

طلب بطلان حكم المحكمين ومدى دور المحكم في احترام  
الإرادة المشتركة لأطراف التعاقد في منازعات عقود B.O.T  
في ضوء القانون الإماراتي وأنظمة التحكيم الدولية  
د. كامران الصالحى  
كلية القانون - جامعة الإمارات

مقدمة:

مع بداية الثمانينات ظهرت عوامل متنوعة دفعت بالدول إلى تبني مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية الأساسية ومن بين هذه العوامل التطورات والابتكارات التكنولوجية المتلاحقة وارتفاع مديونية الدول وزيادة القيود الواردة على ميزانيتها وبالتالي محدودية قدرتها في التوسع في إنشاء وتطوير مرافقها الأساسية الأمر الذي دفع بالدول إلى البحث عن وسائل بديلة - وأمام اتساع وانتشار أسواق رأس المال المحلية والعالمية وزيادة خبرة القطاع الخاص وإمكانياتها المالية والتكنولوجية الضخمة توصلت معظم الدول إلى ضرورة الاعتماد على هذا القطاع لإنشاء وتمويل وإدارة المشاريع الاستثمارية الإستراتيجية وإبرام العقود معها. ومن هنا تعددت صور هذه العقود حسب نوع المشاركة أو الملكية الخاصة في المرفق المعني حيث ظهرت عقود B.O.T و B.T.O و B.R.O.T وغيرها، ولما كان موضوع هذا البحث هو عقود B.O.T وحالات بطلان حكم المحكمين في المنازعات المتعلقة بها، فإنه من الضرورة التركيز على هذه العقود والتي بموجبها تقوم الجهة المانحة باختيار ملتزم تعهد إليه بمهمة تمويل مشروع البنية الأساسية وإنشائه مع إعطائه الحق في استغلاله تجارياً لفترة زمنية معينة يؤول المشروع في نهايتها إلى الجهة المانحة.

ونظراً لما تتسم به هذه العقود من تعددية أطرافها وتعقد وتشابك العلاقات القانونية بينها فإن المنازعات الخاصة بها تتسم أيضاً بالتنوع في طبيعتها وتعدد أطرافها مما دفعت بالدول إلى تبني وسائل ودية لحسم منازعاتها بدلاً من اللجوء إلى القضاء وسليباته التي لا تتلائم مع طبيعة

منازعاتها بدلاً من اللجوء إلى القضاء وسليباته التي لا تتلائم مع طبيعة هذه العقود، ومن هذه الوسائل التحكيم الذي بات من الوسائل الناجحة في حسم منازعات عقود الاستثمار ومن بينها عقود B.O.T لتمييزه بخصوصية معينة في مجال هذه العقود التي تتميز بدورها بتعدد المتنازعين وتنوع طبيعة المنازعات وحجمها، لذا فإن الكم الكبير للمنازعات وطبيعتها المتنوعة من مالية وفنية وقانونية هما اللذان يميزان التحكيم ويمنحانه خصوصية معينة في هذا المجال.

هذا وستتطرق في هذا البحث إضافة إلى خصائص التحكيم ومزاياه المتنوعة في حسم منازعات عقود B.O.T إلى حالات طلب بطلان أحكام المحكمين من قبل الخصوم وتجنب طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية وذلك لحسم المنازعات في أقصر فترة زمنية وعدم تعطيل المشاريع الاستثمارية الإستراتيجية، كما ستتطرق إلى حالات الرقابة اللاحقة على حكم المحكمين من قبل القضاء والآثار المترتبة على بطلان حكم التحكيم، وكذلك سنبين مدى دور المحكم في احترام الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في تسوية منازعات هذه العقود. وستتطرق إلى هذه المواضيع في كل من القانون الإماراتي وبعض التشريعات العربية وذلك إضافة إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم وتنفيذ حكم المحكمين.

وعليه سنقسم هذا البحث إلى مايلي :

**الفصل الأول:** خصائص التحكيم وحالات طلب بطلان حكم المحكمين.

**المبحث الأول:** خصائص التحكيم في منازعات عقود B.O.T

**المبحث الثاني:** حالات طلب بطلان حكم المحكمين في منازعات عقود

**B.O.T**

**المبحث الثالث:** أثر بطلان حكم المحكمين على اتفاق التحكيم.

**الفصل الثاني:** دور المحكم في احترام إرادة أطراف التعاقد فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق.



**المبحث الأول:** الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق في منازعات عقود BOT.

**المبحث الثاني:** عدم تعيين الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق.

**المبحث الثالث:** مدى احترام المحكمة للإرادة المشتركة للمتعاقدان.

### الفصل الأول

#### خصائص التحكيم وحالات بطلان حكم المحكمين

#### في منازعات عقود BOT

اتجاه الدول في عصرنا الحالي نحو الاعتماد على القطاع الخاص وتوظيف طاقاته لتنفيذ الخطط التنموية لم يعد مقتصرًا على خصخصة مؤسسات وشركات القطاع العام وتوزيعها على القطاع الخاص وإنما امتد إلى كسر احتكارات الدولة في تقديمها لبعض الخدمات العمومية ذي الطابع الاقتصادي والاعتماد على القطاع الخاص لتنمية وتطوير وتقديم هذه الخدمات، وهذا ما حفز القطاع الخاص بدوره على الاستثمار في هذه المرافق وتنمية هياكل البنية الأساسية.

في ضوء هذا التحول الجديد الذي ينصب بصفة أساسية على الإدارة والاستغلال الموجه من قبل الجهة المانحة والذي يختلف عن الخصخصة الذي ينصب على تحويل ملكية مرفق اقتصادي إلى القطاع الخاص، فإن مستلزمات هذه التحولات استوجبت إيجاد وسيلة تعاقدية يمكن من خلالها توظيف ما يمتلكه القطاع الخاص من موارد وإمكانيات اقتصادية وتكنولوجية وفنية لإنشاء أو تنمية أو تطوير مشاريع البنى الأساسية مع احتفاظ الدولة ممثلة في أشخاص القانون العام أو ممثلة في شركات ومؤسسات تملكها الدولة بكافة حقوقها في تنظيم تقديم الخدمات العمومية بما في ذلك حقها في الإشراف والرقابة، ومن هنا توصل الفكر القانوني إلى أسلوب التعاقد بنظام B.O.T حيث تقوم الجهة المانحة باختيار ملتزم تعهد إليه بمهمة تمويل إحدى مشاريع البنية الأساسية وإنشائها مع منحه الحق في الاستغلال التجاري لمدة معينة ثم يؤول المشروع في نهايتها إلى الجهة المانحة.

ونظراً لما تحقّقه عقود B.O.T من مزايا من تخفيف العبء على ميزانية الدولة وضمان تدفق العملات الأجنبية وتحسين ميزان المدفوعات ونقل المخاطر المالية والصناعية لهذه المشاريع إلى القطاع الخاص وتفرغ الدولة لإدارة مشاريع إستراتيجية هامة وتطبيق برامجها في القطاعات الخدمية العامة سواء في الصحة أو التعليم وبرامج الإصلاح الاجتماعي والاقتصادي، فإن أكثر دول العالم ومن منطلق هذه المزايا أصبحت تعتمد على هذه العقود في تمويل إقامة مشاريعها الأساسية من تشييد طرق وجسور وأنفاق ومشاريع الري والكهرباء ومطارات وموانئ وسكك حديد وغيرها.

ومع انتشار عقود B.O.T في مختلف دول العالم بما فيها دول الازدواج القانوني والقضائي كفرنسا ومصر ودول القانون والقضاء الموحد كالمملكة المتحدة ومعظم الدول العربية أثير الكثير من التساؤلات القانونية ولاسيما في المجموعة الأولى التي تناولت في نظامها القانوني تنظيم كل ما يتعلق بعقود امتيازات المرافق العامة، إلا أن الكثير من الجدل الفقهي أثير عن ماهية طبيعة العقود الاستثمارية المتعلقة بالركائز الأساسية ومنها عقود B.O.T ومدى تحقيقها لأهداف التنمية في الدولة المضيفة<sup>(1)</sup> ومدى اختلافها عن عقود المرافق العامة وعن ماهية مشاريع البنية الأساسية التي تصلح أن تكون محلاً لهذه العقود وكذلك عن تسوية منازعاتها ومدى جواز التحكيم فيها وما هو القانون الواجب التطبيق ودور المحكم وغيرها.

### المبحث الأول

#### خصائص التحكيم في منازعات عقود BOT

قبل بيان حالات طلب بطلان حكم المحكمين في منازعات عقود B.O.T، كان من الضروري بيان خصائص التحكيم في هذه العقود التي تتميز بخصائص تميزها عن غيرها من العقود لكونها عقود استثمارية لها

---

(1) KAUSI (J) State contrats with Foreigners. Helsinki. Finland 1976 p 3.

دور تنموي ذو انعكاسات قومية، كما أنها تتميز بضخامة حجمها وقيمتها الهائلة، كما أنها من العقود المركبة والمتشابكة والمتداخلة والمتعددة الأطراف، وبالتالي فإن خصوصية هذه العقود أوجدت مشاكل قانونية تتسم بالتعقيد في الغالب حيث إن مساهمة أطراف عديدة في إبرامها وتنفيذها أدت إلى نشوء منازعات متعددة ومتنوعة من فنية ومالية وقانونية انعكست على طبيعة التحكيم في هذه العقود وجعله متميزاً بحيث يمكن القول بأنه تحكيم ضخم يتناول تسوية مجموعة من المنازعات ومجموعة من الأطراف<sup>(١)</sup>، إذ لا تقتصر المنازعات على الجوانب التفسيرية أو التنفيذية، بل هناك مجموعة من المنازعات تتعدد بتعدد أطراف عقود B.O.T كالمنازعات بين ملتزم المشروع ومقرضيه ومقاوليه ومورديه، والمنازعات بين الملتزم ومستخدمي المرفق أو عملائه أو بين هؤلاء أنفسهم.

لاشك أن خصوصية عقود B.O.T ومنازعاتها المتنوعة والمتداخلة قد ألقت بظلالها على طبيعة التحكيم في هذه العقود وبالتالي تحميل المحكم أعباء مرهقة ولاسيما في المنازعات الذي يكون فيها الملتزم بتنفيذ هذه العقود من أشخاص القطاع الخاص الأجنبي أو شركة أغلب رأسمالها مملوكة للأجانب، إذ يضطر المحكم إلى دراسة تطبيق نصوص اتفاقيات دولية بشأن حماية الاستثمارات أو نظام الازدواج الضريبي، والاتفاقيات الخاصة بالاستثمار والإغراق والمنافسة وحماية المستهلك<sup>(٢)</sup>.

ورغم الانتقادات الموجهة إلى التحكيم في مجال عقود الإنشاء والاستثمار كالبطء وزيادة الكلفة وانتهاك سرية المعلومات<sup>(٣)</sup> إلا أنه أصبح من الشائع الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الخاصة بعقود B.O.T إذ باتت الوسيلة المفضلة لأطراف العقد للملاءمة مع طبيعة

(١) أحمد حسان مطاوع . التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات . دار النهضة العربية . القاهرة ٢٠٠٧ ص ٦٠٥

(٢) حسن الهنداوي . مشروعات B.O.T دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٧ ص ٧٢٩

(3) Paula Newman, *Alternative Dispute Resolution Britain* 1999. P.3.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١ (١٥)

النزاعات والتي هي في أغلبها تجارية ولاسيما تلك التي تقوم بين الملتزم ومقرضيه ومورديه ، وبذلك أصبح التحكيم يحتل موقعاً مميزاً من بين الوسائل الأخرى المخصصة لفض المنازعات كالتوفيق ، الصلح ، الوساطة . إذ ترتب على خصوصية هذه العقود ومزايا التحكيم وقدرته على استيعاب تنوع وتعدد وطبيعة المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ هذه العقود ، اندفاع أطراف التعاقد إلى التمسك بالتحكيم ، وهذا ما يفسر انتشار وازدهار مراكز التحكيم في مختلف دول العالم .

ومن أهم خصائص نظام التحكيم التي تشجع أطراف مشاريع البنية الأساسية ذو التمويل الخاص ومنها ضمنها مشاريع B.O.T الاعتماد على التحكيم ما يلي :

#### ١- تلافى بطء إجراءات التقاضي :

يهدف التحكيم إلى تلافى سلبية إجراءات التقاضي المعقدة والمطولة التي باتت تحمل المحاكم أعباء عديدة ومتنوعة تزداد مع ازدياد مشاكل المجتمع الاجتماعية والاقتصادية ، كما أن تنوع الخصومات وتعقدتها وتشابك المصالح تؤدي بدورها إلى بطء إجراءات التقاضي أمام المحاكم وبالتالي إرهاق الخصوم وتحميلهم المزيد من الجهد والمصاريف . ولما كانت المنازعات الخاصة بعقود B.O.T لا تتحمل البطء والتأخير لأهمية المشاريع الإستراتيجية التي يتم تمويلها وتنفيذها وإدارتها عن طريق هذه العقود ، ناهيك عن تنوع وتعدد المنازعات الخاصة بها ، الأمر الذي يستوجب سرعة حسمها عن طريق التحكيم ، ولاسيما المنازعات المالية بين الملتزم وبين البنوك أو المراكز المالية الممولة لهذه المشاريع حيث يلعب عامل الوقت دوراً أساسياً .

وإدراكاً من مراكز التحكيم لأهمية سرعة حسم المنازعات بالنسبة لأطراف التعاقد فإنها تبني إجراءات بسيطة وسريعة لحسم النزاعات في ظل سقف زمني محدود وهذا يعني عدم تحميل المتنازعين جهوداً إضافية أو إرهاقهم بتحمل المزيد من التكاليف في عمليات الطعن والاستئناف والتمييز

وما يترتب عليها من إطالة أمد النزاع نسبياً كما هو الحال في أغلب القضايا المعروضة أمام المحاكم.

ولتحقيق هذه المزايا قرر المشرع الإماراتي عدم قابلية الطعن في حكم المحكمين بأي طريق من طرق الطعن في (المادة ٢١٧) من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ والمعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، كما أوجب وفق المادة (٢١٠) إصدار هيئة التحكيم لحكمها خلال الميعاد الذي يتفق عليه أطراف اتفاق التحكيم، وبخلافه لا بد من صدور الحكم خلال ستة أشهر.

وبناء على ما تقدم يمكن القول إن اللجوء إلى التحكيم في عقود B.O.T يمكن أطرافها من تسوية منازعاتهم بطريقة سريعة وفاعلة أقرب إلى تحقيق العدالة الواقعية مع توفير الكثير من الجهد والوقت، ناهيك عن تخفيف العبء عن المحاكم الوطنية ومساعدتها في سرعة حسم القضايا الأخرى حفظاً لمصالح الناس.

## ٢- الحفاظ على أسرار عقود B.O.T التجارية والاقتصادية:

تشكل هذه الأسرار في الغالب أساس المنافسة الاقتصادية بين الدول والكيانات الاقتصادية الاستثمارية<sup>(١)</sup>، لذا نجد أن منظمة التجارة العالمية تشدد في ضرورة الحفاظ عليها وعدم إفشائها. ونظراً لما يوفره نظام التحكيم من حماية في الحفاظ على هذه الأسرار فإن أطراف عقود B.O.T يلجأون إليه لحماية أسرارهم المهنية أو مراكزهم المالية. وإدراكاً من المشرع لخصوصية هذه الميزة لنظام التحكيم في الحفاظ على السمعة المالية والاقتصادية لأطراف التعاقد نجده حريصاً وفي مختلف التشريعات على السماح لأطراف التحكيم على الاتفاق على جعل جلسات التحكيم سرية واقتصرها على أطراف المنازعة أو من يمثلهم، فالمشرع المصري قد أبدى حرصه على الحفاظ على أسرار أطراف المنازعة التجارية والاقتصادية حيث قرر في المادة (٢/٤٤) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤

(١) عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود B.O.T، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٨ ص ٥٨.

على عدم جواز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم. كما نص المشرع الإماراتي على جواز اتفاق أطراف التحكيم على إجراءات معينة يسير عليها المحكم في المادة (٢١٢) وبذلك أجاز لهم الاتفاق على سرية الجلسات وعدم نشر وقائعها في الصحف أو الإعلام، كما أن مراكز التحكيم التجارية حريصة على أن تكون جلسات المرافعة وسماع الشهود سرية ما لم يتفق أطراف التحكيم على خلافه من ذلك المادة (٤/٣٣) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٣ والمادة (١٨) من نظام غرفة التجارة الدولية I.C.C لعام ١٩٩٨ كما ينص نظام التحكيم الأمريكي A.A.A ومحكمة لندن للتحكيم الدولي L.C.I.A على ضرورة الحفاظ على سرية جلسات التحكيم.

وبناء على هذه الميزة التي يتمتع بها نظام التحكيم فقد أصبح بإمكان أطراف عقود B.O.T الحفاظ على الأسرار التي قد يترتب على الكشف عنها إلى إلحاق الضرر بمراكزهم المالية أو الاقتصادية أو سمعتهم التجارية وذلك عن طريق جعل جلسات التحكيم سرية وعدم نشر أحكام المحكمين إلا بموافقتهم. ولا شك أنه لا يمكن تحقيق هذه الأهداف أمام المحاكم العادية حيث تكون الإجراءات في الغالب علنية ويتعذر إخفاء المعلومات عن نوع وحجم النزاع أو مقدار الأموال التي يتعلق بها<sup>(١)</sup>.

٣- عرض المنازعة على محكم متخصص:

تتسم طبيعة المنازعات المتعلقة بعقود B.O.T في الغالب بالتعقيدات سواء في جانبها المالي أو الفني الأمر الذي يستوجب عرضها على خبراء متخصصين<sup>(٢)</sup>. وهذا يعني اللجوء إلى التحكيم حيث يقوم طرفا المنازعة باختيار المحكمين الذين تتوافر فيهم الخبرة والتخصص في النزاع موضوع

(١) علاء أباريان. الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية. منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٨ ص ٤٠

(٢) أحمد عبد الفتاح الشلقاني. التحكيم في عقود التجارة الدولية. مجلة إدارة قضايا الحكومة. العدد ٤ لعام ١٩٦٦ ص ٨

التحكيم. ولا شك أن هذه الميزة التي يوفرها نظام التحكيم بالسماح لأطرافه باختيار من يروه مناسباً لحسم المنازعة لما يملكه من مؤهلات تخصصية علمية أو فنية أو مالية وخبرة من شأنه تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وهذا ما تفتقر إليه المحاكم حيث إنه رغم تمتع القاضي بمؤهلات قانونية وفنية فإنه لا يملك الخبرة في الأمور الفنية أو المالية أو الحسائية أو الهندسية. ومن هنا نجد أن مختلف التشريعات المتعلقة بالتحكيم قد أجازت لأطراف النزاع اختيار المحكمين، وهذا ما حرص عليه المشرع الإماراتي أيضاً إذ قرر في المادة (٢٠٤) على حق أطراف النزاع في تعيين من يرونه من المحكمين لحسم المنازعة. وبذلك يمكن لأطراف عقود B.O.T اختيار المحكمين من أصحاب التخصص والخبرة لتسوية المنازعات التي تنشأ بسبب تفسير أو تنفيذ هذه العقود، وهو الأمر الذي يؤدي إلى حسم المنازعة بطريقة ودية وبالتالي تحقيق العدالة الواقعية.

#### ٤- تشجيع التسوية الودية:

يصف البعض التحكيم بأنه قضاء العلاقات المستمرة، حيث يسعى المحكم إلى التقريب بين وجهات النظر وتضييق إطار الخلافات ودفع أطراف النزاع إلى تقديم التنازلات للوصول إلى نقطة التقاء مشتركة، ومما يساعد المحكم لبلوغ ذلك هو عدم التزامه بإجراءات قانونية محددة ومقيدة وبذلك يستطيع أن يطرح حلولاً وسطية<sup>(١)</sup> توفيقية.

من المعروف أن أطراف عقود B.O.T حريصون على تجاوز خلافاتهم ومواصلة التعاون لتحقيق مصالحهم المشتركة، ولا شك أنهم مدركون أن أفضل وسيلة لبلوغ هذه الأهداف يكون من خلال التحكيم الذي يوفر لهم إمكانية تسوية منازعاتهم بطريقة ودية تضمن استمرارية علاقاتهم في المستقبل، بخلاف ما يرتبه اللجوء إلى المحاكم<sup>(٢)</sup> من احتمالية

(١) محسن شفيق. التحكيم التجاري. جامعة القاهرة ١٩٧٤ ص ٢٠

(٢) محي الدين إسماعيل. منصة التحكيم التجاري الدولي. النسر الذهبي للطباعة. (القاهرة

١٩٨٨ ص ٦)

استمرار الخصومة وبالتالي فقدان الثقة في بناء علاقات وإبرام عقود مستقبلية بين أطراف النزاع.  
٥ - تحقيق العدالة الواقعية:

يوفر التحكيم في حسم المنازعات قدراً كبيراً من الضمانات لتحقيق العدالة الواقعية حيث يكون لكل طرف من أطراف التحكيم حرية اختيار المحكم الذي يثق في مؤهلاته التخصصية لفض المنازعات، ناهيك أن عدم إلزام المحكم بحرفية النصوص القانونية يمكنه من التقريب بين طرفي المنازعة وتضييق مساحة الخلافات وبالتالي التوازن بين المصالح المتعارضة وتحقيق العدالة الواقعية بطريقة ودية مشجعة لاستمرارية المصالح المشتركة بينهم. وانطلاقاً من أهمية الحرص على تحقيق هذه العدالة، نجد أن معظم مشرعي الدول كانوا حريصين على إتاحة الفرص أمام أطراف النزاع لاختيار من يرونه مناسباً من المحكمين للقيام بهذه المهمة، وهذا ما سلكه المشرع الإماراتي في المادة (٢٠٤) من الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم. لا شك أن منح أطراف النزاع في العقود الاستثمارية المهمة ومنها عقود B.O.T صلاحية اختيار المحكمين سيؤدي إلى سرعة حسم المنازعات بصرف النظر عن نوعها أو مساحتها بطريقة ودية لا تخل بالثقة المتوافرة بين أطراف هذه العقود. كما أن ذلك سيشجعهم على إبرام عقود مستقبلية.

#### ٦ - ضرورة التحكيم لتحقيق التنمية الاقتصادية

لم يعد يخفى مدى أهمية وضرورة تحفيز القطاع الخاص للقيام بتمويل وإنشاء وإدارة المشاريع الاقتصادية العملاقة، إذ باتت مساهمة هذا القطاع من الأمور الجوهرية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مختلف دول العالم.

في الواقع إن جذب رؤوس الأموال الأجنبية أو تشجيع رأس المال الوطني في المساهمة لبناء مشاريع استراتيجية وإدارة أنشطتها عن طريق عقود B.O.T يستوجب إيجاد نوع من التوازن بين مصلحة المستثمر ومصلحة الدول المضيفة للاستثمار، ويمكن ضمان تحقيق هذا التوازن باللجوء إلى التحكيم باعتباره الوسيلة الودية لحسم المنازعات و ضمان



استمرار الثقة في العلاقات الاقتصادية والمالية. ومن هذا المنطلق يشهد الواقع العملي تضمن معظم المشاريع الاستثمارية الأساسية التي تنفذ عن طريق عقود B.O.T لشروط اللجوء إلى التحكيم، حيث باتت الوسيلة الأكثر شيوعاً لتسوية منازعات هذه العقود، ولا سيما بسبب سهولة تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية أو الدولية حيث إن عدد الأعضاء المنتمين إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨ في ازدياد مستمر مما يعني سهولة تنفيذ حكم التحكيم الدولي في الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية.

إن وجاهة المزايا الذي يحققه التحكيم في سرعة حسم المنازعات وبطريقة ودية توفر الجهد والوقت لأطراف النزاع ناهيك عن الثقة بنزاهة المحكمين وحيديتهم وقدرتهم على حسم المنازعات قد دفعت بمعظم الدول إلى تبني التحكيم في معظم العقود التي تبرمها وتسهيل إجراءاتها، ومن بين هذه الدول نجد أن دولة الإمارات العربية المتحدة لم تستثن أي عقد تجاري أو اقتصادي أو مالي من الخضوع لأحكام التحكيم. فوفقاً للمادة (٢٠٣) يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق ما قد ينشأ بينهم من النزاع، ولم تستثن هذه المادة إلا المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وهي المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ورغم أن الواقع العملي يؤكد بأن التحكيم قد أصبح من أكثر الوسائل ذيوياً لتسوية منازعات العقود الاستثمارية ومن ضمنها عقود B.O.T بحيث يمكن القول بأن الأصل العام هو جواز التحكيم في هذه العقود. إلا أن هناك من يدعو إلى تجنب التحكيم في هذه العقود وعلى أساس جملة من المبررات منها: أن عقود المشاريع الإستراتيجية ذات التمويل الخاص تهدف في الأساس إلى تحقيق المصلحة العامة في الدول المضيفة للاستثمار بينما اللجوء إلى التحكيم يعني المساواة بين هذه المصالح والمصالح الخاصة وأحياناً تغليبها على المصالح العامة، الأمر الذي يخل بالنظام العام في الدولة المضيفة. كما يرى البعض أن التحكيم هو وسيلة

للقطاع الخاص ولاسيما الأجنبي من الإفلات من الخضوع لسلطات القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

ويمكن الرد على هذه المبررات بأن تجنب اللجوء إلى التحكيم يتعارض مع مستلزمات الواقع العملي وضرورات التنمية الاقتصادية، إذ لا يمكن جذب رؤوس الأموال الأجنبية أو القطاع الخاص الوطني للاستثمار بدون توفير الضمانات القانونية لحصولها على عوائد استثماراتها كما لا يمكن إرغامها بالخضوع لوسائل قانونية تتعارض كلياً مع مصالحها. إذ أن توفير البيئة الملائمة لجذب الاستثمار يكون بتقديم الضمانات القانونية والاقتصادية والمالية وتسهيل إجراءات توظيف الأموال، أما عن المحاذير والمخاوف فيمكن معالجة ذلك من خلال إحاطة التحكيم في منازعات العقود التي تبرمها الدولة ومن ضمنها عقود B.O.T بضمانات تحمي حقوق الدولة المانحة وتحقق التوازن بين المصالح المتعارضة من ذلك إدراج شرط تطبيق القانون الوطني أو القانون الذي يتفق عليه أطراف التحكيم، كما يمكن اشتراط اختيار المحكمين بحرية أو تعيين إحدى مراكز التحكيم المشهود له بالاستقامة والنزاهة والحيدة، كذلك يمكن الاستفادة من تشريعات الدول الأخرى كالقانون الفرنسي الذي ينص على جواز التحكيم في بعض عقود الدولة أو ضرورة الحصول على موافقات واستيفاء شروط معينة كما فعل المشرع المصري، وبذلك يمكن التوفيق بين سلبات التحكيم وبين ضرورات التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار والتي غالباً ما تنفذ مشروعاتها الاقتصادية الإستراتيجية عن طريق عقود B.O.T .

