures and thus an increase in the cost, effort and time.

)C) The lack of transparency and poor awareness and clarity of the tax law and tax measures will lead to the ineffectiveness of external control (Popular, civil society organizations, etc ...). It is the difficulties faced by the preparation of this research, including:

)A) is one of the few research on the subject of tax reform requirements after the revolution of June 30, 2013 .. What was accompanied by changes in the financial and tax Thought in Egypt

B Assaobhalhsol the sources of the theoretical side and the lack of approved books, which led to the use of Pmatoffer in the internet and some Arab and foreign articles, which took time and effort to ask to get Almalomat.mma summoned visit taxes many times interest.

)C) the rapid changes that get special laws Decree Law No 53.of 2014 and the regulations and instructions during the research period.

Will be the study is divided into two main preceded by an introductory chapter, where we take in the introductory chapter of views on some of the basic concepts related to the subject of the study, the price be described in the first chapter study of the reform of the tax and its impact on increasing tax revenues, through two sections in the first refer them to the definition the mechanism of tax reform, then we are exposed in the second of them to the requirements in the tax reform, which will lead to an increase in tax revenues, while in the second chapter of this study, we will address the most recent reforms in the area of taxes on income in Egypt, especially the reading of amendments to the decision Presidential Decree No. 53 for the year 2014, and the imposition of the tax on dividends, then we take at the end of this chapter, the tax reform in the field of real estate taxes.

التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية

وآثاره الاقتصادية

(دراسة مقارنة)

دكتور

أحمد عبدالصبور عبدالكريم أحمد

أستاذ المالية العامة المساعد

بكلية القانون - جامعة الشارقة

وكلية الحقوق - جامعة أسيوط

ملخص البحث

باتت البورصات تشغل حيزا كبيرا من اقتصاد الدول والأفراد، ومن ثمّ صار لقضاياها أهمية كبيرة على المستويين المحلي والعالمي، ومن أبرز هذه القضايا الممارسات غير المشروعة التي تقع بها، لاسيما عمليات التلاعب بأسعار الأوراق المالية التي تتم من خلال التأثير على آلية السوق بطرق مصطنعة ووسائل احتيالية، فتتحدد أسعار الأوراق المالية بطريقة غير عادلة، لا تعكس القيمة الحقيقية لها، وذلك كله لتحقيق أرباح طائلة على حساب باقي المتعاملين في السوق، وتتعدد صور وطرق التلاعب لدرجة أنه لا يمكن لهذه الصور أو تلك الطرق أن تقع تحت حصر، وذلك بسبب ما تتميز به من تغير وتطور مستمرين، وهو ما جعل جُلّ التشريعات المنظمة لأسواق الأوراق المالية لا تذكر صورا محددة للتلاعب، وإنما اكتفت بذكر الضوابط التي تجعل المعاملة نوعا من أنواع التلاعب، ولا يقتصر التلاعب على البورصات الناشئة فحسب، بل يوجد في البورصات المتقدمة والناشئة على السواء، ويترتب عليه العديد من الآثار الاقتصادية الضارة، إذ يؤثر على حسن سير العمل بالبورصات وسلامة التعاملات فيها، كما أن له تأثيرا سلبيا على المستوى العام لأداء البورصات وعلى المتعاملين فيها، وكذلك على الاقتصادات القومية، وعلى الرغم من الآثار السيئة للتلاعب - سواء على البورصات، أو المتعاملين فيها، أو الاقتصادات القومية - فإنه لم يلق ما يستحقه من الدراسات الأكاديمية، وفي هذا الإطار يأتي هذا البحث الذي يتناول موضوع التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية وآثاره الاقتصادية، وهو يتكون من مقدمة، وفصلين، ويتبعهما خاتمة، فأما المقدمة فتضمنت التعرف بموضوع البحث، وإشكاليته، وفرضياته، وأهدافه، وأهميته، ومنهجه، وخطة الدراسة به، وأما الفصل الأول منه تتناول موضوع التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وذلك في أربعة مباحث، اختص المبحث الأول منها ببيان مفهوم التلاعب، وتناول المبحث الثاني صور التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وفرق المبحث الثالث بين التلاعب والمضاربة بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وبين

المبحث الرابع الحكم الشرعي للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وأما الفصل الثاني، فتناول الآثار الاقتصادية للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية وطرق المكافحة في أربعة مباحث، تناولت الموضوعات التالية على الترتيب: أثر التلاعب بالأسعار على بورصة الأوراق المالية، وأثر التلاعب بالأسعار على المتداولين بالبورصة، وأثر التلاعب بالأسعار على الاقتصاد القومي، وطرق مكافحة التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وأخيرا فقد احتوت خاتمة البحث على أهم ما توصل إليه البحث من نتائج وما أوصى به من توصيات.

الكلمات المفتاحية: بورصة الأوراق المالية- التلاعب- المضاربة- الآثار الاقتصادية.

Abstract

Stock Exchanges have occupied a great portion of the countries and individuals economy; therefore their issues have great important nationally and internationally. One of these issues is illegal practices that take place inside them especially manipulation of stocks which happens through effecting on the market mechanism with artificial ways and fraudulent means; therefore the prices of stocks are determined unfairly and don't reflect their true value and all of that for getting great profits at the expense of the other dealers, and these ways of manipulation are various and uncountable as they are changeable and develop continuously, therefore most of legislations of regulating capital markets don't mention definite types of manipulation but only mention standards that make transaction as a type of manipulation. That manipulation doesn't happen only in the emerging stocks markets but it takes place also in the advanced stocks, and this leads to many of harmful economical effects as it affects the proper functioning of

stocks and safety of transaction. It also has a negative effect on the public level of stocks performance and dealers with them, and also on national economies. In spite of the bad effects of manipulation either on stocks or dealers or national economies, it doesn't take enough academics studies. Therefore this research addresses the topic of manipulation in prices in capitals stock and its economical effect. This research consists of an introduction and two chapters that followed by a conclusion. The introduction involved: introducing the research topic, statement of the research problem, its hypotheses, aims, significance, curriculum and its study plan. The first chapter addresses the subject of manipulation in prices in capitals stock, it includes four sections: the first section is about indicating concept of manipulation, the second section indicates of the forms of manipulation in prices in capitals stock, the third section indicates the difference between manipulation and speculation of prices in stock exchange, the fourth section is about Price manipulation in Islamic law. The second chapter

addresses economical effects of manipulation of prices in stock exchange and the ways of facing, this chapter was divided into four sections that addressed the following subjects: effects of manipulation in prices on stock exchange, effects of manipulation in prices on the dealers and effects of manipulation in prices on the national economy and the ways of facing manipulation of prices in stock exchange. Finally the conclusion addressed results of the research and recommendations.

Keywords: Stock Exchange, Manipulation, Speculation, Economical Effects.

المقدمة

التعريف بموضوع البحث:

تحتل الأسواق المالية (Financial Markets) مركزا حيويا في النظم الاقتصادية المعاصرة، خاصة التي تعتمد على نشاط القطاعين العام والخاص في تجميع رؤوس الأموال لتمويل التنمية الاقتصادية، فنتيجة لتطور حجم المشروعات، وتنوع أنشطتها، وانفصال الملكية عن الإدارة، تزايدت حاجة المشروعات للأموال، فظهرت الأسواق المالية لتقوم- من خلال الأصول المالية (Financial Assets) من أسهم، وسندات، وغيرها من الأوراق المالية- بتحويل الموارد المالية الفائضة من الوحدات الاقتصادية ذات الفائض إلى الوحدات الاقتصادية التي تعاني عجزا ماليا، ولديها فرص استثمارية، وبذلك تم تسخير القطاع المالي لخدمة القطاع الاقتصادي، في شكل مشروعات اقتصادية حقيقية.

وتنقسم سوق المال بصفة عامة إلى قسمين رئيسيين: الأول هو سوق النقد (Monetary Market) والثاني هو سوق رأس المال (Capital Market)، وتعرف سوق النقد بأنها السوق التي من خلالها يمكن الحصول على القروض قصيرة الأجل، أي التي لا يزيد أجل استحقاقها عن سنة، سواء أكان ذلك من خلال عقد القرض المباشر، أم بإصدار الأوراق المالية قصيرة الأجل التي تتميز بسيولتها العالية، أي التي يمكن تحويلها إلى نقود خلال مدة قصيرة، مثل أذون الخزانة، والأوراق التجارية، وشهادات الإيداع القابلة للتداول.

وأما سوق رأس المال فهي السوق التي يتعامل فيها بالأدوات المالية ذات الأجل المتوسط والطويل، أي التي يزيد أجل استحقاقها عن سنة، سواء أكانت هذه الأدوات تعبر عن دين كالسندات، أم ملكية كالأسهم، وتنقسم سوق رأس المال بدورها إلى سوقين رئيسيين هما: سوق رأس المال من غير طريق الأوراق المالية وسوق الأوراق المالية.

وتشتمل سوق رأس المال من غير طريق الأوراق المالية على الأجهزة التي تقوم بعمليات الإقراض والاقتراض متوسط وطويل الأجل، وتنقسم مؤسساته إلى نوعين: أولهما المؤسسات المصرفية (مثل البنوك العقارية، والبنوك الزراعية، والبنوك الصناعية، والبنوك الاستثمارية)، والآخر المؤسسات غير المصرفية (مثل شركات التأمين، وهيئات التأمين الاجتماعي، وصناديق التأمين الخاصة، وشركات الاستثمار، وشركات توظيف الأموال).

فأما سوق الأوراق المالية فهي تلك السوق التي يتم التعامل فيها على الأوراق المالية من أسهم، وسندات، وأوراق مالية أخرى، ويتم التعامل فيها لأجل طويلة ومتوسطة، مما يساعد على تشجيع الاستثمار. إذ تقوم سوق الأوراق المالية بتجميع المدخرات للاستخدام في المجال الاستثماري من خلال توجيهها لتكوين رؤوس الأموال اللازمة لإنشاء المشروعات الجديدة، أو لزيادة حجم القائم منها، وهي تتكون من سوقين، هما:

الأولى: السوق الأولية (Primary Market)، وهي السوق التي يتم فيها طرح الأسهم والسندات لأول مرة، أي الاكتتاب في الأوراق المالية الجديدة التي لم

يتم تداولها من قبل، ولذلك يكون البائع في هذه السوق هو المنشأة المصدرة للأوراق، وتُعرف هذه السوق أيضا باسم "سوق الإصدار"، وقد يتعلّق الاكتتاب في هذه السوق بالأسهم الممثلة لرأس مال الشركة عند التأسيس أو عند زيادة رأس مالها بعد التأسيس، كما قد يتعلّق بالسندات عند إصدارها، سواء كانت صادرة عن شركة أو عن أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التي يحق لها هذا الإصدار.

والأسواق الأولية ليست أسواقا بمعنى الكلمة، وإنما هي العمليات التي يتم فيها بيع الإصدارات الجديدة من الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية.

الثانية: السوق الثانوية (Secondary Market)، وهي السوق التي يجرى فيها التعامل على الأوراق المالية التي سبق إصدارها في السوق الأولية، وبمعنى آخر يتم التعامل في هذه السوق على الأوراق المالية بين المستثمرين ولا علاقة للجهة المصدرة بذلك؛ إذ سبق أن باعتها في السوق الأولية، ولذلك يطلق على هذه السوق أيضا اسم "سوق التداول"، وهي تمثل الوجه الآخر للسوق الأولية؛ وذلك لأن خلق الأدوات المالية المناسبة وتعددتها لا يشكل إلا شظيا واحدا من شروط قيام ونمو سوق الأوراق المالية، فالسوق الثانوية هي السوق الفعلية التي تحمل مفهوم السوق، وتتحدد فيها قيم أدوات الاستثمار المختلفة بصورة طبيعية.

وهذه السوق إما أن تكون منظمة (Organized)، فتكون سوقا رسمية، ويطلق عليها البورصة، حيث يلتقي البائعون والمشترون في مكان واحد، وتكون

الأوراق المالية المتداولة فيها مستوفاة لشروط التسجيل ومسجلة، وإما أن تكون غير منظمة (Unorganized)، فتكون سوقا غير رسمية، يتم التعامل فيها على الأوراق المالية غير المسجلة في السوق الرسمية.

وتباشر بورصة الأوراق المالية عملها من خلال العديد من المؤسسات، سواء تلك المنظمة للسوق- أي التي تباشر دورا إشرافيا على السوق- أو تلك المتعاملة في السوق- أي التي يتم عقد الصفقات لحسابها- أو المؤسسات التي تقوم بنفسها بعقد العمليات لحساب غيرها، وتمثل المعلومات عصب التعامل في بورصة الأوراق المالية، فلكي يتخذ المستثمر القرار الاستثماري السليم يجب أن تتوفر لديه كافة المعلومات التي يمكن أن تؤثر على القيمة السوقية للورقة المالية محل التعامل، سواء كان التعامل بيعا أو شراء.

وتعتبر الأوراق المالية (Securities)- خاصة الأسهم والسندات التي تصدرها منشآت الأعمال- السلعة الرئيسية المتداولة في البورصة، وتمثل الورقة المالية صكا يعطي لحامله الحق في الحصول على جزء من عائد، أو الحق في جزء من أصول منشأة ما، أو الحقين معا.

وما يهمنا في هذا البحث، من مكونات سوق المال، هو بورصة الأوراق المالية (Stock Market)، أي السوق الثانوية المنظمة والرسمية، وقد قيل في أصل كلمة بورصة أنها ترجع إلى فندق في مدينة (بروج) البلجيكية كانت تُزِن

واجهته بشعار عملة، وهو عبارة عن ثلاثة أكياس من النقود، دلالة على مهنة صاحب الفندق، ، وهذا الفندق يجتمع فيه عملاء مصرفيون ووسطاء ماليون لتصريف أعمالهم، كما قيل إنها ترجع إلى اسم رجل بلجيكي اسمه Vander (Bourse) كان تجار المدينة يجتمعون في فندقه.

ويتم تحديد أسعار الأوراق المالية في البورصة وفقا لقانون الطلب والعرض، بشكل يؤدي من خلال تفاعلها إلى تحديد الأسعار العادلة لها، والتي يتم التعامل بها بيعا وشراء في البورصة، فالسعر الذي تُباع به الورقة المالية أو تُشترى يجب أن يتوقف على القوى النسبية لعرض وطلب الورقة المالية في فترة معينة، والتي تتوقف بدورها على المعلومات المحاسبية والمعلومات المعلنة عن الشركة.

ومع ذلك فإن الواقع قد يحمل في طياته في بعض الأحيان نمطا معاكسا تماما، ففي سبيل الكسب السريع والمضمون قد يعتمد بعض المتداولين في البورصة أو بعض الجهات التي يتعلق عملها ببورصة الأوراق المالية- إلى التأثير أو محاولة التأثير على البورصة لتحقيق هذا الربح الذي لا يكون نتيجة لتفاعل قوى الطلب والعرض، بل يكون سببه الارتفاع أو الانخفاض المفعل لأسعار الأوراق المالية، وتكون الصورة المثلثي لذلك هي التلاعب بأسعار هذه الأوراق، أي التأثير على آلية السوق بطرق مصطنعة ووسائل احتيالية، فتتحدد أسعار الأوراق المالية بطريقة غير عادلة، لا تعكس القيمة الحقيقية لها، وذلك كله لتحقيق أرباح طائلة

على حساب باقي المتعاملين في السوق.

ويمكن القول بأن التلاعب بالأسعار في بورصات الأوراق المالية قد ظهر متأخرا نسبيا مقارنة بالتلاعب في أسعار السلع والخدمات في الأسواق المختلفة، من خلال التعاملات المضللة من بعض المستثمرين للتأثير على سعر السلعة، أو الخدمة، أو الكميات الحقيقية المعروضة أو المطلوبة منها، فالتعاملات التي من الممكن أن تؤثر على آلية الطلب والعرض تؤثر على الأسعار التي تباع بها السلع والخدمات، فيقوم هؤلاء المتلاعبون بالشراء عندما ينخفض السعر، ويبيعون عندما يرتفع السعر، ويحققون من وراء ذلك أرباحا كبيرة تتمثل في الفرق ما بين سعر الشراء وسعر البيع.

لذلك فأول ظهور للتلاعب كان من جانب التجار في أسواق السلع والخدمات الحقيقية الذين كانوا يشترون كميات كبيرة من بعض السلع المعروضة في السوق؛ لذلك يقل المعروض من هذه السلع في السوق؛ فيرتفع السعر؛ فيسارع هؤلاء التجار ببيعها ويجنون أرباحا كبيرة تتمثل في الفرق ما بين سعر الشراء وسعر البيع.

وبعد وقت قصير من تأسيس بورصة أمستردام بهولندا عام ١٦٠٢م، أدرك بعض المتعاملين فيها أن بإمكانهم تحقيق أرباح رأسمالية كبيرة من خلال التلاعب بأسعار الأسهم، ثم تطور الأمر بعد ذلك، حيث بدأ تنفيذ هذا التلاعب من خلال مجموعة من المستثمرين، يتعاونون مع بعضهم البعض، فينتفون على بيع ما بحوزتهم من ورقة مالية معينة؛ فينخفض السعر نتيجة لزيادة الكميات المعروضة

منها؛ فيسارع أغلب المستثمرين ببيع ما بحوزتهم من هذه الورقة المالية؛ فيقوم هولاء المتلاعبون بشراء ما سبق أن باعوه منها بأسعار منخفضة أقل بكثير من الأسعار التي باعوا بها من قبل.

وفي القرن الماضي كثر استخدام التلاعب في مجال الأسواق المالية، لدرجة أن أي تغيير حاد في سعر ورقة مالية معينة قد يثير حوله الشك بوجود حالة من حالات التلاعب بالأسعار، لذلك فقد عكفت السلطات المختصة في الدول المختلفة على تحديد ما يعد مشروعاً وما يعد غير مشروع من تصرفات المستثمرين، ويحتاج هذا التحديد في الغالب إلى الكثير من الموضوعية والمهنية حتى يتم بصورة فعالة.

إشكالية البحث:

على الرغم من أن تشريعات أسواق الأوراق المالية في العالم تبدو أفضل حالا مما كانت عليه في السابق في شأن مكافحة عمليات التلاعب في البورصة، فإن تلك العمليات غير القانونية مازالت تأخذ حيزاً من جهد ووقت جهات التحقيق ورجال القضاء، فالتلاعب بأسعار الأسهم أمر شائع وواسع الانتشار في البورصات العالمية، فهي من الجرائم التي يرتكبها عادة أصحاب النفوذ وبمبالغ ضخمة، ومع ذلك تثار دائماً إشكالية تحديد المقصود بالتلاعب، وبيان صوره، وحكمه الشرعي والقانوني بسبب تعدد أساليبه وتطورها المستمر، وكذلك بسبب

ندرة الكتابات التي تتناوله على الرغم من الآثار الاقتصادية الضارة التي تترتب عليه، وفي هذا الإطار يأتي هذا البحث الذي يحاول الإجابة على إشكالية محددة، تتمثل في تحديد ماهية التلاعب وصوره، وحكمه، والآثار الاقتصادية المترتبة عليه.

فرضيات البحث:

تأسيسا على مشكلة البحث فإنه يسعى إلى اختبار صحة فرضية محددة، تتلخص في أن التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية من أهم صور الممارسات غير المشروعة التي تتم في البورصات، ويترتب عليه كثير من الآثار الاقتصادية الضارة على صغار المستثمرين، وعلى الشركات المصدرة للأوراق المالية، وعلى البورصة وعلى الاقتصاد الوطني ككل.

أهداف البحث:

يمكن تلخيص أهداف هذا البحث فيما يلي:

- التعريف بمفهوم التلاعب في بورصة الأوراق المالية.
- التفرقة بين التلاعب بالأسعار والمضاربة في بورصة الأوراق المالية.
- بيان صور التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.
- بيان موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

▪ تحديد وتحليل الآثار الاقتصادية للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، سواء على البورصة ذاتها، أو على المتداولين فيها، أو على الاقتصاد القومي ككل.

▪ تقديم آليات محددة للحد من التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.
أهمية البحث:

لم يلق موضوع التلاعب بأسعار الأوراق المالية بالبورصات ما يستحقه من الدراسات الأكاديمية، رغم ما له من آثار سيئة تلحق الضرر بصغار المستثمرين والبورصات والاقتصادات الوطنية، ورغم ازدياد التلاعب وانتشاره في الآونة الأخيرة لدرجة أنه أضحى سمة من السمات التي تميز البورصات، ومن هنا تأتي أهمية هذا البحث الذي يتناول موضوع التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية والآثار الاقتصادية التي يخلفها، كذلك تتمثل أهمية البحث في بيانه لموقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من موضوع التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، لتحديد أفضل الأطر القانونية للحد من التلاعب وضبطه حال وقوعه وإنزال العقاب بمرتكبيه، كما تبرز أهمية البحث من خلال محاولته تحديد وصياغة آليات للحد من التلاعب بالأسعار في بورصات الأوراق المالية؛ وذلك لحماية صغار المستثمرين، والحفاظ على البورصات من الهزات العنيفة وفقدان الثقة بها بسبب حالات التلاعب بالأسعار.

منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج التأصيلي المقارن،

والمنهج الاستقرائي:

- المنهج الوصفي التحليلي: هو المنهج الذي اعتمد عليه الباحث بشكل أساسي، إذ قام الباحث بتحليل المعلومات التي أتاحت له في موضوع البحث من المصادر المعتمدة تحليلًا دقيقًا من أجل الخروج بنتائج علمية دقيقة؛ وتقديم توصيات محددة وممكنة.

- المنهج التأصيلي المقارن: استخدم هذا المنهج لبيان موقف كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية فيما يتعلق بالتلاعب بالأسعار في سوق الأوراق المالية، ومدى تطابق موقف القوانين الوضعية مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد.

- المنهج الاستقرائي: استعنت بهذا المنهج من خلال عرض بعض حالات التلاعب بالأسعار في بورصات الأوراق المالية في بعض الدول؛ وذلك لتدعيم الجانب النظري في البحث بتطبيقات عملية، تفيد في اختبار الفرضيات التي تم عرضها في بداية البحث.

خطبة البحث:

يتكون البحث من مقدمة، وفصلين، يتبعهما خاتمة، تضمنت المقدمة التعريف بموضوع البحث، وإشكاليته، وفرضياته، وأهدافه، وأهميته، ومنهجه، وخطة الدراسة به، فأما الفصل الأول منه فتناول موضوع التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وذلك في أربعة مباحث، اختص المبحث الأول منها ببيان مفهوم التلاعب، وتناول المبحث الثاني صور التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وفرق المبحث الثالث بين التلاعب والمضاربة بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وبين المبحث الرابع الحكم الشرعي للتلاعب بالأسعار في

بورصة الأوراق المالية، وأما الفصل الثاني، فنناول الآثار الاقتصادية للتلاعب
بالأسعار في بورصة الأوراق المالية وطرق المكافحة، وذلك في أربعة مباحث
تناولت الموضوعات التالية على الترتيب: أثر التلاعب بالأسعار على بورصة
الأوراق المالية، وأثر التلاعب بالأسعار على المتداولين بالبورصة، وأثر التلاعب
بالأسعار على الاقتصاد القومي، وطرق مكافحة التلاعب بالأسعار في بورصة
الأوراق المالية، وأخيرا فقد احتوت خاتمة البحث على أهم ما توصل إليه البحث
من نتائج، وما أوصى به من توصيات.

الفصل الأول

التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية

تتسم بورصات الأوراق المالية بسمات أساسية، تشترك فيها كافة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

البورصات في مختلف دول العالم، ومن هذه السمات التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة فيها، والذي يتزايد يوما بعد يوم بفعل العديد من العوامل، كالنقص التكنولوجي، وتوفر التقنيات الميسرة لكل من يريد التعامل في البورصة، والنقص العلمي في مجال الدراسات المالية، والتدهور الأخلاقي، وضعف الرقابة على بورصات الأوراق المالية، وظهور ما يعرف بالهندسة المالية.

وعلى الرغم من ارتباط التلاعب بظهور البورصات تقريبا، فإن العديد من النظم القانونية تحظر التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية وتعاقب عليه، فإنه لا يوجد تعريف محدد للتلاعب بالأسعار يحظى بإجماع الباحثين، وقد يبدو ذلك غريبا في ظل ذلك التاريخ الطويل للتلاعب في الأسواق المالية العالمية، وفي ظل ذلك التنظيم القانوني للتلاعب في أغلب التشريعات المقارنة منذ عقود طويلة مضت، وقد تعددت التعاريف التي قيلت في التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، هذا فضلا عن تعدد الفئات المتعاملة في بورصة الأوراق المالية الذين يمكنهم التلاعب في السوق، بحسب الإمكانات التي يملكونها والمناصب التي يتقلدونها؛ وهم يلجأون - في سبيل الوصول إلى أهدافهم - إلى كل الوسائل والطرق الممكنة لتحقيقها؛ لذلك تتعدد صور التلاعب لدرجة أنه لا يمكن لهذه الصور أن تقع تحت حصر.

ونتيجة للارتباط الشديد بين بعض أشكال المضاربة والتلاعب بالأسعار، فإن الكثير من الخبراء يقسمون المضاربة في بورصة الأوراق المالية إلى مشروعة وغير مشروعة، وينفقون على أن التلاعب بالأسعار غير مشروع، ولكنهم يختلفون في تحديد طبيعة العلاقة بين المضاربة غير المشروعة والتلاعب.

ويختص هذا الفصل بتحديد الإطار المفاهيمي للتلاعب بالأسعار في

بورصة الأوراق المالية، فيبدأ بتحديد مفهومه وصوره، ثم يفرق بين التلاعب بالأسعار والمضاربة في بورصة الأوراق المالية، ثم يبيّن الحكم الشرعي للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وذلك كله من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

المبحث الثاني: صور التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

المبحث الثالث: الفرق بين التلاعب بالأسعار والمضاربة في بورصة الأوراق المالية.

المبحث الرابع: الحكم الشرعي للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

المبحث الأول

مفهوم التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية

سبق القول أنه لا يوجد تعريف محدد أو متفق عليه للتلاعب بالأسعار^(١)، وتوجد تعريفات مختلفة للتلاعب، وتحدد هذه التعريفات المقصود بالتلاعب، وسوف نخصص هذا المبحث لبيان المقصود بالتلاعب في اللغة والتشريع والفقه.

(١) التعريف اللغوي للتلاعب:

التلاعب في اللغة العربية مأخوذ من اللعب وهو ضد الجد، هذا في أصل الاستعمال، وللتلاعب معان أخرى، منها^(٢):

^{١-} ويبدو ذلك غريباً في ظل التاريخ الطويل لجريمة التلاعب بالأسعار، فعلى سبيل المثال يعتبر من أشهر المحاكمات التي تمت في مجال التلاعب بالأسعار ما تم خلال الحروب النابليونية من محاكمة مجموعة من الأفراد اشتركوا في نشر وترويج إشاعات كاذبة حول وفاة نابليون ودخول الحلفاء باريس، بغية التأثير في أسعار الأوراق المالية، كذلك ما قضت به محكمة مجلس الملك في إنجلترا من تجريم لفاعل التآمر لرفع أسعار الأوراق المالية الحكومية عن طريق نشر إشاعات كاذبة، لما يقرب عليه من أضرار تصيب المشتريين، لمزيد من التفاصيل راجع:

- Baxt, R., H.A.J. Ford, and A. Black: Securities Industry Law (5th edition, Butterworths, Sydney), 1996.

^{٢-} انظر المعنى اللغوي عند:

- ابن منظور: لسان العرب، ج ١ ص ٧٣٩. ج ٨ ص ٦٣، ج ١١ ص ١٨٤.

- ابن الأثير: الفائق في غريب الحديث، ج ٣ ص ٣١٧.

- الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج ١ ص ٧٤٤.

- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

- السير يقوم إلى وجهة لم يقصدها، كما في حديث تميم والجساسة عندما قال: فلعب بنا الموج شهرا، قال ابن منظور " سمي اضطراب الموج لعبا لما لم يسر بهم إلى الوجه الذي أردوه".
- التحيل أو الاحتيال، قال ابن سيده: " الاحتيال والتحول والتَّحِيلُ كل ذلك الحذق، وجودة النظر، والقدرة على دقة التصرف".
- الخداع: وهو إظهار الإنسان خلاف ما يبطن.
- الغش: وهو نقيض النصح، وإظهار خلاف ما يضمرة الإنسان.
- ويرى البعض^(٣) أن الرابط بين كل هذه المعاني اللغوية هو البعد السلبي غير السوي للتلاعب، والنية السيئة من خلال تحقيق مصلحة خاصة على حساب إلحاق الضرر بالآخرين.

ومصطلح التلاعب في اللغة الإنجليزية هو ترجمة للمصطلح (Manipulation) الذي يعني التلاعب، والمضاربة والمناورة في السوق التجارية للتأثير في الأسعار، ومنها المتلاعب (Manipulator) ^(٤)، أو أنه عبارة عن "مناورة تهدف إلى خداع"^(٥)، كما يعني السيطرة والتأثير على شخص ما واستغلاله من خلال طرق حاسمة وغادرة بهدف تحقيق فوائد^(٦)، كما يستخدم هذا المصطلح

^٢- د. سعيد بوهراوة: التلاعب في الأسواق المالية- عرض تحليلي نقدي، بحث مقدم إلى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ٢٣- ٢٧ شوال ١٤٣١هـ الموافق ٢- ٦ أكتوبر ٢٠١٠م، ص ٥.

4- Al- Mawrid Al- Hadeeth Dictionary, p.700.

5- Le petit Larousse illustre, Ed. Larousse, 2007, p. 660.

6- Penguin Office Dictionary, Penguin Reference Library, 2006, p. 537.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أحيانا كمرادف لمعنى التلاعب السياسي^(٧)، وعلى الرغم من أن التلاعب يحدث في كل الأسواق فإن التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة في البورصة هو المقصود في هذا البحث.

(ب) التعريف التشريعي للتلاعب:

عالج المشرع الأمريكي موضوع التلاعب بالأسعار في القسم التاسع من قانون البورصة الصادر في عام ١٩٣٤م^(٨) في المادة ١٠/٦ والمادة C/١٥، فحظر صورا متعددة من المعاملات التي تنطوي على تلاعب، لكنه لم يورد تعريفا محددًا له، أما لجنة الأوراق المالية والبورصة الأمريكية^٩ فقد عرفت التلاعب بالأسعار بأنه "سلوك متعمد لتضليل وخداع المستثمرين من خلال التحكم أو التأثير، وبشكل مصطنع، في تداول ورقة مالية، ويمكن أن ينطوي التلاعب على عدد من الممارسات الفنية التي تؤثر على الطلب على الورقة المالية أو المعروض

7- Petit Larousse, Librairie Larousse, 1967, p. 629:

8- The American Stock Exchange Act of 1934

- وقد سبق هذا القانون قانون آخر، هو قانون الأوراق المالية Securities Act الذي صوّت عليه مجلس الشيوخ والكونغرس في عام ١٩٣٣م، كأثر من آثار الأزمة الاقتصادية العالمية الصعبة التي بدأت في عام ١٩٢٩م، وهو أول قانون في الولايات المتحدة الأمريكية على المستوى الاتحادي بشأن الأوراق المالية، وهو يعتبر واحدا من الوثائق الأساسية في النظام القضائي الأمريكي في المسائل المتعلقة بسوق رأس المال، ومع ذلك فلم يرد في هذا القانون أي إشارة، سواء أكانت صريحة أو ضمنية لموضوع التلاعب في أسواق رأس المال، إذ لم يرد مصطلح التلاعب ضمن نصوص هذا القانون، كما أن المشرع لم يذكر أيا من التصرفات التي تنطوي على تلاعب كما فعل في قانون البورصة الصادر في عام ١٩٣٤م.

9- The United States Securities and Exchange Commission.

مجلة الجقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

منها لإعطاء صورة زائفة عن أي منهما، وهي تشمل: نشر معلومات كاذبة أو مضللة عن الشركة المصدرة، والحد بشكل غير صحيح من عدد الأسهم المتاحة للجمهور، أو التلاعب في تحديد الأسعار أو عدد الصفقات لإعطاء صورة كاذبة أو خادعة عن الطلب على الورقة المالية، وكل من يتورط في مثل هذه الممارسات يتعرض لعقوبات جنائية وجزاءات مدنية^(١).

كما ورد تعريف التلاعب بالأسعار في التوجيه الأوربي رقم / 2003/6 EC الصادر عن البرلمان الأوربي والمجلس الأوربي في ٢٨ يناير ٢٠٠٣م، حول تعاملات المتعاملين في السوق والتلاعب في الأسواق المالية (سوء استغلال السوق)، حيث عرف التلاعب بأنه:

10- Manipulation is intentional conduct designed to deceive investors by controlling or artificially affecting the market for a security. Manipulation can involve a number of techniques to affect the supply of, or demand for, a stock. They include: spreading false or misleading information about a company; improperly limiting the number of publicly- available shares; or rigging quotes, prices or trades to create a false or deceptive picture of the demand for a security. Those who engage in manipulation are subject to various civil and criminal sanctions.

(<http://www.sec.gov/answers/tmanipul.htm>) mentioned in

26/10/2014.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

١. تعاملات أو أوامر التداول التي:

- تعطي، أو من المحتمل أن تعطي إشارات كاذبة أو مضللة عن العرض والطلب، أو أسعار الأدوات المالية.

- تضمن لشخص أو أشخاص يعملون بالتعاون فيما بينهم مستوى سعريا غير طبيعي لأداة أو عدة أدوات مالية.

ويستثنى من ذلك كل شخص لديه أسباب مشروعة للقيام بهذه التعاملات

أو أوامر التداول، وأن هذه التعاملات أو أوامر التداول تتفق مع الممارسات المقبولة في السوق المعنية.

٢. تعاملات أو أوامر التداول التي تستخدم أدوات مشبوهة أو أي شكل من أشكال الخداع أو التحايل.

٣. نشر معلومات عبر وسائل الإعلام- بما في ذلك الإنترنت أو أي وسيلة

أخرى- تعطي أو من المحتمل أن تعطي إشارات كاذبة أو مضللة عن الأدوات المالية، بما في ذلك نشر الشائعات الكاذبة أو المضللة التي يكون

فيها الشخص الذي قام بنشرها على علم أو يفترض أن يكون على علم بأن المعلومات كانت كاذبة أو مضللة^(١).

11- Directive 2003/6/EC of The European Parliament and of The Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse):

Article 1/2:

“Market manipulation” shall mean:

(a) transactions or orders to trade:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

أما المشرع المصري فقد عرّف التلاعب بالأسعار بأنه: "أي عمل أو امتناع عن عمل بقصد التأثير في أسعار تداول الأوراق المالية، يكون من شأنه الإضرار بكل أو بعض المتعاملين في سوق الأوراق المالية، ويخضع التلاعب في الأسعار

-
- which give, or are likely to give, false or misleading signals as to the supply of, demand for or price of financial instruments, or
 - which secure, by a person, or persons acting in collaboration, the price of one or several financial instruments at an abnormal or artificial level.
 - unless the person who entered into the transactions or issued the orders to trade establishes that his reasons for so doing are legitimate and that these transactions or orders to trade conform to accepted market practices on the regulated market concerned;
- (b) transactions or orders to trade which employ fictitious devices or any other form of deception or contrivance;
- (c) dissemination of information through the media, including the Internet, or by any other means, which gives, or is likely to give, false or misleading signals as to financial instruments, including the dissemination of rumours and false or misleading news, where the person who made the dissemination knew, or ought to have known, that the information was false or misleading.", See Official Journal of the European Union, L 96/20, mentioned in 26/10/2014 on https://www.esma.europa.eu/system/files/Dir_03_6.pdf.

لحكم المادة ٦٣ بند ٦ من قانون سوق رأس المال^{١٢} التي تنص على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه، ولا تزيد على مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين...- كل من عمل على قيد سعر غير حقيقي أو عملية صورية، أو حاول بطريق التدليس التأثير على أسعار الأوراق المالية".

أما هيئة السوق المالية السعودية (Capital Market Authority) ، فإنها وإن لم تذكر تعريفاً جديداً للتلاعب فقد بيّنت في نظام هيئة السوق المالية- في المادة ٤٩ من نظام السوق، أن التلاعب في الأسواق المالية يتمثل في القيام بعمل أو إجراء يوجد انطباعاً غير صحيح أو مضللاً بشأن السوق، أو الأسعار، أو قيمة أي ورقة مالية بقصد إيجاد ذلك الانطباع أو لحث الآخرين على البيع أو الشراء، أو الاكتتاب في تلك الورقة، أو الإحجام عن ذلك^(١٣).

كما بيّنت هيئة السوق المالية السعودية في مقدمة لائحة "سلوكيات السوق" ضمن فقرة "منع التلاعب" في المادة الثانية- أن التلاعب هو قيام أي شخص-

١٢- المادة (١/٣١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

١٣- هيئة السوق المالية السعودية: نظام السوق المالية، الفصل الثامن: الإحتيال والتداول بناءً على معلومات داخلية، المادة ٤٩، انظر الموقع الإلكتروني لهيئة السوق المالية السعودية على الرابط التالي:

<http://www.cma.org.sa/Ar/AboutCMA/CMALaw/Pages/Ch8Article49.asp>

بشكل مباشر، أو غير مباشر- بإدخال أمر أو تنفيذ صفقة على ورقة مالية بهدف تكوين أي مما يلي:

١. انطباع كاذب أو مضلل بوجود نشاط تداول في الورقة المالية أو اهتمام بشرائها أو بيعها.
٢. سعر مصطنع لطلب أو عرض أو تداول الورقة المالية أو أي ورقة مالية ذات علاقة^(١٤).

(ج) التعريف الفقهي للتلاعب:

يطلق لفظ التلاعب في الاصطلاح المالي على السلوكيات المنحرفة التي تحدث في سوق السلع، أو الصرف، أو الأوراق المالية، والتي يكون مرتكبيها- عادة- المُطَّلَعُونَ، وصناع السوق، والخبراء، وذلك بقصد التأثير على الأسعار من خلال تعطيل آلية الطلب والعرض في تحديد الأسعار العادلة للأوراق المالية المتداولة في البورصة والمصدرة من مؤسسات اقتصادية عامة وخاصة^(١٥)، وقد

١٤- هيئة السوق المالية السعودية: لائحة سلوكيات السوق، الباب الثاني: منع التلاعب بالسوق، المادة الثانية (منع التصرفات أو الممارسات التي تتطوي على تلاعب أو تضليل)، انظر الموقع الإلكتروني لهيئة السوق المالية السعودية على الرابط التالي:

<http://www.cma.org.sa/cma/RegulationsFB/Ar-10/>

١٥- يرى البعض أن عمليات التلاعب بأسعار الأوراق المالية غالباً ما تتعلق بالأوراق المالية الخاصة بالشركات الصغيرة، إذ أنها أكثر استجابة لعمليات التلاعب عن غيرها من الأوراق المالية الخاصة بالشركات الكبيرة أو العملاقة، للاطلاع على مزيد من التفاصيل حول هذا الرأي راجع:

Louise Yamada: Market Magic: Riding the Greatest Bull Market of the Century, John Wiley & Sons. Inc., New York, 1998, P. 210.

اجتهد الفقه الاقتصادي والقانوني في تعريف التلاعب بأسعار الأوراق المالية في البورصة أو المضاربة غير المشروعة، فعرّفها البعض^(١٦) بأنها "ذلك التوجيه الزائف للأسعار، أي التأثير على سعر ورقة مالية ما لكي تُباع أو تُشتري بسعر أعلى أو أقل من السعر الذي يحدث نتيجة العمليات الطبيعية للطلب والعرض، والمتلاعب في سعر ورقة مالية هو من يسعى للحصول على أرباح، أو تقادي خسائر عن طريق خلق سعر زائف قد يؤدي إلى التأثير على عملية التداول".

وقد عرّف البعض الآخر^(١٧) التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية بأنه: "التصرفات التي يقوم بها متداول - أو مجموعة من المتداولين - لإحداث فرق مقصود بين سعر الورقة المالية وقيمتها، بهدف الربح على حساب بقية المتداولين في السوق".

وتتعدد الفئات التي يمكنها التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، ومن هؤلاء^(١٨):

- المديرين التنفيذيين الذين يكون لديهم اطلاع من الداخل على الوضع الحقيقي

16- Richard J. Teweles: The Stock Market, Jhon Wile & Sons, Inc., New York, 1999, P. 230.

١٧- د.محمد بن إبراهيم السحبياني: التلاعب في الأسواق المالية صوره وآثاره، بحث مقدم إلى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ٢٣-٢٧ شوال ١٤٢١هـ الموافق ٢-٦ أكتوبر ٢٠١٠م، ص ٥.

١٨- د.سميد بوهراوة، مرجع سابق، ص ١٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٧، المجلد الأول

للشركات، وهؤلاء ربما يكون لهم دور في نشر بعض المعلومات المضللة، أو إخفاء بعض الحقائق، أو التحكم في وقت نشر بعض المعلومات الحقيقية لتحقيق نوع من المكاسب.

- المحاسبون والمدققون - سواء الداخليون أو الخارجيون - الذين يمكنهم التلاعب ببعض البيانات المحاسبية لإعطاء انطباع جيد عن وضع الشركة، وهو ما اصطلح على تسميته بالمحاسبة الإبداعية^(١٩).

- المحترفون في الأسواق المالية، كالمحللين الماليين وخبراء الاقتصاد والبنوك، وحتى مديرى الصناديق الاستثمارية الذين تتوفر لديهم سيولة كبيرة جدا. بعض المسؤولين في الدوائر المالية الرسمية، إما مباشرة وإما بغض الطرف عن بعض الألاعيب والممارسات غير الأخلاقية.

- كبار ملاك الأسهم الذين يمكنهم التأثير على سعر السهم نتيجة للكميات الكبيرة التي يملكونها من سهم منشأة ما.

- شركات السمسرة، سواء عن طريق استخدام المعلومات الداخلية أو التلاعب في تحريك أسعار الأسهم صعودا وهبوطا بالتعاون مع الشركات صاحبة

^{١٩} - تعد المحاسبة الإبداعية Creative Accounting أو المحاسبة الاحتياوية - كما يطلق عليها البعض - حدثا من مواليد الثمانينات، ومن المحتمل أن تكون قد بدأت عندما واجهت الشركات صعوبات في فترة الركود التي حدثت في بداية الثمانينات، حيث كان هناك ضغط لإنتاج أرباح أفضل في الوقت الذي كان من الصعب تحقيق تلك الأرباح، وعندما اكتشفت الشركات أن القوانين تخبرك فقط بما لا تستطيع فعله، وليس ما تستطيع فعله! ولهذا فقد رأت الشركات أنها إذا كانت لا تستطيع أن تكسب الأرباح فإنها تستطيع على الأقل أن تبندعها، والمقصود بها فن إبراز البيانات المالية للشركة بصورة تعطي انطباعا جيدا عن وضع الشركة المالي؛ مما يؤدي إلى تعزيز أو رفع سعر سهمها في السوق على الرغم من أن الحقيقة خلاف ذلك، إذ يستخدم بعض المحاسبين معرفتهم بالقواعد المحاسبية للتلاعب بالأرقام المالية.

الأسهل لتحقيق أرباح استثنائية وغير مشروعة، كما قد تقوم شركة السمسرة بالبيع والشراء لأسهم العملاء دون علمهم ودون موافقتهم بغرض تحقيق مكاسب للشركة^(٢٠).

ونخلص مما تقدم إلى أن التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة في البورصة هو عبارة عن ممارسات غير مشروعة، يقوم بها بعض المتعاملين في بورصة الأوراق المالية لتعطيل آلية الطلب والعرض في تحديد أسعار الأوراق المالية المتداولة واستبدالها بأسعار مصطنعة وانطباعات زائفة لدى المتعاملين على ورقة مالية معينة لإحداث فرق مقصود بين سعر الورقة الجاري وقيمتها الحقيقية بهدف تحقيق أرباح غير عادية على حساب بقية المتداولين في السوق.

الهدف من التلاعب وأساليب تحقيقه:

يكن الهدف الأساسي من التلاعب بأسعار الأوراق المالية بالبورصة في تحقيق أرباح غير عادية بطرق غير مشروعة على حساب بقية المتعاملين، ويتحقق هذا الهدف من خلال رفع السعر، أو تثبيته، أو خفضه:

١. رفع السعر: قد يسعى المتلاعب في أسعار الأوراق المالية إلى رفع سعر تلك الأوراق، وفي هذه الحالة يتحمل مشتري الورقة عبء العملية، وتعد عملية رفع

- د. أحمد بن محمد الخليل: جرائم البورصة النظامية وأحكامها الفقهية، متاح على الرابط الإلكتروني التالي: 20-

- <http://www.alkutubcafe.com/book/kgaylj.html>

السعر أكثر الحالات شيوعا وانتشارا^(٢١).

٢. تثبيت السعر: قد يلجأ البعض إلى تثبيت سعر بيع الورقة المالية وغالبا ما يكون الهدف من هذا الإجراء هو المحافظة على استقرار سعر البيع، وحمايته من الهبوط خلال فترة التوزيع، وفي هذه الحالة تباع الورقة عند أفضل سعر لها، وقد تكون هذه العملية مشروعة إذا كان القانون يسمح بها، وهذا يحدث في بعض الدول عندما يسمح القانون بذلك لمتعهد توزيع الإصدار الجديد للأوراق المالية، وغالبا ما يكون هذا المتعهد هو أحد البنوك.

فللمحافظة على سعر بيع الورقة المالية وحمايته من الهبوط خلال فترة التوزيع، قد يلجأ بنك الاستثمار - متعهد توزيع الإصدارات الجديدة للأوراق المالية - إلى شراء ما يعرض منها للبيع في البورصة خلال تلك الفترة، وعلى الرغم من أن هذا الإجراء يعد في الحقيقة نوعا من التظليل للمستثمرين؛ إذ يعطي انطباعا بوجود طلب على الورقة، فإن القانون عادة ما يتجاهل تناوله بهدف حماية بنوك الاستثمار من التعرض لخسائر فادحة؛ وذلك لأن زيادة المعروض من الورقة من شأنه أن يؤدي إلى صعوبة تصريف الإصدار، فضلا عن هبوط سعر الورقة خلال فترة التوزيع^(٢٢).

٣. خفض السعر: قد يلجأ المضارب إلى خفض سعر الورقة المالية، وهي حالة

^{٢١} - د. محمد فاروق عبدالرسول: الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٢٤.

^{٢٢} - د. منير إبراهيم هندي: الأوراق المالية وأسواق المال، بدون ناشر، ٢٠١٢م، ص ٨٩ - ٩٠.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

نادرة الحدوث في التلاعب بأسعار الأوراق المالية؛ وسر وقوعها رغبة المضارب على الهبوط في الحصول على المكاسب التي يمكن تحقيقها من البيع على المكشوف^(٢٣).

ويجب التفرقة بين التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية وبعض الأساليب والوسائل الضرورية لحماية سعر الورقة، مثلما يحدث في حالة الإعداد لعملية بيع كبيرة ومهمة، حيث يقوم المسئولون في الشركة بمحاولة تثبيت سعر الورقة المالية خلال الأيام والأسابيع السابقة على عملية البيع الكبيرة، حتى يستطيع صغار المدخرين أن يستفيدوا من المزايا نفسها التي يستفيد منها المستثمر الكبير^(٢٤).

المبحث الثاني

٢٣- د. محمد فاروق عبدالرسول، مرجع سابق، ص ١٢٥.

24- Bertrand Hommey: Les Bourses des valeurs et l'économie dirigée, Thèse de Doctorat, Imp., Maurice Lavergne, Paris, 1942, P. 103.

صور التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية

يلجأ المتلاعبون بأسعار الأوراق المالية في البورصة- في سبيل الوصول إلى أهدافهم- إلى كل الوسائل والطرق الممكنة لتحقيقها، ولا يمكن لهذه الوسائل والطرق أن تقع تحت حصر؛ وذلك بسبب ما تتميز به من تغير وتطور مستمرين، وهو ما جعل جل التشريعات المنظمة لأسواق الأوراق المالية لا تذكر صوراً محددة للتلاعب، وإنما اكتفت بذكر الضوابط التي تجعل من المعاملة نوعاً من أنواع التلاعب، ولذلك تشير أكثر الدراسات إلى أن هناك صوراً متنوعة ومتعددة للتلاعب، والمتتبع للكتابات في هذا المجال يجد أن الصورة الواحدة قد تسمى بمسميات مختلفة، ويمكن نكر أبرز هذه الصور المشهورة للتلاعب، ثم ذكر بعض الصور الواقعية لعمليات التلاعب بالأسعار، وذلك على النحو التالي^(٢٥):

^{٢٥}- جدير بالذكر أن هناك تصنيفاً آخر يصنف التلاعب بأسعار الأوراق المالية إلى ثلاثة أنواع، وأن صور التلاعب المختلفة لا بد وأن تندرج تحت واحد من هذه الأنواع الثلاثة، وهذه الأنواع هي كما يلي:

١. التلاعب القائم على الإجراءات المؤثرة في القيمة: ويحدث هذا التلاعب عندما يقوم المتلاعب بتصرفات تؤثر على القيمة الحقيقية أو المفترضة لأصول الشركة، وفي الغالب يكون هذا التلاعب من متخذي القرار في الشركة المساهمة، ومن حالات التلاعب التي تندرج تحت هذا النوع التلاعب بقرارات الاندماج والاستحواذ، مثل الإعلان عن تقديم عرض لشراء أو دمج أو الاستحواذ على شركة، بما يؤدي إلى رفع سعر سهم الشركة المستهدفة، فيقوم المعطن ببيع ما يملكه من أسهمها، ويعلن بعد ذلك أن المفاوضات قد تعثرت.

٢. التلاعب القائم على المعلومات المضللة: ويحدث ذلك عندما يقوم المتلاعب بإطلاق إشاعات كاذبة، أو نشر معلومات مضللة، أو معلومات صحيحة ولكن معروضة بطريقة يمكن تفسيرها بشكل خاطئ، وتؤدي إلى التأثير على توقعات بقية المتداولين حول القيمة، ويدخل في ذلك نشر الشركة المساهمة معلومات مضللة حول وضعها المالي، وقيام بعض المحللين بالتوصية أو إعطاء معلومات

أولاً: الصور المشهورة للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية:

١. التعامل الصوري (wash sale): وهو التعامل الذي يتم من خلال تنفيذ عمليات تداول لا تؤدي إلى تغيير المالك الحقيقي، إذ يكون فيها المشتري: إما البائع نفسه، أو شخصاً مرتبطاً به^(٢٦)، أو أحد أقاربه أو أصدقائه، فهو عبارة عن تواطؤ بين الطرفين، لا يتبعه نقل ملكية؛ وذلك لخلق تعامل نشط على ورقة مالية في الوقت الذي لا يوجد عليها تعامل فعلي يذكر.

ويخلق التعامل الصوري انطباعاً زائفاً لدى المتعاملين في سوق الأوراق المالية بروج التداول على هذه الورقة لإغرائهم بشرائها، وبتكرار عمليات البيع الصوري في هذه الحالة وبأسعار متصاعدة يرتفع سعر الورقة المالية حتى يصل سعر الورقة المالية إلى الحد الذي يراه المتلاعب أو المتلاعبون مناسباً لبيع ما

إيجابية لأسهم يملكونها، ونتيجة للتطور الهائل الذي تشهده تكنولوجيا المعلومات والاتصالات - وبصفة خاصة الهواتف المحمولة وأجهزة الحاسب الآلي - فقد سهلت من عملية نشر المعلومات والشائعات الكاذبة، من خلال رسائل الجوال والبريد الإلكتروني، وكذا مواقع التواصل الاجتماعي.

٣. التلاعب القائم على التداولات المغررة: ويحدث ذلك من خلال تداولات وهمية من شراء أو بيع الأوراق المالية بكميات كبيرة، فتحدث هذه التعاملات تأثيراً مباشراً على توقعات بقية المتداولين حول قيمة الورقة المالية محل التداول، وبالتالي تؤثر على قراراتهم الاستثمارية، وهذا النوع من التلاعب قد ينفذه المتداول بمفرده إذا كان لديه سيولة نقدية كبيرة، أو من خلال التواطؤ مع مجموعة من المتداولين لإحداث نشاط مصطنع في السوق. لمزيد من التفاصيل حول هذه الأنواع الثلاثة راجع: - د. محمد بن إبراهيم السحيباني، مرجع سابق، ص ١٢-١٣.

- Arkadev Chatterjea, Joseph A. Cherian, and Robert A. Jarrow: Market Manipulation and Corporate Finance, A New Perspective, Financial Management, 1993, P. 201.

٢٦ - د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص ٦٤.

لديهم وتحقيق أرباح كبيرة، وقد يخلق التعامل السوري انطباعاً بتدهور حالة المنشأة المصدرة لها، وذلك عن طريق إبرام سلسلة من البيوع السورية بكميات كبيرة وبأسعار يتوالى انخفاضها؛ مما يؤدي إلى انخفاض القيمة السوقية للورقة المالية المتعامل عليها، وهنا قد يتتاب بعض المستثمرين - حسن النية - الذعر، مما يدفعهم إلى التخلص مما بحوزتهم منها، الأمر الذي يترتب عليه المزيد من الهبوط في أسعارها، وهنا يقوم المتلاعبون بشراء ما سبق أن باعوه محققين أرباحاً من فروق الأسعار، أو شراء كميات أكبر من الكميات التي باعوها من قبل انتظاراً لارتفاع الأسعار مرة أخرى وعودتها إلى مستوياتها الطبيعية فيبيعون ما بحوزتهم محققين مزيداً من الأرباح.

وقد نص المشرع الأمريكي على حظر هذا النوع من التعامل في قانون البورصة الصادر في عام ١٩٣٤م، والذي قضى بأنه يعد مخالفة قانونية إجراء أي عملية على ورقة مالية لا تؤدي إلى تغيير مالكتها المستفيد، وهذا المسلك هو نفسه الذي سلكه المشرع المصري، حيث نص صراحة على حظر هذا النوع من التلاعب بالمادة (٣٢١) فقرة (١) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢م التي تحظر "التأثير على السوق أو الأسعار بأي تعامل من خلال تنفيذ عمليات لا تؤدي إلى تغيير المستفيد الفعلي" (٢٧).

27- Section (9) (a), (1) (a), Securities Exchange Act of 1934.

٢. توافق الطلبيات (Matched Orders):

ويتم هذه الصورة عبر إدخال أوامر بيع وشراء متطابقة في الوقت نفسه على ورقة مالية معينة، ولإنجاح هذه الخطة يتم إعطاء أوامر البيع والشراء إلى العديد من التماسرة بحيث لا يعرف أحدهم الآخر، وهذا بغية خلق انطباع بأن هناك اهتماما كبيرا ومتجددا بتلك الورقة، وعادة ما يوعز المتلاعبون إلى بعض الصحف ووسائل الإعلام المالية بنشر هذا الاهتمام الزائف بتلك الورقة، مما يساعد على ترويجها، وبعد ذلك يقتصرون على الشراء دون البيع، وحينئذ تتجه الأسعار إلى الصعود؛ فيبادر الجمهور إلى الشراء، وتواصل الأسعار الصعود حتى تصل إلى المستوى الذي يرضي مطامع المتلاعبين، فيصفون مراكزهم السعودية بالبيع، ولا تلبث الأسعار أن تتدهور بعد زوال العوامل المفتعلة التي رفعتها، وقد يغتتمون فرصة هذا التدهور؛ فينقلبون إلى الاتجاه النزولي بعد أن كانوا يضاربون على الصعود^(٢٨).

٣. اتفاقيات التلاعب (Pools):

وهي اتفاقيات تتم بين شخصين أو أكثر للتنسيق فيما بينهم للقيام بعمليات تداول بالمخالفة للقانون، أو القواعد والأعراف المهنية، بهدف تحقيق مكاسب خاضعة على حساب باقي المتعاملين، وقد تأخذ تلك الاتفاقيات صورة عصابات إجرامية منظمة، تعمل على تقسيم الأدوار فيما بينها لتسهيل تنفيذ أغراضها، وقد قامت أجهزة مكافحة الجريمة في الولايات المتحدة الأمريكية بضبط العديد من العصابات الإجرامية التي تتخذ من التلاعب في أسعار الأوراق المالية مجالا

28 - د. سعيد بو هرارة، مرجع سابق، ص ١٢ - ١٣.

لنشاطها^(٢٩)، وتستهدف هذه الاتفاقيات إحداث تغييرات مفتعلة في أسعار الأوراق المالية بغرض تحقيق أرباح بطرق غير مشروعة.

ولكي نتجخ مثل هذه الاتفاقيات في تحقيق أهدافها، فإنها غالبا ما تقوم باستقطاب بعض السماسرة^(٣٠) وبعض العاملين في المنشآت التي لها أوراق مالية متداولة في بورصة الأوراق المالية، ويتم تقسيم العمل بين أطراف الاتفاقية، فيختص بعضهم بتوفير رأس المال اللازم، ويلتزم البعض الآخر بالعمل، ويختص طرف ثالث بالكشف عن المعلومات المؤثرة التي تساعد الاتفاقية على تحقيق أهدافها، ومن الممكن أن تتورط إدارة البورصة أو بعض أعضائها في مثل هذه التنظيمات، فتعتمد إدارة البورصة إلى بعض التصرفات التي تساعد التنظيم في تحقيق أهدافه، مثل وقف أسهم بعض الشركات بحجة مخالفتها لبعض الإجراءات لفترة غير محددة، أو الشطب الإجمالي لبعض الأسهم، أو التهديد بغلق سوق خارج المقصورة مما يتسبب في خوف وقلق المستثمرين؛ فيسارعون ببيع أسهم خارج المقصورة بأبخس الأسعار، وينكبون خسائر فادحة، وقد يقتصر دور إدارة البورصة في عملية التلاعب على الصمت تجاه أي إشاعة على سهم ما دون أن يكون هناك رد صريح وواضح من إدارة البورصة لدحض هذه الإشاعة وبيان عدم صحتها.

وتتقسم اتفاقيات التلاعب إلى نوعين: النوع الأول: هو اتفاقيات المتاجرة (Trading Pools)، وهي التي تتم في الأسواق الحاضرة للأوراق المالية، ويتم تنفيذ اتفاقيات المتاجرة بأساليب متنوعة تجرمها التشريعات المختلفة، مثل ترويج

29 - د. محمد فاروق عبدالرسول، مرجع سابق، ص ١٢٣.

30 - يتمتع السماسرة بميزة نسبية للقيام بأنشطة التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية بسبب ما يتوافر لديهم

من معلومات عن قيمة الورقة المالية أو التغير في قيمتها، كما أنهم يحوزون ميزة أخرى تتمثل في إمكانية

استغلال ثقة عملائهم، ونشر الشائعات والمعلومات الكاذبة في السوق.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الإشاعات عن حالة المنشأة المعنية، أو من خلال قيام السماسرة الأعضاء في الاتفاقية باستغلال ثقة عملائهم والإيعاز لهم بشراء الأسهم، أو التخلص منها، فمثلاً قد يقوم بعض أعضاء الاتفاقية بنشر إشاعات عن سوء حال المنشأة المعنية وفي الوقت نفسه يقوم السماسرة الأعضاء في الاتفاقية باستغلال ثقة عملائهم وحثهم على التخلص من أسهم تلك المنشأة؛ فتتخفض الأسعار؛ فيقوم التنظيم بشراء كل الكميات المعروضة في السوق وبأسعار مخفضة، وفي مرحلة لاحقة يقوم أعضاء التنظيم ببيع إشاعات عن تحسن وضع الشركة، وإبرام مزيد من صفقات البيع الصوري، وفي الوقت نفسه يقوم السماسرة ببحث عملائهم على الشراء؛ فترتفع الأسعار؛ فيقوم التنظيم ببيع كل ما بحوزته من أوراق مالية محققاً بذلك أرباحاً كبيرة تتمثل في الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع، وقد يسعى التنظيم إلى استقطاب بعض العاملين في وسائل الإعلام لنشر تلك الإشاعات عن حالة المنشأة المصدرة للورقة المالية.

النوع الثاني: هو اتفاقيات الاختيار (Option Pools)، وهي التي توجد في الأسواق التي يتم العمل فيها بنظام عقود الاختيار، وعادة ما تتضمن اتفاقية الاختيار في عضويتها بعض أعضاء مجلس إدارة المنشأة المصدرة للأسهم محل الاتفاقية، ويتمثل دورهم في المساعدة في إبرام صفقة اختيار بين التنظيم والمنشأة، يحصل بمقتضاها التنظيم على الحق في شراء كمية كبيرة- إذ أراد من أسهم المنشأة مستقبلاً، وذلك بالسعر الجاري للسهم وقت إبرام العملية أو الصفقة، ثم يقوم التنظيم ببيع معلومات كاذبة عن تحسن حال المنشأة في المستقبل، فتبدأ القيمة السوقية للسهم في الارتفاع، فيسارع أعضاء التنظيم في تنفيذ حق الاختيار، إذ يقومون بشراء الأسهم من المنشأة بالسعر المتفق عليه، ثم يقوم ببيعها بالسعر السائد محققين أرباحاً طائلة^(٣١).

^{٣١} - د. محمد احمد عبدالخالق سلام: الشفافية والإفصاح في سوق الأوراق المالية- دراسة مقارنة، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، ص ٢٩٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

٤. شراء الأوراق المالية بقصد الاحتكار^(٣٢):

ويتم هذا النوع من التلاعب من خلال قيام شخص أو مجموعة من الأشخاص بشراء كل المعروض من ورقة مالية ما، وذلك بغية تحقيق نوع من الاحتكار، يمكنهم فيما بعد من بيع الورقة المالية للراغبين في شرائها بالسعر الذي يحددونه، ويُمارس هذا النوع من التلاعب بصفة خاصة في حالات البيع على المكشوف؛ إذ يقوم جماعة من المتلاعبين بالتأمر لشراء كل ما يعرض في السوق من صك أو أداة مالية معينة، ويترتب على ذلك استيلائهم على أكبر قدر من هذه الأداة المالية في السوق الحاضرة، ثم يقومون بشراء كميات كبيرة من هذه الورقة المالية على المكشوف، وعندما يحل أجل الاستحقاق يصرُّ المشترون على تسلم الصكوك أو الأدوات المالية التي اشتروها، وعندئذ يعجز البائعون على المكشوف عن تسليمها لندرة وجودها؛ فيضطرون إلى طلبها من محتكرها، وهم هنا المشترون أنفسهم، وحينئذ يتحكم هؤلاء في السعر.

ولا شك أن شراء الأوراق المالية بقصد الاحتكار يتطلب أموالاً ضخمة لا تتوافر إلا لكبار المستثمرين، ومن ثمَّ فإنَّ ما يحققونه من أرباح تكون على حساب غيرهم من المستثمرين الأقل في قدراتهم المالية^(٣٣).

٣٢- تعرف هذه العملية بمصطلح (Corner)، وتعني - مجازاً - تضيق الخناق، ويطلق عليها الفرنسيون (Accaparement) أي الاستحواذ.

- د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص 33.٤٦٨

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وقد فطن المشرع في غالبية الدول إلى هذا النوع من الاحتكار؛ وما يترتب عليه من آثار اقتصادية سيئة؛ فوضع قواعد معينة لتملك ما يزيد على نسبة محددة من رأس مال أي شركة مساهمة^(٣٤).

٣٤- فعلى سبيل المثال تنص المادة (٨) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال المصري على أنه "على كل من يرغب في عقد عملية يترتب عليها تجاوز ما يملكه ١٠% من الأسهم الاسمية في رأس مال إحدى الشركات التي طرحت أسهما لها في اكتتاب عام- أن يخطر الشركة قبل عقد العملية بأسبوعين على الأقل، وعلى الشركة خلال أسبوع من تاريخ إخطارها بذلك أن تبلغ به كل مساهم يملك ١% على الأقل من رأس مال الشركة، ويترتب على مخالفة أحكام الفقرة الأولى إلغاء العملية دون إخلال بمساءلة المتسبب عن هذه المخالفة، وتسري أحكام الفقرات السابقة في حالة عقد عملية يترتب عليها تجاوز ما يملكه أحد أعضاء مجلس إدارة الشركة أو أحد العاملين بها من أسهم اسميه ٥% من رأس مال الشركة، ويتعين اتخاذ الإجراءات المشار إليها من هذه المادة قبل عقد كل عملية فيما يجاوز النسبتين المنصوص عليهما في الفقرتين الأولى والرابعة، وتبين اللائحة التنفيذية أحكام عقد العمليات وإجراءات الإخطار والإبلاغ".

٥. التلاعب باستغلال المعلومات الداخلية:

والمعلومات الداخلية هي تلك المعلومات التي تكون غير معلنة، ولا يعرفها المستثمرون في بورصة الأوراق المالية، وتتعلق بإحدى الأوراق المالية المتداولة، ويكون لتلك المعلومات تأثير جوهري في سعر الورقة المالية ذات العلاقة بالمعلومة، سواء بشكل إيجابي أو سلبي، حيث يقوم بعض المُطَّلِعِينَ^(٣٥) على المعلومات الداخلية باستغلال هذه المعلومات الداخلية في التداول أو إفشائها لأشخاص آخرين غير مُطَّلِعِينَ عليها، حيث يترتب على عدم التزام الشفافية والإفصاح عن المعلومات الاستغلال الشخصي للمعلومات الداخلية التي تكون غير متاحة للامة، أو إفشائها من قبل بعض المُطَّلِعِينَ عليها بحكم وظائفهم أو مهنتهم،

٣٥- يقصد بالمُطَّلِعِينَ الأشخاص الذين تتوافر لديهم- بحكم مناصبهم، أو بحكم طبيعة المهام التي يؤديها، أو بحكم صلاتهم- معلومات هامة، لا تتوافر لغيرهم، ويكون لتلك المعلومات- عند إعلانها- تأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة، ويصنف المُطَّلِعُونَ إلى فئتين: الفئة الأولى: هم المُطَّلِعُونَ بحكم اتصالاتهم بالمصدر الأصلي للمعلومة غير المعلنة، أي المُطَّلِعُونَ بشكل مباشر، مثل مديري الشركات ومسؤوليها، والفئة الثانية: هم المُطَّلِعُونَ الذين سُرِّبَت إليهم المعلومة عن طريق شخص من الفئة الأولى، وتصرفات المُطَّلِعِينَ المقصودة هنا هي القائمة على استغلال تلك المعلومات- قبل أن تتوافر لجمهور المستثمرين- لتحقيق مكاسب خاصة- في عبارة أخرى- استغلال غير مشروع لمعلومات سرية أو خاصة، ولا تعتبر كل تعاملات المُطَّلِعِينَ غير مشروعة، إذ يسمح لهم بالتعامل على الأوراق المالية للشركات التي يعملون بها متى كان هذا التعامل لا يقوم على أساس الاستفادة من المعلومات الداخلية التي اطلعوا عليها، فعلى سبيل المثال تسمح لجنة الأوراق المالية والبورصة الأمريكية (SEC) بهذا التعامل، وتعتبره قانونيا بشرط إخطارها بهذه المعاملات مسبقا على نماذج خاصة، أعدتها لهذا الغرض، كما يسمح القانون المصري بذلك، إذ تنص المادة (٣٢٤) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ سنة ١٩٩٢م على السماح بذلك "إذا ثبت أن تعامل المُطَّلِع كان سببه عوامل أخرى بخلاف اطلاعه بطريق مباشر أو غير مباشر على المعلومات الداخلية"، لمزيد من التفاصيل عن معاملات المُطَّلِعِينَ وأحكام الرقابة عليها راجع د.محمد إسماعيل هاشم، الرقابة على التداول في بورصة الأوراق المالية، مرجع سابق، ضد ٤٦٩-٤٩٠.

وإجراء عمليات في بورصة الأوراق المالية، وذلك قبل أن تصل تلك المعلومات لجمهور المستثمرين والمتداولين بالأوراق المالية، وتنتشر هذه الصورة من صور التلاعب في الأسواق الناشئة ضعيفة ومتوسطة الكفاءة.

والمعلومة الداخلية لا يجوز أن يستأثر بها أحد حتى الأشخاص المُطَّلِعُون عليها أو فئة معينة تقوم باستغلالها أو إفشائها على نحو يعود عليهم بالفائدة، ويلحق الخسارة بعموم المستثمرين؛ لذلك تحظر القوانين المنظمة للأسواق المالية في الدول المختلفة استغلال المعلومات الداخلية والجهوية بحكم منصب المستغل أو طبيعة عمله^(٣٦).

٣٦- فعلى سبيل المثال تحظر المادة (٦٤) من القانون رقم ٩٥ لسنة ٩٢ بشأن سوق رأس المال المصري استغلال المعلومات الداخلية؛ فتتص على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تزيد على خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين - كل من أفشى سرا اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون، أو حقق نفعاً منه هو، أو زوجه، أو أولاده، أو أثبت في تقاريره وقائع غير صحيحة، أو أغفل في هذه التقارير وقائع تؤثر في نتائجها"، كما تنص المادة (٣٢٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ٩٢ بشأن سوق رأس المال المصري على أنه "يحظر على المُطَّلِعِينَ على المعلومات الداخلية بحكم مناصبهم، أو بحكم طبيعة المهام التي يؤدونها القيام باستغلال تلك المعلومات لحسابهم الشخصي، أو لحساب الغير، أو إفشاء تلك المعلومات لطرف آخر بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة"، كما تنص المادة (٣٢٣) من ذات اللائحة السابقة على أنه: "يحظر إفشاء أسرار حسابات وتعاملات العملاء أو القيام بأي عمل يكون من شأنه إلحاق الضرر بمصلحة

٦. الضخ والتفريغ (pumping and dumping):

وهنا يقوم المتلاعب الذي يملك كمية هائلة من أسهم منشأة ما - غالباً ما تكون ذات رأس مال صغير - بجذب انتباه المستثمرين إلى السهم، وذلك بترويج إشاعات، ونشر بيانات كاذبة ومضللة عن المنشأة، وأنها في طريقها - على سبيل المثال - للتوسع، وتحقيق مزيد من الأرباح، وعندما يبدأ السوق في التفاعل مع تلك البيانات والأخبار يبدأ المستثمرون بالتهافت على شراء ذلك السهم؛ مما يؤدي إلى تضخيم سعر السهم وارتفاعه إلى مستويات عالية، وهنا يأتي دور المتلاعب، حيث يبدأ ببيع الأسهم التي اشتراها بسعر أقل، ليحقق أرباحاً كبيرة^(٣٧).