### المبحث الثاني

#### حالات طلب بطلان حكم المحكمين في منازعات B.O.T

تعد دعوى بطلان حكم المحكمين التي يقيمها الخصوم من إحدى صور الرقابة التي يمارسه القضاء الوطني للتأكد من مدى تنفيذ المحكم لواجبات وظيفته والمهمة المناطة به للقيام بها ومدى احترامه للإجراءات القضائية عند إصداره لحكم التحكيم ويمارس الخصوم هذا الحق من خلال

دعوى مباشرة تسمى دعوى البطلان يقيمه الخصوم أمام المحكمة عندما تنظر في المصادقة عليه. ومن أهم أسباب رفع الخصوم لهذه الدعوى هو صدور الحكم من محكمين لم يعينوا وفق القانون أو صدور الحكم بدون وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو خروج الحكم عن واقعة التحكيم أو مخالفة الحكم لقواعد التقاضي الأساسية أو عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم وغيرها من الأسباب الذي سنتطرق إليها لاحقاً.

يتباين موقف تشريعات الدول من هذه المسألة، إذ لا تجيز بعض التشريعات الطعن في أحكام المحكمين مطلقاً من جهة، بينما تسمح من جهة أخرى للخصوم برفع دعوى بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه، وبذلك تسعى هذه التشريعات إلى تضيق رقابة القضاء نسبياً على حكم المحكمين ومنحه فاعلية مؤثرة واعتباره عملاً إجرائياً وليس من أعمال التقدير<sup>(١)</sup>، وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع الإماراتي حيث إنه منح في المادة (٢١٦) من قانون الإجراءات المدنية رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ والمعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الخصوم طلب بطلان حكم المحكمين في حالات معينة، بينما قرر في المادة (٢١٧) بأن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، ما عدا الحكم الصادر من المحكمة بالمصادقة على حكم المحكمين أو ببطلانه حيث يجوز الطعن فيه. ويساير هذا الاتجاه المادة (٢٤) من القانون النموذجي للتحكيم التي تنص على عدم جواز الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم بأي طريق سوى إقامة دعوى طلب بطلان حكم المحكمين أمام المحكمة. كما يساير اتفاقية واشنطن التي تعتبر حكم التحكيم ملزماً للطرفين وغير قابل للاستئناف بأي طريقة ولا يجوز التحلل منه إلا عن طريق دعوى البطلان (مادة ٥٣). ومن خلال استقراء المواد (١/٥٣) و (٥٢) من هذه الاتفاقية يتبين مدى حرص المشرع الدولي على إلزام أطراف المنازعة بتنفيذ حكم

(١) حفظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية

- دار الفكر الجامعي ١٩٩٧ ص ٦٧

التحكيم طبقاً لشروطه إلا في حالة وقف تنفيذ الحكم طبقاً لأحكام الاتفاقية، مما أدى إلى القول بأن هذه الاتفاقية تشكل في الواقع نوعاً من العدالة الخاصة<sup>(١)</sup> بالاستثمار حيث إنها تحقق نوعاً من التوازن بين مصالح المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار. كما يساير المشرع الإماراتي في هذا الاتجاه كل من قواعد الأونستيرال لعام ٢٠١٠ (إنادة ٣٤) والقانون المصري (المادة ٥٢) والقانون الأردني المادة (٤٨).

ونرى هنا ضرورة الإشارة إلى اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ والتي نجمت عنها تأسيس مركز التحكيم العربية الذي قام بتنظيم الأمور المتعلقة بالتحكيم ابتداء من اتفاقية التحكيم وانتهاء بإصدار حكم المحكمين، ورغم دخول هذه الاتفاقية إلى حيز التنفيذ اعتباراً من عام ١٩٩٢ فإن عدد الدول العربية التي صادقت عليها لا يتجاوز الثمانية، وما يهمننا هنا هو القول بأن هذه الاتفاقية قد أقرت بإلزامية قرار المحكمين وجنبت الخصوم اللجوء إلى القضاء الوطني لاستئناف حكم المحكمين أو طلب بطلان حكمهم وأتاحت لهم تقديم طلب البطلان في حالة توافر شروطه إلى مركز التحكيم مسaire بذلك اتفاقية واشنطن التي جاءت بنص مماثل في المادة (٥٢) إلا أن ماجاءت به هذه الاتفاقية في المادة (٣٥) التي تمنح المحكمة العليا في كل دولة طرف في الاتفاقية إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين مع عدم قابلية الطعن في هذا الأمر التنفيذي لم يتناولها أي اتفاقية دولية أو إقليمية.

ونحن بدورنا لا نؤيد هذه المادة لأنها تجرد حكم المحكمين من الصفة الإلزامية له الأمر الذي يتناقض مع معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تمنح هذه الصفة لحكم المحكمين ويعدم الطعن فيه باستثناء حالات طلب البطلان وهي حالات محددة كما أن منح المحكمة العليا صلاحية الأمر بتنفيذ حكم المحكمين يعني الإطالة في زمن تنفيذ حكم

(١) جمال عمران الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩، ص ١٦١.

التحكيم إضافة إلى أنه يحمل الخصوم المزيد من التكاليف المالية وإرهاقهم الأمر الذي لا يشجع الخصوم في المنازعات الاستثمارية ولا سيما في العقود الإستراتيجية التي تطلب سرعة الحسم في منازعاتها كعقود B.O.T باللجوء إلى هذه الاتفاقية ولعل هذا هو سبب تردد أو عدم انضمام بقية الدول العربية إليها لحد الآن.

في الواقع إن رفض معظم التشريعات لنظام الطعن المباشر في أحكام التحكيم يرجع إلى إقرار هذه التشريعات بغلبة الطابع الاتفاقي للتحكيم على طابعه القانوني حيث إن إرادة أطراف التحكيم تنصرف أصلاً إلى قبول قرار هيئة التحكيم (كدرجة تقاض واحدة) وليس إلى القبول بدرجات التقاضي وبالتالي فإن الطعن في هذا القرار يتناقض مع جوهر عملية التحكيم القائمة على حرية اختيار المحكمين وسرعة حسم المنازعات وإحاطتها بالسرية.

وفيما يتعلق بالتشريعات التي تجيز الطعن في حكم المحكمين فإنها لم تجيزه إلا تحت طائلة قيود معينة إذ تشترط المادة (١٨٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتية اتفاق الخصوم على الاستئناف، كما أن مجلة التحكيم التونسية لعام ١٩٩٣ تنص في الفصل (٣٩) على قصر الاستئناف على حالة الغلط في القانون وقيود مشددة تتعارض حتى مع جوهر عملية الطعن بالاستئناف، وفيما يتعلق بقانون التحكيم الانجليزي لعام ١٩٩٦ فإن المادة (٦٩) تجيز الطعن بأحكام المحكمين بالاستئناف في حالة وقوع غلط في القانون وبناء على طلب من أحد طرفي التحكيم وتبليغ الطرف الآخر وهيئة التحكيم ويشترط عدم الاتفاق المسبق على عدم تسبب الحكم هذا ولا يتم قبول طلب الاستئناف إلا بموافقة أطراف التحكيم أو بعد الحصول على إذن من المحكمة التي لا تمنح هذا الإذن إلا بعد اقتناعها بتأثير ذلك على حقوق أطراف التحكيم أو أن قرار الهيئة كان مبنياً على غلط في القانون، إضافة إلى قناعة المحكمة بأن قواعد العدالة تقضي من المحكمة النظر في عملية الطعن بالاستئناف. أما فيما يتعلق بقواعد الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك واتفاقية واشنطن وقواعد الاونستيرال

فليس هناك رقابة قضائية على قرار المحكمة حيث إنه يعتبر نهائياً وملزماً لأطراف المنازعة التي عليها تنفيذه دون إبطاء إلا أنه يجوز وفقاً لقواعد هذه الاتفاقيات لأي طرف أن يطلب من هيئة التحكيم تصحيح القرار التحكيمي في حالة وقوع أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية، كما لهيئة التحكيم أن تجري هذه التصحيحات من تلقاء ذاتها، كما يجوز لأي طرف أن يطلب من هيئة التحكيم بعد تسلمه لقرار التحكيم إصدار قرار تحكيم أو قرار تحكيم إضافي بشأن ما لم تفصل فيه من طلبات قدمت أثناء إجراءات التحكيم ونحن نؤيد هذا الاتجاه ونرى أن ترك الأمر للهيئة التحكيمية بمعالجة ما يشوب الحكم من أخطاء أفضل من منح القضاء الوطني صلاحية القيام بذلك، حيث إن هذه الهيئة هي أدري بظروف المنازعة وأقدر على حسمها وبسرعة، كما أن تدخل القضاء الوطني قد يثير حساسية المستثمر الأجنبي ولاسيما في منازعات الاستثمار.

ومن الضروري أن نشير إلى أن هناك تشريعات أخرى تميز للخصوم كلاً من الطعن المباشر في حكم المحكمين في التحكيم الوطني ورفع دعوى بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في أمر تصديقها كالقانون الجزائري والقانون الليبي (مادة ٧٦٧) والقانون السوري (مادة ٥٣٢) واللبناني (مادة ١/٧٩٨).

وفيما يتعلق بالمشروع الإماراتي نجد أنه يحرص من جانب على اعتبار حكم المحكم كمستند للحق وكسند للتنفيذ لا يجوز التعرض به إلا من خلال القضاء وذلك لتفعيل نظام التحكيم في سرعة حسم المنازعات، لذا فإنه يعتبر حكم المحكمين متمتعاً بقوة الأمر المقضي به وبالتالي تنتج جميع آثاره بمجرد صدوره، إلا أنه من جانب آخر كغيره من مشرعي الدول الأخرى قد أدرك أن إتاحة الفرصة للخصوم بالطعن في حكم التحكيم يعني التقليل من شأن التحكيم لذا فإنه نص صراحة في المادة (٢١٧) على رفض الطعن في أحكام المحكمين من قبل الخصوم بكل طرق الطعن. إلا أن رغبة المشروع الإماراتي لتشجيع المحكم إلى بذل أقصى جهد ممكن لتجنب الوقوع في الخطأ قد دفع به إلى إخضاع الحكم الصادر بالمصادقة على حكم

المحكمين أو ببطلانه إلى الطعن وفقاً للمادة (٢١٧)، كما أن رغبته في ضمان تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وتحقيق العدالة؛ دفع به إلى قبول طلب بطلان حكم المحكمين حتى في حالة تنازل أحد الخصوم عن حقه في ذلك قبل صدور حكم المحكمين (المادة ٢/٢١٦).

ومن الضروري القول هنا بأن رفض معظم التشريعات لنظام الطعن في أحكام التحكيم بالاستئناف أو موافقة بعضها بشروط وقيود تهدف كلها إلى الحفاظ على مزايا التحكيم وضرورة تواجده واستمراريته لحل المنازعات، ولايتنافى ذلك مع حرص المشرع في مختلف التشريعات الوطنية على الحفاظ على الضمانات الأساسية التي يوفرها القضاء الوطني. وإدراكاً من المشرع بأن تحقيق العدالة هي من أخص وظائف الدولة وبالتالي فإن إقرارها بقضاء التحكيم لايعني تنازلها عن هذه الوظيفة الأساسية وإنما هي ترخيص من قبلها بممارسة هذه الوظيفة من قبل محكمون يفترض فيهم النزاهة والحياد والالتزام بقواعد العدالة والإنصاف، لذا نجد أن القضاء الوطني في مختلف التشريعات يمارس نوع من الرقابة على أحكام المحكمين مع التباين في مدى وكيفية ممارسته والحالات التي يستوجب تدخله لضمان صحة ومشروعية حكم المحكمين، إلا أن ذلك لاينفي اتفاق معظم قوانين التحكيم على حالات تستوجب فرض الرقابة على أحكام المحكمين من خلال إتاحة الفرصة أمام الخصوم برفع دعوى بطلان أحكام المحكمين، ومن هذه الحالات صدور حكم من محكمين لم يتم تعيينهم وفقاً لاتفاق التحكيم أو وفق القانون أو صدور الحكم في مسألة خارج اختصاص هيئة التحكيم أو مخالفة المحكم لقواعد النظام العام أو مخالفته لقواعد التقاضي الأساسية وغيرها. وإدراكاً من المشرع الإماراتي بضرورة توفير ضمانات العدالة في أحكام المحكمين فإنه قد أخضع حكم المحكمين لرقابة القضاء العادي عن طريق رفع دعوى البطلان من قبل الخصوم عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه وذلك في حالات معينة نصت عليها المادة (٢١٦) وعلى النحو التالي:

١ - إذا صدر الحكم بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود الوثيقة.

٢ - إذا صدر الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدر من بعضهم دون أن يكونوا مآذونين بالحكم في غياب الآخرين أو صدر بناء على وثيقة تحكيم لم يحدد فيها موضوع النزاع أو صدر من شخص ليست له أهلية الاتفاق على التحكيم أو من محكم لا تتوفر فيه الشروط القانونية.

٣ - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم. وبناءً عليه فإنه يجوز للخصوم في المنازعات المتعلقة بالتحكيم في عقود الاستثمارات ومنها عقود B.O.T رفع دعوى بطلان حكم المحكمين وفق المادة (٢١٦) كما يجوز لهم الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بالمصادقة على حكم المحكمين أو ببطلانه وفق المادة (٢/٢١٧). ونرى أن ذلك يتفق مع مقتضيات قواعد العدالة وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة في هذه العقود التي لا تخرج برأينا عن كونها من عقود القانون الخاص وبالتالي فإن الاختصاص بالفصل في منازعاتها هي للقضاء العادي إذ تقوم هذه العقود أصلاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ويسودها مبدأ سلطان الإرادة، كما أنها من الناحية العملية تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازنة.

ومن استقراء قوانين التحكيم في معظم التشريعات المختلفة يمكن القول أنه رغم رفض بعض التشريعات الطعن في أحكام التحكيم كقانون الإجراءات المدنية الإماراتية (المادة ٢١٢) والقانون المصري (المادة ٥٢) والقانون الأردني (المادة ٤٨) وكذلك رفض بعض الأنظمة الدولية لذلك كغرفة التجارة الدولية بباريس حيث تقرر المادة (٢٧) على عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم أو الطعن فيه بأي طريق، إلا أن أغلب التشريعات الوطنية وأنظمة التحكيم الدولية (القانون النموذجي للتحكيم، اتفاقية واشنطن، غرفة التجارة الدولية) تنفق على جواز رفع دعوى بطلان حكم المحكمين في حالات متعددة نذكر منها ما يلي:



## ١- استبعاد المحكم لقانون الإرادة:

رغم عدم اتفاق جانب من الفقه على مشكلة القانون الواجب التطبيق<sup>(١)</sup> إلا أن معظم الفقه المقارن يتفق على قدرة أطراف التحكيم على اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بينهم حول تفسير أو تنفيذ العقد المبرم بينهم. ويؤكد هذا الاتجاه المادة (٢٨) من القانون النموذجي للأمم المتحدة التي تدعو هيئة التحكيم في فصل النزاع وفق القانون الذي يختاره أطراف التحكيم. كما أن المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ والخاص بتسوية منازعات الاستثمار، تؤكد على أن هيئة التحكيم تفصل في المنازعات وفق القواعد التي يختارها الأطراف، كما تنص المادة ٣٥ من قواعد اليونسترال للتحكيم والتي تم تعديلها في عام ٢٠١٠ على قيام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون التي تعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع النزاع فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً، وتسائر الأحكام الصادرة من هيئات ومراكز التحكيم الدولية هذا الاتجاه.

ولا يختلف موقف المشرع الإماراتي عن هذا الاتجاه، إذ لا يتضمن قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم منح المحكمة سلطة استبعاد القانون الذي يختاره أطراف التحكيم صراحة أو ضمناً، ونرى أن موقف المشرع الإماراتي مستمد في الواقع من إدراكه وإقراره بأن عملية التحكيم تقوم أساساً على إرادة أطراف النزاع في اللجوء إليه، وبالتالي فإن المحكم يستمد سلطته من هذه الإرادة، وهذه يعني أنه ملزم باحترام اختيار هذه الإرادة وعدم تجاوزها، وبالتالي فإن تطبيق المحكم للقانون الذي اتفق عليه أطراف التحكيم صراحة أو ضمناً مستمد من إرادة أطراف التحكيم. كما أن المادة (١/٤٣) من مشروع قانون التحكيم الاتحادي تكرر هذا الاتجاه إذ نصت على تطبيق هيئة التحكيم للقواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإن

---

(1) Lew (J.D.M) Applicable Law in commercial Arbitration.  
Ocean publication New York 1978 p 85

اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة. وبذلك حرص المشرع الإماراتي على ضمان تحقيق أهم الخصائص المميزة للتحكيم وهي إطلاق سلطان الإرادة المشتركة للخصوم<sup>(١)</sup> في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم وعلى تطبيق الإجراءات التي يرضونها.

وبالانتقال من هذا التعميم نرى أن تجاوز أحكام لإرادة أطراف التعاقد في عقود الاستثمارات الإستراتيجية ذو التمويل الخاص ومنها عقود B.O.T يعني خرق المحكم لوثيقة التحكيم وقواعده وهو الأمر الذي يترتب عليه طلب الخصوم بطلان حكمه من المحكمة التي تنظر في المصادقة عليه. وينص قواعد التحكيم الإماراتي في هذا الصدد (المادة ١/٢١٦) على أنه يجوز للخصوم بطلان حكم المحكمين في حالة تجاوزهم على وثيقة التحكيم.

ونرى في هذا الصدد أن المشرع الإماراتي رغم منعه الطعن في أحكام المحكمين بأي طريق من طرق الطعن وفق المادة (٢١٧) فإنه أجاز طلب بطلان حكم المحكمين في حالة مخالفة المحكمين لاتفاق إرادة أطراف التحكيم (المادة ٢/١٦٦/A)، وهذا يعني بأن المحكم ملزم باحترام إرادة أطراف التحكيم واختيارهم لقانون الواجب التطبيق، وإلا فإن حكمه معرض للبطلان، وبهذا الصدد نرى أن محكمة تمييز دبي قررت في الطعن رقم ٢٠٠١/٤١٤ في ٢٠٠٢/٢/١٧ بأن أحكام المحكمين غير قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن المقررة في قانون الإجراءات المدنية (المواد ٣/٢١٣، ١/٢١٦ - ١/٢١٧) ولكن يجوز طلب إبطالها إذا توافرت الأسباب المشار إليها في المواد أ، ب، ج من المادة ٢١٦.

ومن الضروري التأكيد على أن استبعاد المحكم للقانون المختار صراحة أو ضمنا من قبل إرادة أطراف التحكيم في عقود B.O.T يعني جواز الطعن بالبطلان في حكمه، إذ أن القول بغير ذلك يعني جواز تجاهل

(١) أحمد خليل - مدى إمكانية تعايش التحكيم والطعن معا. بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي دبي ٢٠٠٨ ص ٨٩١

المحكم لإرادة أطراف العقد وبالتالي جواز إهماله أو مخالفته لأحكام المادة (٢١٦). ويمكن تأكيد اتجاه المشرع الإماراتي في هذا الصدد بما أورده المشرع في مشروع قانون التحكيم الإماراتي لعام ٢٠٠٦ الذي ينص على طلب إبطال حكم المحكم في حالة استبعاده لقانون إرادة أطراف التحكيم (المادة ١/٥٧).

إن اتجاه المشرع الإماراتي يتفق إلى حد كبير مع نصوص اتفاقية واشنطن (مادة ٥٣) ومع اتجاه القانون النموذجي للأمم المتحدة (المادة ٢٤) لعام ١٩٨٤، ومع اتجاه قواعد اليونسטרال المعدلة لعام ٢٠١٠ فيما يتعلق باحترام هيئة التحكيم لإرادة أطراف المنازعة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق حيث تنص المادة (٣٥) من هذه القواعد على إلزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة كما يتفق موقف المشرع الإماراتي مع موقف المشرع المصري (المادة ٥٣) ومع المادة (١٤) من نظام التحكيم لفرقة التجارة الدولية I.C.C لعام ١٩٩٨، وبذلك نرى أن المستقر في فقه وتشريع القانون الإماراتي هو أن عدم تطبيق هيئة التحكيم للقانون المتفق عليه صراحة أو ضمناً من قبل أطراف عقود B.O.T يعني جواز طلب بطلان حكم هذه الهيئة وفقاً للمادة (٢١٦). كما يتبين من هذه المادة بأن طلب بطلان حكم المحكمين لا يقتصر فقط على حالة إهمالهم أو تجاوزهم لإرادة أطراف التعاقد في القانون الواجب التطبيق بل يمتد إلى حالة تجاوز أو إهمال المحكمين لإجراءات التحكيم الذي يتفق عليها الخصوم، إذ أن المادة (١/٢١٢) أجازت للخصوم الاتفاق على إجراءات معينه يسير عليها المحكم، وبالتالي فإن مخالفة المحكم لأحكام هذه المادة يمنح الخصوم طلب بطلان حكم المحكم وفقاً للمادة (٢١٦/C). وعليه فإن خروج المحكم عن مقتضيات الإجراءات القضائية سواء السابقة كإعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انتهائه أو المعاصرة لصدور حكمه على نحو يقوض مشروعيته لعدم توقيع الحكم أو عدم تسيبه إذا كان ذكر الأسباب واجباً أو مخالفته للنظام العام في دولة مقر التحكيم يبرر شرعية المطالبة ببطلانه من قبل

الخصوم ، ويتفق موقف المشرع الإماراتي مع نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك والتي تؤكد حرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم ومع المادة (١٩) من القانون النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥ التي تمنح أطراف التعاقد حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في حسم المنازعات ، كما يتفق مع قواعد الأونستيرال لعام ٢٠١٠ (المادة ٣٥) ومع موقف معظم قوانين التحكيم التي تهدف إلى ضمان احترام المحكم للمقتضيات الإجرائية القضائية عند إصداره الحكم التحكيمي.

في هذا الصدد قد يثار تساؤل بصدد التحكيم التجاري الدولي عن إمكانية استبعاد هيئة التحكيم الأجنبي للقانون الإماراتي وعدم اعتباره القانون الواجب التطبيق وتطبيق قانون آخر بدلاً عنه وذلك في ظل اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها. في الواقع لا يمكن التمسك في هذه الحالة بالمادة (٢١٦) من القانون الإماراتي والطلب ببطلان حكم المحكمين وإنما يمكن التمسك بمبدأ المعاملة بالمثل وفقاً للمادة (١٤) من هذه الاتفاقية والتي تنص على أنه لا يجوز لأي طرف في هذه الاتفاقية الاحتجاج بنصوصها في مواجهه دولة أخرى إلا بالقدر الذي ارتبطت به في هذه الاتفاقية ، علماً أن دولة الإمارات قد انضمت إلى هذه الاتفاقية عام ٢٠٠٦ مع تحفظها بعدم تطبيق الاتفاقية إلا إذا كان حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه صادراً من دولة متعاقدة.

ومن الجدير بالذكر بأن أحكام هذه الاتفاقية تسري على جميع أحكام التحكيم الأجنبية وبصرف النظر عن أطراف المنازعة سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين وسواء كان الشخص الاعتباري من أشخاص القانون الخاص أم العام ، كما تلتزم الدول الأعضاء الاعتراف بحجية أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية والتي سنتطرق إليها لاحقاً.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن عقد B.O.T المبرم بين الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة وشركه المشروع هو الذي يحكم كل جوانب العلاقة بين طرفيه فهو نظام قانوني مستقل<sup>(١)</sup> وبالتالي فإن للأطراف الحق الكامل في إخضاعه للقانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة أو الضمنية على اختياره، ومعظم الاتفاقيات الدولية تذهب إلى إخضاع عقود B.O.T إلى قانون الإرادة وبالتالي فإن المحكم ملزم باحترام هذه الإرادة حيث إنه يستمد سلطته منها.

٢- عدم استناد حكم المحكم على وثيقة تحكيم أو صدوره بناء على اتفاق تحكيم باطل أو عدم توفير الأهلية القانونية في المحكم أو المحكم.

من المعروف أن أساس التحكيم هو اتفاق أطرافه على ذلك بإرادتهم الصريحة وبصرف النظر عن كون هذا الاتفاق في صورة شرط التحكيم أو في صورة مشاركة التحكيم، فلا بد أن يتوفر في هذا الاتفاق كافة الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاده وصحته، إضافة إلى تمتع أطراف الاتفاق بالأهلية القانونية اللازمة لإبرامه وهي أهلية التصرف في الحقوق.

ولما كان أحد أطراف عقود B.O.T هو الدولة أو من يمثلها من أشخاص القانون العام، فإن الأهلية تعني هنا توافر الصلاحية أو الاختصاص، وما عدا ذلك لا يتصور أن تكون إرادة الدولة أو إرادة مؤسساتها معيبة بعيوب الرضا أو بنقص الأهلية. وعليه فإن الاتفاق على إبرام عقود B.O.T والتحكيم بشأن منازعاتها يجب أن يكون موقعا من قبل من يمثل الدولة ويتخويل صريح منها بمنحها هذه الصلاحية أو الاختصاص. وهذا يعني إذا كان الموقع غير مختص بتمثيل الجهة التي يوقع عنها، فإن اتفاق التحكيم يكون باطلا لأن الاختصاص يعني توافر الأهلية القانونية وعدم توافره يعني جواز طلب بطلان حكم المحكمين لنقص في أهلية الموقع على عقود B.O.T أو التحكيم بشأنها. وعليه يمكن الاستناد في

(١) محمد عبد العزيز بكر. فكرة العقد الإداري عبر الحدود - دار النهضة العربية ٢٠٠٠

هذه الحالة إلى نص المادة (٢١٦) والطلب ببطلان حكم المحكم في عقود B.O.T إذا كانت هذه العقود موقعة من شخص ليست له أهلية الاتفاق على إبرامها أي إذا لم يكن مخلوا من قبل الدولة أو من يمثلها بتوقيع هذه العقود وحل منازعاتها بطريقة التحكيم.

ويعتبر انعدام الأهلية القانونية أو توافر نقص فيها من ضمن أسباب بطلان حكم المحكم وعدم تنفيذه وذلك استنادا إلى المادة (A/1/5) من اتفاقية نيويورك، كما تنص المادة (٢٤) من القانون النموذجي للتحكيم على بطلان حكم المحكم إذا كان أحد طرفي الاتفاق على التحكيم مصابا بإحدى عوارض الأهلية، ويساير هذا الاتجاه اتفاقية واشنطن للتحكيم إذ تقرر المادة (٥٣) بأن إحدى أسباب بطلان حكم المحكم هو عدم صلاحية عضو من أعضاء التحكيم في القيام بالتحكيم.

إن شرط توافر الأهلية القانونية لا يقتصر على المحتكم بل لا بد من توافره في المحكمين أيضاً إذ يجوز للخصوم طلب بطلان حكم المحكمين في حالة الحكم الصادر من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو لم يتوافر فيهم الشروط القانونية وفقاً للمادة (٢١٦) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي المتعلقة بالتحكيم المعدل في عام ٢٠٠٥

هذا ويشترط المشرع الإماراتي في عقد التحكيم إضافة إلى توافر الشروط الموضوعية من التراضي والأهلية (المادة ٢٠٦) وتحديد موضوع المنازعة (المادة ٢٠٣) توافر الشروط الشكلية حيث تنص المادة (٢١٢) من قانون التحكيم الإماراتي بضرورة كتابة حكم المحكمين كما تنص المادة (٢٠٣) على عدم إثبات اتفاق التحكيم إلا بالكتابة، وبذلك تعتبر الكتابة في القانون الإماراتي شرطاً لانعقاد عقد التحكيم وإثباته ونحن بدورنا نؤيد هذا الاتجاه، إذ أنه من العسير إثبات حكم المحكمين إذا لم يكون مكتوباً، كما أن عدم كتابة هذا الحكم يتناقض مع روح أغلب نصوص القوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم والتي تشترط ضرورة التوقيع على حكم المحكمين وتسيبته مما يثبت عدم إمكانية تنفيذ حكم المحكمين ما لم يكن

مكتوباً وبالتالي فإن الجزء الطبيعي لمخالفة هذا الشرط هو البطلان<sup>(١)</sup>، كما يحق لنا التساؤل عن كيفية تحديد موضوع المنازعة بدون الكتابة. وعليه فإن اتفاق التحكيم سواء ورد في صورة شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم فإنه يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً.

ورغم أن النصوص التشريعية لم تحدد شكل الكتابة أو طريقتها فإنه من المتفق عليه في التشريع المقارن بأنها تشمل الرسائل المتبادلة والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة (المادة ١٢) تحكيم مصري والمادة (٣) الأردني والمادة (٢١) اللبناني والقانون السوري والفرنسي، وفيما يتعلق بالرسائل والخطابات المتبادلة بين الأطراف، فإنها يجب أن تعبر عن إرادة الأطراف في اللجوء إلى نظام التحكيم، وفي هذا الصدد قررت محكمة جنيف في حكم لها عام ١٩٧٦ رفض تنفيذ حكم التحكيم لعدم وجود تبادل للمراسلات وفقاً للمادة (٢/٢) من اتفاقية نيويورك بين الشركة الألمانية البائعة والشركة السويسرية المشتريّة إذ رغم إرسال الشركة الألمانية تأكيد بالمبيعات يشتمل على شرط تحكيم فإن الشركة السويسرية لم ترد عليها<sup>(٢)</sup>. كما أن المعاهدات الدولية تقرر ضرورة كتابة اتفاقية التحكيم رغم أن اتفاقية نيويورك لم تنص صراحة على اشتراط الكتابة إلا أن ذلك يفهم من نص المادة (A/1/4) من الاتفاقية والتي تنص على أن (كل درنة موقعة للاتفاقية ستعترف باتفاق التحكيم المكتوب). وباستقراء هذا النص يتبين أن اتفاقية نيويورك قد جعلت من كتابة التحكيم شرطاً لصحة اتفاق التحكيم وليس دليل لإثباته، ورغم أن هذه الاتفاقية تميز الاعتراف بصحة الاعتراف الشفوي في حالة اعتراف أية اتفاقية أو قانون وطني بصحة الاتفاق الشفوي، فهذا يعني تطبيق أحكام ذلك القانون أو الاتفاقية وليس تطبيق أحكام اتفاقية نيويورك، حيث لا يمكن تنفيذ اتفاق تحكيم شفوي من قبل دولة التنفيذ في إطار هذه الاتفاقية، كما يتبين من المادة (٢/٢) من

(١) جمال عمران الورفلي، المصدر السابق ص ٨٩.

(٢) انظر جمال عمران الورفلي، المصدر السابق ص ٢٢١.

هذه الاتفاقية بأنها أوردت شكلين لكتابة اتفاق التحكيم أولها شرط التحكيم وثانيها الخطابات والمراسلات المعبرة عن رغبة الأطراف باللجوء إلى التحكيم، كما أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري يشترط في المادة (٢/٧) على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. كما تنص المادة (٢/٣٤) من قواعد الاونستيرال المعدلة لعام ٢٠١٠ على أن تكون قرارات التحكيم مكتوبة وكذلك المادة (١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والمادة (٣٧) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي. ويتبين من ذلك أن معظم التشريعات الوطنية والدولية تشترط الكتابة لصحة شرط التحكيم وانعقاده وبخلافه يكون عقد التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وفيما يتعلق بخروج الحكم عن حدود الوثيقة والتي تنص عليها المادة (A/٢١٦) من قانون التحكيم الإماراتي والتي تبرر طلب الخصوم بطلان حكم المحكمين فيقصد بها صدور الحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو في مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق. وقد ساير المشرع الإماراتي في ذلك القانون النموذجي للتحكيم (المادة ٢٤) واتفاقية واشنطن (المادة ٥٢) التي تمنح الخصوم طلب بطلان حكم المحكم إذا فصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق.

وفيما يتعلق بتحديد موضوع النزاع فإنه يجب أن يكون بشكل دقيق وواضح ولا سيما في مشاركة التحكيم، أما في شرط التحكيم فإنه لا يلزم تحديد موضوع النزاع تحديداً كاملاً وإنما يلزم تحديد نوعية المنازعات التي تنشأ عن العقد الأصلي. غير أن تحديد موضوع النزاع لا يكون باستعمال عبارات مبهمه ومرنة كما لا يشترط تحديد موضوع النزاع بشكل تفصيلي. المهم أن يتضمن شرط التحكيم التزام أطرافه الأساسية بحل المنازعات المستقبلية والتي يمكن أن ينشأ عن تفسير تنفيذ العقد الأصلي، وعليه إذا لم يتضمن شرط التحكيم هذا الالتزام فإنه يفقد مغزاه<sup>(١)</sup>.

(١) محمود السيد النخبوي - أركان الاتفاق على التحكيم. دار المطبوعات الجامعية.

الإسكندرية ٢٠٠١ ص ٣٧٨

(٣٦) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١



من المعروف أن تحديد النزاع قد يكون كلياً كالاتفاق بأن يشمل التحكيم جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقود B.O.T سواء أكانت ذات طابع قانوني أو فني أو مالي، كما قد يقتصر اتفاق التحكيم على بعض المنازعات كالمنازعات القانونية أو ذات الطابع الفني.

وبناء على ما تقدم، فإن موضوع النزاع في شرط التحكيم إذا كان غير محدد بصورة واضحة إجمالية أو غير محدد بشكل تفصيلي في مشاركة التحكيم فإن ذلك يبرر طلب بطلان حكم المحكمين استناداً إلى المادة (B/٢١٦) من قانون التحكيم الإماراتي التي تنص على جواز طلب الخصوم طلب بطلان حكم المحكمين في حالة صدور حكم تحكيمي بناء على وثيقة لم يحدد فيها موضوع النزاع، كما تنص المادة (٣/٢٠٣) على تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم وإلا فإن التحكيم يكون باطلاً. وقد قررت محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٢٠٠٢/١٦٧ في ٢٠٠٢/٦/٢ بأن عدم تحديد المسائل التي يشملها التحكيم يؤدي إلى بطلان التحكيم.

ونرى في هذا الصدد بأن قصد مشرعو الدول ومنهم مشرعو دولة الإمارات العربية المتحدة من ضرورة تحديد موضوع النزاع في اتفاقية التحكيم هو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للخصوم حيث يترتب على هذا التحديد تقييد المحكم بموضوع النزاع وعدم الخروج عنه، وبالتالي تقليل فرص طلب بطلان حكمه، كما أن هذا التحديد يحول دون إثارة منازعات فرعية بين الخصوم حول ما عهدوا به إلى التحكيم. كما أن تحديد موضوع النزاع يستجيب مع رغبة الخصوم في التنازل عن ولاية القضاء في المسائل المحددة في اتفاقية التحكيم فقط ومن هنا كان إصرار المشرعين في دول العالم المختلفة على ضرورة تحديد الإطار العام لموضوع النزاع في شرط التحكيم أو في مشاركة التحكيم.

ومن الضروري أن نشير هنا أنه في الممارسة العملية يتم تحديد صيغة النزاع حيث هناك شروط تحكيم نموذجية لمؤسسات التحكيم الدولية كما هو في النظام الأساسي للهيئة الأمريكية للتحكيم حيث يحدد موضوع النزاع في شرط التحكيم بأنه أي خلاف أو نزاع ينشأ عن عقد التحكيم أو

يتعلق به أو كل مخالفة لأحكامه. كما أن النظام الأساسي لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي يحدد موضوع النزاع في شرط التحكيم بأنه نزاع أو خلاف أو مطالبة ينشأ عن عقد التحكيم أو يتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو إنهائه أو بطلانه.

ويبين ذلك مدى حرص التشريعات الوطنية وأنظمة التحكيم التجارية بضرورة تحديد موضوع النزاع في اتفاقية التحكيم وأهميته، ومن هنا لا بد من التأكيد بضرورة تضمين عقود التحكيم الخاصة بالمشاريع الإستراتيجية ذات التمويل الخاص ومنها عقود B.O.T على تحديد واضح لمواضيع النزاع سواء أكانت ذات طابع مالي أو اقتصادي أو تجاري أو صناعي أو فني لأهمية هذه العقود وحماية أطرافها بتقليل فرص طلب بطلانها وما يترتب على ذلك من خسائر مالية وضياح للوقت والجهد.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن للخصوم طلب بطلان حكم المحكم في منازعات عقود B.O.T إذا صدر الحكم بغير وثيقة تحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو سقط بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود وثيقة التحكيم أو إذا صدر اتفاق التحكيم من شخص ليس له الأهلية القانونية لإبرامه أو إذا صدر الحكم من محكم لا تتوافر فيه الشروط القانونية، أو قام بتطبيق قانون لم تتفق عليه أطراف التحكيم<sup>(١)</sup>. وقد قررت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في الطعن رقم ٦٠٥ جلسة ٢٤/٥/٢٠٠٠ بوجوب توفر أهلية التصرف في أطراف عقد التحكيم.

### ٣- بطلان تشكيل هيئة التحكيم:

تنص المادة (B/٢١٦) من قانون التحكيم الإماراتي على جواز طلب بطلان حكم المحكمين إذا كان تعيينهم مخالفاً للقانون. وبالإستناد إلى هذه المادة يمكن القول إن تشكيل هيئة التحكيم بشكل مخالف لنصوص القانون أو اتفاق أطراف التحكيم يعتبر من إحدى أسباب المطالبة ببطلان

(1) Michael Mustil & steward c. Boyd. The Law and practice & Commercial Arbitration in England.London 1989 P.82-

حكم التحكيم في منازعات عقود B.O.T، وعليه إذا لم يتمتع أحد المحكمين في منازعات هذه العقود بالأهلية القانونية كما لو كان قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبات جنائية أو لإشهار إفلاسه فإنه يجوز للخصوم طلب بطلان حكم المحكمين وفقاً لهذه المادة. ويتفق اتجاه المشرع الإماراتي في هذا الصدد مع القانون النموذجي للتحكيم حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤) علي جواز بطلان حكم المحكم إذا كانت تشكيل هيئته التحكيم أو الإجراءات المتبعة في التحكيم مخالفه لاتفاق الطرفين. كما أن اتفقيه واشنطن للتحكيم تنص في المادة (٥٢) علي حالات بطلان حكم المحكم منها الخطأ في تشكيل محكمة التحكيم علي وجه مخالف لنصوص الاتفاقية أو مخالف لاتفاق أطراف التعاقد. أما فيما يتعلق بقواعد الاستيرال المعدلة لعام ٢٠١٠ فإنه وفقاً للمادة (١٢) يجوز لأي طرف من أطراف التحكيم الاعتراض على أي محكم في حالة وجود أي مانع قانوني أو واقعي يحول دون قيامه بمهام وظيفته ويتولى سلطة تعيين المحكمين البت في ذلك، ويتبين من ذلك، بأن هذه القواعد لم يرتب البطلان وإنما أتاح الفرصة لتعين محكم بديل واستئناف إجراءات التحكيم عند المرحلة التي توقف فيها المحكم الذي جرى تبديله.

#### ٤- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم:

فيما يتعلق ببطلان حكم التحكيم فإنه من المتفق عليه في الفقه والتشريع المقارن بأن حكم المحكمين يكون باطلا إذا صدر بغير مداولة كافيه بين أعضاء هيئته التحكيم أو لم يشارك جميع المحكمين فيها. أو إذا لم يصدر الحكم بالأغلبية. ويشترط المشرع الإماراتي في هذا الصدد صدور حكم المحكمين بأغلبية الآراء مع كتابه الرأي المخالف مع بيان أسباب الحكم وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه مع توقيع المحكمين (المادة ٢١٢)

أما فيما يتعلق بالإجراءات فإن حكم المحكم يكون باطلا إذا قام على إجراءات باطله كعدم تقييد المحكم بالمهل الإجرائية أو سرية الجلسات أو

مواعيد الحضور التي يتفق عليها أطراف التحكيم أو في حالة عدم إعلان أحد الخصوم بطلبات خصمه أو بمسنداته أو بإجراء من إجراءات الإثبات أو لم يعلن بتقرير الخبير أو لم يُمكن من الدفاع عن نفسه أو تقديم مسنداته. وعليه فإن إهدار الضمانات الإجرائية الهامة يجعل حكم المحكمين مخالفا للنظام العام ومن ثم يترتب على ذلك بطلان حكم التحكيم<sup>(١)</sup>.

لقد كانت دولة الإمارات من ضمن الدول التي تبنت حرية الأطراف في اختيار إجراءات التحكيم لفض النزاع إذ يجوز للخصوم وفقا للمادة (٢١٢) الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم وعلى أساس هذه المادة قررت محكمة تمييز دبي في الطعن رقم (١٥ - حقوق) لعام ١٩٩٥ ... إن المحكم يلتزم بإتباع الإجراءات الواردة في باب التحكيم وما يتفق عليه الخصوم من إجراءات معينة.

وبناء على ما تقدم فإن عدم إتباع المحكم للإجراءات التي يتفق عليها أطراف التعاقد في منازعات عقود B.O.T يعتبر سبباً كافياً لطلب بطلان حكم المحكمين (مادة 216/C) من قانون التحكيم الإماراتي. ويتفق اتجاه المشرع الإماراتي في هذا الصدد مع اتجاه القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته الأونسيترال لعام ١٩٨٥ حيث تنص المادة (١٩) بأن لطرفي عقد التحكيم حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم كما تنص المادة (٢٤) منه على أن إحدى أسباب دعوى بطلان التحكيم هي كون الإجراءات المتبعة في التحكيم مخالفة للإجراءات التي اتفق عليها أطراف التحكيم، كما أن اتفاقية نيويورك تؤكد على ذلك في المادة (٥).

(١) أحمد شرف الدين . سلطه القاضي إزاء أحكام التحكيم . بدون ناشر . الطبعة الثانية

### المبحث الثالث

#### أثر بطلان حكم المحكمين على اتفاق التحكيم

سبق أن بينا بأن قصد المشرع من وراء منح الخصوم حق إقامة دعوى بطلان أحكام المحكمين هو التأكد من مدى قيام المحكم بمهام وظيفته التحكيمية ومدى احترامه للمقتضيات الإجرائية القضائية عند أدائه لمهمته وإصداره للحكم التحكيمي وبالتالي فإن دعوى بطلان حكم المحكمين لا يخرج عن كونه إحدى صور الرقابة القضائية على أحكام المحكمين.

سبق وأن ذكرنا بأن غالبية قوانين التحكيم الوطنية تتفق على معظم حالات طلب بطلان حكم المحكمين كانهتمام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انتهائه أو عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو تجاوزها لسلطتها أو عدم مراعاتها للمبادئ الأساسية في التقاضي أو الإجراءات المتفق عليها أو المحددة بموجب القانون أو البطلان بسبب عيوب إجرائية معاصرة لإصدار الحكم كعدم توقيع الحكم أو عدم تسميته أو البطلان بسبب مخالفة الحكم للنظام العام في دولة مقر التحكيم.

ومن استقراء هذه الحالات يتبين أنها تتعلق في مجموعها إما بالعيوب الشكلية أو الإجرائية سواء السابقة أو اللاحقة لإصدار حكم التحكيم وبالتالي فإن حكم التحكيم يعتبر صحيحاً ومشروعاً إذا كانت تلك الإجراءات غير مشوبة بالعيب. أي ما يهيم المحكمة هو صحة هذه الإجراءات لتقرير مشروعية الحكم من عدمها ويصرف النظر عما إذا كان الحكم مشوباً بعيب عدم العدالة حيث لا يعتبر ذلك سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم ولا يمس مشروعيته.

وإضافة إلى كون معظم التشريعات الوطنية متفقة على حالات البطلان وعلى المحكمة المختصة وصلاحياتها في نظر دعوى البطلان فإنها تتفق كذلك على الآثار المترتبة على صدور الحكم القضائي ببطلان حكم المحكمين.

في الواقع هناك شبه إجماع بين التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم بأن المحكمة المختصة في النظر في إبطال حكم المحكمين هي إما محكمة دولة

مقر التحكيم بصرف النظر عن نوع التحكيم (وطني أو دولي) أو محكمة الدولة التي طبق قانونها الإجرائي على إجراءات التحكيم والتي تكون في الغالب نفس الدولة.

أما فيما يتعلق بحكم المحكم فهو يتمتع في الغالب بقوة الأمر المقضي بمجرد صدوره ما عدا التشريعات التي تجيز الطعن به بالاستئناف، وبالتالي فإن هذا الحكم في الغالب ينتج جميع آثاره القانونية ما لم يكن مشوباً بغلط في الإجراءات حيث يجوز للخصوم في هذه الحالة رفع دعوى بطلانه أما إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً وصدر الحكم وفقاً لإجراءات شكلية صحيحة فإن حكم المحكم يعتبر صحيحاً ومشروعاً ولا يمكن رفع الدعوى ببطلانه وإن كان الحكم مشوباً بعيب عدم العدالة حيث إن المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان لا يقيم عدالة الحكم من عدمه وإنما يأخذ بنظر الاعتبار الإجراءات السابقة أو المعاصرة لصدور الحكم لتقرير مشروعيته.

وفيما يتعلق بالأثر القانوني الذي يرتبه صدور حكم ببطلان حكم المحكمين فلا إشكال بين النظم القانونية حول هذه المسألة إذ يعتبر الحكم باطلاً ومتجرداً من أية آثار قانونية يرتبه سواء فيما يتعلق بحجية أو في قوته التنفيذية، ومن الطبيعي أن لا يرتب الحكم القضائي الصادر ببطلان الحكم التحكيمي أية مشاكل قانونية إذا كانت دولة مقر التحكيم هي نفسها الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، إذ لا يعقل أن تلتزم قضاء هذه الدولة بتنفيذ ذات الحكم الذي سبق وأن تم إبطاله، إلا أن المشكلة تثور في حالة اختلاف دولة مقر التحكيم التي أصدرت حكم البطلان عن الدولة المطلوبة تنفيذ ذات الحكم فيها. في الواقع لا تزال هذه المسألة موضع خلاف في فقه التحكيم الدولي وفي القضاء المقارن رغم أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تنص في المادة H/١/٥ على أن الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه يمكن أن ترفض إذا قدم المطلوب تنفيذ الحكم ضده ما يفيد بطلان هذا الحكم من قبل المحكمة المختصة في دولة مقر التحكيم أو من المحكمة المختصة في

الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، ويتبين من هذه المادة بأن الأصل في هذه الاتفاقية هو قابلية الحكم للتنفيذ إذا توافرت جميع شروط صحته أي تقديم وثيقة الحكم ووثيقة اتفاق التحكيم من قبل طالب التنفيذ أما رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه فهو استثناء على الأصل إذ أن حالاته محددة على سبيل الحصر وفق المادة (١/٥) من الاتفاقية ويمكن تصنيفها إلى طائفتين<sup>(١)</sup> : الطائفة الأولى: وتشمل الحالات التي يقع عبء إثباتها على عاتق من صدر ضده حكم التحكيم وهي على النحو التالي:

أ- عدم أهلية أطراف التحكيم أو عدم صحة الاتفاق وفق قانون الدولة الذي صدر فيه الحكم.

ب- عدم تبليغ المطلوب بتنفيذ الحكم ضده بإجراءات التحكيم وتعيين المحكم أو استحالة تقديمه للدفاع عن نفسه.

ج- كون حكم التحكيم يتعلق بنزاع غير وراذ في بنود الإحالة للتحكيم أو أنه يتجاوز وثيقة التحكيم.

د- تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لاتفاق أطراف التحكيم أو لقانون الدولة الذي تم فيه التحكيم.

هـ- لم يصبح الحكم ملزماً للأطراف أو تم إبطاله أو إيقافه من قبل السلطة المختصة في الدولة التي تم فيه التحكيم أو صدر الحكم بموجب قانونها.

أما الطائفة الثانية فيتعلق بالحالات التي يحق فيها للمحكمة المطلوب منها تنفيذ الحكم أن ترفض تنفيذه ومن تلقاء نفسها وتشمل هذه الحالات:

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

ب- كون الاعتراف بحكم التنفيذ أو تنفيذه يخالف النظام العام في دولة تنفيذ حكم المحكمين.

(١) محسن شفيق. التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ١٠.

في الواقع أن أسباب البطلان المتفق عليها دولياً هي ذات أسباب رفض الاعتراف المنصوص عليها في المادة (١/٥) من اتفاقية نيويورك، حيث إن كل من الاتفاقية الأوربية للتحكيم الدولي لعام ١٩٦١ واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٦٥ تنص على نفس الأسباب الواردة في اتفاقية نيويورك، وعليه فإن الحكم ببطلان حكم التحكيم بناء على هذه الأسباب من قبل محاكم دولة المقر يرتب بالنتيجة رفض محكمة التنفيذ القيام بتنفيذه وترتيب آثاره، أما إذا كانت الأسباب التي استندت عليها محكمة مقر التحكيم في إبطال حكم التحكيم هي أسباب ذات خصوصية وطنية كالخطأ في تطبيق القانون فاحتمال رفض الاعتراف بأثره واسعة وفق نص المادة (٧) من اتفاقية نيويورك التي تنص على " أن نصوص هذه الاتفاقية لا تخل بصفة المعاهدات الجماعية أو الثنائية المصادقة عليها من قبل الدول الأعضاء، كما أن كل عضو لا يحرم من الاستفادة من حكم التحكيم الأجنبي بالكيفية والقدر المسموح به في القانون الوطني للدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه أو وفق الاتفاقيات سارية المفعول.

ويتبين مما سبق أنه لا يمكن تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في مقر دولة التحكيم إذا كانت أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الدولة المطلوب التنفيذ فيها هي نفس أسباب البطلان في دولة مقر التحكيم. وعليه إذا توصل قاضي التنفيذ في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها بأن الأسباب التي استند إليها قضاء دولة مقر التحكيم لإبطال حكم التحكيم تتطابق مع أسباب رفض التنفيذ في قانونه الوطني فإنه سيرفض تنفيذ حكم التحكيم استناداً إلى المادة (٥/١/٤) من الاتفاقية، أما إذا كانت الأسباب مختلفة جاز له الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه استناداً إلى المادة الخامسة التي تمنحه السلطة التقديرية في هذا المجال وبشرط سماح قانونه الداخلي لهذا التنفيذ.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الدولي من تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة فسوف نتعرض لبعض القضايا التي استندت إلى المادة الخامسة من



اتفاقية نيويورك التي تنص على رفض تنفيذ حكم صادر ببطلانه من قضاء دولة مقر التحكيم والمادة السابعة التي تجيز الاستناد في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي على القانون الوطني إذا كان ذلك أفضل لطالب التنفيذ. فيما يتعلق بقضية Norsolor فإن هيئة التحكيم في فيينا واستناداً إلى قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية كانت قد قررت إلزام الشركة التركية Pabalk بدفع تعويض إلى الشركة الفرنسية Norsolor على إثر قيام الشركة الأولى بإنهاء عقد الوكالة التجارية الذي كان يربطها بالشركة الثانية، ورغم التصديق على هذا الحكم من قبل كل من المحكمة التجارية في فيينا عام ١٩٨١ ومحكمة بداية باريس في نفس التاريخ إلا أنه تم إلغاء هذين الحكمين من قبل محكمين استئناف فيينا وباريس إذ قررت المحكمة الأولى إبطال حكم التحكيم لعدم تأسيسه على قانون وطني معين<sup>(١)</sup>، بينما قررت استئناف باريس إبطال حكم محكمة البداية لصدور حكم من القضاء النمساوي بإبطال حكم التحكيم<sup>(٢)</sup> وقد استندت المحكمة على نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك التي تجيز رفض تنفيذ حكم التحكيم الذي أبطل بحكم قضائي من محاكم دولة مقر التحكيم. غير أن محكمة النقض الفرنسية قررت جواز تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا على الرغم من صدور حكم ببطلانه في دولة مقر التحكيم (النمسا) وذلك استناداً إلى المادة السابعة من الاتفاقية التي تجيز الاستناد في تنفيذ هذا الحكم على القانون الوطني لدولة التنفيذ إذا كان ذلك أفضل لطالب التنفيذ - كما استندت المحكمة على المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسي التي حددت الحالات التي تمنع الاعتراف بالحكم الأجنبي وقررت بأن صدور حكم أجنبي ببطلان حكم تحكيمي لا يدخل ضمن هذه الحالات أي أن القانون الفرنسي لا يمنع من تنفيذ الحكم التحكيمي رغم صدور حكم ببطلانه من محكمة أجنبية طالما كان الوطني الفرنسي هو الأفضل لطالب

(1) Decision of Jan 29, Rev. ARB., 1983, 516.

(2) Decision of Nov 19, 1982, Rev, ARB, 1983, 472.

التنفيذ، وبذلك أزيلت العوائق القانونية أمام المحاكم الفرنسية لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة خارج فرنسا بالرغم من صدور حكم ببطلانها وذلك استناداً إلى المادة السابعة من اتفاقية نيويورك وبشرط أن يكون القانون الفرنسي هو الأفضل أو الأصلح لطالب التنفيذ.

ولقد تكرر اتجاه القضاء الفرنسي في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي رغم صدور حكم ببطلانه من دولة مقر التحكيم في قضية سلطة طيران إمارة دبي ضد شركة Bechtel والذي صدر فيها الحكم التحكيمي لصالح هذه الشركة بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٢٠ وأصدرت محكمة باريس أمراً بتنفيذه بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١٥، بينما أصدرت المحكمة المدنية في دبي الحكم ببطلان حكم التحكيم وفقاً للمادة (٢١٦) من قانون الإجراءات المدنية المتعلق بالتحكيم رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ والمعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ حيث لم يتم تحليف الشهود باليمين القانونية قبل الإدلاء بشهادتهم، واستناداً إلى هذا الحكم قامت سلطة الطيران في إمارة دبي بالطعن بالاستئناف في قرار محكمة باريس القاضي بتنفيذ أمر التحكيم واستندت في استئنافها على المادة (١/٣/١٣) من اتفاقية التعاون القضائي بين دولة الإمارات وفرنسا لعام ١٩٩١ والتي تنص على أن الحكم القضائي الصادر في إحدى الدولتين يعتبر باتاً وغير قابل للطعن فيه وقابل للتنفيذ في الدولة التي صدر فيها، كما استند هذا الاستئناف على أن أي اعتراف بحكم التحكيم الباطل في دولة المقر يخالف النظام العام الدولي.