٧. خيانة الأمانة واستغلال ثقة العملاء:

عادة ما تتم خيانة الأمانة من خلال الوكلاء والسماسرة، حيث تدفعهم أطماعهم في جني العمولات إلى القيام بالبيع والشراء لأسهم العملاء دون علمهم ودون موافقتهم بغرض تحقيق مكاسب لشركاتهم، ويحدث ذلك عندما ينيب العميل شركة السمسرة التي يتعامل معها في التداول نيابة عنه ودون الرجوع إليه، وهو ما يعد خيانة للأمانة التي أوتمنوا عليها؛ ذلك لأن آلية التعامل ببورصة الأوراق المالية

العميل، أو أية أطراف أخرى، كما يحظر أي تعامل على ورقة مالية إذا كان المتعامل مطلعاً بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة على معلومات جوهرية ترتبط بها ويعلم أنها قائمة، ولكنها غير معلنة، ويحظر أيضاً على المُطْلَعِينَ على المعلومات الداخلية أن يُطْلِعُوا أي شخص آخر عليها ما لم تكن له صفة قانونية ثابتة تخوله ذلك الاطلاع".

37 - د. سعيد بوهرارة، مرجع سابق؛ ص ١٣.

تتطلب من المستثمرين فتح حسابات لدى شركات السمسرة، وأيضاً لأنه لا يمكن للمستثمرين التعامل مع السوق مباشرة، ولأن شركة السمسرة تحصل على عمولات على كل عمليات البيع والشراء التي تبرمها لعملائها بغض النظر عما تدره هذه العمليات من ربح لهؤلاء العملاء، أو ما يترتب عليها من خسارة، ومن ثم فإن شركة السمسرة قد تسعى لزيادة أرباحها بزيادة عدد صفقات عملائها.

أما استغلال ثقة العملاء فيتحقق عندما تقوم شركة السمسرة أو الوكلاء ببحث عملائهم على التعامل على ورقة مالية ببيعاً، أو شراءً، دون أن يكون لهؤلاء العملاء مصلحة في هذا البيع، أو ذلك الشراء، وقد يكون الهدف من وراء ذلك الحصول على العمولات التي تستحق على هذه الصفقات، أو أن تكون شركة السمسرة عضواً في اتفاقية تلاعب فتساهم من خلال هذا العمل في تحقيق أهداف هذه الاتفاقية.

ثانياً: صور واقعية للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية:

بعد أن ذكرنا الصور الشهيرة للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، نعرض فيما يلي بعض الأمثلة الواقعية لقضايا التلاعب بالأسعار التي تقع من بعض كبار المستثمرين بقصد تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح على حساب الخسارة الفادحة للآخرين:

القضية الأولى^(٣٨): قامت إحدى شركات السمسرة في الأوراق المالية المرخص لها بالعمل في البورصة المصرية- وهي الشركة (أ)- بالاشتراك مع بعض العملاء للتأثير على سعر تداول سهم الشركة (ب)، وهي إحدى الشركات التي تعمل في مجال تصدير الحاصلات الزراعية، وذلك من خلال التأثير السلبي على سعر تداول أسهم هذه الشركة، وكان الهدف المبتغى من وراء ذلك هو إفادة وارتفاع عضو من أعضاء مجلس إدارة الشركة (ب)، حيث تبين فيما بعد أن النية كانت مبيتة من وراء ذلك حتى يستطيع عضو مجلس إدارة الشركة المصدرة شراء ما مجموعه مائتا ألف سهم بأسعار منخفضة، وقد تمت عمليات الشراء فعلا خلال الفترة ما بين ٢٠٠٩/٠٤/٠٩م و ٢٠٠٩/٠٥/٠٩م، وذلك بالمخالفة لنص المادة (٣٢١) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، وقد قام بعمليات الشراء والتلاعب هذه مجموعة من الأشخاص تم التحقيق معهم من قبل النيابة العامة التي أحالتهم للمحاكمة بالوصف التالي:

- المتهم الأول بصفته رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب للشركة (أ) للسمسرة التي تمت عملية التلاعب من خلالها، وبقيّة المتهمين قاموا بعمل قيد سعر غير حقيقي عن طريق قيامهم بإجراء عمليات صورية عن طريق أوامر بيع بأسعار منخفضة على أسهم الشركة (ب) لتصدير الحاصلات الزراعية، وقاموا بتنفيذ عمليات صورية كبيرة فيما بينهم بغرض خفض سعر أسهم الشركة والتأثير على القيمة السوقية لها.
- المتهم الأول بصفته أنفة البيان سمح بإجراء تعاملات بالبورصة لبعض العاملين بالشركة وأقاربهم دون الحصول على موافقة الهيئة العامة للرقابة

^{٣٨} - اللجنة رقم ٣٥٥٧ لسنة ٢٠٠٩م جنح اقتصادي القاهرة.

المالية.

- المتهم الأول بصفته آنفة البيان لم يَقم بتسجيل الأوامر الواردة من العملاء فور ورودها إليه.
- جميع المتهمين قاموا بالتلاعب في أسعار السوق لأسهم الشركة (ب) لتصدير الحاصلات الزراعية المملوكة لأحد المتهمين (المتهم الخامس)، وذلك عن طريق قيامهم بإجراء عمليات وإدراج أوامر تنظم التداول بالبورصة بغرض الإيحاء بوجود تعامل على تلك الورقة والتلاعب في أسعارها، وذلك لتسهيل بيعها وشراؤها عن طريق اتفاقهم على التحكم في سعرها حتى يتمكن المتهم الخامس من شراء إجمالي كمية الأسهم البالغة مائتي ألف سهم بأسعار منخفضة.

وعند عرض هذه الوقائع على المحكمة، وبعد ثبوتها من خلال المستندات

المقدمة وتقرير الهيئة العامة للرقابة المالية، حكمت المحكمة حضورياً على المتهمين من الأول وحتى الخامس بالحبس سنة مع الشغل، وكفالة عشرة آلاف جنيه لإيقاف التنفيذ، وغرامة مليون جنيه لكل منهم عن التهم المنسوبة إليهم وألزمته المصروفات الجنائية.

القضية الثانية^(٢٩): وقد حدثت وقائع هذه القضية في البورصة المصرية، وهي تتعلق بالتلاعب بأسعار سهم البنك (م. ب)، حيث قام المتلاعبون برفع قيمة هذا السهم بنسبة (٥%) يومياً، وتمكنوا من رفع السعر من (٨٠) جنيهاً إلى (٢١٠) جنيهاً خلال فترة وجيزة، ولم يكن ذلك نتيجة طبيعية لآليات الطلب والعرض، بل

^{٢٩} - د. محمد حنفي عبدالنواب: البورصة المصرية والبورصات العالمية (آلية عملها - الرقابة عليها - الربط بين

البورصات)، مؤسسة الطرجي، القاهرة، ص ٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

نتيجة عمليات قام بها اثنان من المضاربين، يتبادلان الأدوار يوميا من بائع إلى مشتر على مائة سهم يوميا، يحققان بها زيادة في سعر الإقبال بنسبة (٥%)، وقد وصل أمر هذه الواقعة إلى مجلس الشعب في صورة طلب إحاطة مقدم إلى وزير الاقتصاد الذي أكد الواقعة حسبما أسفرت عنها تحقيقات البورصة، وعللها بوجود ثغرات في قانون سوق رأس المال.

القضية الثالثة^(٤٠): وهي تتعلق بالدعوى التي أقامتها لجنة الأوراق المالية والبورصة الأمريكية (SEC) في عام ٢٠٠٩م، وقد ادعت فيها أن شخصا يدعى (Jason M. Genet) قد لعب دورا كبيرا في عملية ضخ وتفرغ غير قانونية عن طريق التلاعب بسوق الأسهم المشتركة لشركة الطاقة الصينية، ووفقا للشكوى التي تقدمت بها (SEC) فإن (Jason M. Genet) ساعد شركة (Chaina Energy Savings Technolgy Inc.) في الحصول - غشا وتدليسا - على قائمة (Nasdaq NMS) ومساعدتها في بيع أسهمها لمئات الأشخاص، مما خلق انطبعا خاطئا ومضللا مؤداه أن شركة (Chaina Energy Savings Technolgy Inc.) لديها قاعدة نشطة من المساهمين، كما شارك في عمليات توزيع للأوراق المالية غير المسجلة، وذلك بالمخالفة للقانون، ودخل كذلك في اتفاقيات سرية للتخلي عن أسهم شركة (Chaina Energy Savings Technolgy Inc.) للأشخاص الذين قبلوا شراء أسهم هذه الشركة في السوق المفتوحة، مما خلق انطبعا خاطئا ومضللا بأن ثمة تداول نشطا واهتماما من جانب المستثمرين بشركة (Chaina Energy Savings Technolgy Inc.)، وبالإضافة إلى هذه الأنشطة الاحتيالية تلقى (Jason M. Genet) آلاف الأسهم لشركة (Chaina Energy Savings Technolgy Inc.)، وقام ببيعها لاحقا

40 - <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2010/lr21621.htm>

في السوق بشكل مصطنع، وحقق - نتيجة لذلك - أرباحا غير مشروعة بما يزيد على ١,٧ مليون دولار، وقد صدر الحكم النهائي في هذه الدعوى الذي وافق عليه (Jason M. Genet)، والذي يمنع (Jason M. Genet) بشكل نهائي ودائم من أي انتهاك في المستقبل للمادتين ٥، ١٧ (أ) من قانون الأوراق المالية الأمريكي لعام ١٩٣٣م والمادة ١٠ (ب) من قانون البورصة لعام ١٩٣٤م، والقاعدة (١٠ - ب - ٥)، وبأن يدفع مبلغا قدره 2527745 دولار غرامة، بالإضافة إلى الفوائد والمصاريف، كما يمنع من المشاركة في أي طرح للأسهم لمدة خمس سنوات اعتبارا من تاريخ صدور الحكم.

القضية الرابعة^(٤١): تتلخص وقائع هذه القضية حسبا - يبين من أوراقها فيما ورد بمذكرة الإدارة المركزية للإلزام التابعة للهيئة العامة للرقابة المالية - في أنه ورد للهيئة مذكرة من قطاع الرقابة على التداول بالبورصة المصرية بشأن قيام العميل (س) بإدراج العديد من أوامر الشراء على الورقة المالية للشركة (ع) لصناعة مواد التعبئة والتغليف، والشركة (ص) للإسكان والتنمية والتعمير، وذلك من خلال الشركة (ل) لتداول الأوراق المالية، وأنه بدراسة موضوع ما جاء بمذكرة الرقابة على التداول بالبورصة المصرية وتقرير الإدارة المركزية لمراقبة أسواق التداول بالهيئة اللذين تضمنتا قيام العميل سالف الذكر بإدراج أوامر شراء على الورقة المالية للشركة (ع) لصناعة مواد التعبئة والتغليف أثناء جلسة التداول الاستكشافية بتاريخ ١١ يناير ٢٠١٢م، وكان إدراج أوامر الشراء بكمية كبيرة وبسعر بعيد عن سعر التنفيذ السائد بالجلسة، مما يوحي بوجود قوة شرائية على الورقة المالية، وهو ما

^{٤١} - الجلسة رقم ٧٥٢ لسنة ٢٠١٢م جنح اقتصادي القاهرة.

يؤدي إلى اتجاه سعر الورقة المالية إلى الارتفاع أو الثبات مستفيدا من ذلك عن طريق قيامه بعد ذلك بإدراج وتنفيذ أوامر بالبيع على ذات الورقة المالية المذكورة، ثم قيامه بعد ذلك بإلغاء أمر الشراء دون تنفيذ أية كمية منه، وقد قام العميل نفسه بإتباع ذات النمط في التعامل على الورقة المالية للشركة (ض) للإسكان والتنمية والتعمير بجلسة تداول ٢٣ يناير ٢٠١٢م.

وقد انتهت المذكرة إلى أن العميل قام بإدراج العديد من أوامر الشراء على الورقتين الماليتين سابقتي الذكر بأسعار بعيدة عن أسعار التنفيذ؛ وذلك لإعطاء إيحاء بأن هناك طلب على الورقة المالية، مما يؤدي إلى اتجاه سعر الورقة إلى الارتفاع، ثم قام بإلغاء أوامر الشراء التي قام بإدراجها بعد الانتهاء من عمليات البيع والاستفادة من تحرك سعر الورقة المالية، وهو ما يعد مخالفا لنص المادة ٦/٦٣ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، وكذلك نص اللائحة التنفيذية للقانون سالف الذكر.

وقد أرفق بهذه المذكرة طلب مقدم باسم رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية لاتخاذ إجراءات التحقيق ورفع الدعوى الجنائية عملا بأحكام المادة ١٦ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩م بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية.

وبعد التحقيق وتداول الدعوى أمام المحكمة، خلصت المحكمة إلى ثبوت

الادعاءات المنسوبة للمتهم، وأن جوهر الفعل في الجريمتين واحد، ومن ثمّ تعتبرهما المحكمة - عملاً بنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات جريمة واحدة - وتقضي بالعقوبة المقررة لأشدهما دون غيرها، وهي عقوبة الجريمة موضوع التهمة الأولى، وقد حكمت المحكمة بتعزيم المتهم مبلغ خمسين ألف جنيه، وألزمته المصروفات.

القضية الخامسة^(٢٢): حدث في الفترة من ٦ إلى ١١ مايو سنة ١٩٨٨م أن سجلت أسهم شركة Saulnes Chatillon المسجلة في بورصة باريس، نشاطاً غير طبيعي في البورصة، تمثل في الارتفاع المطرد لسعر هذا السهم، ونمو حجم التعامل عليه.

ونتجت عمليات المضاربة هذه عن أوامر شراء تمت بواسطة ما يقرب من عشرين شركة سمسة لحساب عملاء تم فتح حسابات لهم بهذه الشركة بأسماء وغاوين وهمية، وقد كشفت تحقيقات COB (لجنة عمليات البورصة) - وقاضي التحقيق فيما بعد - أن ثلاثة أشخاص قاموا بهذه العمليات بالتواطؤ فيما بينهم باستخدام ما يعرف بأسلوب الغلاية bouilloire لرفع سعر السهم، وقد اختاروا ورقة مالية محدودة التداول، تصلح للتأثر بهذا الأسلوب، وهو سهم شركة Saulnes Chatillon الذي كان حجم التعامل اليومي عليه لا يزيد عن ثلاثة

^{٢٢} - د. صالح أحمد البربري: المضاربة والتلاعب بالأسعار في سوق الأوراق المالية - دراسة قانونية مقارنة، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٦ - ١٨ صفر ١٤٢٨ هـ الموافق ٦ - ٨ مارس ٢٠٠٦م، ص ١٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

آلاف سهم، ونتيجة لهذه الممارسة غير المشروعة ارتفع السهم من ١٧١ فرنكا في ٦ مايو إلى ١٩٧ فرنكا في ١١ مايو، ثم عاد ليهبط إلى ١٨٤,١٠ فرنكا، رغم عدم وجود أي أنباء عن الأداء الاقتصادي للشركة مصدرة السهم في تلك الفترة تبرر هذه التقلبات السعرية، وقد تسبب مرتكبو هذه العمليات في وقوع خسارة مقدارها مليوناً فرنكاً للشركات العاملة في البورصة.

وقد أحيل المتهمون إلى المحاكمة الجنائية لارتكابهم الجريمة المؤثمة بالمادة (١٠-٣) والمعدلة بقانون ٢٢ يناير سنة ١٩٨٨م، وقد أدانت محكمة جنح باريس المتهمين مقرررة في حيثيات حكمها: "أن المتهمين قد اتفقوا على تزيف الأداء الطبيعي لسوق الأوراق المالية فيما يتعلق بسهم شركة Saulnes Chatillon، وهم على علم بآليات البورصة، وذلك عن طريق الغش والاحتيال، ومع إرادتهم إيقاع الغير في الخطأ للاستفادة- مباشرة- من الأرباح المتحققة عن العمليات التي أجروها على المكشوف"، وعندما طعن المتهمون على هذا الحكم أبدته محكمة استئناف باريس، وقضت برفض الطعن.

القضية السادسة^(٣٢): نشرت جريدة العالم اليوم خبراً عن التحقيقات التي أجرتها هيئة سوق المال وإدارة البورصة بشأن التلاعب في سهم الشركة (أ) للتعمير والإسكان، وكان عنوان المقال: "هيئة سوق المال تتهم رئيس شركة (أ) وأجرين

^{٣٢} - د. أحمد بن محمد الخليل: جرائم البورصة النظامية وأحكامها الفقهية، نقلاً عن جريدة العالم اليوم المصرية

بالتلاعب وقيد سعر غير حقيقي".

وتتلخص هذه القضية في النقاط التالية:

أولاً: في تاريخ ٣ أبريل سنة ١٩٩٨م أعلنت شركة (أ) للتعمير والإسكان في جريدة الأهرام وكذلك في اليوم التالي في جريدة الأخبار عن صرف الكوبون رقم (١) بمبلغ ٣٧ جنيهاً لكل سهم قيمته الاسمية مائة جنيهاً اعتباراً من السبت ٤ أبريل سنة ١٩٩٨م، وأشارت بالإعلان إلى أن رأس المال المرخص به سبعون مليون جنيهاً، ورأس المال المصدر عشرون مليون جنيهاً.

وقد كان هذا الإعلان مخالفاً للواقع والحقيقة، إذ إن قيمة هذا الكوبون تخص حملة الأسهم في ٣١/١٢/١٩٩٧م والبالغ عددها ٢٥ ألف سهم فقط، ورأس مال الشركة المدفوع في ذلك التاريخ كان ٢,٥ مليون جنيهاً، بقيمة اسمية للسهم مائة جنيهاً.

ولم تقصح الشركة في الإعلان عن تمام زيادة رأس المال المصدر من ٢٠ إلى ٣٠ مليون جنيهاً بتاريخ ١٤/٣/١٩٩٨م، لا سيما وأن الإعلان كان بتاريخ لاحق لتتمام الزيادة مخالفة بذلك قواعد الإفصاح والشفافية المقررة في هذا الشأن.

ثانياً: من ناحية أخرى أظهرت نتائج أعمال الشركة عن السنة المالية المنتهية في ٣١/١٢/١٩٩٨م عن تحقيق خسارة قدرها ٣٤٣٥٠٠ جنيهاً، وعن الربع الأول من عام ١٩٩٩م خسارة قدرها ٧٣٢٠٠ جنيهاً، ولم تقم الشركة بنشر ذلك متبعة في

ذلك سياسة من شأنها تضليل المتعاملين على أسهم الشركة.

ثالثاً: قام رئيس مجلس إدارة شركة (أ) للتعمير والإسكان وزوجته نائب رئيس مجلس الإدارة من خلال شركتي (ص) (ب) لتداول الأوراق المالية- حال كونهما من المساهمين في الشركة الأخيرة- ببيع عدد ٣٣٧٧٢٤ سهماً من أسهم الشركة بقيمة إجمالية قدرها ٧٣١١٣٣٨ جنيهاً بموجب ٦٦٨ عملية.

وقد خلصت التحقيقات إلى أن الغرض من هذه العمليات هو قيد سعر غير حقيقي للسهم، والتأثير على أسعار السوق، مع علم المتلاعبين أن العمليات تتم بسعر غير مبرر، الأمر الذي يبين منه وجود تلاعب بالأسعار على وجه القطع واليقين، ويستخلص ذلك من تقدم المذكورين بطلبات شراء محدد بها سعر يزيد عن سعر الإقفال السابق بمقدار ٥% في بداية تعاملات الفترة لرفع السعر، ثم في نهاية تعاملات الفترة لرفع السعر مرة أخرى بعد هبوطه، وقد تم جني أرباح رأسمالية كبيرة لصالح كل من رئيس مجلس إدارة شركة (أ) للتعمير والإسكان وزوجته نائب رئيس مجلس الإدارة، مما ألحق أضراراً بصغار المستثمرين الذين أقدموا على الشراء متأثرين بعاملين:

أولهما: علمهم بأن آخر توزيع على السهم يقدر بنسبة ٣٧% من قيمته، وهو غير حقيقي.

والآخر: صعود السعر ٥% تقريباً يومياً، وهو أيضاً ارتفاع غير مبرر، بل

ومصطنع بفعل أصحاب الشركة، وقد تعدت خسائر المستثمرين في بعض الأحيان ٥٠% من قيمة السهم عندما هبط سعره، ولهذه الأسباب قررت هيئة سوق المال:

أولاً: إلغاء جميع العمليات التي عقدت على أسهم شركة (أ) اعتباراً من جلسة تداول ١٩٩٩/٦/٨م وحتى جلسة تداول ١٩٩٩/٧/٢٠م وما يترتب على ذلك.

ثانياً: وقف التعامل على أسهم الشركة المذكورة لحين تنفيذ التزاماتها بقواعد وأحكام الإفصاح.

ثالثاً: إبلاغ نيابة الشؤون المالية والتجارية بصورة من التحقيق لإعمال شؤونها ضد المتهمين.

المبحث الثالث

الفرق بين التلاعب بالأسعار

والمضاربة في بورصة الأوراق المالية

يقصد بالمضاربة هنا التعامل في الأوراق المالية بالبيع والشراء في بورصة الأوراق المالية، وليس المضاربة الشرعية في الفقه الإسلامي التي تعني اتفاقاً بين طرفين، يبذل أحدهما ماله، ويبذل الآخر جهده ونشاطه في الاتجار والعمل بهذا المال، على أن يكون ربح ذلك بينهما على حسب ما يشترطان، وإذا لم ترح الشركة لم يكن لصاحب المال غير رأس ماله، ويضيع على المضارب جهده وعمله؛ لأن الشركة بينهما في الربح، أما إذا خسرت الشركة فإنها تكون على صاحب المال وحده، ولا يتحمل المضارب شيئاً غير ضياع جهده وعمله؛ إذ ليس من العدل أن يضيع عليه جهده وعمله ثم يطالب بمشاركة صاحب المال فيما ضاع من ماله ما دام ذلك لم يكن نتيجة لتقصير المضارب أو إهماله.

ويتفق كثير من الفقهاء الاقتصاديين والقانونيين على تقسيم المضاربة في بورصة الأوراق المالية إلى مشروععة وغير مشروععة^(٤٤)، ولكنهم يختلفون في

٤٤- أما فقهاء الاقتصاد الإسلامي فيتفق الكثير منهم على أن المضاربة المالية غير مرغوب فيها، وذلك للأسباب التالية: (أ) أنها عقود صورية، وليست حقيقية لوجود القرائن المعتبرة شرعاً التي كشفت أن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين لم تتجه نحو إنجاز عقد بيع حقيقي مقصودة آثاره، وهي التملك والتملك. (ب) أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، والمقصود في عقود المضاربة المالية بيع وشراء الخطر، وليست مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

تحديد طبيعة العلاقة بين المضاربة غير المشروعة والتلاعب، فنجد غالبية الفقهاء^(٤٥) يستخدمون مصطلح التلاعب بالأسعار كمرادف لمصطلح المضاربة غير المشروعة، ويرى البعض^(٤٦) الآخر أن التلاعب هو نوع من أنواع المضاربة غير المشروعة، في حين يرى البعض الثالث^(٤٧) أن التلاعب بالأسعار يختلف عن المضاربة بصفة عامة؛ لأن المضاربة فيها الإيجابي المشروع والسلبى غير المشروع، أما التلاعب فسلوك سلبى غير مشروع، دون أن يشير إلى مدى تطابق الشق السلبى من المضاربة مع التلاعب بالأسعار، وأخيراً: يستخدم آخرون^(٤٨) مصطلح التلاعب بالأسعار دون أي إشارة لمصطلح المضاربة غير المشروعة.

ولعل الاتجاه الأول هو الأولى بالقبول؛ فمن خلال استعراض التعريفات

الأصول المالية، أي المقصود بها التعاقد على المخاطرة الشديدة، أو الترهان، أو القمار. (ج) تقع العقود الصورية غير صحيحة؛ وذلك لعدم ثبوت نيتي البيع والشراء؛ لأنها من الحيل الممنوعة شرعاً، ولأن فيها مخالفة لقصد الشارع من التكاليف. لمزيد من التفاصيل راجع: د. أحمد محي الدين، أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، دلة البركة، جدة، ١٤١٥هـ، ص ٤٨٢: ٤٨٤، ص ٥٩٣.

٤٥- على سبيل المثال راجع: د. صالح أحمد البربري، مرجع سابق، ص ١. د. عبدالله بن محمد العمراني: التلاعب في الأسواق المالية- دراسة فقهية، بحث مقدم إلى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ١٩-٢٣ محرم ١٤٣٢هـ- ٢٥-٢٩ ديسمبر ٢٠١٠م، ص ٣٢-٣٣. د. محمد أحمد عبدالخالق سلام، مرجع سابق، ص ٢٨٥. د. محمد إسماعيل هاشم: الرقابة على التداول في بورصة الأوراق المالية- دراسة قانونية مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، بدون ناشر، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م، ص ٤٤٣. جمال عبدالعزيز العثمان: الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة- دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٣٨٠ وما بعدها.

٤٦- د. محمد بن إبراهيم السحبياني، مرجع سابق، ص ٣٧.

٤٧- د. سعيد بوهراوة، مرجع سابق، ص ٢٢.

٤٨- د. شوقي أحمد دنيا: التلاعب في الأسواق المالية، بحث مقدم إلى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ١٩-٢٣ محرم ١٤٣٢هـ الموافق ٢٥-٢٩ ديسمبر ٢٠١٠م، ص ٨ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

التي قيلت في كل من التلاعب بالأسعار والمضاربة غير المشروعة نلاحظ أنهما يتفقان في الوسيلة والهدف، فكلاهما يتم من خلال ممارسات تعتمد على الغش، والتدليس، والإحتيال، استنادا إلى الدراسة، والدراية، والعلم، والخبرة، والتنبؤ، كما إن كليهما يهدف إلى تحقيق أرباح رأسمالية كبيرة في مدة قصيرة اعتمادا على هذه الممارسات غير المشروعة.

فالمضاربة إما أن تتم من خلال ممارسات مشروعة لا يجرمها القانون، وهنا تسمى مضاربة مشروعة أو حميدة، وإما أن تتم من خلال ممارسات يجرمها القانون؛ فتتقلب إلى مضاربة غير مشروعة، أي تلاعب بالأسعار، وبالتالي قد يكون المضارب مضاربا متاجرا، وقد يكون متلاعبا، لذلك يمكن القول إن كل متلاعب يعتبر مضاربا بينما لا يعتبر كل مضارب متلاعبا.

وهناك تعريفات عديدة للمضاربة (Speculation)، لكنها تدور حول مضمون واحد، هو الشراء بهدف البيع في وقت لاحق بسعر أعلى (وتسمى المضاربة على الصعود)، أو البيع بهدف الشراء فيما بعد بسعر أقل (وتسمى المضاربة على الهبوط)، وذلك لتحقيق أرباح رأسمالية^(٤٩).

^{٤٩} - لمزيد من التعريفات التي قيلت في المضاربة راجع: د. رفيع يونس المصري: المضاربة على الأسعار بين المؤيدين والمعارضين، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، جدة: الاقتصاد الإسلامي، مجلد رقم ٢٠، العدد رقم ١،

ومعنى ذلك أن المضاربة يمكن أن تحدث بالشراء أو البيع، فيكون الشراء بهدف البيع في وقت لاحق بسعر أعلى (المضاربة على الصعود)، ويكون البيع بهدف الشراء بعد ذلك بسعر أقل (المضاربة على الهبوط)، وذلك لتحقيق أرباح رأسمالية، فهي مخاطرة بالبيع والشراء بناء على التنبؤ بتقلبات الأسعار بغية الحصول على فروق الأسعار، وقد يؤدي هذا التنبؤ - إذا أخطأ - إلى دفع فروق الأسعار بدلا من قبضها.

كما يُعرّف المضارب بأنه الشخص الذي يشتري الأوراق المالية، ليس بغرض الحصول على ما تدره من عائد وإنما بغرض بيعها في الأجل القصير، عند ارتفاع سعرها، لتحقيق أرباح رأسمالية كبيرة وسريعة، وهو يختلف عن المستثمر الذي يشتري الأوراق المالية بغرض الاحتفاظ بها للحصول على ما تدره من عائد، وقد يبيع هذه الأوراق عند الضرورة، ويحقق ربحا رأسماليا، وإن لم يكن هذا هو هدفه الأساسي، فالفارق الأساسي بين المستثمر والمضارب هو وجود نية المتاجرة أو انتفاؤها، بمعنى الترحيح من تقلبات أسعار الأوراق المالية، فهي تنتمي لدى المستثمر بينما تحكم تصرفات المضارب.

ويجب أن تستند المضاربة إلى معلومات صحيحة وحسابات دقيقة؛ لكي يستفيد منها المضارب شخصيا، وفي الوقت نفسه تؤدي خدمة مفيدة للسوق، أما إذا تمت عمليات المضاربة دون أن تستند إلى حسابات ودراسات دقيقة، وإنما اعتمادا على الصدفة والحظ، تنقلب إلى مقامرة، يغلب عليها الطابع الاحتمالي المطلق، وليس لها أي هدف أو دور اقتصادي، بل تعد ضارة بالسوق لما تحدثه من إرباك للسير العادي لتكوين الأسعار، والمقامر هو الذي يرغب في الشراء السريع عن طريق التعامل في البورصة دون علم أو خبرة خاصة، معتمدا على

الحظ والصدفة وحدهما (°).

لذلك يشترط في المضارب أن يكون متصفا ببعض الصفات، منها:

- أن يكون لديه المعرفة والخبرة (الكفاءة الفنية) لتحليل المعلومات الحالية والاستفادة منها، حتى يستطيع التدخل في الوقت المناسب بائعا أو مشتريا.
 - أن يكون لديه رأس المال الكافي (الملاءة المالية)، إذ إن الملاءة المالية شرط أساسي للمضارب، حتى يتمكن من الاستمرار في السوق إذا تعرض للخسارة التي هي أمر متوقع جدا بالنسبة للمضاربين حتى المحترفين منهم، فلا يستطيع صغار المدخرين أن يكونوا مضاربين، حتى وإن توافرت لديهم الخبرة، وذلك بسبب ضعف إمكانياتهم المادية.
 - أن يكون جريئا مقداما، مستقلا في قرارته، بحيث يملك زمام المبادرة، وفي الوقت نفسه ليس متهورا، وإنما فطنا، حذرا، مدركا لحجم المخاطر التي قد يتعرض لها نتيجة قراره بالبيع أو الشراء.
 - أن يلتزم في تعاملاته وتصرفاته بأداب التعامل، وأن يبتعد عن التصرفات والتعاملات اللاأخلاقية، والتي تخرج المضاربة عن مشروعيتها وتحيلها إلى مضاربة غير مشروعة، أي تلاعب بأسعار الأوراق المالية، فتعطل هذه التصرفات آلية الطلب والعرض في تحديد الأسعار، فدور المضارب يقتصر على التنبؤ بالأسعار المستقبلية وتوقعها، فيستفيد من هذا التنبؤ عند تحققه، لا أن يتدخل لاقتعال أسعار مصنعة وغير حقيقية.
- والأصل في المضاربة أنها مشروعة؛ وذلك لأن المضارب ينتهز فرصة ارتفاع

°- د. صالح أحمد البربري، مرجع سابق، ص ٩ - ١٠.

سعر الورقة المالية؛ فيقوم ببيعها، وأن هذا العمل - بقصد الحصول على الربح - لا شبةة فيه^(٥١)، أما إذا تدخل المضارب بأفعال من شأنها ارتفاع أو انخفاض مصطنع في الأسعار، تصبح المضاربة غير مشروعة؛ إذ إنها اعتمدت على طرق احتيالية للتلاعب في الأسعار وإحداث تموجات شديدة في حدودها القصوى بطريقة مفتعلة بغرض الاستفادة من فروق الأسعار^(٥٢).

وبهذا فإن المضاربة غير المشروعة (التلاعب بالأسعار) التي تتم من خلال القيام بممارسات غير مشروعة تعتمد على الغش والتدليس والاحتيال استنادا إلى الدراسة والدراية والعلم والخبرة والتنبؤ بالظروف والأسعار المستقبلية للورقة المالية - تختلف عن المقامرة التي تعتمد في المقام الأول على الحظ والمصادفة دون علم أو دراسة، بقصد الاستفادة بفروق الأسعار، وبذلك ينتقي سوء النية بالنسبة للمقامر على الرغم مما يحدثه فعله من آثار ضارة وتقلبات في بورصات الأوراق المالية، أما المضاربة غير المشروعة (التلاعب بالأسعار) فتتطوي دائما على سوء النية المتعمد لإيقاع الغير في الخطأ عن طريق افتعال الارتفاع أو الانخفاض في الأسعار؛ لذلك يقع التلاعب بالأسعار تحت طائلة القانون.

^{٥١} - د. محمد عبدالحليم عمر: أزمة البورصات العالمية، مركز الشيخ صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، سلسلة المنتدى الاقتصادي، المنتدى الثالث، ١٩٩٧م، ص ٦٦ وما بعدها.

^{٥٢} - د. صالح أحمد البربري، مرجع سابق، ص ٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

كذلك تختلف المضاربة غير المشروعة (التلاعب بالأسعار) عن الدور الذي يؤديه صانع السوق (Market Maker)^{٥٣}؛ لأن صانع السوق متداول، غرضه الأساسي من التداول الربح عن طريق توفير السيولة عبر الإعلان المستمر عن عروض وطلبات لبقية المتداولين في السوق، ويعد صانع السوق متداولاً غير مُطَّبع على قيمة الورقة المالية؛ ولذلك فهو يحدد أسعار عروضه وطلباته بشكل رئيس بناءً على وضع الطلب والعرض في السوق، كما يركز صانع السوق على تحقيق أفضل توازن بين الطلب والعرض؛ لأن الفروق بين الطلب والعرض هي

^{٥٢} - لم يرد نشاط صانع السوق ضمن أنشطة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية المنصوص عليها في البند (ب) من المادة (٢٧) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، وإنما أضيف نشاط صانع السوق إلى أنشطة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية في عام ٢٠٠٣م، بموجب القرار الوزاري رقم ٢٩٣ لسنة ٢٠٠٣م، وذلك استناداً إلى الفقرة الأخيرة من نص المادة (٢٧) سالفة الذكر، والتي تنص على أنه "... يجوز للوزير بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة (الهيئة العامة للرقابة المالية) إضافة أنشطة أخرى تتصل بمجال الأوراق المالية...، ومعنى ذلك أن نشاط صانع السوق في البورصة المصرية لا يمارس إلا من خلال إحدى الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية والمرخص لها بذلك من الهيئة العامة للرقابة المالية، وبالتالي لا يرخص للأفراد القيام بهذا النشاط، ويقوم صانع السوق بعمل توازن للسوق من خلال الشراء والبيع، ففي حالة قيام المستثمرين بعرض أسهمهم بصورة متزايدة يدخل صانع السوق - كمشترٍ لهذه الأسهم - وبكميات كبيرة - لامتصاص الزيادة في المعروض، ويُسمح له بالشراء بأسعار منخفضة نسبياً عن تلك السائدة في السوق، أما في حالة قيام المستثمرين بطلب كميات كبيرة من أسهم معينة فإنه يقوم بعرض كميات كبيرة مما لديه من الأسهم، لمواجهة الزيادة في الطلب والنقص في المعروض، وبالتالي المحافظة على مستوى أسعار هذه الأسهم مع تحقيق هوامش ربح معقولة، وينقسم صانع السوق إلى عدة أنواع منها: (أ) صانع السوق الذي لا يهدف إلى تحقيق ربح، وإنما يهدف إلى تحقيق هدف قومي من استثماراته، يتمثل في حفظ توازن السوق، ومستوى الطلب والعرض في حدود لا تسمح بحدوث طفرات في أسعار الأوراق المالية ارتفاعاً أو انخفاضاً بصرف النظر عن تحقيق عوائد، ولا يتصور أن تقوم مؤسسات القطاع الخاص بهذا الدور، وإنما تقوم به الدولة - متى سمحت ظروفها به - رغبة منها في استقرار بورصة الأوراق المالية وحمايتها من الهزات والأزمات. (ب) صانع السوق المتخصص: وهو يهدف إلى تحقيق أرباح تتناسب ومستوى المخاطرة التي يتحملها نتيجة دخوله كصانع سوق من خلال بيع وشراء الأوراق المالية، وعلى وجه الخصوص في الأسواق المنظمة. (ج) صانع السوق التاجر: ويهدف إلى تحقيق أرباح من استثماراته، غير أن ذلك يكون في الأسواق غير المنظمة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

مصدر ربحه، أما المتلاعب فهو يتدخل في السير الطبيعي للطلبات والعروض في السوق؛ لذلك من المتصور أن يكون صانع السوق من ضحاياه، مع ملاحظة أن بعض المتلاعبين - في بعض الأحيان - يتصرفون كما لو كانوا صناع سوق، من خلال إرسال عروض وطلبات للسوق في الوقت نفسه^(٤٤).

ويكاد يتفق الاقتصاديون^(٤٥) على أن المضاربة المشروعة في بورصة الأوراق المالية^(٤٦) تؤدي مجموعة من الوظائف الاقتصادية التي تساعد على تنشيط

^{٤٤} - د. محمد بن إبراهيم السحبياني، مرجع سابق، ص ٨.

^{٤٥} - حيث لم يُجمع الاقتصاديون على المضاربة، وبالتالي فإن للمضاربة في بورصة الأوراق المالية خصوما، حتى وإن كانت مشروعة لا تعتمد على التليس، والغش، والاحتيال، حيث يرى خصوم المضاربة أنها لا تختلف عن القمار، بل هي - عندهم - صورة حديثة منه؛ لأنها تؤدي إلى أن قلة تريح ثروات هائلة وسريعة على حساب كثرة خسارة، ويكون احتمال ربح الصغار في البورصة كاحتمال ربحهم في اليانصيب، وخطر الخسارة عليهم كبير، وهو الأكثر احتمالا، أما أرباح الكبار فتكون كبيرة ومضمونة، بل إنهم يرون أن المضاربة أخطر من اليانصيب، ففي اليانصيب تقتصر الخسارة على ثمن البطاقة، أما في المضاربة فقد تقضي الخسارة على كامل رأس المال، كما يرون أن المضاربة في الاكتتابات العامة قد تؤدي إلى عدم التخصيص الكفء للموارد، إذ تتم اكتتابات في أسهم شركات غير ذات جدوى اقتصادية بهدف المضاربة على أسعار تلك الأسهم فقط، مما يمثل إهدارا للموارد، ويعصف بالثقة في السوق، خاصة في ظل تدني وعي المستثمرين، وعلى الرغم من المساوئ المتعددة للمضاربة، والتي يسوقها معارضوها، فإن معظم التشريعات تعترف بمشروعية المضاربة الحميدة في البورصة، وإن قيدها ببعض القيود، مثل اشتراط أن تكون واردة على أوراق مالية مقيدة بالبورصة، وأن تتم عن طريق شركات مسجلة مصرح لها بالعمل في مجال الأوراق المالية، لمزيد من التفاصيل عن حجج المعارضين للمضاربة في بورصة الأوراق المالية راجع: درفيق يونس المصري: المضاربة على الأسعار بين المؤيدين والمعارضين، مرجع سابق، ص ٦٥ - ٨٠. د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص ٤٤٧ - ٤٤٨.

^{٥٦} - يعتبر البيع على المكشوف (Short Sale) والبيع بالهامش (Buying on margin) من أبرز أنواع المضاربات التي لا يجرمها القانون، ولا يعاقب عليها، فأما البيع على المكشوف فإنه يكون على عكس الاستثمار الطبيعي في الأوراق المالية، فالأصل في المعاملات أن تُشترى الورقة المالية أولاً، ثم تُباع فيما بعد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٢ المجلد الأول

وهو السلوك المتوقع من المستثمر الذي يشتري الورقة على أمل أن ترتفع قيمتها السوقية فيما بعد وتحقق بعض الأرباح، غير أن هناك نمطا آخر من المعاملات يقوم به المضاربون، وفيه تُباع الأوراق أولا، ثم تُشترى فيما بعد عندما تنخفض قيمتها السوقية عن القيمة التي سبق أن بيعت بها، وبالتالي فإن هذا النوع من المعاملات يتم على أساس توقعات المستثمر بالاتجاه النزولي للقيمة السوقية للأوراق المالية محل الصفقة، وأهم ما يميز هذا النوع من المعاملات أن عملية البيع تتم في الوقت الذي لا يملك فيه البائع الأوراق المالية محل الصفقة، ويستطيع البائع على المكشوف أن يلجأ إلى إحدى شركات سمسرة وتجارة الأوراق المالية ليقترض منها الأوراق المالية محل التعامل، والتي تكون الشركة محتفظة بها لحساب مستثمر آخر، ثم يقوم البائع على المكشوف بتغطية نفسه بالشراء من السوق ذات الأوراق المالية المقترضة، ويسلمها لشركة السمسرة، ثم تبدأ العملية من جديد، وهكذا، وحيث إن هذه العملية تتم من خلال شركة السمسرة التي قامت بإقراض البائع على المكشوف الأوراق المالية محل الصفقة، فسوف تحتفظ هذه الشركة بحصيلة البيع على المكشوف كرهن للأوراق المالية المقترضة، كما قد يمكن إلزام المقترض بتقديم رهن إضافي كنسبة معينة من قيمة الصفقة، سواء في صورة أوراق مالية أو في صورة نقدية، وذلك تحسبا لارتفاع القيمة السوقية للأوراق المالية محل الصفقة، إذ ستصبح حصيلة البيع على المكشوف التي = حُرِضت كرهن تحت تصرف المقرض غير كافية لتغطية قيمة الأوراق المالية المقترضة، ويستفيد المقرض في هذه الحالة أنه يستطيع استخدام حصيلة البيع على المكشوف مجانا، فيستثمرها دون أن يدفع عنها فوائد حتى وقت تسليمها للبائع عندما يقوم بإرجاع الأوراق المالية المقترضة. أما الشراء بالهامش (المتاجرة بالهامش، أو الشراء الهامشي، أو التمويل النقدي الجزئي) فهو دفع المستثمر الذي يرغب في شراء أوراق مالية جزءا من قيمة الصفقة واقتراض جزء آخر من السمسار الذي يتعامل معه مقابل فائدة شهرية، وذلك لشراء كمية أكبر من الأوراق المالية، ثم رهن هذه الأوراق المالية المشتراة لدى السمسار كضمان للقرض، ويتطلب هذا النوع من المعاملات من العميل فتح حساب يسمى حساب الهامش (Margin Account) لدى شركة السمسرة، ثم يقوم العميل بإيداع جزء من قيمة الأوراق المالية التي يرغب في شرائها، على أن يقوم السمسار بتمويل الجزء المتبقي على شكل قرض، وتوضع الأوراق المالية محل الصفقة كرهن لسداد القرض، وتسجل تلك الأوراق المالية باسم السمسار، ويعمل الشراء الهامشي على زيادة القوة الشرائية للمستثمر، بمعنى أنه سيتمتع بشراء كمية أكبر من الأوراق المالية مع عدم قيامه بدفع كامل قيمتها من موارده الذاتية، كما يساعد على تحقيق ربح أعلى في حالة ارتفاع أسعار الأوراق المالية، ولكنه في الوقت نفسه يعرض المستثمر لخسائر أكبر في حالة انخفاض أسعار الأوراق المالية. لمزيد من التفاصيل حول البيع على المكشوف والشراء بالهامش راجع:

- د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

- د. عبدالغفار حنفي: اليورصات (أسهم - سندات - وثائق استثمار - خيارات)، الدار الجامعية، الإسكندرية،

٢٠٠٤ - ٢٠٠٥م، ص ٥٤ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

البورصة، وبدونها تظل البورصة راكدة، ومن هذه الوظائف ما يلي:

(أ) **تبادل العرض والطلب:** من المعلوم أنه من النادر تعادل العرض مع الطلب في أي سوق عادية، والأرجح أن ترجح كفة أحدهما على الآخر، وبذلك ينعدم التوازن، فتميل الأسعار إلى الهبوط إذا رجحت كفة العرض، وإلى الصعود إذا رجحت كفة الطلب، وفي بورصة الأوراق المالية عادة ما يسعى المضاربون إلى الاستفادة من هذه الظاهرة، فيدخلون كمشتريين عندما ترجح كفة العرض وكبائعين عندما ترجح كفة الطلب، وبذلك يحولون دون انفراد البعض بالسوق وهبوط الأسعار هبوطاً حاداً أو ارتفاعها ارتفاعاً كبيراً^(٥٧).

(ب) **تخفيف حدة تقلبات الأسعار:** حيث يحدث عند انخفاض الأسعار أن يتدخل المضاربون بالشراء فيزداد الطلب بما يؤدي إلى الحد من استمرار الانخفاض، ويحدث العكس عند ارتفاع الأسعار، حيث يتدخل المضاربون بالبيع فتزداد العروض، الأمر الذي يؤدي إلى الحد من الارتفاع، وبذلك تعمل المضاربة على تخفيف حدة تقلبات الأسعار، وعلى استقرارها، وعلى إعادة التوازن السريع إليها.

(ج) **تنشيط حركة التداول في بورصة الأوراق المالية:** تعمل المضاربة على تشجيع التداول بالنسبة لكميات كبيرة من الأوراق المالية، وتزيد من حركة التداول من يد إلى يد^(٥٨) مما يزيد من ازدهار البورصة^(٥٩)؛ فبتعاظم دورها؛ لأن رغبة المضاربين في الاستفادة من فروق الأسعار تجعلهم يواصلون البيع والشراء عند أقل تغيير فيها؛ فتتكرر عملياتهم، وتتعدد، فيزداد نشاط السوق.

- د. سعيد بوهراوة، مرجع سابق ص ١٥ - ١٦.

٥٧- د. محمد أحمد عبدالخالق سلام: الشفافية والإفصاح في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ٢٨١.

٥٨- د. صالح أحمد البربري، مرجع سابق، ص ٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ويتسع نطاقها، وتتحقق لها صفة الاستمرارية^(٥٩).

(د) **تغطية الاكتتابات العامة:** حيث تلعب المضاربة دورا مهما في تغطية الاكتتابات العامة في الأوراق المالية التي تطرح في السوق الأولية؛ ذلك أن بعض الأسهم التي تطرح في الاكتتاب العام قد لا تلقى الإقبال الكافي من المستثمرين لأسباب لا تتعلق بجودة الشركة المصدرة أو عدم جدوى المشروع محل الاكتتاب بقدر ما ترجع إلى ضعف عملية الترويج لتلك الأسهم، أو طرحها في توقيت غير مناسب من الناحية الاقتصادية، أو غير ذلك من الأسباب، وهنا يبرز دور المضاربين في تغطية الاكتتابات على أمل ارتفاع الأسهم فور ممارسة الشركة المصدرة لنشاطها وقبدها بالبورصة؛ فيحققون أرباحا من بيعها بعد ذلك^{٦٠}.

وعلى الرغم من الوظائف الاقتصادية المهمة التي تؤديها المضاربة في بورصة الأوراق المالية، والتي تساعد على تنشيط البورصة، فإنه يجب على رجال الأعمال والمستثمرين ألا يتحولوا من الاستثمار المباشر - وإهمال مشروعاتهم الاقتصادية - إلى الاستثمار المالي عن طريق المضاربة في الأوراق المالية جريا وراء تحقيق أرباح ضخمة وسريعة، لما لذلك من آثار اقتصادية سيئة على البورصة والمتعاملين فيها والاقتصادات الوطنية.

^{٥٩}- د. محمد أحمد عبدالخالق سلام، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

^{٦٠}- د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص ٤٤٦ - ٤٤٧.

المبحث الرابع

الحكم الشرعي للتلاعب

بالأسعار في بورصة الأوراق المالية

تثار العديد من الشبهات حول المعاملات التي تتم في بورصات الأوراق المالية، ولاسيما أن بعض هذه المعاملات قد نشأت في بعض الأسواق العالمية التي لا تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية، ومن بين هذه الشبهات ظاهرة التلاعب بالأسعار التي تتم من خلال تصرفات يشوبها الغش، والغرر، والكذب، والتدليس، ويقود ذلك وغيره إلى أضرار جسيمة بالمتعاملين بالسوق وبالاقتصادات الوطنية، لذلك كان من الضروري أن تُبَيَّن الحكم الشرعي للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

فالنظام الاقتصادي السليم يقوم على وجود سوق مال حرة، خالية من الاحتكار، والغش، والغرر، والكذب، والتدليس، والمقامرة، ويتوافر فيها مجموعة من الشروط، منها: حرية المعاملات، والمنافسة المشروعة، ونقل المعلومات الصادقة الأمانة، ويحكم المتعاملين فيها مجموعة من القيم، والأخلاق، والسلوكيات

المستقيمة، والحنكة، والخبرة، والرشد، وبذلك تؤدي السوق المالية وظائفها المنشودة، ويحقق النظام الاقتصادي مقاصده المرجوة^(١١).

وقد اعترف الإسلام بالأسواق بجميع أنواعها، واعترف كذلك بأهميتها، بل وضرورة وجودها كمؤسسات اقتصادية لا يمكن لأي فرد أو مجتمع الاستغناء عنها، واحترام قوانينها وآلياتها.

والسوق لغة: من ساق يسوق سوقاً، وهو حذو الشيء، وجلبه، وسوقه، وسميت السوق بذلك لما يساق إليها من البضائع والأشياء والجمع أسواق^(١٢). وفي لسان العرب: السوق: موضع البياعات، وهي تذكر وتؤنث^(١٣)، قال تعالى: "وَقَالُوا مَالِ هَذَا الرَّسُولِ يَأْكُلُ الطَّعَامَ وَيَمْشِي فِي الْأَسْوَاقِ لَوْلَا أَنْزَلَ إِلَيْهِ مَلَكٌ فَيَكُونُ مَعَهُ نَذِيرًا"^(١٤).

وفي الاصطلاح: هو اسم لكل مكان وقع فيه التبايع بين من يتعاطى البيع.

^{١١} - د.حسين حسين شحاته: الحكم الشرعي للتلاعب في سوق الأوراق المالية، سلسلة دراسات وبحوث في الفكر

الاقتصادي الإسلامي، متاح على الرابط التالي:

<http://www.darelmashora.com/>

^{١٢} - د:أحمد بن فارس: معجم مقاييس اللغة، دار الحجيل، بيروت، ١٩٧٧م، ج٣، ص ١١٧.

^{١٣} - ابن منظور: لسان العرب، ج١، ص ١٦٧ - ١٦٨.

^{١٤} - الفرقان، الآية ٧.

والسوق في اصطلاح الاقتصاديين: "هو المكان الذي تساق إليه السلع وما شابهها، حيث يجتمع البائعون والمبتاعون (المشتررون) فيه، فيتبادلون السلع بالسلع، أو السلع بالنقود، عاجلا أو آجلا بأشكال ووسائل دفع حسب ما يقتضيه الحال"^(٦٥)، ورغم ارتباط مفهوم السوق بنطاق مكاني معين فإن تطور وسائل الاتصال بين المشترين والبائعين واستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة في التسويق أدى إلى ظهور أسواق اعتبارية يتم التعامل فيها من خلال وسائل الاتصال الحديثة مثل التلفون، والفاكس، والبريد الإلكتروني، ومواقع التواصل الاجتماعي.

وقد اهتم الإسلام بالأسواق؛ لأنها قوام حياة العباد، بها تدفع حاجاتهم، وتلبى مطالبهم، ولذلك وضع لها من الضوابط ما يقيها من الممارسات المنحرفة الضارة بكل صورها وألوانها^(٦٦)، وجعل من أوليات مهام الحاكم مراقبة الأسواق،

٦٥- د. سامر مظهر قنطججي: فقه الأسواق، دار الرسالة ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص ١٤.

٦٦- وهي ضوابط تتوزع بين الأخلاقية والاقتصادية، وتمثل الضوابط الأخلاقية الأسس التي يجري عليها التعامل في السوق الإسلامية، وهي وإن كان الأفراد بطبيعتهم يختلفون حول تفسيرهم لمعانيها وفقا للقيم التي يعتنقونها إلا أنها في الإسلام لها حد أدنى متفق عليه، بينته النصوص القرآنية والسنة النبوية، وهي تتمثل في الضوابط التالية: العدل، والصدق، وحسن المعاملة، والتعامل في الطيبات. أما الضوابط الاقتصادية فلتنظم الإسلام السوق بضوابط اقتصادية كثيرة، تنظم حرية التعامل والتنافس فيه، وسمح بقيام ظروف مواتية من التعاون بين المتعاملين في السوق، بما من شأنه أن يقيه إلى حد كبير من صور الاحتكار والاستغلال التي تقصد روح التراضي في التعامل بينهم، ومن أهم هذه الضوابط: الصدق في الإعلان عن السلعة، وحسن عرض السلعة بما يسمح بمعاينتها بدقة، ومنع الغبن والغرر، ومنع التدخلات المفتعلة، وتحريم الاحتكار، وتحقيق المستويات المناسبة في الأثمان (فالأصل في الإسلام عدم جواز التسعير، فلا يجوز للدولة أن تتدخل في تحديد أثمان السلع والخدمات الاستهلاكية والانتاجية في السوق طالما أن قوى السوق تعمل بتلقائيتها في إطار تلك الضوابط، حتى ولو أدى ذلك إلى ارتفاع أو انخفاض الأثمان، طالما أنه وقع بشكل تلقائي، أما إذا وقع انحراف من قبل بعض المتعاملين في السوق، فأدى ذلك إلى تعطيل آلية السوق، وتنظيم المنافسة فيه، وظهور الاحتكار، سواء مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وما يجري فيها، والأخذ بيد من حديد على كل من يتلاعب ويتصرف تصرفاً من شأنه إحداث ارتباك واختلال في السوق وعرقلة لوظائفها^(٦٧).

ونتيجة لأهمية الأسواق وأثرها في حياة الناس اعتبرها بعض مؤرخي الإسلام علماً قائماً بذاته، له قواعده الخاصة، يقول حاجي خليفة: " علم الاحتساب علم باحث عن الأمور الجارية بين أهل البلد من معاملاتهم اللاتي لا يتم التمدن بدونها من حيث إجراؤها على القانون المعدل، حيث يتم التراضى بين المتعاملين، وعن سياسة العباد بنهى المنكر، وأمر بالمعروف، بحيث لا يؤدي إلى مشاجرات وتفاخر بين العباد، بحيث ما رآه الخليفة من الزجر والمنع... ومبادؤه بعضها فقهي، وبعضها أمور استحسانية ناشئة من رأى الخليفة، والغرض منه تحصيل الملكة فى تلك الأمور، وفائدته إجراء أمور المدن فى المجارى على الوجه الأتم، وهذا أدق العلوم، ولا يدركه إلا من له فهم تأقّب، وحس صائب، إذ الأشخاص والأزمان والأحوال ليست على وتيرة واحدة، بل لا بد لكل واحد من الأزمان

فى الإنتاج أو التوزيع- جاز للدولة أن تتدخل لتحديد الأثمان تحقيقاً للمصلحة العامة، وسدا للذرائع، ودرءاً لمفاسد الاحتكار، وحتى يكون مستوى التسعير المفروض مناسباً فإنه ينبغي أن يتوافر فيه أمران: الأول: أن يوافق سعر المثل، والثاني: أن يكون عدلاً، لمزيد من التفاصيل حول ضوابط تنظيم السوق فى الإسلام انظر: د.صبري عبدالعزيز إبراهيم، المدخل إلى علم الاقتصاد بروية إسلامية، بدون ناشر، وبدون سنة نشر، ص ١٩٩ وما بعدها.

^{٦٧} - دشوقي أحمد دنيا، مرجع سابق، ص ١٤.

والأحوال سياسة خاصة، وذلك من أصعب الأمور، فلذلك لا يليق بمنصبها إلا من له قوة قدسية مجردة عن الهوى كعمر بن الخطاب^(٦٨).

ومما يدل على أهمية الأسواق، أن الرسول صلى الله عليه وسلم أنشأ فور قدومه المدينة سوقا خاصا بالمسلمين، إذ لم يكن في المدينة سوى سوق بني قينقاع الذي كان يتعامل فيه اليهود، لذلك أمر الصحابة بأن يبحثوا عن مكان مناسب ليصبح سوقا للمسلمين، ويتحكم في تجارته المسلمون، ويدار على شرع المسلمين وقانونهم، وبعد إنشاء السوق في المدينة لم يخله عليه الصلاة والسلام من تعاهده له بين الحين والحين، ملاحظا، ومراقبا، ومرشدا، وموجها.

ولم تكن توجيهات النبي صلى الله عليه وسلم مجرد إرشادات ونصائح ؛ بل كانت أوامر، على الجميع الالتزام بها، والتقييد بما ورد فيها، فقد روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم مرَّ برجل يبيع طعاما، فقال: كيف تتبع ؟ فأخبره، فأوحى الله إليه أن أدخل يدك فيه، فأدخل يده، فإذا هو مبلول، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ليس منا من غشنا^(٦٩)، ثم لم يقف الأمر عند هذا الحد، بل لقد عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى كبار الصحابة بمراقبة السوق ودوام

٦٨- كشف الظنون، لحاجي خليفة، ١ / ٢٥١، طبعة دار الفكر - دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٦٩- السنن الصغرى، لليبيقي، ٢/ ٨١، طبعة دار الفكر - دمشق/ سورية، الطبعة: الثالثة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني، ٢/ ٧٤٩، طبعة دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي، ورواه الحاكم في المستدرک وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، المستدرک، للحاكم النيسابوري، ٢/ ١٠، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإحصائية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

النظر في أحواله، والسنة النبوية القولية مليئة بالأحاديث الموجهة، والمنظمة، والضابطة لأعماله، وهكذا كان الحال في زمن الخلفاء الراشدين ومن جاء بعدهم من الخلفاء والحكام، وجاء الفقه الإسلامي وعني أيما عناية بالأسواق وحمايتها من كل صنوف التلاعب والممارسات المنحرفة، والوقوف بالمرصاد لكل من يمارس في السوق - أي سوق - ممارسات من شأنها إلحاق الضرر بالغير أو إرباك السوق وعدم أدائه لوظائفه التي من أجلها وجد (٧٠).

والسوق المالية هي إحدى أجهزة الوساطة المالية الهامة في الاقتصاديات المعاصرة؛ لأنها توفر للمستثمر الضمان، والسيولة، والربحية، ولذلك فقد اهتم الباحثون في الاقتصاد الإسلامي بهذه الأسواق، وذلك من خلال استحداث أدوات مالية متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكي يتسنى لجمهور المتعاملين المسلمين التعامل بهذه السوق بدلا من حرمانهم من فوائدها ومميزاتها.

ولا يختلف موقف الإسلام من السوق المالية عن موقفه من السوق.

العادية؛ لأن السوق المالية لا تختلف عن السوق العادية إلا في الطريقة التي تتحدد بها الأسعار في كل من السوقين؛ إذ تتحدد الأسعار في السوق العادية بواسطة مزايمة من جانب واحد (بائع ومجموعة من المشترين كما هو الحال في المزاد العادي)، أو مناقصة من جانب واحد (مشتر واحد ومجموعة من البائعين

^{٧٠} - المزيد من التفاصيل حول أهمية السوق في الإسلام راجع: دشوقي أحمد دنيا، التلاعب في الأسواق المالية،

مرجع سابق، ص ١٥ - ١٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

كما هو الحال في المناقصات الحكومية)، في حين تتحدد الأسعار في السوق المالي بواسطة مزايمة ومناقصة من جانبيين، إذ يتنافس البائعون على تخفيض السعر، والمشترون على زيادته، ومن ثم فإن التغيير والتلاعب في السوق المالي قد يقعان من الباعين والمشتريين على حد سواء، فقد يتواطأ البائعون على إحداث ارتفاع وهمي في السعر أو المشترون على إحداث انخفاض وهمي فيه.

لذلك فقد تدخل الإسلام في هيكل السوق المالي كما تدخل من قبل في هيكل السوق المادي، فحرم كل تعامل يؤدي إلى الربا والظلم والغرر والغبن والتدليس، ووضع شروطاً أساسية للمنافسة الشريفة، ولم يتدخل الإسلام بألية السوق (الطلب والعرض)؛ لأنها من الحريات الطبيعية التي أقرتها الشريعة الإسلامية كشرط مكمل وكافي لأداء السوق بكفاءة.

ومن أخطر ما يهدد السوق المالية في الوقت الراهن هو التلاعب بالأسعار نتيجةً لغياب المعلومات الصادقة الأمانة، وانتشار الشائعات الكاذبة، والتغريب في المعاملات، والكذب، والاحتيال، بقصد تحقيق أرباح كبيرة في وقت قصير على حساب بقية المتعاملين في السوق، ففي الأسواق المالية المعاصرة تكثر المضاربات غير المشروعة من بعض المتعاملين الذين يقومون بشراء الأوراق المالية وبيعها ليس بغرض الاستثمار أو الاسترباح، ولكن بغرض التأثير على الأسعار لصالحهم، وهذا ما يؤدي إلى ظهور ميول احتكارية بهذه الأسواق، وهنا يثور التساؤل عن الحكم الشرعي للتلاعب بالأسعار الأوراق المالية.

ويؤكد الفقهاء على ضرورة توافر المعلومات الصادقة الآمنة عن المعاملات في الأسواق، وكلما كانت هذه المعلومات صادقة، وآمنة، وسريعة، ودقيقة، استقرت المعاملات في السوق وتحقق السعر العادل، ولقد كان للإسلام فضل السبق في التأكيد على فرضية توافر المعلومات الصادقة الآمنة عند التعامل في الأسواق بصفة عامة، وفي مجال الأسواق المالية بصفة خاصة، ولهذا المبدأ أدلته من الكتاب، والسنة، والفقهاء الإسلامي، فمن الكتاب قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ" (٧١)، ومن السنة وردت الأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المعنى، منها ما روي عن نافع عن ابن عمر قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "التاجر الصدوق الأمين المسلم مع الشهداء يوم القيامة" (٧٢)، والصدوق مبالغة من الصدق كالصديق، وإنما يستحقه التاجر إذا أكثر تعاطيه الصدق؛ لأن الأمانة ليسوا غير أمانة الله على عباده، فلا غرو لمن اتصف بهذين الوصفين أن ينخرط في زمريتهم (٧٣).

^{٧١} - التوبة، الآية ١١٩.

^{٧٢} - السنن الكبرى، للبيهقي، ٢٦٦/٥، طبعة دار الفكر - دمشق/ سورية، الطبعة: الثالثة ١٤٠٣هـ، ورواه الترمذي عن أبي سعيد الخدري، وحسنه، سنن الترمذي، ٥١٥/٣، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.

^{٧٣} - فيض القدير شرح الجامع الصغير، لعبد الرؤوف المناوي، ٢٧٨/٣، طبعة المكتبة التجارية الكبرى - مصر. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وروي عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا مُحِقَّتْ بركة بيعهما"^(٧٤).

والمراد من الحديث أن يبين كل واحد لصاحبه ما يحتاج إلى بيانه من عيب ونحوه في السلعة، وأن يصدق في ذلك، وفي الإخبار بالثمن، وما يتعلق بالعوضين، ومعنى محقت بركة بيعهما أي ذهبت بركته؛ وهي زيادته ونماؤه^(٧٥).

وبناءً على ذلك جاء التحريم القاطع لبعض الممارسات التي قد توجد في الأسواق وتؤدي إلى التضليل، وأخذ الأموال بغير حق، ومن تلك الممارسات بيع الغرر.

والغرر في اللغة هو الخطر، ويطلق على الخديعة، يقال: غرته الدنيا غرورا، أي خدعته بزینتها، وغر الشخص يغر من باب ضرب غرارة بالفتح فهو غار، وغر بنفسه تغريرا أو تغرة^(٧٦).

^{٧٤} - أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، برقم (٢٠٠٤)، ٧٤٣/٢، ومسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، برقم (٣٩٣٧)، ١٠/٥.

^{٧٥} - شرح النووي على صحيح مسلم، للإمام يحيى بن زكريا بن شرف النووي، ١٧٦/١٠، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.

^{٧٦} - المصباح المنير، ٦٨٢/٢، القاموس المحيط، ص ١٠١.

وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بقولهم: ما يكون مجهول العاقبة، لا يدري أيكون أم لا^(٧٧).

وعرفه المالكية بأنه: ما تردد بين السلامة والعطب^(٧٨).

أما الشافعية فعرفوه بقولهم: ما تردد بين متضادين، أغلبهما أخوفهما، أي أنه ما انطوت عنا عاقبته^(٧٩).

واهتم فقهاء الحنابلة بتعريفه وتحديد معناه، فعرفوه في عبارة موجزة بأنه: ما تردد بين أمرين، ليس أحدهما أظهر^(٨٠).

ومن التعريفات السابقة يتضح أن الغرر يقوم على جهالة في المبيع، إضافة إلى الشك في وجوده من عدمه؛ إذ صرحت بعض التعريفات بذلك بقولها " لا يدري أيكون أم لا"، إضافة إلى تصريح الفقهاء بأنه مستور العاقبة، وكل ذلك لا محالة يعد أحد أهم صور التلاعب بالأسعار داخل الأسواق.

وقد ورد تحريم الغرر في القرآن والسنة: ففي القرآن ورد قوله تعالى "وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْخِلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ"

^{٧٧} - تبين الحقائق، للزليعي، ٤/٤٦، طبعة دار الكتاب الإسلامي - بيروت.

^{٧٨} - جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ٢/٢١، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.

^{٧٩} - الحاوي الكبير، للماوردي، ٦/١٧، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

^{٨٠} - مطالب أولي النهى، لمصطفى الرحيباني، ٢/٢٥، طبعة المكتب الإسلامي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ^(٨١)، حيث حرم الله تعالى أكل أموال الناس بالغش والخديعة، وهذا هو عين الغرر، وقد اتفق المفسرون على أن الغرر من الباطل المنهي عنه في الآية^(٨٢).

وفي السنة: تواترت الأحاديث عن رسول صلى الله عليه وسلم في تحريم الغرر، ومنها ما روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر^(٨٣)، حيث إن لفظ النهي صريح في التحريم.

ويؤكد الفقهاء على أن أي عقد بُني على معلومات مضللة فهو باطل أو فاسد حسب الأحوال^(٨٤).

وبناءً على ما تقدم يحرم التلاعب بالأسعار في الأسواق المالية، وتدخل أغلب صور التلاعب ضمن أنواع التغيرير القولي والفعلي، كالغش، والنجش، والتدليس، وكتمان العيوب، والدعاية الكاذبة؛ لأن كل هذه التصرفات تؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، وضياع ثروات العديد من الأفراد، والأسر، والمشروعات، لذلك اتفق الفقهاء على أن الغش والتغيرير حرام، سواء بالقول أو الفعل، أو بكتمان

^{٨١} - البقرة، الآية ١٨٨.

^{٨٢} - تفسير القرطبي، ٢/٢٣٨، طبعة دار الكتب المصرية - القاهرة.

^{٨٣} - سنن الترمذي، ٣/٣٢٦، وقال هذا حديث حسن صحيح.

^{٨٤} - لمزيد من التفاصيل راجع: د. حسين حسين شحاته، مرجع سابق.

العيوب، أو بالكذب والخديعة^(٨٥)، واستدلوا على ذلك بكثير من الأدلة الواردة بالكتاب والسنة، وهي أدلة معلومة ومنها على سبيل المثال ما يلي:

١- قول الله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ جِرَّةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"^(٨٦)، والغش والتغريب في المعاملات يدخل في عموم أكل أموال الناس بالباطل.

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (مر على صبرة طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصبعه بللا، فقال " ما هذا يا صاحب الطعام؟" فقال: أصابته السماء يا رسول الله، فقال صلى الله عليه وسلم " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غشّ فليس مني"^(٨٧)).

ووجه الدلالة من الحديث أن أي مسلم لا يقبل حكم رسول الله في سنته ليس مؤمنا، وأن أي مسلم يغش المسلمين في بضاعتهم ليس مؤمنا، سواء وقع هذا الغش في السوق العادية أو في السوق المالية.

٣- عن قيس بن سعد بن عبادة رضي الله عنه، قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "الخديعة في النار، ومن عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"^(٨٨).

^{٨٥} - الحافظ احمد بن على بن حجر العسقلاني: فتح الباري، شرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي. ومراجعة محب الدين الخطيب، ٤/٤٤٧.

^{٨٦} - النساء، الآية ٢٩.

^{٨٧} - صحيح ابن حبان، ١١/٢٧٠، ورواه الحاكم في المستدرک، وقال صحيح على شرط مسلم، ١١/٢.

^{٨٨} - صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع النجش، ٦٩/٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

ولا شك أن في تواعد صاحب الخديعة بالنار دلالة قاطعة على تحريم التصرفات التي تقوم على الغش والخداع، والتلاعب بالأسعار لا يقوم إلا على الخديعة والغش.

٤- عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش"^(٨٩)، ومعنى النجش: "أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، ليقّدي به غيره فيظن أنه لم يزد بهذا القدر إلا وهي تساويه، فيغترّ به"^(٩٠)، فالنجش فيه خداع وتغرير، ويترتب عليه إضرار بأحد المتعاقدين ليربح الآخر، ولا يقتصر النجش على هذا المفهوم، بل يشمل الكذب، ومن ذلك "أعطيت في السلعة كذا وهو كاذب"، ويتبين من ذلك أن النجش داخل في مفهوم التلاعب، وهو إن لم يكن مرادفاً له فهو صورة من صورته المتعددة.

ويرى البعض أن الصور المختلفة للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية لا تخرج عن إطار التلاعب المحرم شرعاً، فالبيع الصوري فيه تغرير بالمستثمرين، وتحايل لأكل أموالهم بالباطل، وفيه مخالفة لمقتضى العقد ومقصده، وهو الاستثمار وإضافة قيمة حقيقية للاقتصاد، وتوافق الطلبات والضح والتفريغ فيهما تغرير بالمستثمرين، وفيهما تواطؤ على إغلاء السلعة أو إرخاصها، وبالتالي أكل أموال الناس في الجانبين بالباطل، وفيهما صورية العقد، إذ إن البيع أو الشراء

^{٨٩} - صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من التجاش، ٧٢/٣، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، ٥/٥.

^{٩٠} - المغني لابن قدامة، ج ٦، ص ٣٠٤.

ليس المقصود منهما تملك السهم أو الاستثمار فيه، أو حتى الاستفادة من الفارق الطبيعي للسعر، وإنما القصد تضليل المستثمرين والتحايل عليهم من خلال إغلاء مصطنع وفاحش للورقة المالية.