وبنتيجة الاستئناف قامت محكمة استئناف باريس برفض جميع أسباب الاستئناف وتأكيد قرار محكمة باريس وبررت ذلك بأن المادة (١/٣/١٣) من اتفاقية التعاون القضائي تطبق على الأحكام القضائية فقط وبأن الاعتراف بحجية حكم التحكيم الدولي الباطل في دولة مقر التحكيم لا يخالف النظام العام الدولي<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في تفاصيل هذه القضية في منشور جمعية المحامين الدوليين لعام ٢٠٠٦ العدد (٢).  
(2006) vol (2) newsletter of the Arbitration committee of the  
Legal practice Division of the International Bar Association, 2.

وفيما يتعلق بالقضاء الأمريكي فمن المعروف أن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية أو الدولية تحتاج إلى قرار تنفيذي من إحدى المحاكم المختصة والتي تملك استناداً إلى المادة (٩) من قانون التحكيم الفدرالي FAA سلطة إصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية إلا في حالة إثبات عدم حياد المحكم أو كون الحكم التحكيمي مشوباً بالغش أو بسبب فساد أو عدم اختصاص المحكم، كما منحت المحاكم الأمريكية لنفسها حق إبطال الحكم التحكيمي في حالة مخالفته الواضحة للقانون والتي يمكن ملاحظته من قبل أي محكم.

أما فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فإن المحاكم الأمريكية تلتزم باتفاقية نيويورك والتي تم إدماجها في الباب الثاني والثالث من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي لعام ١٩٧٠ حيث تجد أن المادة (٢٠٧) منها تلزم هذه المحاكم بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إلا في حالة شموله بالرفض بموجب المادة (٥) من هذه الاتفاقية.

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الأمريكي قد استقر على رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي الذي سبق وأن صدر حكم ببطلانه من محاكم مقر دولة التحكيم ويظهر هذا الاتجاه واحداً بعد قضية Chromalloy حيث حذا فيه القضاء الأمريكي حذو القضاء الفرنسي وما عدا ذلك فإنه يربط بين مشروعية حكم التحكيم وقانون وقضاء الدولة التي صدر فيها الحكم حيث نجد في قضية Baker marine موافقة محكمة الاستئناف الأمريكية على حكم المحكمة المحلية في نيويورك برفض تنفيذ حكم تحكيمي صادر لمصلحة شركة Backer Marine النيجرية ضد شركة Chevron, Danes النيجريتين وذلك لصدور حكم بإبطالها من المحكمة الفدرالية النيجرية وقد استندت محكمة الاستئناف الأمريكية في رفضها تنفيذ هذا الحكم التحكيمي الصادر بشأنه حكم بالبطلان في نيجريا إلى مجموعة من التبريرات القانونية منها:

أولاً: أن إرادة الأطراف قد انصرفت إلى تطبيق القانون النيجري وبالتالي لا يجوز لشركة Backer Marine التمسك بتطبيق القانون

الأمريكي بحجة الاستناد إلى المادة (٧) من اتفاقية نيويورك باعتباره الأفضل لطالب التنفيذ وعليه فإن التمسك بالقانون الأمريكي يخالف قاعدة عامة أمره وهي: "قانون التحكيم الفدرالي التي يهدف إلى ضمان تنفيذ اتفاقيات التحكيم ووفقاً للبنود الواردة فيها".

ثانياً: من القواعد الثابتة في القضاء الأمريكي هو أن الاختصاص بنظر دعوى بطلان الحكم التحكيمي ينعقد لقضاء دولة المقر ووفقاً لقانونها الداخلي وبالتالي فإن الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم من قبل محكمة نيجرية يعتبر صحيحاً ومشروعاً.

ثالثاً: عدم اشتغال الحكم التحكيمي على حالة من حالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمي المنصوص عليها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.

رابعاً: رغم ما تملكه المحاكم الأمريكية من سلطة تقديرية في رفض أو تنفيذ حكم التحكيم المفضي ببطلانه في دولة مقر التحكيم فإن شركة Baker Marine لم تقدم أي سبب مقنع لتنفيذ الحكم وعدم الاعتراف بالحكم القضائي النيجري القاضي ببطلان حكم التحكيم<sup>(١)</sup>.

وقد سلك القضاء الأمريكي نفس المسلك في قضية Martin Spier<sup>(٢)</sup> حيث قامت المحكمة المحلية للدائرة الجنوبية في مدينة نيويورك برفض تنفيذ حكم تحكيم صادر لمصلحة المهندس الأمريكي Maltin Spire في إيطاليا ضد الشركة الإيطالية Calzaturificio Tecnica وذلك بسبب إبطال حكم التحكيم بحكم قضائي باتم ومؤيد من قبل محكمة النقض الإيطالية لتجاوز المحكم لصلاحياته حسب وثيقة التحكيم.

---

(1) International Arbitration report, pp. D-1-D-2 August 1999  
United States Court or Appeals for the Second circuit. 12  
August 1999.

(2) Martin Spier V. Calzaturificio Tecnica, S.P.A., United State  
District Court New York, 22 oct 1999, published in 2000 18 (1)  
ASA Bulletin , p 144.

وقد اعتمد القضاء الأمريكي في هذه القضية على الأسباب التي سبق وأن اعتمدت عليها محكمة الاستئناف الأمريكية في قضية *Balker* و *Marin* وقد ذهبت المحكمة إلى القول بأن المحاكم الإيطالية هي المختصة في نظر الدعوى بموجب اتفاقية نيويورك باعتبار إيطاليا هي الدولة التي صدر فيها أو بموجب قوانينها حكم التحكيم.

ويبدو من استقراء هذه القضايا والقضايا اللاحقة أن اتجاه القضاء الأمريكي يميل إلى اتجاه رفض تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة على أساس أن السماح بتنفيذ حكم تحكيم سبق وأن صدر بحقه حكم قضائي بطلانه يتعارض مع قاعدة أساسية في اتفاقية نيويورك وهي أن حكم التحكيم يفقد حجته التنفيذية في دولة التنفيذ إذا ما تم إبطاله من قبل قضاء الدولة التي صدر فيها. بينما يعتمد القضاء الفرنسي المادة السابعة من اتفاقية نيويورك وعلى تنفيذ الحكم التحكيمي في فرنسا رغم صدور قرار قضائي بإبطاله على أساس أن هذه المادة لا تعتبر بطلان الحكم في دولة مقر التحكيم سبباً لرفض الاعتراف به في فرنسا، وترى المحاكم الفرنسية بأن المادة السابعة من اتفاقية نيويورك تمنحها الرخصة في تنفيذ حكم أجنبي رغم بطلانه في حالة توافر الشروط الواردة في المادة ١٥٠٢ باعتبار هذه المادة أفضل لطالب التنفيذ من المادة (١/٥) من الاتفاقية لأنها لا تعتبر رفض الحكم من قبل قضاء دولة أخرى سبباً مقنعاً لرفض الاعتراف به في فرنسا.

ونرى في هذا الصدد أن قيام المحاكم الفرنسية بتنفيذ حكم رغم صدور حكم بإبطاله من قضاء مقر التحكيم يعني تجاهل المحاكم الفرنسية لاتفاق التحكيم ذاته والذي هو أساس وجود الحكم التحكيمي، ولا يفسر اتجاه المحاكم الفرنسية إلا بتوجهها لتحقيق غاية معينة هو أبعاد حكم التحكيم الدولي عن قوانين ورقابة قضاء الدولة التي صدر فيها أي تبني "نظرية" التحكيم اللامتنمي لقانون معين، ويحق لنا أن نتساءل عن السند القانوني الذي تستند إليها المحاكم الفرنسية في عزل هذا القضاء فهو من جانب يرفض اندماج حكم التحكيم الدولي في القانون الوطني لدولة مقر

التحكيم ومن جانب آخر يسمح بهذا الاندماج مع القانون الفرنسي على أساس قانون دولة التنفيذ. ورغم أن محكمة التنفيذ يتمتع بسلطة تقديرية في رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه استناداً إلى اتفاقية نيويورك التي لا تجيز تنفيذ حكم التحكيم الباطل في دولة مقر التحكيم، كما أنها لا تمنع جزماً تنفيذ هذا الحكم، أي أنها وإن كانت ملزمة بعدم رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه لسبب من الأسباب غير تلك الواردة في المادة الخامسة من الاتفاقية، إلا أنها غير ملزمة أيضاً برفض الاعتراف والتنفيذ رغم تواجد أحد الأسباب الواردة في المادة الخامسة ومن بينها إبطال حكم المحكم في مقر دولة التحكيم فهي تتمتع بسلطة تقديرية في الرفض والتنفيذ، لذا فإن المشكلة ليس في وجود السلطة التقديرية لمحاكم التنفيذ من عدمها بل في حدود وكيفية ممارستها. وعليه نرى أن صدور حكم بإبطال حكم تحكيمي على أساس الفقرات الأربعة الأولى من المادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك وهي الحالات التي تشمل جوهر العملية التحكيمية حيث تمس اتفاق التحكيم ذاته وهيئة التحكيم وإجراءاته وحكمه يعني بطلان حكم التحكيم وعدم وجود أي مبرر لاستعمال السلطة التقديرية للمحاكم في هذا المجال.

ومما سبق يمكن القول بأن تبني المحاكم الفرنسية لمبدأ جواز تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي في فرنسا رغم صدور قرار ببطلانه من دولة مقر التحكيم على أساس أن القانون الفرنسي لا يمنع من تنفيذه وأن المادة (٧) من اتفاقية نيويورك تجيز الاستناد في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي على القانون الوطني لدولة التنفيذ إذا كان أفضل لطالب التنفيذ لايعني في النتيجة سواء فسح المجال للمحاكم الفرنسية بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في الخارج رغم صدور حكم ببطلانها. وبالتالي سوء استخدام السلطة التقديرية.

وبخلاف القضاء الفرنسي فإن القضاء الأمريكي سلك مسلكاً مغايراً حيث استقر على رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي الباطل احتراماً لحجية الحكم القضائي الأجنبي. فالقضاء الأمريكي ملتزم بمسألة ربط

مشروعية التحكيم بقانون وقضاء دولة مقر التحكيم وبذلك يعتبر هذا النهج أكثر ملائمة مع مقصود السلطة التقديرية لمحاكم التنفيذ ومع معايير الرخصة التي تنص عليها المادة السابعة من اتفاقية نيويورك.

وقبل التطرق إلى الآثار التي يترتبها بطلان حكم المحكمين، نرى ضرورة بيان موقف المشرع الإماراتي من تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ولا سيما أن دولة الإمارات قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في ٢٠٠٦/٨/١٢. في الواقع لم يخصص المشرع الإماراتي قانوناً خاصاً للتحكيم يتناول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الأمر الذي يعني الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية ولا سيما إلى المادتين (٢٣٥) و (٢٣٦)، إذ تنص الأولى على الحالات التي يجوز فيها تنفيذ الحكم من قبل المحاكم الإماراتية وهي:

- ١- إذا تبين عدم اختصاص محاكم الدولة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم وبأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته هي المختصة طبقاً لقواعد الاختصاص الدولية.
  - ٢- صدور الحكم من محكمة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر عنه.
  - ٣- حضور الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي.
  - ٤- حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي.
  - ٥- عدم تعارض الحكم مع حكم سبق صدوره من محاكم الدولة وعدم تضمنه ما يخالف الآداب أو النظام العام.
- وتنص المادة (٢٣٦) على سريان أحكام المادة (٢٣٥) على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي بشرط أن يكون هذا الحكم صادر في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانون الدولة وقابل للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه.

ويتبين من استقراء هذه النصوص أن دور المحكمة الإماراتية هو التحقق من عدم وجود مانع من تنفيذ قرار المحكم وذلك باستيفائه للإجراءات الشكلية ورعايته لمبدأ المواجهة في الخصومة وعدم معارضته لحكم آخر سبق صدوره في نفس الموضوع وبين نفس الخصوم مع ضرورة

عدم تعارض قرار المحكم مع النظام العام أو الآداب . ولا تملك المحكمة التصرف على صحة عدالة حكم المحكمين.

ومن خلال المفهوم المخالف للمواد أعلاه يتبين بأن المحكمة المختصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية لن تقوم بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الحالات التالية:

١- عدم اختصاص هيئة التحكيم وعدم حيازة الحكم لقوة الأمر القضائي به.

٢- عدم مراعاة حقوق الدفاع بين أطراف الخصومة التحكيمية.

٣- تعارض الحكم التحكيمي مع حكم سبق وأصدرته المحاكم الإماراتية.

٤- صدور حكم التحكيم الأجنبي في مسائل لا يجوز عرضها على التحكيم.

٥- مخالفة الحكم التحكيمي الأجنبي لقواعد النظام العام.

ومما سبق يمكن القول أن دور قاضي التنفيذ في دولة الإمارات هو التحقق من مدى استيفاء حكم التحكيم الأجنبي للمتطلبات الشكلية التي يتطلبها المشرع الإماراتي توافرها في حكم التحكيم لتنفيذه في دولة الإمارات، ويمكن تعزيز هذا الرأي بالقرار الصادر من محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٢٥/١٩٩٥<sup>(١)</sup> إذ ذهبت المحكمة إلى القول بأن الرقابة القضائية على حكم المحكمين عند النظر في طلب المصادقة على حكمهم قد سنها المشرع للتأكد من شرعية أعمالهم، فالأمر بالتصديق يعني التحقق من عدم وجود مانع من تنفيذ حكم المحكمين داخل البلاد لاستيفائه للشروط الشكلية. وأن ما ذهب إليه المشرع الإماراتي يتماشى مع المادة (٣) من اتفاقية نيويورك التي تلزم الدول الأعضاء بالاعتراف بمجبة أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها وفقاً للشروط المنصوص عليها فيها وكذلك فيما يتماشى مع المادة (٥) من هذه الاتفاقية التي بينت حالات رفض.

(١) مجلة القضاء والتشريع، لسنة ١٩٩٧ ص ١٣٦.

(٥٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الأسكندرية، العدد الأول ٢٠١١



الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها وهي مماثلة للحالات الواردة في المادة (٢٣٥) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

وفيما يتعلق بالآثار القانونية المترتبة على بطلان حكم التحكيم ولاسيما في العقود الاستثمارية ذات التمويل الخاص ومنها منازعات عقود B.O.T. نرى أن نصوص قانون التحكيم الإماراتي لم تتطرق إلى بيان ذلك، الأمر الذي يعني الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المرافعات. وهذا يعني إفساح المجال واسعاً أمام الاجتهادات الفقهية حول جواز أطراف العقد بالرجوع إلى القضاء أو التمسك بالتحكيم.

ونرى في هذا المجال إمكانية التمسك بالتحكيم مادام البطلان غير قائم على أساس بطلان الاتفاق كما لو ورد البطلان على جزء من حكم المحكمين يمكن فصله عن الأجزاء الأخرى. أما في حالة بطلان التحكيم لعدم توفر أحد أركانه أو شروط صحته أو عدم خضوع محله للتحكيم أصلاً لأسباب تتعلق بالنظام العام فإنه يتعذر في هذه الحالة التمسك بالتحكيم مرة أخرى والاستمرار في إجراءاته.

وبالانتقال من هذا التعميم نرى أن طلب بطلان التحكيم إذا كان يستند إلى المادة (٢١٦) من قانون التحكيم الإماراتي التي تحدد الحالات التي يجوز فيها طلب بطلان حكم المحكمين فإن قرار البطلان يمس اتفاق التحكيم في وجوده وصحته فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم مرة أخرى. وهنا قد يدور تساؤل عن مدى إمكانية التمسك باتفاقية التحكيم إذا كان قرار البطلان ينصب على المنازعات الخاصة بتفسير العقد بينما كان اتفاق التحكيم شاملاً لكافة المنازعات المتعلقة بتفسير وتنفيذ العقد. هنا لا بد من القول أن حكم البطلان يتعلق بتفسير العقد ويظل اتفاق التحكيم منتجاً لآثاره فيما يتعلق بتنفيذ العقد، بحيث إذا أثيرت منازعات حول ذلك فيما بعد فإنه يجوز اللجوء إلى التحكيم مرة أخرى بذات الاتفاق ولمدة جديدة لحسمها لأن اتفاق التحكيم قد انقضى بالنسبة لمنازعات التفسير فقط ولم يستهلك بالنسبة لمنازعات التنفيذ.

وقد يدور تساؤل آخر حول إمكانية هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم اتخاذ الإجراءات اللازمة لإزالة أسباب طلب البطلان وفقاً لقانون التحكيم الإماراتي.

في الواقع لم يمنح المشرع الإماراتي أية فرصة لهيئة التحكيم لإصلاح الأسباب التي بني عليها البطلان. حيث إنه بمجرد قيام هيئة التحكيم بإصدار حكمها فإنها تستنفذ ولايتها وبالتالي لا تملك الرجوع عن القرار التحكيمي التي أصدرتها أو أن تعدلها إلا أنها تملك وفق المادة (٢١٤) إعادة النظر فيما قد أغفلت عن الفصل فيها من مسائل التحكيم أو القيام بتوضيح الحكم وتفسيره إذا ما اكتنفه الغموض وذلك في حالة إعادة الحكم إليها من قبل المحكمة المختصة أثناء النظر في طلب تصديق حكم المحكمين من قبلها. ووفقاً لهذه المادة على المحكمين في هاتين الحالتين أن يصدروا قرارهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغهم بقرار المحكمة إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك، هذا ولا يجوز الطعن في قرار المحكمة إلا مع الحكم النهائي الصادر بتصديق الحكم أو إبطاله، ومن الجدير بالذكر أن إجازة القانون الإماراتي لهيئة التحكيم بتفسير حكمها بعد إصدارها يمكن اعتبارها استثناء على إثر الحكم التحكيم لأنه من المعروف أن المحكم يستنفذ سلطته بمجرد إصداره للحكم التحكيمي، إلا أن معظم القوانين والاتفاقيات الدولية أوردت استثناء على هذا الأثر وسمحت لهيئة التحكيم أن تقوم بتفسير حكمها في حالة اتسامه بالغموض. ويبدو أن المشرع الإماراتي قد سائر في ذلك قواعد اليونسترال لعام ٢٠١٠ في المادة (٣٧) وكذلك المادة (B/٣٣) من القانون النموذجي كما سائر معظم التشريعات العربية وبخلاف ذلك لم يتضمن اتفاقية عمان العربية للتحكيم أي نص يميز تفسير الحكم من قبل هيئة التحكيم الأمر الذي يعد قصوراً تشريعياً يجب تلافيه.

أما فيما يتعلق بتصحيح حكم التحكيم فقد منح المشرع الإماراتي هذه الصلاحية لمحكمة الموضوع وفقاً للمادة (٢١٥) التي تنص على أنه "... تخصص هذه المحكمة بتصحيح الأخطاء المادية في حكم المحكمين بناء على

طلب ذوي الشأن بالطرق المقررة لتصحيح الأحكام. وفي هذا الصدد قررت محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٩/٩٩ لعام ٢٠٠٠ بأنه "من المقرر عملاً بنص المادة (٢١٥) من قانون الإجراءات المدني أنه لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع قلم كتابها وذلك بعد الإطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم والتثبت من أنه لا يوجد مانع من تنفيذه وتختص هذه المحكمة بتصحيح الأخطاء المادية في حكم المحكمين...". ونرى في هذه الصدد بأن المشرع الإماراتي لم يكن موفقاً في منح المحكمة المختصة صلاحية تصحيح الأخطاء المالية والحسابية حيث نرى أن هيئة التحكيم هي أكثر قدرة على معالجة هذه الأخطاء وبدلاً من تدخل المحكمة لتصحيح هذه الأخطاء بإمكانها إعادة الحكم إلى الهيئة التحكيمية أسوة بالحالات المنصوص عليها في المادة (٢١٤)، كما أنه بإمكان ذوي الشأن طلب إجراء تصحيح تلك الأخطاء من الهيئة التحكيمية مباشرة بدلاً من اللجوء إلى المحكمة كسباً للوقت والتكاليف، إذ أن هيئة التحكيم أدري بظروف النزاع المعروض عليها بينما المحكمة لم تنظر في النزاع أصلاً. وفيما يتعلق بالاتفاقيات الإقليمية والدولية نجد أن اتفاقية عمان قد نصت في المادة ٢/١/٣٣ على جواز تصحيح الحكم من قبل هيئة التحكيم كما نصت المادة (٣٨) من قواعد اليونسترال والمادة (٣٣) من القانون النموذجي على ذلك.

لا شك أن منح هيئة التحكيم صلاحية تصحيح الأخطاء المادية والحسابية لها أهمية خاصة في المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقود الاستثمارية الإستراتيجية ذات التمويل الخاص بضمنها عقود B.O.T والتي تحتاج استمرارية العلاقات بين أطرافها على الثقة والتوازن في رعاية المصالح، إذ أن منح هيئة التحكيم في هذه الصلاحية يشجع المستثمرين باللجوء إلى التحكيم وبالتالي يبدد مخاوفهم من اللجوء إلى القضاء الوطني، ناهيك عن كسب الوقت الذي يعتبر عاملاً هاماً في تنفيذ العقود الاستثمارية المتعلقة بالركائز الاقتصادية ومنها عقود B.O.T.

ونؤيد بهذا الصدد المادة (٣٨) من قواعد الأونسترال المعدلة لعام ٢٠١٠ حيث يجوز لاي طرف أن يطلب من هيئة التحكيم مباشرة وخلال (٣٠) يوماً تصحيح ما وقع في قرار التحكيم من أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية أو اي أخطاء أخرى أو أي سهو ذي طابع مشابه، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تجري تلك التصحيحات من تلقاء نفسها في غضون (٣٠) يوماً من تاريخ إرسال قرار التحكيم. ونرى في هذا الصدد أن قيام هيئة التحكيم بتصحيح الحكم التحكيمي بناء على طلب أطراف الخصومة أو من تلقاء نفسها من شأنها ترسيخ الثقة بالتحكيم وبالتالي استقرار المعاملات والمراكز القانونية التي نشأتها الحكم التحكيمي إضافة إلى تجنب اللجوء إلى القضاء وما يترتب على ذلك من إضاعة للوقت والمال. ونرى ضرورة الاستفادة من هذه المادة في حالة صدور قانون خاص بالتحكيم في دولة الإمارات أو في حالة تعديل القانون الحالي.

### الفصل الثاني

#### دور المحكم في احترام إرادة أطراف التعاقد

##### فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق

سبق وأن بينا بأن عقود مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص ومنها عقود BOT تتمتع بمخصائص ذاتية متأتية من كون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام غالباً ما يكون أحد أطراف هذه العقود الإستراتيجية مما يمنح اتفاق التحكيم الخاص بتسوية منازعاتها خصوصية مميزة، ومن هنا تثار تساؤلات عديدة عن القانون الواجب التطبيق وعن دور أطراف التحكيم في اختيار هذا القانون وعن دور المحكم في احترام إرادة الأطراف المتعاقدة بهذا الشأن سواء إذا كان التعبير عن هذه الإرادة المشتركة صريحاً أو ضمناً.

في الواقع أن الإجابة على هذه التساؤلات ليست سهلة حيث لا يخضع المحكم لقانون معين، إذ يتم اختيارهم من قبل الخصوم أنفسهم ويستمدون سلطاتهم من الاتفاق المبرم بينهم، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا البحث معتمدين على اتجاه الفقه الدولي إلى تبني قاعدة

التنظيم الذاتي للعقود Self Regulatory Contracts أي أن العقد هو نظام قانوني ذاتي له القدرة على إيجاد قواعد قانونية وبالتالي فإن ما يتفق عليه أطراف التعاقد فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم هي القواعد القانونية الملزمة لهم سواء فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المبرم بينهم. ويمكن القول ابتداءً أن النظم القانونية المعاصرة أصبحت تتبنى قاعدة إخضاع منازعات عقود واتفاقيات الاستثمار للقانون المختار صراحة من قبل أطراف التعاقد أو تلك التي يمكن استخلاصها من إرادتهم الضمنية، وعليه ستطرق في هذا الفصل إلى الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ومن ثم الاختيار الضمني، كما ستطرق إلى مدى صلاحية المحكم في احترام الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

### المبحث الأول

#### الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق في منازعات عقود BOT

انطلاقاً من قيام التحكيم على إرادة أطراف النزاع فإن إعطاء الأولوية لقانون الإرادة يتفق مع اعتبار التحكيم عدالة خاصة تستمد شرعيتها من اتفاق التحكيم حيث إن إرادة أطراف التحكيم هي مصدر اختصاص المحكم، وبالتالي فإن حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع ومدى حقوقهم والتزاماتهم من شأنه تحقيق العدالة والأمان لأطراف النزاع حيث إن تلك القواعد قائمة على إرادة وتراضي أطراف التعاقد، وبالتالي فهي تحقق التوازن بين مصالحهم المتعارضة كما أنها تحترم حقوقهم المتولدة من العقد وتحقق التعاون بينهم، كما أن تنظيم العقد للمسائل التي يمكن أن تثار بين الأطراف المتعاقدة يعد عامل استقرار وله أهمية بالغة<sup>(١)</sup>.

(1) H.trammer: the law of foreign trade in the legal systems of the countries of planned economy in the sources of the law of international trade, de-by Schmitt hof London, 1964, p.41.

ورغم إقرار الفقه المعاصر بمبدأ السيادة القاعدية للأطراف المتعاقدة أي مقدرتها على إيجاد قواعد ذاتية لتنظيم حقوقهم وواجباتهم فإن بعض النظم القانونية لاتزال ويدرجات متفاوتة تتجاهل العمل بذلك من ذلك نص المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ التي لم تنص على حسم النزاع وفق شروط عقد التحكيم بل نصت على قيام هيئة التحكيم بالفصل بالمنازعة وفق النظم القانونية التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة. هذا ويساير هذا الاتجاه كل من قانون التحكيم الفرنسي لعام ١٩٨١ وقانون التحكيم الهولندي لعام ١٩٩٣ وقانون التحكيم الانجليزي لعام ١٩٩٦ وقانون التحكيم السويسري لعام ١٩٨٧م.

وتبين من ذلك أنه رغم اتفاق هذه القوانين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار بما في ذلك منازعات عقود B.O.T إلا أنها تتجاهل ضرورة تطبيق أحكام العقد أو اتفاق الاستثمار.