والشراء بغرض الاحتكار السلبي المضر بالسوق المالية والمستثمرين حكمه التحريم، ونصوص الشريعة المحرمة له واضحة جلية، أبرزها حديث النبي صلى الله عليه وسلم "لا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ"^(١).

وأما استغلال ثقة العملاء من خلال الحصول على عمولة السمسرة من صفقات البيع والشراء فهو خيانة لتعمد الإضرار بالوكيل، ولاخلاف في حرمة.

والمعنى الجامع المحرم لكل صور التلاعب هو نشاط المتلاعب غير الإنتاجي، والتأثير السلبي على القيمة الحقيقية للورقة المالية، وتحقيق مصلحة خاصة على حساب الإضرار بشريحة عريضة من المستثمرين، من خلال إغناء مجموعة محدودة من المتلاعبين على حساب الأغلبية العظمى من المستثمرين، وفيه - فوق كل هذا - مخالفة للقيم الأخلاقية الحاكمة للاستثمار في الشريعة الإسلامية.

^{١١} - د. سعيد بو هرارة، مرجع سابق، ص ١٤ - ١٥.

الفصل الثاني

الآثار الاقتصادية للتلاعب بالأسعار

في بورصة الأوراق المالية وطرق المكافحة

بيِّنًا في الفصل الأول المقصود بالتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وأوردنا الصور الشهيرة له وبعض التطبيقات العملية لهذه الصور، إذ يصعب حصر كل صور التلاعب؛ لأنها تتطور في أساليبها، فتتخذ أشكالاً متعددة ومتجددة، وميَّزنا كذلك بين التلاعب والمضاربة في بورصة الأوراق المالية، وتعرضنا لموقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من التلاعب بأسعار الأوراق المالية، وخلصنا إلى نتيجة مهمة مؤداها أن التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة بالبورصة عبارة عن التصرفات التي يقوم بها متعامل أو مجموعة من المتعاملين لتعطيل آلية الطلب والعرض في تحديد الأسعار، وإحداث فرق مقصود بين سعر الورقة المالية وقيمتها بهدف تحقيق أرباح كبيرة في فترة قصيرة على حساب بقاء المتعاملين في البورصة، وهو ما يعد انحرفاً أخلاقياً، يتنافى مع الأخلاق القويمة، بل يتنافى مع القيم والتعاليم الدينية، وهو - من وجهة نظر المشرع الوضعي - أفعال مجرمة.

لذلك فإن هناك الكثير من الآثار السلبية المترتبة على التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية؛ إذ يؤثر على حسن سير العمل بالبورصات وسلامة التعاملات فيها، وذلك عن طريق التأثير على الأداء الطبيعي لقانون الطلب والعرض، وبالتالي حدوث خسائر للمتعاملين في البورصة، وخلق جو من عدم الثقة فيها، والتأثير على الاقتصاد القومي في مجموعه، كما أن للتلاعب بالأسعار الأوراق المالية آثار معنوية واجتماعية سيئة، لما ينتج عنه من تضخم في ثروات

البعض دون مجهود، واتباع أساليب غير أخلاقية، مما يدفع البعض - خاصة الشباب - إلى المجازفة، والمغامرة، والإنصراف عن العمل الجدي، غير أن هذه الآثار المعنوية والاجتماعية تخرج عن نطاق دراستنا، ونظرا لخطورة الآثار الاقتصادية المترتبة على التلاعب تبذل الدول قصارى جهدها للحد من عمليات التلاعب من خلال التصدي لها بطرق ووسائل مختلفة، وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: أثر التلاعب بالأسعار على بورصة الأوراق المالية.

المبحث الثاني: أثر التلاعب بالأسعار على المتداولين في بورصة الأوراق المالية.

المبحث الثالث: أثر التلاعب بالأسعار على الاقتصاد القومي.

المبحث الرابع: طرق مكافحة التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

المبحث الأول

أثر التلاعب بالأسعار على بورصة الأوراق المالية

ذكرنا من قبل أن سوق الأوراق المالية تتكون من سوقين فرعيين هما: السوق الأولية (سوق الإصدار) والسوق الثانوية (سوق التداول)، وقلنا إن هذه الأخيرة إما أن تكون سوقاً منظمة فتسمى بالبورصة، وإما أن تكون غير منظمة فتكون سوقاً غير رسمية، يتم التعامل فيها على الأوراق المالية غير المسجلة في السوق الرسمية (البورصة).

ويعرف البعض^(٩٢) بورصة الأوراق المالية بأنها "السوق الذي يتم فيه قيد وتداول الأوراق المالية بين المتعاملين، وفقاً لتفسير وتحليل المعلومات المتدفقة إليهم"، ويعرفها البعض الآخر^(٩٣) بأنها "المكان الذي يتم فيه اتصال راغبي شراء الأوراق المالية مع الراغبين في البيع"، ويعرفها البعض الثالث^(٩٤) بأنها "اجتماع لسامسة الأوراق المالية، يتم وفقاً للأشكال المحددة بواسطة القوانين واللوائح بقصد

^{٩٢} - د. طارق عبدالعال حماد: بورصة الأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١٩.

^{٩٣} - د. مجدي شهاب: اقتصاديات النقود والمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١٦٢.

^{٩٤} - د. محمود محمد فهمي: سوق المال وبورصة الأوراق المالية، ندوة عقدت بمركز البحوث والدراسات القانونية

بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، نوفمبر ١٩٩٥م، ص ٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جمعية الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

تداول الأوراق المالية وتحديد أسعارها"، ويعرفها البعض الرابع^(٩٥) بأنها "عبارة عن سوق منظمة مستمرة، تقام في مكان معين في مواعيد محددة بصفة دورية، غالبا ما تعقد بصورة يومية بقصد تداول صكوك مالية معينة، تتوافر فيها شروط محددة، بمقتضى القوانين واللوائح السارية، وتبرم فيها الصفقات بواسطة تدخل شركات البورصة (شركات السمسرة في الأوراق المالية).

ويلاحظ أن التعريفات السابق ذكرها لبورصة الأوراق المالية تؤكد على أن البورصة لا تخرج في حقيقتها عن كونها سوقا، إلا أنها سوق منظمة، تخضع للقوانين واللوائح السارية، ويتم التعامل فيها على بضاعة من نوع معين، هي الأوراق المالية، وأن هذا التعامل لا يتم مباشرة بين البائعين والمشتريين، وإنما يتم من خلال وسطاء مالنيين بناءً على تحليل المعلومات المتاحة عن الأوراق المالية محل التعامل.

ويمكن القول أن بورصة الأوراق المالية تتكون من أربعة عناصر رئيسية، هي:

- ١- المكان الذي يتم فيه التداول.
- ٢- الأوراق المالية.
- ٣- المتعاملون.
- ٤- المعلومات التي يتم التعامل بناءً عليها.

^{٩٥} - دسيد طه بدوي محمد: عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والأجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة

العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٤٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ويلعب قانون الطلب والعرض دورا مهما في تحديد أسعار الأوراق المالية على أساس من المعرفة الكافية، ودرجة كبيرة من العدالة، كما أن هذا القانون يطبق بنظام تام في بورصة الأوراق المالية، إذ إن هذه البورصة تكون على درجة عالية من التنظيم، ومجالا خصبا لتحقيق وحدة الثمن في وقت معين، والبضاعة محل التعامل فيها عبارة عن أشياء مثلية، يحل بعضها محل بعض، والأسهم والسندات ذات الإصدار الواحد تعطي لحاملها نفس الحقوق، مما لا يدع للمشتري مجالاً أو أي فرصة ليفضل سهما أو سندا على غيره من الإصدار نفسه.

ويشترط لإعمال قانون الطلب والعرض بدقة أن يتوافر شرطان أساسيان، هما: العلانية وحرية المنافسة، فيجب أن تتوافر علانية تامة لكل من الطلب والعرض، ويجب كذلك أن يتمكن كل من البائعين والمشتريين من مناقشة الأثمان بحرية تامة، دون الوقوع تحت أي ضغط، ويترتب على انتفاء أي من هذين الشرطين تعطيل عمل هذا القانون، وإلحاق الضرر بأحد طرفي التعامل.

ولما كانت عمليات التلاعب بأسعار الأوراق بالبورصات تقوم أساسا على ممارسات وتصرفات غير مشروعة- يقوم بها بعض المتعاملين في بورصة الأوراق المالية لتعطيل آلية الطلب والعرض في تحديد أسعار الأوراق المالية المتداولة واستبدالها بأسعار مصطنعة وانطباعات زائفة لدى المتعاملين على ورقة مالية معينة؛ لإحداث فرق مقصود بين سعر الورقة وقيمتها الحقيقية؛ بهدف تحقيق أرباح غير عادية على حساب بقية المتعاملين في السوق- فإن هذه التصرفات وتلك

الممارسات تؤثران على كفاءة البورصة، وعلى أدائها لوظائفها، فإذا انعدمت الكفاءة أو انخفضت، وإذا فشلت السوق في أداء بعض وظائفها أو كلها فقد المستثمرون والمدخرون الثقة في هذه السوق، ومن ثم سيبحثون عن سوق أخرى ذات كفاءة، أو سيغيرون مجال استثماراتهم إلى مجالات أخرى غير مجال الأوراق المالية، وهو ما سيضاعف الآثار السيئة على البورصة التي قد تصل إلى حد الانهيار.

وعلى ذلك سوف نعرض في هذا المبحث للآثار السيئة للتلاعب بالأسعار على كفاءة البورصة، وعلى حسن أدائها لوظائفها:

أولاً: أثر التلاعب على كفاءة بورصة الأوراق المالية:

بيان الأثر السلبي للتلاعب بأسعار الأوراق المالية على كفاءة البورصة يجب أن نبيِّن أولاً المقصود بكفاءة البورصة، وأنواعها، والدور الذي تؤديه، ومتطلباتها، وكذلك الصيغ المختلفة لكفاءة السوق، وأخيراً النتائج المترتبة على كفاءة السوق، فإذا ما فرغنا من ذلك بيئاً الأثر السلبي للتلاعب على كفاءة بورصة الأوراق المالية:

(أ) السوق الكفاء (Efficient Market) :

أثارت فكرة كفاءة سوق الأوراق المالية- بصفة عامة- خلافاً كبيراً بين المهتمين بتلك الأسواق، حيث إن المعلومات تأتي إلى السوق في أي وقت مستقلة وعشوائية، فيتقرر سعر الورقة المالية بناءً على المعلومات الواردة، فإذا عكست

أسعار الأوراق المالية المتداولة المعلومات اتصفت السوق في هذه الحالة بالكفاءة التي لها دور في تقليل المخاطر وتخفيضها إلى أدنى مستوياتها.

وتتميز البورصات في الدول المتقدمة بالكفاءة العالية نتيجة توفير الأنظمة القوية والفعالة للمعلومات المتاحة عن الشركة والسوق نفسه، وهو ما يجعل أسعار أسهمها تعكس كافة المعلومات المتاحة، أما البورصات في الدول النامية فعلى الرغم من الإصلاحات التي عرفتها البورصات في هذه الدول تماشياً مع التطورات التي شهدتها النظام المالي العالمي، فإنها لا تخرج عن نطاق كونها أسواقاً نامية، ما زالت تقتصر إلى مخزون التقاليد الاستثمارية الرشيدة، وتواجهها جملة من العوائق تحول دون تحقيق الكفاءة والفعالية المطلوبة، ويعتبر التلاعب بالأسعار من أهم هذه المعوقات^(٩٦).

ويقصد بكفاءة بورصة الأوراق المالية مدى توفر المعلومات للمستثمرين^(٩٧)، من حيث سرعة توفر هذه المعلومات، وقلة تكاليف الحصول

٩٦- ومن هذه المعوقات التي تواجه البورصات في الدول النامية: معوقات تنظيمية، وتشريعية، وهيكلية، وقصور آليات العمل، والقيود المعلوماتية وضعف نظام المعلومات، وعدم احتواء المعلومات المنشورة على القدر الكافي من الإفصاح، وغياب الشفافية، ونقص السيولة، ومحدودية الأدوات المالية المتداولة فيها، وضيق نطاق السوق، وضآلة الطلب والعرض، وقلة عدد الشركات المدرجة فيها، وعدم توفر الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أو عدم أداؤها لدورها بكفاءة حال وجودها، وهجرة رؤوس الأموال الوطنية في هذه الدولة إلى الخارج بسبب تنني فرص الاستثمار مقارنة بالدول المتقدمة، وغياب ثقافة الاستثمار في البورصة لدى الأفراد، وتفضيلهم الأوعية الإنشائية البنكية والاستثمار المباشر على الاستثمار في بورصة الأوراق المالية.

^{٩٧}- تتمثل أهم المعلومات التي يحتاجها أطراف و وحدات الاستثمار في بورصة الأوراق المالية في: أسعار وعوائد أوراق الدين، وأسعار الأسهم وعوائدها المتحققة من خلال التوزيعات، ومعلومات عن مصدر الأوراق المالية، وبيانات اقتصادية كلية، والوضع المالي بشكل عام، وبيانات عن الحسابات القومية (الناتج المحلي - عرض النقود - التضخم... إلخ)، وسواء تمثلت تلك المعلومات في القوائم المالية، أو في معلومات تبثها وسائل الإعلام، أو تمثلت في السجل التاريخي لسعر السهم في الأيام والأسابيع والسنوات الماضية، أو في تحليلات أو تقارير مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ١٧: ٢٠٠١، المجلد الأول

عليها^(٩٨)، ويقصد بمدى توفر هذه المعلومات درجة ملاءمتها وسرعتها في الانعكاس على أسعار الأوراق المالية^(٩٩).

وبالتالي فإن كفاءة السوق تمثل سرعة استجابة الأسعار فيه - بطريقة غير متحيزة - للمعلومات المتاحة للمتعاملين فيه، وبذلك تصبح أسعار الأوراق المالية المتداولة فيه دالة للمعلومات المتاحة^(١٠٠)، بحيث لا يوجد فاصل زمني بين تحليل المعلومات الجديدة الواردة إلى السوق وبين الوصول إلى نتائج محددة بشأن سعر الورقة المالية، وهو ما يضمن تغيرا فوريا في السعر تبعا لما تحمله تلك المعلومات من أنباء سارة أو غير سارة - وهذا بالطبع - يحمل في طياته أنه لا يوجد فاصل زمني بين حصول مستثمر وآخر على تلك المعلومات، ومن ثمّ لن نتاح لأي منهم فرصة لا نتاح لغيره.

(ب) أنواع الكفاءة في سوق الأوراق المالية:

يوجد نوعان من الكفاءة في سوق الأوراق المالية، وهما:

النوع الأول: الكفاءة الكاملة في السوق (Perfectly Efficient Market):
يقصد بها عدم وجود فاصل زمني بين تحليل المعلومات الواردة إلى السوق وبين الوصول إلى نتائج محددة بشأن سعر السهم، حيث يؤدي إلى تغيير فوري في

عن آثار الحالة الاقتصادية العامة على أداء المنشأة، أو غير ذلك من المعلومات التي تؤثر على القيمة؛ السوقية للنسب؛ لمزيد من التفاصيل راجع د. محمود محمد الداغر: الأسواق المالية (مؤسسات - أوراق - بورصات)، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٧م، ص ٢٧٥ - ٢٧٦. د. منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، مرجع سابق، ص ٤٨٩ - ٤٩٠.

٩٨- د. محمد الصيرفي: البورصات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٦٩.

٩٩- د. محمد سويلم: إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٢م، ص

٣٤٦.

١٠٠- د. محمد الصيرفي، مرجع سابق، ص ٧٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

السعر، فتوقعات المستثمرين متماثلة، والمعلومات متاحة للجميع ودون تكاليف^(١١).

وعليه تتحقق الكفاءة الكاملة في ظل توافر الشروط التالية:

١. شفافية المعلومات، وسرعة انتقالها للجميع وبدون تكاليف.
٢. حرية المعاملات من أي قيود كتكاليف المعاملات أو الضرائب، وعدم وجود قيود على دخول أو خروج أي مستثمر من السوق، أو على بيعه وشرائه لأي كمية من الأسهم.
٣. تواجد عدد كبير من المستثمرين، بحيث لا يمكن لأي مستثمر أن يؤثر وحده في أسعار الأوراق المالية المتداولة.
٤. رشادة المستثمرين، وسعي كل منهم نحو تحقيق أعظم منفعة ممكنة.

النوع الثاني: الكفاءة الاقتصادية في السوق (Economically Efficient Market): وفقا لمفهوم الكفاءة الاقتصادية يتوقع وجود فاصل زمني بين وصول المعلومات وانعكاسها على أسعار الأسهم، وذلك يعني أن القيمة السوقية تكون أكبر أو أقل من القيمة الحقيقية لبعض الوقت، غير أنه من المتوقع بسبب تكلفة المعاملات والضرائب وغيرها من تكاليف الاستثمار أن يكون الفرق بين القيمتين كبيرا إلى درجة أن يحقق المستثمر من ورائها أرباحا غير عادية خاصة في المدى الطويل، وتقوم الكفاءة الاقتصادية أساسا على مبدأ سعي الغالبية من المتعاملين في السوق إلى تعظيم ثروتهم.

^{١١} - د. عبدالغفار حنفي، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(ج) الدور الذي تؤديه السوق الكفاء:

تحقق السوق الكفاء تخصيصا للموارد المتاحة بما يضمن توجيه تلك الموارد إلى المجالات الأكثر ربحية، ووفقا لمفهوم الكفاءة يفترض أنها تؤدي دورين بارزين، أحدهما مباشر، والآخر غير مباشر^(١٠٢):

١. الدور المباشر: يقوم على حقيقة مؤداها أنه عندما يقوم المستثمر بشراء أسهم شركة ما، فهو في الحقيقة يشتري عوائد مستقبلية، وبالتالي فإن الشركات التي تتاح لها فرص استثمار واحدة تستطيع بسهولة إصدار المزيد من الأسهم وبيعها بسعر ملائم، مما يعني زيادة حصيلة الإصدار وانخفاض متوسط تكلفة الأموال.

٢. الدور غير المباشر: يُعد إقبال المستثمرين على التعامل في الأسهم التي تصدرها الشركة بمثابة مؤشر أمان للمقرضين، مما يعني إمكانية حصول الشركة على المزيد من الموارد المالية من خلال إصدار سندات أو إبرام عقود اقتراض مع مؤسسات مالية، وعادة ما تكون بسعر فائدة معقول.

(د) متطلبات كفاءة بورصة الأوراق المالية:

لتحقيق التخصيص الكفاء للموارد المتاحة ينبغي تحقق سمتين أساسيتين تعدان بمثابة متطلبين أساسيين لتحقيق كفاءة بورصة الأوراق المالية، هما: كفاءة التسعير، وكفاءة التشغيل^(١٠٣):

١٠٢- د.مفتاح صالح والأستاذة/ معارفي فريدة: متطلبات كفاءة سوق الأوراق المالية (دراسة لواقع أسواق الأوراق المالية العربية وسبل رفع كفاءتها)، مجلة الباحث، العدد ٧، ٢٠٠٩-٢٠١٠م، ص ١٨٦.

١٠٣- د.منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ٥٠١-٥٠٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

١. كفاءة التسعير **Price Efficiency**: وتعرف أيضا بالكفاءة الخارجية **External Efficiency**، ويقصد بها أن المعلومات الجديدة تصل إلى المتعاملين في السوق بسرعة- دون فاصل زمني كبير- بما يجعل أسعار الأسهم مرآة تعكس كافة المعلومات المتاحة، ليس هذا فقط بل إن المعلومات تصل إلى المتعاملين دون أن يتكبدوا في سبيلها تكاليف باهظة، بما يعني أن الفرصة متاحة للجميع للحصول على تلك المعلومات، وبهذا يصبح التعامل في ذلك السوق بمثابة مباراة أو لعبة عادلة، فالجميع لديهم نفس الفرصة لتحقيق الأرباح، ويصعب على أي منهم أن يحقق أرباحا غير عادية على حساب الآخرين.

٢. كفاءة التشغيل **Operational Efficiency**: ويطلق عليها أيضا الكفاءة الداخلية **Internal Efficiency**، ويقصد بها قدرة السوق على خلق التوازن بين الطلب والعرض، دون أن يتكبد المتعاملون فيه تكلفة عالية للسمسة، ودون أن يتاح للتجار والمتخصصين (صناع السوق) فرصة تحقيق هامش ربح مغال فيه، وتعتمد كفاءة التسعير إلى حد كبير على كفاءة التشغيل، فلكي تعكس قيمة الورقة المالية المعلومات الواردة ينبغي أن تكون التكاليف التي يتكبدتها المستثمرون لإتمام الصفقة عند حدتها الأدنى؛ مما يشجعهم على بذل الجهد للحصول على المعلومات الجديدة وتحليلها مهما كان حجم التأثير الذي تحدثه تلك المعلومات على السعر الذي يتباع به الورقة المالية.

وبالإضافة إلى سمتي كفاءة التسعير وكفاءة التشغيل توجد سمتن أخريان ضروريان لتحقيق الكفاءة في تخصيص الموارد، فأما الأولى: فهي عدالة السوق، بمعنى أن يتيح السوق فرصا متساوية لكل من يرغب في أن يبرم فيه الصفقات، وأما الأخرى، فهي الأمان الذي يقصد به ضرورة توافر وسائل للحماية من المخاطر التي تنجم عن العلاقات بين الأطراف المتعاملة في السوق، ومن أمثلة

تلك المخاطر مخاطر الغش، والتدليس، والتلاعب بالأسعار، وغيرها من الممارسات غير الأخلاقية التي يعمد إليها بعض الأطراف.

(هـ) الصيغ المختلفة لكفاءة السوق:

إذا كانت السوق الكفاء هي التي تعكس الأسعار فيها- وبسرعة- المعلومات التي من شأنها أن تؤثر على القيمة السوقية للأوراق المتداولة، فإن نوعية وأهمية هذه المعلومات تحدد درجة كفاءة السوق، لذا وجب التعرض للصيغ المختلفة لفروض كفاءة السوق، وهي تتمثل في فرض الصيغة ضعيفة الكفاءة، وفرض الصيغة متوسطة الكفاءة وأخيرا فرض الصيغة قوية الكفاءة^{١٠٤}:

١. فرض الصيغة ضعيفة الكفاءة: وفقا لفرض الصيغة الضعيفة لكفاءة السوق The Weak Form Efficient Market Hypothesis يفترض أن المعلومات التي تعكسها أسعار الأسهم في السوق هي معلومات تاريخية سابقة، تتعلق بما طرأ من تغيرات على سعر السهم، وعلى حجم التعاملات التي جرت عليه في الماضي، ومن الخطأ الفاحش أن نحاول تفسير الأسعار الحالية بناءً على معلومات سابقة، بل يجب أن تفسر الأسعار الحالية على أساس أوضاع الشركة في المستقبل، ولا يمكن التنبؤ بما ستكون عليه أوضاع الشركة في المستقبل من خلال دراسة التغيرات التي طرأت على سعر أسهمها في الأيام أو الشهور أو السنوات الماضية.

^{١٠٤} - لمزيد من التفاصيل حول الصيغ المختلفة لكفاءة سوق الأوراق المالية راجع:

- د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ٥٠٣ وما بعدها.

- د. محمد الصيرفي، مرجع سابق، ص ٧٠ - ٧١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

٢. فرض الصيغة متوسطة الكفاءة: نقضي الصيغة متوسطة الكفاءة The Semi-Strong Form Efficient Market Hypothesis بأن الأسعار الحالية للأسهم لا تعكس التغيرات السابقة فقط في أسعار الأسهم، بل تعكس كذلك كافة المعلومات المتاحة للجمهور أو التوقعات التي تقوم على تلك المعلومات حول الظروف الاقتصادية، وظروف الشركة، والتقارير المالية، وغيرها، وفي ظل الصيغة المتوسطة لكفاءة السوق يتوقع أن تستجيب أسعار الأسهم لما يتاح من تلك المعلومات، حيث تكون الاستجابة ضعيفة في البداية؛ لأنها تكون مبنية على وجهة نظر أولية بشأن تلك المعلومات، غير أنه إذا أدرك المستثمر - منذ اللحظة الأولى - القيمة الحقيقية التي ينبغي أن يكون عليها سعر السهم في ظل تلك المعلومات سوف يحقق أرباحا غير عادية مقارنة بنظرائه المستثمرين.

وفي حالة حصول بعض المستثمرين على المعلومات قبل إعلانها قد يحققون إيرادات استثنائية، ولذلك يتدخل المشرع لتنظيم عملية إعلان هذه المعلومات، ويفرض عقوبات صارمة على المُطَّعِين على هذه المعلومات الذين يفشونها بطرق غير قانونية؛ فيستفيدون منها أو يفيدون غيرهم.

٣. فرض الصيغة قوية الكفاءة: نقضي الصيغة القوية لكفاءة السوق The Strong Form Efficient Market Hypothesis بأن المعلومات التي يعكسها سعر السهم في السوق هي جميع المعلومات العامة والخاصة، أي المعلومات المتاحة لكافة المستثمرين، وكذلك المعلومات المتاحة لفئة خاصة منهم مثل إدارة المنشأة وكبار العاملين فيها، وتلك المعلومات التي يمكن أن

يصل إليها المحللون الأساسيون من خلال ما يمتلكونه من أدوات تحليل، تدعمها خبرة ومهارة عاليتان، وبالتالي تعكس الأسعار في ظل هذا الفرض كافة المعلومات التي يمكن معرفتها، وفي هذه الحالة يستحيل على أي مستثمر أن يحقق أرباحا غير عادية على حساب مستثمرين آخرين.

(و) نتائج السوق الكفاء:

إذا ما تحققت مقومات السوق الكفاء بالمعلومات السابق بيان شروطها مع سرعة ارتباطها بحركة الأسعار فإنها تؤدي إلى نتائج محددة، أهمها^(١٠٥):

- ١- أن السوق الكفاء تؤدي إلى عدالة التسعير، أي أن الورقة المالية تسعر بقيمتها الاستثمارية دون مغالاة (سواء بالارتفاع أو الانخفاض)، وأن ظهور فروق ملحوظة بين الأسعار والقيمة الحقيقية يدل على عدم كفاءة السوق.
- ٢- أن كفاءة السوق تؤدي إلى خلق التوازن بين الطلب والعرض دون أن يتكبد المتعاملون فيها تكلفة عالية نتيجة لعمولة السمسرة، ودون أن يتاح للمضاربين أو المتخصصين فرصة تحقيق أرباح غير عادية.
- ٣- أن كفاءة السوق تؤدي إلى استحالة أو صعوبة تحقيق أرباح غير عادية؛ إذ يكون ارتفاع الأسعار أو انخفاضها أمرا متوقعا وينسب معقولة.

^{١٠٥} - د.نصر على أحمد طاحون: شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر (دراسة تأصيلية لبورصات المال وشركات الإدارة في مصر مقارنة بالدول الغربية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ١٧٢ - ١٧٣. --- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول.

(ز) الأثر السلبي للتلاعب بالأسعار على كفاءة بورصة الأوراق المالية:

تساعد السوق الكفاء في رفع كفاءة منشآت الأعمال، كما تساهم في جذب مستثمرين جدد؛ إذ تشجع كفاءة التسعير وكفاءة التشغيل والعدالة والأمن المدخرين على توجيه مدخراتهم إلى الاستثمار في الأوراق المالية المتداولة في البورصة، كذلك فإن التزام المنشآت المسجلة في البورصة بنشر التقارير المالية يعد حافزا للإدارة على بذل أقصى جهد، حتى تحافظ على حملة أسهم المنشأة، وعلى ثقتهم فيها، وحتى يمكنها الحصول على ما تحتاجه من موارد مالية إضافية بسرعة، وسهولة، وتكلفة منخفضة.

وإذا كانت كفاءة البورصة تقاس بقدرتها على التخصيص الكفاء للموارد المالية المتاحة، من خلال كفاءة التسعير، وكفاءة التشغيل، وعدالة السوق، وتوافر وسائل للحماية ضد المخاطر المتوقعة- فإن هناك عوامل كثيرة مشروعة وغير مشروعة من شأنها أن تضعف من قدرة السوق على تحقيق هذا الهدف، ومن العوامل المشروعة التي تؤثر على كفاءة البورصة: اعتماد المنشآت على الأرباح المحتجزة في التمويل، وضعف آلية التصويت داخل الجمعيات العمومية للمنشآت المصدرة للأوراق المالية، وأما العوامل غير المشروعة فتشمل الغش، والتدليس، والتلاعب بالأسعار من خلال المضاربات غير المشروعة، وغيرها من الممارسات غير الأخلاقية التي يرتكبها بعض المتعاملين في البورصة، وما يهنا هنا هو

معرفة أثر التلاعب بالأسعار على كفاءة البورصة، وفيما يلي نُبيِّنُ أثر التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية على متطلبات كفاءة البورصة السابق ذكرها:

١- أثر التلاعب على كفاءة التسعير: تتحقق كفاءة التسعير عندما لا يوجد فاصل زمني كبير بين الكشف عن المعلومة ووصولها إلى المستثمرين^(١٠٦)، وكذلك عندما لا تكون تكاليف الحصول على هذه المعلومة باهظة، بحيث يتمكن جميع المستثمرين من الحصول عليها، فتكون الأسعار واقعية، ومنطقية، ومنفقة مع القيمة الحقيقية للأوراق المالية، وعندما تتساوى فرص جميع المتعاملين في تحقيق الأرباح؛ إذ يصعب على أي منهم تحقيق أرباح غير عادية نتيجة عدم استطاعتهم استغلال معلومات غير معلنة، أو أنها معلنة لكنها تتطلب تكاليف باهظة للحصول عليها.

ويؤثر التلاعب المعلوماتي على كفاءة التسعير ببورصة الأوراق المالية، كعدم الالتزام بواجب الإفصاح، أو استغلال المعلومات الداخلية، أو الإفصاح الإنتقائي للمعلومات^(١٠٧)، أو بث الشائعات غير الصحيحة، أو بناء توقعات مستقبلية للمنشأة لا أساس لها من الصحة، وذلك بهدف تحريك الأسعار في الاتجاه الذي يناسب المتلاعب إما صعوداً أو هبوطاً.

^{١٠٦} - لا يوجد في التشريع المصري أو التشريع المقارن تحديد لذلك الفاصل الزمني، وإنما هو متروك لتقدير القاضي.

١٠٧- يقصد بالإفصاح الانتقائي Selective Disclosure إفصاح الشركة المصدرة للورقة المالية لمعلومات مهمة إلى فئات معينة منتقاة، كالمحللين الماليين، وبعض المؤسسات المالية كالبانوك، وبعض الشركات العاملة بالسوق كشرركات السمسرة أو شركات إدارة محافظ الأوراق المالية، أو بعض المساهمين بالشركة، وذلك قبل الإفصاح عنها للجمهور عامة، بهدف تحقيق أغراض خاصة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

لذلك نجد أن القوانين التي تحكم أسواق رأس المال وأسواق التداول على نحو خاص تعطي من شأن الإفصاح، وتحرص أشد الحرص على أن يكون هذا الإفصاح كاملاً، أي عن كافة المعلومات التي تؤثر على سعر الأوراق المالية، وأن يكون فورياً، أي أن تُنشر تلك المعلومات وقت توفرها دون تأخير، ومما يتنافى مع ذلك الممارسة غير المشروعة لفئة خاصة من المتعاملين المُطَّلِعِينَ لعمليات شراء وبيع الأوراق المالية بناءً على معلومات تتوفر لديهم قبل أن تعلن لغيرهم، إذ يعد ذلك خرقاً لمبادئ العدالة والمساواة بين جميع المتعاملين في الأوراق المالية- وهي مبادئ يجب أن تقوم عليها السوق- ويدمر مقومات الثقة في صحة وسلامة معاملاتها، ويمثل إضراراً لفئة قليلة على حساب جمهور المتعاملين في السوق^(١٠٨)، الأمر الذي دفع المشرع في الدول المختلفة إلى إلزام المُطَّلِعِينَ بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية غير المعلنة للكافة، وكذلك الامتناع عن التعامل بناءً على هذه المعلومات، وذلك لما لممارسات المُطَّلِعِينَ غير المشروعة من آثار سيئة على متطلبات تحقق كفاءة التسعير ببورصة الأوراق المالية.

ويصنف أغلب الفقه الأمريكي المُطَّلِعِينَ إلى فئتين: الفئة الأولى هم المُطَّلِعُونَ بحكم اتصالهم بالمصدر الأصلي للمعلومة الجوهرية غير المعلنة، أي المُطَّلِعُونَ بشكل مباشر مثل مديري الشركات ومسئوليها، وكذلك كل مالك مستفيد بنسبة عشرة في المئة أو أكثر من أسهم الشركة، والفئة الثانية: مطلعون سُرِّبَت

١٠٨- د. محمد إسماعيل هاشم: الرقابة على التداول في بورصة الأوراق المالية، مرجع سابق، ص ٤٧٠.
مجلة الحقوق للبحوث والقانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ (المجلد الاول

اليهم المعلومة عن طريق شخص من الفئة الأولى، ويطلق عليه في هذه الحالة (Tipper)، وعلى الذي تلقى المعلومة (Tippee)، ويترتب على هذا التصنيف عدم مسئولية المُطَّلِع متلقي المعلومة (Tippee) ما لم يثبت أنه على علم بخطأ معطي المعلومة له (Tipper) في حصوله عليها وإعطائها له^(١٠٩)، وهناك العديد من القضايا التي رفعت أمام المحاكم الأمريكية وكان موضوعها نماذج متعددة من تعاملات المطلعين^(١١٠).

أما المشرع المصري فكان له اتجاه خاص لتعريف المُطَّلِعِينَ، حيث فرَّق بين المُطَّلِع على المعلومات الداخلية والمتعامل الداخلي، فعرّف الأول تعريفاً شاملاً بأنه "كل من اطلع على معلومات بشأن الشركة أو ما تصدره من أوراق مالية، من شأنها تحقيق منفعة لصالحه، أو لصالح شخص آخر، وسواء تم الاطلاع بصورة شرعية أو غير شرعية وسواء اطلع بنفسه على المعلومات أو وصلت إلى علمه عن طريق شخص آخر، ويخضع استغلال المعلومات الداخلية لحكم المادة (٦٤)^(١١١) من قانون سوق رأس المال المصري^(١١٢)، كما عرّف المتعامل الداخلي بأنه "كل شخص حقق نفعاً، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر لنفسه أو لغيره من تعامله بناءً على معلومات داخلية أو استغلاله لها، ويعتبر المستفيد من

١٠٩- د. محمد إسماعيل هاشم، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

110- <http://www.sec.gov/answers/insider.htm>

١١١- راجع نص المادة (٦٤) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م في هامش رقم (٢) ص ٣١ من هذا البحث.

١١٢- الفقرة (د) من المادة (٣١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المعلومات المشار إليها قد حقق نفعاً منها في تطبيق أحكام المادة (٦٤) من القانون في هذه الحالة^(١١٣)."

وبالتالي تطبق العقوبة المقررة بالمادة (٦٤) من قانون سوق رأس المال على أي مُطَّلَع على معلومات داخلية جوهرية حال استغلاله لتلك المعلومات، سواء تحقق من هذا الاستغلال نفع أم لم يتحقق، وسواء تحقق هذا النفع بتعامله بنفسه على الورقة أو الأوراق المالية موضوع المعلومات - حيث يتحول حينئذٍ إلى متعامل داخلي - أو كان الاستغلال على أي نحو آخر، كأن يعطي تلك المعلومات للغير بمقابل، وهذا التوجه للمشرع المصري يعد توجهاً محموداً ومسائراً لتطور العمل بالسوق من حيث تنوع أساليب الحصول على المعلومات الداخلية واستغلالها، وتعدد فئات المُطَّلَعِينَ، وذلك على نحو يصعب حصره^(١١٤).

وأما شركات إدارة محافظ الأوراق المالية وشركات السمسرة فقد خصها المشرع المصري بنص خاص يحظر عليها وعلى أي من المديرين أو العاملين بها التعامل على الأوراق المالية التي تكون قد توافرت لديهم معلومات بشأنها، أو بيانات عنها غير معلنة في السوق، أو غير متاحة لسائر المتعاملين^(١١٥).

كما تؤثر عمليات التلاعب القائمة على أساس نشر معلومات أو شائعات كاذبة مضللة على عدالة تسعير الأوراق المالية المتداولة في البورصة، حيث يعتمد بعض كبار المتداولين إلى نشر الشائعات والأكاذيب، وتسريب معلومات خاطئة

١١٣- الفقرة (هـ) من المادة (٣١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

١١٤- د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص ٤٧٩ - ٤٨٠.

١١٥- المادة (٢٤٤) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

عن شركة من شركات المساهمة، والقيام بعمليات تداول تصاحب هذه الأخبار والشائعات، وحث الذين يدعون التحليل الفني ليقوموا بالتغريب وموافقة تلك الشائعات، وهذه الطرق تهدف إلى إيجاد فارق سعري مصطنع، وعرقلة الأداء الطبيعي للطلب والعرض، وقد يكون الهدف هو السيطرة على السوق عن طريق الشراء المكثف للاستحواذ على الغالبية العظمى من ورقة مالية معينة في وقت معين، وهذا يهدف إلى تحطيم المنافسة، أو الحد منها عن طريق الشراء المكثف، والوصول إلى سعر احتكاري^(١١٦).

٢- أثر التلاعب على كفاءة التشغيل: يقصد بكفاءة التشغيل قدرة السوق على خلق التوازن بين الطلب والعرض، وهو يعكس السعر الحقيقي للأوراق المالية المتداولة، ويتأثر. هذا التوازن بعمليات التلاعب بالأسعار، حيث تهدف هذه العمليات إلى التأثير على توازن الطلب والعرض بالسوق، فلا تعكس الأسعار القيمة الحقيقية للأوراق المالية، وتتنخفض كفاءة التشغيل بالبورصة، وسيترتب على ذلك انخفاض كفاءة التسعير، بسبب توقف كفاءة التسعير على كفاءة التشغيل.

فجميع صور التلاعب المعروفة تهدف إلى خلق انطباع زائف، إما بزيادة الكميات المعروضة من ورقة مالية ما، وإما بزيادة الطلب على هذه الورقة، وذلك خلافا لواقع الأمر، فعندما تهدف عمليات التلاعب إلى خداع المتعاملين في السوق وإيهامهم بجدوى الاستثمار في ورقة مالية معينة خلافا لحقيقة الحال - يؤدي

١١٦- د. صالح أحمد البربري: المضاربة والتلاعب بالأسعار في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة، مرجع

سابق، ص ١٢ - ١٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

ذلك إلى زيادة الطلب على هذه الورقة؛ فيختل التوازن بين الطلب والعرض، وتتعطل آلية السوق في تحديد الأسعار، وعندما تهدف عمليات التلاعب إلى خداع المتعاملين وإيهامهم بخسارة محتملة، أو مشاكل متوقعة بالنسبة لورقة مالية معينة - سوف يسارع الكثيرون منهم إلى التخلص من هذه الورقة المالية لتقليل الخسائر المزعومة، أو البعد عن المشاكل المتوقعة، ويترتب على ذلك الكميات المعروضة من هذه الورقة المالية؛ فيختل التوازن بين الطلب والعرض، وتتكون الأسعار غير الحقيقية، وفي هذه الأحوال يستطيع المتلاعب تحقيق أرباح طائلة؛ إذ يدخل السوق مشتريا عندما ينخفض السعر، وبائعا عندما تتكشف الحقائق ويرتفع السعر.

٣- أثر التلاعب على عدالة السوق: السوق العادل - كما ذكرنا - هو ذلك السوق الذي تتاح فيه لجميع المتعاملين فرص متساوية للاستثمار وتحقيق الأرباح، أي السوق الذي تتوافر فيه كفاءة التسعير وكفاءة التشغيل، وتعتبر هذه العدالة شرطا أساسيا من الشروط اللازمة للقول بكفاءة السوق بصفة عامة، ولا يمكن لهذه العدالة أن تتحقق في الأسواق التي تنتشر فيها الممارسات غير المشروعة، ومنها عمليات التلاعب بالأسعار التي تعتمد على الغش والتدليس والاحتيال لإيقاع الغير في الخطأ، فتلحق الضرر بهذا الغير، وبالسوق بصفة عامة، ونتيجة لهذه الممارسات غير المشروعة يكون المتلاعب في وضع أفضل داخل السوق، يمكنه من جنى أرباح طائلة في فترات قصيرة على حساب جمهور المتعاملين في السوق، ويزداد الأمر سوءا عندما يكون جمهور المتعاملين في السوق بلا خبرة ودارية بكيفية التعامل مع هؤلاء المتلاعبين.

٤- أثر التلاعب على درجة الأمان ببورصة الأوراق المالية:

القاعدة العامة المتفق عليها في مجال الاستثمار أنه لا يوجد مجال استثماري آمن بنسبة مائة بالمائة، والاستثمار بالبورصة شأنه شأن بقية أنواع الاستثمار الأخرى التي هي عرضة لعدد من المخاطر، سواء أكانت مخاطر

داخلية أم مخاطر خارجية، والمخاطر الداخلية هي المخاطر التي ترتبط بآلية إجراء المعاملات داخل البورصة، مثل مخاطر الغش، والتدليس، والتلاعب بالأسعار، وغيرها من الممارسات غير الأخلاقية التي يعمد إليها بعض الأطراف، والمخاطر الخارجية هي المخاطر العامة التي تسود في البيئة الخارجية المجاورة لبيئة البورصة، وتترك آثارا سلبية، فالبورصات هي المرآة التي تعكس الوضع الاقتصادي والسياسي لبلد ما، ولذلك فإنها تمتلك حساسية شديدة لجميع العوامل التي تحيط بها، وترتبط ارتباطا مباشرا مع الأوضاع الاقتصادية والسياسية في ذلك البلد وغيره، ومثال هذه المخاطر: المخاطر السياسية، والمخاطر التشريعية، ومخاطر أسعار الفائدة، ومخاطر السيولة، ومخاطر عدوى الأزمات المالية... الخ.

ويعتبر التلاعب بالأسعار من أكثر هذه المخاطر تأثيرا على البورصة؛ لأنه يلحق الضرر بغالبية المتعاملين في البورصة، ويفقد الثقة فيها؛ وفي الاستثمار في الأوراق المالية بصفة عامة، لدرجة أنه قد يؤدي إلى انهيار البورصة، فالصور المختلفة للتلاعب تؤدي إلى إيقاع الكثير من المستثمرين في المخاطر، فكيف يشعر المستثمر بالأمان في سوق تنتشر فيه عمليات التلاعب، وما يصاحبها من غش، وتدليس، وممارسات غير أخلاقية، وتسخير للتكنولوجيا الحديثة؛ لتتمكن فئة صغيرة من تحقيق أرباح كبيرة في فترة وجيزة على حساب بقية المستثمرين.

ومفاد ما تقدم أن التلاعب بالأسعار له آثار سلبية على كفاءة البورصة بعناصرها الأربعة سالفة الذكر، وهي كفاءة التسعير، وكفاءة التشغيل، وعدالة السوق، وعامل الأمان داخل السوق، وإذا كان الأمر كذلك، فإن الأثر الرئيس المترتب في هذه الحالة هو عدم تحقق نتائج السوق الكفاء التي ذكرناها آنفا، فلن تكون هناك عدالة في تسعير الأوراق المالية، وبالتالي لن تعبر الأسعار السائدة عن القيمة الحقيقية لهذه الأوراق، وسوف يختل التوازن بين الطلب والعرض بفعل

الممارسات غير المشروعة التي يقوم بها المتلاعبون، وسوف يتمكن هؤلاء المتلاعبون من تحقيق أرباح طائلة في فترات قصيرة على حساب جمهور المتعاملين في السوق، وسوف يلحقون الضرر بالسوق والاقتصاد القومي.

ثانياً: أثر التلاعب على أداء البورصة لوظائفها:

تعتبر بورصة الأوراق المالية العمود الفقري لسوق رأس المال الذي يلعب دوراً مهماً في تنمية الاقتصاد القومي، ولتحقيق ذلك تقوم هذه السوق بعدة وظائف اقتصادية مهمة ورئيسية^(١٧)، غير أن انتشار الممارسات غير المشروعة ببورصة الأوراق المالية- وخاصة جرائم التلاعب بالأسعار- يؤثر على أداء البورصة لوظائفها، وفيما يلي ذكر لأهم تلك الوظائف^(١٨) مقترنا بتوضيح لأثر التلاعب على كل منها:

١. تنمية الادخار عن طريق تشجيع الاستثمار في الأوراق المالية، وتوجيه المدخرات لخدمة الاقتصاد الوطني، حيث تشجع سوق الأوراق المالية على تنمية عادة الادخار الاستثماري، خاصة بالنسبة لصغار المدخرين الذين لا يستطيعون القيام بمشاريع مستقلة بأموالهم القليلة، ومن ثم فإنهم يفضلون

- يرى البعض أن وظائف البورصة تنقسم إلى ثلاثة أنواع هي: الوظائف التقليدية، الوظائف الفنية والوظائف الاقتصادية، ويذكر تحت كل نوع من هذه الأنواع عدداً من الوظائف الفرعية، وبالتفصيل في كل هذه الوظائف نجد أن صاحب هذا الرأي أسهب في تعداد الوظائف التي تؤديها البورصة، وقد اقتصرنا في هذا البحث على أهم هذه الوظائف، وما زاد فإما أنه يفهم ضمناً من هذه الوظائف أو أنه من البديهييات التي يفترض أن يضطلع بها أي سوق، لمزيد من التفاصيل حول التقسيمات المختلفة لوظائف البورصة انظر: د. محمد الصيرفي: مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.

- للمزيد من التفاصيل حول وظائف البورصة انظر: 118

- د. منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، مرجع سابق، ص ٦٧٠.
- د. أحمد محمد لطفي أحمد: معاملات البورصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٣٠ وما بعدها.
- د. حمدي عبدالعظيم: اقتصاديات البورصة في ضوء الأزمات والجرائم، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢م، ص ٣٥ وما بعدها.
- د. محمد الصيرفي: البورصات، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

شراء أوراق مالية على قدر أموالهم، وهذا يساعد على خدمة أغراض التنمية والحد من التضخم، كما أنها تساعد على توجيه المدخرات نحو الاستثمارات الملائمة (سواء في الأسهم أو السندات)، وذلك وفقا لإتجاهات الأسعار. ولا شك في أن انتشار عمليات التلاعب ببورصة الأوراق المالية سيترتب عليه فقدان الثقة في البورصة، وهو ما سيدفع الكثيرين من المستثمرين الحاليين إلى تصفية استثماراتهم في البورصة وتسجيلها، كما سيدفع المستثمرين المحتملين في بورصة الأوراق المالية إلى الإحجام عن الاستثمار في هذا المجال، وبالتالي سوف يقل الطلب على الأوراق المالية المتداولة في البورصة، وهو ما يؤثر بالتبعية على حجم الإصدارات الجديدة بالسوق الأولية.

وسوف يؤثر هذا التراجع في حجم المدخرات المستثمرة في البورصة على حجم الادخار الكلي، كما سيؤثر على عملية توجيه المدخرات نحو خدمة أغراض التنمية، وسوف يبحث الكثير من المستثمرين عن مجالات استثمارية أخرى أكثر أمانا وأوفر ربحا، أما صغار المستثمرين فسوف يلجأون إلى البنوك لإيداع ما لديهم من مدخرات، أو يحتفظون بهذه المدخرات سائلة لديهم، وفي كلتا الحالتين سوف تتأثر المشاريع الاقتصادية بسبب نقص التمويل.

٢. المساعدة في تحويل الأموال من الفئات التي لديها فائض (المقرضين) إلى الفئات التي لديها عجز (المقرضين)، فالمقرضون يقومون بتخفيض نفقاتهم الاستهلاكية الحالية مقابل الحصول على دخول أعلى في المستقبل عند حلول آجال استحقاق تلك القروض، وعندما يقوم المقرضون باستخدام تلك الأموال

المقترضة في شراء وتأجير عناصر الإنتاج، فإنهم سوف ينتجون دخولا أعلى، وبالتالي يزيد مستوى المعيشة ليس فقط للمقترضين، بل لكل فئات المجتمع. وإذا فقد من لديهم الفائض (المقرضين) الثقة في وسيلة نقل فوائضهم المالية إلى الفئات التي تعاني من عجز في التمويل (المقترضين)، وهي الأوراق المالية المتداولة في البورصة، نتيجة لإنتشار عمليات التلاعب بالبورصة- فإنهم سيفضلون استثمار فوائضهم المالية في مجالات استثمارية أخرى، وهو ما يعني انقطاع الصلة بين من لديهم فائض ومن يعانون من نقص في السيولة اللازمة لعملية الإنتاج؛ فيقل الاستثمار، وينخفض الإنتاج.

٣. المساهمة في تمويل خطط التنمية عن طريق طرح أوراق مالية حكومية في تلك السوق، حيث رافق ظهور أهمية الأوراق المالية التي تصدرها شركات المساهمة ازدياد لجوء الحكومات إلى الاقتراض العام من أفراد الشعب لسد نفقاتها المتزايدة، وتمويل مشروعات التنمية، وذلك عن طريق إصدار السندات والأذون التي تصدرها الخزنة العامة ذات الأجل المختلفة، ومن هنا صارت هذه الصكوك مجالا لتوظيف الأموال، لا يقل أهمية عن أوجه التوظيف الأخرى.

وفي حالة انتشار عمليات التلاعب ببورصة الأوراق المالية ستصبح الأوراق المالية التي تصدرها الحكومات أوراقا مالية منخفضة السيولة لصعوبة تسيلها عن طريق البورصة، أو لتسيلها، ولكن بخسائر كبيرة؛ لذلك سوف يحجم المدخرون عن شراء هذه الأوراق عندما تطرحها الحكومة عليهم، سواء بنفسها (من خلال الاكتتاب العام المباشر، أو الطرح المباشر ببورصة الأوراق

المالية)، أو عن طريق أحد البنوك، وبذلك ستعاني خطط التنمية من عجز كبير في الموارد المالية اللازمة لإنجازها.

٤. المساهمة في دعم الائتمان الداخلي والخارجي، حيث إن عمليات البيع والشراء في بورصة الأوراق المالية تعد مظهرا من مظاهر الائتمان الداخلي، فإذا ما ازدادت مظاهر هذا الائتمان ليُشمل الأوراق المالية المتداولة في البورصات العالمية أصبح من الممكن قبول هذه الأوراق كغطاء لعقد القروض المالية. وسوف يترتب على انتشار عمليات التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة بالبورصة عدم تحقق هذه الوظيفة لفقدان الثقة في الأوراق المالية، وبالتالي عدم صلاحيتها لأن تكون غطاءً لعقد القروض المالية.

٥. المساهمة في تحقيق كفاءة عالية في توجيه الموارد إلى المجالات الأكثر ربحية، وهو ما يصاحبه نمو وازدهار اقتصادي، وهذا الأمر يتطلب تحقق شرط الكفاءة في السوق بنوعيتها كفاءة التسعير وكفاءة التشغيل، فضلا عن ضرورة أن يكون السوق عادلا، بمعنى أن تتيح السوق فرصا متساوية لكل من يرغب في إبرام الصفقات، كذلك ينبغي توافر وسائل للحماية ضد المخاطر التي تنجم عن العلاقات بين الأطراف المتعاملة في السوق، مثل مخاطر الغش، والتدليس، وغيرها من الممارسات غير الأخلاقية التي يعمد إليها بعض الأطراف.

وقد بيّنا من قبل أثر عمليات التلاعب بالأسعار على كفاءة البورصة بنوعيتها: كفاءة التسعير وكفاءة التشغيل، وهو ما يقلل من كفاءة البورصة في توجيه الموارد إلى المجالات الأكثر ربحية؛ إذ قد تؤدي الوسائل الاحتمالية والمعلومات المضللة إلى توجيه الموارد إلى مجالات أقل ربحية، وفي هذه

الحالة لا تكون السوق عادلة؛ لأنها لا تتيح فرصاً متساوية لكافة المتعاملين في السوق.

٦. تحديد أسعار الأوراق المالية بصورة واقعية على أساس من المعرفة الكافية ودرجة عالية من العدالة، حيث يتم تحديد أسعار الأوراق المالية عبر المفاوضات أو المزيدة (المزاد العلني) التي تعكس بصورة أقرب إلى الدقة رأي المتعاملين في السعر المناسب للورقة المالية وفقاً لظروف السوق السائدة، بالإضافة إلى ما تقوم به الشركات والجهات الاقتصادية من نشر كافة البيانات المتعلقة بالشركات، وصكوكها، وأرباحها، ومراكزها المالية، وهو ما يحول دون خلق سعر غير واقعي للورقة المالية، ويمثل هذا السعر أفضل الأسعار بالنسبة للبائع (أعلى سعر طلب Highest Bid)، وللمشتري (أدنى سعر عرض Lowest Offer).

وفي ظل وجود التلاعب بالأسعار لن تتحقق هذه الواقعية في تحديد أسعار الأوراق المالية، فالشرط الأساسي اللازم لتحقيقها - وهو آلية الطلب والعرض المعمول بها في البورصة - سيقوم المتلاعب بتعطيله بتصرفات غير مشروعة، من شأنها إحداث ارتفاع أو انخفاض مصطنع في الأسعار، وبالتالي لا تعكس هذه الأسعار القيمة الحقيقية للأوراق المالية.

٧. أن سوق الأوراق المالية تُعد أداة مهمة لتقويم الشركات والمشروعات، إذ تساهم في زيادة وعي المستثمرين وتبصيرهم بواقع الشركات والمشروعات، وبها يتم الحكم على الشركات والمشروعات بالنجاح أو الفشل، فانهخفاض أسعار الأسهم

بالنسبة لشركة من الشركات دليل قاطع على عدم نجاحها أو على ضعف مركزها المالي، وهو ما قد يؤدي إلى إجراء بعض التعديلات في قيادتها أو في سياستها أملا في تحسين مركزها.

ويتفرع عن هذه الوظيفة وظيفة أخرى، وهي استخدام التغير في أسعار الأوراق المالية المتداولة في البورصة كمؤشر للتغيرات الاقتصادية، واعتبارها أداة للتنبؤ بظروف النشاط الاقتصادي، لا سيما وأن التغير الحاد في أسعار الأوراق المالية عادة ما يسبق الدورات الاقتصادية^{١١٩}، فتكون بمثابة إنذار مبكر للقائمين على شؤون الاقتصاد في الدولة لاتخاذ الإجراءات الصحيحة عندما يلزم الأمر.

وتحقيق هاتين الوظيفتين مرهون بكفاءة بورصة الأوراق المالية حتى تكون الأسعار السائدة أسعارا عادلة تعكس، القيمة الحقيقية للورقة المالية، وكذلك المركز الحقيقي للجهات المصدرة لها، فإذا ما انتشر التلاعب بالبورصة كثر الغش والتضليل، وتعطلت آلية السوق، وتكونت الأسعار غير الحقيقية التي لا يمكن الاعتماد عليها في تقويم الشركات والمشروعات، كما لا يمكن الاعتماد عليها في التنبؤ بالحالة الاقتصادية المستقبلية.

المبحث الثاني

^{١١٩} - د. محمد أحمد بن فهد: اقتصاديات النقود والبنوك، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣م،

أثر التلاعب بالأسعار على المتداولين في البورصة

المتداولون في بورصة الأوراق المالية هم الذين تعقد الصفقات - بيعاً وشراءً - لحسابهم، سواء كانوا أفراداً أو شركات، ومن ثمّ فهم من العناصر المهمة التي تتركز عليها البورصة، لذا يجب حمايتهم من التصرفات غير المشروعة التي تتم داخل البورصة، ويعتبر التلاعب من أخطر هذه التصرفات، وذلك لما له من آثار ضارة على هؤلاء المتداولين، وبصفة خاصة صغارهم.

ويمكن تقسيم المتداولين في بورصة الأوراق المالية - حسب هدفهم من التداول - إلى ثلاثة أصناف^(١٠):

الصنف الأول: المتداول لمنفعة (Utilitarian Trader)، ويشمل المتداول الذي غرضه الأساسي الحصول على بعض المنافع الخاصة بالإضافة إلى الربح، وينشأ تداول هذا الصنف لأسباب خارجية لا علاقة لها بدقائق ما يحدث في الأسواق المالية، ويهم المتداول لمنفعة أن تتم تداولاته بسرعة وأقل تكلفة ممكنة، مما يجعله يُفضل السوق التي تتسم بسيولة عالية؛ ولهذا يسمون أحياناً بمتدولي السيولة، ويدخل تحت هذا الصنف الأنواع الآتية من المتداولين:

^{١٠} - ورد هذا التقسيم عند د. محمد بن إبراهيم السحيباني: التلاعب في الأسواق المالية صور وآثاره، مرجع سابق ص ٣-٦، نقلاً عن:

- Larry Harris: Trading and Exchange: Market Microstructure for Practitioners, Oxford University Press, New York, 2003.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

١. **المستثمر (Investor):** وغرضه الأساسي استثمار مدخراته في شراء الأوراق المالية، للإفناق منها على حاجاته الاستهلاكية في المستقبل، أو بيع استثمارته السابقة في الأوراق المالية لغرض الإفناق منها على حاجاته الاستهلاكية الحاضرة.
٢. **المتحوط (Hedger):** وغرضه الأساسي تبادل المخاطر التي يواجهها في نشاطه الاقتصادي باستخدام المشتقات المالية، مثل العقود الآجلة، والمستقبليات، والخيارات.
٣. **المقامر (Gambler):** وغرضه من التداول المتعة والإثارة التي تصاحب مراهنته على الأحداث المستقبلية، والمقامر وإن كان يأمل في الربح إلا أنه لا يعتمد على أية أسباب لتحقيقه، ولا يمثل المتداولون لغرض المقامرة المحضة إلا نسبة قليلة جداً؛ لأن الغالب أنهم يخطون المقامرة باستراتيجية تداول أخرى كالاستثمار، أو التحوط، أو المضاربة، ونظراً لصعوبة التفريق بين المخاطرة المحسوبة والمقامرة، فإن معظم المقامرين لا يدركون في الواقع أنهم كذلك، بل يعتقدون أنهم يتبعون استراتيجيات تتسجم مع أهدافهم الاستثمارية، ويتميز المقامر بكثافة تداوله خاصة في المشتقات المالية، وعدم قدرته على التعبير بشكل واضح عن استراتيجية تداوله.
٤. **الهاوي (Fledgling):** وهو من يتداول ليتعلم كيف يتداول، فإن أتقن التداول باستخدام استراتيجية أو أكثر انتقل إلى فئة المتداولين للربح (الصنف الثاني)، وإن فشل ترك السوق، ومن يستمر منهم مع فشله يصبح من فئة المتداولين المسترسلين (الصنف الثالث).

٥. المتداول لمنفعة غيره (Cross-Subsidizer): وهو من يتداول لغرض نقل الثروة لطرف آخر، مثل مدير صندوق الاستثمار الذي يتداول لزيادة دخل سمسار معين، لأن زيادة حجم التداول يترتب عليها زيادة في حجم العمولات التي يحصل عليها السمسار مقابل الخدمات التي يؤديها.

٦. متجنب الضرائب (Tax-Avoider): ويشمل المتداولين لغرض تقليل الضرائب التي يدفعونها للحكومة، من خلال استغلال بعض الثغرات في النظام الضريبي.

الصف الثاني: المتداول للربح (Profit-Motivated Trader)، ويشمل من يتداول في السوق لمجرد أنه يتوقع تحقيق أرباح، ولا يتداول هذا الصف إلا إذا كانت لديهم أسباب مقنعة بأنهم سيربحون من وراء ذلك، ولذلك نجدهم يحققون أرباحا في المتوسط، ويدخل تحت هذا الصف نوعان رئيسان من المتداولين، هما:

١. المضارب (Speculator): وغرضه الأساسي تحقيق الربح من توقع تغير الأسعار في المستقبل، اعتمادا على المعلومات التي يجمعها ويحللها، أو - في بعض الأحيان - يصنعها، ويدخل المتلاعبون حسب هذا التصنيف تحت المضاربين، فكما ذكرنا في الفصل الأول من هذا البحث أن المضاربة إما أن تتم من خلال ممارسات مشروعة لا يجرمها القانون، وهنا تسمى مضاربة مشروعة أو حميدة، على الرغم من الاختلاف بشأنها بين مؤيد ومعارض، وإما أن تتم من خلال ممارسات يجرمها القانون فتتقلب إلى مضاربة غير مشروعة، أي تلاعب بالأسعار، وبالتالي قد يكون المضارب مضاربا متاجرا،

وقد يكون متلاعبا، لذلك يمكن القول بأن كل متلاعب يعتبر مضاربا بينما لا يعتبر كل مضارب متلاعبا.

٢. **التاجر (Dealer):** وغرضه الأساسي الربح من توفير السيولة للآخرين، وأشهر تجار الأوراق المالية صانعو الأسواق الذين يقومون عادة بإمداد السوق بشكل مستمر بعروض وطلبات تتيح لبقية المتداولين التنفيذ مقابلها، ومصدر ربح تجار الأوراق المالية هو الفرق بين أفضل العروض والطلبات، ولهذا يركز التجار على تحقيق أفضل توازن بين الطلب والعرض في السوق.

الصف الثالث: المتداول المسترسل (Futile Trader)؛ وهو المتداول الذي يظن أنه متداول للربح، وهو بخلاف ذلك؛ لأن توقعاته حول الأسعار المستقبلية غير رشيدة، مما يتسبب في اتخاذه قرارات خاطئة حول توقيت دخوله إلى السوق أو الخروج منه؛ ولذا يخسر المتداول المسترسل في المتوسط، ويرجع خطأ توقعات هذا الصف من المتداولين إما إلى فشلهم في الوصول إلى المعلومات الضرورية لتحقيق الربح، أو نقص مهارتهم وضعف قدرتهم على تحليل المعلومات، أو اعتمادهم في تداولاتهم على سماسة، أو مستشارين، أو مديري صناديق لا ينصرفون لمصلحتهم، وعادة ما يربح هذا الصف من التداول من بعض المتداولين، ولكن يخسرون من متداولين آخرين أكثر مهارة وأفضل معلومات.

ويمثل صغار المستثمرين الجانب الأكبر من المتداولين في بورصة الأوراق المالية، وهؤلاء هم أقل المتداولين استعدادا لتحمل ما يترتب على عمليات التلاعب بأسعار الأوراق المالية من خسائر، وقد لا نبالغ إذا قلنا إن آثار تقلب

أسعار الأسهم على صغار المستثمرين تكون مدمرة؛ نظرا لأنهم - غالبا - ما يضاربون بكل ثروتهم أو بثروات الغير.

وسبب ضعف القدرات الفنية لصغار المستثمرين نتيجة لخفتهم المتواضعة في مجال التحليل المالي، وسبب صغر حجم تعاملاتهم الذي لا يمكنهم من التأثير على السوق، فإنهم لا يهتمون بالعوامل الأساسية في التحليل والتقييم وقياس التدفقات النقدية المستقبلية وغيرها من مبادئ التمويل التي يجب أن يتم استخدامها في التحليل المالي، فضلا عن عدم قدرتهم على الوصول إلى مصادر المعلومات الداخلية، ومن ثم فإنهم لا يدركون حجم المخاطر التي يمكن أن تحيط بهم في ظل سوق تغيب فيه الشفافية والإفصاح، وتنتشر فيه المضاربات غير المشروعة، ولذلك نجد أن أغلبية هؤلاء يميلون إلى اتباع استراتيجية سلوك القطيع (Herd Behavior)، حيث يتم تكثيف عمليات البيع عندما تميل الأسعار نحو التراجع، أو الشراء عندما تميل الأسعار نحو الارتفاع، أو من خلال تقليد بعض الشخصيات أو المتعاملين في البورصة الذين يمثلون المستثمرين الرئيسيين في البورصة، أو المؤسسات المالية الرئيسية، الأمر الذي يزيد حدة التقلبات التي تتعرض لها سوق الأوراق المالية.

وإذا كان المتعاملون في السوق يتبعون استراتيجية سلوك القطيع فمن الممكن تضليل المتعاملين في السوق بسهولة، وذلك عندما ينحرف المتعاملون الرئيسيون في السوق أو الذين ينظر إليهم على أنهم مفتاح البورصة.

وفي حال تعرض صغار المستثمرين لخسائر مالية كبيرة، نتيجة لعمليات التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، سوف يحجمون عن الدخول مرة أخرى إلى البورصة بسبب ضياع مدخراتهم، وبسبب حالة انعدام الثقة التي ستتكون لدى هؤلاء حول البورصة والاستثمار في الأوراق المالية بشكل عام.

أما بالنسبة للشركات المصدرة للأوراق المالية، فإنها وإن كانت لا تتعامل في البورصة مباشرة؛ لأنها تصدر أوراقها في سوق الإصدار، إلا أنها تتأثر بسبب التلاعب الواقع على أوراقها المالية في البورصة بطريقة غير مباشر، فعندما تنخفض أسعار أسهم الشركة بطريقة مصطنعة سوف تتكبد هذه الشركة خسارة كبيرة قد تصل إلى حد الإفلاس، كذلك عندما ترتفع أسعار أسهمها بطريقة مبالغ فيها فإنها ما تلبس أن تتكشف الحقائق، وتخفض قيمة هذه الأسهم إلى ما هو أقل من قيمتها الحقيقية نتيجة لفقدان الثقة في الشركة وأسهمها، الأمر الذي يقلل من فرص حصولها على تمويل في المستقبل.

المبحث الثالث

أثر التلاعب بالأسعار على الاقتصاد القومي

يترتب على انتشار التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية مجموعة من الآثار السلبية التي تلحق الضرر بالاقتصاد القومي ككل، مثل عدم توفير التمويل اللازم للتنمية الاقتصادية، والتسبب في الأزمات المالية والاقتصادية، وعدم العدالة في توزيع الدخل، وهو ما سنبينه فيما يلي:

١. عدم توفير التمويل اللازم للتنمية الاقتصادية:

تتطلب عملية التنمية الاقتصادية في أي دولة رؤوس أموال مجمعة؛ إذ إنه من غير الممكن أن تتحقق معدلات التنمية المنشودة في ظل غياب التكوينات الرأسمالية، وتبرز أهمية أسواق الأوراق المالية في عملية التنمية الاقتصادية كأحدى الآليات الهامة لتجميع المدخرات الخاصة والعامة وتوجيهها نحو قنوات الاستثمار المتنوعة، هذا فضلا عن أنها تمثل حلقة الاتصال بين القطاعات ذات الطاقات التمويلية الفائضة والقطاعات التي تنفق إلى السيولة، ولديها فرص استثمارية واعدة، وهي بدورها تخدم التنمية الاقتصادية في الدولة.

لذلك تلعب سوق الأوراق المالية (بشقيها سوق الإصدار، وسوق التداول) دورا مهما في توفير التمويل اللازم للمشروعات الجديدة، وكذلك تمويل التوسعات الاستثمارية، والإحلال، والتطوير، والتجديد، والتطوير التكنولوجي، وذلك عن طريق سوق الإصدار، ولا يمكن لهذه العملية أن تتم بنجاح ما لم يكن هناك سوق تداول كفاء (البورصة) يُمكن المستثمرين الذين اکتبوا في هذه الأوراق المالية ابتداءً من تسهيل استثماراتهم بسهولة، وسرعة، ودون خسارة.

وهنا يثور التساؤل حول دور السوق الثانوية (البورصة) - وهي سوق لتبادل وانتقال ملكية الأوراق المالية- في تمويل التنمية الاقتصادية؛ لأن القطاعات المنتجة (المنشآت المصدرة للأوراق المالية) ليس لها مصلحة من جراء هذا النشاط، فهو لا يعني بالضرورة زيادة حجم المدخرات الوطنية وزيادة عمليات الاستثمار في الأوراق المالية، لأن التداول في بورصة الأوراق المالية لا يمثل أي إضافة إلى الاستثمار الفعلي، ولا يعد استثمارا حقيقيا جديدا، وإنما هو عبارة عن انتقال لملكية الأوراق المالية من شخص إلى آخر، وهذا لا يوفر التمويل بصورة مباشرة، ولكن يتم ذلك بصورة غير مباشرة من خلال قيام البورصات بتوفير السيولة للإصدارات الأولية من الأسهم، والسندات، والأوراق المالية الأخرى، وذلك بتسيير تداول هذه الأوراق وتحويلها إلى نقد بسرعة ويسر متى رغب حاملها ذلك.

فإذا كانت الأوراق المالية التي تُطرح وتُباع في السوق الأولية قابلة للتصرف فيها من خلال السوق الثانوية في مدة قصيرة وبأسعار تنافسية، فإن ذلك يرفع من قيمة هذا الاستثمار، وبالتالي يرفع من قيمة المردود النسبي لهذه الأوراق مقارنة بالأدوات المالية الأخرى، وفي المقابل فإن ضعف السوق الثانوية يترتب عليه قلة أو انخفاض المردود النسبي للأوراق المالية، وبالتالي يؤدي إلى انخفاض الطلب عليها، وهذا يتضمن تكاليف مرتفعة لرأس المال، ويقلل من الحوافز على الاستثمار في المشاريع الجديدة، وهذا بطبيعة الحال يؤثر على توفر التمويل اللازم للتنمية الاقتصادية.

ومن هنا فإن الأسواق الثانوية (البورصات) تعتبر من العوامل المهمة في تمويل الاقتصاد القومي؛ لأنها تساهم في تخصيص المدخرات المتوفرة للمنشآت المستحقة لها، كما أن نجاح السوق الثانوية وزيادة نشاطها يضيف على الأوراق المالية جاذبية تعمل على استقطاب المدخرين، وهذا ينعكس إيجابيا على السوق الأولية للإصدارات؛ إذ يؤدي إلى إقبال المستثمرين وتفاعلهم مع الإصدارات التي تطرح في السوق الأولية المتمثلة في الإصدارات، والاكنتابات الجديدة، سواء أكانت الشركات الجديدة تؤسس لأول مرة، أم لزيادة رؤوس أموال الشركات القائمة.

ويترتب على انتشار عمليات التلاعب بالأسعار فقدان المدخرين الثقة في بورصة الأوراق المالية، وعزوفهم عن استثمار مدخراتهم في الأوراق المالية المتداولة فيها، وتحولهم إلى شكل آخر من أشكال الاستثمار، أو استثمار مدخراتهم في إحدى البورصات الأجنبية، وهو ما يعني تسرب بعض المدخرات الوطنية للاستثمار في الخارج.

وفي هذه الحالة سوف تلجأ الدول الراغبة في التمويل إلى الاقتراض الخارجي الذي تواجه فيه البلدان النامية صعوبات كبيرة؛ وذلك بسبب تصاعد مديونياتها الخارجية، وصعوبة الشروط المفروضة على التمويل الأجنبي في السوق العالمي المعاصر، فضلا عن ارتفاع تكلفة هذه الديون.

٢. التسبب في الأزمات المالية والاقتصادية:

الأزمات جمع أزمة، وهي الإضطراب، وتُعرَّفُ تبعاً لما تضاف إليه، فإذا قيل الأزمة الاقتصادية؛ فالمراد بها "اضطراب في الحالة الاقتصادية العادية، أو في التوازن الاقتصادي"، وإذا قيل الأزمة المالية؛ فالمراد بها اضطراب في القطاع المالي أو المصرفي من جهة وقوعه تحت العجز عن تسديد ديونه المستحقة^(١٢١).

وقد كشفت التحقيقات عقب انتهاء الكساد العظيم عام ١٩٢٩م أن أسواق رأس المال كانت سبباً أساسياً في حدوثه، خاصة وأن التشريعات كانت قاصرة عن تحقيق الانضباط في التعامل، إضافة إلى أن ممارسات غير أخلاقية قد وقعت من الأطراف المتعاملة، وكان لها أثر كبير في حدوث الأزمة، ومن بين تلك الممارسات البيع الصوري، والاحتكار، استغلال ثقة العملاء، واتفاقيات التلاعب، ولمواجهة تلك المثالب صدرت في الولايات المتحدة سلسلة من التشريعات التي استهدفت وضع حد لتلك الممارسات، كما استهدفت وضع قواعد جديدة تحكم العلاقات بين الأطراف المختلفة بشكل يضيق الفرصة أمام ظهور المزيد من أشكال الممارسات غير الأخلاقية^(١٢٢).

وإذا كان التوسع في التوريق يتجاوز الرافعة المالية والمغالاة في المشتقات المالية وعقودها قد تسبب في تفجير الأزمة المالية العالمية الأخيرة (سبتمبر

١٢١- د. أحمد زكي بدوي، د. صديقة يوسف محمود: معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ١١٦.

١٢٢- د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

٢٠٠٨ م)، فإن التلاعب في توريق الرهون العقارية الأمريكية قد عمق من هذه الأزمة، وأدى إلى انتشارها في بقية مجالات القروض القابلة للتوريق، مثل مجالات القروض الطلابية، وشراء السيارات، وبطاقات الائتمان Credit Cards التي هي على وشك الانفجار؛ لأن قيمتها وصلت إلى تريليون دولار، وبدأ كثير من حاملها في التأخر عن سدادها^{١٢٣}.

وقد نشأت الأزمة الاقتصادية في أواخر عام ٢٠٠٨م داخل الولايات المتحدة الأمريكية، الأمر الذي أثر سلبا على بورصات الأوراق المالية العاملة داخلها، وامتد منها إلى أغلب الأسواق المالية في الكرة الأرضية، والسبب في ذلك يرجع إلى تسارع انتقال العدوى من البورصات الأمريكية إلى البورصات العالمية، ثم إلى البورصات المحلية بالنسبة لكل دولة على حدة؛ والسبب في ذلك يرجع إلى فقدان الثقة في النظام المالي السائد، مما يترتب عليه زيادة المعروض من الأسهم والسندات من أجل البيع، الأمر الذي يؤدي إلى تدهور قيمتها، وبناءً عليه فإن آثار الذعر التي تصيب السوق المالية لبلد معين له موقعه على الساحة الاقتصادية العالمية - تهدد باستقرار النظام المالي، ليس فقط في هذا البلد، بل في

١٢٣- د.صبري عبدالعزيز إبراهيم: التوريق وأثره في وقوع الأزمة المالية العالمية في ضوء الفكر الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية المنعقد بكلية الحقوق بجامعة المنصورة في الفترة من ١- ٢ أبريل ٢٠٠٩م، ص ٣٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

كل البلاد المجاورة له، الأمر الذي يوقع المستثمرين في بورصاتها في دائرة المخاطر المولدة للأزمات^(١٢٤).

٣. عدم العدالة في توزيع الدخل والثروات:

تتيح شركات المساهمة لقاعدة عريضة من المستثمرين فرصة الاستثمار في الأوراق المالية، وكلما كانت القيمة الاسمية لأسهم الشركات المساهمة عند الإصدار الأولي منخفضة اتسعت الفرصة أمام ذوي الدخل المنخفضة والمتوسطة للدخول كمساهمين في تلك الشركات، حيث يرى الاقتصاديون أن أغلب ذوي الدخل المنخفضة والمتوسطة غالباً ما تكون مدخراتهم الخاصة صغيرة جداً، ولا تكفي لإنشاء مشاريع اقتصادية مستقلة ومربحة، فضلاً عن كونهم يفتقرون إلى الخبرة اللازمة لإنشاء المشاريع الاقتصادية وإدارتها، وقد لا يرغبون في توظيف مدخراتهم في البنوك بسبب الربا وبسبب التضخم النقدي الذي يأكل القيمة الحقيقية للنقود (أي القوة الشرائية لها)، وخصوصاً إذا كانت أسعار الفوائد المصرفية أقل من معدلات التضخم النقدي.

فإذا كانت الشركة مربحة احتفظ المستثمر بأسهمها كاستثمار طويل الأجل، وإذا كانت غير مربحة لجأ إلى بورصة الأوراق المالية لبيعها، وقد يربح من

^{١٢٤} - د.حسن محمد الرفاعي: سوق الأوراق المالية من المخاطر إلى الأزمات، قراءة في أبعادها المالية وأحكامها في الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي الثاني: "متطلبات التنمية في أعقاب إفراغات الأزمة المالية العالمية"، جامعة بشار، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، ص ٨. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

بيعتها أيضا كاستثمار قصير الأجل، وهذا يعني أن عملية إعادة توزيع الدخل القومي قد تتم بطريقة اقتناء الأسهم وجني أرباحها، أو بطريقة تداولها عن طريق سوق الأوراق المالية، وفي كلتا الحالتين نجد أن صغار المدخرين مستفيدون في تحسين مستوى معيشتهم، إضافة إلى أن عملية إعادة توزيع الدخل القومي من شأنها أن تعمل على تخصيص وإعادة تخصيص الموارد الاقتصادية الكلية برشد، وعقلانية، وعدالة، وتوازن اقتصادي؛ إذ إن الطلب الكلي على السلع والخدمات الذي ستم إعادة توجيهه وتدويره تجاه سلع وخدمات معينة بسبب عملية إعادة توزيع الدخل القومي، من شأنه أن يؤثر على العرض الكلي (أي الإنتاج الكلي)، ومن ثمَّ يؤثر في عملية تخصيص وإعادة تخصيص الموارد الاقتصادية الكلية التي تسبق العمليات الإنتاجية وتتخللها، وكذلك التي تعقبها.

ومع ذلك يحول التلاعب بالأسعار بين بورصة الأوراق المالية ودورها في إعادة توزيع الدخول والثروات في المجتمع، فيزيد الغني غنى، ويفقر الكثير، وكم من أموال ضاعت على أصحابها في لحظة قصيرة من الزمن، وأقعدتهم محتاجين، وبسبب ذلك انهارت بيوت، وتشتت أسر، وبسبب ذلك دخلت مئات الألوف من الأسر في حلقة الضمان الاجتماعي في بعض البلدان^(١٢٥).

^{١٢٥} - د. شوقي أحمد دنيا: التلاعب في الأسواق المالية، مرجع سابق، ص ١٣.

المبحث الرابع

مكافحة التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية

إن ما تم مناقشته في الفصل الأول والمباحث الثلاثة الأولى من هذا الفصل قد أكد على موقف الشريعة الإسلامية الراض للتلاعب بأسعار الأوراق

المالية المتداولة في البورصة، وهو المسلك نفسه الذي سلكه المشرع الوضعي في التشريع المصري والتشريعات المقارنة، وذلك لجسامة الآثار السلبية التي تترتب عليه؛ فهو يلحق الضرر بالبورصة فيضعف من كفاءتها، ويعوقها عن أداء وظائفها التي من أجلها وجدت، ويلحق الضرر أيضا بجمهور المتداولين فيفقدون بعض مدخراتهم أو كلها؛ ويفقدون الثقة في البورصة، والاقتصاد القومي أيضا؛ فيعدم توفير التمويل اللازم للتنمية الاقتصادية، ويتسبب في الأزمات المالية والاقتصادية، وعدم العدالة في توزيع الدخل والثروات.

ونتيجةً لهذه الآثار السلبية التي يخلقها التلاعب بأسعار الأوراق المالية كان لابد من التصدي لهذه الممارسات غير المشروعة بكل حزم؛ من أجل الحد من عمليات التلاعب بالأسعار في البورصة، وتتعدد طرق المكافحة، وسوف نخصص هذا المبحث لبيان بعض هذه الطرق، وذلك على النحو التالي:

أولاً: دور التشريع في التصدي لعمليات التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية:

جريمة التلاعب بأسعار الأوراق المالية هي إحدى الجرائم الاقتصادية، وهي تؤثر - كما بينا - على حسن سير العمل بالبورصات، وسلامة التعاملات فيها، ولها تأثير سلبي على المستوى العام لأداء البورصات، وعلى المتعاملين

فيها، وكذلك على الاقتصادات القومية، ونظرا لخطورة هذه الجريمة فقد تصدت التشريعات المختلفة لجميع صور وأشكال التلاعب في أسعار الأوراق المالية.

فعندما تتحول المضاربة من مضاربة مقبولة، يسمح بها القانون، إلى مضاربة غير مقبولة، نتيجة لقيام المضاربين بالتأثير في أسعار الأوراق المالية ارتفاعا أو انخفاضاً، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حسب أهوائهم الشخصية، وباستخدام مجموعة من الوسائل غير المشروعة مثل: البيع الصوري، واتفاقيات الاحتكار، واتفاقيات التلاعب، وذلك بهدف التلاعب بأسعار الأوراق المالية، مما يؤثر على الأداء الطبيعي لقانون الطلب والعرض، ومن ثم حدوث خسائر لغالبية المتعاملين بالبورصة، وفقدان الثقة العامة في أسواق الأوراق المالية، وعزوف الكثير من المستثمرين عن دخول هذه الأسواق - تصبح حماية أسعار الأوراق المالية من أهم المهام التي يضطلع بها المشرع، ومن أهم الأهداف التي يجب أن يسعى إلى تحقيقها عن طريق كافة الوسائل القانونية المتاحة، لما لها من آثار سلبية على كافة الأطراف المتعاملة في البورصات والاقتصادات الوطنية.

ويجب التأكيد على أن الإطار القانوني المحكم الذي يمكن أن يتصدى لعمليات التلاعب بالبورصة هو أمر ضروري غير أن المبالغة في فرض القيود لحماية البورصة من المتلاعبين قد يؤدي إلى نتيجة عكسية، ألا وهي فشل البورصة في أداء دورها المهم في التنمية الاقتصادية؛ لذا يجب أن يصاغ التشريع بالطريقة التي تصون البورصة دون أن تعيق عملها وأدائها لوظائفها.

وفيما يلي نعرض - بصورة موجزة - دور التشريعات الوضعية في مكافحة التلاعب بالأسعار في أسواق رأس المال، وذلك في بعض الدول التي لها تاريخ كبير وتشريعات مهمة في مجال بورصة الأوراق المالية، مثل فرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية، مع عرض للاطار القانوني لجريمة التلاعب بالأسعار في التشريع المصري:

(أ) مكافحة التلاعب بالأسعار في التشريع الفرنسي:

مرت تشريعات مكافحة التلاعب في فرنسا بمراحل عديدة بدأت منذ عام ١٨١٠م، حيث جرم قانون ١٨١٠م^{١٢٦} الممارسات غير المشروعة في السوق، فوفقا لنص المادة (٤١٩) من قانون سنة ١٨١٠م "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة أو بالغرامة كل من يقوم بممارسات غير مشروعة في السوق، مثل: تعمد نشر أخبار مضللة على العامة، من أجل رفع أو خفض أسعار السلع أو البضائع، أو لترتيب آثار سياسية، وذلك خلافا لقانون المنافسة الطبيعية، من خلال الاتفاق أو التحالف بين المالكين الرئيسيين لنفس السلع أو البضائع، بغرض عدم البيع، أو عدم البيع إلا عند سعر معين"، ومع ذلك فقد أكد الفقه الفرنسي^{١٢٧} على أن نطاق هذه المادة لا يمتد إلى الأوراق المالية، وبالتالي لا يمتد

^{١٢٦} - ويعرف هذا القانون أيضا بقانون العقوبات النابليوني لعام ١٨١٠م (Le Code Pénal Napoléonien de 1810)، وقد ظل هذا القانون مطبقا منذ صدوره في عام ١٨١٠م حتى عام ١٩٩٤م.

127- Edmond- Eugène Thaller: Traité élémentaire de droit commercial, 4eme édition, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1910, p.491.

إلى الممارسات التي تهدف إلى رفع أو تخفيض أسعار الأوراق المالية، وذلك على الرغم من أن النص جاء عاما بشأن جريمة إفساد الأسعار والتواطؤ.

ورغم تعديل القانون المذكور في ٢٤ يوليو سنة ١٨٦٧م، فإنه لم يتناول بالعقاب إلا الجرائم المتعلقة بخفض أو رفع أسعار المواد الغذائية، أو الأوراق والأملك العامة، أي أن هذا التعديل لم ينص صراحة على تجريم التلاعب بأسعار الأوراق المالية، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ٣٠ يونيو سنة ١٨٨٥م أنه لا يدخل في هذا الصدد الأوراق المالية^(١٢٨).

وعندما صدر المرسوم رقم ٦٧/٨٣٣ الصادر في ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧م بشأن إنشاء لجنة عمليات البورصة La Commission des Opérations de Bourse (COB)، وفيما يتعلق بعملية إعلام حاملي الأوراق المالية والإعلان عن بعض عمليات بورصة الأوراق المالية^(١٢٩)، جرّمت المادة ١٠-١-١٠ فقرة ٣ إطلاق معلومات كاذبة تؤثر على مسار البورصة^(١٣٠)، كما جرّمت المادة ١٠-٣ من القانون سالف الذكر التلاعب في عمليات البورصة الذي يتم من خلال

128- Ibidem, mentioning a decision of the Cassation Court, Cass.com.

30 July 1885, D.86, 1.389

129- Journal officiel du 29 Septembre 1967.

130- <http://www.soficom.fr>

ممارسة أو محاولة ممارسة مناورات تؤثر على أسعار الأسهم باستخدام تقنية تسمى الغلاية (Bouilloire)، أو غرفة الغلاية (Boiler Room)^(١٣١).

وقد كان لصدور القانون رقم ٦٧/٨٣٣ دور مهم في تطور التشريع الفرنسي في مجال سوق المال؛ إذ نص على تأسيس لجنة عمليات البورصة، وهي المؤسسة التي كانت مسؤولة بمفردها عن الإشراف على الأسواق المالية الفرنسية، وكان لها حق التحقيق في الانتهاكات التي يقوم بها المتعاملون في سوق المال الفرنسي، وعندما صدر القانون رقم ٢٢/٧٠ الصادر في ٢٢ يناير ١٩٨٨م أكد على اختصاصات وصلاحيات لجنة عمليات البورصة، وذلك في سياق الإطار القانوني لعمليات الخصخصة التي كانت تجري في تلك الفترة في فرنسا، وقد عزز مشروع هذا القانون الذي أعدته الحكومة الفرنسية من اختصاصات وصلاحيات لجنة عمليات البورصة، ولكن البرلمان - بدعم من المجلس الدستوري - قيد سلطة لجنة

^{١٣١} - الغلاية (Bouilloire) أو غرفة الغلاية (Boiler Room) هي عبارة عن عمل إجرامي يرمي إلى حث الأفراد على الاستثمار في أوراق مالية غير معروفة بهدف إحداث ارتفاع مصطنع في أسعارها، وذلك من خلال إجراء عمليات مصطنعة بأسعار متسارعة في الارتفاع دون ارتباط بالأداء الاقتصادي للشركة، أو بطروف الطلب والعرض الطبيعية في أسواق رأس المال، وتستخدم هذه الطريقة غالبا على الأسهم ذات التداول المحدود، حيث يقوم المتلاعبون بإعطاء العديد من أوامر الشراء، حتى يقتنع المتعاملون بأهمية التعامل على هذا السهم، فيقبلوا على الشراء، ويستمر تصاعد السعر، ويزداد مع كل عملية صورية إلى النسبة القصوى المسموح بها للارتفاع، حتى يصل إلى السعر الذي يهدف إليه المتلاعبون، ثم يعطون بعد ذلك أوامر بيع الأسهم التي في حوزتهم مسبقا، ويحصلون على الأرباح التي يحققونها، ويخرجون من السوق، وتعتمد هذه العملية أساسا على الغش، ويتحقق لها النجاح كلما كان السوق ضيقا، فالنمو المفاجئ في حجم التعامل بالنسبة لمثل هذا السهم، والارتفاع المصطنع للسعر يخدع المستثمرين لصالح المتلاعبين.

عمليات البورصة في تطبيق عقوبات على الأشخاص الذين يتم التحقيق معهم،
وتثبت مخالفتهم لتشريعات البورصة^(١٣٢).

وعندما صدر القانون رقم ٥٣١ الصادر في ٢ أغسطس ١٩٨٩م، بشأن
أمن وشفافية السوق المالية، أعطى لجنة عمليات البورصة الحق في معاقبة
منتهكي الأحكام القانونية في هذا الشأن، ووفقاً لهذا القانون أصبح للجنة عمليات
البورصة الحق في معاقبة الأشخاص الذين يغطون آلية عمل السوق لجني مكاسب
كبيرة غير مبررة، ولا يمكن الحصول عليها حال عمل السوق بشكل طبيعي، مما
ساعد على المساواة بين المستثمرين فيما يتعلق بالحصول على المعلومات^(١٣٣).

كما نص القانون رقم ٥٣١ على حق لجنة عمليات البورصة في استجواب
أي شخص يشتبه في مخالفته للأحكام المنظمة للبورصة، ولها كذلك طلب جميع
الوثائق والمستندات ذات الصلة، كما أعطى هذا القانون موظفي لجنة عمليات

132- Cristian Dutescu: Manipulation of Capital Market, Bucharest, 2008,

P. 38:

http://www.dutescu.com/uploads/files/The_manipulation_of_capital_mark

et- Cristian_Dutescu.pdf

133- Ibidem, P. 38.

البورصة الحق في دخول مقار المؤسسات التي تتعامل في السوق، كما يحق لموظفي اللجنة تفتيش محال إقامة الأشخاص الذين يتم التحقيق معهم، ولكن تحت رقابة قضائية، وتعتبر هذه الرقابة القضائية ضمانا مهمة لحرية الأفراد^(١٣٤).

وفي عام ٢٠٠٠م تم إصدار قانون الأسواق النقدية والمالية الفرنسي^{١٣٥} الذي نصت المادة ٤٦٥-١ والمادة ٤٦٥-٢ منه على معاقبة كل من ينشر معلومات كاذبة أو خاطئة في السوق، مما يؤثر على أسعار الأوراق المالية المتداولة فيه، وكذلك تجريم المناورات التي تهدف إلى التأثير على الحركة الطبيعية للسوق عن طريق تضليل المستثمرين.

وفي ١ أغسطس ٢٠٠٣م صدر القانون رقم ٢٠٠٣/٧٠٦م، وبموجبه تم دمج لجنة عمليات البورصة La Commission des Opérations de

134- Ibidem, P. 38.

135- Ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie Législative du code monétaire et financier.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5F6D2242DC34>

[68A7E7AD93D48073E547.tpdjo10v_3?cidTexte=JORFTEXT000000](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5F6D2242DC34_68A7E7AD93D48073E547.tpdjo10v_3?cidTexte=JORFTEXT000000)

[574489&categorieLien=id](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5F6D2242DC34_68A7E7AD93D48073E547.tpdjo10v_3?cidTexte=JORFTEXT000000_574489&categorieLien=id)

Le Conseil des Marchés Bourse (COB)، وهيئة الأسواق المالية
Le Conseil Financiers (CMF)، ومجلس التأديب الخاص بالإدارة المالية
de Discipline de la Gestion Financière (CDGF)، في هيئة واحدة هي
هيئة الأسواق المالية (AMF) Autorité des Marchés Financiers،
وتختص هذه المؤسسة بتفعيل تطبيق القواعد القانونية المنظمة للأسواق المالية
الفرنسية.

(ب) مكافحة التلاعب بالأسعار في التشريع الأمريكي^(١٣٦):

يستند نشاط سوق رأس المال في الولايات المتحدة الأمريكية إلى عدة
قوانين وقواعد لتنظيم السوق، وتوفير الحماية للمستثمر، فضلا عن ترسيخ قواعد
العدالة والأمان للتعامل في السوق، ويعتبر قانون مقاومة الاحتكار (Antitrust
Act) الذي صدر في عام ١٨٩٧م هو أول القوانين التي صدرت في مواجهة
جريمة التلاعب وغيرها من الجرائم التي تتطوي على الإخلال بقانون الطلب
والعرض في السوق.

وعقب أحداث الكساد العظيم عام ١٩٢٩م كشفت التحقيقات أن أسواق
رأس المال كانت سببا أساسيا في حدوثه، فقد كانت التشريعات قاصرة عن تحقيق

^{١٣٦} - لمزيد من التفصيل حول التشريعات المنظمة لسوق رأس المال الأمريكي راجع:

- د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ١٨١ وما بعدها.

- Cristian Dutescu: Manipulation of Capital Market, Ibidem, P. 42 – 48.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

الانضباط في التعامل، ذلك أن ممارسات غير أخلاقية قد وقعت من الأطراف المتعاملة، وكان لها أثر كبير في حدوث الأزمة، ومن بين تلك الممارسات البيع الصوري، والاحتكار، واستغلال ثقة العملاء، واتفاقيات التلاعب، ولمواجهة تلك المثالب صدرت في الولايات المتحدة سلسلة من التشريعات استهدفت وضع حد لتلك الممارسات، كما استهدفت وضع قواعد جديدة تحكم العلاقات بين الأطراف المختلفة بشكل يضيق الفرصة أمام ظهور المزيد من أشكال الممارسات غير الأخلاقية^(١٣٧)، ونعرض فيما يلي أهم هذه التشريعات بشيء من التفصيل:

١. قانون الأوراق المالية (Securities Act) لسنة ١٩٣٣م:

صدر قانون الأوراق المالية الذي يعرف أيضا بقانون الحقيقة (Truth in Securities Act) في عام ١٩٣٣م كآلية من آليات معالجة الآثار المدمرة التي خلفتها أزمة الكساد الكبير التي حدثت خلال الفترة من ١٩٢٩م حتى ١٩٣٣م^(١٣٨)، وعلى الرغم من أن هذا القانون لا يُعنى إلا بالأوراق المالية التي تصدر في سوق الإصدار (السوق الأولية)، إذ تخرج الأوراق المالية المتداولة في سوق التداول (السوق الثانوية) عن نطاق ولايته، فإن هذا القانون يعتبر البداية الحقيقية لمكافحة التلاعب في بورصات الأوراق المالية في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد هدف هذا القانون إلى ضمان توفير المعلومات عن الأوراق المالية

^{١٣٧} - دمنير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

التي تطرح في سوق الإصدار؛ وذلك لتزويد المستثمرين المحتملين بالمعلومات الصحيحة عن الأوراق المالية محل الإصدار؛ ليمكنوا من اتخاذ القرار الملائم بشأن الاستثمار فيها من عدمه، كما هدف هذا القانون إلى منع التزييف والغش وأي ممارسات غير مشروعة تؤثر على بيع الأوراق المالية^(١٣٩).

ولتحقيق هذه الأهداف ألزم القانون المنشآت المصدرة للأوراق المالية بتسجيل الأوراق المالية الجديدة التي تصدرها، وذلك من خلال تقديم طلب تسجيل إلى لجنة الأوراق المالية والبورصة في كل مرة ترغب فيها في إصدار أوراق مالية جديدة، ويقتضي هذا التسجيل تزويد اللجنة ببيانات عن المنشأة المعنية، ومعلومات بشأن الاتفاق المبرم بينها وبين بنك الاستثمار، وينبغي ملاحظة أن قبول طلب التسجيل لا يعني أن الورقة محل الإصدار جيدة، أو أن هناك ضمانات تجاه شراء الأوراق المالية المصدرة، وإنما يعني أنها استوفت تقديم المعلومات والبيانات التي يتطلبها القانون، وأن هذه البيانات صحيحة، أما الرفض فيعني عدم توافر البيانات المطلوبة، أو أن هناك ملاحظات بشأنها.

وتتطبق شروط التسجيل على المنشآت المحلية والأجنبية أو الحكومات

التي تطرح أوراقا مالية في الولايات المتحدة الأمريكية، ويستثنى من ذلك ما يلي:

- الأوراق المالية المصدرة من الحكومات المحلية.

- الإصدارات الصغيرة التي لا تتجاوز حداً معيناً تحدده لجنة الأوراق المالية والبورصة.

- الإصدارات الخاصة بالمنشآت الاستثمارية الصغيرة.

كما تضمن قانون الأوراق المالية العديد من القواعد والإجراءات التي تنظم الإصدارات الجديدة من الأوراق المالية، وفي عام ١٩٨٢م تم تعديل هذا القانون، حيث أجاز المشرع للمنشأة أن تتقدم بخطة طويلة الأجل، تتضمن الأوراق التي ترغب في إصدارها خلال السنوات المقبلة، وبمجرد قبول الطلب يصبح من حق المنشأة أن تصدر تلك الأوراق على أي عدد من المرات.

٢. قانون البورصة (Securities Exchange Act) لسنة ١٩٣٤م:

صدر قانون البورصة لعلاج مسألتين هامتين أغفلهما قانون الأوراق المالية لسنة ١٩٣٣م، وهما: عدم تحديد جهة اختصاص معينة يلقي على عاتقها تنفيذ القانون، وقصر ولاية القانون المذكور على سوق الإصدار دون أن يمتد إلى سوق التداول، ويضاف إلى ذلك مسألة تالفة هي إحكام الرقابة على نشاط التعامل في الأوراق المالية للحد من الممارسات غير الأخلاقية^(٤٠).

وبالتالي فقد استهدف هذا القانون توسيع دائرة حماية المستثمر من التعامل في الأوراق المالية، سواء وقت الإصدار، أو التعامل، أو التداول، وذلك بمنع الممارسات غير المشروعة من خلال وضع القواعد التالية^(٤١):

١٤٠- د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ١٨٦.

١٤١- راجع:

- د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

- د. محمد حلمي عبدالنواب، مرجع سابق، ص ٤١٠-٤١٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

- جهة الإشراف على تنفيذ القانون: فقد نص القانون المذكور على إنشاء لجنة من خمسة أعضاء، يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية، ويعتمده الكونجرس، ويطلق عليها لجنة الأوراق المالية والبورصة Securities and Exchange Commission (SEC).

- ولاية القانون: مدد القانون ولايته إلى السوق الثاني، وأصبح لزاما على كافة الأسواق المنظمة أن تتقدم بطلب تسجيل لدى لجنة الأوراق المالية والبورصة، وقد منح القانون سلطات واسعة للجنة في شأن تلك الأسواق، وإصدار قواعد ولوائح تنفيذية داخلية تنص على طرد أي عضو يمارس نشاطه بطريقة غير قانونية.

- تفويض التصويت: وضع القانون قواعد لتنظيم عملية حصول أعضاء مجلس الإدارة أو المستثمرين على تفويض بالتصويت في الجمعية العمومية نيابة عن بعض حملة الأسهم، فالتفويض لا بد أن يقترن بتوضيح كل الحقائق والمعلومات عن حملة الأسهم، كما يتطلب التفويض موافقة لجنة الأوراق المالية والبورصة عليه للتأكد من استيفاء شروطه.

- التداول الداخلي: يحظر القانون تعامل المديرين والعاملين بالمنشأة الذين تتاح لهم معلومات داخلية لا تتاح للعامة؛ إذ يقومون بشراء أو بيع الأوراق المالية لتحقيق مكاسب أو تجنب خسارة بناءً على معلومات لديهم لا تتوافر للعامة، وكذلك يعد من الممارسات غير المشروعة قيامهم بتوفير معلومات لآخرين تمكنهم من الكسب أو تجنب الخسارة قبل أن تصل تلك المعلومات إلى العامة، وقد وضع القانون عقوبات صارمة على هذه التصرفات، وتم تشديدها في عام ١٩٨٤م بحيث تفرض على المستفيد

غرامة تعادل ثلاثة أضعاف ما حققه من ربح نتيجةً لاستخدامه لمعلومات داخلية.

وفي عام ١٩٨٦م وسَّع الكونجرس من قواعد الإفصاح لمزيد من الرقابة على المنشآت، بحيث تتطلب معلومات عن الشخص الذي يرغب في الحصول على أكثر من ٥% من أسهم المنشأة، سواء بالشراء المباشر، أو بنظام العطاءات.

ويُلزم القسم السادس عشر من القانون أعضاء مجلس الإدارة والعاملين الذين تزيد حصصهم عن ١٠% من الأسهم المسجلة للمنشأة بتقديم تقرير للجنة الأوراق المالية والبورصة عند حدوث أي تغيير في حصصهم بالمنشأة.

التداول وممارسة البيع: اهتم القانون بعمليات التداول والممارسات التي تتم في السوق، سواء في السوق المنظمة أو غير المنظمة من أجل حماية المستثمر والعامّة، وتم وضع مجموعة من الضوابط التي تمنع الغش، أو التدليس، أو أي نوع من الممارسات غير المشروعة، وتضطلع لجنة الأوراق المالية والبورصة بوضع القواعد المناسبة لتحقيق هذا الهدف.

٣. قانون شركات الاستثمار (Investment Company Act) لسنة

١٩٤٠م^{١٤٢}:

^{١٤٢} - د. محمد حلمي عبدالقواب، مرجع سابق، ص ٤١٣ - ٤١٤.

ينظم قانون شركات الاستثمار الشركات التي تستثمر في الأوراق أو تقوم بإعادة الاستثمار والطرح العام للأوراق المالية، كما يجب أيضا تسجيل الأوراق المالية التي تطرحها هذه الشركات وفقا لقانون الأوراق المالية لسنة ١٩٣٣م.

ويتطلب تسجيل شركات الاستثمار الإفصاح عن مركزها المالي، والسياسات الاستثمارية، ومعلومات كاملة عن نشاطها، ويحدد القانون بصفة خاصة الشروط الآتية:

- منع تغيير طبيعة النشاط أو السياسات الاستثمارية دون موافقة أصحاب الأسهم.
- عدم تعامل الشركات مع أشخاص ثبت قيامهم بالغش في الأوراق المالية.
- منع مساهمة بنوك الاستثمار أو السماسرة إلا في حدود الأقلية.
- حظر الاستثمار فيما بين الشركات إلا بموافقة من لجنة الأوراق المالية والبورصة.
- يجب على شركات الاستثمار إرسال تقرير دوري إلى لجنة الأوراق المالية والبورصة يبين تطور أعمالها.
- وإحكام الرقابة على ممارسات شركات الاستثمار فقد نص القانون أيضا على تجريم بعض الأمور، أهمها:

- ارتباط الشركة مع شخص ثبت ممارسته الغش والتواطؤ.
- إبرام الشركة لصفقات بينها وبين العاملين أو المديرين بصفتهم الشخصية دون موافقة اللجنة.

- استخدام القرض أو الأسهم في التمويل إلا في ظروف استثنائية.

٤. قانون حماية المستثمر في الأوراق المالية (Security Investor Protection Act) لسنة ١٩٧٠م:

أصدر المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩٧٠م قانونا خاصا لحماية المستثمر، ونص فيه على إنشاء مؤسسة حماية المستثمر التي تهدف إلى تأمين حسابات المتعاملين في الأوراق المالية لدى مكاتب السمسرة، وتلتزم مكاتب السمسرة بعضوية المؤسسة، وتدفع أقساطا سنوية من أرباحها، وتقوم المؤسسة باستخدام حصيلة العضوية في تعويض العملاء عن خسائرهم بسبب إفلاس مكاتب السمسرة، وقبل إنشاء هذه المؤسسة كانت بورصة نيويورك هي التي تقوم بتعويض خسائر العملاء من أموال مخصصة لهذا الغرض، غير أن تزايد عدد شركات السمسرة التي تعرضت للإفلاس أدى إلى نضوب تلك المخصصات وعجز بورصة نيويورك عن تعويض خسائر العملاء.

وقد أدى هذا القانون إلى تشجيع الأفراد على التعامل مع مكاتب السمسرة دون خوف من نوعية المكاتب أو حجمها المالي، وهو ما يشجع على المزيد من التعامل في الأوراق المالية وانتعاش البورصة.

٥. قوانين السماء الزرقاء (Blue Sky Laws):

يقصد بقوانين السماء الزرقاء تلك القوانين التي تصدرها كل ولاية، ورغم التفاوت في مكونات وتفاصيل تلك القوانين من ولاية إلى أخرى، فإن هناك مجالات أساسية مشتركة فيما بينها، وفي مقدمة تلك المجالات الممارسات غير

الأخلاقية التي تصدر من المتعاملين في أسواق رأس المال، وشروط تسجيل الأوراق المالية لدى الجهة المختصة في الولاية، وذلك بالنسبة للأوراق التي تتداول محليا، إلى جانب وضع شروط تسجيل بيوت السمسرة التي يسمح لها بممارسة عملها داخل الولاية^{١٤٢}.

(١٤١) تسجيلها.

^{١٤٢} - د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، ص ٢٠٠ - ٢٠١.

٦. قانون ساربانس أوكسلي (Sarbanes Oxley Act) لسنة ٢٠٠٢م^(١٤٤) صدر هذا القانون عقب انهيار إحدى أكبر الشركات الأمريكية في مجال الطاقة، وهي شركة إنرون (Inron)، وكذلك شركة ورلدكوم (Worldcom) بالاشتراك مع شركة المحاسبة آرثر أندرسون (Arthur Andersen LLP) في عام ٢٠٠٢م، وهذا القانون يهتم بشكل عام بإحكام الرقابة المحاسبية على الشركات، وهو يُعنى بالشركات الأمريكية والأجنبية التي تتداول أسهماها في البورصة الأمريكية، بحيث يجب عليها عمل تقارير سنوية للجنة الأوراق المالية والبورصة بخصوص ما يتعلق بالإجراءات الرقابية المحاسبية الداخلية.

كما يوجب هذا القانون على المحاسبين الخارجيين أن يتأكدوا من أن الشركة قد أحكمت رقابتها الداخلية على الأنظمة المحاسبية التي تستخدمها، ويجب كذلك على مكتب المحاسبة الخارجي أن يقوم بالشهادة على صحة التقارير المالية الصادرة عن الشركة، وقد نص القانون على جزاءات مدنية وجنائية في حالة عدم التطبيق^(١٤٥).

١٤٤- ويعرف هذا القانون أيضا باسم (قانون إصلاح شركات المحاسبة العامة وحماية المستثمر)

(The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act)

- https://www.sec.gov/news/studies/2009/sox-404_study.pdf

145- Greg Farrell: America Robbed Blind, Wizard Academy Press, 2005.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ١٧ - المجلد الأول

(ج) مكافحة التلاعب بالأسعار في التشريع المصري:

جرّم المشرع المصري - منذ زمن بعيد، وبصفة عامة - عمليات التلاعب بالأسعار، فقد نصت المادة (٣٤٥) من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م بإصدار قانون العقوبات، على أن "الأشخاص الذين تسببوا في علو أو انحطاط أسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها في المعاملات التجارية بنشرهم عمدا بين الناس أخبارا أو إعلانات مزورة أو مفتراة أو بإعطائهم للبايع ثمنا أزيد مما طلبه أو بتواطئهم مع مشاهير التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعة أو غلال على عدم بيعه أصلا أو على منع بيعه بثمن أقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأي طريقة احتيالية أخرى يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد على سنة، وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

ومن الملاحظ أن المشرع المصري في هذا النص لم يقصر التجريم على المضاربة غير المشروعة في الأوراق المالية فقط، وإنما جعل نطاقه يمتد إلى سلع ومواد أخرى، وقد جعل المشرع المصري معيار المضاربة غير المشروعة هو ارتفاع أو انخفاض قيمة هذه السلع أو القيم المنقولة عن السعر المقرر له في

المعاملات التجارية، أي السعر السائد وفقا للمجرى الطبيعي لقانون الطلب والعرض^(١٤٦).

كما يلاحظ أيضا من النص السابق، أن المشرع المصري قد جرّم طائفتين من الأفعال خلال تجريمه للتلاعب بالأسعار، وهما:

١. نشر أخبار وإعلانات كاذبة أو مفتراة تؤدي إلى رفع أو خفض الأسعار.
 ٢. عرض أسعار أعلى من الأسعار السائدة في السوق على البائعين وذلك بالتواطؤ مع مشاهير التجار في السوق، وصولا إلى الاستحواذ على سلع أو أوراق مالية معينة، وذلك لاحتكارها والتحكم في سعرها علوا أو انخفاضا.
- وبالرغم من أن المشرع المصري قد ذكر في المادة السابقة بعض الوسائل الاحتمالية التي تقع بها الجريمة فإنه أطلقها في نهاية النص بقوله "أو بأية طريقة احتمالية أخرى"؛ إذ أدرك المشرع صعوبة الإحاطة الشاملة بكل الوسائل الاحتمالية، وترك الباب مفتوحا لأية وسيلة أخرى من شأنها أن تؤدي إلى رفع أو خفض الأسعار^(١٤٧).

وعندما صدر القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال حظر

^{١٤٦} - د. عمر سالم: "الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ٥.

١٤٧ - د. نصيف محمد حسين: النظرية العامة في الحماية الجنائية للمستهلك، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٢٢١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

المشروع المصري في المادة ٦٣^(١٤٨) منه التلاعب بأسعار الأوراق المالية أو التأثير على السوق، وذلك بقوله "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه، ولا تزيد على عشرين مليون جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين:.... ٦- كل من عمل على قيد سعر غير حقيقي، أو عملية صورية، أو حاول بطريق التدليس التأثير على أسعار السوق...".

وهنا يثير البعض^(١٤٩) مشكلة التنازع الظاهري بين النصوص القانونية في مجال تجريم عمليات التلاعب، حيث يوجد أكثر من نص تحريمي يمكن أن تندرج تحته الواقعة المرتكبة، ويبين هذا البعض الحل في هذه الحالة، وهو أن النص الخاص (نص المادة ٦٣) من القانون رقم رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال) يقيد النص العام (المادة ٣٤٥) من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بإصدار قانون العقوبات) ويستبعده من التطبيق، وعلى ذلك فإن النص الواجب التطبيق على جرائم التلاعب في أسعار الأوراق المالية أو المضاربة غير المشروعة هو نص المادة (٦٣) من قانون سوق رأس المال باعتباره النص الخاص، كما أن نص المادة (٦٣) يقرر عقوبة أشد من العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٤٥)

١٤٨- تم استبدال صدر المادة (٦٣) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال بموجب القانون

رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٨م

١٤٩- د. محمد فاروق عبدالرسول، مرجع سابق، ص ١٣٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ١٧-٢٠٠٧م الطبعة الأولى

ويلاحظ أن المشرع المصري في المادة (٦٣) سألفة الذكر لم يحدد وسائل محددة يتم بواسطتها ارتكاب جريمة التلاعب بأسعار الأوراق المالية، وبذلك يكون قد ترك الباب مفتوحاً لأية وسيلة من الوسائل التي تؤثر على الأسعار بطريقة مفتعلة وغير طبيعية، وذلك إيماناً من المشرع بأنه لا يمكن حصر كل الوسائل الاحتمالية التي تتصف بالتجدد والتطور الدائمين، وهذا المسلك هو نفسه الذي سلكه المشرع في التشريعات المقارنة.

وقد سارت اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري^{١٥٠} على النهج الذي نفسه انتهجه المشرع في القانون، فنصت في صدر المادة (٣٢١) منها على أنه "يحظر مطلقاً التلاعب بأسعار الأوراق المالية...)", غير أنها أريدت بذكر بعض الأمثلة لممارسات التلاعب المجرمة، وذلك بقولها في ذات المادة (...ويحظر على الأخص القيام بأي مما يلي:

١. التأثير على السوق أو على الأسعار بأي تعامل من خلال تنفيذ عمليات لا تؤدي إلى تغيير المستفيد الفعلي.
٢. تنفيذ عمليات متفق عليها مسبقاً بقصد الإيحاء بوجود تداول على ورقة مالية معينة.

١٥٠- الصادرة بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣م، والمنشورة بالوقائع المصرية العدد

٨١ تابع في تاريخ ١٩٩٣/٠٤/٠٨م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية للعدد الأول. ٢٠١٧. المجلد الأول

٣. نشر أو المساعدة في نشر أخبار مضللة أو غير مدققة.
٤. نشر أخبار تتعلق بقرّب تغير سعر ورقة مالية من أجل التأثير علي أسعارها والتعامل عليها.
٥. اشتراك الجهة المصدرة في التعامل علي أوراقها المالية بغرض التأثير علي سعرها، أو بطريقة يترتب عليها الإضرار بأى من المتعاملين عليها، وذلك دون الإخلال بالأحكام المنظمة للتعامل على أسهم الخزينة.
٦. الإدلاء في وسائل الإعلام- أيا كان نوعها- بأي معلومات غير صحيحة، أو غير مدققة، من شأنها التأثير علي السوق أو المتعاملين فيه لتحقيق نفع شخصي، أو لصالح شخص، أو جهة معينة.
٧. إجراء عمليات أو إدراج أوامر بنظم التداول بالبورصة بغرض الإيحاء بوجود تعامل على ورقة مالية، أو التلاعب في أسعارها من أجل تسهيل بيعها أو شرائها.
٨. الاشتراك في أي اتفاقات أو ممارسات تؤدي لتضليل أو خداع المستثمر، أو للتأثير بصورة مصطنعة، أو التحكم في أسعار بعض الأوراق المالية، أو في السوق بصفة عامة.
٩. القيام منفردا أو بالاشتراك مع آخرين بإدخال أوامر إلى نظم التداول بالبورصة، يكون هدفها إعطاء صورة مضللة أو غير صحيحة عن حجم نشاط وسيولة أو سعر ورقة مالية معينة في السوق.
١٠. القيام منفردا أو بالاتفاق مع آخرين بإدخال أوامر إلى نظم التداول بالبورصة علي ورقة مالية معينة للتأثير علي سعر الورقة، سواء بالارتفاع، أو الانخفاض، أو التثبيت، تحقيقا لأهداف غير مشروعة، مثل التأثير في قيمة الاستثمارات لتحقيق نفع خاص، أو للتهرب من الضرائب، أو للوصول لسعر

معين تم الاتفاق عليه مسبقا مع طرف آخر تحقيقا لغرض مخالف للقانون أو القواعد والأعراف المهنية كرفع أسعار أوراق مالية معينة للحصول على ائتمان بضمانها.

١١. استغلال أمر أو مجموعة أوامر صادرة من عميل أو مجموعة عملاء، وتكون كميات هذه الأوامر من شأنها تحريك سعر ورقة مالية، أو القيام بالتداول في نفس اتجاه هذه الأوامر قبل تنفيذها، مما قد يحقق أرباحا نتيجة استغلال أوامر العملاء بصورة غير مشروعة، كما يحظر أيضا الاتفاق مع آخرين، أو إصدار توصيات لهم بالتحرك في نفس اتجاه هذه الأوامر قبل تنفيذها.

١٢. التعامل بأسماء وحسابات وهمية لتنفيذ بعض الصفقات، أو إدراج أوامر وهمية بنظم التداول بالبورصة لا تقابلها أوامر بيع أو شراء حقيقية، أو إدراج أوامر بأسعار لا مبرر لها، يكون من شأنها خلق حالة ظاهرية مضللة، لا تمثل واقع التداول الفعلي.

١٣. السيطرة أو محاولة السيطرة على الطلبات أو العروض بالسوق، أو الاستحواذ أو محاولة الاستحواذ علي موقف متحكم في ورقة مالية للتلاعب في سعرها، أو لخلق أسعار غير مبررة، أو للتأثير علي قرارات المتعاملين بشأنها.

١٤. نشر معلومات غير حقيقية أو مضللة عن السوق بقصد تحريك أسعار الأوامر والتنفيذ نحو اتجاه معين.

١٥. الامتناع عن عرض أو طلب الأوراق المالية بيعا أو شراء بقصد التأثير علي أسعارها على الرغم من وجود أوامر بيع أو شراء، أو الاتفاق مع أي طرف على القيام بعمليات توهي بوجود عرض أو طلب على هذه الأوراق".

وبذلك يكون المشرع قد قام من خلال هذه المادة بضرب أمثلة لصور التلاعب بأسعار الأوراق المالية التي تعد شائعة الحدوث في أسواق الأوراق المالية؛ وذلك لأن صور التلاعب- كما ذكرنا- لا يمكن أن تقع تحت حصر في الواقع.

ويقرر البعض^(١٥١) أنه لا يشترط أن يؤدي ارتكاب الوسائل الاحتمالية إلى حدوث تأثير مفتعل على الأسعار بالفعل، بل يكفي محاولة ذلك، ويعبر عن ذلك صراحةً نص المادة (٦٣) من قانون سوق رأس المال السالف ذكرها، فالجرائم الاقتصادية عموماً لا تتطلب وقوع ضرر فعلي، بل يكفي مجرد التهديد بوقوع هذا الضرر.

والغالب في القانون العام هو تجريم النتائج الضارة، أما تجريم النتائج الخطرة فأمر نادر، وعلى العكس من ذلك تغلب النتائج الخطرة في الجرائم الاقتصادية؛ لذلك فإن المشرع قصد بتجريم الأفعال المتقدمة منع وقوع النتائج الضارة، وهو لا يعاقب عليها بوصف الشروع أو المحاولة، وإنما بوصفها جرائم تامة قائمة بذاتها^(١٥٢).

وجدير بالذكر أن المشرع المصري قد أجاز لرئيس البورصة - في المادة

^{١٥١} - د. محمد فاروق عبدالرسول، مرجع سابق، ص ١٣٤.

^{١٥٢} - د. محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص

(٢١) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال-وقف عروض وطلبات التداول التي ترمي إلى التلاعب في الأسعار، وإلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة بتنفيذها، أو التي تتم بسعر لا مبرر له، كما أعطى المشرع لرئيس البورصة الحق في وقف التعامل على ورقة مالية إذا كان من شأن استمرار التعامل بها الإضرار بالسوق أو المتعاملين فيه، وله أن يتخذ في الوقت المناسب أيًا من الإجراءات السابقة^(١٥٣).

وقد ورد بقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في المادة (٢٣) منه النص على أن: "ينشأ صندوق خاص، تكون له الشخصية المعنوية لتأمين المتعاملين من المخاطر غير التجارية الناشئة عن أنشطة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، ويكون إنشاء هذا الصندوق بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير واقتراح مجلس إدارة الهيئة، ويتضمن قرار إنشاء الصندوق نظام إدارته، وعلاقته بالشركات المشار إليها، ونسبة مساهمة كل منها في موارده، ومقابل التأخير في الوفاء بهذه المساهمة وأي مبالغ مستحقة للصندوق عن المواعيد المحددة للوفاء بها، وكذلك قواعد إنفاق واستثمار هذه الموارد، والمخاطر

١٥٣- للاطلاع على بعض العمليات التي قامت إدارة البورصة بإلغائها بسبب التلاعب راجع الرابط التالي:

<http://www.alborsanews.com/?s=%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%84%D8%A7%D8%B9%D8%A8+%D9%81%D9%8A+%D8%A7%D9%84%D8%A8%D9%88%D8%B1%D8%B5%D8%A9>

التي يؤمنها الصندوق، وأسس التعويض عنها".

وتنفيذا لهذا النص أصدر رئيس الوزراء القرار رقم ١٧٦٤ لعام ٢٠٠٤م بإنشاء صندوق تأمين لحماية المتعاملين في السوق من الأخطار غير المتعلقة بالتداول والناجمة عن أنشطة شركات الأوراق المالية.

ويضم الصندوق في عضويته جميع الشركات المرخص لها بمزاولة أحد الأنشطة العاملة في مجال الأوراق المالية، وهي: الوساطة في الأوراق المالية، وتكوين وإدارة محافظ الأوراق المالية، والوساطة في السندات، وأمناء الحفظ، والمقاصة والتسوية، والإيداع والقيود المركزي.

ويلتزم صندوق حماية المستثمر بتغطية الخسائر المالية لعملاء الأعضاء ضد المخاطر غير التجارية الواقعة في نطاق حماية الصندوق، والتي قد تؤدي إلى اختفاء العضو من سوق المال، وهي:

- الإفلاس أو التعثر.
 - إخلال العضو بالتعاقد المبرم بينه وبين العميل.
 - خطأ أو إهمال أو احتيال العضو أو ممثله القانوني أو القائم بالإدارة الفعلية أو أحد العاملين لديه.
 - إخلال العضو أو أي من العاملين لديه بالواجب المهني.
- ولا يلتزم الصندوق بتغطية كافة المخاطر التجارية الناتجة عن ارتفاع وانخفاض الأسعار بالبورصة، أو الخسارة المترتبة على قرار استثماري خاطئ من

المستثمر، كما لا يلتزم الصندوق بالتعويض عن المخاطر المترتبة على التعامل في أوراق مالية غير مقيدة بجداول البورصة.

ويستطيع المستثمر الذي يتعرض لأحد المخاطر التي تدخل في نطاق

حماية الصندوق أن يتقدم إلى الصندوق بطلب تعويض الأضرار التي تعرض لها، على أن يدعم طلبه بالوثائق والمستندات الآتية:

- صورة من العقد المبرم مع الشركة.
- صورة من أوامر البيع والشراء.
- صورة من إخطار العضو بالواقعة محل المخالفة.
- كشف حساب نقدي صادر من الشركة.
- مستندات إثبات السداد للشركة.

وفي جميع الأحوال لا تقبل الشكوى بعد مضي سنة ميلادية من حدوث

الواقعة، وتتولى إحدى لجان الفحص النظر في الطلب، واتخاذ قرار بشأنه من حيث أحقية أو عدم أحقية صاحبه في التعويض، ويستطيع المستثمر التظلم من قرارات لجان الفحص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بقرار اللجنة أمام مجلس إدارة الصندوق، كما يمكنه التظلم من قرار مجلس إدارة الصندوق أمام الهيئة العامة للرقابة المالية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره بقرار مجلس إدارة الصندوق^(١٥٤).

^{١٥٤} - لمزيد من التفصيل حول آلية عمل الصندوق راجع الرابط التالي:

http://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/cma_reports/sandok%20hemalet%20mostathmer.htm

ثانيا: تعزيز دور الجهات الرقابية للحد من عمليات التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية:

على الرغم من الأهمية الكبيرة للأطر التشريعية الحاكمة لبورصات الأوراق المالية، فإن وجود القوانين المجرمة للممارسات غير المشروعة في البورصة وفرض عقوبات رادعة على مرتكبيها لا يكفيان وحدهما للحد من عمليات التلاعب، فمما لا شك فيه أن طبيعة عمل البورصة تتسع للعديد من الممارسات غير المشروعة أو غير الأخلاقية التي لا هدف من ورائها سوى تحقيق المكاسب الشخصية على حساب الآخرين، وهو ما يستوجب وجود جهاز رقابي جيد، يراقب التداولات، ويضبط التجاوزات، ويُفَعِّل تطبيق القانون.

ومن هنا تبرز أهمية الدور الرقابي على البورصة كأحد الأدوار التي يتوقف عليها نجاح نشاط البورصة من خلال الحد من الممارسات غير المشروعة التي تتم بها، ومن أهم صورها التلاعب بالأسعار، وكلما نجح الدور الرقابي في منع تلك الممارسات وتحقيق أكبر قدر من الشفافية والوضوح كان ذلك دافعا لازدهار البورصة وتحقيق الأهداف المرجوة من وجودها.

وقد ناط المشرع في كثير من الدول مهمة الإشراف والرقابة على البورصة إلى جهات محددة، وجعلها سلطات إدارية عامة مستقلة، وتختص هذه الجهات الرقابية بتفعيل النصوص القانونية المنظمة للسوق، وتتبع الحالات المشتبه فيها،

والعمل على التحقق من مشروعيتها، مع نشر ما اتخذته الهيئات الرقابية من إجراءات، فمثل هذا النشر يمكن أن يحد في ذاته من حجم عمليات التلاعب بالأسعار.

وهناك عناصر معينة يمكن عند وضعها في الاعتبار أن تؤكد أو تنفي وجود تلاعب في الأسعار، من ذلك تلاحق عمليات الشراء لعمليات البيع التي أدت إلى انخفاض أسعار الأوراق المالية، أو تلاحق عمليات البيع لعمليات الشراء التي أدت إلى ارتفاع سعر الأوراق المالية، وبعد قصر الفترة الزمنية بين كلا النوعين. من العمليات مؤشرا على التلاعب، فضلا عن ضخامة العمليات التي ترتب عليها تحقيق الربح لشخص المتلاعب، غير أنه ينبغي على الجهة القائمة على السوق أن تتحقق من أنه ليست هناك ثمة أحداث- على مستوى الشركة المصدرة للورقة المالية، أو على مستوى الاقتصاد الوطني، أو على المستوى الدولي- هي التي أدت إلى هذه الارتفاعات أو الانخفاضات، فإن وجد ما يبرر ذلك على أي من تلك المستويات، وبالقدر الذي يسمح بارتفاع الأسعار أو انخفاضها إلى تلك المستويات، لا يمكن اعتبار العمليات التي تمت على تلك الأوراق تلاعبا بالأسعار^(١٥٥).

^{١٥٥} - أشرف أحمد عبدالمنعم: رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية في مصر (دراسة قانونية مقارنة بالولايات المتحدة الأمريكية)، أطروحة قدمت إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، ٢٠٠٨م، ص ٢٩٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. الموجد الاول

ونعرض فيما يلي هيكل وطبيعة الجهات الرقابية على بورصة الأوراق المالية في كل من فرنسا، وبريطانيا، والولايات المتحدة الأمريكية.

(أ) الرقابة على بورصة الأوراق المالية في فرنسا:

ضمانا لإحكام الرقابة وحسن سير العمل داخل سوق الأوراق المالية في فرنسا أناط المشرع الفرنسي الاختصاص في الإشراف والرقابة على البورصة إلى ثلاث جهات أساسية، هي: لجنة عمليات البورصة (COB)، وهيئة الأسواق المالية (CMF)، ومجلس التأديب الخاص بالإدارة المالية (CDGF)، وفي عام ٢٠٠٣م أدمجها في سلطة واحدة أطلق عليها سلطة الأسواق المالية (AMF)، وجعلها سلطة إدارية عامة مستقلة، ونعرض فيما يلي تطور الدور الرقابي لكل من لجنة عمليات البورصة ومجلس الأسواق المالية بشيء من التفصيل:

- لجنة عمليات البورصة (COB):

أنشئت لجنة عمليات البورصة بالقانون رقم ٦٧/٨٣٣ الصادر في ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧، وقد استوحى المشرع الفرنسي فكرة إنشاء هذه اللجنة من القانون الأمريكي الخاص بإنشاء لجنة الأمن والتبادل الأمريكية "Security and Exchange Commission" (SEC) التي أنشئت لحماية الادخار العام عقب الأزمة الاقتصادية العالمية عام ١٩٢٩م، فقد اقتضت الحاجة إنشاء هذه

اللجنة لإعادة الثقة بين المدخرين والبورصة، وللقضاء على روح اليأس التي أصابت المدخرين بسبب طول فترة هذه الأزمة^(١٥٦).

وقد رأى المشرع الفرنسي قبل إنشاء لجنة عمليات البورصة (COB) أنه لا يمكن الوصول إلى أمن واستقرار السوق المالية إلا إذا شعر المدخرون بأن لديهم جميعا كافة المعلومات الخاصة بالشركات التي يستثمرون فيها مدخراتهم، ولتحقيق هذه الغاية بالذات أنشئت لجنة عمليات البورصة لتراقب التزام الشركات والمؤسسات المالية بأحكام القانون^(١٥٧).

وتعتبر لجنة عمليات البورصة سلطة إدارية عامة مستقلة، خصها المشرع بتنظيم مستقل، ومنحها سلطات وصلاحيات محددة؛ لتتمكن من أداء الوظائف المنوطة بها^(١٥٨)، ويظهر استقلال لجنة عمليات البورصة فيما خوله لها المشرع من سلطات (السلطة التنظيمية - سلطة المراقبة - الإنذار - الجزاء).

156- Paul- Jacques Lehmann: Bourse et marchés financiers, Paris, Dunod, 2002, P.64.

157- Germain M., et Frison- Roche M- A, C.O.B., *Revue de Droit Bancaire*, n°40, novembre- décembre, 1993, p.235.

- Nelly D.: La bourse et ses back- office, 3e édition, Paris, Ed. Economica, 2001, P. 28.

158- Schoen T., Le contexte réglementaire français et la directive sur les services d'investissement, *Les Petites Affiches*, n°5, 10 janvier, 1996.

وعلى الرغم من أن تلك اللجنة توصف بالاستقلالية كجهة إدارية فإنها لا تتمتع بشخصية قانونية مستقلة؛ إذ لا يُضفي عليها أي نص قانوني الشخصية القانونية، لا صراحة ولا ضمنا، مما يترتب عليه انعدام الذمة المالية الخاصة، فلا تنفرد بذمة مالية تستقر فيها حقوقها، وتتحمل التزاماتها، ومن ثم فإن ميزانية الدولة هي التي تمدها بالموارد اللازمة لمباشرة نشاطها^(١٥٩).

ويترتب على انعدام الشخصية القانونية المستقلة للجنة عمليات البورصة نتيجة مهمة مؤداها أنها لا تستطيع أن تكون طرفا في التقاضي، أي ليس بمقدورها أن تغدو طرفا في دعوى أمام القضاء بصفتها مدعيا أو مدعيا عليه^(١٦٠)، ويترتب على استحالة قيام لجنة عمليات البورصة بالتقاضي أن كافة الدعاوي التي تتعلق بها يجب مباشرتها في مواجهة الدولة، ويمثلها في ذلك الوكيل القضائي للخزانة Agent Judiciaire du Trésor، وذلك باعتبار أن الدولة هي المسئولة عن نتائج ممارسة اللجنة لأعمالها^(١٦١)، هذا في الوقت الذي أعطى فيه المشرع في المادة (١٢) من القانون رقم ٩٦/٥٩٧ الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٦ رئيس اللجنة حق

159- Didier P., Droit commercial, Tome 3, PUF, 1993, p.24.

160- C. Cass. Com., 15 mars 1994, Dalloz, 1995, Somm., p.195.

161- C. Adm. Paris, 5 vrip 1979, Revue Soc. 1981, p. 339, Comm J. Daigre, conseil d'Etat, 22 Juin 1984, Revue SOC., 1985, p.634, Comm. J. Daigre.

التقاضي باسم الدولة أمام كافة الجهات القضائية فيما عدا القضاء الجنائي.

ويتكون هذه اللجنة (COB) طبقا لآخر تعديل صدر به القانون رقم ٥٩٧ لسنة 1996م^(١٦٦) من رئيس، وتسعة أعضاء، ويعين الرئيس بقرار من مجلس الوزراء لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد، ويتكون الأعضاء من:

- مستشار من مجلس الدولة.
- مستشار من محكمة النقض.
- مراقب من ديون المحاسبة.
- ممثل عن هيئة الأسواق المالية.
- ممثل عن البنك المركزي.
- عضو عن الجهاز القومي للمحاسبات.
- ثلاثة أعضاء من ذوى الخبرة والكفاءة في مجال الادخار والاكتتاب العام، يعينهم رئيس مجلس الشيوخ، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس اللجنة الاقتصادية والاجتماعية.

وهؤلاء الأعضاء يعينون لمدة أربعة أعوام قابلة للتجديد مرة واحدة، ويجب عليهم أن يخطرُوا اللجنة بما لديهم من مصالح شخصية أو أى نشاط اقتصادي أو مالي يمارسونه.

162- Loi n° 96- 597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, Version consolidée au 03 mai 2015.

وأما عن اختصاصات اللجنة فهي تتمثل في حماية المدخرات المستثمرة في الأدوات المالية التي تطرح للجمهور من خلال الاكتتاب العام، وكذلك فهي تعمل على توفير الشفافية والإفصاح للمستثمرين من خلال الإشراف على الإعلام، كما تعمل على حسن تشغيل الأسواق المالية والإشراف على الادخار الجماعي^(١٦٣).

ولكي تتمكن لجنة عمليات البورصة من أداء هذه المهام فقد زودها المشرع الفرنسي بمجموعة من السلطات، منها سلطة إصدار اللوائح المنظمة التي تساعد في إنجاز المهام المنوطة بها، بالإضافة إلى عدد من الأدوات القانونية مثل إصدار الإرشادات والتوصيات إلى جانب النشرات والاقتراحات والآراء.

كما تتمتع لجنة عمليات البورصة بسلطة المراقبة التي تهدف إلى انتظام العمل في الأسواق المالية.

وأخيرا فقد زود القانون لجنة عمليات البورصة بسلطات جزائية تستطيع عن طريقها توقيع جزاءات محددة في حالة ارتكاب المخالفات التي نص عليها القانون واللوائح التنظيمية.

وتؤدي لجنة عمليات البورصة دورا مهما في الإشراف على السوق والملاحقة التأديبية والجنائية ضد الذين يتلاعبون أو يزيفون الأداء الطبيعي

163- Article L 621- 1, Code monétaire et financier.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول .

للبورصة، وتميز لائحة لجنة عمليات البورصة^(١٦٤) بين التلاعب في تكوين الأسعار بصفة عامة وبين حالة بعض الشركات التي تتدخل في السوق لشراء أسهمها، وتتضمن هذه اللائحة مجموعة من الأحكام المهمة، نذكر منها ما يلي:

- إن تحديد سعر السوق يجب أن ينتج من مواجهة أوامر الشراء مع أوامر البيع^(١٦٥).
- يجب ألا تهدف الأوامر إلى إعاقة تكوين السعر الطبيعي أو إيقاع الغير في الخطأ، وتطبق أحكام هذه اللائحة على مديري الشخص المعنوي^(١٦٦).
- يجب أن تعكس الأوامر الغرض الذي قام من أجله الشخص بإعطاء هذه الأوامر، كما يجب أن تكون الأوامر التي تصل للسوق بواسطة الأشخاص أطراف العملية قد تحققت وفقا للغاية التي ينشؤونها، سواء بالشراء بالنسبة للطالب أو بالبيع بالنسبة للبائع قبل أن يتم التداول على مجموعة من الصكوك، ويجب على كل شخص أعطى أوامر للسوق أن يعطي تبريرا منطقيا لهذه الأوامر، إذا ما طلبت منه لجنة عمليات البورصة ذلك بمناسبة التحقيق^(١٦٧).
- تطبق القواعد السابقة على الأوراق المالية خارج الجدول^(١٦٨).

164- COB Regulation n°90- 04.

165- Article 2, COB Regulation n°90- 04.

166- Article 3, COB Regulation n°90- 04.

167- Article 4, COB Regulation n°90- 04.

168- Article 4, COB Regulation n°90- 04.

ويرى البعض^(١٦٩) أن القواعد السابقة التي تضمنتها لائحة لجنة عمليات البورصة (COB)، وضعت الحدود والضوابط للسلوك المشروع، وهذه القواعد الموضوعية، تسمح بملاحقة حتى الأشخاص الاعتباريين على قدم المساواة مع الأشخاص الطبيعيين، وأن المشرع الفرنسي أحسن صنعا عندما ترك للجنة عمليات البورصة معاقبة هذا السلوك عن طريق لائحته وتوقيع الجزاءات المادية؛ لأن ذلك يدخل في صميم عملها والغاية من وجودها، وقد ظهرت فاعلية لجنة عمليات البورصة في التحقيقات التي قامت في بعض عمليات البورصة، وما تكشف عنها من ممارسات غير مشروعة، وما طبق بشأنها من جزاءات، يتم نشرها في المنشورات الدورية للجنة عمليات البورصة وتقاريرها الشهرية والسنوية.

- هيئة الأسواق المالية (CMF):

أنشئت هيئة الأسواق المالية (CMF) بموجب القانون الصادر في عام ١٩٩٦م والمعروف في فرنسا بقانون تحديث الأنشطة المالية، وهي هيئة ذات طبيعة خاصة، تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتعتبر أعلى سلطة للإشراف على حسن أداء الأسواق المالية، وتخضع للقانون الخاص رغم أن مهمتها ذات طابع عام، غير أن ذلك لا يضعها ضمن أجهزة الدولة ومؤسساتها العامة.

وتتكون الهيئة من ١٦ عضواً، يعينون بقرار من وزير المالية والاقتصاد لمدة ٤ سنوات، ويعين أربعة عشر منهم بالتشاور مع المؤسسات المهنية والنقابات

- د. صالح أحمد البربري، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣. 169

الممثلة لها، ويختار عضوان آخران من الشخصيات ذات الخبرة في المجال المالي.

ويحضر اجتماع الهيئة عضو يمثل البنك المركزي، ومندوب عن الحكومة، دون أن يكون لهما صوت في الاقتراع.

وتقوم الهيئة بتكوين مجموعات متخصصة من بينها للقيام بمهامها المختلفة التي تنشر عنها تقريرا سنويا، يتضمن النشاط الذي قامت به، وهو ما يعكس عادة صرامة الإشراف والرقابة.

ورغم أن الهيئة لا تتمتع بصلاحيات السلطة العامة فإن طبيعة عملها - باعتبارها السلطة صاحبة الوصاية على أسواق المال - تعطيها السلطات الثلاث التالية^(١٧٠):

السلطة الأولى: هي السلطة اللائحية؛ إذ تقوم (CMF) بوضع لائحتها العامة، ويتم التصديق عليها من وزير المالية والاقتصاد بعد أخذ رأى لجنة عمليات البورصة والبنك المركزي، وتنظم هذه اللائحة ما يلي:

- قواعد السلوك التي يلتزم بها العاملون في خدمات الاستثمار، والشركات العاملة بالسوق، وغرف المقاصة.

¹⁷⁰ - Article 32 et 33, Loi n° 96- 597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, Version consolidée au 03 mai 2015.

- الشروط المتعلقة بمزاولة مهنة خدمات الاستثمار.

- شروط اعتماد قواعد غرف المقاصة.

- القواعد الأساسية الخاصة بالأسواق النظامية، وشروط الإفصاح، والإعلان

عن المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية المقبولة بالسوق النظامية.

- تنظيم الاكتتاب المتعلق بالأوراق المالية المتداولة بالأسواق النظامية.

السلطة الثنائية: هي سلطة إصدار القرار؛ إذ تستطيع هيئة الأسواق المالية

(CMF) اتخاذ قرارات ذات طابع عام أو فردي في مجال تطبيق لوائحها العامة،

ولا تخضع هذه القرارات لتصديق وزير المالية والاقتصاد.

السلطة الثالثة: سلطة التأديب والإشراف؛ إذ تتمتع هيئة الأسواق المالية (CMF)

بسلطات واسعة في الإشراف على ضمان احترام القائمين بخدمات الاستثمار

للقوانين واللوائح والالتزامات المهنية الواجبة التطبيق، دون أن يكون لها أي سلطة

تحقيق، كما تراقب أيضا صحة العمليات التي تتم في السوق النظامية.

(ب) الرقابة على بورصة الأوراق المالية في الولايات المتحدة الأمريكية:

تختص لجنة الأوراق المالية والبورصة (SEC) بالإشراف على سوق رأس

المال وتنفيذ أحكام قوانين الأوراق المالية في الولايات المتحدة الأمريكية، والمهام

الرئيسية للجنة هي حماية المستثمرين، والعمل على نزاهة أسواق الأوراق المالية،

وخلق الثقة العامة في الاستثمار في الأوراق المالية، ومكافحة الممارسات غير

المشروعة التي تقع داخل السوق لتحقيق مكاسب كبيرة على حساب جمهور المتعاملين في السوق^(١٧١).

فنتيجة لضعف الإشراف الحكومي على أسواق الأوراق المالية قبل أحداث الكساد العظيم في عام ١٩٢٩م، وعدم جدية تطبيق سياسة الإفصاح، وتحت تأثير الرغبة في الثراء السريع- انهارت البورصة الأمريكية في عام ١٩٢٩م، وفقد الكثير من المستثمرين أموالا طائلة فيها، كما خسرت البنوك كثيرا من أموالها، وتلا هذا الانهيار كساد اقتصادي كبير، وفقدان للثقة العامة في السوق، وكان هناك إجماع على أنه لا يمكن الخروج من هذا الكساد إلا من خلال إعادة الثقة في أسواق رأس المال، لذا عقد الكونجرس لجان استماع لبحث الأسباب التي أدت إلى تلك الأحداث، ووضع الحلول اللازمة لمواجهتها.

وقد أثبتت التحقيقات التي قامت بها لجان الاستماع وجود العديد من حالات التلاعب بأسعار الأوراق المالية، وقيام أعضاء مجالس إدارات الشركات والعاملين فيها بالتعامل في البورصة بناءً على معلومات سرية غير معلنة للكافة، وغيرها من الممارسات غير الأخلاقية، لذلك فقد أصدر الكونجرس عددا من القوانين لإعادة ثقة المستثمرين في أسواق الأوراق المالية.

171- U.S. Securities and Exchange Commission: How the SEC Protects Investors and Maintains Market Integrity, Washington D.S, December 1999, P.2.

وبناءً على قانون البورصة الصادر في عام ١٩٣٤م تم إنشاء لجنة الأوراق المالية والبورصة؛ لتقوم بتنفيذ أحكام تلك القوانين، والإشراف على أسواق الأوراق المالية لحماية المستثمرين والحد من الممارسات غير المشروعة التي تقع فيها.

وتتكون اللجنة من خمسة مفوضين، يتم تعيينهم بقرار من رئيس الولايات المتحدة بعد ترقية وموافقة مجلس الشيوخ، ومدة عضوية كل منهم خمس سنوات، ولا يتم تعيين أكثر من ثلاثة مفوضين من حزب سياسي واحد، كما يعين الرئيس أحد المفوضين رئيساً للجنة، وهو أعلى سلطة تنفيذية في اللجنة، وتنقسم اللجنة إلى أربعة أقسام، هي (١٧٢):

- ١- قسم منشآت الأعمال.
- ٢- قسم شركات الاستثمار.
- ٣- قسم التنفيذ.
- ٤- قسم شؤون أسواق الأوراق المالية.