وعلى خلاف تجاهل هذه الأنظمة القانونية لأولوية تطبيق الأحكام التعاقدية، هناك نظم قانونية تستوجب تطبيق الأحكام العقدية بعد تطبيق القانون الوطني الذي يحدده الأطراف حيث تنص قواعد UNCITRAL المعدلة في عام ٢٠١٠ (المادة ١/٣٥) على قيام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي يعينه الطرفان على موضوع النزاع، كما نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على أنه في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد، كما أن المادة ٤/٢٨ من القانون النموذجي ( Model Law) تؤكد على هذا المعنى، ويساير هذا الاتجاه المادة ٢/١٧ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٨٨ أما المادة ٢٨ من لائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤، فقد أعطت الأولوية في التطبيق لاشتراطات وأحكام العقد حيث تنص هذه المادة على قيام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع طبقاً لأحكام العقد المبرم بين الطرفين ومن ثم القانون الذي يختاره الطرفان، كما أن اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧، تنص في المادة ١/٢١

على أن يتم فصل المنازعة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي يتفق عليه الطرفان.

ويتبين من ذلك أنه رغم اتفاق هذه الأنظمة القانونية على الإقرار بمبدأ السيادة القاعدية للمتعاقدين، إلا أن الخلاف في التفضيل في الأسبقية في التطبيق بين القانون الذي يعينه الطرفان وبين أحكام العقد، إذ يرى جانب من الفقه المعاصر إلى ضرورة التزام هيئة التحكيم بتسوية المنازعات وفقاً لأحكام العقد أولاً ومن ثم القانون الذي يختاره أطراف العقد في حالة التعذر في معرفة أحكام الاتفاق<sup>(١)</sup>.

ومن استقراء هذه الأنظمة ومن قوانين معظم دول العام كقانون التحكيم الإيطالي لعام ١٩٩٤ والألماني لعام ١٩٩٧ والأسباني لعام ٢٠٠٣ والياباني لعام ٢٠٠٣ والتونسي لعام ١٩٩٣ والمصري لعام ١٩٩٧ والمادة ٤٣ من مشروع القانون الاتحادي الإماراتي لسنة ٢٠٠٦ يتبين اتفاقها على قاسم مشترك وهو إعطاء الأولوية لقانون الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم إذ يستمد نظام التحكيم وجوده من اتفاق الأطراف باللجوء إليه، وهذا يعني أن هذه الأنظمة والقوانين تعترف بحق أطراف العقد في تعيين أو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وفي هذا الاتجاه نرى أن الفقه المعاصر يتجه إلى منح أطراف التحكيم حرية كاملة في اختيار القانون واجب التطبيق<sup>(٢)</sup>، كما أن اتجاه معظم قوانين التحكيم ونصوص لوائح هيئات ومؤسسات التحكيم يتفق مع هذا الاتجاه، حيث نجد أن مجمع القانون الدولي سواء في دور انعقاده في مدينة أوصلو عام ١٩٧٧ أو في دور انعقاده في مدينة أثينا عام ١٩٧٩ تذاشد أطراف التعاقد على ضرورة التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق،

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مجلة الأمن والقانون، شرطة دبي، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، ص ١٧.

(٢) انظر في ذلك: د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٢٢٦. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ٤٢٣.

كما تنص المادة ٢٨ من القانون النموذجي للأمم المتحدة على حق أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق حيث تنص هذه المادة على أنه "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع".

ونرى في هذا الصدد أن منح أطراف العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو في الواقع تجسيد لمبدأ احترام سلطان الإرادة والتي تقر به معظم التشريعات القانونية الوطنية والأنظمة القانونية لمراكز التحكيم الوطنية والدولية لذا فإن أي تقاعس عن تحديد القانون الواجب التطبيق يعني المزيد من المشاكل والمعوقات القانونية وبالتالي ضياع الوقت والجهد وبالتالي تعريض هيئات التحكيم في اجتهادات قد تكون غير صائبة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ونرى بهذا الصدد بأن القانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة يجب أن يكون على صلة بالنزاع المعروض على التحكيم، وندعم هذا الرأي بما ينص عليه القانون التحكيم المصري واللبناني والفرنسي إضافة إلى المادة ٢/٤٣ من مشروع القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦ التي تنص على أنه "إذا اتفق الطرفان على القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى فيه أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع. وبذلك نرى مدى تكريس المشرع الإماراتي لحق أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق وصلاحيه هيئة التحكيم في تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع ماعدا حالة التحكيم بالصلح حيث يتم تسوية المنازعات وفق قواعد العدالة والإنصاف وهذا ما تنص عليها المادة ٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ والمعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، كما أن عدم اختيار هذا القانون ابتداءً عند تحرير العقد لا يعني حرمان أطراف التعاقد في تحديد هذا القانون لاحقاً في اتفاق مستقل أو شفاهة أمام هيئة التحكيم وهذا ما تنص عليه المادة ٢/٣ من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ لدول الاتحاد الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق، كما أن القانون الدولي الخاص السويسري لعام



١٩٨٧ وكذلك القانون الدولي المجري لعام ١٩٧٩ يؤكدان على سريان القانون الذي يختاره الأطراف على منازعات التحكيم سواء تم اختيار هذا القانون قبل أو إبرام عقد التحكيم، ووفقاً لما تقررها بعض الاتفاقيات الدولية كالمادة ٢/٣ من اتفاقية روما فإن المحتكمين يملكون سلطة تعديل القانون الواجب التطبيق بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية.

ونرى بهذا الصدد أنه في حالة اتفاق أطراف التحكيم على قانون معين فإن مقتضيات المنطق والعدالة تستوجب تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون من دون قواعد الخاصة بتنازع القوانين أو قواعد الإسناد<sup>(١)</sup> ويؤيد هذا الاتجاه كل من القانون الإسباني لعام ٢٠٠٣ حيث تنص المادة ٢/٣٤ على أن تحديد قانون أو نظام قانوني لدولة معينة، يقصد به القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعد التنازع فيه، مالم يتفق على خلاف ذلك، هذا وينص كل من قانون التحكيم الياباني لعام ٢٠٠٣ وقانون التحكيم الألماني لعام ١٩٩٧ وقانون التحكيم التركي ١٩٩٩ وكذلك المصري والعماني والأردني على ذلك. ومن الضروري هنا التطرق إلى فرضية كون القانون الواجب التطبيق يتضمن حكماً متعلقاً بالنظام العام يخالف شروط العقد وكيفية التوفيق بين التزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة وبين ضرورة مراعاة هيئة التحكيم لشروط العقد محل النزاع.

فيما يتعلق بهذه المسألة نرى أن كلاً من الشروط التعاقدية والقانون الواجب التطبيق هما من اختيار إرادة الأطراف المتعاقدة، وبالتالي فإن لهذه الأطراف أعمال شروط العقد التي لا تتعارض مع القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق وتعديل أو إلغاء تلك التي تتعارض مع هذه القواعد.

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، درا النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٨ ص ٤٣١.

في الواقع أن اختيار أطراف التعاقد للقانون الواجب التطبيق يلعب دوراً هاماً في العقود الاستثمارية سواء أكان التحكيم وطنياً أو دولياً، إذ أن الرأي السائد في فقه وقضاء مختلف الدول بأن الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة هي معيار الإسناد الأول والأكثر أهمية في العقود الاستثمارية التي يبرمه القطاع العام ولاسيما في العقود الإستراتيجية وخاصة عقود BOT، إذ يترتب على تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة من قبل المتعاقدين تجنب الكثير من العوائق والمشاكل القانونية والإجرائية حيث إن هذا القانون يكون في معظم الحالات هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة<sup>(١)</sup> والمأنحة لعقد الاستثمار.

ولأهمية تعين القانون الواجب التطبيق على العقود الاستثمارية ولاسيما في عقود BOT فقد أصبحت الجهة المأنحة للاستثمارات الاستراتيجية عن طريق هذه العقود تحرص أشد الحرص على هذه المسألة لتسوية المنازعات المتعلقة بهذه العقود عن طريق التحكيم، وتؤكد الإحصائيات أن غالبية عقود الاستثمارات التي تعقدها الدولة سواء مع القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي تتضمن اختيار القانون الوطني باعتباره القانون الواجب التطبيق سواء بصفة منفردة أو معضداً بغيره من القوانين. لقد كانت مصر سباقة بين الدول في هذا المجال إذ نصت عقود BOT التي أبرمتها مع بعض الشركات الأجنبية لإنشاء مطارات بمصر على علم، والعلمين، ورأس سدر على تطبيق القوانين المصرية حصراً لتسوية منازعات هذه العقود وسلكت مصر نفس المسلك في العقد التي أبرمتها مع شركة أجنبية لإقامة محطة كهرباء سيدي كبرير وفق عقد B.O.T إذ نصت المادة ٨/٢٠ من العقد على أن "تخضع هذه الاتفاقية والالتزامات المترتبة عليها للقوانين المصرية ويتم تفسيرها وتأويلها وفقاً لهذه القوانين.

(١) محمد الروبي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أبوظبي ٢٠٠٨ ص ١٧٣.

(٢٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١.

ويتبين من دراسة هذه العقود بأن القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود B.O.T التي أبرمتها الدول المصرية هو القانون المصري على سبيل الحصر من دون الالتفات إلى أي قانون أجنبي آخر.

وفيما يتعلق بحكومة مدغشقر فإنها سلكت مسلكاً آخر في عقد B.O.T المبرم بينها وبين إحدى الشركات الكندية عام ١٩٩٦ لإقامة مشاريع وأنشطة تعدينية إذ جاءت في المادة ٣٣ من هذا العقد بأن قانون دولة مدغشقر يطبق في حل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ أو تفسير هذا العقد - إلى جانب عدة مصادر قانونية أخرى وبذلك أفسح المجال أمام محكمة التحكيم بالبحث عن الحل أولاً في أحكام القانون المدغشقري ومن ثم في المصادر الأخرى كأحكام القضاء الوطني ومن ثم أحكام القضاء الفرنسي ومن ثم في المبادئ العامة للقانون.

ويتبين من ذلك أن حكومة مدغشقر قد تبنت القانون الوطني كقانون واجب التطبيق مع تعضيده بقوانين أخرى أي أن القانون الوطني ليس بالقانون الوحيد الواجب التطبيق في منازعات عقود B.O.T بل يشاركه في ذلك مصادر أخرى.

ومما سبق يمكن القول أن الدول المانحة للامتياز تحرص على أن تتضمن عقود B.O.T نصاً صريحاً بشأن القانون الواجب التطبيق والتي غالباً ما تكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو يكون معضداً بغيره من القوانين

وفيما يتعلق بالمشروع الإماراتي فإن موقفه لا يختلف في ذلك عن غيره من المرشحين إذ لا يتضمن قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم المعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ استبعاد التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير عقود الاستثمارات وبضمنها عقود B.O.T وقد قررت المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٣٦٥ في ١٩٩١/٣/٩ بأنه يمكن الاتفاق على إحالة كافة المنازعات الناشئة عن تطبيق العقد أو تنفيذه أو تفسيره إلى التحكيم ، كما لا يستبعد المشروع الإماراتي تطبيق القانون الذي يختاره الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة والذي هو في

الغالب القانون الإماراتي لوحده أو معضداً بقوانين أخرى. وقد سائر  
المشرع الإماراتي بذلك الاتجاه الحديث للقانون النموذجي للأمم المتحدة  
ولاسيما المادة ٢٨ التي تنص على قيام هيئة التحكيم بفصل النزاع وفق  
القانون الذي يتفق عليه أطراف عقد التحكيم، وقد أكد المشرع الإماراتي  
على هذا النهج في مشروع قانون التحكيم الاتحادي حيث تنص المادة  
٠/١٤٣ على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي  
يتفق عليها الطرفان، وان اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبع القواعد  
الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على ذلك.  
وفيما يتعلق بالإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها في حالة  
عدم اتفاق أطراف التحكيم على الإجراءات الواجبة الإتباع في تسوية  
المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقود الإستراتيجية ومن ضمنها عقود  
B.O.T. نرى أن المشرع الإماراتي تبنى حرية الأطراف في الاتفاق على  
هذه الإجراءات، وفي حالة عدم وجود أي اتفاق بصدد ذلك فإن هيئة  
التحكيم تتبع الإجراءات التي تراها ملائمة إذ تنص المادة ٢١٢ من قانون  
التحكيم الإماراتي على أنه "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات  
المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب (باب التحكيم) والإجراءات  
الخاصة بدعوة الخصوم وسماع وجه دفاعهم.... ومع ذلك يجوز الاتفاق  
على إجراءات معينة يسير عليها المحكم.

وبناء على ماتقدم فإن الأصل في هذه الإجراءات هو ما يتفق عليها  
أطراف التحكيم، وفي حالة انتفاء الاتفاق فالمحكم يلتزم بإتباع إجراءات  
مناسبة وبشرط عدم تعارضها مع الإجراءات المنصوص عليها في قانون  
التحكيم - وهذا ما سار عليه القضاء في دولة الإمارات إذ قضت محكمة  
تميز دبي في الطعن رقم (١٥) بتاريخ ١٠/٨/١٩٩٥ بأن الأصل في المادة  
٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية يدل على أن المحكم لا يتقيد بحسب  
الأصل بإجراءات المرافعات المتبعة في الدعاوى أمام المحاكم ولكنه يلتزم  
بإتباع الإجراءات الواردة في باب التحكيم وما يتفق عليه الخصوم من  
إجراءات معينة.

## المبحث الثاني

عدم تعيين الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق في منازعات عقود B.O.T في أغلب حالات إبرام عقود B.O.T يتفق أطراف العقد على تطبيق قانون معين على المنازعات التي تنشأ عن تفسير أو تنفيذ هذه العقود مما يؤدي إلى عدم إثارة مشاكل قانونية حيث يلتزم المحكم بتطبيق قانون إرادة طرفي المنازعة غير أن المشكلة تثور في حالة عدم تطرق أطراف العقد إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث لا يزال ذلك يثير جدلاً فقهيًا واسعاً<sup>(١)</sup> حول إمكانية قيام هيئة التحكيم بالاجتهاد للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق.

تباين مواقف لوائح مؤسسات وتشريعات التحكيم في هذه المسألة فمنها ما ترى بأن لهيئة التحكيم أن تحدد مباشرة القانون الذي تراه مناسباً لحكم المنازعة ومنها ما تدعو إلى الأخذ بقواعد الإسناد المناسبة لتحديد هذا القانون ومن لوائح ومراكز التحكيم التي أخذت بفكرة قواعد الإسناد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المعدلة لعام ٢٠٠٠ حيث تنص المادة (٢٣) على أنه إذا لم يتفق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق وجب تطبيق القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي تراها هيئة التحكيم أنها واجبة التطبيق، وكذلك تنص المادة ١٢ من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٣ على أنه في حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق... يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي يرونها مناسبة.

ويتبين من هذا الاتجاه بأن هيئة التحكيم لها صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق قواعد الإسناد، إلا أن ذلك يجب أن لا يفسر على أساس إطلاق يدها في تطبيق ما تشاء من قواعد التنازع أو الإسناد لدولة ما دون أخرى بل لا بد أن تؤدي قواعد الإسناد إلى تحديد قانون

(١) فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الجامعة، دبي ٢٠٠٦ ص ١٩.

ملائم لمعطيات المنازعة المعروضة على التحكيم وهذا ما يسير عليه نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج في المادة ١٢ وبعض قوانين التحكيم التجاري في بعض الدول كاليونان وبلغاريا.

وبخلاف هذا الاتجاه تتجه بعض مؤسسات التحكيم وكذلك تشريعات التحكيم في بعض الدول إلى منح هيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق مباشرة في حالة انعدام اتفاق الأطراف حول ذلك. وقد تبنى هذا الاتجاه محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA لعام ١٩٩٨ حيث تنص المادة ٣/٢٢ على قيام هيئة التحكيم بتطبيق القانون أو القواعد القانونية التي تراها مناسبة، ويتفق هذا الاتجاه مع قواعد الاونستيرال لعام ٢٠١٠ حيث تلزم هيئة التحكيم وفقاً للمادة (٣٥) بتطبيق قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، وفي حالة عدم تعيين تلك القواعد من قبل الأطراف تقوم هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي تراه مناسباً. كما أن غرفة التجارة الدولية بباريس "تؤيد هذا الاتجاه حيث تنص المادة ١/١٧ من نظامها على أنه "إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق تقوم محكمة التحكيم بتطبيق قواعد القانون الذي تراه ملائماً، كما نرى أن نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤ ينص في المادة ٣٣ على أنه "إذا لم يتفق الأطراف صراحة أو ضمناً على القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع تطبق هيئة التحكيم القانون أو القوانين الأوثق ارتباطها بموضوع النزاع"، ولا يختلف موقف لائحة تحكيم الجمعية الأمريكية AAA (المادة ١/٢٩) المعدلة لعام ١٩٩٢ وكذلك لائحة جمعية التحكيم الإيطالية (المادة ٢/١٧) لعام ١٩٨٥.

كما ويساير هذا الاتجاه كل من قانون التحكيم الاسباني لعام ٢٠٠٣ والمصري لعام ١٩٩٩ والفرنسي لعام ١٩٨١ والهولندي لعام ١٩٨٦ والألماني لعام ١٩٩٧ والتونسي لعام ١٩٩٣ والجزائري لعام ١٩٩٣ والأردني لعام ٢٠٠١ عن هذا الاتجاه.

ومن الضروري هنا أن نؤكد بأن هيئة التحكيم عندما تقوم بتطبيق القانون الواجب التطبيق فإنها تبذل جهوداً للوصول إلى تحديد القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالنزاع أو القانون المناسب أو الملائم ويجب أن يتفق مع الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة وعلى ضوء الاستعانة بالنظريات المعروفة في النظم القانونية المعاصرة مثل نظرية التوطن ونظرية القانون الملائم ونظرية الأداء المتميز<sup>(١)</sup>.

ومن الضروري أن نشير هنا أن الأساس الاتفاقي للتحكيم يمنح المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفق مبادئ العدل والإنصاف في حالة اتفاق الأطراف على ذلك صراحة أي أن أطراف العقد قد لا يحددون القانون الواجب التطبيق إنما يمنحون هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفق مبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بقواعد قانونية معينة كما هو الحال في التحكيم مع التفويض بالصلح وتجزيم معظم التشريعات ذلك من ذلك قانون التحكيم المصري حيث تنص المادة ٤/٣٩ على أنه يجوز لهيئة التحكيم، إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف... كما تنص المادة ٢/٢١٢ من قانون التحكيم الإماراتي على أنه "يكون حكم المحكمة على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد..." ويتفق هذا الاتجاه مع كل من الاتفاقية الأوربية للتحكيم (المادة ٧) لعام ١٩٦١ واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري العام (مادة ٢/٢١) كما يتفق ذلك مع لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٨١ (مادة ٣/١٧) ولائحة إجراءات التحكيم التجاري لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤ (مادة ٢٤).

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ ص

ونرى بهذا الصدد أنه رغم أن أغلب التشريعات المقارنة يميز للمحكمة المفوض بالصلح أن يفصل في النزاع الذي نشأ أو الذي يمكن أن ينشأ بسبب تفسير أو تنفيذ العقد وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف وذلك في حالة اتفاق الأطراف على ذلك، فإن هذا النوع من التحكيم يشوبه الكثير من الحذر وعدم توفر الأمان القانونية حيث مسألة تحقق العدالة قد تكون نسبية ويتوقف على القناعة الشخصية للمحكم الذي قد يصيب أو قد يخطأ.

ومن هنا فإن اللجوء إليه أصبح نادراً في الحياة العملية كما أن أغلب التشريعات وإن كانت تجيزه إلا أنها تحاول التضييق من نطاقه وتشرط الاتفاق الصريح باللجوء إليه من قبل أطراف العقد، وبالتالي فلا يملك المحكم تسوية المنازعة وفق قواعد الإنصاف والعدالة في حالة عدم الاتفاق الصريح للأطراف المتعاقدة باللجوء إلى هذه القواعد وذلك بخلاف حالة سكوت هذه الأطراف عن القانون الواجب التطبيق حيث يلزم المحكم بالبحث عن هذا القانون عن طريق الكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، ومعرفة اتجاهها نحو اختيار نظام قانوني معين حيث إن العبرة بالمقاصد الحقيقية للأطراف المتعاقدة وليس بالألفاظ المستعملة أو التغافل أو السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق.

وبصرف النظر عن الاجتهادات الفقهية الخاصة بحالة عدم تعبير الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق، نرى أنه في حالة خلو عقود B.O.T من نص صريح لتحديد هذا القانون على موضوع النزاعات الخاصة بهذه العقود فإنه يجب على المحكم الاجتهاد للوصول إلى معرفة ذلك القانون لتسوية المنازعة، ويتم ذلك عن طريق الكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة من خلال تفسير وتحليل أحكام العقد أو من ظروف أو ملابسات القضية التحكيمية والظروف المحيطة بعملية التعاقد، فدور المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف عملية معقدة إذ على المحكم استقراء العقد وكافة الظروف المحيطة به كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ولغته ومصطلحاته بغية معرفة المقاصد الحقيقية



لأطراف التعاقد في تطبيق قانون معين، فهذه المقاصد يجب أن تعبر فعلاً عن الإرادة الضمنية ويجب أن تكون حقيقة ومؤكدة، ولا بد من التزام هيئة التحكيم بالواقعية والموضوعية في استنباط القانون الواجب التطبيق في تفسيرها لمقاصد الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة ويجب أن يكون هذا القانون في كل الأحوال هو القانون المناسب أو الملائم أو الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

وبالرغم من عدم تطرق قانون التحكيم الإماراتي لهذه المسألة، نرى أنه في غياب تعبير الإرادة الصريحة عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في كافة العقود الاستثمارية ولاسيما في عقود B.O.T فإنه يجب تطبيق قانون الدولة المانحة الامتياز أي قانون دولة مقر المشروع باعتباره القانون الأكثر ارتباطاً بالمشروع الذي يتم تنفيذه في نطاقها الجغرافي<sup>(١)</sup> وأكثر ملائمة واتصالاً بموضوع النزاع<sup>(٢)</sup>، ويمكن دعم هذا الرأي بالاستناد إلى المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ التي تنص على أنه "يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بصورة وثيقة"، كما تقضي المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ بأن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقاً للقواعد التي يختارها الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق فإنها تطبق قانون الدولة المتعاقدة. كما أن الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم تؤيد هذا الاتجاه، إذ قرر مركز التحكيم التجاري في القاهرة عام ١٩٨٥ تطبيق القانون المصري باعتباره قانون الدولة المتعاقدة واستند في ذلك بأن هذا القانون هو أكثر صلة بالعقد وبأنه قانون محل إبرام العقد وتنفيذه، كما قررت هيئة التحكيم في نزاع بين دولة أفريقية وشخص بلجيكي بشأن الامتياز الممنوح لهذا الأخير في شراء منتجات المناجم إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

(١) عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود BOT دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ٢٠٠٨ ص ١٤١.

(٢) محمد حسين منصور، العقود الدولية، طبعة دار الجامعة الجديدة، بدون سنة الطبع، إسكندرية ٤٩٨.

ويستفاد مما سبق بأنه في حالة غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فإن القانون الإماراتي واجب التطبيق في عقود B.O.T التي تبرم في دولة الإمارات باعتباره قانون الإرادة المفترضة في هذه العقود والأكثر ارتباطاً واتصالاً بها، وبالتالي فهو أكثر القوانين ملائمة لحكم المنازعات الناشئة عن عقود BOT التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام مع أشخاص القانون الخاص. ويؤيد هذا الاتجاه مشروع قانون التحكيم الاتحادي لعام ٢٠٠٦ إذ تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٣) على أنه "إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت الهيئة القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع". وبذلك حسم المشرع الإماراتي في هذا المشروع مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود B.O.T في حالة عدم تعبير أطراف العقد عن إرادتهم بصراحة.

في الواقع أن المشروع الإماراتي يساير الاتجاه الذي يتبناه فقه القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بسلطة المحكمين في تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد وهو قانون الدولة المتعاقدة وذلك في حالة عدم تعبير أطراف العقد عن القانون الواجب التطبيق، كما يساير هذا المشروع اتجاه أغلب التشريعات الدولية منها تشريعات الدول العربية ومن ضمنها القانون التونسي مادة (٧٣) والجزائري مادة (٤٥٨) والبحريني (٤/٢٨) والمصري (مادة ٢/٣٩) والعماني (مادة ٢/٣٩) والأردني (مادة ٣٦).

وبناء على ماتقدم نؤكد بأن قانون التحكيم الإماراتي باعتباره قانون دولة المشروع (في عقود B.O.T التي تبرمها دولة الإمارات) هو القانون الواجب في حالة عدم وجود نص صريح بتطبيق قانون ما على هذه العقود لارتباط جميع عناصر هذه العقود بقانون دولة الإمارات، أي أن قانون دولة الإمارات هو القانون الأكثر اتصالاً بأي نزاع ينشأ من تفسير أو تنفيذ عقود BOT لذا فهو القانون الواجب التطبيق رغم عدم تطرق أطراف العقد إلى ذلك بنص صريح.

## المبحث الثالث

### مدى احترام المحكم للإرادة المشتركة للمتعاقدين

سبق وأن تطرقنا إلى مدى قدرة أطراف عقود B.O.T في اختيار القانون الذي يطبق عن المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ هذه العقود حيث بينا بأنه يحق لأطراف التعاقد اختيار القواعد القانونية في إطار النظام العام والمصلحة المشروعة كما بينا بأنه في حالة عدم الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق فإن المحكم يستخلص الإرادة الضمنية الأكيدة لأطراف التعاقد من قرائن وظروف وملابسات العقد للوصول إلى هذا القانون والذي هو القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع.

والتساؤل الذي يثار هنا حول مدى إمكانية منح المحكم سلطة استبعاد قانون الدولة المتفق عليه صراحة لتطبيقه على منازعات B.O.T أو استبعاد القانون الذي تأكد للمحكمة بأنه قانون الإرادة المفترضة (الإرادة الضمنية) لأطراف التعاقد لتطبيقه على العقد.

في الواقع أن الخلاف الفقهي حول هذه المسألة لاتزال مستمرة بين مؤيد ومعارض حيث يحاول كل فريق تبرير موقفه وفي هذا الصدد نؤيد الرأي القائل بأن المحكم لا يملك استبعاد قانون الدولة المتعاقدة والذي تم اختياره صراحة أو ضمناً من قبل اتفاق الأطراف وندعم رأينا بما يلي :

١- يقوم التحكيم أساساً على اتفاق إرادة أطراف النزاع في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وإجراءات التحكيم وبالتالي فإن المحكم يستمد سلطته في فض المنازعات من إرادة الأطراف وبالتالي فإنه ملزم باحترام هذه الإرادة وعدم مخالفتها، فهو لا يملك نظاماً قانونياً خاصاً به ولا يستمد ولايته من سلطان دولة معينة بل يستمد من العقد المبرم بين أطراف التحكيم.

٢- إن إرادة أطراف التحكيم هي مصدر اختصاص المحكم وبالتالي فإن التزامه بتطبيق القانون الذي حدده الأطراف صراحة أو ضمناً ليس مصدره وظيفته المحكم وإنما مستمد من المهمة الموكلة إليه من أطراف العقد .

٣- لا يملك المحكم سلطات واسعة في تفسير أو تنفيذ القانون المختار صراحة أو ضمناً من قبل أطراف التحكيم فهو يطبق هذا القانون بوصفه أمر واقع قرره أطراف التعاقد وبالتالي لا يستطيع تفسيره تفسيراً مغايراً للتفسير المعتمد في الدولة صاحبة القانون ناهيك أنه ملزم بالنظام القانوني لهذه الدولة وبالتالي عليه تطبيق القانون و بالحالة التي اتفق عليه أطراف التعاقد حيث إن القانون المختار من قبل الأطراف يصبح قاعدة قانونية تستمد إلزامها وقوتها من إرادة أفراد التحكيم وبالتالي على المحكم تطبيقه بحالته الواقعية باعتباره مسلمة من المسلمات وكذلك الأمر بالنسبة للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف إذ أنها تندمج في اتفاقية التحكيم وتصبح شروطاً تعاقدية<sup>(١)</sup> ملزمة.

وبالانتقال من هذا التعميم إلى قانون التحكيم الإماراتي نرى أن إهمال المحكم لتطبيق القانون المختار صراحة أو ضمناً من قبل أطراف التعاقد في عقود B.O.T وبالحالة التي يكون عليها وقت الاختيار يعني خروج المحكم عن المهمة المكلف بها ومخالفته لقواعد التحكيم الإماراتي وبالتالي فإن ذلك يترتب عليه بطلان قرار التحكيم إذ تنص المادة (١/٢١٦) على أنه "يجوز للخصوم طلب بطلان حكم المحكمين.... إذا خرج الحكم عن حدود الوثيقة". كما أجازت المادة ١/٥٧ من مشروع قانون التحكيم الاتحادي لعام ٢٠٠٦ إبطال حكم المحكمين إذا استبعد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

وتبين من ذلك بأنه إذا كان حكم للمحكمين في منازعات عقود B.O.T يتضمن استبعاداً للقانون الذي عينه أطراف التعاقد صراحة أو ضمناً فإنه وفقاً للقانون الإماراتي يجوز للخصوم طلب بطلانه لتجاوز المحكم على إرادة أطراف التحكيم. والقول بخلاف ذلك يعني تجاهل إرادة

(١) عكاشة محمد عبد العال . القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري ، بحث

مقدم إلى مؤتمر كلية القانون - جامعة الإمارات العربية حول التحكيم التجاري ٢٠٠٨ - ص ٦٠٨.

أطراف التعاقد وبالتالي مخالفة الحالة التي تنص عليها المادة (١/٢١٦) والذي يجعل حكم التحكيم عرضة للبطلان إذ خالف وثيقة الاتفاق المعقود بين أطراف التعاقد، كما أن مشروع قانون التحكيم الإماراتي قد عبر بوضوح عن رأيه في هذا الموضوع في المادة ١/٥٧ حيث قرر أنه في حالة استبعاد المحكم للقانون الواجب التطبيق للقانون والمتفق على أعمال أحكامه فإن ذلك يؤدي إلى إبطال حكمه.

في الواقع أن اتجاه المشرع الإماراتي في هذه المسألة يتفق مع اتجاه المشرع المصري الذي اتخذ موقفاً صريحاً من إهمال المحكم للقانون المتفق عليه من قبل أطراف التعاقد صراحة أو ضمناً إذ نص في المادة ٥٣ من قانون التحكيم لعام ١٩٩٤ على بطلان حكم التحكيم إذا استبعد المحكم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، كما يتفق اتجاه المشرع الإماراتي مع نصوص اتفاقية واشنطن حيث يمكن إبطال حكم المحكم في حالة استبعاده للقانون الذي اتفق عليه أطراف التعاقد صراحة أو ضمناً وذلك استناداً إلى المادة (٥٢) من هذه الاتفاقية.

ولتلافي المشاكل الناجمة عن القانون الواجب التطبيق نرى من الضروري أن تولي الجهات الحكومية ولاسيما في الدول النامية عند إبرامها لعقود B.O.T اهتماماً واضحاً للقانون الواجب التطبيق وأن يتم صياغة الاتفاق بشكل صريح واضح غير خاضع لتفسير أو تأويل ممثلي الشركات العالمية المتعاقدة لأن أي صياغة مبهمه لبيان هذا القانون يعني إفساح المجال لمختلف التفسيرات والتأويلات ومنح الفرص لهيئات التحكيم لاستبعاد هذا القانون واستبداله بقانون آخر لمصلحة الشركات العالمية. وهناك أمثلة كثيرة تم فيها استبعاد قانون الدولة المتعاقدة حيث تم صياغة القانون الواجب التطبيق بطريقة أقرب إلى الغموض منها إلى الوضوح من ذلك ماحدث من خلافات في قضية Aramco حول تفسير العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو حول التحكيم عام ١٩٥٥ حيث نص العقد على أن تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقانون الساري في المملكة العربية السعودية فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في اختصاص

المملكة وطبقاً للقانون الذي تحدده محكمة التحكيم في المسائل التي تخرج عن اختصاص المملكة العربية السعودية (المادة الرابعة من مشاركة التحكيم). ويتبين من ذلك بأنه لم يتم أي إشارة أو تفسير حول ما يعني بها المسائل الداخلة في اختصاص المملكة أو تلك الخارجة عن اختصاصها. وقد وظفت هيئة التحكيم ذلك لصالح شركة Aramco وقررت بأن القانون السعودي المنبثق من الشريعة الإسلامية ووفقاً لما هو مقرر في المذهب الحنبلي هو الذي يلجأ إليه لتحديد الطبيعة القانونية لعقد امتياز البترول الممنوح من قبل المملكة السعودية لشركة Aramco إلا أنها توصلت إلى أن هذا المذهب لا يفرق بين المعاهدات التي تبرم بين الدول وعقود القانون العام أو العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة أو العقود التجارية، إذ تخضع جميع هذه العقود وفقاً للمذهب الحنبلي إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي فإن هذه الهيئة قررت استبعاد القانون السعودي على أساس أن المذهب الحنبلي لا يتضمن أي قاعدة محددة تطبق على الامتيازات البترولية لذا قررت تطبيق المبادئ العامة للقانون على العقد.

وفي قضية التحكيم بين حاكم إمارة أبوظبي وشركة النفط البريطانية Petroleum development لعام ١٩٥١ استبعد المحكم البريطاني Asquith قانون أبوظبي رغم أن القرائن والدلائل المنبثقة من العقد كانت تعبر عن الإرادة المفترضة (الضمنية) لأطراف التعاقد إلى أن قانون أبوظبي هو واجب التطبيق حيث إن المحكم قد أقر بذلك صراحة على أساس أنه أوثق القوانين صلة بالعقد إلا أنه عاد وتذرع بحجة ممارسة حاكم أبوظبي للسلطة القضائية وفقاً للشريعة الإسلامية وبالتالي فإنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة وبالتالي فإنه ادعى بعدم ملائمة قانون أبوظبي لحكم المعاملات التجارية الحديثة وتمسك بتطبيق القانون الإنجليزي على العقد. ومن استعراض هذه القضايا نرى ضرورة تضمين عقود B.O.T وينص صريح للقانون الواجب التطبيق لتلافي توظيف أي غموض أو لبس لمصلحة الشركات الأجنبية التي تعاقد مع الدولة في مجال الاستثمارات

الاقتصادية الإستراتيجية إذ يستغل المحكم في الغالب ذلك لاستبعاد إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية التي تؤكد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. ويتبين من استعراض هذه القضايا كأمثلة حية على عدم اهتمام الدول المتعاقدة بصياغة شرط القانون الواجب التطبيق صياغة محكمة تجنبها محاولات الشركات العالمية لتطبيق القوانين التي تراعي مصالحها فقط، وهذا ما يمكن تحقيقها في عصرنا الحاضر ولا سيما أن أغلب الدول النامية ومنها الدول العربية تملك إمكانيات بشرية مؤهلة تمكنها من الدخول في مفاوضات صريحة شفافة وإبرام العقود على أساس تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ولا سيما أن عقود B.O.T تنصب على مرافق إستراتيجية هامة ذات اتصال مباشر بجمهور المواطنين في الدول المضيفة للاستثمار كما أنها تحقق مصالح للدولة المتعاقدة وكذلك لشركة المشروع.

### الخلاصة

١- إن تميز عقود B.O.T عن غيرها من العقود على أساس كونها عقوداً استثمارية تنموية ذات انعكاسات قومية قد جعلت منها عقوداً متداخلة ومتعددة الأطراف وبالتالي فإن هذه الخصوصية انعكست على المنازعات المتعلقة بها بحيث إن أي تراخ في حسمها يعني تعطيل استثمارات مالية هائلة، وهذا ما دفع بالمشرعين في مختلف الدول إلى البحث لإيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات الخاصة بهذه العقود بدلاً من اللجوء إلى القضاء وسليباته المتمثلة في ببطء التقاضي واهتمامه بالإجراءات الشكلية المعقدة سواء فيما يتعلق بالطعن في الأحكام وتعدد درجات التقاضي أو تنفيذ الأحكام. ومن هنا تم تبني مجموعة من الوسائل الودية لحل المنازعات الناجمة عن إبرام وتنفيذ عقود B.O.T مثل التحكيم، والتوفيق، الصلح، الوساطة، المفاوضات، ونظراً لما يتمتع به التحكيم من خصائص تتلائم مع خصوصية منازعات عقود B.O.T فقد أصبحت معظم العقود الخاصة بمشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص ومنها عقود B.O.T تبني التحكيم لتسوية المنازعات بطريقة ودية.

٢- لقد توصلنا من خلال هذا البحث بأن اللجوء إلى التحكيم رغم أنه أصبح من المسائل المستقرة في معظم العقود الاستثمارية المتعلقة بالركائز الأساسية ومنها عقود B.O.T التي تعقدها الدول ومن ضمنها دولة الإمارات العربية، إلا أن تحقيق مزايا التحكيم يعتمد على حسن توظيفه لجذب الاستثمارات الأجنبية وتوطين الاستثمارات الوطنية الأمر الذي يستوجب وجود قوانين خاصة به منسجمة مع الاتفاقيات الدولية والإقليمية ومن هنا نجد أن معظم تشريعات الدول قد تناولت تنظيم قواعد التحكيم بشكل تفصيلي وذلك إضافة إلى الاتفاقيات الدولية، وفيما يتعلق بقانون الإجراءات المدنية الإماراتي الحالي المتعلق بالتحكيم والمعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ فإنه يتسم بالعمومية إلا أن ذلك لا ينفي مرونته إذ نجد أن المادة (٢٠٣) لم تعين المنازعات الخاضعة للتحكيم تحديداً، ولم تجعل من الطبيعة القانونية لأطراف النزاع أو من طبيعة العلاقة القانونية معيار لتطبيقها وهذا يعني أن المشرع الإماراتي أجاز بذلك اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام أو الخاص ومن ضمنها عقود B.O.T. فهو يؤكد على جواز التحكيم في كافة العقود بصرف النظر ما إذا كانت عقود إدارية أو تجارية أو استثمارية حيث نص في المادة (٤/٢٠٣) على جواز التحكيم في كل المسائل التي يجوز الصلح فيها ولم يستثنى بذلك إلا العقود التي لا يجوز أن تكون محلاً للتصالح ويقصد بذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام كمنازعات الجنسية الوطنية أو المسائل الجنائية أو السيادية.

٣- وفيما يتعلق بطلب بطلان حكم المحكمين من قبل الخصوم تبين من خلال هذا البحث أن المشرع الإماراتي في مجال إصلاح خطأ حكم المحكمين قد استغنى عن طرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام القضائية واقتصر على منح الخصوم رفع دعوى طلب بطلان حكم التحكيم مستهدفاً من وراء ذلك عدم إطالة أمد النزاع في المنازعات التجارية بصفة عامة، ولا شك أن حسم المعاطلة في تمديد النزاع له دور مهم في حسم منازعات عقود B.O.T وكافة العقود الاستثمارية ذات التمويل الخاص،



حيث إن السرعة في حسم المنازعات هي من أهم مزايا عملية التحكيم والتي تتلاءم مع متطلبات التجارة والاستثمار واستقرار الحقوق والمراكز القانونية. ومن هنا فإن طلب بطلان حكم المحكمين في منازعات B.O.T استناداً إلى المادة (٢١٦) من قانون التحكيم الإماراتي بدلاً من اللجوء إلى أساليب الطعن والنقض ينسجم أيضاً مع خصوصية وطبيعة التحكيم وتحقق الكثير من الفوائد في حسم منازعات هذه العقود. إلا أن ذلك لايعني التوسع في تفسير أسباب البطلان وإنما يجب توخي الدقة والمصلحة في تفسير ذلك وعدم مجارة طرق الطعن في الأحكام القضائية.

وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على الحكم ببطلان حكم المحكمين، نرى في هذا الصدد استمرار التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم طالما أن الحكم بالبطلان غير قائم على بطلان الاتفاق على التحكيم في ذاته بسبب عدم توفر أحد أركانه أو شروط صحته أو لأن محل التحكيم لايجوز التحكيم فيه لتعلقه بالنظام العام.

وفيما يتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بحقه حكم قضائي يقضي ببطلانه، نرى أنه إذا كان حكم التحكيم تم إبطاله استناداً إلى المادة (٧) من الاتفاقية فيجوز تطبيقه، وعليه إذا صدر قرار ببطلان حكم المحكم في مقر دولة التحكيم فيما يتعلق بعقود BOT فيجب عدم تنفيذه إذا كانت تدخل ضمن حالات المادة (٧).

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فإن المشرع الإماراتي لم يستبعد أي تطبيق لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية حيث نص في مشروع قانون التحكيم (المادة ١/١٤٣) على تطبيق القواعد التي يتفق عليها أطراف العقد والذي غالباً ما يكون القانون الإماراتي لوحدته أو معضداً بقوانين أخرى. كما أن القانون الإماراتي هو الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح للقانون باعتباره القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع (المادة ٤٣ من مشروع قانون التحكيم)، وسائر المشرع الإماراتي في ذلك الاتجاه الغالب في الفقه والتشريع المقارن كفقهاء القانون الدولي الخاص

ومعهد توحيد القوانين كما ساير في ذلك القانون التونسي والجزائري والأردني والبحريني والمصري.

وفيما يتعلق بدور المحكم في تطبيق أو استبعاد القانون الذي يتفق عليها الأطراف لتطبيقه على منازعات عقود B.O.T، فإن المشرع الإماراتي أجاز للخصوم طلب بطلان قرار المحكم في حالة إهماله لإرادة أطراف التعاقد إذ نص في المادة (١/٢١٦) على جواز الطعن في حكم المحكم إذا كان يخالف وثيقة التحكيم المتفق عليها بين أطراف التعاقد، كما أن مشروع قانون التحكيم الإماراتي لعام ٢٠٠٦ ينص على إبطال حكم المحكم في حالة استبعاده للقانون المتفق علي أعمال أحكامه في حل المنازعات الناشئة بين أطراف العقد. وبذلك يتفق موقف المشرع الإماراتي مع موقف المشرع المصري وكذلك مع موقف قواعد اتفاقية واشنطن.

كما توصلنا من خلال هذا البحث إلى ضرورة تلافي الدولة عند إبرامها لعقود B.O.T استعمال الصياغة المهمة بشأن القانون الواجب التطبيق لتجنب المشاكل التي تشور بسبب ذلك واستغلالها من قبل الشركات المتعاقدة لصالح تطبيق القانون التي تضمن مصالحها واستبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

ونرى في خاتمة هذا البحث التأكيد على ضرورة إصدار قانون خاص بالتحكيم أسوة بالدول المتطورة الأخرى بدلاً من الاعتماد على القانون الحالي أو الاستعانة بالقواعد العامة أو قواعد قانون الإجراءات المدنية مع ضرورة الاهتمام بمراكز التحكيم الحالية لتقوم بدورها الريادي في مجال التحكيم الوطني والدولي واعتمادها على محكمين ذوي خبرة وكفاءة من المتخصصين في القضايا التحكيمية.

### **Conclusion**

**Today, proliferation of capital markets sits more and more with the private sectors due to their huge financial and technological capacities and expertise. Most countries find that it is necessary to rely on this sector for the establishment, financing and management of investment projects.**

Private sector are nowadays substantially involved in the construction, management and funding of public infrastructure projects based on various types of contracts such as BOT, BOOT, BLOT, BROT, BOO, ROT, MOO etc. These types of contracts are usually complex in nature by virtue due to the number of parties involved, the corresponding number of contracts, enormous value and the length of the implementation period.

Therefore, when settlement of disputes arise, appropriate and effective means to achieve natural justice in most friendly ways will be required negotiation, conciliation, mini-trial and arbitration to resolve disputes instead of resorting to the judiciary system. The writer believes means of arbitration is vital in resolving disputes of investment contracts, including BOT contracts, which are normally complex by its diverse financial and technical nature.

This paper have looked at different cases where arbitration to settle disputes have been applied to avoid judicial systems and to protect the strategic investment projects where concerned parties have requested nullification of the final arbitrator's award. The role of arbitrator in respect to the joint will of the Contracting Parties and the applicable laws in the settlement of disputes of B.OT contract, have also been discussed in this paper.

With regard to the invalidity of the award of the arbitrators, it was found the legislature of the UAE has abounded the judicial ways to challenge the award of arbitrator and replaced by granting the conflicting parties to sue the invalidity of the arbitration award.

The legislature of the UAE's speedy procedure to resolve disputes of contract such as BOT, that has an important advantage for the arbitration process. Article (216) of the UAE Arbitration is consistent with privacy and the nature of arbitration and brings a lot of interest in resolving disputes of these types of contracts. However this does not mean that exaggeration and expansion of the interpretation should not be avoid in judicial decisions.

## المصادر العربية :

- ١- أحمد علي السيد خليل ، مدى إمكانية التعايش والطعن معاً ، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي ، دبي والمؤتمر السادس عشر لكلية القانون مجلد (٣) عام ٢٠٠٨ .
- ٢- أحمد حسان مطاوع : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٧ .
- ٣- أحمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٨ .
- ٤- أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٨ .
- ٥- أحمد عبد الفتاح الشلقاني : التحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد (٤) لعام ١٩٦٦ .
- ٦- أحمد شرف الدين : سلطة القاضي إزاء أحكام التحكيم ، بدون ناشر ، الطبعة الثانية .
- ٧- جمال عمران اغنية الورفلي ، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٩ .
- ٨- حسن الهنداوي : مشروعات B.O.T دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٧ .
- ٩- حفيظة السيد حداد : الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية ، دار الفكر العربي الجامعي ١٩٩٧ .
- ١٠- عصام أحمد البهجي : التحكيم في عقود B.O.T دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٨ .
- ١١- علاء أباريان : الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٨ .
- ١٢- محمد الروبي : التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم ، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية القانون السادس عشر - دبي ٢٠٠٨ .
- ١٣- محمد عبد العزيز بكر : فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٠ .
- ١٤- محمد حسين منصور : العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة - اسكندرية .

- ١٥- محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٧.
- ١٦- محي الدين إسماعيل: منصة التحكيم التجاري الدولي، النسر الذهبي للطباعة - القاهرة ١٩٨٨.
- ١٧- محمود السيد النخبوي: أركان الاتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١.
- ١٨- عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم النزاع في التحكيم التجاري بحث مقدم إلى مؤتمر كلية القانون السادس عشر حول التحكيم التجاري ٢٠٠٨.
- ١٩- فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي - مكتبة الجامعة - دبي ٢٠٠٦.
- ٢٠- فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧.

#### المصادر الأجنبية:

- 1- Kausi (J): State Contracts with foreigners Helsinki. Finland 1976.
- 2- Lew (J.DM): applicable law in commercial Arbitration Ocean Publication. New York 1978.
- 3- Michael Mustil & Steward C. Boyd. The law and practice of commercial Arbitration in England. London 1989.
- 4- Paul Newman, Alternative Dispute Resolution. Britain 1999.
- 5- H. Trimmer. The Law of foreign trade in the Legal systems of the countries of planned Economy in the sources of the international Trad, ed- by Schmitt of. London. 1964.



# النظام القانوني للفصل في المنازعات الناشئة عن تجارة القطن في الداخل

دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية في

ضوء القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤

دكتور

محمد سعيد عبد الرحمن

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

مقدمة:

## ١- طرق فض المنازعات:

١- يعد القانون ضرورة اجتماعية لا غنى عنها لضبط وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، فبدونه لا يمكن أن يستتب أمن أو يوجد مجتمع منظم، وتصبح الجماعة حالة من حالات الصراع والهمجية، ويكون مآلها المحتوم هو الفناء<sup>(١)</sup>. فالقانون للجماعة كالعمود الفقري لجسم الإنسان<sup>(٢)</sup>. وإذا كان وجود القانون ضروري لضبط وتنظيم الحياة الاجتماعية، فلا بد - حتى تتحقق غايته - من احترام قواعده وإعمالها وتطبيقها في الواقع الاجتماعي<sup>(٣)</sup>. فالنظام القانوني - كما قيل بحق<sup>(٤)</sup> - لا يقوم ولا يحقق أهدافه بمجرد وجود القواعد القانونية، بل يلزم نفاذها الفعلي. فضرورة نفاذ القانون وإعمال قواعده وأحكامه لا تقل في أهميتها عن ضرورة وجوده.

والأصل<sup>(٥)</sup> أن يتم تنفيذ القانون تلقائياً Spontanement بواسطة الأفراد في المجتمع من خلال تعاملهم ونشاطهم. ويكون ذلك إما لاقتناعهم

(١) أنظر: عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية - ج ١ - القانون - ط ١٩٦٦ - بند ٣٥ - ص ٥٢.

(٢) أنظر: ديلفيكيو - دروس في فلسفة القانون - ميلانو - ١٩٥٣ - ص ٢٧٩ (مشار إليه في: عبد الحى حجازى - المرجع السابق - بند ٣٤ - ص ٥١ - هامش رقم ٦).

(٣) أنظر: وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني - ط ٢٠٠١ - دار النهضة العربية - ص ٣٨.

(٤) أنظر: وجدى راغب - الإشارة السابقة، محمود هاشم - استفاد ولاية القاضى المدني فى قانون القضاء المدني - ط ١٩٧٩ / ١٩٨٠ - بند ١ - ص ٧، أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - ط ١٩٩١ - بند ١ - ص ٥.

(٥) أنظر: فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدني - ط ٢٠٠٨ - دار النهضة العربية - بند ١، ص ٣، وجدى راغب - مبادئ - ص ٣٨، محمود هاشم - استفاد - بند ٢ - ص ٧، أحمد ماهر - الإشارة السابقة.

بأهمية قواعد القانون وضرورتها لضبط وتنظيم سلوكهم ومعاملاتهم، وإما لخوفهم من الجزاء الذى سيوقع عليهم عند مخالفة العمل بأحكامه وقواعده.

إلا أن هذا الأصل لا يتحقق على الدوام، فقد يشور النزاع بين الأفراد حول حقوقهم ومراكزهم القانونية أو حول تعاملاتهم وتصرفاتهم. وفى هذه الحالة يجب حل هذا النزاع ووضع حد له حتى تستقر هذه الحقوق والمراكز وتستقر المعاملات والتصرفات التى تمت بين الأفراد، وهو ما يعود بالخير على الأفراد وعلى المجتمع ذاته.

٢- ويتم حل المنازعات التى تنشأ بين الأفراد حول حقوقهم ومراكزهم القانونية عن طريق القضاء، فهو الجهة الأساسية التى أسند إليها المشرع مهمة حل هذه المنازعات وتوفير الحماية للحقوق والمراكز القانونية ضد أية عوارض تواجهها وتحول دون تمتع أصحابها بما تخوله لهم من سلطات ومكثات ومزايا.

وقد يتفق الأفراد على حل ما ينشأ بينهم من منازعات حول حقوقهم ومراكزهم القانونية أو حول معاملاتهم وتصرفاتهم عن طريق التحكيم. وبمقتضى هذا الاتفاق - شرطاً كان أو مشاركة - ينزل الأفراد عن حقهم فى اللجوء إلى القضاء، ويلتزمون بعرض النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم<sup>(١)</sup>.

ويفضل الأفراد الالتجاء إلى التحكيم بدلاً من قضاء الدولة لعدة أمور، أهمها<sup>(٢)</sup> سرعة الفصل فى المنازعات، والاقتصاد فى الوقت

(١) أنظر: أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والإجبارى - ط ٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف - ص ١٥، فتحى والى - الوسيط - بند ١٩ - ص ٣٧ وما بعدها، قانون التحكيم - ط ٢٠٠٧ - بند ١ - ص ١٣، أحمد السيد صاوى - الوجيز فى التحكيم - ط ٣ - ٢٠١٠ - بند ٥ - ص ١٣، حفيظة الحداد - الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجارى الدولى - ط ٢٠٠٧ - منشورات الحلبي الحقوقية - ص ٤٤، سيد أحمد محمود - مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات - ط ٢ - ٢٠٠٥ - دار النهضة العربية - ص ٢ وما بعدها.

(٢) أنظر: أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص ١١، فتحى والى - الوسيط - ص ٣٨، أحمد صاوى - الوجيز فى التحكيم - بند ١ - ص ٧ وما بعدها، أحمد هندى - تنفيذ أحكام المحكمين - ط ٢٥٠٩ - دار الجامعة الجديدة - ص ٦ وما بعدها، سيد أحمد محمود - مفهوم التحكيم - ص ١٩ وما بعدها.



والإجراءات، والسرية، وحاجة النزاع إلى هيئة فنية متخصصة للفصل فيه. وقد أصدر المشرع المصرى قانونا خاصا بالتحكيم، وهو القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٣- يوجد إذن طريقتان لحل المنازعات، وهما القضاء والتحكيم، وهما طريقتان متوازيتان لا يمكن دمجهما<sup>(١)</sup>. والفرق بين الطريقتين - خاصة فيما يتعلق بالطعن فى الحكم الصادر منهما - كبير. فأحكام القضاء تقبل الطعن فيها بالاستئناف والتماس إعادة النظر والنقض متى توافرت شروط كل منها، ولا يجوز - كقاعدة - رفع دعوى بطلان ضد هذه الأحكام. أما أحكام التحكيم فإن طريق الطعن الوحيد الجائز ضدها هو رفع دعوى البطلان فى الحالات التى نصت عليها المادة ٥٣٥ من قانون التحكيم، وفى الميعاد الذى حددته المادة ٥٤ من هذا القانون.

٢- القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٤٤ فى شأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل:

٤- إيماناً من المشرع المصرى بأهمية بعض المجالات والقطاعات الاقتصادية فى الدولة وحاجتها إلى قواعد خاصة بها لتنظيمها بما يتفق مع طبيعتها، فقد أصدر القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ فى شأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل، ذلك المحصول الاستراتيجى الذى يعد أحد ركائز الاقتصاد المصرى، وبدأ العمل بهذا القانون ابتداءً من ١/٧/١٩٩٤.