وتؤدي لجنة الأوراق المالية والبورصة (SEC) وظائفها بكفاءة عالية، وتقوم بدور مهم في ضبط التعامل في سوق الأوراق المالية الأمريكية، وتساهم في تفعيل القوانين المنظمة للسوق، وتقوم بالإعلان - بصفة دورية - عن نتائج أعمالها،

172- Ibidem., P. 4 - 5.

وذلك من خلال النشرات الورقية والإلكترونية، كما تتيح كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بعملها على موقعها على شبكة المعلومات^(١٧٣).

ويعمل باللجنة ما يقرب (٢,٩٠٠) موظف، ويوجد مقرها الرئيسي في

العاصمة واشنطن، كما أن اللجنة (١١) مكتبا إقليمياً ومحلياً موزعة على كافة

أنحاء الدولة، ويعقد المفوضون اجتماعات لمناقشة الموضوعات المختلفة التي تهم

اللجنة، وتهدف هذه الاجتماعات إلى النظر في الموضوعات الآتية^(١٧٤):

١- تفسير القوانين الفيدرالية المتعلقة بالأوراق المالية.

٢- النظر في تعديل القوانين واللوائح القائمة.

٣- اقتراح اللوائح الجديدة التي تتناسب مع المتغيرات التي تحدث في سوق الأوراق

المالية.

٤- بحث المقترحات الخاصة بتطبيق أحكام القوانين واللوائح.

(ج) الرقابة على بورصة الأوراق المالية في مصر:

تتولى الهيئة العامة للرقابة المالية مراقبة سوق المال للتأكد من أن التعامل

يتم على أوراق مالية سليمة، وأنه غير مشوب بالغش، أو النصب، أو الاحتيال،

أو الاستغلال، أو المضاربات الوهمية^{١٧٥}، لذلك تعتبر الرقابة على بورصة

الأوراق المالية إحدى المهام التي أناط بها المشرع المصري إلى الهيئة العامة

للرقابة المالية، وقد أنشئت الهيئة العامة للرقابة المالية بموجب القانون رقم ١٠

173 - <http://www.sec.gov/>

174 - Ibidem., P.6.

١٧٥- البند (٤): المادة (٤٣) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال المصري.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ١٧٠١ - المجلد الأول

لسنة ٢٠٠٩م، وتختص الهيئة بالرقابة والإشراف على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية، بما في ذلك أسواق رأس المال، وبورصات العقود الآجلة، وأنشطة التأمين، والتمويل العقاري، والتأجير التمويلي، والتخصيم، والتوريق^{١٧٦}، وذلك بهدف تحقيق سلامة واستقرار تلك الأسواق والأدوات، وتنظيم الأنشطة وتمييزها، وتعظيم قدرتها التنافسية على جذب المزيد من الاستثمارات المحلية والأجنبية، والعمل على الحد من مخاطر عدم التنسيق، ومعالجة المشاكل التي تنتج عن اختلاف الطرق أو الأساليب الرقابية.

وقد حلت الهيئة العامة للرقابة المالية محل كل من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، والهيئة العامة لسوق المال، والهيئة العامة لشئون التمويل العقاري في تطبيق أحكام قانون الإشراف والرقابة على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١م، وقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، وقانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠م، وقانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م، كما حلت محل تلك الهيئات فيما تختص به في أي قوانين وقرارات أخرى، وتعتبر الهيئة الجهة الإدارية المختصة في تطبيق أحكام قانون التأجير التمويلي الصادر بالقانون رقم

^{١٧٦} - انظر المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩م بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية.

١٧٧- انظر المادة (٣) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩م بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية، وهذا النسخ الذي تم بين هيئات الرقابة المالية النوعية هو ما خلصت إليه العديد من الدراسات التي تناولت بالبحث الأسس التي يقوم عليها النظام الرقابي الحديث على الأسواق المالية، حيث توصلت هذه الدراسات إلى نتيجة مفادها أن وجود هيئات رقابية متعددة يختص كل منها بالرقابة على قطاع فرعي معين، وإن كان يؤدي إلى تخصص محدود، إلا أنه يؤدي في الوقت نفسه إلى حالة من تشرذم النظام الرقابي التي بدورها تؤدي إلى افتقار النظرة الشاملة في الرقابة على قطاعات هي بطبيعتها متكاملة ومتربطة، وأي قرار يتخذ بشأن أي منها غالبا ما يكون له تأثيرات مباشرة أو غير مباشرة على القطاعات الأخرى، وأن الرقابة الفعالة يجب أن تقوم على تسويق وتكامل الإجراءات التي تتخذ بشأن كل من قطاعاته الفرعية، ولتحقيق ذلك يجب ضم الجهات الرقابية النوعية المتعددة في جهة واحدة أو اثنتين لتحقيق هذا التنسيق، والتكامل، والارتقاء بمستوى الرقابة على كل من الأسواق والمؤسسات المالية، وقد بدأ هذا الاتجاه في المملكة المتحدة عام ١٩٩٧م، وتعزز بإنشاء هيئة الخدمات المالية (FSA) UK (The Financial Services Authority) التي صدر قانون الخدمات والأسواق المالية عام ٢٠٠٠م ليحدد اختصاصاتها، وسلطاتها، وينظم أعمالها بحيث تختص بالرقابة على البنوك، وشركات التأمين، والمستثمرين الماليين، والائتمان العقاري، والوسطاء الماليين، وهذا النسخ هو ما أخذت به عدة دول أهمها فرنسا عام ٢٠٠٣م، حيث أنشأت هيئة الأسواق المالية الفرنسية L'Autorité des Marchés Financiers التي تضم كلا من: لجنة عمليات البورصة La Commission des Opérations de Bourse (COB)، وهيئة الأسواق المالية، Le conseil des Marchés Financiers (CMF)، وهيئة الضبط المالي Discipline de la Gestion Financière (CDGF)، كما صارت ألمانيا على ذات النهج؛ فأنشأت في عام ٢٠٠٢م هيئة الرقابة المالية الفيدرالية The Federal Financial Supervisory Authority (BaFin)، ثم مصر في عام ٢٠٠٩م حيث أنشأت الهيئة العامة للرقابة المالية The Egyptian Financial Supervisory Authority (EFSA) لتحل محل كل من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، والهيئة العامة لسوق المال، والهيئة العامة لشئون التمويل العقاري، وفي المقابل لم يأخذ المشرع الأمريكي بهذا الاتجاه، إذ لم يأخذ بفكرة ضم أو إجماع بعض جيات الرقابة الأمريكية رغم تعددها، ورغم العديد من الدراسات والتوصيات التي صدرت عن المراكز البحثية بالجامعات واللجان المتخصصة الأمريكية التي تحذير هذا النسخ، بل ورغم وجود مشروع قانون لتحديث هيكل الرقابة المالية، تقدمت به وزارة

ولا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق أو رفع الدعوى الجنائية الخاصة بالجرائم المنصوص عليها في القوانين المذكورة في الفقرة السابقة إلا بناء على طلب كتابي من رئيس الهيئة، ويجوز لرئيس الهيئة التصالح عن هذه الجرائم في أي حالة كانت عليها الدعوى مقابل أداء مبلغ للهيئة لا يقل عن مثلي الحد الأدنى للغرامة، ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى الجنائية الخاصة بالجريمة التي تم التصالح بشأنها، وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا وقع الصلح أثناء تنفيذها، ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

وتعمل الهيئة على سلامة واستقرار الأسواق المالية غير المصرفية، وعلى تنظيمها وتمييزها، وعلى توازن حقوق المتعاملين فيها، كما تقوم بتوفير الوسائل والنظم وإصدار القواعد التي تضمن كفاءة هذه الأسواق وشفافية الأنشطة التي تمارس فيها، وللهيئة في سبيل تحقيق أغراضها - على الأخص - القيام بما يأتي^{١٧٨}.

١. الترخيص بمزاولة الأنشطة المالية غير المصرفية.

الخزائن الأمريكية إلى الكونجرس الأمريكي في مارس ٢٠٠٨م، ويقصر هيئات الرقابة المالية على ثلاث فقط، هي: هيئة للرقابة على الأسواق المالية، هيئة للإشراف على الاستقرار المالي، وهيئة للإشراف على سلامة الأداء، ولكن ذلك القانون لم يصدر، وتختلف الآراء حول مسألة دمج هيئات الرقابة المالية النوعية بين مؤيد ومعارض، وكلّ يؤيد وجهة نظره بمجموعة من المبررات، لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص ٤٩٢ وما بعدها.

^{١٧٨} - انظر المادة (٤) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩م بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأنشطة المالية غير المصرفية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

٢. التفتيش على الجهات التي يرخص لها بالعمل في الأنشطة والأسواق المالية غير المصرفية.
 ٣. الإشراف على توفير ونشر المعلومات المتعلقة بالأسواق المالية غير المصرفية.
 ٤. ضمان المنافسة والشفافية في تقديم الخدمات المالية غير المصرفية من خلال الرقابة على الأسواق.
 ٥. حماية حقوق المتعاملين في الأسواق المالية غير المصرفية واتخاذ ما يلزم من الإجراءات للحد من التلاعب والغش في تلك الأسواق ؛ وذلك مع مراعاة ما قد ينطوى عليه التعامل فيها من تحمل لمخاطر تجارية.
 ٦. الإشراف على تدريب العاملين في الأسواق المالية غير المصرفية؛ وعلى رفع كفاءتها.
 ٧. الاتصال والتعاون مع هيئة الرقابة المالية غير المصرفية في الخارج والجمعيات والمنظمات التي تجمعها أو تنظم عملها.
 ٨. المساهمة في نشر الثقافة والتوعية المالية الاستثمارية.
- ولتفعيل الدور الرقابي للهيئة العامة للرقابة المالية تنص المادة (١٥) من القانون رقم ١٠ سنة ٢٠٠٩م بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية على أن " يكون لموظفي الهيئة الذين يصدر بتحديد أسمائهم أو وظائفهم قرار من وزير العدل بناء على عرض الوزير المختص - صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون الإشراف والرقابة على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١م، وقانون الشركات

العامة في مجال تلقى الأموال لاستثمارها الصادر بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨م، وقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، وقانون التاجير التمويلي الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، وقانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠م، وقانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١م، والقرارات الصادرة تنفيذا لها، ولهم في سبيل ذلك الإطلاع على السجلات، والدفاتر، والمستندات، والبيانات في مقر الشركات والمؤسسات المالية، والأشخاص الخاضعة لرقابة الهيئة، أو الأماكن التي توجد بها، وعلى المسؤولين في الجهات المذكورة أن يقدموا إلى الموظفين المذكورين البيانات، والمستخرجات، وصور المستندات التي يطلبونها. لهذا الغرض^{١٧٩}.

كما تساهم الهيئة بدور مهم في نشر الثقافة والتوعية المالية والاستثمارية من خلال ما تصدره من تقارير ومطبوعات، وما تعقده من مؤتمرات وندوات، كما نص قانون إنشاء الهيئة في مادته الحادية عشرة على أن " ينشأ معهد يسمى معهد الخدمات المالية، يتبع الهيئة، ويكون له شخصية اعتبارية وموازنة مستقلة، ويختص المعهد بالعمل على تنمية مهارات العاملين في مجال الخدمات المالية

^{١٧٩} - انظر المادة (١٦) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩م بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية.

غير المصرفية بهدف مسايرة التطور العالمي وترسيخ قواعد العمل المهني السليم وعلى الأخص ما يلي:

- إعداد الدراسات والبحوث وتوفير البيانات والمعلومات والإحصائيات المتعلقة بالقطاع المالي غير المصرفي.
- نشر الثقافة والتوعية المالية والاستثمارية والتعريف بأحدث الممارسات الدولية في مجال الخدمات المالية غير المصرفية.
- وبناءً على ما تقدم يمكننا القول بأن المشرع المصري قد منح الهيئة العامة للرقابة المالية العديد من الصلاحيات التي تمكنها من أداء دورها، والجدول التالي يبين عدد الدعاوى التي قامت الهيئة العامة للرقابة المالية بتحريكها ضد المتلاعبين (شركات عاملة في مجال الأوراق المالية، شركات مصدرة لأوراق مالية- عملاء) خلال عامي ٢٠١٣، ٢٠١٤م:

جدول رقم (١)

عدد الدعاوى القضائية التي تم تحريكها من جانب الهيئة العامة للرقابة المالية ضد المتلاعبين بسوق المال خلال عامي ٢٠١٣، ٢٠١٤

المدعى عليه	شركات عاملة في مجال الأوراق المالية	شركات مصدرة لأوراق مالية	عملاء
٢٠١٤	١٠	٠	٢٤
٢٠١٣	٢٧	٢	٢٢

المصدر: جدول من إعداد الباحث من بيانات مجمعة من: التقرير السنوي للهيئة العامة للرقابة المالية لعامي ٢٠١٣، ٢٠١٤م.

ويلاحظ من الجدول السابق أن أغلب عمليات التلاعب تقع من العملاء المتداولين في السوق، كما يلاحظ أيضا صغر عدد الدعاوى التي تم تحريكها خلال عامي ٢٠١٣، ٢٠١٤م؛ إذ بلغت ٥١ دعوى خلال عام ٢٠١٣م، و٣٤ دعوى خلال عام ٢٠١٤م، ويتضح صغر هذا العدد إذا علمنا أن عدد الشكاوى

التي وردت إلى الهيئة من المتعاملين في السوق ضد الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية فقط بلغت ٤١١ شكوى خلال عام ٢٠١٣م، و٤٠٩ شكوى خلال عام ٢٠١٤م^(١٨٠)، هذا بالإضافة إلى كثرة المشاكل التي يعاني منها السوق، وبصفة خاصة خلال الخمس سنوات السابقة.

ويؤخذ على الهيئة أنها لا توفر أية تفاصيل عن هذه الدعاوى من حيث طبيعتها، ولا من حيث ما تم فيها من إجراءات أحكام صدرت بشأنها؛ لذلك نهيب بالهيئة العامة للرقابة المالية أن تقدي- في مجال توثيق عمليات التلاعب التي تقع في سوق المال المصري- بلجنة الأوراق المالية والبورصة الأمريكية (SEC) التي تخصص- منذ عام ١٩٩٥م- قسما مستقلا على موقعها الإلكتروني تحت عنوان "بيانات الدعاوى القضائية"، وهو يتضمن كافة الدعاوى التي رفعتها اللجنة أمام المحكمة الاتحادية، ويتم تحديثه يوميا؛ في كل يوم يتم نشر كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالقضايا التي رفعتها اللجنة، ويتم تغذية الموقع بكل ما يتعلق بالدعوى حتى صدور حكم نهائي فيها، سواء بالإدانة أو البراءة^{١٨١}.

١٨٠- التقرير السنوي للهيئة العامة للرقابة المالية لعام ٢٠١٤، ص ٧٠، متاح على الرابط التالي:

- http://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/efsa_report/report_efsa50.htm

- للإطلاع على هذا القسم تصفح الرابط التالي: 181

file:///C:/Users/Toshiba/Desktop/SEC%20Litigation%20Releases%20index.html

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢. المجلد الاول

ثالثًا: دور حوكمة الشركات في الحد من عمليات التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية:

على الرغم من ظهور عدد من الأفكار المرتبطة بمفهوم حوكمة الشركات (Corporate Governance) على مدى القرنين الماضيين فإن التفكير في مضمون هذا المفهوم بدأ منذ أوائل القرن العشرين، وذلك في أعقاب حالات الإفلاس التي واجهت العديد من الشركات بعدد من الدول، وهذه الحالات كانت أحد أهم الأسباب التي أدت إلى انهيار سوق الأسهم في عام ١٩٢٩م، وما تلاها من انهيارات مالية واقتصادية في الثلاثينات، ثم في السبعينيات والتسعينيات من القرن العشرين، وهي انهيارات أدت إلى حدوث حالات إفلاس ليست بالقليلة للكثير من الشركات والكيانات الضخمة، وما ترتب عليها من ضياع المليارات على آلاف، بل وملايين المساهمين، وقد كان لذلك كله أثر سيئ على الاقتصاد الدولي، وقد أرجع كثير من المحللين الاقتصاديين حدوث تلك الأزمات إلى عدد من الأسباب، منها عدم كفاءة الإدارة بالشركات، والفساد، وعدم الإفصاح عن المعلومات، وقصور الأنظمة المؤسسية والتشريعية والمحاسبية

وغيرها^(١٨٢).

وقد زادت من حدة الدعوة إلى حوكمة الشركات + ممارسات الشركات متعددة الجنسيات في اقتصاديات العولمة؛ إذ تقوم بالاستحواذ والاندماج بين الشركات من أجل السيطرة على الأسواق العالمية، رغم وجود الآلاف من الشركات متعددة الجنسيات، فإن هناك مائة شركة فقط هي التي تسيطر على مقدرات التجارة الخارجية على مستوى العالم من خلال ممارساتها الاحتكارية^(١٨٣).

كما اكتسب مفهوم حوكمة الشركات أهمية كبرى بالنسبة للديمقراطيات الناشئة؛ نظراً لضعف النظام القانوني الذي لا يمكن معه إجراء تنفيذ العقود وحل المنازعات بطريقة فعالة، كما أن ضعف نوعية المعلومات تؤدي إلى منع الإشراف والرقابة، وتعمل على انتشار الفساد وانعدام الثقة^(١٨٤).

وفي أعقاب الدعوة إلى حوكمة الشركات وزيادة حدتها قام صندوق النقد الدولي ("IMF" International Monetary Fund)، والبنك الدولي (The

182- Sir Adrian Cudbury: Corporate Governance, a Framework for Implementation, the International Bank for Reconstruction and Development/THE WORLD BANK, 2000, P. 1.

١٨٢- د.محمد سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة (بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ١٦.

١٨٤- د.محمد سويلم: المرجع السابق، نفس الصفحة.

مجلة الحقوق للبحوث التنويرية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٢ المجلد الأول

World Bank Organization)، بجانب منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) بدراسة أليات حوكمة الشركات بعد ما تبين لهم أن سبب هذه الانهيارات باختصار يتحدد في انعدام وجود أسلوب ممارسة الإدارة الرشيدة للشركات المنهارة، وقاموا بوضع مبادئ خاصة بحوكمة الشركات،- وتم تحديدها في عدة مبادئ، هي: حماية حقوق المساهمين، والمعاملة المتكافئة للمساهمين، ودور أصحاب المصالح في حوكمة الشركات، والإفصاح والشفافية وأخيرا مسؤوليات مجلس الإدارة^(١٨٥).

ولا يوجد تعريف أوحده متفق عليه لمفهوم حوكمة الشركات، بل توجد تعريفات كثيرة لهذا المصطلح، فقد تعددت الدراسات التي تناولت هذا الموضوع بالبحث والتعريف ومحاولة وضع المبادئ القابلة للتطبيق، وربما يرجع السبب في تعدد التعريفات التي قيلت في حوكمة الشركات إلى تداخل عناصر هذا المصطلح مع العديد من الأمور المؤسسية، والاقتصادية، والمالية، والمحاسبية، والرقابية، والإدارية للشركات، وهو الأمر الذي يؤثر على الاقتصاد والمجتمع ككل، لذلك فقد اهتمت بعض الدراسات بتعريف حوكمة الشركات من المنظور القانوني، وبعض الدراسات الأخرى من المنظور الاقتصادي، والبعض الثالث من المنظور المجتمعي، كما قامت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) بتعريف

^{١٨٥}- د.محمد أحمد سلام: حوكمة الشركات ودورها في جذب الاستثمارات الأجنبية وتحقيق التنمية المستدامة- مع التطبيق على الاقتصادات الناشئة، مصر ودول الخليج العربي- دراسة قانونية اقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٦-٧.

مفهوم حوكمة الشركات^(١٨٦).

ويشير مفهوم حوكمة الشركات بشكل عام + إلى القواعد والمعايير التي تحدد العلاقة بين إدارة الشركة من ناحية وحملة الأسهم وأصحاب المصالح والأطراف المرتبطة بالشركة من ناحية أخرى، وبالأحرى يقدم هذا المصطلح إجابات لعدة تساؤلات من أهمها: كيف يضمن المالكون ألا تسيء الإدارة استغلال أموالهم؟ وكيف يتأكد هؤلاء أن الإدارة تسعى إلى تعظيم ربحية أو قيمة أسهم الشركة في الأجل الطويل؟ وما مدى اهتمام الإدارة بالمصالح الأساسية للمجتمع في مجالات الصحة والبيئة؟ وأخيراً: كيف يتمكن حملة الأسهم وأصحاب المصالح من رقابة الإدارة بشكل فعال؟^(١٨٧).

ووفقاً لما سبق نستطيع القول بأن قواعد وضوابط الحوكمة تهدف إلى تحقيق الشفافية والعدالة، ومنح حق مساهمة إدارة الشركة، ومن ثم تحقيق الحماية للمساهمين وكافة الأطراف المرتبطة بالشركة، وذلك من خلال الحمل على تحقيق النمو المطرد في قيمة استثمارات حملة الأسهم إلى أقصى درجة ممكنة، وكذلك الحد من استغلال السلطة في غير المصلحة العامة، بما يؤدي إلى تنمية

^{١٨٦} - للإطلاع على هذه التعريفات راجع: نرمن نبيل أبو العطا: حوكمة الشركات والتمويل مع التطبيق على سوق المال بمصر، أطروحة للحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد من كلية الاقتصاد والعلوم السياسية - جامعة القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١-٢.

^{١٨٧} - د. محمد سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة، مرجع سابق، ص ٤٢.
مجلة حقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

الاستثمار، وتشجيع تدفقه، وتنمية المدخرات، وتعظيم الربحية، وإتاحة فرص عمل جديدة، كما أن هذه القواعد تؤكد على أهمية الالتزام بأحكام القانون والعمل على ضمان مراجعة الأداء المالي، ووجود هياكل إدارية تمكن من محاسبة الإدارة أمام المساهمين، مع تكوين لجنة مراجعة من غير أعضاء مجلس الإدارة التنفيذية، تكون لها مهام واختصاصات وصلاحيات عديدة لتحقيق رقابة مستقلة عن التنفيذ.

وتهدف قواعد الحوكمة بشكل خاص إلى تحسين نوعية ممارسات مجلس الإدارة، وتحسين أداء الشركات، ورفع القدرة على المنافسة، ورفع قيمة الشركة، وتعزيز ثقة أصحاب المصالح الآخرين في الشركة، كما تساعد الحوكمة في تحسين المناخ الاستثماري، وتفعيل أداء السوق المالي وتوسيعه، ورفع القدرة التنافسية للاقتصاد من خلال رفع ثقة المتعاملين بالشركة، وتعزيز قدرة الدولة على مواجهة الأخطار^{١٨٨}.

وقد قامت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية. في عام ١٩٩٩م بوضع خمسة معايير لحوكمة الشركات، ثم قامت في عام ٢٠٠٤م بإدخال بعض التعديلات على هذه المعايير ليصبح عددها ستة معايير، وتتمثل هذه المعايير

١٨٨- مدونة قواعد حوكمة الشركات في فلسطين

(<http://www.hawkama.ps/SitePages/Hawkama.aspx>)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكافة الحقوق. جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

١. ضمان وجود أساس لإطار فعال لحوكمة الشركات.
٢. حفظ حقوق جميع المساهمين.
٣. المعاملة المتساوية بين جميع المساهمين.
٤. دور أصحاب المصالح في أساليب ممارسة سلطات الإدارة بالشركة.
٥. الإفصاح والشفافية.
٦. مسئوليات مجلس الإدارة.

وقد أصبحت حوكمة الشركات عنصرا مهما في تحقيق التنمية؛ ذلك أنها ترتبط ارتباطا وثيقا بزيادة الإنتاجية وتدعم معدلات النمو الاقتصادي للدول على المدى الطويل، كما أن حوكمة الشركات - من خلال الإفصاح الكامل عن المعلومات - تعمل على تخفيض تكلفة رأس مال المنشأة، وأيضا تيسر الحصول على مصادر أرخص لتمويل الشركة أو المنشأة، وهو ما يزيد من أهمية الحوكمة في الدول النامية، وتساهم الحوكمة كذلك في جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية، وتساعد على الحد من هروب رؤوس الأموال، ومكافحة الفساد الذي يعيق تحقيق النمو داخل الشركات، ويساعد ذلك كله على استقرار الأسواق المالية - بصفة عامة - والبورصات بصفة خاصة.

- كيف تساهم حوكمة الشركات في الحد من التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية:

يمكن لمبادئ الحوكمة - إذا طبقت بصورة سليمة - أن تساهم في الحد من

جرائم التلاعب بالأسعار ببورصة الأوراق المالية، فجوهر الحوكمة يقوم على تأكيد مسؤوليات الإدارة، وتعزيز مساءلتها، وتحسين الممارسات المحاسبية والمالية والإدارية، من خلال التأكيد على التطبيق الكامل لمبدأ الشفافية والإفصاح داخل الشركة، كل ذلك من شأنه أن يحد من عمليات التلاعب بالأسعار على النحو التالي:

- تساعد الحوكمة على الكشف عن حالات التلاعب التي تتم داخل الشركة، والتي قد تعطي مؤشرات غير حقيقية عن المركز المالي للشركة، وبالتالي اتخاذ الإجراءات الواجبة بشأنها، وعلاج أسبابها وآثارها قبل تأثيرها على حياة الشركة أو القيمة الحقيقية أو السوقية لأسهمها المتداولة ببورصة الأوراق المالية.

- تساعد الحوكمة على حماية أصول الشركة، وكذلك حماية حقوق المساهمين وغيرهم من أصحاب المصالح في الشركة، وتعزز من دورهم في مراقبة أداء الشركة والقائمين على إدارتها، وبذلك تحمي الشركة والعاملين والمساهمين فيها من شر التلاعب، والفساد الإداري، والأزمات، والإفلاس.

- إن الإفصاح الكامل عن المعلومات التي تتضمن أداء الشركة والوضع المالي والقرارات الجوهرية المتخذة من قبل الإدارة العليا للكافة في نفس الوقت وبنفس القدر، دون تفرقة بين جميع المساهمين، وكذلك مبدأ حفظ حقوق المساهمين، يساعدان على الحد من التلاعب باستغلال المعلومات الداخلية التي تكون غير معلنة للكلية، والتي لا يعرفها المستثمرون في بورصة الأوراق المالية، فلا يتمكن المٌطَّلِعُونَ على هذه المعلومات من استغلالها بأنفسهم أو إفشائها لأشخاص آخرين غير مُطَّلِعِينَ عليها، فيستفيدون منها على حساب

بقية المتداولين.

- يؤدي مبدأ الإفصاح والشفافية إلى الحد من الإشاعات الكاذبة والمضلة التي يطلقها المتلاعبون لتضليل المستثمرين لحثهم على البيع أو الشراء بناءً على هذه الإشاعات وخلافاً للحقيقة، كما سيغلق الباب أمام وسائل الإعلام ومواقع الإنترنت أو أي وسيلة أخرى لنشر معلومات غير صحيحة، وبالتالي ستكون قرارات المستثمرين انعكاساً للمعلومات الصادرة عن الشركة المعنية.

وخلاصة القول فإن مبادئ حوكمة الشركات تعمل على استقرار بورصات الأوراق المالية، وبصفة خاصة في الدول النامية، وتجنبها شر الوقوع في الأزمات المالية المحلية والعالمية؛ يرى كثير من المحللين أن قصور نظم إدارة الشركات ساهمت وبشكل كبير في حدوث الكثير من الأزمات المالية.

رابعاً: تعميق الوعي الاستثماري للحد من عمليات التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية:

تعتبر مشكلة انخفاض الوعي الاستثماري في مجال الاستثمار في بورصة الأوراق المالية + خاصة بالنسبة لصغار المدخرين + مشكلة قديمة؛ فهي ليست وليدة اليوم أو أمس، وتزداد حدة هذه المشكلة في الدول النامية، فنتيجة لحدوث بورصات الأوراق المالية في هذه الدول + توجد حالة من الفراغ من الوعي الاستثماري، وعدم إدراك المدخر للدور التنموي لبورصة الأوراق المالية، وبالتالي نشأت أجيال كاملة لا تعلم عن البورصة شيئاً، مما خلق حائطاً منيعاً بين المدخرين وبورصة الأوراق المالية، لدرجة أننا قد لا نبالغ إذا قلنا إن الغالبية

العظمى من المدخرين لا تعرف عن البورصة سوى اسمها.

ومن خلال النظر إلى جمهور المدخرين في البلدان النامية نجد أن أغلبهم يذخر أمواله في الأوعية الادخارية التقليدية والمتمثلة في البنوك، وشهادات الاستثمار، وصناديق توفير البريد، وتستحوذ البنوك على الجانب الأكبر من المدخرات، وذلك بسبب عدم إقبال المدخرين على الاستثمار في الأوراق المالية، إما لجهله به، وإما لخوفه منه، خاصة وأن البنوك حرصت على جذب المدخرين إليها وعدم تحويلهم عنها إلى الاستثمار في الأوراق المالية، وذلك عن طريق رفع أسعار الفائدة التي أعفاها المشرع من الخضوع لأي ضريبة.

ومما لا شك فيه أن تواضع نشاط البورصات وعزوف المدخر عنها يرجع في غالب الأمر إلى انعدام الثقة فيها، وجهل المدخر بها، وبمزاياها، بسبب هذه الأمية الاستثمارية، وكذلك ضيق البورصة، وعدم وجود صانع السوق الذي لا يهدف إلى تحقيق الربح، ويحمي السوق من الهزات العنيفة ويحد من المضاربة غير المشروعة على الأسعار، والتي تُلحق بالسوق والمتعاملين فيه أضراراً جسيمة.

وقد فطن المشرع في كثير من الدول إلى مشكلة الأمية الاستثمارية ببورصة الأوراق المالية وعدم الرشد الاستثماري لدى المدخرين - وبصفة خاصة المدخر الصغير - فأوجب على الشركات المصدرة للأوراق المالية والمتداول أسهمها بالسوق نشر القوائم المالية في وسائل الإعلام، وإعلانها للجمهور بشكل

دوري ومستمر تحقيقًا للإفصاح والشفافية اللازمة لعمل قوى السوق الحرة وظروف المنافسة الكاملة، وبذلك يكون جميع المتعاملين في البورصة على علم تام بجميع البيانات والمعلومات عن الشركات المتداول أسهمها، وتقوم الشركات العاملة في البورصة مثل شركات السمسرة، والوساطة المالية، وشركات إدارة المحافظ المالية، وشركات تقييم وترتيب الأوراق المالية بنشر الوعي بين المواطنين حول كيفية التعامل في البورصة، وإعلام المتعاملين بتوقعات الأسعار في المستقبل، ونتائج تحليل المعلومات والبيانات ومناقشتها مع المتعاملين، فضلًا عن عرضها في وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية بشكل يومي؛+ مما يجعل معاملات البورصة ثقافة عامة لجميع المواطنين عن طريق تبسيط المعلومات والشرح والتحليل بعيدا عن المصطلحات المعقدة^{١٩}، فعلى الرغم من التغطية الواسعة لأخبار التداول بالصحف والقنوات الفضائية فإن جانب التوعية لا يأخذ حظه؛ إذ تتوجه الرسالة الإعلامية إلى المتعاملين باعتبارهم ذوي خبرة، بينما الغالبية منهم ليس لديهم أساسيات التعامل، ويبدو ذلك من مخاطبة المتعاملين بمصطلحات فنية، لا دراية لهم بها.

كما سمح المشرع في أغلب الدول بإنشاء صناديق استثمار، يديرها خبراء في الأوراق المالية، ويتعرض أصحاب وثائق الاستثمار لأقل قدر من الخطر بسبب خبرة القائمين عليها، وإتباعهم لمبدأ التنوع في الأوراق المالية التي يتضمنها

^{١٩}- د.حمدي عبدالعظيم: مرجع سابق، ص ٤١.

الصندوق، ومع ذلك تبقى المشكلة الأساسية، وهي الأمية الاستثمارية لدى المدخرين وجاهلهم بعملية الاستثمار في الأوراق المالية.

لذا يجب على الجهات الرقابية ووسائل الإعلام الاقتصادي والاستثماري أن تبذل المزيد من الجهد للمساهمة في محو هذه الأمية لجذب المزيد من المستثمرين إلى الاستثمار في بورصة الأوراق المالية، وبصفة خاصة صغار المدخرين، وتشجيعهم على الادخار طويل الأجل، وتعريفهم بطبيعة وكيفية الاستثمار ببورصة الأوراق المالية، وكذلك تعريفهم بالفرص المتاحة للاستثمار في الأوراق المالية والمزايا المترتبة عليها.

إن توعية المستثمرين بأساليب الاستثمار الصحيحة بالبورصة، يحقق لهم استثماراً آمناً، ويُمكنكَّ من كل مستثمر من تخطيط وتنفيذ استثماراته على النحو الذي يحقق أهدافه الاستثمارية، ويتناسب مع إمكانياته المالية، وهذه التوعية تحصن المستثمرين ضد الانزلاق وراء التحليلات الفنية والمالية غير القائمة على أسس علمية، أو الانسياق وراء الشائعات، وتجعلهم يتخذون القرارات الاستثمارية السليمة، وفي الوقت المناسب^(١٩١)، كما أن توعية المستثمرين بأساليب وصور التلاعب تحميهم من الوقوع في شرك المتلاعبين.

وتتكامل عملية التوعية مع إحكام الرقابة على إصدار التحليلات الفنية والأبحاث المالية، والتي يستطيع من خلالها المستثمر الواعي التفرقة بين الصحيح وغير الصحيح مما يصل إليه من معلومات.

^{١٩١} - د. محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص ٥٢٠.

كذلك يمكن لهيئات الرقابة على السوق أن تتبنى برامج توعية متطورة للمستثمرين، ويمكنها في سبيل ذلك الاستعانة بالمعاهد العلمية المتخصصة والمراكز المتخصصة في مجال الأوراق المالية بالداخل والخارج.

ويجب ألا تقتصر حملات وبرامج التوعية على الضحايا المحتملين للممارسات غير المشروعة بيورصة الأوراق المالية، ومنها عمليات التلاعب بالأسعار، وإنما يجب أن توجه كذلك إلى الطرف الآخر، وهم المتلاعبون أنفسهم، وتبصيرهم بخطورة الممارسات غير المشروعة التي يمارسونها، وحكمها الشرعي، وموقف القانون منها، والعقوبات المقررة لها، لعل ذلك يكون رادعا لهم عما يفترونه من جرائم يترتب عليها أضراراً جسيمة.

كما يجب تنفيذ حملات توعية موجهة إلى شركات الوساطة، تبين إجراءات الرقابة على السوق، وكيفية اكتشاف حالات التلاعب، وآليات التبليغ عنها للجهات الرقابية^(١٩٢).

وقد قامت الهيئة العامة للرقابة المالية برصد الأخطاء التي وقع فيها عدد من المستثمرين خلال الأعوام الماضية، وذلك في جميع مراحل التعامل مع شركة السمسة (إبرام عقد فتح الحساب - عملية التداول - كشف الحساب - إنهاء التعامل)، وكذا التعامل مع أمناء الحفظ، مع بيان المخاطر التي تترتب عليها وتأثيرها على المستثمر، وما يلزم اتخاذه من تصرفات لتلافي الوقوع في هذه الأخطاء، وذلك لأخذها في الاعتبار من قبل المستثمر حتى تتم جميع الإجراءات الخاصة بعملية الاستثمار بصورة سليمة حفاظاً على أمواله، وقامت الهيئة بنشر هذه الأخطاء على موقعها الإلكتروني تحت عنوان "سبل التعامل الآمن"، وهي

١٩٢- د.محمد بن إبراهيم السحيباني، التلاعب في الأسواق صورته وآثاره، مرجع سابق، ص ٣٩.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول
٨٧٢

تتكون من جزأين على النحو التالي^(١٩٣):

الجزء الأول: التعامل مع شركات السمسرة في الأوراق المالية:

- الأخطاء الخاصة باختيار شركة السمسرة والتعاقد معها.
- الأخطاء الخاصة بعمليات التداول (شراء وبيع).
- الأخطاء الخاصة بالعمليات المالية وكشوف الحسابات.
- إنهاء التعامل وتصفية الحساب لدى شركة السمسرة.

الجزء الثاني: التعامل مع أمناء حفظ الأوراق المالية:

- الأخطاء الخاصة باختيار أمين الحفظ والتعاقد معه.
- الأخطاء الخاصة بعمليات الشراء والبيع ومتابعة الرصيد الورقي.
- إنهاء التعامل وتصفية الحساب لدى أمين الحفظ.

كما قامت الهيئة العامة للرقابة المالية بإعداد مجموعة المطبوعات

التعليمية لتوعية المستثمر في سوق الأوراق المالية مثل: دليل الاستثمار في الأوراق المالية، وخطوات الاستثمار في البورصة، وكيف تتابع استثمارك في سوق الأوراق المالية، والتعامل في سوق الأوراق المالية المفاهيم والممارسات الخاطئة^(١٩٤).

وعلى الرغم من الجهود التي تبذلها الهيئة العامة للرقابة المالية في مجال

١٩٣- لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع الرابط التالي:

- file:///C:/Users/Toshiba/Desktop/safe_deal_cma.htm

١٩٤- للاطلاع على هذه الكتيبات والمزيد منها راجع الرابط التالي:

- http://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/cma_pages/report_cma.htm

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

نشر الوعي الاستثماري، فإنه من المفيد أن تقوم بإصدار نشرة يومية متخصصة،
تنشر فيها القرارات المتعلقة بالأنشطة التي تتولى الهيئة الرقابة عليها، خاصة
أنشطة أسواق الأوراق المالية، كما تنشر أخبار تلك الأسواق، ونشرات الأكتتاب،
والتقارير المالية الدورية التي تلتزم الشركات المقيدة بنشرها طبقاً لأحكام القانون رقم
١٥٩ لسنة ١٩٨١م، والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، ولإحتيئهما التنفيذيتين، وما
ترغب الهيئة كذلك من توجيهه للمستثمرين من نصائح أو إرشادات في ضوء
ظروف السوق المتغيرة، وألا تكتفي الهيئة بما ينشر على موقعها الإلكتروني من
معلومات، فقد لا يتيسر للكثيرين الإطلاع على هذا الموقع، علاوة على أن ثقافة
الإعلام الإلكتروني مازالت غير منتشرة على نطاق واسع في المجتمع
المصري^(١٩٥).

ويتوقع أن تؤدي هذه الحملات والبرامج التوعوية إلى زيادة انضباطية
السوق والتزام الأطراف المختلفة بأنظمة السوق، وتفعيل دورهم الوقائي في منع
حدوث عمليات التلاعب.

(خامساً) فرض ضريبة على الأرباح الرأسمالية التي تحققها الاستثمارات قصيرة
الأجل بالبورصة^(١٩٦):

١٩٥- د.محمد إسماعيل هاشم، مرجع سابق، ص ٥٢١ - ٥٢٢.

١٩٦- كانت بداية هذا النوع من الضرائب على يد الاقتصادي الأمريكي (James Tobin) الحائز على
جائزة نوبل في الاقتصاد عام ١٩٨١م، والذي اقترح فرض ضريبة زهيدة (واحد في الألف) على كل المعاملات
التي تتم في أسواق التبادل للمحافظة على استقرارها، وإصلاح النظام النقدي الدولي، وفي نفس الوقت تحقيق
عائد لجميع شعوب العالم؛ لأنها منتمد العالم بمبلغ ١٦٦ مليار دولار سنوياً، أي ضعف المبلغ المطلوب سنوياً
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول

يرى البعض^(١٩٧) أنه يمكن الحد من عمليات التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية من خلال فرض ضريبة على الأرباح الرأسمالية التي تحققها الأموال المستثمرة في البورصة لمدة قصيرة، كثلاثة أو ستة أشهر مثلا، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تفرض ضريبة بنسبة ٣٠% على الأرباح الرأسمالية الناشئة عن بيع الأوراق المالية، والتي تباع قبل مرور ثلاثة أشهر على شرائها.

وهذا الرأي وإن كان يتناسب مع بورصات الدول المتقدمة كالولايات المتحدة، وفرنسا، وإنجلترا؛ لأنها بورصات قوية، وذات كفاءة عالية، فإنه لا يتناسب وظروف البورصات في الدول النامية والتي تسعى إلى قيام بورصات نشطة فيها، وبالتالي استخدام النظم الضريبية فيها لتشجيع التعامل في البورصات، لا لأن تكون عامل طرد، فما من شك في أن فرض ضريبة على الأرباح الرأسمالية الناشئة عن بيع الأوراق المالية في هذه الدول يمكن أن يحد وإلى حد كبير من إجمالي الاستثمارات في هذه البورصات^(١٩٨).

للقضاء على "الفقر المدقع في العالم، وقد عُرفت هذه الضريبة باسمه (ضريبة توبين (Tobin Tax)، لمزيد

من التفاصيل عن ضريبة توبين انظر:

- د. عبد الحكيم مصطفى الشرفاوي: إصلاح النظام النقدي الدولي (ضريبة توبين)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ١٣ وما بعدها.

١٩٧- د. محمد علي القرني: نحو سوق مالية إسلامية، مجلة الدراسات الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث بجدة،

ديسمبر ١٩٩٣م، ص ١٨.

^{١٩٨}- في ذات المعنى:

- اشرف أحمد عبد المنعم: مرجع سابق، ص ٢٩٣.

- Mitchell Ponsler: Emerging Market Stocks, New York Institute of Finance, 1998, P.76.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ - المجلد الأول

فعلى سبيل المثال كانت البورصة المصرية معفاة تماما من أي ضرائب على الأرباح المحققة نتيجة المعاملات (الأرباح الرأسمالية)، أو التي توزع في شكل نقدي على المساهمين بالشركات المقيدة بالبورصة^(١٩٩)، غير أن قرارا بقانون صدر عن رئيس الجمهورية بتعديل بعض أحكام قانون الضريبة على الدخل^(٢٠٠)، ليتيح فرض ضرائب على الأرباح المحققة في البورصة، وتضمنت التعديلات فرض ضريبة رأسمالية سنوية على الأرباح المحققة من البورصة، وعلى التوزيعات النقدية بنسبة ١٠%، بينما أعتت توزيعات الأسهم المجانية، وأول عشرة آلاف جنيه من توزيعات الأرباح من الضرائب، وسمحت بترحيل الخسائر لمدة ثلاث سنوات، وقد أقرت الحكومة اللائحة التنفيذية لقانون ضريبة الأرباح الرأسمالية، وضريبة التوزيعات بالبورصة، وتم نشرها في الجريدة الرسمية تمهيدا للعمل بها^(٢٠١).

وتجد هذه الضريبة مبرراتها في الآتي:

- أن القانون يتفق ومبادئ العدالة الضريبية؛ لأن نظام الضرائب على الدخل يجب أن يشمل كل المواطنين، وكل المؤسسات، وقبل صدور هذا القانون كان

^{١٩٩} - لم تشهد البورصة المصرية أي نوع من أنواع الضرائب من قبل سوى ضريبة الدمغة؛ وهي الضريبة التي ألغيت بحكم دستوري في عام ١٩٩٦م ثم أعيدت في عام ٢٠١٢م قبل أن تُستبدل بِقانون الضريبة على الأرباح الرأسمالية والتوزيعات النقدية الصادر بقرار بقانون من رئيس الجمهورية في عام ٢٠١٤م.

٢٠٠ - القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤م بشأن تعديل بعض أحكام قانون الضريبة على الدخل والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ مكرر (أ) في ٣٠ يونيو ٢٠١٤م.

٢٠١ - قرار وزير المالية رقم ١٧٢ لسنة ٢٠١٥م بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون الضريبة على الدخل الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٩٩١ لسنة ٢٠٠٥م، والمنشور بالوقائع المصرية - العدد ٧٩ تابع (ب) في ٠٦ أبريل ٢٠١٥م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المستثمر في الأنشطة المختلفة كالصناعة أو التجارة يخضع للضريبة على ما يحققه من أرباح، في حين أن المستثمر في البورصة لا يخضع لأي ضريبة على أرباح التداول بالرغم من استفادة الاقتصاد من الاستثمارات المباشرة في المجالات المختلفة لمساهمتها في الحد من البطالة وزيادة الناتج المحلي.

- أن القانون المائل ألغى ضريبة الدمغة التي كانت تفرض على التعاملات التي تتم داخل البورصة، بغض النظر عن تحقيق أرباح أو تكبد خسائر، فكان المستثمر يدفع ضريبة الدمغة حتى في حالة الخسارة، وقد قُدت حصيلة ضريبة الدمغة من الإيرادات العامة، وبالتالي زاد العجز في الموازنة العامة، فجاءت هذه الضريبة لتعوض هذا النقص في الإيرادات العامة.

- أن القانون أخضع الأرباح المحققة خارج مصر للضريبة على أساس مبدأ عالمية الدخل أو الإيراد.

- يتمثل وعاء الضريبة في الأرباح المحققة فعليا نتيجة التصرف بالبيع في الأوراق المالية؛ وليس نتيجة ارتفاع القيمة السوقية للأسهم، وهو ما يساعد على التقليل من المضاربة بالبورصة وتشجيع المستثمرين على الإبقاء على ملكيتهم للأسهم والأوراق المالية لمدد أطول.

- أن القانون قرر إعفاء مبلغ عشرة آلاف جنيه من الأرباح أي التوزيعات النقدية، وذلك مراعاة لصغار المستثمرين.

وعلى الرغم من هذه المبررات فإن الضريبة على الأرباح الرأسمالية والتوزيعات النقدية في البورصة المصرية سوف تؤدي إلى إضافة أعباء جديدة على الأسهم المسجلة فيها، وسيكون المستثمر هو الخاسر في هذه الحالة، وهو ما قد يدفع المنشآت إلى التلاعب في قيم أصولها عند إعادة التقييم بهدف الاندماج أو التقسيم لنقادي دفع الضريبة.

كما قد تؤدي الضريبة على الأرباح الرأسمالية والتوزيعات النقدية في البورصة المصرية إلى هروب المستثمرين إلى بورصات أخرى مجاورة لا تفرض أية ضريبة على الأرباح المتحققة فيها.

وخلص القول في هذا الموضوع، أن فرض ضريبة على الأرباح الرأسمالية والتوزيعات النقدية بالبورصة له تطبيقات في الكثير من البورصات العالمية، وأسعار أكبر من الأسعار المقررة بالقانون المصري، وهو يتفق مع مبادئ العدالة الضريبية، كما أن القانون يهدف إلى تحقيق الصالح العام، وتوفير إيرادات تساهم في سد عجز الموازنة العامة للدولة، ومع ذلك فالوقت ما زال غير مناسب لفرض هذا النوع من الضرائب + لأنه وإن كان يطبق في بعض البورصات العالمية لبعض الدول المتقدمة فهذا نتيجة لما تتمتع به هذه الدول من استقرار يجعل المستثمرون يسعون إليها، أما البورصات الناشئة فهي تسعى دائما لجذب المستثمرين، بتقديم حوافز وضمانات متعددة، ونظرا للظروف الاقتصادية والسياسية والأمنية التي تمر بها مصر في الوقت الراهن، والخسائر التي منيت بها البورصة خلال الخمس سنوات الماضية، فإن فرض هذه الضريبة في مثل هذا التوقيت لم يكن عملا موفقا، على الأقل من حيث التوقيت الذي صدر فيه.

ونتيجة لكثرة الاعتراضات والمناشآت والوقفات من جانب المتعاملين في البورصة، وكذلك نتيجة لبعض التراجع في حجم التداول منذ اللحظة الأولى للإعلان عن القانون، استجاب رئيس مجلس الوزراء، وأصدر قرارا بتأجيل العمل بقرار فرض الضريبة على الأرباح الرأسمالية والعوائد النقدية لمدة عامين^(٢٠٢)، غير أن هذا القرار يحتاج تدخلا تشريعا من قبل رئيس الدولة.

^{٢٠٢} - جريدة الأهرام، السنة ١٣٩ العدد ٤٦٩١٥ الصادر يوم الثلاثاء، ١ من شعبان ١٤٣٦ هـ الموافق ١٩ مايو

الخاتمة

تناول هذا البحث موضوع التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية وآثاره الاقتصادية، وقد تضمن مقممةً وفصلين، واشتملت المقدمة على التعريف بالبحث، وإشكاليته، وفرضياته، وأهدافه، وأهميته، ومنهجه، وخطة الدراسة فيه.

وتناول الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية مفهوم التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية، وصوره، والفرق بينه وبين المضاربة في البورصة، والحكم الشرعي له.

أما الفصل الثاني فقد تناول الآثار الاقتصادية للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية على كل من: البورصة، وعلى المتداولين فيها، وعلى الاقتصاد القومي، كما تعرض هذا الفصل لطرق مكافحة التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

وقد توصل الباحث من خلال هذا البحث إلى عدد من النتائج التي في ضوئها أوصى بعدد من التوصيات، نذكرها فيما يلي على التوالي:

(أولاً) النتائج:

١. أن التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة في البورصة هو عبارة عن ممارسات وتصرفات غير مشروعة، يقوم بها بعض المتعاملين في بورصة الأوراق المالية لتعطيل آلية الطلب والعرض في تحديد أسعار الأوراق المالية

المتداوله واستبدالها بأسعار مصطنعة وانطباعات زائفة لدى المتعاملين على ورقة مالية معينة لإحداث فرق مقصود بين سعر الورقة الجارية وقيمتها الحقيقية.

٢. أن الهدف الأساسي من التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة في البورصة هو تحقيق أرباح غير عادية بطرق غير مشروعة على حساب بقية المتداولين، ويتحقق هذا الهدف من خلال رفع السعر، أو تثبيته، أو خفضه.

٣. أن هناك بعض الممارسات التي تتم داخل البورصة، وتؤثر على آلية الطلب والعرض في تحديد أسعار الأوراق المالية، ومع ذلك لا تعتبر من قبيل التلاعب المُخْدَرِّم، مثل قيام متعهد توزيع الإصدارات الجديدة للأوراق المالية بشراء ما يعرض منها للبيع في البورصة خلال فترة توزيع الورقة المالية، وذلك لحماية سعرها من الهبوط، ومثال آخر وهو ما يحدث في حالة الإعداد لعملية بيع كبيرة ومهمة، حيث يقوم المسؤولون في الشركة بمحاولة تثبيت سعر الورقة المالية خلال الأيام والأسابيع السابقة على عملية البيع الكبيرة؛ حتى يستطيع صغار المستثمرين أن يستفيدوا من المزايا نفسها التي يستفيد منها المستثمرون الكبار.

٤. أن المتلاعبين بأسعار الأوراق المالية في البورصة يلجأون - في سبيل تحقيق أهدافهم - إلى كل الوسائل والطرق الممكنة لتحقيقها، ولا يمكن لهذه الوسائل أن تقع تحت حصر؛ وذلك بسبب ما تتميز به من تغير وتطور مستمرين.

٥. أن أغلب التشريعات لا تذكر صوراً محددة للتلاعب، وإنما اكتفت بذكر الضوابط التي تجعل من المعاملة نوعاً من أنواع التلاعب، وذلك بسبب ما تتميز به وسائل وطرق التلاعب من التجديد والابتكار.

٦. أن المشرع المصري + في قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م + لم يحدد وسائل محددة يتم بواسطتها ارتكاب جريمة التلاعب بأسعار الأوراق

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الامكنترية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول ...

المالية، وإنما ترك الباب مفتوحاً لأية وسيلة من الوسائل التي تؤثر على الأسعار بطريقة مفتعلة وغير طبيعية، ثم جاءت اللائحة التنفيذية لهذا القانون لتحظر التلاعب بالأسعار مطلقاً، ثم تحدد على وجه الخصوص بعض الممارسات التي تعتبر من قبيل التلاعب بالأسعار.

٧. أن التعامل الصوري هو توافق الطلبات، وإتفاقيات التلاعب، وشراء الأوراق المالية بقصد الاحتكار، والتلاعب باستغلال المعلومات الداخلية، والضخ، والتفريغ، وخيانة الأمانة واستغلال ثقة العملاء تعتبران من أشهر صور التلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة في البورصة.

٨. أن مصطلح التلاعب بأسعار الأوراق المالية يعتبر مرادفاً لمصطلح المضاربة غير المشروعة؛ لأنهما يتفقان في الوسيلة والهدف، فكلاهما يتم من خلال ممارسات غير مشروعة تعتمد على الغش، والتدليس، والاحتيال استناداً إلى الدراسة، والعلم، والخبرة، والتنبؤ بالظروف والأسعار المستقبلية للورقة المالية، وكلاهما يهدف إلى تحقيق أرباح غير عادية في فترة قصيرة على حساب بقية المتداولين في السوق.

٩. أن صانع السوق الذي يبغى تحقيق الربح لا يعتبر من المتلاعبين بالأسعار؛ لأنه متداول غير مُطَّع على قيمة الورقة المالية، ويحدد أسعار عروضه وطلباته بشكل رئيس بناءً على وضع الطلب والعرض في السوق؛ ولا يتدخل في السير الطبيعي للعروض والطلبات في السوق، وذلك عكس المتلاعب الذي يعتمد في نشاطه على تعطيل آلية السوق؛ فيؤثر على التكوين الطبيعي للأسعار بطرق مفتعلة، لذلك من المتصور أن يكون صانع السوق هو نفسه أحد ضحايا المتلاعب.

١٠. أن المضاربة المشروعة (الحميدة) في بورصة الأوراق المالية تؤدي مجموعة من الوظائف الاقتصادية التي تساعد على تنشيط البورصة، وبدونها تظل البورصة راكدة، ومن هذه الوظائف: تعادل العرض والطلب داخل البورصة، وتخفيف حدة تقلبات الأسعار، وتنشيط حركة التداول وتغطية الاكتتابات العامة.

١١. أن المضاربة المشروعة في البورصة وإن كانت تساعد على تنشيط البورصة لما تؤديه من وظائف اقتصادية؛ إلا أنه يجب على المستثمرين ألا يتحولوا عن الاستثمار المباشر - وإهمال مشروعاتهم الاقتصادية - إلى الاستثمار المالي عن طريق المضاربة في الأوراق المالية، لما في ذلك من آثار اقتصادية سيئة على البورصة، والمتعاملين فيها، والاقتصادات الوطنية.

١٢. أن الحكم الشرعي للتلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية هو التحريم، إذ تدخل أغلب صور التلاعب ضمن أنواع التغرير القولي والفعلي، كالغش، والنجش، والتدليس، وكتمان العيوب، والدعاية الكاذبة، وتؤدي كل هذه التصرفات إلى أكل أموال الناس بالباطل، وضياح ثروات العديد من الأفراد، والأسر، والمشروعات، فقتنى مجموعة محدودة من المتلاعبين على حساب الأغلبية العظمى من المستثمرين، كذلك فإن التلاعب بالأسعار مخالف للقيم الأخلاقية الحاكمة للاستثمار في الشريعة الإسلامية.

١٣. أن التلاعب بالأسعار يؤثر سلباً على كفاءة التسعير ببورصة الأوراق المالية، وهي تتحقق عندما لا يوجد فاصل زمني كبير بين الكشف عن المعلومة ووصولها إلى المستثمرين، وكذلك عندما لا تكون تكاليف الحصول على هذه المعلومة باهظة، فالتلاعب المعلوماتي والتلاعب القائم على أساس

نشر معلومات كاذبة أو شائعات مضللة وغيرها من صور التلاعب تحجب المعلومات الصحيحة الحالية عن غالبية المستثمرين+ فيؤدي ذلك كله إلى إيجاد فارق سعري مصطنع، وتعرقل الأداء الطبيعي لقانون الطلب والعرض. ١٤. أن كفاءة التشغيل ببورصة الأوراق المالية، أي قدرتها على خلق التوازن بين الطلب والعرض، وهو ما يعكس السعر الحقيقي للأوراق المالية+ تتأثر بعمليات التلاعب بالأسعار+ لأن هذه العمليات تهدف إلى التأثير على توازن الطلب والعرض بالسوق، فلا تعكس الأسعار السائدة القيمة الحقيقية للأوراق المالية.

١٥. أن التلاعب بالأسعار يؤثر سلباً على عدالة السوق، فإن كانت عدالة السوق تقتضي أن يتاح لجميع المتعاملين في السوق فرصاً متساوية للاستثمار وتحقيق الأرباح، فإن عمليات التلاعب تجعل المتلاعب في وضع أفضل من بقية المستثمرين+ لاعتماده على الغش والاحتيال لإيقاع الغير في الخطأ.

١٦. أن التلاعب بالأسعار يؤثر سلباً على درجة الأمان بالبورصة + لأنه يلحق الضرر بغالبية المتعاملين فيها، ويفقد الثقة فيها، وفي الاستثمار في الأوراق المالية بصفة عامة، فالصور المختلفة للتلاعب تؤدي إلى إلحاق الضرر بالغالبية العظمى من المستثمرين، ومن نَحَّ لا يشعر المستثمر بالأمان في سوق تنتشر فيه عمليات التلاعب، وما يضاعفها من غش، وتدليس، وممارسات غير أخلاقية.

١٧. أن التلاعب بالأسعار يحول دون أداء البورصة لوظائفها التي من أجلها وجدت، وهو ما يؤثر على دورها في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية، ويهدد بانهيار البورصة، ونشوب الأزمات المالية والاقتصادية.

١٨. أن التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية يلحق الضرر بغالبية المستثمرين في البورصة (صغار المستثمرين) + لأنهم يتعرضون لخسائر مالية كبيرة، تجعلهم يحجمون عن الدخول مرة أخرى إلى البورصة بسبب ضياع مدخراتهم، وبسبب حالة انعدام الثقة التي ستكون لدى هؤلاء حول البورصة والاستثمار في الأوراق المالية بصفة عامة.

١٩. أن التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية يؤثر سلبا على الاقتصاد القومي، مثل عدم توفير التمويل اللازم، والتسبب في الأزمات المالية والاقتصادية، وعدم العدالة في توزيع الدخل والثروات.

٢٠. أن مكافحة التلاعب بأسعار الأوراق المالية والحد من انتشاره تتطلب إطارا قانونيا محكما؛ ليحدد الضوابط التي تجعل من معاملة ما في البورصة فعلا مجرما، ولينشئ هيئات رقابية تشرف على تطبيق القانون، وتضبط المخالفين، وتوقع الجزاءات المالية والإدارية، وتحرك الدعاوى الجنائية ضدهم.

٢١. أن مكافحة التلاعب بالأسعار والحد منه تتطلب تعزيزا لدور الجهات الرقابية، فكلما نجح الجهاز الرقابي في منع عمليات التلاعب بالأسعار

وتحقيق أكبر قدر من الشفافية والوضوح كان ذلك دافعا لازدهار البورصة وتحقيق الأهداف المرجوة من وجودها.

٢٢. أن أغلب عمليات التلاعب بالأسعار التي تقع في سوق المال المصري تقع من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، والعملاء المتداولين في السوق، ففي عام ٢٠١٣م بلغ عدد الدعاوى التي قامت الهيئة بتحريكها ٥١ دعوى، في حين بلغت في عام ٢٠١٤م ٣٤ دعوى، وأن هذه الأعداد تعتبر صغيرة، ولا تتناسب مع عدد الشكاوى التي وردت إلى الهيئة ضد الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، فقد بلغت ٤١١ شكوى خلال عام ٢٠١٣م، و٤٠٩ شكوى خلال عام ٢٠١٤م.

٢٣. أن التطبيق السليم لمبادئ حوكمة الشركات يمكن أن يساهم في الحد من عمليات التلاعب، لأن جوهر الحوكمة يقوم على تأكيد مسؤوليات الإدارة، وتعزيز مساءلتها، وتحسين الممارسات المحاسبية والمالية والإدارية، من خلال التطبيق الكامل لمبدأ الشفافية والإفصاح داخل الشركة، ومن شأن ذلك كله أن يحد من عمليات التلاعب بالأسعار.

٢٤. أن تعميق الوعي الاستثماري لدى صغار المستثمرين بالبورصة من خلال وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية، يمكن أن يساهم بدور فعال في الحد من عمليات التلاعب بالأسعار في بورصة الأوراق المالية.

٢٥. أن فرض ضريبة رأسمالية على الأرباح الرأسمالية التي تحققها الاستثمارات قصيرة الأجل ببورصة الأوراق المالية يمكن أن يساهم بدور مهم في الحد من عمليات التلاعب في البورصة، غير أن هذا الإجراء وإن كان يلائم

البورصات القوية في الدول المتقدمة إلا أنه لا يتناسب مع البورصات الناشئة في الدول النامية التي تتميز بالضيق والكفاءة المنخفضة إذ قد تؤدي مثل هذه الضريبة إلى هجرة رؤوس الأموال الوطنية أو انصراف البعض عن الاستثمار في الأوراق المالية إلى أي مجال استثماري آخر.

ثانياً التوصيات:

في ضوء النتائج السابقة يوصي الباحث- في مجال مكافحة التلاعب
بالأسعار في بورصة الأوراق المالية - بالآتي:

١. تطوير الأطر القانونية التي تنظم بورصة الأوراق المالية، والعمل على تحديثها بصفة مستمرة لتفادي ما قد يعترضها من نقص، أو ما يشوبها من عوار، لتواكب التطور المستمر في وسائل وطرق التلاعب بالأسعار التي تتطور بصفة مستمرة، وكذلك تغليظ العقوبات المقررة على جرائم التلاعب بأسعار الأوراق المالية.
٢. تفعيل دور الجهات الرقابية على بورصة الأوراق المالية للحد من عمليات التلاعب بالأسعار، من خلال تحديث الأنظمة واللوائح، والتعليمات، وخاصة الأنظمة الإلكترونية، ومواكبة الاتجاهات الحديثة في مجال الرقابة على الأسواق المالية.
٣. تطوير آليات التداول ببورصة الأوراق المالية، ومنح إدارة البورصة مزيداً من الصلاحيات، لأن ذلك يضمن الثقة في البورصة.
٤. زيادة الإهتمام بالمحاكم الاقتصادية المختصة بالنظر في قضايا التلاعب بالأسعار الأوراق المالية، وإمدادها بكافة الإمكانيات والوسائل الحديثة، والإهتمام بقضااتها، فلا يعين في هذه المحاكم إلا من لديه معرفة وخبرة كبيرة في هذا المجال، مثل الحصول على دورات تدريبية معينة، أو الإبتعاث، ولو لمدة سنة إلى إحدى الدول ذات القضاء المتميز في مجال الفصل في المنازعات المالية والاقتصادية.

٥. إعداد وتنفيذ حملة توعية لجميع المتعاملين في السوق، وخاصة المستثمرين، وذلك من خلال وسائل الإعلام المختلفة ومواقع التواصل الاجتماعي على شبكة الإنترنت، تُبين إجراءات الرقابة على السوق، والتعريف بأهم صور

التلاعب، وكيفية اكتشاف التلاعب، وآليات التبليغ عنها للجهات الرقابية، حتى يتسنى للمتعاملين في السوق توقي الحذر من أن يكونوا ضحايا لحيل واستغلال المتلاعبين.

٦. أن يساهم رجال الدين في مجال التوعية بخطورة وأضرار التلاعب بأسعار الأوراق المالية في البورصة، وأن يبينوا للناس الحكم الشرعي لمثل هذه الممارسات، خاصة وأن الكثير من المتلاعبين قد لا يعرفون الحكم الشرعي لهذه الممارسات، وكذلك العقوبة المقررة.

٧. الإهتمام بتطبيق مبادئ حوكمة الشركات بصورة سليمة؛ لما لها من عظيم الأثر على عنصرى الشفافية والإفصاح بالنسبة للشركات المقيدة ببورصة الأوراق المالية؛ لتغلق الطريق أمام المتلاعبين من الاستفادة من المعلومات غير المعلنة أو نشر شائعات وأكاذيب مضللة.

٨. تفعيل آليات تعويض المتضررين من عمليات التلاعب ببورصات الأوراق المالية، على أن تنظم هذه العملية بقانون، ويمكن في هذا المجال الإهتمام بالتجربة الأمريكية، حيث أصدر المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩٧٠م قانوناً خاصاً لحماية المستثمر، ونص فيه على إنشاء مؤسسة حماية المستثمر والتي تهدف إلى تأمين حسابات المتعاملين في الأوراق المالية لدي مكاتب السمسرة، وتلتزم مكاتب السمسرة بعضوية المؤسسة، وتدفع أقساطاً سنوية من أرباحها، وتقوم المؤسسة باستخدام حصيلة العضوية في تعويض العملاء عن خسائرهم بسبب إفلاس مكاتب السمسرة، وقد أدى هذا القانون إلي تشجيع الأفراد على التعامل مع مكاتب السمسرة دون خوف من نوعية المكاتب أو حجمها المالي، وهو ما يشجع على المزيد من التعامل في الأوراق المالية وانتعاش البورصة.

٩. تشجيع مراكز البحوث والباحثين على بحث أنواع وأساليب التلاعب، والآثار الاقتصادية المترتبة عليها، وطرق معالجتها، بشرط أن تجمع هذه الدراسات

التأصيل النظري لهذه المشكلة، وكذلك الواقع العملي، فصعوبة الحصول على معلومات واقعية وإحصائيات حقيقية يجعل ما كتب في موضوع التلاعب بمثابة جرس إنذار لتوجيه الجهود والخبرات نحو هذا الموضوع لدراسة أبعاد المشكلة، وبصفة خاصة في شقها العملي، واكتشاف الحلول التي تحد من انتشارها، وكذلك الآليات التي تجبر ضرر ضحاياها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

(أ) القرآن الكريم:

(ب) الكتب الشرعية:

١. الفائق في غريب الحديث، لابن الأثير.
٢. تبيين الحقائق، للزليعي، -طبعة دار الكتاب الإسلامي- بيروت.
٣. تفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، طبعة دار الكتب المصرية- القاهرة.
٤. جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، طبعة دار الكتب العلمية- بيروت.
٥. فتح الباري، شرح صحيح البخاري، لإحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق محب الدين الخطيب، وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، ومراجعة محب الدين الخطيب.
٦. الحاوي الكبير، للماوردي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
٧. سنن ابن ماجة، لمحمد بن يزيد القزويني، طبعة دار إحياء الكتب العربية.
٨. سنن الترمذي، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٩. السنن الصغرى، للبيهقي، طبعة دار الفكر - دمشق/ سورية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
١٠. السنن الكبرى، للبيهقي، طبعة دار الفكر - دمشق/ سورية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٣ هـ.

١١. شرح النووي على صحيح مسلم، للإمام يحيى بن زكريا بن شرف النووي،
طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٢. صحيح ابن حبان.

١٣. صحيح البخاري، كتاب البيوع.

١٤. صحيح مسلم، كتاب البيوع.

١٥. فيض القدير شرح الجامع الصغير، لعبد الرؤوف المناوي طبعة المكتبة
التجارية الكبرى - مصر.

١٦. كشف الظنون، لحاجي خليفة، طبعة دار الفكر - دمشق، الطبعة الثالثة،
١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

(ج) كتب اللغة العربية والمعاجم:

١. لسان العرب، لابن منظور، ج ١.

٢. معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس، دار الجبل، بيروت، ١٩٧٧م.

٣. القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ج ١.

- المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي.

(د) الكتب الاقتصادية والقانونية:

١. أحمد زكي بدوي، د. صديقة يوسف محمود: معجم المصطلحات التجارية

والمالية والمصرفية، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ -

١٩٩٤م.

٢. أحمد محمد لطفي أحمد: معاملات البورصة، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

٣. جمال عبدالعزيز العثمان: الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة- دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
٤. حمدي عبدالعظيم: اقتصاديات البورصة في ضوء الأزمات والجرائم، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢م.
٥. د.محمود محمد فهمي: سوق المال وبورصة الأوراق المالية، ندوة عقدت بمركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، نوفمبر ١٩٩٥م.
٦. سامر مظهر قنطقجي: فقه الأسواق، دار الرسالة ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
٧. سيد طه بدوي محمد: عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
٨. صبري عبدالعزيز إبراهيم، المدخل إلى علم الاقتصاد برؤية إسلامية، بدون ناشر وبدون سنة نشر.
٩. طارق عبدالعال حماد: بورصة الأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
١٠. عبدالحكيم مصطفى الشرقاوي: إصلاح النظام النقدي الدولي (ضريبة تويين)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
١١. عبدالغفار حنفي: البورصات (أسهم- سندات- وثائق الإستثمار- خيارات)، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤-٢٠٠٥م.

١٢. عمر سالم: الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
١٣. مجدي شهاب: اقتصاديات النقود والمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
١٤. محمد أحمد بن فهد: اقتصاديات النقود والبنوك، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣م.
١٥. محمد أحمد سلام: حوكمة الشركات ودورها في جذب الاستثمارات الأجنبية وتحقيق التنمية المستدامة- مع التطبيق على الاقتصادات الناشئة، مصر ودول الخليج العربي- دراسة قانونية اقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.
١٦. محمد أحمد عبدالخالق سلام: الشفافية والإفصاح في سوق الأوراق المالية- دراسة مقارنة، بدون ناشر، وبدون سنة نشر.
١٧. محمد إسماعيل هاشم: الرقابة على التداول في بورصة الأوراق المالية- دراسة قانونية مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، بدون ناشر، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
١٨. محمد الصيرفي: البورصات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
١٩. محمد حلمي عبدالقواب: البورصة المصرية والبورصات العالمية (آلية عملها - الرقابة عليها - الربط بين البورصات)، مؤسسة الطوبجي، القاهرة.
٢٠. محمد سويلم: إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٢م.

٢١. محمد سويلم: حوكمة الشركات في الأنظمة العربية والمقارنة (بين التنظيم والمسئولية التأديبية والمدنية والجنائية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.

٢٢. محمد فاروق عبدالرسول: الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

٢٣. محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.

٢٤. منير إبراهيم هندي: الأوراق المالية وأسواق المال، بدون ناشر، ٢٠١٢م.

٢٥. نصر على أحمد طاحون: شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر (دراسة تأصيلية لبورصات المال وشركات الإدارة في مصر مقارنة بالدول الغربية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

٢٦. نصيف محمد حسين: النظرية العامة في الحماية الجنائية للمستهلك، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٨م.

(٥) المقالات:

١. أحمد بن محمد الخليل: جرائم البورصة النظامية وأحكامها الفقهية، متاح على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.alkutubcafe.com/book/kgaylj.htm>

٢. أحمد محي الدين، أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، دلة البركة، جدة، ١٤١٥هـ.

٣. حسن محمد الرفاعي: سوق الأوراق المالية من المخاطر إلى الأزمات، قراءة في أبعادها المالية وأحكامها في الاقتصاد الإسلامي، بحث مقدّم إلى المنتدى

الدولي الثاني: "متطلبات التنمية في أعقاب إفرازات الأزمة المالية العالمية"،
جامعة بشار؛ كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، ١٤٣١هـ -
٢٠١٠م.

٤. حسين حسين شحاته: الحكم الشرعي للتلاعب في سوق الأوراق المالية،
سلسلة دراسات وبحوث في الفكر الاقتصادي الإسلامي، متاح على الرابط
التالي:

<http://www.darelmashora.com/>

٥. رفيف يونس المصري: المضاربة على الأسعار بين المؤيدين والمعارضين،
مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، جدة، الاقتصاد الإسلامي، مجلد رقم ٢٠،
العدد رقم ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٦. سعيد بوهراوة: التلاعب في الأسواق المالية- عرض تحليلي نقدي، بحث مقدم
إلى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ٢٣ - ٢٧ شوال
١٤٣١هـ الموافق ٢ - ٦ أكتوبر ٢٠١٠م.

٧. شوقي أحمد دنيا: التلاعب في الأسواق المالية، بحث مقدم إلى الدورة العشرين
لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ١٩ - ٢٣ محرم ١٤٣٢هـ الموافق
٢٥ - ٢٩ ديسمبر ٢٠١٠م.

٨. صالح أحمد البربري: المضاربة والتلاعب بالأسعار في سوق الأوراق المالية-
دراسة مقارنة، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، كلية الشريعة
والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٦ - ١٨ صفر ١٤٢٨هـ
الموافق ٦ - ٨ مارس ٢٠٠٦م.

٩. صبري عبدالعزيز إبراهيم: التوريق وأثره في وقوع الأزمة المالية العالمية في ضوء الفكر الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، المنعقد بكلية الحقوق بجامعة المنصورة في الفترة من ١-٢ أبريل ٢٠٠٩م.
١٠. عبدالله بن محمد العمراني: التلاعب في الأسواق المالية- دراسة فقهية، بحث مقدم إلى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ١٩-٢٣ محرم ١٤٣٢هـ - ٢٥-٢٩ ديسمبر ٢٠١٠م.
١١. محمد بن إبراهيم السحيباني: التلاعب في الأسواق المالية صورته وأثاره، بحث مقدم إلى الدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، ٢٣-٢٧ شوال ١٤٣١هـ الموافق ٢-٦ أكتوبر ٢٠١٠م.
١٢. محمد عبدالحليم عمر: أزمة البورصات العالمية، مركز الشيخ صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، سلسلة المنتدى الاقتصادي، المنتدى الثالث، ١٩٩٧م.
١٣. محمد علي القرني: نحو سوق مالية إسلامية، مجلة الدراسات الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث بجدّة، ديسمبر ١٩٩٣م.
١٤. محمود محمد فهمي: سوق المال وبورصة الأوراق المالية، ندوة عقدت بمركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، نوفمبر ١٩٩٥م.
١٥. مفتاح صالح ومعارفي فريدة: متطلبات كفاءة سوق الأوراق المالية (دراسة لواقع أسواق الأوراق المالية العربية وسبل رفع كفاءتها)، مجلة الباحث، العدد ٧، ٢٠٠٩ - ٢٠١٠م.

(و) الرسائل العلمية:

١. أشرف أحمد عبدالمنعم: رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية في مصر دراسة قانونية مقارنة بالولايات المتحدة الأمريكية)، أطروحة قدمت إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، ٢٠٠٨م.
٢. نرمين نبيل أبو العطا: حوكمة الشركات والتمويل مع التطبيق على سوق المال بمصر، أطروحة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد من كلية الاقتصاد والعلوم السياسية - جامعة القاهرة، ٢٠٠٦م.

(ز) القوانين والتقارير باللغة العربية:

١. القانون رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٤ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الضريبة علي الدخل والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ مكرر (أ) في ٣٠ يونيو ٢٠١٤م.
٢. القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال.
٣. قرار وزير المالية رقم ١٧٢ لسنة ٢٠١٥م بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون الضريبة على الدخل الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٩٩١ لسنة ٢٠٠٥م، والمنشور بالوقائع المصرية - العدد ٧٩ تابع (ب) في ٠٦ أبريل ٢٠١٥م.
٤. اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م الصادرة بقرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣م، والمنشورة بالوقائع المصرية العدد ٨١ تابع في تاريخ ٠٨/٠٤/١٩٩٣م.

ثانيا: المراجع باللغة الإنجليزية:
(أ) الكتب والمقالات باللغة الإنجليزية:

1. Al- Mawrid Al- Hadeeth Dictionary.
2. Arkadev Chatterjea, Joseph A. Cherian, and Robert A. Jarrow: Market Manipulation and Corporate Finance, a New Perspective, Financial Management, 1993.
3. Baxt, R., H.A.J. Ford, and A. Black, 1996, Securities Industry Law (5th edition, Butterworths, Sydney).
4. Cristan Dutescu: Manipulation of Capital Market, Bucharest, 2008.
5. Greg Farrell: America Robbed Blind, Wizard Academy Press, 2005.
6. Larry Harris: Trading and Exchange: Market Microstructure for Practitioners, Oxford University Press, New York, 2003.
7. Louise Yamada: Market Magic: Riding the Greatest Bull Market of the Century, John Wiley & Sons. Inc., New York, 1998.
8. Mitchell Ponser: Emerging Market Stocks, New York Institute of Finance, 1998.

9. Order 2000- 1223 from 14 December 2000 (Official Journal from 16 December 2000).
10. Penguin Office Dictionary, Penguin Reference Library, 2006.
11. Richard J. Teweles: The Stock Market, Jhon Wile & Sons, Inc., New York, 1999.
12. Sir Adrian Cudbury: Corporate Governance, a Framework for Implementation, the International Bank for Reconstruction and Development/THE WORLD BANK, 2000.
13. U.S. Securities and Exchange Commission: How the SEC Protects Investors and Maintains Market Integrity, Wshington D.S, December 1999.

(ب) القوانين والتقارير باللغة الإنجليزية:

1. The American Securities Act of 1933.
2. The American Stock Exchange Act of 1934.
3. The American Investment Company Act of 1940.
4. The American Security Investor Protection Act of 1970.
5. The American Sarbanes Oxley Act of 2002.

ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية:

(أ) الكتب والمقالات باللغة الفرنسية:

1. Bertrand Hommey: Les Bourses des valeurs et l'économie dirigée, Thèse de Doctorat, Imp., Maurice Lavergne, Paris, 1942.
2. Didier P., Droit commercial, Tome 3, PUF, 1993.juin 1984, Revue SOC., 1985, Comm. J. Daigre.
3. Edmond- Eugène Thaller: Traité élémentaire de droit commercial, 4eme édition, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1910.
4. Germain M., et Frison- Roche M- A, C.O.B., *Revue de Droit Bancaire*, n°40, novembre- décembre, 1993.
5. Le petit Larousse illustre, Ed. Larousse, 2007.
6. Nelly D.: La bourse et ses back- office, 3e édition, Paris, Ed. Economica, 2001.
7. Paul- Jacques Lehmann: Bourse et marchés financiers, Paris, Dunod, 2002.
8. Petit Larousse, Librairie Larousse, 1967.
9. Schoen T., Le contexte réglementaire français et la directive sur les services d'investissement, *Les Petites Affiches*, n°5, 10 janvier, 1996.

(ب) القوانين والتقارير باللغة الفرنسية:

1. COB Regulation n°90- 04.
2. Loi n° 96- 597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, Version consolidée au 03 mai 2015.
3. Ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie Législative du code monétaire et financier.

رابعاً: مواقع الإنترنت:

- <http://www.sec.gov/answers/tmanipul.htm>
- https://www.esma.europa.eu/system/files/Dir_03_6.pdf.
- <http://www.cma.org.sa/Ar/AboutCMA/CMALaw/Pages/Ch8Article49.aspx>
- <http://www.cma.org.sa/cma/RegulationsFB/Ar-10/>
- <http://www.alkutubcafe.com/book/kgaylj.html>
- <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/2010/lr21621.htm>
- <http://www.sec.gov/answers/insider.htm>
- http://en.wikipedia.org/wiki/Securities_Act_of_1933
- https://www.sec.gov/news/studies/2009/sox-404_study.pdf
- <http://www.hawkama.ps/SitePages/Hawkama.aspx>
- <http://www.oecdbookshop.org/get-it.php?REF=5L9ZP74L21R3&TYPE=browse>

- [http://www.dutescu.com/uploads/files/The_manipulation_of_capital_market- Cristian_Dutescu.pdf](http://www.dutescu.com/uploads/files/The_manipulation_of_capital_market-Cristian_Dutescu.pdf)
- <http://www.soficom.fr>
- http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5F6D2242DC3468A7E7AD93D48073E547.tpdjo10v_3?cidTexte=JORFTEXT000000574489&categorieLien=id
- http://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/cma_pages/report_cma.htm
- http://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/cma_reports/sandok%20hemalet%20mostathmer.htm
- http://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/efsa_report/report_efsa50.htm
- http://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/efsa_report/report_efsa36.htm

الأثار المحتملة للإقتراض من صندوق النقد الدولي

دكتور

حسام عبدالعال عبدالعال شعبان

مدرس الإقتصاد السياسي والمالية العامة

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ ۗ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ
مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۗ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ
فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سَخِرِيًّا
ۗ وَرَحِمَتْ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ﴾^١.

صدق الله العظيم

سورة الزخرف - آية (٣٢)^١
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

مقدمة

يعتبر ميدان العلاقات الاقتصادية الدولية من أكثر الميادين إثارة للدراسة والتحليل الاقتصادي في الألفية الثالثة نتيجة التطورات والتغيرات المستمرة والمتلاحقة والمحمومة التي يعرفها النظام الاقتصادي العالمي من عشرية لأخرى .

لتقوم التجارة الدولية بدورها التاريخي كمحرك للنمو و التنمية لا بد أن تتوافر بيئة اقتصادية عالمية مناسبة، و نظام تجاري عالمي مساند لعملية التنمية وتحسين شروط التبادل الدولي .

و المتتبع لتطورات الاقتصاد الدولي يلاحظ أن شروط التبادل الدولي قد توافرت بدرجة معينة في الفترة الممتدة ما بين نهاية الحرب العالمية الثانية و بداية السبعينات بفضل الدور الهام الذي لعبته المنظمات الدولية النقدية و التجارية و المالية المنبثقة عن مؤتمر (بروتن وودز) لسنة ١٩٩٤، من جهة ، وعزم الولايات المتحدة الأمريكية (مخطط مارشال) على إعادة بناء أوروبا الرأسمالية من جهة ثانية .

فالازدهار الاقتصادي الذي ميز تلك المرحلة كان له تأثيرات إيجابية عظيمة على التجارة الدولية عموما و تجارة المواد الأولية للدول النامية نتيجة ارتفاع الطلب الدولي عليها. وكل ذلك خلق نوعا من الطموح للدول النامية في تحسين موقعها

في التقسيم الدولي للعمل و ذلك بالمطالبة بتغيير هيكل النظام التجاري التقليدي المبني على تبادل المواد الأولية مقابل المنتجات الصناعية.

ونتيجة للاضطرابات الشديدة التي مست الاقتصاد العالمي بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية انحسرت معظم اقتصاديات دول العالم ما أدى إلى سعى هذه الدول خاصة الكبرى منها إلى محاولة تنظم التجارة الدولية و محاولة وضع الأسس الكفيلة بإصلاح النظام النقدي الدولي و استقراره و قد أفرز هذا التعاون إنشاء مؤسسات مالية من أهمها صندوق النقد الدولي وهو الموضوع الذي سنتطرق إليه في بحثنا هذا. ومن خلال الفصل الأول سنحاول توضيح التطور التاريخي لظهور صندوق النقد الدولي و طريقة إنشائه ، وأهم أهدافه ثم التعرض إلى دوره و أشكال مساعداته ثم من خلال الفصل الثاني سنستعرض علاقة مصر مع صندوق النقد الدولي و في الفصل الثالث سنتطرق إلى تأثير تنفيذ سياسات وشروط الصندوق على مصر اقتصاديا .

التعريف بموضوع البحث :

تم إنشاء صندوق النقد الدولي في عام ١٩٤٤ ، كرد فعل للفضى العارمة التي عمّت النظام النقدي الدولي بعد تطبيق كل من قاعدة الذهب و الصرف بالذهب ، صندوق النقد الدولي هو المؤسسة المركزية في النظام النقدي الدولي ، و سنحاول في هذا البحث المتواضع التطرق إلى ماهية هذا الصندوق ، مبررات وجوده ،

هيكله ، أهدافه، دوره ، تأثيره على اقتصاديات البلاد النامية والذي هو سلبي بنظر البعض و إيجابي و هام للبعض الآخر.

أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث حول التمويل الدولي ، المرتبط بتوفير رؤوس الأموال دولياً بجوانبها السلعية والنقدية ومايرافقها من انسياب السلع والخدمات بين مختلف دول العالم ومايرافقها من تدفقات مالية لأغراض الاستثمار الخارجي بصوره المتعددة .

وتأتي أهمية هذا البحث أيضاً أنه في عالم اليوم الذي يزداد تكاملاً وتكافلاً يوماً بعد يوم ، يعتمد تحسن الأحوال في أي بلد أكثر من أي وقت مضى على الأداء الاقتصادي في البلدان الأخرى ووجود بيئة اقتصادية عالمية مفتوحة ومستقرة . ومن هنا تتطلب العولمة توثيق التعاون الدولي ، وهو ما أدى بدوره إلى زيادة مسؤوليات المؤسسات الدولية القائمة على تنظيم هذا التعاون ، بما فيها صندوق النقد الدولي .

وقد ازدادت أهمية الأهداف التي يتوخاها صندوق النقد الدولي لسبب بسيط آخر، ألا وهو اتساع نطاق عضويته . ذلك أن عدد البلدان الأعضاء قد تجاوز أربعة أمثال عدد البلاد التي شاركت في إنشائه ، وعددها خمسة وأربعون بلداً ، مما يرجع بشكل خاص إلى حصول كثير من البلدان النامية على استقلالها ، أي أن البحث المطروح مهم في مواكبة العصر الراهن وفهم أهم مصطلحاته .

هدف البحث :

هدف البحث هو التعرف على ماهية صندوق النقد الدولي ، مبررات وجوده ، هيكله ، أهدافه ، دوره ، تأثيره على اقتصاديات البلاد النامية الذي هو سلبي بنظر البعض و هام للبعض الآخر .

إشكالية البحث :

إشكالية البحث هي : هل حقق صندوق النقد الدولي هدفه المنشود والمرجو بالحفاظ على النظام المالي الدولي ، أم أنه قام بأدواره حفاظاً على مصالح الدول الكبرى من أجل بسط نفوذها على العالم لاسيما على الدول النامية ؟

خطة البحث:

وسنعمد في هذا البحث على المنهج التاريخي بشكل عام، وعلى المنهج التحليلي لشرح وتحليل الأمور المبهمة . وللوصول إلى غايتنا، قسمنا البحث إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : تاريخ صندوق النقد الدولي في ضبط اقتصاديات الدول النامية .

المبحث الأول : نشأة صندوق النقد الدولي .

المبحث الثاني : أهداف صندوق النقد الدولي .

المبحث الثالث : دور صندوق النقد الدولي .

المبحث الرابع : أشكال المساعدات التي يمنحها صندوق النقد الدولي .

الفصل الثاني : علاقة مصر مع صندوق النقد الدولي .

المبحث الأول : خطابات النوايا التي قدمتها الحكومة المصرية لصندوق النقد .

المبحث الثاني : برنامج صندوق النقد الدولي لعلاج مشكلات المجتمع المصري .

المبحث الثالث : مدى إستجابة السياسة الإقتصادية لبرنامج صندوق النقد الدولي .

المبحث الرابع : مدى استجابة المجتمع المصري لبرنامج صندوق النقد الدولي .

الفصل الثالث : تأثير تنفيذ سياسات وشروط صندوق النقد الدولي على مصر اقتصاديا .

المبحث الأول : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل العجز التجاري .

المبحث الثاني : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل الاستثمار .

المبحث الثالث : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل السياحة .

المبحث الرابع : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل التنمية
المستدامة .

المبحث الخامس : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل التنمية
والقضاء على البطالة .

الفصل الأول

تاريخ صندوق النقد الدولي فى ضبط اقتصاديات الدول النامية

وسيتناول الفصل الأول تاريخ و نشأة صندوق النقد الدولي ثم أهداف و موارد صندوق النقد الدولي ودوره فى مساعدة الدول النامية وأخيرا أشكال المساعدات التي يمنحها صندوق النقد الدولي للدول الأعضاء وأخيرا الهيكل التنظيمي لصندوق النقد الدولي وذلك من خلال أربعة مباحث :

- المبحث الأول : نشأة صندوق النقد الدولي .
- المبحث الثاني : أهداف صندوق النقد الدولي .
- المبحث الثالث : دور صندوق النقد الدولي .
- المبحث الرابع : أشكال المساعدات التي يمنحها صندوق النقد الدولي .

المبحث الأول

نشأة صندوق النقد الدولي

١ - إتفاقية برتون وودز:

نشأت فكرة صندوق النقد الدولي في يوليو ١٩٤٤ أثناء مؤتمر للأمم المتحدة عقد في برتون وودز بولاية نيوهامبشير الأمريكية بعدما اتفق ممثلو خمس وأربعين حكومة على إطار للتعاون الاقتصادي يستهدف تجنب تكرار السياسات الاقتصادية الفاشلة التي أسهمت في حدوث الكساد الكبير في ثلاثينات القرن العشرين .

خلال هذا العقد ، ومع ضعف النشاط الاقتصادي في البلاد الصناعية الكبرى ، حاولت البلاد المختلفة الدفاع عن اقتصادياتها بزيادة القيود المفروضة على الواردات ، ولكن هذا الإجراء أدى إلى تفاقم دائرة الانخفاض التي يتعاقب فيها هبوط التجارة العالمية والنتاج .

ومن أجل المحافظة على الاحتياطات المتناقصة من الذهب والعملات الأجنبية فقد لجأت بعض البلاد إلى تقييد حرية المواطنين في الشراء من الخارج ، وقامت بلاد أخرى بتخفيض أسعار عملتها، و فرض البعض الآخر قيوداً معقدة على حرية حيازة العملات الأجنبية . على أن هذه الحلول لم تؤد إلا لنتائج عكسية ، ولم يتمكن أي بلد من المحافظة على ميزاته التنافسية لفترة طويلة .

ونتيجة لأزمة الثقة بالدولار الأمريكي التي كان سببها العجز الكبير في ميزان المدفوعات الأمريكي و سياسة الاستثمار الخارجي التي إتبعتها الولايات المتحدة الأمريكية وما رافق ذلك من ارتفاع معدلات التضخم و هروب رؤوس الأموال لأوروبا، حدثت موجة تحويل الدولار إلى عملات أخرى أهمها المارك الألماني فالبرغم من المكانة الكبيرة التي احتلها الدولار الأمريكي في نظام الصندوق إلا أن بعض الأحداث الدولية أثرت على مركزه (حرب كوريا 1951، أزمة السويس 1956) و ذلك من خلال تأثيرها على ميزان المدفوعات الأمريكي ، و كذلك ساهمت بعض الأحداث النقدية في أوروبا في زيادة إضعاف مركز الدولار مثل اتفاق 14 دولة أوروبية على قابلية عملاتها وفقا لقيم تعادل معينة مع توحيد أسواق صرفها، و كذلك تدفق رؤوس الأموال من الدولار على أسواق الصرف الأوربي بسبب أسعار الفائدة المرتفعة. هذا الموضوع

دفع بالسلطات الأوروبية النقدية إلى انتهاز الفرصة وذلك بعد التدخل في حل الدولار لدعم أسعار صرف عملاتها.

ويعد هذه الأحداث توالى أزمة الدولار الأمريكي وذلك بسبب زيادة العجز في ميزان المدفوعات الأمريكي حتى عام 1971 حين أعلنت الولايات المتحدة الأمريكية إجراءات اقتصادية شديدة لمواجهة الموقف من أهمها التوقف عن تحويل الدولار إلى ذهب (في عهد الرئيس نيكسون) أو إلى عملات أخرى قابلة للتحويل

و قللت من نفقاتها و جمدت أجورها، و رفعت معدلات الضريبة على الواردات، كما فرضت الرقابة على المدفوعات و التجارة الخارجية^٢.

وقد أدت هذه السياسات إلى تدمير الاقتصاد الدولي، فتناقصت التجارة العالمية تناقصاً حاداً وكذلك تناقص توظيف العمالة ومستويات المعيشة في بلاد كثيرة .

ومع انتهاء الحرب العالمية الثانية ، بدأت بلاد الحلفاء الرئيسية النظر في خطط مختلفة لإعادة النظام إلى العلاقات النقدية الدولية ، ومن هنا ولد صندوق النقد الدولي في مؤتمر بريتون وودز حين وضع ممثلو البلاد المشاركة لميثاق أو اتفاقية التأسيس لأول مؤسسة دولية تشرف على النظام النقدي العالمي وتعمل على إلغاء قيود الصرف المرتبطة بالتجارة في السلع والخدمات وتحقق استقرار أسعار الصرف .

٢ - مخطط كينز

هو مشروع نسب لواقعه البريطاني " اللورد مينارد كينز" و قد وضع المشروع سنة ١٩٤١ إلا انه قدم كورقة عاملة سنة ١٩٤٣ يرسم فيها الإطار الذي من خلاله يمكن قيام نظام نقدي دولي.

ولقد تمحور هذا المخطط حول فكرة جوهرية مفادها تكوين اتحاد مقاصدة دولي، أو بالأحرى إنشاء بنك مركزي دولي للاحتياط ، بحيث يتيح للدول الأعضاء أن

^٢ وجدى محمد حسين ، العلاقات الاقتصادية الدولية ، دار الجامعات المصرية ، ص ٢٥٩ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

تحصل على اعتمادات واسعة و تستطيع بواسطتها تسديد عجزها الخارجي و عليه فإن الذهب لا يمكن اعتباره الحل الأمل لاسيما إذا كانت الدولة تتمتع بفائض كبير يمكنها من جلب هذا المعدن و كذا اقتراح كينز إضفاء الطابع النقدي على المبادلات الدولية و ذلك في إطار أسعار الصرف الثابتة .

وعلى ضوء ما سبق مكن معرفة العناصر التي يتضمنها المخطط والتي تتمثل في:

أ- إنشاء عملات دولية جديدة : يتم ذلك بسعر صرف ثابت بالنسبة للذهب و اصطلاح على تسميته (البانكور -BANCOR) و بذلك يلغى كل الاحتياطي من العملات الرئيسية إلا أنه يبقى على قاعدة صرف الذهب و هذا لأغراض نقدية دولية ، حيث يرى كينز انه عند دخول المخطط حيز التنفيذ و التطبيق تصبح المدفوعات الدولية تتم بعملتين فقط هما (البانكور و الذهب) و يمكن للدول الحصول على البانكور عن طريق بيع الذهب و استخدام حقها في الاقتراض من " اتحاد المقاصة الدولي" ، أما العملية العكسية أي الحصول على الذهب مقابل البانكور فإن ذلك غير ممكن.

ويستند هذا المخطط أيضا على حالات العجز و الفائض، ففي حالة العجز تلجأ الدول لبيع الذهب أو الاقتراض من أجل الحصول على البانكور حيث يمكن تحديد حجم الحصصة لأي بلد على أساس صادرات و واردات البلد، و من ثم تحديد رسم

يقدر بـ ١% سنويا للدولة التي تطلب قرضاً لا يزيد عن نصف حصتها، أما إذا تجاوزت ذلك فإنها مجبرة على دفع رسوم ٢% سنوياً وحتى الدول التي تحقق فائضاً وذلك عندما يفوق رصيدها الدائم نصف حصتها وقد حدد هذا الرسم بـ 1% سنويا. (١)

ب- تطبيق نظام معدل صرف ثابت: إن تطبيق هذا النظام يجعل كل العملات بما فيها العملات المهيمنة تشترك في عملة موحدة هي "البانكور" و في هذا المجال فإن معدلات الصرف ثابتة تسمح بتخفيض أى عملة في حدود 5%. (٢)

ج- إنشاء بنك مركزي دولي.

د- إنشاء عملة جديدة تكون دولية التعامل تدعى "البانكور"

و مما يجدر ملاحظته هو أن الأسس التي قام عليها المشروع كانت تخدم المصالح الخاصة لبريطانيا و تتجاوب مع أهدافها التي ترمي إلى تحقيقها بإقامة هذا النظام الجديد حيث تسعى لتحقيق ما يلي:

(١) د. المهدي خالدي، المرأة الكاشفة لصندوق النقد الدولي، المطبعة الجزائرية للمحلات و الجرائد، الجزائر ١٩٩٦،

ص ٤٠.

(٢) د. المهدي خالدي، المرجع نفسه، ص ٤١.

مجلة الحقوق للبحوث الفقهية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

١- إيجاد الكيفية المناسبة التي تسمح بالحصول على كمية كبيرة من الدولارات لإعادة بناء الاقتصاد و تصحيح العجز الكبير في ميزان المدفوعات.

٢- استخدام السياسة النقدية بحرية تامة دون القبول بفرض قيود معينة.

٣- تقوية مركز الجنيه الإسترليني و بشكل خاص مقابل الدولار مع تمكين لندن من القيام بدورها كسوق نقدية متطورة .

٣ - مخطط هاري هويت :

عن الطرح الذي قام به (هاري ديكستر هويت) كان بناءا على تجربته و معرفته للأوضاع الاقتصادية العالمية التي اكتسبها من خلال ممارسته لوظيفته كأمين مال للخزينة الأمريكية.

فمخطط هويت يعكس وجهة نظر الأمريكيين و يمكن تلخيص طرح هويت في نقطتين:

ضرورة إنشاء وحدة حساب اسمها "UNITAS" محدودة بالنسبة للذهب.

اقتراح صندوق لتسوية المبادلات بين العملات و هذا من أجل تصحيح الاختلافات الموجودة و هذا لا يتم إلا بتثبيت العملات الأجنبية بالنسبة للوحدة "UNITAS".

و قد ركز هويت على ضرورة توازن المدفوعات أكثر من اهتمامه بالقضايا التجارية ، و حتى يمكن للدولار أن يحتل مكانته فإنه يقترح تمويل الولايات المتحدة الأمريكية بالقسط الأكبر لهذا الصندوق من أجل امتلاكها لأكثر احتياطي من الذهب العالم.

وعلى العموم يمكن حصر أوجه التشابه بين المشروعين في النقاط التالية:

١- كلا المشروعين يقترح إنشاء مؤسسة دولية مشتركة.

٢- كلاهما يؤكد على ضرورة منح مساعدات تمويلية للبلدان الأعضاء التي تعاني عجز في ميزان مدفوعاتها.

٣- العمل على استقرار أسعار الصرف عن طريق تثبيت العملات الأجنبية بالنسبة لـ " UNITAS " و هذا رأي هويت و تثبيتها بالنسبة لكينز.

و أما بخصوص أوجه الاختلاف، فتكمن في فكرة اتحاد المقاصد الدولي وجوه الاختلاف يكمن في بسط الاستقرار، إذ يعد بمثابة بنك للدول الأعضاء نظرا للعلاقة التي ستربطه بالبنوك المركزية ، كما أنه لم يتطرق إلى التزامات الدول الدائنة بل يقترح قيودا صارمة تجاه الدول المدينة.

و فيما يخص تضارب المشروعين فإن هذا يعد طبيعيا لأنه يعكس السباق الذي نشأ بين الدولتين، و قد احتاج التقريب بين المشروعين المتعارضين إلى لقاء

ممثلي كل من الدولتين تسع مرات بواشنطن في سبتمبر و أكتوبر ١٩٤٣، و حاول مقدا المشروعين التوصل إلى حل وسط يتمثل في مشروع مشترك ، و بعد مناقشات مطولة فاز مشروع هوابت لأسباب سياسية تتمثل في هيمنة الاقتصاد الأمريكي، خاصة أن بريطانيا مازالت تحت نيران الحرب العالمية الثانية و بالتالي فقد تخلى البريطانيون عن مخططهم و انظموا إلى المخطط الأمريكي مقابل رفع الأمريكيين للرأسمال المخصص لصندوق الاستقرار من 5-9 مليارات دولار.

وقام النظام النقدي الدولي الجديد بموجب اتفاقية بريتون وودز على أساس مخطط هوابت مع استكمالها بجزء مما ود في مخطط كينز.

نشأة صندوق النقد الدولي

وفي ديسمبر ١٩٤٥، جاء صندوق النقد الدولي إلى حيز الوجود عند توقيع ٢٩ بلداً على اتفاقية تأسيسه. والجدير بالذكر أن الأهداف القانونية التي يتبناها الصندوق اليوم هي نفس الأهداف التي تمت صياغتها في عام ١٩٤٤. ومنذ ذلك الحين ، شهد العالم نمواً في الدخول الحقيقية لم يسبق له مثيل . ومع أن منافع النمو لم تتحقق للجميع على قدم المساواة - سواء داخل البلد الواحدة أو بين الأمم - فإن معظم البلاد شهد تحسناً في الأحوال السائدة يتناقض تناقضاً صريحاً مع عموم الأحوال في فترة ما بين الحربين العالميتين على وجه الخصوص. ومن أسباب ذلك ما أدخل من تحسينات على تسيير السياسة الاقتصادية، بما فيها

السياسات التي استحدثت نمو التجارة الدولية وساعدت على تخفيف حدة تقلب الدورة الاقتصادية بين انتعاش وكساد. وإنه لمن دواعي فخر صندوق النقد الدولي أنه أسهم في إحداث هذه التطورات.

وفي العقود التي انقضت منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية، وفضلاً عن تزايد التحسن في الأحوال السائدة، فقد مر الاقتصاد العالمي والنظام النقدي بتغيرات أخرى كبيرة، وهي تغيرات أبرزت أهمية الأغراض التي يخدمها صندوق النقد الدولي وأثبتت ضرورتها، وإن كانت قد تطلبت من الصندوق أيضاً أن يتكيف مع المستجدات ويشرع في جهود الإصلاح . كذلك فإن التقدم السريع في مجال التكنولوجيا والاتصالات قد أسهم بدوره في زيادة التكامل الدولي بين الأسواق وتوثيق الروابط بين الاقتصاديات الوطنية. ومن هنا فإن الأزمات المالية التي تنفجر في عالم اليوم غالباً ما تنتشر بين البلاد بسرعة أكبر من قبل .

وفي عالم اليوم الذي يزداد تكافلاً يوماً بعد يوم، يعتمد تحسن الأحوال في أي بلد على الأداء الاقتصادي في البلاد الأخرى ووجود بيئة اقتصادية عالمية مفتوحة ومستقرة. وبالمثل فإن السياسات المالية والاقتصادية التي تنتهجها البلاد تؤثر على مدى نجاح أو فشل سير النظام التجاري ونظام المدفوعات العالميين. ومن هنا تتطلب العولمة توثيق التعاون الدولي، وهو ما أدى بدوره إلى زيادة مسؤوليات المؤسسات الدولية القائمة على تنظيم هذا التعاون، بما فيها صندوق النقد الدولي.

وقد ازدادت أهمية الأهداف التي يتوخاها صندوق النقد الدولي لسبب بسيط آخر، ألا وهو اتساع نطاق عضويته. ذلك أن عدد البلدان الأعضاء قد تجاوز أربعة أمثال عدد البلاد التي شاركت في إنشائه، وعددها خمسة وأربعون بلداً، مما يرجع بشكل خاص إلى حصول كثير من البلاد النامية على استقلالها ثم انهيار الكتلة السوفييتية مؤخراً.

والحق أن اتساع عضوية صندوق النقد الدولي، إلى جانب التغيرات التي شهدتها الاقتصاد العالمي، قد تطلبت من الصندوق أن يتكيف مع المستجدات بطرق مختلفة حتى يتسنى له الاستمرار في خدمة أهدافه على نحو فعال ومؤثر .

وكانت البلاد التي انضمت إلى الصندوق فيما بين عامي ١٩٤٥ و ١٩٧١، قد اتفقت على إبقاء أسعار صرفها (أي قيمة عملاتها بالدولار الأمريكي ، وفي حالة الولايات المتحدة قيمة الدولار الأمريكي بالذهب) مربوطة بأسعار قابلة للتعديل في حالة واحدة هي تصحيح "اختلال جذري" في ميزان المدفوعات وبموافقة صندوق النقد الدولي. ويطلق على هذا النظام اسم نظام بريتون وودز لأسعار الصرف، وقد ظل سائداً حتى عام ١٩٧١ عندما أوقفت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية إمكانية تحويل الدولار (واحتياطيات الحكومات الأخرى بالدولار) إلى ذهب. ومنذ ذلك الحين أصبح أعضاء الصندوق أحراراً في اختيار أي شكل يفضلونه من أشكال ترتيبات الصرف المختلفة (فيماعدا ربط عملاتهم بالذهب). فهناك بلاد تسمح الآن بالتعويم الحر لعملتها، وبلاد أخرى تربط عملتها بعملة دولة أخرى أو بمجموعة

عملات، بينما اعتمد بعض البلاد عملات بلاد أخرى لاستخدامها محلياً، واشترك البعض الآخر في تكتلات نقدية.

وفي نفس الوقت الذي أنشئ فيه صندوق النقد الدولي، أنشئ البنك الدولي للإنشاء والتعمير المعروف باسم البنك الدولي بغية تشجيع التنمية الاقتصادية طويلة الأجل من خلال طرق شتى تتضمن تمويل مشاريع البنية التحتية، مثل بناء الطرق وتحسين إمدادات المياه.

ومن هنا يمكن تعريف صندوق النقد الدولي بأنه : وكالة متخصصة من وكالات منظومة الأمم المتحدة، أنشئ بموجب معاهدة دولية في عام ١٩٤٥ لتعزيز سلامة الاقتصاد العالمي. ويقع مقر الصندوق في واشنطن العاصمة، ويديره أعضاؤه الذين يشملون جميع بلاد العالم تقريباً بعددهم البالغ مائة وخمسة وثمانين بلداً. وصندوق النقد الدولي هو المؤسسة المركزية في النظام النقدي الدولي - أي نظام المدفوعات الدولية وأسعار صرف العملات الذي يسمح بإجراء المعاملات التجارية بين البلاد المختلفة. ويستهدف الصندوق منع وقوع الأزمات في النظام عن طريق تشجيع البلاد المختلفة على اعتماد سياسات اقتصادية سليمة، كما أنه صندوق يمكن أن يستفيد من موارده الأعضاء الذين يحتاجون إلى تمويل مؤقت لمعالجة ما يتعرضون له من مشكلات في ميزان المدفوعات.

من خلال ما سبق ذكره عن صندوق النقد الدولي هذه المنظمة الدولية التي أنشئت من أجل تعزيز استقرار النظام النقدي العالمي ككل و ذلك في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، حيث إن اهتمامه الأول كان التعامل مع الدول الصناعية الكبرى لضمان استقرار أسعار الصرف و توفير حرية تحويل العملات و مع مرور الزمن سرعان ما ظهرت مشكلة المديونية في الدول النامية في منتصف الثمانينات بحيث تم تحديد سبعة عشر بلداً من البلاد النامية من أثقل البلاد مديونية ، ومن هنا انجر الصندوق إلى قضايا الدول النامية و خاصة فيما يتعلق بإعادة جدولة الديون و كذا تطبيق سياسات التثبيت المالي أو النقدي.

المبحث الثاني

أهداف صندوق النقد الدولي

أسندت إلى الصندوق النقدي الدولي مجموعة من الأهداف نلخصها فيما يأتي:

١. تشجيع التعاون الدولي عن طريق اتجاه هذه المؤسسات الدائمة التي تهيئة الوسائل اللازمة للتشاور في المسائل النقدية الدولية.
٢. تيسير التوسع و النمو المتوازن في التجارة الدولية و بالتالي الإسهام في تحقيق مستويات مرتفعة من العمالة و الدخل الحقيقي و المحافظة عليها، و في تنمية الموارد الإنتاجية لجميع الأعضاء و اعتبار كل هذا بمثابة أهداف رئيسية للسياسة الاقتصادية.
٣. العمل على تحقيق الاستقرار في أسعار الصرف و المحافظة على ترتيبات صرف منتظمة بين البلدان الأعضاء، و تجنب التنافس لتخفيض قيم المعاملات و يتم ذلك عن طريق:
 - أ- تثبيت سعر الدولار بالذهب و إمكانية تحويله ذهب من جهة و تحديد أسعار لصرف العملات للأعضاء على أساس الذهب و الدولار من جهة أخرى.
 - ب- السماح بتقلبات في أسعار العملات في حدود 1% و متابعة سياسات تغيير أسعار صرف العملات للدول الأعضاء التي تعاني عجزا في ميزان مدفوعاتها.

٤. المساعدة على إقامة نظام مدفوعات متعدد الأطراف فيما يتعلق بالمعاملات الجارية بين البلدان الأعضاء، وإلغاء القيود المفروضة على عمليات الصرف و المعرّقة لنمو التجارة العالمية.

٥. تدعيم الثقة لدى البلدان الأعضاء متيحاً لها استخدام مواردها العامة مؤقتاً بضمانات كافية كي تتمكن من تصحيح الاختلالات في موازين مدفوعاتها دون اللجوء إلى إجراءات مضرّة بالرّخاء الوطني أو الدولي.

و لتحقيق الأهداف السابقة كان على الدول الأعضاء الالتزام بما يلي:

- تبادل المعلومات بينها بحيث تلتزم كل دولة عضو بتقديم معلومات دقيقة ووافية عن حالة ميزان مدفوعاتها للصندوق و تقدم عرضاً عن حال احتياطياتها و استثماراتها و كذلك مستوى الدخل الوطني و تقديم معلومات حسب مستوى الأسعار و النفقات، و بالمقابل وضع كل هذه المعلومات تحت تصرف الدول الأعضاء، كما يلتزم بتقديم مساعدته الاستشارية فيما يتعلق بالأنظمة النقدية .
- إزالة العقبات التي تحول دون التشجيع الحسن للتجارة الدولية برفع الحواجز الجمركية و سن القوانين الداخلية لتسهيل عملية نقل السلع و الخدمات.

- استخدام الدول الأعضاء لموارد الصندوق بغرض تصحيح الاختلالات في موازين مدفوعاتها لأن ذلك قد يؤثر سلبا على باقي الدول الأعضاء.
- تحقيق حرية تحويل العملات بتجنب الرقابة على أسعار الصرف داخل الدول الأعضاء.

و مما سبق فإننا نرى بأن الولايات المتحدة الأمريكية استغلت خروج أوروبا من الحرب العالمية الثانية منهكة اقتصادياً من جهة و حيازتها لأكبر احتياطي من الذهب المقدر بـ 24600 مليون دولار من جهة أخرى ، لتفرض هيمنتها على النظام الاقتصادي الدولي الجديد لتك الفترة و يتضح ذلك من خلال بنود اتفاقية بريتون وودز حيث حث البند الثامن على إجبار الدول الأعضاء على تقادي فرض القيود على المدفوعات الجارية و أيضا على سياسات التبادل المتعددة الأطراف ، كشرط للحصول على خدمات الصندوق النقدي الدولي، مما خدم مصلحته.

وظائف صندوق النقد الدولي

يمارس صندوق النقد الدولي من أجل تحقيق أهدافه وظيفتين أساسيتين: الأولى تنظيمية رقابية بحيث يقوم الصندوق بمراقبة سلوك الدول الأعضاء بما يكفل تحقيق ثبات و استقرار أسعار الصرف و تنشيط التبادل الدولي أما الوظيفة

الثانية فهي تمويلية و يحتفظ الصندوق لهذه الغاية بمجموعة كبيرة من العملات يستعين بها لمد الدول الأعضاء بالمزيد من وسائل الدفع الدولية^٢.

كما يمكن إبراز و بشيء من التفصيل وظائف صندوق النقد الدولي في مجموعة النقاط التالية:

- يقدم الصندوق القروض طويلة الأجل بسعر فائدة منخفض للدول التي تعاني من اختلالات في موازين مدفوعاتها بشرط أن تعمل هذه الدول على إصلاح تلك الاختلالات.
- يعمل الصندوق كمستشار نقدي و مالي لجميع الدول، حيث تسترشد جميعها بالسياسات و النصائح التي يقدمها الصندوق سنويا من خلال تقريره السنوي.
- بحسب نظام الصندوق تستطيع الدولة أن تقترض بالعملات الصعبة من الصندوق ففي العام ٢٠٠١ قدم الصندوق قروضا بقيمة ٥٠ مليار دولار منها ١٨ مليار لتركيا و ١٣,١ للبرازيل و ٢٠ مليار دولار لدول أخرى و مع زيادة اعتماد العديد من دول العالم على مساعدة الصندوق وجد نفسه هذا الأخير في وضع يؤهله للتأثير على السياسات الاقتصادية للدول التي تتقدم منه لطلب المساعدة^٤.

^٢ بسام حجار، مرجع سابق ص ١٧٩-١٨٠.

^٤ علي عباس، إدارة الأعمال الدولية، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، ٢٠٠٣ ص ٣٤٤-٣٤٥.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

- اقتراح السياسات التصحيحية التي يجوز للدولة العضو اتباعها و تطبيقها لتحقيق التوازن الخارجي و المرتبط بتحقيق التوازن الداخلي.
- يركز الصندوق في معالجته للسياسات الاقتصادية الكلية على الفترة القصيرة و أحيانا الفترة المتوسطة و يطلق عليها سياسات التثبيت.
- توفير السيولة الدولية اللازمة لتسوية المدفوعات من خلال زيادة الاحتياطات الدولية و قد ابتدع في ذلك ما يسمى بحقوق السحب الخاصة^٥.

موارد صندوق النقد الدولي :

ققد تولد عن مؤتمر بريتون وودز رأس مال دولي و هو عبارة عن اشتراكات الأعضاء في صندوق النقد الدولي و هذه الاشتراكات تكونت من مجمل الاحتياطات الدولية من الذهب و العملات الأجنبية بحيث تساهم كل دولة عضو بحصة معينة في رأس مال الصندوق^٦.

و تعكس الحصة بشكل عام وزن البلد العضو في الاقتصاد العالمي و تتألف الحصة من ٢٥% ذهبا و ٧٥% من عملة البلد العضو، و في حال عدم توافر كمية الذهب و الدولارات المطلوبة، فإنها لا تلتزم إلا بدفع ١٠% من قيمة

^٥ عادل أحمد حشيش، مجدي محمود شهاب، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥ص٢٥٩.

^٦ ضياء مجيد، مرجع سابق ص٣٠٨. مجلة الحقوق للبحوث التانوية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الحصة ذهباً و تدفع النسبة المتبقية بالعملة الوطنية، و نظام الحصص هو من أهم السمات الأساسية لصندوق النقد الدولي و تكمن هذه الأهمية فيما يلي:

• فهي تحدد مدى مساهمة البلد الراغب في العضوية في تمويل الصندوق.

• تحدد حق البلد العضو في الاستفادة من موارد الصندوق.

• بموجبها تحدد القوة التصويتية لكل بلد عضو.

• على أساسها توزع حقوق السحب الخاصة التي ينظمها الصندوق على الأعضاء.^٧

و يملك كل بلد عضو في الصندوق ٢٥٠ صوتاً مع زيادة صوت واحد لكل ١٠٠ ألف وحدة من حقوق السحب الخاصة من حصته مما يؤمن الأكثرية الساحقة من الأصوات لمصلحة الدول التي تملك الحصة الأكبر.^٨

و من الممكن تعديل مبالغ حصص الدول الأعضاء في الصندوق فهي ليست ثابتة بل متغيرة حسب احتياجات الصندوق و كذلك بحسب تغير أوضاع و ظروف هذه الدول و قد نص اتفاق صندوق النقد الدولي على إعادة النظر في حصص الأعضاء كل خمس سنوات و تعديلها إن وجد مبرر لذلك و يتعلق الأمر

^٧ بسام حجار، مرجع سابق ص ١٨٠.

^٨ نفس المرجع ص ١٨١.

هنا بتعديل شامل لكافة حصص الأعضاء و يلزم أن توافق الدولة على تعديل حصتها حتى يمكن أن يتم التعديل فعلاً^١.

إضافة إلى حصص الأعضاء فإن للصندوق موارد خاصة كذلك مثل العمولة التي يحصل عليها من معاملات الدول الأعضاء معه عندما تلجأ إلى استخدام موارده و كذا العمولة التي يحصل عليها عندما يتعامل مع هذه الدول في الذهب بيعاً و شراءً و الفائدة التي يحصل من استثماره في أدوات الخزنة الأمريكية^١.

و يجوز للصندوق الاقتراض عند الضرورة من أجل تكميل الموارد المتاحة من حصصه و لدى الصندوق مجموعتان من اتفاقيات الإقراض الدائمة لاستخدامها عند الحاجة لمواجهة أي تحديد للنظام النقدي الدولي:

- الاتفاقيات العامة للاقتراض (GAB) التي تم إنشاؤها في عام ١٩٦٢ و يشارك فيها أحد عشر مستركا (حكومات البلدان الصناعية العشرة و سويسرا أو بنوكها المركزية).
- الاتفاقيات الجديدة للاقتراض (NAB) التي تم إستحداثها في عام ١٩٩٧ و يشارك فيها خمسة وعشرون بلداً ومؤسسة .

^١ زينب حسن عوض الله، الاقتصاد الدولي، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٦٠.
^٢ بسام حجار، مرجع سابق ص ١٦٢.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ السجل الاول
٩٣١

و بموجب مجموعتي الاتفاقيات هاتين، يتاح لصندوق النقد الدولي اقتراض ما يصل إلى ٣٤ بليون وحدة حقوق سحب خاصة (حوالي ٤٦ بليون دولار أمريكي).

وقد زادت الحصص في صندوق النقد الدولي منذ العام ١٩٩٠ بمقدار ٤٥% تقريبا لتبلغ في عام ١٩٩٩ حوالي ٢١٢ بليون وحدة حقوق سحب خاصة (حوالي ٢٩٠ بليون دولار أمريكي).

الهيكل التنظيمي لصندوق النقد الدولي

صندوق النقد الدولي مسؤول أمام بلدانه الأعضاء و هي مسؤولية تمثل عنصرا هاما لتحقيق فعاليته، و يتولى القيام بأعمال الصندوق أربعة أجهزة وهي:

الفرع الأول: مجلس المحافظين.

يضم مجلس المحافظين ممثلين لكل البلدان الأعضاء و هو صاحب السلطة العليا في إدارة صندوق النقد الدولي و يقوم كل بلد عضو بتعيين محافظ له عادة ما يكون وزير المالية أو محافظ البنك المركزي في ذلك البلد و كذا محافظ مناوب له و يبيت مجلس المحافظين في قضايا السياسات الكبرى، و لكنه يفوض المجلس التنفيذي في اتخاذ القرارات المتعلقة بأعمال الصندوق اليومية^{١١}.

^{١١} ماهو النقد الدولي www.imf.org 18/02/2006

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول

و يتمتع مجلس المحافظين بكافة السلطات اللازمة للإشراف على كافة شؤون الصندوق و من بين هذه السلطات، قبول الأعضاء الجدد، مراجعة الحصص و تعديل قيمة العملات و التعاون مع المنظمات الأخرى و توزيع صافي الدخل و مطالبة عضو بالانسحاب و تصفية الصندوق و كذا النظر في الاستخدامات... و يجتمع المجلس مرة كل سنة و قد جرت العادة أن تكون الاجتماعات لمجلس محافظي البنك الدولي للإنشاء و التعمير و كذلك وكالة التمويل الدولية و هيئة التنمية الدولية^{١٢}.

الفرع الثاني: المجلس التنفيذي

و يتألف المجلس التنفيذي من أربعة وعشرين مديرا و يرأسه المدير العام للصندوق و يجتمع المجلس التنفيذي عادة ثلاث مرات في الأسبوع في جلسات تستغرق كل منها يوما كاملا، و يمكن عقد اجتماعات إضافية إذا لزم الأمر. و ذلك في مقر الصندوق في واشنطن العاصمة و تخصص مقاعد مستقلة في المجلس التنفيذي للبلاد المساهمة الخمسة الكبرى و هي الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان و ألمانيا و فرنسا و المملكة المتحدة، إلى جانب كل من الصين و روسيا و المملكة العربية السعودية، أما المديرون الستة عشر الآخرون فيتولى انتخابهم مجموعات من البلدان تعرف باسم الدوائر الانتخابية (Constituencies) لفترات مدتها عامين.

^{١٢} زينب حسن عوض الله، مرجع سابق، ص ١٦٢.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

و يختص هذا المجلس بتسيير أعمال الصندوق و إدارة شؤونه اليومية و له كل الصلاحيات في هذا الصدد ما عدا تلك التي تدخل صراحة في اختصاص مجلس المحافظين، كما يقوم كل مدير بتعيين كاتب له يمارس كافة سلطاته في حالة غيابه و يجب على المدير التنفيذي أو نائبه أن يكون متواجدا في المقر الرئيسي للصندوق و أن يخصص كل وقته و اهتمامه لأعمال الصندوق^{١٣}.

و يقوم موظفو صندوق النقد الدولي بإعداد معظم الوثائق التي تمثل الأساس لمداولات المجلس التنفيذي و هو ما يتم في بعض الأحيان بالتعاون مع البنك الدولي و تقدم الوثائق بعد موافقة إدارة الصندوق عليها، و إن كان هناك وثائق يقدمها المديرون التنفيذيون أنفسهم.

و على عكس بعض المنظمات الدولية الأخرى التي تعمل على أساس تمتع كل بلد بصوت واحد مثل الجمعية العامة للأمم المتحدة، فإن صندوق النقد الدولي يطبق نظاما للتصويت المرجح، فكلما زادت حصة بلد عضو في الصندوق، كان عدد أصواته أكبر، غير أن المجلس التنفيذي نادرا ما يتخذ القرارات بالتصويت الرسمي و إنما يتخذ معظم قراراته استنادا إلى توافق الآراء بين أعضائه و يجري تأييد هذه القرارات بالإجماع.

^{١٣} ضياء مجيد، مرجع سابق ص ٣٠٩
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول
٩٣٤

الفرع الثالث: مدير الصندوق

و يتم انتخابه بمعرفة المديرين التنفيذيين، و هو بحكم منصبه يعتبر رئيس هيئة الموظفين بالصندوق و ذلك بنص اتفاق الصندوق و هو الذي يرأس المجلس التنفيذي و لكنه لا يملك صوتا فيه و ذلك فيما عدا التصويت المرجح في حالة انقسام عدد الأصوات داخل المجلس و مدة عقده خمس سنوات قابلة للتجديد، و عادة ما يتم تعيين مديرا للصندوق رجل ذو خبرة واسعة في مجال النقد و الائتمان و المال و يساعده في عمله نائب أو نائبان آخران.

الفرع الرابع: هيئة موظفي الصندوق

بحيث يقوم مدير الصندوق بتعيين مجموعة منتقاة من الموظفين الفنيين يكونون الهيئة العاملة بالصندوق و يراعي في انتقائهم أقصى درجات الكفاءة و التخصص الفني مع توسيع القاعدة التي يختار من بين مواطنيها هؤلاء الموظفين إلى أكبر حد ممكن و يتعين أن يقر عضو هيئة موظفي الصندوق عند تعيينه أنه لن يقبل أية تعليمات فيما يتعلق بممارسة واجباته في الصندوق من أية حكومة أو سلطة خارجية عن الصندوق.

أي أن العاملين في صندوق النقد الدولي موظفون مدنيون دوليون مسؤولون أمام الصندوق و ليس أمام سلطاتهم الوطنية، و يعمل بالصندوق حوالي ٢٨٠٠ موظف ينتمون إلى ١٣٣ بلدا و يشكل الاقتصاديون ثلثي الموظفين الفنيين في الصندوق تقريبا و يضم الصندوق ٢٢ إدارة و مكتباً يرأسها مديرون مسؤولون أمام المدير العام.

و يتمتع محافظو الصندوق و مديره و مديره التنفيذيون و نائبوهم و أعضاء هيئة الموظفين بعدد من الحصانات و الامتيازات التي نص عليها اتفاق الصندوق، و بصفة خاصة فإنهم محصنون ضد المسائلة القضائية عن الأعمال التي قاموا بها بصفقتهم الرسمية و ذلك إذا لم يرفع الصندوق عنهم هذه الحصانة، كما أنه لا تفرض ضرائب على المرتبات التي يصرفها الصندوق للمديرين التنفيذيين و نائبيهم و أعضاء هيئته من غير المواطنين المحليين^{١٤}.

^{١٤} زينب حسن عوض الله، مرجع سابق، ص ١٦٤.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول
٩٣٦

المبحث الثالث

دور صندوق النقد الدولي

يساعد صندوق النقد الدولي أعضائه عن طريق ما يلي :

أولاً : استعراض التطورات المالية والاقتصادية الوطنية والعالمية ومتابعتها، وتقديم المشورة للأعضاء بشأن سياساتهم الاقتصادية .

ثانياً : إقراض الأعضاء بالعملات الصعبة لدعم سياساتهم المعنية بالتعديل والإصلاح التي تستهدف تصحيح مشكلات ميزان المدفوعات وتشجيع النمو القابل للاستمرار .

ثالثاً : تقديم مجموعة كبيرة ومتنوعة من أشكال المساعدة الفنية وتوفير التدريب للعاملين في الحكومات والبنوك المركزية، وذلك في مجالات اختصاص الصندوق وخبراته .

أولاً : تقديم المشورة بشأن السياسات والإشراف العالمي :

تدعو اتفاقية تأسيس صندوق النقد الدولي إلى قيام الصندوق بالإشراف على النظام النقدي الدولي، بما في ذلك ممارسة "الرقابة" الدقيقة - أي الإشراف - على سياسات أسعار الصرف في بلدانه الأعضاء. وطبقاً للاتفاقية، يتعهد كل بلد عضو

بالتعاون مع الصندوق في جهوده الرامية إلى ضمان وجود ترتيبات صرف منظمة وتشجيع وجود نظام مستقر لسعر الصرف^{١٥} .

وعلى نحو أكثر تحديداً، توافق البلدان الأعضاء على توجيه سياساتها نحو أهداف النمو الاقتصادي المنظم مع مستوى معقول من استقرار الأسعار، بالإضافة إلى إرساء أوضاع مالية واقتصادية أساسية منظمة، وتجنب التلاعب في أسعار الصرف لتحقيق ميزة تنافسية غير عادلة. وبالإضافة إلى ذلك، يتعهد كل بلد عضو بأن يقدم للصندوق المعلومات اللازمة لممارسة دوره الرقابي على نحو فعال. وقد اتفق الأعضاء على أن رقابة الصندوق لسياسات أسعار الصرف في كل بلد عضو ينبغي أن تتم في إطار تحليل شامل للحالة الاقتصادية العامة واستراتيجية السياسات الاقتصادية في البلد المعني .

ومن شأن المتابعة المنتظمة للاقتصاديات المختلفة والمتنوعة حسبما تقتضي رقابة الصندوق ، وما يرتبط بذلك من تقديم المشورة بشأن السياسات، أن تساعد في التنبيه إلى الأخطار قبل تحققها وتمكين البلاد الأعضاء من التصرف في الوقت المناسب لتجنب أية متاعب.

ويمارس الصندوق دوره الإشرافي بثلاث طرق:

^{١٥} يونس أحمد البطريقة، السياسات الدولية في المالية العامة، الدار الجامعية للنشر و التوزيع، الإسكندرية، بدون سنة، ص ٤٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

١- الرقابة القطرية : وهي تتخذ شكل مشاورات شاملة منتظمة (تعقد على أساس مستوى في العادة) مع فرادى البلدان الأعضاء حول سياساتها الاقتصادية، مع إمكانية إجراء مناقشات مرحلية أخرى عند الحاجة. ويطلق على هذه المشاورات اسم " مشاورات المادة الرابعة "، لأنها تستند إلى التفويض الوارد في المادة الرابعة من ميثاق الصندوق. (كما تسمى أيضاً مشاورات "ثنائية")، ولكن هذه التسمية تسمية خاطئة إذا ما توخينا الدقة التامة ، ذلك أن الصندوق يعتبر ممثلاً لجميع البلدان الأعضاء فيما يعقد من مشاورات مع أي بلد منفرد، ولذا تكون المشاورات في واقع الأمر متعددة الأطراف.

ولكن كيف تتم مشاورات المادة الرابعة؟ أولاً، يقوم فريق من خبراء الصندوق بزيارة البلد المعني لجمع البيانات الاقتصادية والمالية وعقد مناقشات مع المسؤولين في الحكومة والبنك المركزي حول السياسات الاقتصادية للبلد المعني في سياق آخر التطورات. ويقوم الفريق باستعراض سياسات البلد الاقتصادية الكلية (الخاصة بالمالية العامة والشؤون النقدية وأسعار الصرف)، وتقييم مدى سلامة النظام المالي، وتفحص قضايا السياسات الصناعية والاجتماعية وتلك الخاصة بالعمالة وسلامة الحكم والإدارة والبيئة وغيرها مما يمكن أن يؤثر على سياسات وأداء الاقتصاد الكلي للبلد المعني . ويقدم الفريق بعد ذلك تقريراً إلى المجلس التنفيذي عما خلص إليه من نتائج ، بعد الحصول على موافقة الإدارة ، ويقوم المجلس بمناقشة التحليل الوارد في التقرير ثم تحلل آراؤه إلى حكومة البلد المعني في شكل ملخص

يصدره رئيس المجلس. وبهذه الطريقة تكتسب آراء المجتمع الدولي والدروس المستخلصة من التجربة الدولية وزناً مؤثراً على سياسات البلد المعني^{١٦}.

ومع زيادة شفافية الصندوق وتنوع أنشطته في السنوات الأخيرة، أصبحت الممارسة المتبعة هي نشر ملخصات مناقشات المجلس التنفيذي لعدد كبير من مشاورات المادة الرابعة، إلى جانب ملخصات تحليلات خبراء الصندوق في إطار نشرات معلومات معممة والواقع أنه يتم في حالات كثيرة نشر التقارير الكاملة التي يعدها خبراء الصندوق عن هذه المشاورات، وهي تقارير يمكن الاطلاع عليها في موقع الصندوق على شبكة الإنترنت، شأنها شأن نشرات المعلومات العامة.

ويكمل الصندوق مشاوراته المعتادة سنوياً مع البلدان الأعضاء بزيارات إضافية يقوم بها الخبراء إلى هذه البلدان كلما دعت الحاجة، كما يعقد المجلس التنفيذي العديد من الاجتماعات غير الرسمية لاستعراض التطورات المالية والاقتصادية في بلدان أعضاء ومناطق مختارة.

٢- الرقابة العالمية : وهي تستتبع قيام المجلس التنفيذي للصندوق باستعراض الاتجاهات والتطورات الاقتصادية العالمية . وتستند أهم الاستعراضات من هذا النوع إلى تقارير "آفاق الاقتصاد العالمي" التي يعدها خبراء الصندوق، وهي تتم في العادة مرتين سنوياً قبل الاجتماعات نصف السنوية للجنة الدولية للشؤون

^{١٦} محمد سيد عابد، التجارة الدولية، مكتبة الإثماع للطباعة و النشر و التوزيع، ٢٠٠١، ص ٤٠٧
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول
٩٤٠

النقدية والمالية. وتنتشر التقارير بالكامل قبل اجتماعات هذه اللجنة ، إلى جانب ملخصات رئيس المجلس التنفيذي لمناقشات المجلس. ومن العناصر الأخرى في عملية الرقابة العالمية التي يقوم بها الصندوق المناقشات السنوية المعتادة التي يعقدها المجلس حول التطورات والآفاق المستقبلية وقضايا السياسات في أسواق رأس المال الدولية، وهي موضوعات يتم نشر تقارير خبراء الصندوق بشأنها أيضاً. كذلك يعقد المجلس التنفيذي مناقشات غير رسمية أكثر تواتراً حول ما يجري في العالم من تطورات اقتصادية ومستجدات في الأسواق.

٤- الرقابة الإقليمية : وبموجبها يدرس صندوق النقد الدولي السياسات المتبعة طبقاً لاتفاقيات إقليمية. ويشمل ذلك ، على سبيل المثال ، مناقشات المجلس التنفيذي للتطورات في الاتحاد الأوروبي ومنطقة اليورو والاتحاد الاقتصادي والنقدي لغرب إفريقيا والجماعة الاقتصادية والنقدية لوسط إفريقيا والاتحاد النقدي لدول شرق الكاريبي.

كذلك تشارك إدارة الصندوق وموظفوه في مناقشات الرقابة المتعلقة بمجموعات مثل مجموعة السبعة (أي مجموعة البلاد الصناعية الرئيسية السبعة) ومجلس التعاون الاقتصادي لبلاد آسيا والمحيط الهادئ.

ثانياً: الإقراض لمساعدة البلاد المتعثرة :

يقدم صندوق النقد الدولي قروضاً بالعملات الأجنبية للبلاد التي تواجه مشكلات في ميزان المدفوعات. ومن شأن هذه القروض أن تخفف من صعوبة التصحيح الذي يتعين على البلد المعني إجراؤه للتوفيق بين إنفاقه ودخله بغية معالجة المشكلات التي يواجهها على صعيد ميزان المدفوعات. كذلك تستهدف هذه القروض دعم السياسات، بما في ذلك الإصلاحات الهيكلية، التي يمكن أن تحسن مركز ميزان المدفوعات وآفاق النمو على أساس دائم.

ويمكن لأي بلد عضو أن يلجأ إلى صندوق النقد الدولي للحصول على التمويل اللازم لأغراض ميزان المدفوعات، أي إذا احتاج إلى قرض رسمي ليتمكن من سداد مدفوعاته الخارجية والحفاظ على مستوى مناسب من الاحتياطات بغير أن يتخذ تدابير مدمرة للرخاء الوطني أو الدولي. وقد تتضمن هذه التدابير فرض قيود على التجارة والمدفوعات، وضغط الطلب في الاقتصاد المحلي ضغطاً شديداً، أو تخفيض قيمة العملة المحلية تخفيضاً حاداً. وبغير الإقراض المقدم من صندوق النقد الدولي، تضطر البلاد التي تمر بمصاعب في ميزان المدفوعات إلى اتخاذ تدابير تصحيحية مفاجئة أو غير ذلك من التدابير الأخرى التي قد تضر بالرخاء

الوطني والدولي. ويدخل تجنب مثل هذه النتائج ضمن المقاصد التي يسعى الصندوق لتحقيقها. ^{١٧}

- البرامج المدعمة بموارد صندوق النقد الدولي:

عندما يتوجه أحد البلاد إلى صندوق النقد الدولي طالباً التمويل، فهو إما أن يكون في أزمة اقتصادية فعلية أو على وشك الوقوع فيها؛ فعملته تكون هدفاً للمضاربة في أسواق الصرف الأجنبي واحتياطياته مستنفدة ونشاطه الاقتصادي راكداً أو أخذاً في الهبوط وحالات الإفلاس فيه آخذة في الزيادة . ولاستعادة سلامة مركز المدفوعات الخارجية في هذا البلد واسترداد الظروف المواتية لتحقيق نمو اقتصادي قابل للاستمرار فيه، ينبغي الجمع بشكل ما بين عملية التصحيح الاقتصادي والتمويل الرسمي أو الخاص.

ويقدم الصندوق المشورة إلى سلطات البلد المعني فيما يتعلق بالسياسات الاقتصادية التي ينتظر أن تعالج المشكلات القائمة بأقصى درجة من الفعالية. ولكي يقدم الصندوق التمويل المطلوب، لابد أن يتوصل إلى اتفاق مع السلطات حول برنامج للسياسات يستهدف تحقيق أهداف كمية محددة فيما يتصل بسلامة المركز الخارجي، والاستقرار المالي والنقدي، والنمو القابل للاستمرار. ويتم توضيح تفاصيل هذا البرنامج في "خطاب نوايا" توجهه الحكومة إلى مدير عام الصندوق.

١٧ محمد سيد عابد، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٩-٤٢٠.

وتتعاون السلطات الوطنية تعاوناً وثيقاً مع خبراء الصندوق في صياغة البرنامج المدعم بموارده، بحيث يكون مصمماً لمواجهة الاحتياجات والظروف الخاصة للبلد المعني. ويعد هذا أمراً أساسياً لتحقيق فعالية البرنامج وحتى يتسنى للحكومة اكتساب التأيد الوطني له. ومثل هذا التأيد - أو ما يمكن أن نطلق عليه اسم "الشعور بالملكية المحلية" للبرنامج هو أحد العناصر الحيوية لتأمين نجاحه.

ويجري تصميم كل برنامج بمرونة، بحيث يمكن إعادة النظر فيه أثناء التنفيذ وإدخال تعديلات عليه إذا ما تغيرت الظروف. والواقع أن كثيراً من البرامج يجري تعديلها أثناء التنفيذ.

- أدوات الإقراض في صندوق النقد الدولي وتطورها:

يقدم صندوق النقد الدولي قروضاً بموجب مجموعة متنوعة من السياسات أو "التسهيلات" التي تبلورت بمرور السنين لمواجهة احتياجات البلدان الأعضاء. وتختلف المدة وشروط السداد والإقراض في كل من هذه التسهيلات حسب أنواع المشكلات التي تواجه ميزان المدفوعات والظروف التي يتعامل معها التسهيل المعني.^{١٨}

- تسهيلات إقراض مختارة لدى صندوق النقد الدولي:

غازي عبد الرزاق النقاش، التمويل الدولي و العمليات المصرفية، ١٩٩٦، ص 18.٥٩

- اتفاقيات الاستعداد الائتماني : وتمثل هذه الاتفاقيات جوهر سياسات الإقراض في الصندوق . ويعتبر اتفاق الاستعداد الائتماني بمثابة تأكيد للبلد العضو بأنه يستطيع السحب من موارد الصندوق إلى حد معين، على مدى فترة تتراوح بين ١٢ و ١٨ شهراً في العادة، لمعالجة ما يواجهه من مشكلات قصيرة الأجل في ميزان المدفوعات.

- تسهيل الصندوق الممدد : يعتبر الدعم الذي يقدمه الصندوق للبلدان الأعضاء طبقاً لتسهيل الصندوق الممدد بمثابة تأكيد للبلد العضو بأنه يستطيع السحب من موارد الصندوق إلى حد معين، على مدى فترة تتراوح بين ثلاثة إلى أربع سنوات في العادة، لمساعدته في معالجة المشكلات الاقتصادية الهيكلية التي تتسبب في إيجاد مواطن ضعف خطيرة في ميزان مدفوعاته.

- تسهيل النمو والحد من الفقر :الذي حل محلاً لتسهيل التمويل المعزز للتصحيح الهيكلي في (نوفمبر ١٩٩٩). هو تسهيل بسعر فائدة منخفض هدفه مساعدة أفقر البلدان الأعضاء التي تواجه مشكلات مطولة في ميزان المدفوعات أما التكاليف التي يتحملها المقرض فهي تكاليف مدعومة بالموارد المتحققة من المبيعات الماضية للذهب المملوك للصندوق، إلى جانب القروض والمنح التي يقدمها البلدان الأعضاء إلى الصندوق خصيصاً لهذا الغرض.

- تسهيل الإحتياطي التكميلي : هو تسهيل يوفر تمويلاً إضافياً قصير الأجل للبلدان الأعضاء التي تعاني صعوبة استثنائية في ميزان المدفوعات نتيجة لفقدان ثقة السوق بشكل مفاجئ ومثير للاضطراب تتمثل مظاهره في تدفق رؤوس الأموال إلى الخارج. ويتضمن سعر الفائدة على القروض بموجب تسهيل الإحتياطي التكميلي رسماً إضافياً يضاف إلى سعر الفائدة العادي على قروض الصندوق.

- خطوط الائتمان الطارئ : هي خطوط دفاع وقائية تمكن البلدان الأعضاء القائمة بتطبيق سياسات اقتصادية قوية من الحصول على تمويل من صندوق النقد الدولي على أساس قصير الأجل عندما تواجه بفقدان ثقة الأسواق على نحو مفاجئ ومثير للاضطراب بسبب امتداد عدوى المصاعب الآتية من بلاد أخرى.

- مساعدات الطوارئ : استحدثت مساعدات الطوارئ في عام ١٩٦٢ لمساعدة البلاد في مواجهة مشكلات ميزان المدفوعات الناشئة عن الكوارث الطبيعية المفاجئة التي لا يمكن التنبؤ بها. وقد تم التوسع في هذا النوع من المساعدة في عام ١٩٩٥ لتغطية مواقف معينة تكون البلدان الأعضاء قد خرجت فيها لتوها من صراعات مسلحة أفضت إلى ضعف مفاجئ في قدراتها الإدارية والمؤسسية.

أما المقترضون الحاليون من الصندوق فجميعهم إما بلاد نامية، أو بلاد تمر بمرحلة التحول من نظام التخطيط المركزي إلى نظم قائمة على اقتصاد السوق، أو من بلاد الأسواق الصاعدة التي تسير في طريق التعافي من الأزمات المالية.

وكثير من هذه البلاد لا يملك إلا إمكانية محدودة للنفاز إلى أسواق رأس المال الدولية ، وهو ما يرجع في جانب منه إلى المصاعب الاقتصادية التي تواجهها. ومنذ أواخر السبعينات ، أصبح بمقدور جميع البلاد الصناعية تلبية احتياجاتها المالية من أسواق رأس المال ، ولكنها كانت تَسْتَأْثِرُ بأكثر من نصف التمويل الذي يقدمه الصندوق خلال العقدين الأولين من إنشائه.

- معالم بارزة في تطور عمليات الإقراض بصندوق النقد الدولي:

في عام ١٩٥٢: تم استحداث اتفاقيات الاستعداد الائتماني في عام ١٩٥٢، وكانت بلجيكا أول مستخدم لها عندما طلبت ٥٠ مليون دولار أمريكي من الصندوق لتعزيز احتياجاتها الدولية. وتعني كلمة "استعداد" أنه يحق للبلد العضو سحب الأموال التي تتاح للاستخدام عند الحاجة - وفقاً لقواعد الشريطة. وفي معظم الحالات، يقوم العضو بسحب هذه المبالغ بالفعل.

في عام ١٩٥٣: أنشأ الصندوق في عام ١٩٦٣ تسهيلاً للتمويل التعويضي لمساعدة البلدان الأعضاء التي تنتج سلعاً أولية على مواجهة أي نقص مؤقت في حصيلة الصادرات، بما في ذلك ما ينتج عن انخفاض الأسعار. وفي عام

١٩٨١، أضيف عنصر إضافي لمساعدة البلاد على مواجهة الارتفاعات المؤقتة في تكاليف استيراد الحبوب^{١٩}.