وقد اشتمل هذا القانون على تسعة أبواب تنظم الموضوعات الآتية: تحرير تجارة القطن فى الداخل، شروط القيد بسجل المشتغلين بتجارة القطن فى الداخل، الإشراف على تجارة القطن، مجالس التأديب الخاصة بالمخالفات بين الأعضاء، مندوب الحكومة المعين باللجنة العامة لتنظيم تجارة القطن، أحكام معاملات القطن فى الداخل، العقوبات التى توقع على من يزاول مهنة تجارة القطن فى الداخل بالمخالفة لأحكام هذا القانون، وأحكام انتقالية.

(١) أنظر: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها - ط ٢ - ملحق - الطبعة الثانية - ص ٦.

وطبقاً للمادة الثالثة من هذا القانون فإنه يحظر على أى شخص طبيعى أو اعتبارى مزاولة مهنة تجارة القطن فى الداخل ما لم يكن اسمه مقيداً فى السجل الذى يعد لهذا الغرض فى وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية. وحددت المادة الرابعة من هذا القانون الشروط الواجب توافرها للقيد فى هذا السجل، وقواعد تقديم طلب القيد والفصل فيه بالقبول أو بالرفض، والتظلم من قرار الرفض، وكذلك حالات إلغاء قيد التاجر.

كما تضمنت المواد من التاسعة إلى الثالثة عشرة من هذا القانون النص على تكوين جمعية عمومية تتولى الإشراف على تنظيم تجارة القطن فى الداخل، وحددت كيفية تكوينها<sup>(١)</sup> واختصاصاتها<sup>(٢)</sup> واجتماعاتها ورئاستها<sup>(٣)</sup> وكيفية إصدار قراراتها ودعوتها للاجتماع<sup>(٤)</sup>، وتنعقد هذه اللجنة خلال شهر يوليو من كل سنة بمدينة الإسكندرية.

(١) تنص المادة التاسعة على أنه: "تتكون الجمعية العامة من الفئات الآتية:

أ- أعضاء اللجنة العامة المشار فى المادة ١٤ من هذا القانون.  
ب- ثلاثة من منتجى القطن عن كل محافظة من المحافظات المنتجة يتم اختيارهم لثلاث سنوات بمعرفة الجمعية التعاونية الزراعية المختصة التى يحددها وزير الزراعة.

ج- عدد من تجار القطن يتساوى مع عدد المنتجين يتم انتخابهم لثلاث سنوات بمعرفة التجار المسجلين فى السجل المشار إليه فى المادة ٣ من هذا القانون على أن يكون بينهم ممثل كل محافظة على الأقل".

(٢) تنص المادة العاشرة على أنه: "تختص الجمعية العمومية بالنظر فى التقرير السنوى، والتصديق على الميزانية السنوية وإخلاء ذمة أعضاء اللجنة العامة، وانتخاب الأعضاء الممثلين للتجار والمنتجين فى هذه اللجنة، ولها أن تتخذ من القرارات ما تراه ضرورياً للصالح العام وصالح تجارة القطن بما لا يخل بأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية".

(٣) تنص المادة الثانية عشرة على أن: "يرأس اجتماع الجمعية العمومية رئيس اللجنة العامة أو أحد نائبيه، وعند غيابهم يرأس الاجتماع أكبر الأعضاء الحاضرين سنأ".

(٤) تنص المادة ١٢ / ٢ على أن: "تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة لعدد أصوات الحاضرين، وعند تساوى الآراء يرجح الجانب الذى منه الرئيس، فإذا كان الاقتراح خاصاً بالقواعد التى تنظم تجارة القطن فى الداخل وجب أن يكون القرار بأغلبية ثلثى عدد أصوات الحاضرين، ويحمر سكرتير اللجنة العامة محاضر الاجتماعات ويوقعها من الرئيس".

أما المواد الرابعة عشر وما بعدها من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ فقد تضمنت الأحكام والقواعد المتعلقة باللجنة العامة لتنظيم تجارة القطن بالداخل ومقرها مدينة الإسكندرية، وذلك من حيث تشكيلها<sup>(١)</sup> ومدة عضويتها ورئاستها واجتماعاتها وإصدار قراراتها واختصاصاتها والمكتب التنفيذي لها ومكاتب المحافظات<sup>(٢)</sup> ومكتب القبول ومواردها المالية وميزانيتها.

### ٢- فض المنازعات التي تنشأ عن التعامل في القطن في الداخل (مشكلة البحث):

إذا كان المشرع قد نظم بموجب القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ تجارة القطن في الداخل على النحو السابق عرضه، فهل وضع نظاماً خاصاً لفض المنازعات التي تنشأ عن التعامل في تجارة القطن؟ أم ترك ذلك للقضاء وفقاً للقواعد العامة؟ أم نص على حلها وفضها عن طريق التحكيم؟.

ما هي الجهة المختصة إذن بفض المنازعات التي تنشأ عن تجارة القطن في الداخل؟ ما هو تشكيلها؟ وما هو نطاق اختصاصها؟ وما طبيعة هذه الجهة؟ وكيف يطرح النزاع عليها؟ وكيف تفصل فيه؟ وكيف يمكن مراجعة القرارات الصادرة من هذه الجهة؟.

إن الإجابة على هذه الأسئلة هي موضوع هذه الدراسة ومحلها والهدف الذي تسعى إليه.

(١) تنص المادة ١٤ على أن: "تشكل لجنة عامة لتنظيم تجارة القطن بالداخل يكون مقرها مدينة الإسكندرية تتكون من: خمسة أعضاء عن تجار القطن المقيلين في السجل المنصوص عليه في المادة ٣ من هذا القانون، خمسة أعضاء من المنتجين، عضوين عن المحالج يختارهما اتحاد الحلاجين، عضوين عن البنوك يختارهما اتحاد البنوك، عضوين عن بورصة البضاعة الحاضرة بينما البصل تختارهما لجنة البورصة، عضوين عن كل من اتحاد الغرف التجارية واتحاد الصناعات والاتحاد =التعاونى الزراعى ووزارة الزراعة والوزارة المختصة وهيئة التحكيم واختبارات القطن وشركة القطن والتجارة الدولية".

(٢) تنص المادة ٢٠ على أن "يشكل بكل محافظة منتجة للقطن مكتب فرعى يمثل اللجنة العامة لتجارة القطن في الداخل يصدر بتشكيله قرار من رئيس اللجنة بعد موافقتها".

#### ٤ - أهمية الدراسة:

٦ - إن لدراسة موضوع "النظام القانوني للفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل" أهمية من الناحيتين العلمية والعملية:

فمن الناحية العلمية، فإن هذه الدراسة تهدف إلى الكشف عن كيفية فض المنازعات التى تثور بين الأشخاص - طبيعيين أو اعتباريين - الذين يمارسون - طبقاً للقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - مهنة تجارة القطن فى الداخل. هل يتم فض هذه المنازعات عن طريق القضاء أن عن طريق التحكيم؟ أم أن هناك نظاماً خاصاً بخلاف هذين الطريقين لفض هذه المنازعات.

ولا شك فى أهمية معرفة الطريق الذى يجب إتباعه لفض منازعات تجارة القطن وتحديد طبيعته، وذلك لأن لكل طريق من طرق فض المنازعات قواعد وأحكام تختلف عن قواعد وأحكام الطريق الآخر. كما تبدو أهمية هذه الدراسة فى أنها تكشف وتوضح مدى استقلال هذا الطريق عن غيره من طرق فض المنازعات أم انضوائه تحت لواء أحد الطريقين السابقين (القضاء أو التحكيم) وخضوعه لأحكامه. أما من الناحية العملية، فإن لهذه الدراسة أهمية كبيرة يدركها ويعرفها من يعمل فى المجال العملى للقانون، فهى توضح وتحدد الجهة المختصة بفض المنازعات الناتجة عن تجارة القطن فى الداخل وطبيعة هذه الجهة وطبيعة القرارات الصادرة منها، هل هى أحكام قضائية أم أحكام تحكيم أم قرارات إدارية.

ومن ثم يتضح طريق الطعن الواجب اتباعه ضد هذه القرارات، هل هو الطريق المتبع للطعن فى الأحكام القضائية، أم طريق رفع دعوى البطلان الذى يجب اتباعه ضد أحكام التحكيم، أم غير ذلك من الطرق. وهو ما ييسر على المحامين والقضاة وبنير الطريق أمامهم، خاصة وأنه قد وقعت أخطاء كبيرة عند الطعن فى القرارات الصادرة فى منازعات تجارة

القطن ترتب عليها ضياع الحق الموضوعى لعدم معرفة طريق الطعن  
الواجب اتباعه.  
٥- خطة الدراسة:

٧- تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، وهما:  
المبحث الأول: الجهة المختصة بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن  
فى الداخل.

المبحث الثانى: مراجعة القرارات الصادرة من الجهة المختصة بالفصل فى  
المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل.

### المبحث الأول

#### الجهة المختصة بالفصل فى المنازعات

#### الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل

٨- تمهيد وتقسيم:

نعرض هذا المبحث فى مطلبين، يتناول الأول تحديد الجهة  
المختصة بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل  
وطبيعتها القانونية، ويتناول الثانى إجراءات التقاضى أمام هذه الجهة  
وطبيعة القرارات الصادرة منها.

### المطلب الأول

#### تعديد الجهة المختصة بالفصل فى المنازعات الناشئة

عن تجارة القطن فى الداخل وطبيعتها القانونية  
أولاً: تعديد الجهة المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى  
الداخل:

١- الجهة المختصة هى "لجنة التصالح":

٩- قد ينشأ عن مزاوله تجارة القطن فى الداخل بعض  
المنازعات بين الأشخاص المسموح لهم قانوناً بممارسة هذه التجارة. وتتميز  
هذه المنازعات بطبيعة خاصة، وذلك بحسب خصوصية العمل فى مجال  
تجارة الأقطان، فقد تدور هذه المنازعات حول نوع القطن محل التعامل  
ومواصفاته ورتبته وكيفية تقييمه ... الخ.

وهذه المنازعات تحتاج لفضها والفصل فيها إلى أشخاص متخصصين وخبراء فى مجال تجارة القطن من الناحية العملية، وعلى دراية كاملة بكل ما يحدث فيه وما يتعلق به. بالإضافة إلى ضرورة الفصل فى هذه المنازعات فى وقت قصير، وذلك تمشياً مع الطبيعة التجارية لهذا النشاط، وكذلك الحفاظ على القطن محل هذه المنازعات، إذ أن بقاءه فترة طويلة إلى أن يفصل فى النزاع بالإجراءات المعتادة قد يترتب عليه تلف هذا المحصول وتغير لونه بسبب تخزينه إلى أن يفصل فى هذه المنازعات، وهو ما يؤثر على قيمته وجودته ومثمنه.

ومن هذا المنطلق رأى المشرع المصرى أن المنازعات التى تتعلق بتجارة القطن فى الداخل يجب ألا يكون للمحاكم العادية الولاية القضائية بنظرها والفصل فيها. وذلك نظراً لطول إجراءات التقاضى والتنفيذ التى قد يترتب عليها انهيار هذا النشاط كلية وإعراض الأشخاص عن التعامل فيه بسبب عدم توفير الحماية المناسبة لحقوقهم وأموالهم فى هذا المجال. وهو ما يؤثر على الاقتصاد القومى، باعتبار أن محصول القطن يعد أحد المحاصيل الاستراتيجية فى مصر وأحد الأعمدة الأساسية فى الاقتصاد القومى.

ومما دفع المشرع المصرى كذلك إلى انتزاع ولاية الفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل من جهة المحاكم، أن الفصل فى هذه المنازعات لا يحتاج إلى قضاة متخصصين فى أحكام وقواعد القانون، بل إلى خبراء متخصصين فى القطن من حيث أنواعه ومواصفاته ورتبه وأسعاره وقواعد وأحكام التجارة فيه.

ومراعاة من المشرع المصرى للاعتبارات السابقة، فقد أسند مهمة فض المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل إلى لجنة خاصة أسماها "لجنة التصالح".

## ٢- تشكيل لجنة التصالح:

١٠- حرض المشرع المصرى على أن تشكل "لجنة التصالح" المختصة بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل من

عناصر فنية بحثة ذات خبرة ودراية بمحصول القطن والمنازعات التي قد تثار بصدد التجارة فيه والتعامل بشأنه. وحجب عنها تماماً أن يكون من بين أعضائها من لا علم له ولا إحاطة لديه ولا خبرة له في هذا المجال.

ولذلك، فقد نصت المادة ٢٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤

بشأن تنظيم تجارة القطن في الداخل على أن تتكون لجنة التصالح من خمسة أعضاء هم: مدير مكتب اللجنة العامة بالمحافظة "رئيساً". ممثل واحد عن كل من التجار المقيدين والمنتخبين، واثنين عن هيئة تحكيم واختبارات القطن "أعضاء تختارهم اللجنة العامة".

ويلاحظ بخصوص "لجنة التصالح" عدة أمور وهي (م ٢٨ من

القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤): الأول: أن هذه اللجنة تشكل سنوياً.

الثاني: أن هذه اللجنة لا تكون في كل محافظات الجمهورية، بل فقط في

كل محافظة منتجة للقطن. وهذا أمر منطقي تماماً، إذ كيف يمكن وجودها

في محافظة لا تنتج هذا المحصول ولا تثار فيها منازعات تتعلق بتجارة

القطن. الثالث: أن تشكيل هذه اللجنة يصدر به قرار من رئيس اللجنة

العامة لتنظيم وتجارة القطن بالداخل، والتي يوجد مقرها بمدينة

الإسكندرية. وهذا القرار هو الذي يضمن على أعضاء اللجنة الصفة

القانونية الواجب توافرها فيهم، كما أن هذا القرار هو الذي يمنحهم ولاية

الفصل في المنازعات الناشئة عن تجارة القطن في الداخل.

١١ - وهذا التشكيل الذي نص عليه المشرع وحدده لتكوين لجنة

التصالح يعد من النظام العام. ومن ث لا يجوز أن تشكل هذه اللجنة من

عدد أقل من خمسة أعضاء أو أكثر من ذلك. كما لا يجوز أن يكون من بين

أعضائها الخمسة من لا تتوافر بشأنه الصفة التي أوجب المشرع توافرها في

أعضاء اللجنة. فلا يجوز مثلاً أن يكون من بين أعضاء هذه اللجنة تاجر غير

مقيد أو ليس بمنتج للقطن أو ليس من هيئة تحكيم واختبارات القطن،

حتى ولو كان من العلماء المتخصصين في مجال القطن. فإن خولف تشكيل

لجنة التصالح على نحو يتعارض مع ما نص عليه المشرع واستلزمه، كان

قرار هذه اللجنة منعداً. إما لأنه قد صدر من عدد ينقص<sup>(١)</sup> أو يزيد<sup>(٢)</sup> عن العدد الذى قرره المشرع، أو من شخص لا صفة له فى حضور أعمال اللجنة ولا ولاية له فى الفصل فى المنازعات التى أسندها المشرع إليها.

### ٣- اختصاص لجنة التصالح:

#### أ- الاختصاص النوعى:

١٢- تنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل على أنه: "تختص لجنة التصالح دون غيرها بالنظر فيما يعرض عليها من المنازعات التى تقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية".

(١) أنظر فيما يتعلق بالحكم القضائى: أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - ط ٦ - ١٩٨٩ - منشأة المعارف - بند ١٣٧ - ص ٣٢٣، وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ص ١٩٧٤ - منشأة المعارف - ص ٥٨٠، وأنظر: نقض ١٩٩٧/٣/١٩ - مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة النقض - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض - السنة ٤٨ - ج ١ - رقم ١٠٠ - ص ٥٢١، وقد جاء به أن "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الحكم لا يكون منعداً إلا إذا فقد ركناً من أركانه الأساسية. ولما كانت الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ توجب صدور أحكام المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة فإن صدور الحكم من عدد يزيد أو ينقص عن هؤلاء القضاة الثلاثة هو الذى يفقده ركناً أساسياً يودى بالتالى إلى انعدامه لتعلق هذا التشكيل بأساس النظام القضائى". كما قضت محكمة التمييز الكويتية بأن "الأصل أن الحكم القضائى متى صدر صحيحاً منتجاً لآثاره فيمتنع بمحت أسباب العوار التى تلحقه إلا عن طريق الطعن عليه بطرق الطعن المناسبة ولا سبيل لإهدار هذه الأحكام بدعوى بطلان أصلية أو الدفع ببطلانه فى دعوى أخرى، واستثناء من هذا الأصل العام يمكن القول - فى بعض الصور - بإمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بذلك إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية، كصدوره من محكمة غير مشكولة تشكيلاً صحيحاً". أنظر: تمييز كويتى ١٩٩٧/٥/١٩، ٢٠٠١/١٢/٢ - مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧/١/١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١ - القسم الرابع - المجلد الثانى - إصدار المكتب الفنى لمحكمة التمييز - رقم ٧٨ - ص ٦١٥.

(٢) أنظر: نقض ١٩٩٧/٣/١٩ - سبق الإشارة إليه.



ويتضح من هذا النص أن المشرع قد أنشأ لجنة التصالح للفصل فى نوع معين من المنازعات، وهو المنازعات المتعلقة بتجارة القطن فى الداخل. ويتميز اختصاص لجنة التصالح بنظر هذه المنازعات بعدة خصائص، وهى:

#### ١- أنه اختصاص داخلى:

أى يقتصر على نظر المنازعات التى تنشأ بين الأشخاص المسموح لهم بتجارة القطن (طبيعيين أو اعتباريين) فى داخل مصر. فهو اختصاص يقتصر على المعاملات الداخلية دون المعاملات الخارجية أو الدولية. فإذا ثارت منازعات تتعلق بالقطن بين طرف مصرى وآخر أجنبى، فلا تختص لجنة التصالح بنظر هذه المنازعات. إذ أن اختصاصها يقتصر على نظر المنازعات التى تتعلق بتجارة القطن فى الداخل بين الأفراد المسموح لهم بممارسة هذه التجارة، وهم أساساً المقيدون بالسجل المعد لذلك فى وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، والمتمتعين بجنسية جمهورية مصر العربية. فإذا ثارت منازعات بين طرف مصرى وآخر أجنبى فتختص بنظره المحاكم العادية طبقاً لقواعد الاختصاص النوعى والمحلى، ما لم يكن هؤلاء الأطراف قد اتفقوا على فض هذه المنازعات عن طريق التحكيم.

#### ٢- اختصاص عام وشامل:

فاختصاص لجنة التصالح يشمل كافة المنازعات التى تتعلق بتجارة القطن والتعامل بشأنه. أى سواء تعلقت هذه المنازعات بتنفيذ العقود التى تم إبرامها بين المتعاملين بالقطن أو بصحة هذه العقود أو بطلانها، أو بفسخ هذه العقود والتعويض عنها، أو كانت حول نوع القطن محل التعامل ومواصفاته ورتبته، أو حول الثمن المتفق عليه وطريقة أدائه وباقى الثمن وميعاده ومكانه ومقدار العربون المتفق عليه ... الخ من المنازعات المتعلقة بتجارة القطن.

#### ٣- اختصاص على سبيل الاستثناء والافراد:

فالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل يثبت للجنة التصالح وحدها لا يشاركها ولا يزاحمها فيها أى جهة أخرى فى

الدولة، حتى ولو طرحت عليها هذه المنازعات تبعاً لدعوى أخرى مرفوعة أمامها تختص بالفصل فيها. وقد نص المشرع على ذلك صراحة، فالمادة ٢٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ تنص على أنه "تختص لجنة التصالح دون غيرها...."، فعبارة "دون غيرها" تعنى أن الفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل يكون من اختصاص لجنة التصالح وحدها، تستأثر وتنفرد وحدها بنظرها دون غيرها من جهات القضاء فى الدولة.

#### ٤. اختصاص وظيفى أو ولائى:

ويعنى ذلك أن اختصاص لجنة التصالح بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل ليس اختصاصاً نوعياً، بل هو اختصاص وظيفى أو اختصاص ولائى. بمعنى أن المشرع - بصريح النص الوارد فى المادة ٢٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - قد جعل ولاية الفصل فى هذه المنازعات من نصيب لجنة التصالح دون غيرها من جهات القضاء فى الدولة، بحيث خرجت هذه المنازعات من نصيب لجنة التصالح دون غيرها من جهات القضاء فى الدولة، بحيث خرجت هذه المنازعات من ولاية هذه الجهات لدخولها فى ولاية لجنة التصالح.

وقد أكدت محكمة النقض على طبيعة هذا الاختصاص باعتباره اختصاصاً وظيفياً أو ولائياً. فقد قضت هذه المحكمة - بخصوص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى - بأنه: "إذا خص المشرع اللجنة القضائية بالإصلاح الزراعى بالفصل دون سواها فى منازعات معينة مما كان يدخل فى اختصاص المحاكم العادية فإن ذلك يعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفى"<sup>(١)</sup>. كما أكدت على ذلك أيضاً المحكمة الإدارية العليا، فقد قضت هذه المحكمة - بخصوص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى - بـ "أن القانون، وقد تضمن النص على تحويل اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بطرح النهر والتعويض عن

(١) أنظر: نقض ١٣/١٢/١٩٦٥ - مجموعة الأحكام - ١٦ - ٣ - رقم ٢٠٩ -

أكله إنما هو قانون متعلق بالاختصاص ، لأن المشرع قصد به فى الواقع من الأمر، نزع الاختصاص الوظيفى لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى، من نظر المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله، وناط الإختصاص بذلك إلى جهة أخرى<sup>(١)</sup>. كما قضت محكمة النقض أيضاً فى هذا الخصوص بأنه "إذا كان الثابت بالأوراق أن أرض النزاع من الأراضى التى استولت عليها الطاعنة (البيئة العامة للإصلاح الزراعى) باعتبارها مملوكة لأجنبية تنفيذاً لأحكام القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية، ومن ثم فإن النزاع حول ملكيته بين الطاعنة والمطعون ضده تختص بنظره للجنة القضائية للإصلاح الزراعى، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى على سند من أن اختصاص هذه اللجنة مقصور على الفصل فى المنازعات بين جهة الإصلاح الزراعى وملاك الأراضى المستولى عليها أو خلفائهم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه"<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على ذلك، أنه إذا طرحت أية منازعة تتعلق بتجارة القطن فى الداخل على أى جهة أخرى فى الدولة غير لجنة التصالح صاحبة الولاية فيجب على هذه الجهة أن تحكم بعدم ولايتها أو بعدم ولايتها أو بعدم اختصاصها الوظيفى بنظر هذه المنازعة وأن تحيلها إلى لجنة التصالح.

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية. فقد قضت هذه المحكمة بتاريخ ٢٣ ديسمبر عام ١٩٦٥ بأنه "نصت المادة ١٣ مكرر من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ عن أن "تحال فوراً جميع القضايا المنظورة حالياً أمام جهات القضاء ما دام باب المرافعة لم يقفل

(١) المحكمة الإدارية العليا ١١/٨/١٩٦٩ - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة ١٥ - العدد الأول - رقم ٢ - ص ١٤.  
(٢) أنظر: نقض ١٩٩٩/٢/٩ - مجلة القضاء - إصدار نادى القضاء - ٣١ - العددان الأول والثانى - رقم ٧ - ص ٣٥٨.

فيها" إلى اللجنة المذكورة - اللجنة القضائية بالإصلاح الزراعي - مما يفيد أن طرح المنازعة على المحاكم قبل صدور الاستيلاء على الأرض المتنازع عليها لا يحول دون اختصاص هذه اللجنة بنظرها ما دام باب المرافعة لم يقفل في الدعوى وأن على المحكمة في هذه الحالة أن تنفض يدها من المنازعة وتحيلها إلى اللجنة<sup>(١)</sup>.

كما أكدت محكمة النقض على موقفها هذا بحكم آخر صدر بتاريخ ٦ فبراير عام ١٩٦٩ قضت فيه بأن "تقضى المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي بأن تستولى الحكومة على ملكية ما يجاوز المائة فدان التي يستبقها المالك لنفسه، وبهذا أصبح القدر الزائد من الأراضي الزراعية على المائة فدان التي استبقاها المالك في إقراره محل الاستيلاء، والمنازعة في ملكية هذا القدر مما يمتنع على المحاكم النظر فيها ويتعين إحالتها إلى اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي لاختصاصها بها عملاً بالفقرة الثامنة من المادة ١٣ مكرراً من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والمعدلة بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٣ ما دام باب المرافعة في الدعوى لم يكن قد أقفل فيها"<sup>(٢)</sup>.

هـ اختصاص يتعلق بالنظام العام:

إذا كان المشرع قد منح لجنة التصالح بالمحافظات المنتجة للقطن سلطة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن تجارة القطن في الداخل، فإن ذلك يعنى أنه قد منحها جزءاً من ولاية القضاء في الدولة. وهذه الولاية القضائية أو الاختصاص الولائي أو الاختصاص الوظيفي للجنة التصالح تتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك بعض النتائج، وهي:

النتيجة الأولى: لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة هذه الولاية أو هذا الاختصاص الولائي للجنة التصالح:

(١) أنظر: نقض ١٣/١٢/١٩٦٥ - مجموعة الأحكام - ١٦ - ٣ - رقم ٢٠٩ - ص ١٣٢٣.

(٢) أنظر: نقض ٦/٢/١٩٦٩ - مجموعة الأحكام - ٢٠ - ١ - رقم ٤٤ - ص ٢٧٩.

فلا يجوز لهم الاتفاق على فض المنازعات التى تنشأ عن معاملاتهم القطنية عن طريق المحاكم العادية أو الإدارية، أى عن طريق التحكيم، وإذا حدث هذا الاتفاق فلا يعتد به ولا يرتب أثراً، فلا ينزع الاختصاص بنظر هذه المنازعات من لجنة التصالح، ولا يثبت هذا الاختصاص للمحكمة أو هيئة التحكيم التى اتفقوا على اختصاصها بالفصل فى هذه المنازعات. كما لا يجوز للأفراد الاتفاق على التنازل عن الدفع باختصاص لجنة التصالح أمام المحكمة أو هيئة التحكيم التى رفعت إليها هذه المنازعة، وإذا حدث هذا التنازل فلا يعتد به ولا يرتب أثراً. ومن ثم فإنه لا يسقط الحق فى إبداء الدفع بعدم الاختصاص الوظيفى للمحكمة أو لهيئة التحكيم التى رفعت إليها المنازعة، كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض. كما لا يعد سكوتهم عن إثارة هذا الدفع تنازلاً منهم عن حقهم فى إبدائه.

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه "الدفع بعدم الاختصاص الولائى يعتبر دائماً مطروحاً على محكمة الموضوع لتعلقه بالنظام العام ولو لم يدفع به أمامها، فلا يسقط الحق فى إبدائه والتمسك به حتى ولو تنازل عنه الخصوم، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع"<sup>(١)</sup>. كما قضت محكمة النقض كذلك بأنه "إذا كانت قواعد الاختصاص الولائى من النظام العام وكانت محكمة الموضوع قد تجاوزت اختصاصها الولائى بالفصل فى تقدير التعويض المطالب به - عن نزع الملكية للمنفعة العامة - بدعوى مبتدأة مخالفة بذلك ما رسمه المشرع من طرق لتقدير التعويض ومن سبيل الطعن فى هذا التقدير والجهات المختصة بذلك، فإنه يكون للطاعنين التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض"<sup>(٢)</sup>. كما قضت محكمة النقض أيضاً فى

(١) أنظر: نقض ١٤/٤/١٩٧٦ - مجموعة الأحكام - ٢٧ - ١ - رقم ١٧٧ - ص ٩٣١.