في السبعينات: إبان أزمة الطاقة في السبعينات حين ارتفعت أسعار النفط بمعدل أربعة أضعاف، ساعد الصندوق في إعادة تدوير فوائض العملات الأجنبية لدى البلاد المصدرة للنفط عن طريق تسهيل النفط المؤقت الذي استمر من ١٩٧٤ إلى ١٩٧٦، فكان الصندوق يقترض من البلاد المصدرة للنفط وغيرها من البلاد ذات المراكز الخارجية القوية، ويقدم القروض إلى مستوردي النفط لمساعدتهم في تمويل العجز المرتبط باستيراده.

في عام ١٩٧٤: تم إنشاء تسهيل الصندوق الممدد في عام ١٩٧٤ بهدف تقديم مساعدات متوسطة الأجل للأعضاء الذين يواجهون مشكلات في ميزان المدفوعات ترتبط بجوانب ضعف هيكلية في اقتصادهم، مما يتطلب إصلاحات هيكلية لفترة زمنية ممتدة. وعادة ما تكون فترة الاتفاق الممدد ثلاث سنوات، مع إمكانية مدها لسنة رابعة. وكان الاتفاق الذي أبرم مع كينيا في عام ١٩٧٥ هو أول اتفاق يعقد بموجب هذا التسهيل.

١٩ سميرة إبراهيم أيوب، صندوق النقد الدولي و قضية الإصلاح الإقتصادي و المالي، دراسة تحليلية و تقييمية، مركز الإسكندرية للكتاب، ٢٠٠٠، ص ١٢.

في الثمانينيات : قام صندوق النقد الدولي في الثمانينيات بدور محوري في المساعدة على حل أزمة الديون في أمريكا اللاتينية ، بالتعاون مع الحكومات الوطنية، والمجتمع المصرفي الدولي. وقد ساعد الصندوق البلاد المدينة على وضع برامج متوسطة الأجل لتحقيق الاستقرار، وقدم مقداراً هائلاً من التمويل من موارده الخاصة ، ورتب برامج للتمويل من الحكومات الدائنة والبنوك التجارية والمنظمات الدولية.

في عام ١٩٨٩: يقوم الصندوق منذ عام ١٩٨٩ بتقديم مساعدة فعالة لبلاد أوروبا الوسطى والشرقية وبلاد البلطيق وروسيا وغيرها من بلاد الاتحاد السوفييتي السابق لتحويل اقتصادها من نظام التخطيط المركزي إلى النظام القائم على السوق . وقد تعاون الصندوق مع تلك البلاد لمساعدتها في تحقيق الاستقرار وإعادة هيكلة اقتصادها - بما في ذلك، على سبيل المثال، مساعدتها في بناء الإطار المؤسسي والقانوني لنظام السوق. ولتقديم التمويل الإضافي اللازم لدعم المراحل المبكرة من عملية التحول، أنشأ الصندوق في عام ١٩٩٣ التسهيل التمويلي لتحويل الأنظمة الاقتصادية الذي انتهى العمل به في عام ١٩٩٥.

في عام ١٩٩٤-١٩٩٥ : واجهت المكسيك في الفترة ١٩٩٤-١٩٩٥ أزمة حادة عندما أدى حدوث تحويل في الشعور السائد بالأسواق إلى تدفق رؤوس أموال ضخمة إلى الخارج بشكل مفاجئ. وقد سارعت المكسيك باعتماد برنامج قوي للتصديح والإصلاح أثبت نجاحه في نهاية المطاف. ودعماً لهذا البرنامج وافق

الصندوق بسرعة على صرف أكبر قرض في تاريخه حتى الآن بما يعادل 17.8 بليون دولار أمريكي. وحدا ذلك بالصندوق إلى إنشاء الاتفاقيات الجديدة للإقراض (NAB) لضمان توفر أموال كافية للصندوق لمواجهة ما يقع من أزمات كبرى في المستقبل.

في عام ١٩٩٦: اشترك صندوق النقد الدولي والبنك الدولي في عام ١٩٩٦ في إطلاق مبادرة البلاد الفقيرة المتقلة بالديون المعروفة باسم مبادرة "هيبك"، بهدف تخفيض الدين الخارجي لأفقر بلاد العالم إلى مستويات يمكن تحملها خلال فترة زمنية قصيرة نسبياً. وتم تعزيز هذه المبادرة في عام 1999 لإتاحة تخفيف أسرع وأعمق وأوسع نطاقاً لأعباء الديون. وفي نفس الوقت، بدل صندوق تسهيله الميسر الذي كان يطلق عليه اسماً لتسهيل التمويل المعزز للتصحيح الهيكلي بتسهيل أشمل هو تسهيل النمو والحد من الفقر، الذي يولي اهتماماً أوضح إلى جهود الحد من الفقر.

في عام ١٩٩٧-١٩٩٨: خلال الأزمة المالية الآسيوية في الفترة ١٩٩٧-١٩٩٨، قدم الصندوق قروضاً ضخمة بدرجة استثنائية - وصل مجموعها إلى ٣٦ بليون دولار أمريكي - إلى إندونيسيا وكوريا وتايلندا لدعم سياسات تحقيق الاستقرار والإصلاحات الهيكلية فيها. وأنشأ الصندوق تسهيل الاحتياطي التكميلي في عام ١٩٩٧، خصيصاً لمساعدة البلاد في مواجهة احتياجاتها الكبيرة للتمويل قصير

الأجل الناجمة عن فقدان ثقة السوق على نحو مفاجئ كما يتضح من تدفق رؤوس الأموال إلى الخارج.^{٢٠}

في عام ١٩٩٩: أنشأ صندوق النقد الدولي أداة جديدة لمنع وقوع الأزمات هي، خطوط الائتمان الطارئ وهي تمثل خط دفاع ضد عدوى الأزمات المالية وتتاح للبلاد التي تطبق سياسات اقتصادية قوية .

في عام ٢٠٠٠: اختتم المجلس التنفيذي لصندوق النقد الدولي في نوفمبر ٢٠٠٠مراجعة شاملة لتسهيلات الصندوق المالية من أجل تقييم ما إذا كانت أساليب تقديم المساعدة المالية إلى البلدان الأعضاء بحاجة إلى تعديل . وأسفر هذا الجهد عن ترشيح ملموس للأساليب المتبعة عن طريق إلغاء أربعة تسهيلات. وتم تنفيذ عدد من التغييرات المهمة الأخرى التي من شأنها إتاحة دور أكثر فاعلية لتسهيلات الصندوق في دعم جهود الأعضاء الرامية إلى منع وقوع الأزمات وحلها وللمساعدة في ضمان استخدام موارد الصندوق على نحو أكثر كفاءة.

ثالثاً: المساعدة الفنية والتدريب :

يمكن القول أن أكثر ما اشتهر به صندوق النقد الدولي هو تقديم المشورة بشأن السياسات إلى البلدان الأعضاء ومنحها قروضاً مربوطة بالسياسات في أوقات

٢٠ مروان عطوان، الأسواق النقدية و المالية، (البيورصات و مشكلاتها في عالم النقد و المال)، مركز الإسكندرية

للكتاب، 1993.

مجلة الحرق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٢ المجلد الاول

الأزمات الاقتصادية. على أن الصندوق يتيح للبلدان الأعضاء الاستفادة أيضاً من خبراته الفنية على أساس منتظم من خلال توفير المساعدة الفنية والتدريب في مجموعة كبيرة من المجالات، مثل أنشطة البنوك المركزية، والسياسات النقدية وسياسات أسعار الصرف، والسياسات والإدارة الضريبية، والإحصاءات الرسمية. والهدف من وراء ذلك هو العمل على تعزيز قدرة الأعضاء على تصميم السياسات الاقتصادية وتنفيذها، وهو ما يتم بسبل متعددة تتضمن تعزيز المهارات في المؤسسات المسؤولة، مثل وزارات المالية والبنوك المركزية. وتعد المساعدة الفنية عنصراً مكماً لما يقدمه الصندوق إلى البلدان الأعضاء من مساعدات مالية ومشورة بشأن السياسات، وهي تمثل حوالي ٢٠% من التكاليف الإدارية للصندوق.

لقد بدأ الصندوق في تقديم المساعدة الفنية في منتصف الستينات عندما لجأ كثير من البلاد حديثة الاستقلال إلى الصندوق طلباً للمساعدة في إنشاء البنوك المركزية ووزارات المالية. وحدثت طفرة أخرى في أنشطة المساعدة الفنية في أوائل التسعينات عندما بدأت بلاد أوروبا الوسطى والشرقية والاتحاد السوفيتي السابق التحول من نظم التخطيط المركزي إلى اقتصاد السوق. وفي الآونة الأخيرة عزز الصندوق أنشطة المساعدة الفنية كجزء من الجهد الرامي إلى تعزيز بنية النظام المالي الدولي. وعلى وجه التحديد، يساعد الصندوق البلدان الأعضاء على تقوية نظمها المالية، وتحسين جمع البيانات المالية والاقتصادية ونشرها، وتدعيم نظمها الضريبية والقانونية، والنهوض بالتنظيم والرقابة المصرفية. كذلك يقوم الصندوق

بنشاط مكثف لتقديم المشورة في المجالات التشغيلية إلى البلاد التي اضطرت إلى إعادة إنشاء مؤسساتها الحكومية في أعقاب الحروب أو الاضطرابات المدنية الحادة.

ويقدم الصندوق المساعدة الفنية والتدريب في أربعة مجالات أساسية هي:

١- دعم القطاعات المالية والنقدية عن طريق تقديم المشورة بشأن تنظيم الجهاز المصرفي والرقابة عليه وإعادة هيكلته، وإدارة النقد الأجنبي والعمليات ذات الصلة، ونظم المقاصة وتسوية المدفوعات، بالإضافة إلى هياكل البنوك المركزية وتطويرها.

٢- مساندة الجهود الرامية إلى وضع سياسات مالية عامة قوية وضمن حسن إدارتها عن طريق تقديم المشورة بشأن السياسات والإدارة الضريبية والجمركية، ووضع الميزانية، وإدارة الإنفاق، وتصميم شبكات الأمان الاجتماعي، وإدارة الدين الداخلي والخارجي.

٣- إعداد البيانات الإحصائية وإدارتها ونشرها وتحسين نوعيتها.

٤- صياغة التشريعات الاقتصادية والمالية ومراجعتها.

وينظم الصندوق دورات تدريبية للمسؤولين في الحكومات والبنوك المركزية في البلدان الأعضاء، وذلك في مقره بواشنطن العاصمة وفي مراكز التدريب الإقليمية في أبيدجان وبرايليا ومنغافورة وفيينا. ويقدم الصندوق المساعدة الفنية ميدانياً

أيضاً من خلال زيارات خبرائه إلى البلدان الأعضاء التي تكملها زيارات الاستشاريين والخبراء المكلفين من خارج الصندوق. وتتلقى برامج المساعدة الفنية والتدريب التي يقدمها الصندوق تمويلاً تكميلياً من بلاد مثل اليابان وسويسرا، وهيئات دولية مثل الاتحاد الأوروبي ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي وبرنامج الأمم المتحدة الإيماني والبنك الدولي.

استخدامات صندوق النقد الدولي

و يتم الاستفادة من رأسمال صندوق النقد الدولي في مساعدة الدول الأعضاء ممن يعانون من عجز مؤقت في موازين مدفوعاتهم^{٢١} و قد حددت بموجب مواد اتفاقية الصندوق الشروط التي بموجبها يحصل العضو على القروض من الصندوق و كذلك الحد الأقصى للقروض التي يمكن أن يمنحها الصندوق للعضو^{٢٢}. و ذلك بدلا من اللجوء إلى تدابير اقتصادية تسيء إلى حرية التبادل التجاري الدولي.

و من بين مجموعة القواعد و الضوابط المقيدة حتى يمنع الدول الأعضاء من الإسراف في استخدامه ما يلي:

٢١ غازي عبد الرزاق النقاش، التمويل الدولي و العمليات المصرفية الدولية، دار وائل للنشر، ١٩٩٦، ص ٨٣.

٢٢ ضياء مجيد، مرجع سابق ص ٣٠٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجاد الاول

- لا يجوز للدولة العضو أن تسحب في سنة من صندوق النقد عملات أجنبية تتجاوز ٢٥% من حصتها المقدرة في الصندوق خلال ١٢ شهراً، وعند السحب من موارد الصندوق في حدود هذه النسبة يجب على الدولة أن تضع تحت تصرف الصندوق قدراً من عملتها الوطنية يعادل قيمة المبالغ المسحوية.
- إن العضو يفقد حقه في شراء العملات الأجنبية في الصندوق متى بلغ رصيد الصندوق من عملته ٢٠٠% من حصته.
- كما يتعين على الدولة العضو أن تقدم بأدائها خلال فترة تتراوح ما بين ٣-٥ سنوات عن طريق إعادة شراء عملتها الوطنية في صندوق النقد مقابل الذهب أو عملات أخرى.
- يدفع البلد العضو عندما يلجأ إلى السحب من موارد الصندوق عمولة قدرها ٣/٤ % و للصندوق أن يخفض هذه العمولة أو أن يرفعها كلما تزايد أجل السداد و زادت قيمة المسحوبات^{٢٣}.
- أن يكون الغرض من الحصول على تلك العملات هو مواجهة عجز مؤقت في ميزان المدفوعات الجارية.
- لا يجوز استخدام موارد الصندوق لمواجهة أعباء الدولة الناشئة عن أعمال الإغاثة و التعمير أو تصفية ديون الحرب^{٢٤}.

^{٢٣} يسلم حجار، العلاقات الاقتصادية الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان،

٢٠٠٣ ص ١٨١-١٨٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

و يعتبر لجوء الدولة العضو إلى موارد الصندوق في حقيقة الأمر اقتراضاً منه، غير أن أحكام ميثاق صندوق النقد قد تحاشت لفظ الاقتراض و استخدمت بدلاً منه عبارة: يحق لكل عضو أن يشتري من الصندوق عملات أعضاء آخرين مقابل مقدار معادل بقيمته الوطنية، و بالتالي تستبدل لفظة سحب بمصطلح شراء العملة^{٢٥}.

^{٢٤} زينب حسن عوض الله، مرجع سابق ص ١٦٥.

^{٢٥} يسام حجار، مرجع سابق ص ١٨٢.

المبحث الرابع

أشكال المساعدات التي يمنحها صندوق النقد الدولي

يتم الاستفادة من رأسمال صندوق النقد الدولي في مساعدة الدول الأعضاء ممن يعانون من عجز مؤقت في موازين مدفوعاتهم و قد حددت بموجب مواد اتفاقية الصندوق الشروط التي بموجبها يحصل العضو على القروض من الصندوق و كذلك الحد الأقصى للقروض التي يمكن أن يمنحها الصندوق للعضو^{٢٦}. و ذلك بدلا من اللجوء إلى تدابير اقتصادية تسيء إلى حرية التبادل التجاري الدولي.

و من بين مجموعة القواعد و الضوابط المقيدة حتى يمنع الدول الأعضاء من الإسراف في استخدام موارده ما يلي:

- لا يجوز للدولة العضو أن تسحب في سنة من صندوق النقد عملات أجنبية تتجاوز ٢٠٠% من حصتها المقدرة في الصندوق خلال ١٢ شهرا، و عند السحب من موارد الصندوق في حدود هذه النسبة يجب على الدولة أن تضع تحت تصرف الصندوق قدرا من عملتها الوطنية يعادل قيمة المبالغ المسحوبة.
- إن العضو يفقد حقه في شراء العملات الأجنبية في الصندوق متى بلغ رصيد الصندوق من عملته ٢٠٠% من حصته.

^{٢٦} ضياء مجيد الموسوي، النظام النقدي الدولي، المؤسسة الجزائرية للطبع، الجزائر ١٩٨٧ ص ٣٠٩.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول
٩٥٧

- كما يتعين على الدولة العضو أن تتقدم بأدائها خلال فترة تتراوح ما بين ٣-٥ سنوات عن طريق إعادة شراء عملتها الوطنية في صندوق النقد مقابل الذهب أو عملات أخرى.
 - يدفع البلد العضو عندما يلجأ إلى السحب من موارد الصندوق عمولة قدرها ٣/٤ % و للصندوق أن يخفض هذه العمولة أو أن يرفعها كلما تزايد أجل السداد و زادت قيمة المسحوبات^{٢٧}.
 - أن يكون الغرض من الحصول على تلك العملات هو مواجهة عجز مؤقت في ميزان المدفوعات الجارية.
 - لا يجوز استخدام موارد الصندوق لمواجهة أعباء الدولة الناشئة عن أعمال الإغاثة و التعمير أو تصفية ديون الحرب^{٢٨}.
- و يعتبر لجوء الدولة العضو إلى موارد الصندوق في حقيقة الأمر اقتراضا منه، غير أن أحكام ميثاق صندوق النقد قد تحاشت لفظ الاقتراض و استخدمت بدلا منه عبارة: يحق لكل عضو أن يشتري من الصندوق عملات أعضاء آخرين مقابل مقدار معادل بقيمته الوطنية، و بالتالي تستبدل لفظة سحب بمصطلح شراء العملة^{٢٩}.

^{٢٧} يسام حجاز، مرجع سابق ص ١٨١-١٨٢.

^{٢٨} زينب حسن عوض الله، مرجع سابق، ص ١٥٣.

^{٢٩} يسلم حجاز، العلاقات الاقتصادية الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٣ ص ١٨٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

و من بين أهم أشكال القروض و التسهيلات المقدمة من طرف صندوق

النقد الدولي إلى الدول الأعضاء نذكر ما يلي:

- اتفاقيات الاستعداد الائتماني: (stand by arrangements) و تمثل هذه الاتفاقيات جوهر سياسات الاقتراض في الصندوق و يعتبر هذا الأخير بمثابة تأكيد للعضو بأنه يستطيع السحب من موارد الصندوق إلى حد معين و على مدى فترة تتراوح بين ١٢ و ١٨ شهرا في العادة، لمعالجة ما يواجهه من مشكلات قصيرة الأجل في ميزان المدفوعات.
- تسهيل الصندوق الممدد: (Extended Fund Facility) و طبقا لتسهيل الصندوق الممدد يستطيع البلد العضو السحب من موارد الصندوق إلى حد معين على مدى فترة تتراوح بين ٣ أشهر إلى ٤ سنوات في العادة لمساعدته على معالجة المشكلات الاقتصادية الهيكلية التي تتسبب في إيجاد مواطن ضعف خطيرة في ميزان مدفوعاته.
- تسهيل النمو و الحد من الفقر: (Poverty Reduction and Growth Facility) و هو تسهيل بسعر فائدة منخفض هدفه مساعدة أفقر البلدان الأعضاء التي تواجه مشكلات مطولة في ميزان المدفوعات.
- تسهيل الاحتياطي التكميلي: (Supplemental Reserve Facility) و هو تسهيل يوفر تمويلا إضافيا قصير الأجل للبلدان الأعضاء التي تعاني صعوبة استثنائية في ميزان المدفوعات نتيجة لفقدان ثقة السوق بشكل

مفاجئ، و يتضمن سعر الفائدة على القروض بموجب هذا التسهيل رسماً إضافياً يضاف إلى سعر الفائدة العادي على قروض الصندوق.

- خطوط الائتمان الطارئ: (Contingent Credit Lines) و هي خطوط دفاعية وقائية تمكن البلدان الأعضاء القائمة بتطبيق سياسات اقتصادية قوية من الحصول على تمويل من صندوق النقد على أساس قصير الأجل عندما تواجه بفقدان ثقة الأسواق على نحو مفاجئ و مثير للاضطراب بسبب امتداد عدوى المصاعب الآتية من بلدان أخرى.

مساعدات الطوارئ: (Emergency Assistance) و هو مخصص لمساعدة البلدان التي تواجه مشكلات ميزان المدفوعات الناشئة عن الكوارث الطبيعية المفاجئة التي لا يمكن التنبؤ بها و قد تم تطوير هذا النوع المساعدة في العام ١٩٩٥ لتغطية مواقف معينة تكون البلدان الأعضاء قد خرجت فيها لتوها من صراعات مسلحة أفضت إلى ضعف مفاجئ في قدراتها.

ويمكن تلخيص التسهيلات التي يقدمها طرف صندوق النقد الدولي إلى الدول الأعضاء فيما يلي:

لقد تطورت التسهيلات الائتمانية التي يقدمها الصندوق للدول الأعضاء و خلال العقود الثلاثة الأخيرة بشكل ملحوظ (٧٠-٨٠-٩٠) و تتمثل فيما يلي :

١- حقوق السحب العادية ، ٢- تسهيلات التمويل التعويضي، ٣- حقوق السحب الخاصة، ٤- التسهيلات البترولية، ٥- تسهيلات ممتدة (موسعة)، ٦- صندوق الائتمان، ٧- تسهيل التمويل الإضافي، ٨- تسهيل التعديل الهيكلي وسنقوم بشرح كل نوع من التمويل.

١- حقوق السحب العادية : و هي تلك الحقوق التي أقرتها اتفاقية إنشاء الصندوق و يستطيع العضو أن يشتري وليس يقترض عملات أجنبية من الصندوق مقابل تقديم عملته الوطنية، و تكتسب الدولة العضو هذا الحق في السحب من حصتها في رأس مال الصندوق، والتي تتكون من ٢٥ % ذهب وعملات أجنبية قابلة للتحويل و ٧٥% عملات وطنية وهناك شروط لاستخدام هذا الحق وهي :

أ- لا يستطيع العضو أن يقوم بسحب عملات أجنبية من الصندوق بما يجاوز ٢٥ % من قيمة حصته في رأس مال الصندوق و ذلك خلال سنة، و بهذا تصبح العملة الوطنية للدولة العضو تساوي ١٠٠% من حصة الدولة ، و يعرف السحب في هذا الإطار : بالشريحة الذهبية.

ت- يمكن للدولة أن تسحب عملات أجنبية إضافية تحت بند الشريحة الائتمانية و تصبح العملة الوطنية للدولة العضو ١٢٥ % من الحصة، و تتعهد الدولة ببذل الجهود اللازمة لحل المشاكل المالية لها.

ث- يفقد العضو حقه في السحب من الصندوق متى بلغ رصيده من العملة الوطنية ٢٠٠% من قيمة حصته في رأس مال الصندوق ويدخ تحت بند الشريحة الائتمانية العليا.

حيث يتشدد الصندوق في هذا و تقدم الدولة المعنية برنامجا تصحيحيا يبرر استخدام هذه التسهيلات

د- تلتزم الدولة العضو بسداد (بشراء) ما سبق أن سحبته من عملات أجنبية و ذلك مقابل حصولها على عملتها الوطنية و ذلك خلال فترة تتراوح بين ٣ إلى ٥ سنوات ، و تدفع الدولة على هذه المسحوبات عمولة قد تصل إلى ٣% من المبالغ المسحوبة.

هـ- يشترط لاستخدام حقوق السحب العادية أن يكون الهدف من السحب علاج عجز مؤقت في ميزان المدفوعات (ليس للاستثمارات أو لتمويل عجز هيكلية من ميزان المدفوعات).

٢- تسهيلات التمويل التعويضي Compensatory Financing :

يمنح الصندوق هذا النوع من التسهيلات لمواجهة العجز الطارئ في ميزان المدفوعات و الناتج عن انخفاض حصيللة الصادرات من المواد الأولية و استخدم عام ١٩٦٣.^{٢٠}

٣- حقوق السحب الخاصة (SDR) :

تم التفكير في إصدار أصل نقدي جديد سنة ١٩٦٩ هو ح س خ و ذلك بأسلوبين :

الأسلوب الأول - عن طريق تحويل ما يملكه العضو من وحدات ح س خ بعملات قابلة للتحويل من أي عضو آخر في الصندوق سواء عن طريق الصندوق أو بالاتفاق مباشرة مع عضو آخر دون الرجوع للصندوق .

الأسلوب الثاني : عن طريق الحساب العام المقترح لدى الصندوق حيث يكون للدولة استخدام هذه الحقوق في إعادة شراء عملتها الوطنية أو تسديد التزامات أخرى في ذمة الدولة العضو .

وحدات ح س خ ليست إلا دفترية يمسكها الصندوق للدول الأعضاء، و لا يمكن التعامل بها لغير الأغراض المصدرة لها. وقد تتحدد قيمة الوحدة من هذه الحقوق بحوالي ١,٨٨٨٦٧ غ من الذهب و أوقية الذهب كانت تعادل في ذلك

^{٢٠} ضياء مجيد، مرجع سابق ص ٣٠٨.

الوقت ٣٥ دولار أمريكي. و قد تغيرت و تم تقييمها على أساس متوسط مرجح ل
١٦ عملة من عملات الدول التي لا يقل نصيب صادراتها من الصادرات العالمية
١% (عام ١٩٧٤) .

و في بداية عام ١٩٨١ أعيد تقييم هذه الوحدات مرة أخرى على أساس المتوسط
المرجح لسلة من العملات ل ٥ دول هي (الدولار الأمريكي ، الجنيه الاسترليني ،
المارك الألماني ، الفرنك الفرنسي ، الين الياباني) و يتحدد الوزن النسبي لكل
عملة من هذه العملات الخمسة بأهميتها النسبية في مجال التجارة الدولية (
الصادرات ، و رصيد الدول الأعضاء من هذه العملات في الصندوق).

٤- التسهيلات البترولية : بسبب ارتفاع أسعار البترول في نهاية السبعينات ١٩٧٤
استحدثت الصندوق هذه التسهيلات لمساعدة الدول التي تعاني من عجز في ميزان
مدفوعاتها نتيجة هذا الارتفاع.

٥- التسهيلات الممتدة (الموسعة) Extended Facility

استحدثت الصندوق في سبتمبر ١٩٧٤. تسهيلات جديدة أطلق عليها
التسهيلات الممتدة لعلاج الاختلالات الهيكلية في ميزان المدفوعات ، و تلتزم
الدولة باتخاذ عدد من الإجراءات التصحيحية للنواحي المالية النقدية على أن يتم
خلال فترة ما بين ٢ أو ثلاثة أعوام و تصل الفائدة إلى ٤% في السنة الأولى . و

تتزايد حتى تصل ٦,٥ % في الفترات التالية و تلتزم بسداد الاقتراض خلال فترة تتراوح ما بين ٤- إلى ٨ اعوام (ومنحت الجزائر هذا التسهيل : (٩٥ - ٩٨)

٦- تسهيلات صندوق الائتمان : وافق الصندوق على اقتراح لجنة التنمية بإنشاء صندوق إئتمان لمساعدة الدول الأعضاء ذات العجز في بداية ١٩٧٧ و تمنح الدول المعنية قروضا ميسرة بفائدة بسيطة تصل إلى ١/٢ % و آجال استحقاق تصل إلى ٦ سنوات .

و تتكون موارد الصندوق من أرباح بيع ١/٢ ما يمتلكه صندوق النقد الدولي من ذهب بالإضافة إلى حصيلة استثمارات الصندوق ، و قدم صندوق الائتمان قروضا بلغت ٣ مليار دولار خلال الفترة (١٩٧٧-١٩٨١) لعدد ٥٥ دولة .

٧- تسهيلات التمويل الإضافية : عام ١٩٧٩ تم تقديم هذه التسهيلات لتمويلات إضافية للدول الأعضاء على إصلاح الخلل الخارجي و الداخلي و يتم بموجب اتفاق مساعدة أو ترتيبات موسعة .

٨- تسهيلات التعديل الهيكلي :

أنشأ المجلس التنفيذي للصندوق تسهيل التعديل الهيكلي في مارس ١٩٨٦ بهدف تقديم العون المالي بشروط ميسرة للبلدان المؤهلة لهذا التعديل لإصلاح مسارها الاقتصادي و علاج الاختلالات و التشوهات الهيكلية في بنية الاقتصاد الوطني ،

و قد قدم الصندوق .هذا النوع من التسهيلات بسعر فائدة ½ % سنويا و فترة سداد تتراوح بين ٥ الى ١٠ سنوات .^{٣١}

و تقدم الدولة طلب قرض مع توضيح الحاجة إلى موارد إضافية لعلاج الاختلالات طويلة الأجل في ميزان المدفوعات كما تبدي الدولة استعدادها لتنفيذ برنامج الإصلاح و يتم التشاور بشأنه مع مندوبي الصندوق و أهم الموضوعات التي تخضع للتفاوض بينهما هي :

١-السياسة المالية (تخفيض العجز من خلال خفض الإنفاق العام و زيادة الإيرادات (الضرائب)

٢-السياسة النقدية : (سياسة انكماشية للحد من الطلب الكلي ، و تخفيض الائتمان و التوسع النقدي ، رفع سعر الفائدة) .

٣- سياسة سعر الصرف : أكثر واقعية بتخفيض قيمة العملة المحلية ، و تحرير التجارة)

٤ -وضع سياسات للحوافز (تحرير الأسعار).

³¹ www.imf.org

الفصل الثاني

علاقة مصر مع صندوق النقد الدولي

وسيتناول الفصل الثاني علاقة مصر مع صندوق النقد الدولي ثم خطابات النوايا التي قدمتها الحكومة المصرية لصندوق النقد ومشتملاتها و برنامج صندوق النقد الدولي لعلاج مشكلات المجتمع المصري و مدى إستجابة السياسة الإقتصادية لبرنامج صندوق النقد الدولي ثم أخيرا مدى استجابة المجتمع المصري لبرنامج صندوق النقد الدولي وذلك من خلال أربعة مباحث :

- . المبحث الأول : خطابات النوايا التي قدمتها الحكومة المصرية لصندوق النقد .
- . المبحث الثاني : برنامج صندوق النقد الدولي لعلاج مشكلات المجتمع المصري .
- . المبحث الثالث : مدى إستجابة السياسة الإقتصادية لبرنامج صندوق النقد الدولي .
- . المبحث الرابع : مدى استجابة المجتمع المصري لبرنامج صندوق النقد الدولي .

المبحث الأول

خطابات النوايا التي قدمتها الحكومة المصرية لصندوق النقد

فى بيان صادر عن البنك المركزى، إنه قد تقرر انعقاد اجتماع المجلس التنفيذى لصندوق النقد الدولى يوم الجمعة الموافق ١١ نوفمبر ٢٠١٦ للنظر والموافقة على طلب جمهورية مصر العربية الحصول على "تسهيل الصندوق المُمدد" بمبلغ ١٢ مليار دولار أمريكى على ٣ سنوات وذلك دعماً لبرنامج الإصلاح الاقتصادى الشامل"، وأن الدفعة الأولى من الشريحة الأولى من القرض ستكون بقيمة ٢,٧٥ مليار دولار.

وقال وزير المالية فى الحكومة المصرية إن هذا الجزء سيصرف بمجرد موافقة الصندوق على القرض خلال ٤٨ ساعة.

وكشف وزير المالية عن إرسال الحكومة خطاب نوايا إلى الصندوق يتضمن حزمة الإصلاح الاقتصادى التى أجريتها الحكومة مؤخراً.

وقال إن الحكومة وقعت على بروتوكول مع صندوق النقد الدولى خلال اليومين الماضيين تلتزم فيه بسداد القرض.

وأزاحت الحكومة والبنك المركزى آخر عقبتين من طريق الاتفاق النهائى مع الصندوق يوم الخميس الماضى، عندما اتخذ المركزى خطوة تحرير سعر الجنيه

بينما قامت الحكومة بخفض الدعم الموجه للمواد البترولية لتقليل تأثير تحرير سعر الصرف على عجز الموازنة.

وقالت كريستين لاجارد المدير التنفيذي لصندوق النقد الدولي، إنها ستوصي المجلس التنفيذي لصندوق النقد الدولي بالموافقة على طلب إقراض مصر، واصفة البرنامج المصري بالطموح. وأضافت في بيان لها، أن دعم برنامج الإصلاح الاقتصادي من شأنه مساعدة مصر على استعادة استقرار الاقتصاد الكلي وأن يصل الاقتصاد المصري إلى كامل إمكاناته. وذكرت أنه على مدى الأشهر القليلة الماضية، قامت الحكومة المصرية بتنفيذ برنامج إصلاح اقتصادي طموح لوضع اقتصاد البلاد على مسار تحقيق النمو المستدام والغنى بفرص العمل. وقالت لاجارد، إن تحرير سعر الصرف واعتماد المرحلة الثانية من إصلاح دعم الطاقة بمثابة تدابير مهمة في أجندة إصلاح الحكومة. وأضافت أن ترك سعر صرف ليحدد وفق قوى السوق يدعم تحسين القدرة التنافسية لمصر خارجياً، ومواجهة نقص العملات الأجنبية، ودعم الصادرات والسياحة ويساعد على جذب الاستثمارات الأجنبية.

وأوضحت أن تعديل أسعار الوقود سوف يسهم في تخفيض العجز في الموازنة ويزيد من الإيرادات العامة، التي تشتد الحاجة إليها لاستهداف البرامج الاجتماعية على الصحة، والتعليم، والاستثمارات لتعزيز النمو.

وذكرت أن المجلس التنفيذي لصندوق النقد الدولي سيجتمع يوم الجمعة ١١ نوفمبر لمناقشة طلب مصر للحصول على المساعدة المالية بموجب اتفاق «تسهيل الصندوق المُمدد» على قرض بـ ١٢ مليار دولار.

وأعلنت مصر توصلها لاتفاق مبدئي مع صندوق النقد الدولي على الحصول على تسهيل ممدد من الصندوق في أغسطس الماضي.

وتتلخص خطابات النوايا التي قدمتها الحكومة المصرية للصندوق في التوافق مع الإجراءات التي طلبها صندوق النقد الدولي والمتمثلة في إقرار ضريبة القيمة المضافة وتحرير سعر العملة وتأمين اتفاقيات تمويلية ثنائية لسد الفجوة التمويلية للحكومة خلال العام المالي الحالي . كما يتضمن خطاب من الحكومة بانها ستبني برنامجاً إصلاحياً يتطلب تمويلاً خارجياً بقيمة ٢١ مليار دولار خلال ٣ سنوات منها ١٢ مليار دولار من صندوق النقد الدولي.

ويتضمن البرنامج طرح شركات حكومية في البورصة والسيطرة على رواتب القطاع العام وطرح سندات في الأسواق الدولية.

كما تشمل خطاب من البنك المركزي بتحرير سعر صرف الجنيه وتركه لمعدلات العرض والطلب في خطوة طال انتظارها لإنقاذ الأوضاع الاقتصادية .

ويعد تحرير العملة شرطاً أساسياً للحصول مصر على قرض طلبته من صندوق النقد الدولي وفقاً لما قاله الصندوق.

كذلك تشمل خطاب من الحكومة بخفض دعم المواد البترولية لتقليل آثار تحرير العملة على عجز الموازنة.

واتخذت الحكومة إجراءات يمثلان مطلبين أساسيين لصندوق النقد للموافقة على القرض وهما تحرير سعر صرف الجنيه ، وزيادة أسعار المواد البترولية.

وكان البنك المركزي قد قرر تحرير سعر صرف الجنيه وتركه إلى آليات العرض والطلب مع تفعيل آلية الإنترنت التي تتيح للبنوك تجارة العملات فيما بينها وتمكنها من الاحتفاظ بما يكفي من السيولة لتلبية متطلبات تجار التجزئة .

واتخذ البنك المركزي قرارات أخرى لتدعيم عملية تحرير الجنيه ، والتقليل من آثارها السلبية ، تمثلت في رفع سعر الفائدة المحلية ٣% دفعة واحدة بشكل استثنائي .

كما اتخذت الحكومة قرارات رفع أسعار المحروقات البترولية " لتر بنزين ٨٠ ارتفع من ١,٦ جنيه إلى ٢,٣٥ جنيه ولتر بنزين ٩٢ ارتفع من ٢,٦ جنيه إلى ٣,٥ جنيه وسعر لتر الدولار ارتفع من ١,٨ جنيه إلى ٢,٣٥ جنيه، وسعر الغاز إلى ١٦٠ قرشاً للتر مقابل ١١٠، وتشمل الأسعار ضربية القيمة المضافة " .

المبحث الثاني

برنامج صندوق النقد الدولي لعلاج مشكلات المجتمع المصري

يتضمن الصندوق نوعين من السياسات الاقتصادية : تلك التي تهتم بجانب الطلب بهدف تقليل التضخم والعجز الخارجي ، بينما تستهدف سياسات الإصلاح الهيكلي معالجة جانب العرض وكفاءة استخدام الموارد ، والتركيز على قطاعات مثل التجارة والمالية والصناعة^{٣٢}

يقوم برامج التصحيح الاقتصادي في مصر على عدد من التوجهات والسياسات العامة أبرزها :

١- تقوية مركز ميزان المدفوعات هي الهدف الأساسي للبرنامج خلال فترة زمنية محددة ، إضافة إلى إتاحة الفرصة لسداد الموارد المالية والقروض التي منحها الصندوق للدولة المستفيدة وفقا لجدول استحقاق محدد .

٢- تصحيح ميزان المدفوعات بينوده المختلفة من الحساب الجاري والعمليات الرأسمالية والتحركات النقدية ، وتصميم إستراتيجية التصحيح يتم بناء على أسباب الاختلال في ميزان المدفوعات، سواء كانت تعود إلى نقص مؤقت في السيولة الدولية أو بسبب تراكم الدين الخارجي أو إلى الاختلال الهيكلي في الاقتصاد الكلي.

^{٣٢} كمال مجيد ، العولمة والديمقراطية ، دراسة لأثر العولمة على العالم والعراق دار الحكمة ، لندن ، الطبعة الأولى ٢٠٠٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

٣- تحليل الاقتصاد الكلي يتم من خلال تحديد العلاقة بين الدخل المحلي والحساب الجاري أي بين الناتج المحلي الإجمالي وبين مجمل الاستهلاك الخاص والاستثمار المحلي والإنفاق الحكومي.

٤- تحديد السياسات المالية والنقدية الكفيلة بالقضاء على اختلال ميزان المدفوعات، ويقصد بالسياسات المالية استخدام السلطات العامة لجمع إيرادات الحكومة من ضرائب وقروض ونفقات من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية المختلفة ، وبواسطتها يكافح التضخم والكساد والبطالة .

أما السياسات النقدية فهي مجموعة الإجراءات التي تتخذها السلطات النقدية في الدولة كالبنك المركزي بهدف الرقابة على الاقتراض والتأثير عليه بتحديد مقداره ، وتكلفته وشروطه من أجل تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، والحد من التقلبات الاقتصادية ، والإبقاء على المستويات الكلية من الإنفاق ، والتي تحقق أكبر قدر من العمالة بأقل قدر من ارتفاع الأسعار.

ويقوم برنامج صندوق النقد الدولي لعلاج مشكلات المجتمع المصري على الآليات التالية :

١ - تحرير الأسعار:

ويتضمن التزام الدولة المدينة بتحرير أسعار السلع والخدمات ومستلزمات الإنتاج ، والحد من تدخل الدولة في تحديد الأسعار أو التسليم الإجباري للمحاصيل، وكذلك تحرير أسعار الفائدة حتى يكون سعر الفائدة الحقيقي موجب وتحرير وتوحيد أسعار الصرف، وكذلك إلغاء وجود حد أدنى للأجور، وهذا التحرير للأسعار يؤدي في الغالب إلى ارتفاع الأسعار والإضرار ببعض فئات المجتمع وخاصة محدودي الدخل.

٢ سياسة الخصخصة:

وهو المحور الذي يسعى إلى زيادة دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي على حساب تراجع دور الدولة والتخلص من الاحتكارات العامة ، وذلك عن طريق تصفية المشروعات العامة الخاسرة وبيعها للقطاع الخاص لتشغيلها على أساس تجاري يهدف إلى الربح ، وهو الأمر الذي يكون على حساب تسريح العمالة ورفع أسعار السلع والخدمات التي يقدمها القطاع العام.

٣ تحرير التجارة الخارجية:

فالبنك الدولي يطالب الدول المدينة بتخفيض سعر الصنّف للعملة المحلية ، وإلغاء القيود على المدفوعات الخارجية، وإلغاء اتفاقيات التجارة والدفع ، والسماح بعمل الوكالات التجارية الأجنبية في الأسواق المحلية، وخفض الرسوم الجمركية، وإلغاء القيود الكمية على الواردات، والعمل على تشجيع التصدير، وعدم اتباع سياسة تقوم على إحلال الواردات عن طريق الحماية للصناعات المحلية.

ومن هنا كان لا بد من اتخاذ سياسات للتقويم الهيكلي تقوم على إعطاء الأولوية لفتح المجال أمام تحركات رؤوس الأموال ، ولو تم على حساب التنمية. والمقصود هنا هو إطلاق الحرية الشاملة لتحركات الأموال مما يستلزم اتخاذ مجموعة من الإجراءات ذات الطابع الانكماشى^{٣٣}، مثل:

- تخفيض الأجرور والنفقات الاجتماعية
- تحرير الأسعار
- إلغاء دعم المواد الأساسية
- تخفيض سعر الصرف

^{٣٣} العولمة وإدارة الاقتصادات الوطنية - وقائع الندوة المنعقدة في 18 و 19 نوفمبر 2000 .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

المبحث الثالث.

مدى استجابة السياسة الاقتصادية لبرنامج صندوق النقد الدولي

قال صندوق النقد الدولي إن البرنامج الذي وضعته السلطات المصرية ويدعمه اتفاق للاستفادة من "تسهيل الصندوق الممدد" سيعمل على معالجة جوانب الضعف الاقتصادية الكلية وتشجيع النمو الاحتوائي وخلق فرص العمل. ويقوم البرنامج على أربع ركائز أساسية :

إجراء تعديل كبير في السياسات ، بما في ذلك (١) تحرير نظام الصرف الأجنبي للتخلص من نقص العملة الأجنبية وتشجيع الاستثمار والصادرات؛ (٢) انتهاز سياسة نقدية تهدف إلى احتواء التضخم؛ (٣) القيام بإجراءات للتشفيف المالي تضمن وضع الدين العام على مسار مستدام ؛ وتقوية شبكة الأمان الاجتماعي عن طريق زيادة الإنفاق على دعم السلع الغذائية والتحويلات النقدية؛ وإجراء إصلاحات هيكلية واسعة النطاق تدفع إلى تحقيق نمو احتوائي بمعدلات أعلى ، وزيادة فرص العمل للشباب والنساء ؛ والحصول على تمويل خارجي جديد لسد الفجوة التمويلية

وفيما يلي عناصر البرنامج الرئيسي :

سياسة سعر الصرف والسياسة النقدية وسياسة القطاع المالي

قام البنك المركزي المصري في الثالث من نوفمبر عام ألفين وستة عشر بتحرير نظام سعر الصرف واعتماد نظام صرف مرن . وسيؤدي الحفاظ على نظام سعر الصرف المرن ، الذي يتحدد فيه سعر الصرف تبعاً لقوى السوق ، إلى تحسين تنافسية مصر الخارجية ، ودعم الصادرات والسياحة ، وجذب الاستثمار الأجنبي. وسيسمح هذا للبنك المركزي بإعادة بناء احتياطياته الدولية . وستركز السياسة النقدية على احتواء التضخم بتخفيضه إلى معدل في منتصف خانة الأحاد على المدى المتوسط^{٣٤} . وسيحقق هذا بالسيطرة على الائتمان المقدم للحكومة والبنوك وتعزيز قدرة البنك المركزي على التنبؤ بالسيولة وإدارتها وتحسين الشفافية والتواصل . ولدعم سلامة القطاع المصرفي وتشجيع المنافسة ، وسيراجع البنك المركزي نموجه الرقابي في ضوء أفضل الممارسات الدولية ، بما فيها مبادئ اتفاقية بازل الثالثة .

سياسة المالية العامة ، والحماية الاجتماعية وإدارة المالية العامة

ستكون ركيزة سياسة المالية العامة هي وضع الدين العام على مسار تنازلي واضح وإعادته إلى مستويات يمكن الاستمرار في تحملها. ومن المتوقع أن تزداد الإيرادات الضريبية بنسبة ٢,٥% من إجمالي الناتج المحلي على مدى فترة البرنامج ، وهو ما يرجع في معظمه إلى تطبيق ضريبة القيمة المضافة التي وافق عليها مجلس

^{٣٤} عبد الوهاب الغفوري ، العولمة والجات ، التحديات والفرص ، مكتبة مندوبولي ، القاهرة ، الطبعة الأولى ٢٠٠٠ .

النواب في أغسطس الماضي . وفي نفس الوقت ، سيتم تخفيض النفقات الأولية بنسبة ٣,٥% بسبب تخفيض الدعم واحتواء فاتورة الأجور. وكانت زيادة أسعار الوقود التي أعلنت في ٣ نوفمبر الجارية خطوة مهمة في هذا الاتجاه.

ومن المقرر أن يتم تعزيز برامج الحماية الاجتماعية لتخفيف أثر عملية الإصلاح. وفي هذا السياق، سيتم توجيه نسبة من الوفر المحقق في المالية العامة تبلغ حوالي ١% من إجمالي الناتج المحلي إلى زيادة الدعم على السلع الغذائية ، والتحويلات النقدية للمسنين والأسر محدودة الدخل ، وغيرها من البرامج الاجتماعية الموجهة للمستحقين ، بما في ذلك زيادة الوجبات المدرسية المجانية . والهدف من ذلك هو تنفيذ البرامج التي تقدم دعما مباشرا للأسر الفقيرة كبديل لدعم الطاقة غير الموجه بدقة إلى المستحقين .

يركز البرنامج أيضا على تعزيز إدارة المالية العامة (PMF) وشفافية المالية العامة. وتتضمن الإصلاحات المخططة في هذا المجال مراجعة الأداء التشغيلي للسلطات الاقتصادية بصفة منتظمة ؛ وتحسين الإشراف على الضمانات الصادرة عن الحكومة من خلال إعداد التقارير؛ ووضع خارطة طريق لإصلاحات معاشات التقاعد؛ وإعداد كشف ميزانية يوضح تطورات الاقتصاد والمالية العامة وتقديمه لمجلس النواب مع كل موازنة عامة .

الإصلاحات الهيكلية والنمو الاحتوائي

سيساعد البرنامج على معالجة التحديات المزمّنة التي يمثلها النمو المنخفض والبطالة المرتفعة. وتتضمن الإجراءات المزمّنة ترشيد إصدار التصاريح الصناعية لكل منشآت الأعمال، وإتاحة مزيد من فرص التمويل للمشروعات الصغيرة والمتوسطة، ووضع إجراءات جديدة للإعسار والإفلاس. وسيتم تشجيع برامج الوساطة في مجال توظيف العمالة وبرامج التدريب المتخصص للشباب. ولدعم مشاركة المرأة في سوق العمل، ستم زيادة دور الحضانة العامة وتحسين أمان المواصلات العامة .

وقد استجابت السياسة الاقتصادية لبرنامج صندوق النقد الدولي كما يتضح بعاليه للصندوق إلا أنها لم تعالج قضايا اعتبرت جوهرية ومتعلقة مباشرة بالطرح النظري لقضايا الإصلاح الاقتصادي من منظور صندوق النقد الدولي والبنك الدولي . فعلى سبيل المثال لاحظ الدكتور جلال أمين في تعليقه على ورقة باتريسيا الونسو- غامو ومحمد العريان، أن الورقة المعدّة لم تعالج العديد من القضايا التي يعتبرها أساسية ، وأوقفه عليها كمسألة الإجراءات المطلوبة لتخفيف العجز في الموازنة أو إلغاء الدعم للسلع الغذائية وتأثيرها على الفقراء ، علماً أن ذلك الدعم هو في الأساس لمصلحة الفقراء..

كما أن الورقة لم تعالج أيضاً تأثير رفع سعر صرف العملة الأجنبية على أسعار السلع الغذائية التي تستورد في معظمها والتي يتأثر بها بشكل مباشر الفقراء . إضافة إلى ذلك فإن الدولة قد تخسر مصدراً أساسياً من دخلها الريعي بسبب رفع سعر العملة الأجنبية أو تخفيض قيمة العملة الوطنية . إن الورقة المقدمة كانت انتقائية في معالجة القضايا وركزت على الحجج التي تبرز عدم تعرض الفئات الفقيرة إلى سلبات الإصلاحات الاقتصادية التي يروج لها³⁵ . كما ينتقد الصياغة الحذرة (Cautiously Worded) لتأثير الإصلاحات على الفقراء بحيث لا تأتي بشيء مفيد. فالقضية هي نظرية وسياسية في آن واحد. ويركز مروجو الإصلاح الاقتصادي أن الإجراءات المطلوبة قد تأتي بالنمو الاقتصادي ، وذلك اهتمامهم الأساسي ، وأن النمو بحد ذاته لا يؤثر بحد ذاته على حياة الفقراء ، بل إن ما يؤثر بهم هو نمط النمو. إلا أن الاهتمام يجب أن يكون على إجراءات الإصلاح وليس على النمو الذي يشكل شرطاً ضرورياً ولكن غير كافٍ لتحسين حالة الفقراء . إن ذلك الاهتمام الليبرالي نوع من الذريعة التي تبرر نمط الإجراءات المسماة بـ "الإصلاحات" ، وإن أدت في المدى القريب والمنظور إلى مشاكل اجتماعية ولكن بالمقابل على زعم الليبراليين فإن المستقبل على المدى الطويل سيكون أفضل بكثير مما هو عليه الآن.

³⁵Economic Reforms, Growth, Employment, and the Social Sectors in the Arab Economies", in *The Social Effects of Economic Adjustments in Arab Countries*, p. 38 .

وينتقد الدكتور أمين ذلك النمط من التفكير لأن التركيز الخاطئ هو إما " نمو أو لا نمو". فالقضية ليست في ذلك الخيار الخاطئ . فعدم النمو يصيب الجميع بما فيهم الفقراء ، بينما المسألة تكمن في معدلات النمو المرتقبة . ويطرح سؤالاً مركزياً: ما المشكلة في نسبة نمو أقلّ أي أربعة أو خمسة بالمئة ومن دون "الإجراءات الإصلاحية"، بدلاً من نمو بنسبة ثمانية أو عشرة بالمئة ولكن مع الإجراءات الإصلاحية المدمرة ؟ أما النقد الثاني فهو مدة " المدى القصير" التي ستتأثر به الفئات الفقيرة نتيجة الإصلاحات. فعما يتكلمون؟ فالنظرية الاقتصادية السائدة هي نظرية التدفق البطيء أو التقطير من القمة إلى القاعدة (Trickle Down Theory) تمّ ترويجها خلال ولايتي ريغان في الثمانينيات والمعروفة أيضاً بنظرية اقتصاديات العرض (Supply Side Economics) والتي سماها آنذاك جورج بوش الأب بأنها اقتصاديات الفودو، أي بمعنى أنها غامضة وتفتقر إلى المنطق أو القاعدة العلمية وترتكز على الغيبيات والسحر! فالتنزع بأن الإجراءات ستأتي بنمو وتحسين الأوضاع في "المدى البعيد" (وهو غير محدد زمنياً) غير مقبول. فالمقولة الشهيرة لكينز معبرة للغاية: " في المدى البعيد سنكون جميعاً من الأموات".

المبحث الرابع

مدى استجابة المجتمع المصري لبرنامج صندوق النقد الدولي

انعقد بالقاهرة اللقاء التشاوري بين كل من ممثلى الاتحاد المصرى للنقابات المستقلة ، ومؤتمر عمال مصر الديمقراطى ، وبعثة صندوق النقد الدولي بحضور عدد من المستشارين الاقتصاديين وممثلى الاتحاد الدولي للنقابات ومنظمات المجتمع المدنى الدولية والمصرية .. حيث تناول اللقاء اتفاق الاستعداد الائتماني الجارى مناقشته بين الحكومة المصرية وصندوق النقد الدولي

وقد قدم ممثل بعثة الصندوق عرضاً عاماً لآليات عمل الصندوق فى الرقابة والإقراض والتعاون الاقتصادى ودوره النشط فى مصر وإشكاليات الوضع الراهن فى مصر على الأخص فما يتعلق بحالة عدم اليقين المرتفعة والتي ترتبط بارتفاع معدلات البطالة والاختلالات الهيكلية وعجز ميزان المدفوعات وتمويله عن طريق السحب من الاحتياطات والتدفقات الاستثنائية .. مؤكداً حرص الصندوق على إعادة بناء الاقتصاد على النحو الذى يودى إلى توليد وظائف جديدة وتقليص المصاعب الحالية والتعامل مع العجز فى ميزان المدفوعات لتعزيز الثقة وخفض احتمالات التعرض للمخاطر.. فيما أعرب ممثلو النقابات المستقلة عن ترحيبهم بتوجه بعثة صندوق النقد الدولي إلى لقاء النقابات والمنظمات غير الحكومية والاستماع إلى وجهات النظر المختلفة - وهى الخطوة التى لم تتخذها الحكومة

المصرية ذاتها !!- غير أنهم أكدوا قلقهم من اتفاق الاستعداد للانضمام الجارى
التفاوض بشأنه ، مبيدين ما يلي من الملاحظات :

أولاً : إن المباحثات الدائرة بين الحكومة المصرية وصندوق النقد الدولى بشأن
القرض الجارى تناوله تفتقد إلى الشفافية التى كانت ولم تزال مطلباً هاماً
للشعب المصرى حيث تجرى هذه المباحثات بعيداً عن الضوء ، وتكتتم
الحكومة تفاصيلها وتمتنع عن الحوار بشأنها مع المنظمات والهيئات غير
الحكومية والقوى والأحزاب السياسية مما يلقى ظلالاً من الشك حول شروط
القرض ، ويستدعى إلى الأذهان تراثاً أليماً من الفساد والتردى الإدارى الذى ما
زال الشعب المصرى يدفع فاتورته الباهظة حتى الآن.

ثانياً : إن توظيف القرض- كما هو شبه معلن- فى سد عجز الموازنة دون
استثماره فى أغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية إنما يتناقض مع القواعد
العامة للتعاون الاقتصادى التى يفترض قيام الصندوق عليها، ويعنى- فى
واقع الحال- استمرار الأزمة الاقتصادية المصرية مع ترحيل العجز وتحميل
الحكومات القادمة أعباءه .

ولا يقدح فى ذلك مداخلة بعثة الصندوق فيما تضمنته من استهداف الاتفاق
مع الحكومة المصرية تقديم المساعدة لبرنامج كلى لمعالجة الاختلالات ،
وزيادة الثقة فى السياسات الاقتصادية الكلية.. حيث تشير الشواهد والمؤشرات
إلى انصراف جل الاهتمام إلى معالجة عجز الموازنة دون الإعلان عن خطة

اقتصادية تنموية واضحة تتخذ في سياقها "التدابير الهيكلية أو الكمية"، وتتجه صوبها "الوتيرة التدريجية المقترحة".

ثالثاً : إن الحلول التي يجرى تداولها للتعامل مع عجز الموازنة لا تبعث على التفاؤل، بل أنها على العكس تثير القلق على الأخص فيما يتعلق بإعادة هيكلة دعم الطاقة، وتعويم سعر صرف الجنيه المصرى وذلك للأسباب الآتية:

١. إن المجتمع المصرى- فى أوضاعه الحالية- لا يمكنه احتمال الآثار السلبية الحادة لارتفاع أسعار الوقود على مستويات المعيشة الراهنة للغالبية العظمى من الشعب المصرى..

٢. إن التوصية بإعادة هيكلة دعم الطاقة دون تقديم أو اقتراح تدابير وآليات واضحة تكفل تعويض ذوى الدخل المنخفضة والمتوسطة عن ارتفاع أسعار الوقود تبدو وتظل فى واقع الحال مجرد توصية بإلغاء دعم الوقود لتوفير النفقات الحكومية الجارية دون إيلاء الاهتمام الكافى لنتائجها الاجتماعية الكارثية.

إننا نؤكد فى هذا الصدد رفضنا الكامل لأية صورة من صور إلغاء الدعم على الطاقة أو الوقود فى ظل الأوضاع الحالية باستثناء الدعم الذى تحصل عليه المنشآت والمصانع التى تعمل فى الصناعات كثيفة الطاقة.

٣. إن التطل بإفتقاد نظم الدعم القائمة إلى الفاعلية والعدالة وعدم وصول قسم كبير منه إلى مستحقيه لا يكفى، ولا يصلح سناً لتكرار تجارب سابقة

فشلت جميعها فى إعادة هيكلة الدعم بما يكفل حماية ذوى الدخل المحدودة أو تعويضهم عن ارتفاع أسعار الوقود [إنجيريا، بوليفيا، ومؤخراً الأردن].

٤. إن تعويم سعر صرف الجنيه المصرى من شأنه إطلاق موجة تضخمية كبيرة - على الأخص- فى ظل تصاعد الطلب على الدولار والعملات الأجنبية لتلبية أغراض تحويل وتهريب الأموال- التى شهد العام الماضى معدلات غير مسبوقه منها- والأنشطة التجارية غير المشروعة التى تنامت مع تراخى يد الدولة..

إن العاملين بأجر- ضحايا التضخم من ذوى الدخل الثابتة والمنخفضة- لم يعد بوسعهم احتمال موجاته- مجدداً- على أى نحو!!.

رابعاً : إن الإصلاح الاقتصادى الذى يمكن له أن يتمتع بالمصداقية ، والفاعلية ، والقبول الواسع.. هو الإصلاح الذى يرتبط بالعدالة الاجتماعية..

كما أن آليات تحقيق العدالة بما يكفل حداً أدنى من التوازن والاستقرار المجتمعى ليست اكتشافاً أو سرّاً خافياً على أحد.. حيث تبدأ هذه الآليات بإعادة هيكلة الأجور، استناداً إلى حد أدنى عادل ومنطقى تتدرج انطلاقاً منه ، وحدٍ أقصى لا يزيد على عشرة أضعاف أو خمسة عشر ضعفاً على الأكثر من هذا الحد الأدنى.

خامساً: أن تخفيض رواتب الإدارة العليا والمستشارين في الجهاز الإداري للدولة- بما تتضمنه من المكافآت والبدلات والامتيازات، والتي تتجاوز في بعض القطاعات المليون جنيه شهرياً والالتزام بمبدأ وحدة الموازنة دون فوضى الصناديق الخاصة ، واستقلال بعض الهيئات العامة بمواردها.. هي جميعها سبل هامة أقرب وأوضح لخفض النفقات الحكومية بدلاً من الاعتداء على حقوق العمال الطبقات الأقل دخلاً وحصتها المحدودة في الناتج القومي.

وفي جميع الأحوال.. لا ينبغي أن تؤدي إعادة ترتيب أولويات الإنفاق العام إلى خفض الإنفاق على الخدمات.. حيث يتعين التذكير بما انتهى إليه برنامج الاتفاق مع الصندوق في مطلع التسعينات من خفض الإنفاق على الخدمات على الأخص الصحة والتعليم، وما أدى إليه عملياً من حرمان ملايين المصريين من حقهم في الرعاية الصحية فضلاً عن انهيار نظام التعليم في مصر.

كما تجدر الإشارة إلى أن المعدلات الحالية للإنفاق على الصحة والتعليم في مصر تتوجب زيادتها إلى ثلاثة أضعافها على الأقل لتقترب من المعدلات العالمية والحدود الإنسانية.

سادساً : إننا إذ نؤكد على قصور نظام التأمين والضمان الاجتماعي في مصر والحاجة الملحة إلى إصلاحه إصلاحاً حقيقياً لكي تشمل مظلة ملايين المصريين المهمشين خارجه دون التمتع بأدنى قدر من الحماية الاجتماعية ..

لا نرى فى التوجهات الحكومية ما يشير إلى برنامج واضح المعالم لمراجعة المنحى الذى آل إليه هذا النظام..

إن أموال التأمينات التى تراكمت وباتت تشكل قسماً لا يستهان به من الدين المحلى ليست سوى حقوق المصريين المؤمن عليهم مسددى الاشتراكات التأمينية وأصحاب الحق فى التمتع بفوائدها..

تراكمت الفوائد- رغم ضعف الفائدة المحتسبة عليها- بينما تحصل الغالبية العظمى من مستحقي المعاشات والمستحقات التأمينية على معاشات لا تكفى حد الكفاف.. بينما بات القسم الأعظم من القوى العاملة فى القطاع الخاص والقطاعات غير الرسمية خارج المظلة التأمينية ، وبينما أصبح تحصيل الاشتراكات التأمينية فى الكثير من الأحوال أشبه بجباية الضرائب.. فى قطاعات العمالة غير المنتظمة اشتراكات يجرى تحصيلها عن عمالة افتراضية غير مؤمن عليهم وغير مستفيدين فعليين. وفى القطاع الخاص الرسمى بل والكثير من القطاعات الحكومية أجور تأمينية هزلية تحسب الاشتراكات التأمينية وفقاً لها ليحصل العامل عند استحقاقه المعاش أو أجر أيام المرض على مستحقات تأمينية لا تكفى قوته الضرورى. والمحصلة النهائية ملايين المصريين لا يجدون مورداً للرزق، أو يعيشون تحت خط الفقر.

سابعاً: إن التغافل عن معالجة اختلال النظام الضرائبى المصرى، والتقاوس- المعروف للجميع- عن اقتضاء بعض أنواع الضرائب المتعارف عليها- مثل

ضريبة الأرباح الرأسمالية، وضريبة الأملاك.. فضلاً عن نظام الضريبة على الدخل الذى يجرى تعديله منذ عامين بصورة تدرجية- شبه هزلية- فيما يتعلق بزيادة حد الإعفاء الضريبي والضرائب التصاعدية-.. إنما تبدو جميعها أموراً مثيرة للدهشة فى دولة تبحث عن تدفقات استثنائية لمعالجة عجز الموازنة!!

إن هذا التراخى فى شأن الضرائب المباشرة على الأرباح الرأسمالية ودخول الفئات والشرائح الأعلى فى السلم الاجتماعى يقابله ميل واضح إلى جباية الضرائب غير المباشرة على المبيعات والقيمة المضافة بل وما يشابهها أيضاً من زيادة أسعار الكهرباء، وتحصيل رسوم النظافة على فواتيرها إلى غير ذلك.. فيما يعكس انحيازاً سياسياً واضحاً لغير العمال وذوى الدخل المنخفضة.

إننا لذلك- نؤكد رفضنا لفرض أى نوع جديد من الضرائب غير المباشرة التى تثقل كاهل العمال وذوى الدخل المنخفضة- وعلى الأخص- إصدار قانون لضريبة القيمة المضافة، أو تعديل قانون الضريبة على المبيعات وإلغاء إعفاء بعض السلع الضرورية من هذه الضريبة

ثامناً : إننا إذ نؤكد على الأهمية القصوى لخلق وتوفير فرص العمل التى تحتاج مصر- وفقاً لصندوق النقد الدولى- إلى خلق ٧٥٠٠٠٠٠ فرصة عمل سنوياً- إنما نشدد على تحفظنا بشأن تكرار ما تضمنه برنامج الصندوق فى

تسعينات القرن الماضي في هذا الصدد، والدعوة مجدداً إلى استئناف
الخصخصة والشراكة بين القطاعين العام والخاص.

إن الخبرة الأليمة لتطبيق هذا البرنامج التي كان الصندوق نفسه قد أقر بها لم تنزل
حاضرة على الأرض المصرية.. حيث تم بيع الأصول المصرية بأبخس الأثمان
في ظل فساد حكومي كان قد بلغ ذروته ، وتبددت حصيلة البيع دون أدنى أثر لها
في الإصلاح ، بينما انصرفت الكثير من رؤوس الأموال الواردة إلى شراء الأصول
بدلاً من الاستثمار في صناعات جديدة وتوليد فرص جديدة للعمل.. ولم تحظ
الصناعات كثيفة العمال بالاهتمام الذي توجه - عوضاً عن ذلك- إلى الصناعات
كثيفة الطاقة للاستفادة من دعم الطاقة [الأسمت على سبيل المثال].. فيما عمد
بعض الملاك الجدد من مشترى المنشآت الصناعية المقامة على مساحات واسعة
من الأرض إلى تغيير النشاط أو إضافة النشاط في سوق العقارات على الأخص
إلى أنشطتهم لينتهي الأمر إلى تصفية الصناعة من أجل بيع الأصول العقارية
[حليج الأقطان على سبيل المثال].

إننا إذ نؤكد على الأهمية القصوى للاستثمار في الصناعات كثيفة العمالة مثل
الغزل والنسيج والملابس والصناعات الغذائية.. نشدد على أن العمال المصريين لا
ينبغي أن يكونوا ولن يكونوا ميزة نسبية لجذب الاستثمارات بتخفيض الأجور أو
تشديد شروط العمل، وإنما عمالة ماهرة مدربة تدريباً جيداً وقادرة على الاستجابة

لمتطلبات سوق العمل.. وهو ما ينبغي أن يتصدى له برنامج فعال للتدريب والتوظيف.

كما تؤكد على حق العمال والشباب المصريين فى الحصول على تعويض البطالة وفق نظام رشيد غير هزلى لا يربط التعويض بسبق العمل، وتحتسب قيمته على أسس واقعية، ويتمكن المتعطل من اقتضائه طوال فترة تعطله ولحين توفير فرصة عمل مناسبة له تتوافق مع تخصصه، وكفاءته، وتدريبه.

تاسعاً : إن التركيز على تحرير الأسواق فى مواجهة ما يعرفه الصندوق "بالسلوكيات غير التنافسية والروتين الحكومى" .. لا ينبغي أن يودى- رغم خطورة الممارسات الاحتكارية والفساد الحكومى " إلى إطلاق آليات السوق دون أدنى تدخل لتفترس الفئات الأضعف والفئات المهمشة- على الأخص- فى ظل الاستهلاك الترفى الذى يتناقض بصورة فظة مع مستويات الفقر اللا إنسانى التى يُدفع إليها الكثير من المصريين.

كما تتبغى ملاحظة أن الانتعاش الاقتصادى وتوسيع السوق إنما تفترض تحسين الأوضاع المعيشية للملايين الذين يعجزون الآن عن التعاطى مع السوق، واقتضاء حاجاتهم المعيشية الأساسية.

إن النقابيين والعمال المصريين- فضلاً عن الملاحظات السابقة- لا يمكنهم الثقة فى المفاوضات الجارية بين الحكومة المصرية وصندوق النقد الدولى بشأن الاتفاق

المتعلق بهذا الاستعداد الائتمانى للأسباب التالية:

- أن استمرار عدم الشفافية من جانب الحكومة المصرية فى شأن المفاوضات الجارية وبرنامج الحكومة المقترض تقديمه (خطاب النوايا) ووثائق البرنامج..والإجراءات المسبقة الواجب اتخاذها (التدابير التى يتم الاتفاق على القيام بها.. يضاعف من التحفظ على إتمام هذا الاتفاق- على الأخص مع عدم وجود آليات رقابية مستقلة تراقب أداء الحكومة فى استخدام القرض- بالإضافة إلى عدم وضوح آليات الرقابة الخاصة بالصندوق.

- إن المنظومة الاقتصادية والإدارية القائمة التى لا يخفى فسادها على أحد، والتى ربما كان إصلاحها كفيلاً بتدبير الموارد الكافية لسد عجز الموازنة.. سوف يؤدي عدم إصلاحها إلى الاستمرار فى تبديد الموارد والتهام القرض.

- إن استمرار غياب الآليات الفاعلة للحوار الاجتماعى والمفاوضة الاجتماعية التى تكفل للأطراف الاجتماعية تنظيم نفسها والتعبير عن مصالحها والتفاوض بشأنها يفقد الحكومة القائمة أياً ما كانت رشادها ويغلق الطريق أمام الإصلاحات الجدية والسياسات الاقتصادية المتوازنة والمناسبة التى يمكن لها أن تتمتع بالمصداقية والقبول الواسع..

- وإذا كانت آليات الحوار والمفاوضة الاجتماعيين لا يمكن تطويرها دون حق الأطراف الاجتماعية فى تنظيم نفسها بحرية استقلالاً عن الحكومة..

فإن توجه الحكومة الجديدة ومسلكها يؤدي عملياً إلى تعطيل هذه الآليات، وقطع الطريق على إمكانيات الحوار الاجتماعي.

- إن امتناع الحكومة المصرية الحالية عن إلغاء القيود القانونية على حق العمال المصريين في تنظيم نقاباتهم المستقلة بحرية- بل وتصديقها على تعديل قانون النقابات الحالي (قانون نظام مبارك) بدلاً من إصدار قانون الحريات النقابية، فضلاً عن معاقبة العشرات من النقابيين بفصلهم من عملهم، وإحالة البعض منهم إلى المحاكمة- فيما يكشف عنه من انحياز واضح ضد الحريات النقابية، يضاعف من التحفظات على الاتفاق الذي تبرمه هذه الحكومة وبرنامجها المقدم في شأنه مما يجعل القبول به أمراً غير ممكن.

وهناك عدد من البدائل التي يمكن أن تعتمد عليها مصر للاستغناء عن قرض صندوق النقد الدولي وتنمية وتطوير موارد وإيرادات محلية أكبر كثيراً من قرض الصندوق وذات طابع متجدد. ويمكن تركيزها على النحو التالي:-

أ- إصلاح نظام الدعم بإزالة كل الدعم المقدم للأثرياء والمنتجات السياحية والرأسمالية الكبيرة المحلية والأجنبية التي تباع إنتاجها بأعلى من الأسعار العالمية في صناعات الأسمنت والأسمدة والحديد والسيراميك والألومنيوم، وتحويل المخابز وقمائن الطوب وسيارات النقل والميكروياص للعمل بالغاز، تغيير قانون إدارة الثروة المعدنية ورسوم استغلالها التي تقترب من

الصفير وهي على سبيل المثال قرشين على طن الطفلة أو الحجر الجيري، و٢٠ قرش على طن الجرانيت، وتلك الرسوم تم وضعها عام ١٩٥٦ على أساس أن الدولة هي التي تحتكر استغلالها، ثم دخل القطاع الخاص واستمرت تلك الرسوم المتدنية مما يشكل نهبا للموارد الطبيعية العامة. ويمكن لأي قانون جديد يرفع رسوم استغلال الثروة المعدنية والمحجورية لمستويات اقتصادية، أن يضيف لمصر نحو ٢٥ مليار جنيه دفعة واحدة، حسب تقديرات الهيئة العامة للثروة المعدنية.

ب- إصلاح أسعار فائدة إقراض الحكومة على أذون وسندات الخزانة، وإجراء تسوية للفوائد القديمة المتركمة بحيث لا يزيد سعر الفائدة بأكثر من نقطتين مئويتين عن سعر الفائدة الذي يُعطي لأصحاب الودائع في الجهاز المصرفي. وهذا الإجراء سيخفف كثيرا من المدفوعات العملاقة على الديون الداخلية المتركمة.

ت- إجراء تغيير حقيقي وجوهري في نظام الضرائب نحو نظام متعدد الشرائح وتصاعدي، وفرض ضرائب على المكاسب الرأسمالية في البورصة والتداول العقاري. والحصيلة المتجددة سنويا لهذا التغيير لنظام الضرائب يمكن أن تتجاوز في عام واحد قيمة القرض الذي يتم التفاوض عليه مع صندوق النقد الدولي.

ث- إجراء تغييرات حاسمة لأسعار تصدير الغاز المصري لكل من تركيا وأسبانيا والأردن، بحيث تتساوى مع الأسعار العالمية وتتغير تبعاً لها، على أساس أن العقود الفاسدة التي تقدم الغاز المصري لتلك الدول بأسعار بالغة التدني وثابتة، هي عقود فاسدة أبرمها نظام فاسد لم يكن يعبر عن مصالح الشعب المصري. وهذا الإجراء له سابقة دولية حديثة، هي إلغاء الولايات المتحدة بعد احتلالها الإجرامي للعراق لكل العقود النفطية التي أبرمها الرئيس العراقي السابق صدام حسين بدعوى أنه لم يكن يمثل الشعب العراقي. ولو حدث هذا التغيير لأسعار تصدير الغاز فإن مصر يمكن أن تضيف ما يقرب من ١٥ مليار جنيه كإيرادات عامة إضافية سنوياً.

ج- فرض ضريبة ثروة ناضبة على كل الشركات المصرية والأجنبية التي تعمل في قطاع النفط والغاز لاسترداد حقوق الشعب منها، لأن غالبية عقود المشاركة في الإنتاج أبرمت عندما كان سعر النفط حوالي ١٧ دولار للبرميل في تسعينيات القرن الماضي، وما زالت كما هي بعد أن تجاوز سعر البرميل ١٠٠ دولار، ولابد من استرداد حق مصر من هذه الزيادة من خلال هذه الضريبة على غرار ما فعلته دول أخرى مثل الجزائر.

ح- إنهاء فوضى "المستشارين" ومن تجاوزوا سن المعاش لتوفير مخصصاتهم التي تبلغ قرابة سدس مخصصات الأجور وما في حكمها، وهو ما سيوفر

هذه الكمية الضخمة من الأموال التي كانت تذهب بشكل غير عادل لفئة محدودة من القيادات العليا التي يتم إبقائها غالبا لأسباب تتعلق بالمحسوبية، بحيث يمكن استخدامها في إصلاح نظام الأجور عموماً، مع تخفيف الأعباء عن الموازنة العامة للدولة.

خ- الجدية في تحصيل الضرائب من كبار الرأسماليين وشركاتهم، حيث أن هناك ٦٣ مليار جنيه من المتأخرات الضريبية المستحقة على كبار العملاء، ويصل الرقم إلى ١٢٦ مليار جنيه لكل المتهربين من الضرائب. وإذا تم ذلك فإنه سيضيف إيرادات مهمة للموازنة العامة للدولة تغنيها عن الاقتراض من الصندوق أو غيره.

إعادة النظر في دعم الصادرات ، نظرا لما تكشف من سوء إدارة وفساد خلال السنوات الماضية ، وتوجيه مخصصاته لدعم الصحة والتعليم وإصلاح نظام الأجور، أو تخفيف العبء عن الموازنة العامة للدولة للاستغناء عن الاقتراض من الخارج.

الفصل الثالث

تأثير تنفيذ سياسات وشروط الصندوق مع مصر اقتصاديا

وسيتناول الفصل الثالث تأثير تنفيذ سياسات وشروط صندوق النقد الدولي على مصر اقتصاديا عن طريق بيان أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل العجز التجاري ثم أثره على معدل الاستثمار ومعدل السياحة ومعدل التنمية المستدامة وأخيرا أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على البطالة وذلك من خلال خمسة مباحث :

المبحث الأول : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل العجز التجاري .

المبحث الثاني : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل الاستثمار .

المبحث الثالث : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل السياحة .

المبحث الرابع : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل التنمية المستدامة .

المبحث الخامس : أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل التنمية والقضاء على البطالة .

المبحث الأول

أثر الإقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل العجز التجاري

من المعروف أن ميزان المدفوعات سيتوازن محاسبيا وباستمرار لأن أي عملية تؤثر على جانبين: أحدهما دائن والآخر مدين وبالتالي فإن ميزان المدفوعات سيتوازن محاسبيا وقد يكون هناك عجز في الحسابات الفرعية لميزان المدفوعات كالحساب الجاري أو حساب رأس المال.^{٣٦}

وقد تكون صادرات الدولة من السلع والخدمات أقل من وارداتها عن السلع والخدمات وبالتالي يكون هناك عجز في الميزان التجاري بقيمة الفرق بين الصادرات والواردات، فإذا تم تغطية هذا الفرق بتحويلات نقدية من الخارج بنفس قيمة العجز في الميزان التجاري، فإن هذا يؤدي إلى توازن الحساب الجاري لميزان المدفوعات ويمكن تقسيم ميزان المدفوعات إلى أربعة حسابات رئيسية :

١- الحساب الجاري:

ويشمل تجارة الدولة من السلع والخدمات بالإضافة إلى صافي التحويلات النقدية بدون مقابل وبحسب كما يلي :

الحساب الجاري = صادرات الدولة من السلع والخدمات ناقصا واردات الدولة من السلع والخدمات يضاف له التحويلات الداخلة بدون مقابل وي طرح منه

يوسف احمد البطريق، السياسات الدولية في المالية العامة، الطبعة الثانية، الدار الجامعية، الإسكندرية ص: 361٥٩

التحويلات الخارجية بدون مقابل.

وعليه فالحساب الجاري = صافي صادرات الدولة من السلع والخدمات + صافي التحويلات بدون مقابل، فإذا كانت واردات الدولة من السلع والخدمات أكبر من صادرات الدولة من السلع والخدمات فإن هذا يؤدي إلى وجود عجز في الميزان التجاري أو ميزان السلع والخدمات.

٢- الميزان الأساسي: ويضم الحساب الجاري بالإضافة إلى تدفقات رأس المال طويل الأجل.

٣- ميزان حساب رأس المال: ويشمل ممتلكات القطاع الخاص الأجنبي من الممتلكات والأصول المحلية، ناقصا ممتلكات القطاع الخاص المحلي من الأصول الأجنبية قصيرة الأجل .

٤- ميزان التسويات الرسمية: ويتكون من الفرق بين التغير في ممتلكات القطاع الأجنبي الرسمي من الأصول المالية المحلية ، والتغير في ممتلكات القطاع المحلي الرسمي من الأصول المالية الأجنبية .

ويمكن أن نستنتج أن : ميزان التسويات الرسمية = الميزان الأساسي + ميزان رأس المال

القيد في ميزان المدفوعات

يستخدم في ميزان المدفوعات نظام القيد المزدوج أي أن أي عملية تجارية تؤثر على جانبين في ميزان المدفوعات.

إن قيام الدولة باستيراد القمح من أمريكا سيؤثر على جانبين في ميزان

المدفوعات وهما: ميزان السلع ويكون مدينا وحساب الاحتياطات ويكون دائنا بقيمة الصففة، ويكون ميزان المدفوعات متوازنا من الناحية المحاسبية ويشكل دائم.

كباقي المستندات المحاسبية فإن هيكل ميزان المدفوعات يجيب على العديد من الأعراف والاتفاقات ، وسنأخذ موازين المدفوعات وكيفية قيد العمليات ضمن أسلوبين :

١- أسلوب الميزانية السنوية.

٢- أسلوب الدائن والمدين.

١- مبادئ القيد في ميزان المدفوعات باعتباره بمثابة ميزانية سنوية :

إذا اعتبر ميزان المدفوعات كميزانية سنوية للتبادلات فيقتضي أن يتضمن الأصول والخصوم ، وبالتالي فإن القيود يجب أن تُدرج ضمن الأصول والخصوم ، ولما كانت العمليات أو الصفقات الدولية تسدد من حيث المبدأ وغالبا بالعملة الصعبة (لأن جزءا من التجارة الدولية يحصل على شكل مقايضة)، فإن خروج أو دخول هذه العملات أصبح هو المعيار الأساسي في عملية قيدها، فكل عملية ينتج عنها دخول للعملات الأجنبية تسجل في الأصول ، وبالمقابل كل عملية ترتب خروجاً للعملات التي تدون في جانب الخصوم .

ومن أجل التمييز بين الأصول والخصوم يستند إلى معيار أساسي هو عرض أو طلب النقد الأجنبي.

فإذا كان نقد بلد ما مطلوباً في سوق الصرف لتسديد عملية معينة فإن قيمة هذه العملية تقيد في أصول ميزان المدفوعات .

وإذا كان نقد بلد ما معروضاً في سوق الصرف فإن قيمة هذه العملية تقيد في خصوم ذلك الميزان.

وينطبق معيار عرض وطلب العملة الأجنبية على كافة عمليات السلع والخدمات وعائد رأس المال .

أما بشأن رأس المال ، فإن البلد المصدر لرأس المال (أي البلد الدائن) يدون قيمة رأسماله المصدر في الخصوم في ميزان مدفوعاته ، أما البلد المتلقي لرأس المال (البلد المدين) فإنه يقيد قيمة العملة في الأصول.

وفيما يتعلق بالهبات والتعويضات والأموال التي يرسلها المهاجرون ، يلاحظ أن البلد المانح للتعويضات أو المساعدات هو مضطر لأن يحصل على نقد البلد الذي يريد مساعدته ، وهذا يعني أنه يجب عليه عرض نقده في سوق الصرف من أجل الحصول على نقد البلد المتلقي للمساعدة ، استناداً لذلك يقيد البلد المانح قيمة العملية في الخصوم ، أما البلد الممنوح فيقيد قيمة العملية في الأصول . ٣٧

كذلك بالنسبة لرؤوس الأموال غير النقدية الطويلة والقصيرة الأجل على حد سواء ، يجب أن تطبق نفس القاعدة المشار إليها.

٣٧ عرفان تقي الحسيني ، التمويل الدولي ، الطبعة الأولى ، دار مجدلاوي للنشر ١٩٩٩ ص: ٢١٥

كخلاصة: كل العمليات التي جرى عرضها لغاية الآن هي واقعة " فوق الخط" الذي يقسم ميزان المدفوعات ، أما حركات رؤوس الأموال النقدية فهي تقع "تحت الخط" المذكور، العمليات الواقعة فوق الخط تعرف بالعمليات الاقتصادية ، أما العمليات الواقعة تحت الخط فتعرف بالعمليات النقدية. وبذلك يصبح ميزان المدفوعات متوازنا بحكم الضرورة ، أي أن مجموع الأصول = مجموع الخصوم فالذي يظهر حالة العجز او الفائض هو في الواقع ميزان العمليات الاقتصادية ، (الحساب الجاري) حيث يتقرر على أساسه ما إذا كان البلد دائنا أو مدينا للخارج، هذا الرصيد يسوى على أثر تدخل السلطات النقدية التي تمتص الزيادة في الإيرادات عند تحقق الفائض أو على العكس تقدم هذه السلطات على الاقتطاع من الاحتياطات النقدية لتسديد العجز أو اللجوء إلى صندوق النقد الدولي لأجل تلك الغاية.

المبحث الثاني

أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل الاستثمارات

الاجنبية

تطور إجمالي الديون الخارجية في مصر :

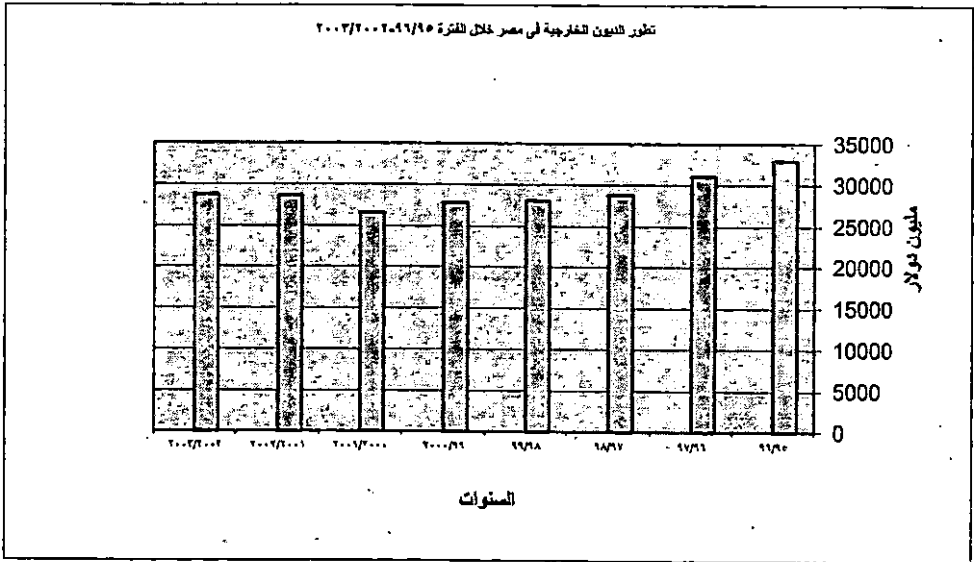
لجأت مصر للاقتراض الخارجي لسد فجوة الموارد المحلية وتمويل الاستثمارات حيث تعجز نسبة الادخار المحلي عن تمويل معدل الاستثمار لتحقيق معدلات النمو المرغوبة . وتعد طبيعة استخدامات القروض الخارجية أحد أسباب تفاقم مشكلة المديونية المحلية ، حيث تم توجيه نسبة من القروض لتمويل العجز في الميزانيات الحكومية وكذلك لتمويل برامج استيراد السلع الاستهلاكية وبخاصة المواد الغذائية ، كما تم توجيه جزء آخر من هذه القروض لتمويل مشروعات إنتاجية لم تغط عائداتها تكاليف الاقتراض . وبالتالي فقد أضافت القروض في هذه الحالة عبئا إضافيا على الاقتصاد المصري وأدى الى تراكمها ٣٨. ويوضح الشكل التالي تطور الدين الخارجي لمصر .

ويتضح من الشكل انخفاض قيمة الديون لتصل الى نحو ٢٨,٧ مليار دولار عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢ مقابل ٣١,٠٤ مليار دولار عام ٩٦/٩٥ . ويلاحظ أن هذه القيمة وصلت الى نحو ٢٦,٥ مليار دولار عام ٢٠٠١/٢٠٠٠ . ويلاحظ ان نسبة الدين

^{٣٨} قطاع الدراسات التنموية، المرجع السابق ، ص ٣٢-٣٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

الخارجي الى الناتج المحلي الإجمالي قد انخفضت من نحو ٤٥,٩% عام ٩٦/٩٥ لتصل الى ٢٨,٨% عام ٢٠٠١/٢٠٠٠ ، إلا أنها ارتفعت بعد ذلك حيث وصلت الى ٣٢,٦% ، ٣٥,٧% خلال عامي ٢٠٠٢/٢٠٠١ ، ٢٠٠٣/٢٠٠٢ على الترتيب . ويمكن تعليل ذلك بانخفاض سعر صرف الجنيه المصري مقابل الدولار في العاميين الاخيرين.^{٣٩}



تطور تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الى مصر:

المقصود بالاستثمار الأجنبي المباشر هو انتقال رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الخارج بشكل مباشر للعمل في صورة وحدات صناعية أو تمويلية أو

^{٣٩} اعتمد الباحث على موقع صندوق النقد الدولي <http://www.imf.org/external/arabic> مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٢ المجلد الأول

إنشائية أو زراعية أو خدمية، ويمثل الريح المحرك الرئيسي لهذا الاستثمار. ٤٠
وتعتبر الشركات متعددة الجنسية بمثابة القاطرة التي تجر وراءها الاستثمار
الأجنبي المباشر نحو أقاليم العالم المختلفة، حيث تعرف الأونكتاد الاستثمار
الأجنبي المباشر بأنه الاستثمار الذي يفضى إلى علاقة طويلة الأمد ويعكس
منفعة وسيطرة دائمتين للمستثمر الأجنبي أو الشركة الأم في فرع أجنبي قائم في
دولة مضيفة غير تلك التي ينتميان الي جنسيتها. ٤١ ولأغراض هذا التعريف يكون
الحد الفاصل لتعريف الاستثمار الأجنبي المباشر هو ملكية حصة في رأس مال
الشركة التابعة للقطر المستقبل تساوى أو تفوق ١٠% من الأسهم العادية أو القوة
التصويتية وتسمى الشركة المحلية المستثمر فيها بالوحدة التابعة أو الفرع. وبذلك
يتضمن الاستثمار الجنبى المباشر ملكية حصة في رأس المال عن طريق شراء
أسهم الشركات التابعة وإعادة استثمار الأرباح غير الموزعة وأيضاً الاقتراض
والانتماء بين الشركة الأم والشركة التابعة والتعاقد من الباطن وعقود الإدارة وحقوق
الامتياز والترخيص لإنتاج السلع والخدمات. ٤٢

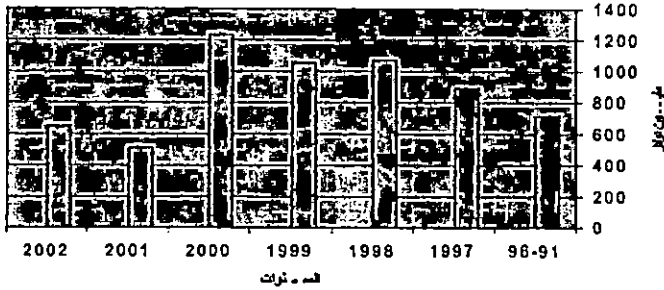
^{٤٠} أمينه زكى شبانه، "دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تمويل التنمية الاقتصادية في مصر في ظل آليات السوق"، المؤتمر العلمى السنوى الثامن عشر للاقتصاديين المصريين: تمويل التنمية في ظل اقتصاديات السوق، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والاحصاء والتشريع، ٧-٩ ابريل ١٩٩٤، ص ٢.

^{٤١} المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية، سلسلة الخلاصات المركزة، السنة الثانية، اصدار ٩٩/١، الكويت، ص ٢.

^{٤٢} مصطفى بابكر، تطوير الاستثمار الجنبى المباشر، برنامج اعده المعهد العربى للتخطيط بالكويت مع مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء بمصر، ٢٤-٢٨ يناير ٢٠٠٤، ص ص ٢-٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧. المجلد الاول.

تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى مصر من 1991 إلى 2003



ويوضح الشكل السابق أن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى مصر قد ارتفعت من ٧١٤ مليون دولار خلال الفترة (٩٦-٩١) إلى ١,١ مليار دولار عام ٩٩ ولكنها انخفضت بعد ذلك لتصل إلى ٦٤٧ مليون دولار عام ٢٠٠٢ بمتوسط معدل انخفاض سنوي بلغ نحو ١٥,٣% خلال الفترة (٢٠٠٢-٩٩).^{٤٣}

وبالنسبة لتدفقات الاستثمار الأجنبي للخارج من مصر يوضح الشكل التالي أنها ارتفعت من ٣٢ مليون دولار كمتوسط سنوي للفترة (٩٦-٩١) إلى حوالي ١٦٦ مليون دولار عام ١٩٩٧ وهو

أعلى مستوى لها خلال الفترة (٩٧-٢٠٠٢)، إلا أنها أخذت في الانخفاض بعد ذلك لتصل إلى ١٢ مليون دولار عام ٢٠٠١، ثم ارتفعت لتصل إلى ٢٨ مليون دولار عام ٢٠٠٢.

^{٤٣} اعتمد الباحث على موقع صندوق النقد الدولي <http://www.imf.org/external/arabic>

يتضح من مقارنة تطور الديون الخارجية بتطور تدفقات الاستثمارات الأجنبية لنفس الفترة انخفاض انسياب الاستثمارات الأجنبية الى مصر، بالرغم من أن المنطقي أن يحدث العكس

وبالتدقيق نجد أن هناك مجموعة من العوامل و الظروف قد ساهمت في انخفاض انسياب الاستثمارات الأجنبية الى مصر لعل أهمها ما يلي :- ٤٤

- عدم وجود مؤسسة مستقلة تقوم بعملية الترويج للاستثمار الأجنبي المباشر داخل مصر حيث يتصف المناخ العالمي بالمنافسة الشديدة لجذب الاستثمارات.
- تعد الميزة النسبية لمصر الخاصة بتوفير حجم كبير من القوى العاملة ينقصها تحسين المستوى التعليمي والكفاءة الفنية.
- القدرة المحدودة على التنبؤ بالسياسات على مستوى الاقتصاد الكلى.
- عدم وجود خريطة استثمارية للمناطق الجغرافية الواعدة والجاذبة للاستثمار وتتسم بفاعلية التعامل مع المستثمر لرفع كفاءة الاقتصاد وجذب المزيد من الاستثمارات المحلية والأجنبية.

٤٤-وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، الاستثمار الأجنبي المباشر والتوقع الاقتصادي له فى السنوات القادمة، القاهرة ،سبتمبر ٢٠٠٠ ،ص ١٥. و قطاع الدراسات التنموية، مركز دعم واتخاذ القرار بمجلس الوزراء،التدفقات الرأسمالية الى مصر وسياسات دعم الاستثمار الأجنبي المباشر، اكتوبر ٢٠٠٣ ،ص ص ٢٥-٢٧

- البيروقراطية الحكومية وطول فترة التأسيس والحصول على التراخيص.
- اقتصر قانون حوافز وضمانات الاستثمار على تقديم الاعفاءات الضريبية للشركات والمشروعات دون إجراء أى تمييز بها وفقاً لأى معيار بما يعكس رؤية واضحة للأهداف التنموية.

المبحث الثالث

أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل السياحة

السياحة هي قاطرة التنمية الاقتصادية لدولة بحجم مصر التي حباها الله بموقع جغرافي فريد، يتميز بطقس معتدل علي مدار أيام العام، وثروات وكنوز أثرية تعكس عمق وتميز حضارتها علي مر العصور تشكل متحفاً مفتوحاً، فضلاً عن تمتعها بشواطئ رائعة الجمال، عنيت الدولة بتقديم كافة التسهيلات للاستثمار بها وجعلها في مكانة لائقة لاستقبال الوافدين من مختلف أرجاء العالم.¹

فالسياحة في مصر حينما تترجم إلى الأرقام في الأحوال العادية ، فإنها تعنى ما يقرب من ٤٠% من إجمالي صادرات الخدمات ، متجاوزة بذلك جميع إيرادات المتحصلات الخدمية ، و ١٩,٣% من حصيلة النقد الأجنبي، وحوالي ٧% من إجمالي الناتج المحلي بصورة مباشرة الذي يرتفع إلى ١١,٣% إذا ما أضيفت المساهمات غير المباشرة في قطاع السياحة والمتمثلة في الخدمات المصاحبة للسفر والسياحة حيث يمثل نصيب قطاع المطاعم والفنادق فيها فقط ٣,٥% وذلك لتشابك صناعة السياحة مع كثير من القطاعات الإنتاجية والخدمية التي تزيد على ٧٠ صناعة مغذية. كما تعتبر السياحة من أهم قطاعات الدولة توفيراً لفرص

¹ عبد المنعم السيد علي، عبد الرحمن حسين، نظام النقد الدولي والتجارة الخارجية للبلاد العربية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ١٩٨٦، ص: ٣٨.

العمل حيث تصل نسبة الذين يعملون بها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى حوالي ١٢,٦% من إجمالي حجم العمالة في الدولة .

المنتج السياحي المصري

أدت عوامل عدة مجتمعة إلى أن تتبوأ صناعة السياحة هذه المكانة بين نظيراتها من الصناعات في مصر مستفيدة من المقومات الطبيعية التي تمنحها وضعاً تنافسياً فريداً على خريطة السياحة العالمية إلى جانب كون مصر مهداً لأقدم الحضارات التي عرفها تاريخ الإنسانية والتي خلفت وراءها تراثاً ثرياً ذا مزيج فريد يتهافت عليه عاشقو السياحة الثقافية وسياحة الآثار .

كما أن أجهزة السياحة لا تفتقر همتها في العمل على تنويع المنتجات السياحية واستحداث أنماط جديدة من السياحة تلبي كافة الاحتياجات وترضى كافة الأذواق مما يساعد على حفاظ مصر على حصتها من حركة السياحة العالمية بل وغزو أسواق جديدة بالشكل الذي يؤدي إلى تحقيق معدلات نمو مضطردة وغير مسبوقة.

هذا علاوة على ما شهدته مصر في العقدين الأخيرين من تنمية سياحية على نطاق واسع في عدد من مناطق الجذب السياحي المتميزة والتي دعمت بنيتها الفوقية من الطاقة الإيوائية المستعدة الآن لاستقبال ما يربو على مائتي ألف سائح.

لذا فإن مصر بفضل ما تتمتع به من المناخ الملائم لممارسة النشاط السياحي على مدار فصول العام الأربعة وما تتميز به من تنوع المنتج السياحي، فإنها تعد مقصد سياحي متكامل. فاستنادا إلى قاعدة عريضة من مخزون التراث التاريخي والحضارى وتعدد العناصر الطبيعية والبيئية وثراء فنى وثقافى، أضحت الصورة المنطبعة فى الأذهان عن مصر اليوم كمقصد سياحي مغامرة لما ظلت عليه لسنوات طويلة. فلم تعد مصر مجرد القبة التى يتوجه إليها المهتمين بالسياحة الثقافية والآثار فحسب، بل اتسعت دائرة النشاط السياحي فيها لتشمل سياحة الشواطئ بما تتيحه من ممارسة نشاط الغوص وكل أنماط الأنشطة والرياضات المائية؛ سياحة اليخوت؛ السياحة العلاجية؛ سياحة الصحارى والسفارى والحياة البرية؛ السياحة البيئية؛ سياحة الإقامة؛ سياحة المؤتمرات؛ سياحة الجولف؛ السياحة الرياضية والصيد؛ سياحة المهرجانات؛ سياحة التسوق؛ السياحة النيلية؛ السياحة الدينية .

حقق القطاع السياحي عائدات بلغت ٧,٥ مليار دولار، خلال عام ٢٠١٤، مقابل ٥,٩ مليار دولار في عام ٢٠١٣، بنسبة ارتفاع ٢٧%، وذلك بعد الاستقرار الذي شهده الوضع السياسي والأمني، لا سيما خلال النصف الثانى من العام الماضى، ورفع حظر الدول الأوروبية عن معظم المناطق السياحية المصرية، وكان ٢٠١٠ الذي يمثل عام الذروة للسياحة المصرية الأعلى في تحقيق العائدات محققا ١٢,٥ مليار دولار. وأفادت إحصائيات وزارة السياحة أن متوسط الإنفاق اليومي للسائح بلغ

٧٦,٧ دولار، وفقا لتقرير البنك المركزي، موضحا أن عائدات القطاع المعلنة تستبعد المصريين الوافدين، مشيرا إلى أن إجمالي الإيرادات يتم تقديرها باحتساب عدد الليالي السياحية مضروبا في متوسط الإنفاق اليومي للسائح. والجدير بالذكر أن عام ٢٠١٤ شهد توافد نحو ٩,٩ مليون سائح، قضوا نحو مليون ليلة سياحية. وكان للنصف الثاني من عام ٢٠١٤ النصيب الأكبر من إجمالي الإيرادات، لا سيما في ظل الاستقرار والتحسن الملحوظ في الحركة السياحية الوافدة إلى مصر، إذ حقق ٤,٣ مليار دولار، ليستحوذ على نسبة ٥٧,٣ عائدات القطاع في العام بأكمله. وتمثل عائدات السياحة نحو ١١,٣ في المئة من الناتج المحلي الإجمالي، و١٤,٤ في المئة من إيرادات مصر من العملات الأجنبية، وثالث أكبر مصدر للدخل الأجنبي للبلاد، بحسب إحصاءات رسمية .

وتمثل السياحة الأوروبية تمثل نحو ٧٠ في المئة من عدد السائحين، والسياحة العربية بين ١٥ و ١٧ في المئة من عدد السائحين، فيما تعد روسيا أكبر مصدر للسياحة بنحو ٣ ملايين سائح عام ٢٠١٤. كان لحادثة سقوط الطائرة الروسية في شرم الشيخ في اكتوبر ٢٠١٥ اثار سلبية على قطاع السياحة ، ولذلك أعلنت مصر في مطلع ٢٠١٦ تخصيص مبلغ ٣٢ مليون دولار أمريكي، كموازنة إضافية لوزارة السياحة، بهدف تعزيز الإجراءات الأمنية في المطارات المصرية، والتي تشمل كاميرات إضافية، وتعزيز النقاط الأمنية.

ويمكن القول أن القروض الأجنبية تدعم السياحة وتؤدي لارتفاع معدلاتها عن طريق تشجيع السياح على أن مصر استعادت الأمن واستعادت عافيتها الاقتصادية بالإضافة لامكانية الإنفاق على قطاع السياحة ودعم موازنة إضافية
لوزارة السياحة

المبحث الرابع

أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على التنمية المستدامة

مفهوم التنمية المستدامة وأركانها:

- مفهوم التنمية المستدامة:

لقد ظل مفهوم التنمية المستدامة مقتصرًا على الندوات المغلقة، ولم يظهر إلى حيز الوجود إلا في بداية الثمانينات حين أخذ مفهوم التنمية المستدامة معان جديدة وراح يستأثر باهتمام علمي وفكري متجدد. وسأوجز باختصار السياق التاريخي للتنمية المستدامة :

أ- مؤتمر ستوكهولم في يولية ١٩٧٢: نظّمته الأمم المتحدة و حضره ١١٢ دولة من بينها ١٤ دولة عربية، برز من خلاله مفهوم جديد للتنمية عرف باسم " التنمية المستدامة " حيث تم التوصل إلى أنه يجب أن تؤخذ الاعتبارات البيئية في الحسبان.

ب- برنامج الأمم المتحدة للبيئة UNEP: أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة برنامج الأمم المتحدة للبيئة بعد عشرية كاملة من عقد مؤتمر ستوكهولم أي سنة ١٩٨٢ و تتمثل وظائفه الأساسية في تقرير التعاون بين الدول في مجال البيئة ومتابعة البرامج البيئية و جعل الأنظمة البيئية الوطنية والدولية في الدول

المختلفة تحت المراجعة المستمرة فضلا عن تمويل تلك البرامج و رسم
الخطط والسياسات اللازمة لذلك.^٢

ت- تقرير اللجنة المنبثقة عن مؤتمر نيروبي في أبريل ١٩٨٧: في سنة ١٩٨٧
أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارا يحمل عنوان "المنظور البيئي
في سنة ٢٠٠٠ و ما بعدها" هذا التقرير يهدف إلى تحقيق التنمية
المستدامة.^٣

ث- قمتي الأرض بريوديجانيرو ١٩٩٢ و جوهانسبرغ ٢٠٠٢:

• قمة الأرض بريوديجانيرو ١٩٩٢: لقد اهتمت قمة ريو بالقضية
البيئية لعموم الكوكب و حضرها ١٥٠ رئيس دولة و ملك و قد
جاءت هذه القمة بعد مرور عشرين عاما على مؤتمر الأمم
المتحدة عن البيئة و الإنسان.^٤

• قمة الأرض بجوهانسبرغ: عقدت هذه القمة في سبتمبر ٢٠٠٢ م و
قد تميزت عما سبقها حيث وضعت معايير عملية لحماية الثروة
السمكية في العالم و حددت خططها لخفض عدد سكان الأرض
المحرومين من المياه الصالحة للشرب و الاغتسال إلى النصف.^٥

^٢ محمد صالح الشيخ ، أثار تلوث البيئة ، مصر ، ٢٠٠٢ ، ص ١١٣

^٣ عدنان السيد حسين ، نظرية العلاقات الدولية ، دار الأمواج ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ١٩٧

^٤ زكريا محمد عبد الوهاب طلحون ، ادارة البيئة نحو الانتاج الأنظف ، مطبعة ناهس العابدين ، مصر ، ص ٥١
نفس المرجع السابق ، ص ٥٥-٥٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

وتم وضع تعريف محدد للتنمية المستدامة في تقرير الاتحاد العالمي للمحافظة على الموارد الذي خصص بأكمله للتنمية المستدامة الذي صدر عام ١٩٨١ تحت عنوان: الإستراتيجيات الدولية للمحافظة على البيئة، على أنها "السعي الدائم لتطوير نوعية الحياة الإنسانية مع الأخذ بنظر الاعتبار قدرات وإمكانات النظام البيئي الذي يحتضن الحياة. وقد تأثر هذا التعريف بالاستعمال المكثف لمفهوم الاستدامة في الزراعة وضرورة المحافظة على خصوبة الأرض الزراعية، مما حفز أن تخطو الحركة البيئية خطوة مهمة في أن تقدم تقريرها النهائي والذي حمل عنوان "مستقبلنا المشترك" إلى الجمعية العامة للبيئة والتنمية عام ١٩٨٧ فكان صدور هذا التقرير بمثابة الولادة الحقيقية لمفهوم التنمية المستدامة، لأنه ولأول مرة دمج ما بين الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية في تعريف واحد.

وعرفت التنمية المستدامة حسب تعريف بروتلاند على أنها التنمية التي تدعو إلى عدم استمرار الأنماط الاستهلاكية سواء في الشمال أو الجنوب والاستعاضة عنها بأنماط استهلاكية وإنتاجية مستدامة ودون تحقيق مثل هذا التطور فلا مجال لتطبيق حقيقي لمفهوم التنمية المستدامة الشاملة وقد أكد التقرير الارتباط المتبادل ما بين التنمية الاقتصادية والبيئية والاجتماعية وبأنه لا يمكن إعداد أو تطبيق أية إستراتيجية أو سياسة مستدامة دون دمج هذه المكونات معا.

نستخلص مما سبق أن التنمية القابلة للاستمرار تتضمن:

- الوفاء بحاجات الحاضر دون الحد من قدرات أجيال المستقبل على الوفاء بحاجاتها.
- الإدارة الواعية للمصادر المتاحة والقدرات البيئية نحو إعادة تأهيل البيئة التي تعرضت للتدهور وسوء الاستخدام.
- الأخذ بسياسات التوقعات و الوقاية الأكثر فعالية اقتصاديا في تحقيق التنمية الملائمة للبيئة دون إهمال التعامل مع المشكلات البيئية المباشرة.
- وضع أهداف سياسات البيئة والتنمية في إطار التنمية القابلة للاستمرار.

٢,١. أركان التنمية المستدامة:

- أكد تقرير بروتلاند أنه لتطبيق أي سياسة مستدامة لا بد من الارتباط بين كل من الجانب الاقتصادي والبيئي والاجتماعي والتي تمثل الأركان الثلاث للتنمية المستدامة.

الجانب الاجتماعي: يكون النظام مستداما في حال حققت العدالة في التوزيع،

وتم إيصال الخدمات الاجتماعية كالصحة والتعليم إلى محتاجها وتحقيق المساواة في النوع الاجتماعي والمحاسبة السياسية والمشاركة الشعبية لكافة فئات المجتمع في عملية صنع القرار.

الجانب الاقتصادي: النظام المستدام هو النظام الذي يتمكن من إنتاج السلع والخدمات بشكل مستمر والذي يحافظ على مستوى معين قابل للإدارة من التوازن الاقتصادي ما بين الناتج العام والدين، وأن يمنع حدوث إختلالات اجتماعية ناتجة عن السياسات الاقتصادية.

الجانب البيئي: النظام المستدام بيئيا يجب أن يحافظ على قاعدة ثابتة من الموارد الطبيعية ويتجنب الاستنزاف الزائد للموارد المتجددة ويشمل ذلك إنتاجية التربة والأتزان الجوي والأنظمة البيئية الطبيعية التي لا تصنف عادة كموارد اقتصادية .

وبذلك نرى أن الاجتماعيين يركزون على العوامل الأساسية الفعالة في التنمية المستدامة أي الأفراد ومدى احتياجاتهم ورغباتهم واستخدام الوحدات غير الملموسة أحيانا مثل الرفاهية والتمكين الاجتماعي . بينما يسعى الاقتصاديون إلى زيادة الرفاهية البشرية إلى أقصى درجة في ظل الموجودات الرأسمالية والتكنولوجية الراهنة واستخدام الوحدات الاقتصادية مثل المال أو القيمة المتحققة كونها معيارا لقياس حين يركز الايكولوجيون من خبراء البيئة على الحفاظ على تكامل النظم الايكولوجية اللازمة للاستقرار الكلي لنظامنا العالمي والاهتمام بقياس وحدات الكيانات الطبيعية والكيميائية والبيولوجية. ومن هنا يتضح أن الجوانب الثلاثة الأساسية للتنمية المستدامة جميعها لا يمكن أن تتحقق إلا باستخدام الموارد الاقتصادية سواء في إنتاج السلع

والخدمات بشكل مستمر والذي يحافظ على مستوى معين قابل للإدارة من التوازن الاقتصادي ما بين الناتج العام والدين، وأن يمنع حدوث اختلالات اجتماعية ناتجة عن السياسات الاقتصادية إنتاج السلع والخدمات بشكل مستمر والذي يحافظ على مستوى معين قابل للإدارة من التوازن ، وأن يمنع حدوث إختلالات اجتماعية ناتجة عن السياسات الاقتصادية أو فى إيصال الخدمات الاجتماعية كالصحة والتعليم إلى محتاجها وتحقيق المساواة فى النوع- الاجتماعي والمحاسبة السياسية والمشاركة الشعبية لكافة فئات المجتمع أو حتى فى المحافظة على قاعدة ثابتة من الموارد الطبيعية ويتجنب الاستنزاف الزائد للموارد المتجددة ويشمل ذلك إنتاجية التربة والاتزان الجوى والأنظمة البيئية الطبيعية

ومن هنا فان هناك علاقة طردية ما بين القروض من صندوق النقد الدولى ومعدل التنمية المستدامة

المبحث الخامس

أثر الاقتراض من صندوق النقد الدولي على معدل البطالة

يعاني اقتصاد مصر من أربعة اختلالات هيكلية رئيسية، وهي اختلال بين الإنتاج والاستهلاك، واختلال بين الصادرات والواردات، واختلال بين الادخار والاستثمار، واختلال بين إيرادات الدولة ونفقاتها وهي التي تسبب المشاكل التي يعاني منها الاقتصاد المصري وأهم وأخطر هذه المشاكل هي مشكلة البطالة.

تهدف برامج العمل التي تعمل على مكافحة البطالة على المستوي الكلي إلي التوجه نحو توفير فرص العمل من خلال تحديد السياسات الفعالة والقدرة على التدخل من أجل مواجهة البطالة وخاصة بين الشباب ، ولذا من الضروري أن يتم توفير آلية تعمل على زيادة الطلب على العمالة وتحديد الإستراتيجية التي تعمل على زيادة إمكانية توفير فرص العمل حيث إن أداء سوق العمل يعكس بشكل عام أداء الاقتصاد.

ودخلت مصر في برنامج إصلاح اقتصادي منذ أكثر من عقدين بهدف تحرير الاقتصاد وخفض عجز الموازنة ونتيجة لذلك انخفضت معدلات التضخم وارتفع معدل نمو الناتج القومي إلي ٣ % عام ٢٠٠٣/٢٠٠٢ وإلي ٤,٣ % عام ٢٠٠٤/٢٠٠٣ وإلي ٥ % عام ٢٠٠٥/٢٠٠٤ والظروف التي مر بها اقتصاد مصر تشير إلي وجود ثلاثة مصادر للبطالة هي:

الأول: القادمون الجدد لسوق العمل والذي يقدر بحوالي ٧٥٠ ألف أو أكثر

الثاني: رصيد البطالة المتراكم بسبب العجز في توفير فرص العمل للقادمين الجدد

الثالث: رصيد البطالة الناشئ عن انكماش بعض الصناعات أو نتيجة لبرنامج الخصخصة وبيع وحدات القطاع العام .

تطور أعداد البطالة في مصر:

وصلت معدلات البطالة في مصر عام ١٩٧٦ إلى معدل ٧,٧% وبدأت تتراجع حتى وصلت إلى ٥,٦% عام ١٩٨٢، ثم بدأت معدلات البطالة في التزايد بشكل سريع إلى أن وصلت إلى ١١,٣% عام ١٩٩٥/٩٤ تم انخفضت إلى ٩,٨٥% عام ٢٠٠٤/٠٣. ولكن البطالة بين الشباب من عمر ١٥ سنة إلى ٢٥ سنة وصلت إلى ٢٣,١% من إجمالي قوة العمل عام ١٩٨٨، وإلى نسبة ٢٠,٤% عام ١٩٩٩ وهي تمثل نسبة ٥٧,٥% من إجمالي أعداد البطالة عام ١٩٩٧ وإلى نسبة ٦١,٥% عام ١٩٩٨ وإلى نسبة ٥٩,٥% عام ١٩٩٩، وصلت إلى نسبة ٦٤,٥% عام ٢٠٠٠، وأن البطالة بين النساء في هذا العمر أكبر منها في الرجال حيث تصل إلى نسبة ٤٢,٨% من قوة العمل عام ١٩٩٨ وإلى نسبة ٣٦,٧% عام ١٩٩٩ والبطالة في المدن أعلى من الريف (نتيجة للهجرة العكسية) ونسب البطالة الأعلى هي بين المتعلمين، كما يقدر احتياج مصر إلى مليون فرصة عمل أو أكثر سنوياً، والظاهرة الأشد تأثيراً هي في بطالة الشباب بين حملة

المؤهلات الدراسية، واتسعت هذه الظاهرة خصوصاً لحملة المؤهلات المتوسطة الذين يمثلون ما يزيد على ٧٠% من المتعلمين العاطلين وبالمقابل فإن ٤,١% من المتعلمين من الأميين ونسبة أقل بين من يعرف القراءة والكتابة ٢,٥% ٦%

وبرامج تشغيل الشباب أصبحت تمثل أولوية حيوية تعمل الدولة على تنفيذها وذلك منذ أكثر من عقدين و اندمجت أغلب الجهود في برامج الإصلاح الاقتصادي والاجتماعي التي كان من اهدافها تأكيد حق المواطن في فرصة عمل، وبدأت المعالجات من خلال جهود موجهة لتشغيل الخريجين ثم توسعت بعد ذلك وظهر الجهد كعمل جماعي يعتمد على التعاون بين الشركاء الفاعلين. ونجح هذا الجهد في توظيف الألف من الشاب ، كما اتخذت مصر عدد من البرامج لتشغيل الشباب في المشروعات المختلفة والتي اندمجت مع جهود تنمية المجتمع وبرامج الجمعيات الاهلية والمنظمات غير الحكومية ، واستمرت الحكومة في اتخاذ الإجراءات المتتالية للتخفيف من مشكلة تشغيل الخريجين وكان من بينها برامج التمويل بالقروض الصغيرة التي تمت بواسطة البنوك التجارية وبنوك التنمية ووزارة التنمية المحلية والصندوق الاجتماعي للتنمية وبرنامج التدريب والتأهيل لمتطلبات أسواق العمل وإلي جانب ذلك اهتمت الحكومة ببرامج دعم الصناعات الصغيرة والمتوسطة. وتبلورت جهود تشغيل الشباب في الصندوق الاجتماعي للتنمية الذي أنشئ ضمن شبكة الأمان الاجتماعي والذي يمثل أحد مكونات برنامج الإصلاح

الاقتصادي . اهتم الصندوق بدعم الصناعات الصغيرة والمتوسطة ودعم القوي العاملة على المستوى الجغرافي والمهني والتدريب التحويلي وأمكن بهذه الأنشطة تنمية فرص عمل مؤقتة ودائمة بحجم هام . وإلي جانب ذلك نفذت مشاريع لصالح الخريجين مثل تملك أراض زراعية مستصلحة لهم واستفاد من ذلك ما يزيد على ٥١ ألف شاب خريج ، إلا أن هذا الجهد لم يتمكن من توفير فرص العمل بالقدر الكافي الذي يوجه الطلب الكلي على العمل.

أسباب البطالة في مصر:

(١) برنامج الإصلاح الاقتصادي والضبط الهيكلي:

شمل برنامج الإصلاح الاقتصادي الذي تم تنفيذه في بداية التسعينات على أربعة برامج إصلاح رئيسية هي :

برامج خاصة بالفواحي النقدية والمالية وسعر الصرف والموازنة العامة

برامج خاصة بالجوانب المؤسسية

برامج خاصة بالإنتاج وخاصة الإنتاج الصناعي

وقد نجح برنامج الإصلاح الاقتصادي في تحقيق أهدافه من حيث تحقيق التوازن الداخلي والخارجي في جانبه النقدي والمالي ولكن دون إحداث التوازن الحقيقي الذي يحتاج إلي إصلاحات للاختلالات الهيكلية ولذا ظلت هناك بعض المشاكل التي يعاني منها الاقتصاد حيث تولد عن ذلك التكلفة الاجتماعية الناتجة عن

سياسات الإصلاح وتزايد الدين العام الداخلي وظهر الركود نتيجة للإجراءات الانكماشية وازدادت أعداد البطالة وخاصة للقادمين الجدد إلى سوق العمل.

(٢) برنامج الخصخصة وبيع وحدات القطاع العام:

أعلنت الحكومة المصرية في فبراير ١٩٩٦ عن الدوافع وراء برنامج بيع القطاع العام بأنها قضية تصحيح للمسار الاقتصادي وحماية للمال العام نتيجة لتراكم الخسائر وتخفيف أعباء الديون على القطاع العام والتي تتحملها الموازنة العامة للدولة وقد أدي هذا البرنامج إلى إعادة هيكلة العمالة في شركات قطاع الأعمال العام وتم تنفيذ برامج للاستغناء عن العاملين وبرامج المعاش المبكر الذي تم تمويله من حصيله البيع وبالتالي خزينة الدولة هذا بالإضافة إلى انخفاض الاستثمارات العامة للدولة في هذا القطاع وبالتالي انحصار فرص العمل.

(٣) الركود الاقتصادي خلال التسعينات وما بعدها :

نتيجة للتحول نحو اقتصاد السوق والعمل على مواجهة التضخم تم اتباع سياسات تقييدية مالية ونقدية أدت إلى ظهور الركود الاقتصادي وانخفاض معدلات الاستهلاك الكلي ، حيث يؤدي الركود إلى خفض الناتج وزيادة البطالة.

وظهرت أواخر التسعينات ما يسمى بأزمة السيولة في الاقتصاد المصري وتراكم المخزون الصناعي حيث تزايد من ٠,٢ مليار جنيه في يونيو عام ١٩٩٧ إلى ٢,٧ مليار جنيه في يونيو عام ١٩٩٨ ثم إلى ٨ مليار جنيه في يونيو ١٩٩٩.^٧ هذا بالإضافة إلى الركود الذي أصاب الاقتصاد العالمي والأزمات المالية لدول شرق آسيا وما ضاعبها من سياسات ائتمانية حذرة أثرت على عمليات تمويل للمشروعات وانتقال رؤوس الأموال.

(٤) انخفاض المدخرات المحلية والاستثمارات العامة والخاصة والأجنبية :

تشير البيانات إلى وجود فجوة هيكلية بين الادخار والاستثمار في الاقتصاد المصري وهذا يؤثر بدرجة كبيرة على قدرة الاقتصاد المصري على زيادة الاستثمار وبالتالي فرص العمل والتشغيل.

وانخفاض الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر نتيجة لعدم توافر حوافز حقيقية وبيئة تشريعية تؤمن الاستثمار الأجنبي وما ضاعف من ترددي هذا الوضع اتجاه

استثمارات دول الاتحاد الأوروبي والدول الغربية للاستثمار في الدول المتنامية إلى الاتحاد الأوروبي أو الدول المتحولة حديثاً إلى اقتصاد السوق هذا بالإضافة إلى عدم الاستقرار الناتج عن الصراعات المسلحة في منطقة الشرق الأوسط.

٧ د أحمد مندور، محاضرات في الاقتصاد المصري، ج عين شمس، ٢٠٠١، ص ٢٧٧
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٧ المجلد الأول
١٠٢٤

وتشير البيانات إلى انخفاض الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر من ٧٠٠ الف دولار عام ٢٠٠٢/٢٠٠٣ إلى ٤٠٧ الف دولار عام ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ٨

(٥) عدم مرونة سوق العمل :

يتصف سوق العمل في مصر بعدم المرونة إلا إنه يوجد سياسات حالية تعمل على إكسابه درجات من المرونة إلا إنها لم تصل إلي الدرجة المطلوبة حيث لا زالت عقود التوظيف الدائمة في القطاعات الحكومية والخدمية وبالتالي وجود نظم ترقى نمطية تعتمد بالدرجة الأولى على الأقدمية وليست على الكفاءة الإدارية .

(٦) عدم قدرة المشروعات الصغيرة على توفير قدر كافي من فرص العمل:

رغم إنشاء الصندوق الاجتماعي للتنمية والأهداف إلي يعمل على تحقيقها ودور البنوك التجارية والزراعية والصناعية وصناديق التمويل الحكومية والمنظمات غير الحكومية والتي تعمل على دعم المشروعات الصغيرة إلا أن هذه المشروعات لم تستطع استيعاب عدد كبير من فرص العمل وهذا قد يرجع إلي الأحوال الاقتصادية العامة وانخفاض الطلب الكلي.

(٧) انخفاض معدلات البحوث والتطوير اللازمة لتحسين وتطوير المنتجات:

يعتمد التقدم الاقتصادي وخاصة في المجال الصناعي على البحوث والتطوير وهي التي تقود إلي ابتكار منتجات جديدة وإلي تخفيض تكلفة الإنتاج ، وتمثل البحوث

^٤البنك المركزي المصري " التقرير السنوي " ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ص ٧٩
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٧ المجلد الاول

والتطوير والاستثمار عنصر مشترك لتطوير الإنتاجية ، ويصل معدل الإنفاق على البحوث والتطوير في مصر إلى أقل من ١% من الناتج المحلي بالمقارنة بنسبة ٣% من الناتج في الدول المتقدمة.

(٨) انخفاض معدلات التصدير ومستوى الجودة:

رغم زيادة الصادرات السلعية المصرية من يعادل ٣,٩٨٧ مليار دولار عام ١٩٧٧ إلى ٦,٥٤٢ مليار دولار عام ٢٠٠٤ وبنسبة تجاوزت ٧٥% إلا أن العجز في الميزان التجاري لازال مستمرا حيث بلغ ٧,٥٢٣ مليار دولار عام ٢٠٠٤ ويؤثر ذلك بالسالب على أداء الاقتصاد وقدرته على دعم الصناعة المحلية وبالتالي توفير فرص العمل.

(٩) استمرار عجز الموازنة وتفاقم الدين الداخلي:

زاد عجز الموازنة العامة للدولة من ٢,٣ مليار جنيه عام ١٩٩٧/٩٦ إلى ٨,٠١٨ مليار جنيه عام ٢٠٠٠/٢٠٠١ ثم إلى ١١,٠٧٠ مليار جنيه عام ٢٠٠٣/٢٠٠٤ وتطور الدين الداخلي من ١٣٢,٣ عام ١٩٩٦ إلى ١٩٤,٨ مليار جنيه عام ٢٠٠١ ثم إلى ٢٢١,٢ مليار جنيه عام ٢٠٠٢ ثم وصل إلى ٢٥٢,٢ مليار جنيه عام ٢٠٠٣ ثم إلى ٢٩٢,٧ مليار جنيه عام ٢٠٠٤.

^١ مرجع سابق البنك المركزي المصري ص ٦٩

^٢ مرجع سابق البنك المركزي المصري ص ٦٧

وقد أثر هذا الأمر على قدرة الدولة على تقديم الإعانات للمتطلين أو دعم القطاعات الضعيفة في الاقتصاد .

(١٠) عودة العمالة المهاجرة مؤقتاً وخاصة من الدول العربية:

وتعود حركة عودة العمالة من الدول العربية إلي انتهاء تلك الدول من مرحلة التشييد للبنية والهياكل الأساسية أو الميل لاستخدام الأساليب الفنية للإنتاج الأكثر استخداماً لعنصر رأس المال وتوفيراً لعنصر العمل أو إحلال العنصر الوطني في مجالات العمل المختلفة.

وقد أثرت الأحداث والصراعات في منطقة الخليج على عودة العمالة المصرية المهاجرة وبالتالي أحدثت ضغوط إضافية على سوق العمل وتزايد العرض من العمالة مما زاد من معدلات البطالة.

(١١) ضعف نظم التعليم والتدريب عن ملاحقة التغير في سوق العمل:

تصل نسبة الأمية في مصر إلي أكثر من ٤٠% وهذا يمثل عدم كفاءة في استخدام القوي البشرية وأيضاً في الإعداد لسوق العمل ، كما أن التعليم يتجه إلي زيادة الأعداد المتخرجة من الكليات النظرية بالمقارنة بالكليات العملية كما أن جودة التعليم في المراحل المختلفة في حاجة إلي الزيادة ولا يوجد توسع مناسب في التعليم الجامعي الخاص ولا يوجد دراسات تعكس احتياجات سوق العمل من التخصصات العلمية المختلفة.

(١٢) عدم توفر معلومات دقيقة عن سوق العمل والعمالة :

أدى قصور البيانات والمعلومات عن سوق العمل والعمالة إلي عدم القدرة على التخطيط الجيد لمواجهة هذه المشكلة حيث إن البيانات المستخدمة في تحديد معدلات البطالة قائمة على البحوث الميدانية بالعينة .

وتسعى الحكومة باستخدام قواعد البيانات في المحافظات إلي حصر أعداد المشتغلين وغير المشتغلين حتى تقف على الموقف الحقيقي وتقوم بتحديد الحلول لهذه المشكلة في كل محافظة طبقاً لظروفها على حده ، حيث يؤدي عدم توفر البيانات عن سوق العمل أو العمال إلي عدم اهتمام جانب كبير منهم إلي فرص العمل المتاحة بالسوق.

والمدقق في أسباب البطالة السابقة يكتشف أن معظمها يحتاج لاستخدام الموارد الاقتصادية سواء في برنامج الإصلاح الاقتصادي أو في اصلاح الركود نتيجة للإجراءات الانكماشية

وكذلك انخفاض المدخرات المحلية والاستثمارات العامة والخاصة والأجنبية والأحوال الاقتصادية العامة وانخفاض الطلب الكلي وأيضاً الاتفاق على البحوث والتطوير اللازمة لتحسين وتطوير المنتجات وتمثل البحوث والتطوير والاستثمار عنصر مشترك لتطوير الإنتاجية ، ويصل معدل الإنفاق على البحوث والتطوير في مصر إلي أقل من ١% من الناتج المحلي بالمقارنة بنسبة ٣% من الناتج في الدول المتقدمة وكذلك ضعف نظم التعليم والتدريب عن ملاحظة التغير في سوق

العمل كل ذلك يتطلب الاستعانة بالقروض للتغلب على العوامل المسببة للبطالة
والسابق ايضاحها .

الخاتمة

تُعد القروض العامة إحدى السياسات المالية العامة التي تلجأ إليها الدول النامية والمتقدمة على حدٍ سواء، لتغطية النفقات العامة (الجارية أو الاستثمارية أو كليهما) التي تعجز الموارد المالية المحلية عن تغطيتها، هذه القروض لا تخلو من الآثار التي يمكن أن تتركها سواء كانت إيجابية أم سلبية ، وعلى المنتجين أم المستهلكين، وعلى الأجيال الحالية أم القادمة...إلخ . المهم أنها تترك أثراً واضحاً، وتنتاب حالة من القلق والتوتر الكثيرين عندما يسمعون عن توجه دولتهم نحو الاقتراض من صندوق النقد الدولي، وهذا القلق ليس وليد اللحظة ، وإنما هو نتيجة للتجارب الفاشلة للاقتراض من الصندوق في الدول العربية.

ولجوء مصر إلى اقتراض ١٢ مليار دولار من الصندوق على ثلاث سنوات بفائدة تراوح بين ١,٥ و ٢% كان هدفه محاولة سد عجز الموازنة ودعم الاحتياطي النقدي، ولكن مقابل ذلك، قامت مصر بالفعل بخفض قيمة دعم الطاقة في الموازنة الحالية بنسبة ٤٣% فوصل إلى ٣٥ مليار جنيه ، مقارنة بالعام السابق حين بلغ ٦١,٧ مليار جنيه ، علماً أن هذا الدعم انخفض بنسبة ٧٢% مقارنة بالعام المالي ٢٠١٣-٢٠١٤ حين كان ١٢٦ مليار جنيه ، وذلك وفقاً لإحصاءات وزارة المالية.

وأعلنت الحكومة أخيراً رفع أسعار الكهرباء والمياه وباقي المشتقات البترولية. وهو ما يندرج بموجة جديدة من ارتفاع الأسعار بشكل عام، ورأى الدكتور عبد المنعم

السيد أن مميزات القرض تكمن في أنه شهادة طمأنة للمستثمر الأجنبي والعربي لضخ استثماراته في السوق المحلي، خاصة بعد إحجام المستثمرين عن الاستثمار بسبب الاضطرابات التي شهدتها مصر، ووجود أكثر من سعر للعملة المصرية، بالإضافة إلى الاستفادة من حجم التمويل الكبير، وبفائدة منخفضة، مقارنة بفائدة تصل إلى ما بين ٦,٥ إلى ٧% عند طرح سندات دولارية.

وأكد الدكتور صلاح هاشم ، أستاذ التنمية والتخطيط في جامعة الفيوم ، ورئيس الاتحاد المصري لسياسات التنمية، أنه وعلى مدار ٩٠ سنة من وجود الصندوق، ما من دولة حصلت على قرض منه وحققت عائداً تنموياً ملموساً.

وأشار إلى أن كل الدول التي حصلت على قروض من الصندوق لا تستطيع تحقيق نهضة اقتصادية أو تنموية، فالقرض يدمر الاقتصاد ، ويؤدي إلى تآكل الطبقة الوسطى لتهبط إلى طبقة الفقراء، وتتقلص طبقة الأغنياء.

ولأسف تعدد التجارب الفاشلة مع صندوق النقد الدول ، نذكر منها تجارب ثلاث دول هي اليونان وماليزيا وتركيا، اليونان تمثل التجارب الفاشلة أما ماليزيا وتركيا فتمثل تجارب نجت من سلطة صندوق النقد.

فتجربة اليونان المريرة تتلخص في أنه قبل أن تتضمن اليونان لمنطقة اليورو، كان المستثمرون في العالم يرونها دولة ترتفع فيها المخاطر الائتمانية عن باقي دول أوروبا، بسبب ضعف اقتصادها مقارنة بغيرها من دول أوروبية، ولكن بعد انضمامها لمنطقة اليورو، اختلفت النظرة بسبب الدور المتوقع لمنطقة اليورو في

إنقاذ اليونان من أي أزمة مالية، فبدأت مؤسسات التمويل الدولية في إقراض اليونان لدفع النمو بها، واقتترضت أثينا ثم اقتترضت وبمعدلات فائدة كانت منخفضة نسبياً، ولكن لم يكن الوضع قابلاً للاستدامة؛ حيث استمرت نسبة الدين للناجح المحلي الإجمالي في ارتفاع حتى تفاقمت بشكل واضح الأزمة الاقتصادية في اليونان عام ٢٠٠٩ .

و منذ ذلك تدخل صندوق النقد الدولي وبعض الدائنين الدوليين ممثلين في اللجنة الأوروبية والبنك المركزي الأوروبي، ليقترضوا اليونان بمبلغ قيمته ١١٠ مليار يورو لإنقاذها من الإفلاس بشرط اتخاذ إجراءات تقشفية تتلخص في تحقيق فائض الإيرادات عن النفقات مخصص منها الفوائد المستحقة على الديون ولكن فشلت اليونان في سداد مديونياتها، ومع نسبة ديون للناجح تفوق ١٧٥% في عام ٢٠١٥، ومعدلات بطالة أكثر من ٢٥% ، تحولت أزمة اليونان من أزمة اقتصادية لمعضلة سياسية اجتماعية؛ وباعتراف المسؤولين في صندوق النقد الدولي، وضعت اليونان نهايةً لنظرية التقشف كوسيلة لسداد الديون؛ ووضعت الاقتصاد العالمي أمام لحظة فارقة مهمة، لا بد فيها من مراجعة أدواته الاقتصادية والبحث في تناقضاتها.

وأعلن صندوق النقد الدولي في يوليو من العام الماضي أن اليونان عجزت عن سداد دينها للصندوق ولم تتمكن من دفع مليار ونصف مليار يورو كانت مستحقة عليها في ذلك الوقت، لتصبح اليونان أول دولة متطورة تراكم مبالغ متأخرة ولم تعد قادرة على الاستفادة من الموارد المالية لهذه المؤسسة الدولية.

أما عن تجربة ماليزيا فقد وجدت أن صندوق النقد الدولي لا يساعدها جيداً، فإذا تبعت نصيحتهم التي قدموها لها في مجال كيفية إدارة الأزمة، كان الوضع سيئاً. وبالفعل دول أخرى أصبح وضعها أسوأ بسبب اتباعها النصيحة الخاطئة التي قدمها صندوق النقد الدولي لهذا رفضت ماليزيا ما قدموه. وهي لا تقترض المال منهم، وحين رفضت كان عليها وضع خطة بديلة، فبدأت بالتفكير بشأن ما يمكن أن تكونه هذه الخطة البديلة التي تسمح لها بتخطي الأزمة وبالفعل نجحت في ذلك. فركزت على زراعة الأشجار المثمرة كخيل الزيت وغيره من الأشجار ذات المحصول التجاري الكبير، وبالأخص أن ماليزيا ملائمة تماماً لزراعة تلك الأنواع من الأشجار، أما غيرها من الدول فقد لا يتوافر لها المناخ ولا التربة الملائمة، و قد استفادوا من التربة الجيدة ومن المناخ لتطور زراعتهم، وفي نفس الوقت الصناعات أيضاً لا تأخذ مساحات كبيرة من الأراضي وإنما تستعمل فقط رقعة بسيطة توفر فرص العمل لآلاف الأشخاص، بينما الزراعة تحتاج إلى أرض شاسعة، ولكن لكونهم دولة صناعية لا يعني أن يصبح قطاع الزراعة مهملاً.

وق تم رفع صادرات ماليزيا من ٥ مليارات دولار إلى أكثر من ٥٢٠ مليار دولار سنوياً، وتحولت من دولة زراعية، إلى دولة متقدمة يمثل ناتج قطاعي الصناعة والخدمات فيها ٩٠ في المئة من ناتجها الإجمالي.

وعلى مستوى الرفاهية، فقد تضاعف دخل الفرد السنوي في ماليزيا سبع مرات، ليصبح ٨٨٦٢ دولاراً في عام ٢٠٠٢، وانخفضت البطالة إلى ٣ في المئة، والواقعون تحت خط الفقر أصبحوا ٥ في المئة من السكان، بعد أن كانت نسبتهم ٥٢ في المئة.

أما عن تجربة تركيا فقد شهدت تركيا في عام ٢٠٠٢ أزمة اقتصادية حادة سبقتها أوضاع مالية سيئة على مدار عدة سنوات كانت أهم مظاهرها انخفاض معدل النمو وزيادة معدلات التضخم وارتفاع عجز الموازنة، بالإضافة إلى تراجع أداء القطاعات الاقتصادية وتراجع الاستثمارات وانخفاض الاحتياطي الأجنبي وارتفاع معدلات البطالة، وفي محاولة لعلاج الأزمة لجأت الحكومة التركية إلى الاقتراض من صندوق النقد الدولي الذي فرض عليها شروطا قاسية تضمنت إجراء إصلاحات اقتصادية عديدة كان أهمها تشجيع ودعم أنشطة الأعمال وتحريرها من القيود القانونية وخلق مناخ استثماري أكثر جذبا وإسراع عملية خصخصة القطاع العام، وكذلك تخفيض سعر صرف الليرة والتخلي عن نظام سعر الصرف المرن وإجبار الحكومة على تطبيق نظام سعر صرف مرتبط بالدولار، ولكن بعد مفاوضات أدت إلى تقليل شروط الصندوق متبينة برنامجا متكاملًا للإصلاح الاقتصادي تناسب مع ظروف تركيا وطبيعتها، وسددت أنقرة كافة ديونها العام الماضي من صندوق النقد الدولي.

والسؤال: كيف تتعكس قروض صندوق النقد الدولي على الفقراء؟

تتمثل أهم الآثار التي يتعرض لها الفقراء في غلاء المعيشة بسبب قرض الصندوق و اشتراط صندوق النقد تقليل معدلات الدعم بشكل عام وإلغاء دعم الطاقة حيث تتجه الدول إلى خفض الدعم الموجه للكهرباء والبنزين والمشتقات البترولية ، مما يؤدي إلى زيادة الأعباء على الطبقات الفقيرة ومحدودة الدخل ورفع الضرائب حيث إن من شروط الصندوق تطبيق ضريبة القيمة المضافة ، ويحدّد ما يجب أن تؤمنه

هذه الضريبة من مبالغ في السنة الأولى لتطبيقها، وذلك حتى يضمن قدرة الدولة على سداد قيمة القرض والفوائد المترتبة عليه وأن هذا القانون من شأنه التأثير على الفقراء، لأنه سيرفع ثمن المنتجات والخدمات التي يحصلون عليها في الوقت الذي ترفع الدولة الدعم عن هذه الطبقة تدريجياً كما يشترط الصندوق في تعاملته مع الدول المقترضة أن تحرر سعر عملاتها، وهو ما يعني مزيداً من الارتفاع في سعر السلع والمنتجات في الأسواق العربية.

التوصيات

يتفق خبراء اقتصاديون كثيرون على أن قرض الصندوق خطأ كبير. لكن البلاد العربية تصل إلى مرحلة تعاني فيها من فجوة في الحصيلة الدلارية ، وزيادة في الإنفاق تضطرها للحصول على قرض الصندوق ، وهذا ما يعتبره البعض البديل المؤلم .

وبعدإذا كان هذا هو الواقع فهل هناك اقتراحات يمكن من خلالها تحسين أداء الصندوق والمشاركة في تمويل اقتصاد الدول النامية دون المساس باستقلالها؟

من أجل هذا نقترح أفكارا قد تساهم في تطوير عمل الصندوق و هي كما يلي:

- ١- إجراء بعض الإصلاحات الجوهرية في ميثاق صندوق النقد الدولي .
- ٢- إعطاء البلد المقترض حق تطبيق النموذج الاقتصادي المناسب له وعدم إجباره عليه.
- ٣- التعاون مع باقي المؤسسات المالية للإقراض لتوحيد الجهود .
- ٤- إعفاء البلاد المدينة من التزامات إعادة الجدولة .
- ٥- شطب ديون المشروعات التي تعرضت للتدمير نتيجة عوامل عسكرية .
- ٦- إلغاء التزام الدول بتنفيذ الشروط عند الاستدانة أو إعادة الجدولة .
- ٧- مطالبة الدول الكبرى برفع الحواجز أمام صادرات الدول النامية .

٨- العمل عل وضع مقاييس جديدة للانتداب لمجلس إدارة الصندوق حتى
يمثل الدول الفقيرة بنسبة أكبر.

٩- الاهتمام بالتممية في الدول الفقيرة وليس التعامل معها على أنها مجرد
أسواق لبضائع الدول الغنية الكبرى .

المراجع

- وحدى محمد حسين ، العلاقات الاقتصادية الدولية ، دار الجامعات المصرية
- د. الهادي خالدي ، المرأة الكاشفة لصندوق النقد الدولي، المطبعة الجزائرية للمجلات و الجرائد، الجزائر ١٩٩٦.
- أمينه زكى شبانه ،"دور الاستثمار الأجنبي المباشر فى تمويل التنمية الاقتصادية فى مصر فى ظل آليات السوق"
- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ،الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية، سلسلة الخلاصات المركزة ، السنة الثانية ، اصدار ٩٩/١ ،الكويت.
- مصطفى بابكر، تطوير الاستثمار الجنبى المباشر ، برنامج أعده المعهد العربى للتخطيط بالكويت مع مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء بمصر ، ٢٤-٢٨ يناير ٢٠٠٤.
- وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية ، الاستثمار الأجنبي المباشر والتوقع الاقتصادى له فى السنوات القادمة ، القاهرة ،سبتمبر ٢٠٠٠ .
- قطاع الدراسات التنموية ، مركز دعم واتخاذ القرار بمجلس الوزراء ، التدفقات الرأسمالية الى مصر وسياسات دعم الاستثمار الأجنبي المباشر، اكتوبر ٢٠٠٣

- محمد صالح الشيخ ، آثار تلوث البيئة ، مصر ، ٢٠٠٢
- عدنان السيد حسين ، نظرية العلاقات الدولية ، دار الأمواج ، لبنان ، ٢٠٠٣
- زكريا محمد عبد الوهاب طاحون ، إدارة البيئة نحو الإنتاج الأنظف ، مطبعة ناس العابدين ، مصر
- نور القرموطى "عمل وبطالة - منظمة العمل العربية" البطالة فى البلدان العربية هي الأسوأ بين جميع مناطق العالم
- د أحمد مندور ، محاضرات فى الاقتصاد المصرى ، ج عين شمس ، ٢٠٠١
- البنك المركزى المصرى " التقرير السنوى " ٢٠٠٣/٢٠٠٤
- ضياء مجيد الموسوي ، النظام النقدي الدولي ، المؤسسة الجزائرية للطبع، الجزائر ١٩٨٧
- نشرة صندوق النقد الدولي، سبتمبر ١٩٩٥
- نشرة صندوق النقد الدولي، أغسطس ١٩٩٤
- زينب حسن عوض الله، الاقتصاد الدولي، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩
- بسلم حجار، العلاقات الاقتصادية الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٣

- علي عباس، إدارة الأعمال الدولية، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن،
٢٠٠٣
- عادل أحمد حشيش، مجدي محمود شهاب، العلاقات الاقتصادية الدولية،
دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥
- يونس أحمد البطريقة، السياسات الدولية في المالية العامة، الدار الجامعية
للنشر و التوزيع، الإسكندرية، بدون سنة
- محمد سيد عابد، التجارة الدولية، مكتبة الإشعاع للطباعة و النشر و
التوزيع، ٢٠٠١
- غازي عبد الرزاق النقاش، التمويل الدولي و العمليات المصرفية، ١٩٩٦
- سميرة إبراهيم أيوب، صندوق النقد الدولي و قضية الإصلاح الإقتصادي
و المالي، دراسة تحليلية و تقييمية، مركز الإسكندرية للكتاب، ٢٠٠٠
- مروان عطوان، الأسواق النقدية و المالية، (البورصات و مشكلاتها في
عالم النقد و المال)، مركز الإسكندرية للكتاب، 1993.
- عبد المنعم السيد علي، عبد الرحمن حسين، نظام النقد الدولي والتجارة
الخارجية للبلاد العربية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع
١٩٨٦.