(٢) أنظر: نقض ٢٧/٣/١٩٦٩ - مجموعة الأحكام - ٢٠ - ١ - رقم ٧٩ - ص ٤٨٦.

هذا الصدد بأنه "... أن لجنة تحديد أجرة الأماكن أصبحت فى ظل القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ جهة طعن فى تحديد الأجرة التى يتولى المالك تقديرها فى عقد الإيجار، ويكون الطعن فى هذا التقدير من المستأجر وحده - دون المالك - خلال الميعاد القانونى المنصوص عليه، وأصبح الاختصاص المنصوص عليه فى القانون هو من قبيل الاختصاص الولائى المتعلق بالنظام العام، والأصل أن مسألة الاختصاص الولائى قائمة فى الخصومة التى يرفعها المالك أو المستأجر طعنًا على قرارات تلك اللجان وتعتبر مطروحة دائماً على محكمة الموضوع التى تنظر الطعن وعليها أن تقضى من تلقاء نفسها فى سلطة تلك اللجان والقرارات الصادرة منها"<sup>(١)</sup>.

النتيجة الثانية: لا يجوز للمحاكم أن تفصل فى المنازعات ناشئة عن تجارة القطن فى الداخل إذا ما طرحت عليها هذه المنازعات بطرق الخطأ:

فيجب على المحاكم فى هذه الحالة - وكما ذكرنا من قبل - أن تحيل هذه الدعاوى إلى لجنة التصالح صاحبة الولاية. فإن لم تفعل وفصلت فيها فإنها تكون قد تجاوزت ولايتها القضائية واعتدت على ولاية لجنة التصالح وخالفت قواعد أمره تتعلق بالنظام العام. ويترتب على ذلك أمران، الأول: انعدام الحكم الصادر من المحاكم فى منازعات تجارة القطن لصدوره من جهة لا ولاية لها بنظرها والفصل فيها. الثانى: أن ذلك لا يحول بين الخصوم وبين طرح هذه المنازعات على لجنة التصالح صاحبة الولاية الأصلية وإصدار قرار فيها دون الاعتداد بسبق صدور حكم من محكمة أخرى، وهو ما يفتح الباب أمام تعارض الأحكام.

ب- الاختصاص المحلى:

١٣- تنص المادة ٢٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل على أنه "ويكون الاختصاص المحلى للجنة التصالح فى المنازعات التى بها موطن المدعى عليه أو يوجد فيها القطن محل النزاع أو تم فيها التعاقد ما لم يتفق على غير ذلك".

(١) أنظر: نقض ١٦/١/١٩٩٧ - مجموعة الأحكام - ٤٨ - ١ - رقم ٢٩ - ص ١٤٦ وما بعدها.

وطبقاً لهذا النص ، فإنه إذا أثبتت منازعة تتعلق بتجارة القطن فى الداخل فإنها تقدم إلى إحدى لجان التصالح الآتية :

١ - لجنة التصالح التى يقع بدائرتها موطن المدعى عليه : وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى الاختصاص المحلى . وفى هذه الحالة تختص لجنة التصالح التى توجد فى موطنه العام أو الخاص أو المختار وفقاً للقواعد العامة .

٢ - لجنة التصالح التى يوجد فيها القطن محل النزاع : وذلك على اعتبار أنها تكون فى هذه الحالة أقرب إلى محل النزاع " وهو القطن " ، بحيث إذا رأت اللجنة الانتقال للمعاينة قبل فصلها فى النزاع فلا تجد صعوبة فى ذلك .

٣ - لجنة التصالح التى تم فيها التعاقد بين الأطراف المسموح لهم بتجارة القطن .

أما إذا اتفق الأطراف - سواء فى العقد المبرم بينهم أو بعد ذلك - على أن تختص لجنة تصالح معينة بفض المنازعات التى قد تنشأ بينهم أو نشأت بالفعل بخلاف اللجان الثلاث السابقة ، فإن هذه اللجنة التى اتفق الأطراف على عرض النزاع عليها تكون هى المختصة محلياً دون غيرها . فإذا طرحت المنازعة على لجنة غير التى اتفق عليها الخصوم فىجب على اللجنة التى رفعت إليها المنازعة أن تحكم بعدم اختصاصها بنظر هذه المنازعة وإحالتها إلى اللجنة المتفق على اختصاصها ، وذلك إذا تمسك الخصم الآخر بعدم الاختصاص . فإذا لم يتمسك المدعى عليه باختصاص اللجنة المتفق عليها فلا يجوز للجنة التى رفعت إليها المنازعة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص والإحالة ، وذلك لعدم تعلق قواعد الاختصاص المحلى بالنظام العام . فعدم تمسك المدعى عليه بالاتفاق يعد تنازلاً من الخصوم عن هذا الإتفاق والرجوع إلى اللجنة التى يختارها المدعى .

**ثانياً: الطبيعة القانونية للجنة التصالح :**

**١- تعريف وتعديد العمل القضائى :**

١٤ - إذا كان المشرع قد أسند إلى لجنة التصالح - دون غيرها - الفصل في المنازعات التي تنشأ عن تجارة القطن في الداخل، فما هي طبيعة هذه اللجنة؟ هل هي لجنة إدارية باعتبار أن كل أعضاؤها من الإداريين؟ أم هي لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي؟ أم هي محكمة خاصة لنظر نوع معين من المنازعات؟ أم هي جهة قضاء مستقلة كغيرها من جهتي القضاء العادي والإداري؟.

إن تحديد الطبيعة القانونية للجنة التصالح يستلزم - في اعتقادنا - تحديد الطبيعة القانونية للعمل الذي تقوم به هذه اللجنة. وتحديد طبيعة عمل هذه اللجنة يستلزم أولاً تحديد وتعريف العمل القضائي وذلك لمعرفة ما إذا كان ما تقوم به اللجنة عمل قضائي أم لا، بحيث إذا كان عمل لجنة التصالح عملاً قضائياً فهي جهة قضائية أو محكمة، وإن لم يكن كذلك فهي لجنة إدارية أو هيئة إدارية تقوم بعمل إداري بحت.

١٥ - وتحديد طبيعة العمل القضائي يستلزم الرجوع إلى معيار معين، والذي يجب أن يصلح لتمييز العمل القضائي عن العمل التشريعي والعمل الإداري<sup>(١)</sup>.

١٦ - ولقد اختلف الفقه والقضاء وتنوعت اتجاهاتهم في شأن تعريف العمل القضائي وتمييزه عن الأعمال الأخرى خاصة العمل الإداري<sup>(٢)</sup>. ويمكن تقسيم هذه الاتجاهات إلى طائفتين<sup>(٣)</sup>:

(١) راجع: إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ج ١ - ط ١٩٧٤ - منشأة المعارف - بند ١٥ - ص ٥٧.

(٢) راجع: إبراهيم نجيب سعد - الإشارة السابقة، وأنظر:

J. VINCET et S. GUINCHARD, Procédure civile, 23 éd, Dalloz, 1994, N° 155 et s., P. 138 et s.

(٣) راجع: إبراهيم نجيب سعد - المرجع السابق - ص ٥٨، وأنظر في معايير تمييز العمل القضائي: وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - ط ١٩٧٤ - منشأة المعارف - ص ٨٣ وما بعدها، القطب محمد طلبة - الإسلام والقضاء مع دراسة متعمقة في العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي - ط ٢ - ١٩٩٣ - ص ١٩ وما بعدها، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة في مصر - رسالة - جامعة القاهرة - ١٠٠٢ - ص ٥٨٧ وما بعدها.



الطائفة الأولى: وتضم النظريات التي تستند إلى شكل العمل القضائي كمعيار لتمييزه:

فالبعض من أنصار هذه النظرية وهو الفقيه CARRÉ DE MALBERG أخذ بالهيئة التي تقوم بالعمل<sup>(١)</sup>، فالعمل القضائي طبقاً لهذا الرأي هو الذي يصدر من هيئات قضائية منظمة بطريقة معينة. ولا يعتد بمضمون العمل أو الهدف الذي يرمى إلى تحقيقه. فالذي يميز العمل القضائي عن العمل الإداري هو اختلاف الهيئة التي تقوم به. وهذه الهيئات القضائية تتميز باستقلالها وعدم تبعية أعضائها لسلطة رئاسية<sup>(٢)</sup> عكس الهيئات الإدارية التي تباشر أعمالها على أساس التبعية الرئاسية. ويضيف الأستاذ CARRÉ DE MALBERG إلى هذا المعيار لتمييز العمل القضائي معياراً آخر، وهو أن العمل القضائي يتميز - بالإضافة إلى صدوره من هيئة قضائية - ببعض الإجراءات والأشكال والمظاهر الخارجية التي تكفل له الفاعلية اللازمة لترتيب قوة الحقيقة القانونية<sup>(٣)</sup>. فمراعاة الأشكال التي يؤدي بها العمل القضائي تضمن خلوه من أي تحكم، وهو ما يعث على الثقة فيه ويرتب له قوة الحقيقة القانونية. ومن الإجراءات والأشكال التي يستلزمها هذا الاتجاه: علانية الجلسات ومبدأ المواجهة بين الخصوم، والالتزام بتسيب الأحكام، ونظام التقاضي على درجات مختلفة، والإجراءات التي تضمن إظهار الحقيقة والحياد. فالعمل القضائي لا يتميز عن العمل الإداري إلا باختلاف الهيئة التي تقوم به والأشكال التي يخضع لها.

(١) أنظر:

CARRÉ DE MALBERG, Contribution à la théorie général de l'Etat, T. 1, N° 265, P. 787 et s.

(٢) أنظر:

BONNARD, La théorie de la Formation du droit Par degrees dans l'ouvre d'ADOLPHE MERKL, Rev. dr. public. 1928. p. 680.

(٣) راجع: إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي - المرجع السابق - ص ٦٢.

ويرى بعض أنصار الاتجاه الشكلى أن ما يميز العمل القضائى هو معيار الأثر القانونى<sup>(١)</sup>، فالعمل القضائى يرتب أثراً هاماً وهو حجبية الأمر المقضى، وبما أن هذا الأثر لا يترتب إلا على العمل القضائى فجيب اعتباره واعتماده لتمييزه عن الأعمال الأخرى.

الطائفة الثانية: وتضم النظريات التى تستند إلى معايير مادية أو موضوعية لتمييز العمل القضائى:

ويرى بعض أنصار هذه النظرية - وهو الأستاذ DUCUIT أن العمل القضائى يتضمن حل مسألة قانونية تعرض للقاضى<sup>(٢)</sup>. وهذا العمل يتكون من ثلاثة عناصر، الأول: إدعاء بمخالفة القانون: فالقاضى لا يقوم بوظيفته من تلقاء نفسه، ولا يتدخل إلا لحل مسألة قانونية تعرض عليه. الثانى: تقرير: فالقاضى يتحقق - فى الإدعاء المطروح عليه - من مخالفة القانون من عدمه، أى يقوم بحل مسألة قانونية، وهذا الحل هو الذى يتمتع بقوة الحقيقة القانونية. فإذا لم يقم القاضى بحل مسألة قانونية فإن عمله لا يعد عملاً قضائياً. الثالث: قرار: وهو النتيجة المنطقية والحتمية لتقرير القاضى أو الحل الذى توصل إليه فى الإدعاء الذى طرح عليه.

فى حين يرى البعض الآخر من أنصار المعيار الموضوعى أن ما يميز العمل القضائى عن غيره من الأعمال هو الغاية التى يهدف إليها هذا العمل. فىرى جانب أن مهمة القضاء هى مراقبة الشرعية، والعمل

(١) أنظر:

JÉZE: L'acte juridictionnel et Classification des contentieux, Rev. dr. Public, 1909, P. 667; De la force de vérité attachée Par la loi à l'acte juridictionnel, Rev. dr. Public 1913, P. 737 et s; JAPIOT, Traité élémentaire de procedure civile et commerciale, 1935, P. 120 et s.

(٢) أنظر:

DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3 éd. 1927, t. 2. N° 28 et s., P. 418 et s.

القضائي هو الذى يحل المسائل المتعلقة بمخالفة القانون فى تنفيذه<sup>(١)</sup>. ويرى جانب آخر - ويمثله الأستاذ الإيطالى كيوفندا<sup>(٢)</sup> - أن وظيفة القضاء هى تحقيق القانون عن طريق حلول نشاطك هيئات عامة محل نشاط الأفراد أو هيئات عامة أخرى وذلك فى تأكيد وجود إرادة القانون أو فى تنفيذها. وإذا كانت الإدارة تقوم أيضاً بتطبيق القانون فإن ما يزيى العمل القضائي هو أن القضاء يطبق قاعدة قانونية موجهة للخصوم لم تحترم منهم، فى حين أن الإدارة تطبق قاعدة قانونية موجهة إليها. فالنشاط القضائي يحل بصفة نهائية وملزمة محل نشاط آخر لم يقم به الخصوم<sup>(٣)</sup>. فالنشاط الإدارى نشاط أصلى بينما نشاط القضاء ثانوى يحل محل نشاط مفروض على شخص آخر<sup>(٤)</sup>.

ويرى جانب ثالث<sup>(٥)</sup> من أنصار المعيار الموضوعى - وهو يشمل غالبية الفقه فى مصر وفرنسا - أن عمل القضاء أساساً هو حسم المنازعات. ويعرف الفقه التقليدى النزاع بأنه سلطة الفصل فى المنازعات طبقاً للقانون، فلا يتصور قضاء ما لم توجد منازعة فعلية بين الخصوم، فالقاضى لا يتدخل إلا لفض منازعة. والمنازعة، كما يراها الفقه التقليدى، هى التعارض بين إدعاءات شخصية يودى إلى طرحه وعرضه على قاضى عام ليجد لها حلاً سليماً. وربط هذا الاتجاه فكرة النزاع بفكرة الخصومة التى تتم فى صورة مواجهة بين خصمين<sup>(٦)</sup>.

(١) أنظر:

GUILLIEN, L'acte juridictionnel et L'autorité de la chose jugé, thé Paris 1931, P. 59.

(٢) راجع فى تحليل نظرية كيوفندا: فتحى والى - الوسيط - ص ٢٩ وما بعدها،

إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي - ج ١ - ص ٧٤.

(٣) أنظر: فتحى والى - الوسيط - ص ٣٠.

(٤) أنظر: فتحى والى - الإشارة السابقة.

(٥) أنظر:

GLASSON, TISSIER et MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de competence et de procedure civile, 3 éd. T. I. N° 8, P. 19.

(٦) أنظر:

HAURIOU, Les elements du contentieux, Recueil de L'Académie de legis de Toulouse, 1905, P. 28 et s.; =

أما الاتجاه الحديث من أنصار فكرة النزاع كمعيار التمييز للعمل القضائي فيرى أن أساس العمل القضائي هو فض المنازعات، فالنزاع عنصر جوهري في العمل القضائي، وبدونه لا يعتبر العمل قضائياً<sup>(١)</sup>. ويوضح الأستاذ HÉBRAUD فكرة النزاع بقوله إن القاعدة القانونية تحل عادة التنازع بين الأفراد دون حاجة إلى تدخل القضاء. إلا أن التطبيق العملي لهذه القاعدة قد يثير منازعة حول مطابقة المراكز الواقعية مع القاعدة القانونية، وهو ما يؤدي إلى تعكير السلام الاجتماعى. ومن واجب الدولة أن تتدخل لإزالة سبب التعكير، ويحل القاضى هذا النزاع بالرجوع إلى القاعدة القانونية<sup>(٢)</sup>.

ولا يشترط أن يكون النزاع مقاومة فعلية وشكلية أمام القضاء فى صورة تمسك كل خصم بإدعاءاته أمام القضاء، بل يكفى أن تكون معارضة لصاحب الحق بطريقة إيجابية أو سلبية دون أن تصل هذه المعارضة إلى المنازعة الفعلية<sup>(٣)</sup>.

فإذا لم يوجد نزاع فلا مصلحة إلى الالتجاء إلى القضاء.

٢- لجنة التصالح جهة قضائية فرعية داخل جهة المحاكم<sup>(٤)</sup>:

= وأنظر: إبراهيم نجيب - القانون القضائي - المرجع السابق - ص ٧٦.

(١) أنظر:

HÉBRAUD, L'acte juridictionnel et la classification des contentieux, Recueil de l'académie de legis. De Toulouse, 1949, P. 131 et s.;

وأنظر فى عرض هذا الاتجاه: إبراهيم نجيب - المرجع السابق - ص ٧٧.

(٢) أنظر: HÉBRAUD, R. T. D. C. 1963. P. 775.

(٣) أنظر: CORNU et FOYER, Procédure civile, 1958, P. 330.

(٤) قارب: أحمد حشيش - مبادئ المحاكم الاقتصادية - ط ٢٠١٠ - دار النهضة العربية - بند ٣٧ - ص ٦٧، وأنظر عكس ذلك: سلامة فارس عرب - طبيعة لجان التصالح ولجنة تمكيم القطن بالإسكندرية والقرارات الصادرة عنها - مقالة غير منشورة - حيث يرى أن هذه اللجان هى لجان إدارية ذات اختصاص قضائى، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٩٢، ص ٣ وما بعدها، حيث يرى أن اللجان التى أنشأها المشرع للفصل فى بعض المسائل هى محاكم خاصة.

١٧- فى اعتقادنا، أن حسم النزاع وفضه عنصر جوهرى فى العمل القضائى، إلا أنه - كما قيل بحق<sup>(١)</sup>، وهو ما نؤيده - لا يكفى لتعريف هذا العمل وتمييزه عن غيره من الأعمال. بل يجب أن ندخل فى الاعتبار عناصر شكلية لتؤكد وتكمل هذا العنصر الجوهري. فالعمل القضائى هو<sup>(٢)</sup> "العمل الذى يحسم مركزاً خلافاً ناتجاً عن تطبيق القانون فى الحياة العملية، وتقوم به هيئة تعتبر من الغير فى نطاق إجراءات خاصة تكفل للأفراد ضمانات معينة".

وطبقاً لهذا التعريف، فإنه كى يعد العمل قضائياً لأبد من توافر ثلاثة عناصر<sup>(٣)</sup> وهى:

١- وجود نزاع أو مركز خلافى يتطلب التدخل لفضه وحسمه طبقاً للقانون: وتطبيق القانون هنا ليس غاية فى ذاته، بل هو وسيلة ضمن الوسائل الأخرى لحل المشاكل التى تثور بين الأفراد فى المجتمع. والقرار الذى يتضمن الحل لهذه المشكلة يتمتع بحجية الأمر المقضى لكى لا يجدد النزاع إلى ما لا نهاية.

٢- هيئة من الغير تحسم النزاع وتفضه: ويقصد بذلك أن هذه الهيئة لا يكون لها مصلحة فى هذا النزاع. فهى هيئة يجب أن يتوافر فيها ولها الحياد والاستقلال وعدم الخضوع إلى أية رئاسة إدارية منعاً من تدخل الغير فى عملها وضمناً لحياها.

٣- الإجراءات التى تحيط بهذا العمل: ويقصد بها الإجراءات التى تكفل حماية كافية للأفراد وتضمن لهم الدفاع عن حقوقهم ومراكزهم القانونية وإعمال مبدأ المواجهة وعدم تحكم الهيئة التى تفصل فى نزاعهم.

فإذا كانت الجهة التى أنشأها المشرع قد أسند إليها الفصل فى نزاع معين، ووفر لها فى ممارسة عملها هذا الحيادة والاستقلال وعدم الخضوع

(١) أنظر: إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى - ج ١ - بند ٢٤ - ص ٨٢.

(٢) أنظر: إبراهيم نجيب سعد - الإشارة السابقة.

(٣) أنظر: إبراهيم نجيب سعد - الإشارة السابقة.

إلى أية رئاسة إدارية، وتتبع أمامها - بنص المشرع - الإجراءات التي تكفل حماية كافية للأفراد وتضمن لهم الدفاع عن حقوقهم وإعمال مبدأ مواجهة وأجاز الطعن في قراراتها لمعالجة ما قد يشوب هذه القرارات من أخطاء وما يعتورها من قصور، فإنها بذلك تمارس عملاً قضائياً، حتى ولو كان أعضاؤها من غير القضاة طالما توافرت فيهم المقومات والصفات اللازمة للفصل في النزاع المطروح عليهم. ومن ثم تكون هذه الجهة جهة قضائية استناداً إلى طبيعة العمل الذي تقوم به. وإن لم تتوافر الأمور السابقة في الهيئة التي أنشأها المشرع، فإن ما تقوم به ليس عملاً قضائياً، بل هو مجرد عمل إداري، ومن ثم تكون هذه الهيئة هيئة إدارية استناداً على طبيعة العمل الذي تقوم به. فوجود العنصر القضائي في تشكيل إحدى اللجان التي أسند إليها المشرع القيام بعمل ما لا يضمن عليها ولا على الأعمال التي تصدرها الطبيعة القضائية طالما أنها لا تفصل في خصومة تتضمن نزاعاً حول حق معين. وقد أكدت على ذلك محكمة النقض، فقد قضت بأن "اللجنة المشكلة طبقاً للمادة ٤٤ من القانون ١٢٢ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التعاون الزراعي هي لجنة إدارية وقراراتها إدارية رغم وجود عنصر قضائي يرأس تشكيلها، لأن القانون خصها بنظر الطعون التي تقدم في كشوف المرشحين لعضوية مجلس الجمعية وهي من المسائل الإدارية بطبيعتها، كما أن هذه اللجنة لا تفصل في خصومة قائمة على منازعة في حق معين، وأن وجود العنصر القضائي في اللجنة يفرض بث الطمأنينة في النفوس وتمكين اللجنة من الفصل في المسائل القانونية التي قد تعرض عليها حال فصلها في الطعون، ومن ثم فإن الطعن في قرارات هذه اللجنة يخرج عن ولاية المحاكم العادية ويختص بنظره والفصل فيه جهة القضاء الإداري"<sup>(١)</sup>.

ويؤكد هذا الحكم ويثبت أن العبرة في تحديد طبيعة الجهة لا يكون طبقاً للمعيار الشكلي أي بتشكيل الجهة التي أسند إليها المشرع القيام بعمل

(١) أنظر: نقض ١٢/٦/١٩٩٥ - مجموعة الأحكام - ٤٦ - ٢ - رقم ٢٥٦ -

ما، ولكن طبقاً للمعيار الموضوعى، أى بحسب طبيعة المسألة المطروحة على هذه اللجنة وطبيعة النشاط الذى تمارسه فى خصوصها. فإن كانت الجهة التى أنشأها المشرع تفصل فى خصومة تتضمن نزاعاً حول حق أو مركز قانونى وتتبع أمامها الإجراءات التى تكفل حماية حقوق الأفراد وتتسم بالحياد والاستقلال فإنها تكون جهة قضائية، وإن لم تكن كذلك فإنها مجرد لجنة إدارية أو جهة إدارية وقراراتها تعتبر قرارات إدارية.

فطبيعة العمل هى التى تحدد طبيعة الجهة التى قامت به وليس العكس. ولا يؤثر فى كون الجهة جهة قضائية - متى كان عملها قضائياً - الاسم الذى أطلقه المشرع عليها، فيستوى أن يكون هذا الاسم محكمة أو لجنة أو غير ذلك من المسميات، فالعبرة فى تحديد طبيعة الأشياء - كما تؤكد القاعدة الأصولية - بالمقاصد والمعانى وليس بالألفاظ والمباني.

كما لا يؤثر فى كون الجهة جهة قضائية - متى كان عملها قضائياً - أن تشكل من غير القضاة. فلا يلزم لاعتبار العمل صادراً من جهة قضائية - كما قيل بحق<sup>(١)</sup> - أن يكون مصدره أحد أفراد السلطة القضائية، وإنما يكفي أن يخوله الشارع سلطة إصدار هذا العمل.

١٨ - ويتطبيق ما سبق على لجنة التصالح نجد الآتى:

أ- أن وظيفة هذه اللجنة - وبصريح نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤٥ - هى الفصل فى المنازعات التى تقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية: فوظيفتها هى حسم المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل. وهى تختص وتستأثر وحدها دون غيرها بالفصل فى هذه المنازعات.

ب- أن لجنة التصالح هيئة مشكلة من غير أطراف النزاع: فلا مصلحة لأعضائها غير تطبيق القانون على النحو الصحيح. وهى لجنة محايدة ومستقلة ولا تخضع لأية رئاسة إدارية.

(١) أنظر: إدوارد غالى الذهبى - اللجان الإدارية ذات الاختصاص الجنائى - مجلة إدارة - قضايا الدولة - السنة السادسة - العدد الأول - ص ١٤٢.

ج- أن لجنة التصالح لا تفصل فى النزاع المطروح عليها إلا بعد إتباع الإجراءات التى نصت عليها المادة ٣٠ من القانون ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ : وهى إجراءات تضمن وتكفل حماية الأفراد المتنازعين أمامهم ، وتمكنهم من العلم بموضوع النزاع ، والإطلاع والرد على كل ما يقدم إليها من مستندات وأوراق وتمكنهم من ممارسة حقهم فى الدفاع.

وتوافر المقومات والمقتضيات السابقة فى لجنة التصالح - الفصل فى منازعة ، الحياد والاستقلال ، إجراءات تكفل وتضمن حماية الخصوم أمامها - يجعل من عمل هذه اللجنة عملاً قضائياً بكل معنى الكلمة. ولا يجوز دون كون عمل لجنة التصالح عملاً قضائياً أن يكون صادراً من غير المحاكم أو من غير القضاة. فالعمل - كما قيل بحق<sup>(١)</sup> - تكون له الطبيعة القضائية بمجرد أن تتوافر له الخصائص الأساسية للعمل القضائى بغض النظر عن السلطة التى يصدر عنها. فالعمل القضائى يظل محتفظاً بطبيعته القضائية ولو كان صادراً من غير محاكم السلطة القضائية. بل إن الطبيعة القضائية للعمل تضى على العضو الذى أصدره صفة قضائية استثنائية ، فيعتبر عضواً قضائياً خاصاً بالنسبة لأعمال الوظيفة القضائية التى عهد إليه المشرع بممارستها. فعندما يباشر العضو غير القضائى نشاطاً قضائياً عهد إليه به المشرع فإنه يعتبر فى خصوص هذا النشاط عضواً قضائياً خاصاً<sup>(٢)</sup>.

والسبب فى إطلاق هذا التكييف على لجان التصالح فى المحافظات أنه يتناسب تماماً مع طبيعة الوظيفة التى أسندها المشرع إلى هذه اللجان ومع نوع الاختصاص الذى يثبت لها. فلجنة التصالح جهة قضائية لأنه يتوافر بخصوصها ما يجب أن يتوافر بخصوص أية جهة قضائية عند قيامها بوظيفتها ، من الفصل فى نزاع ، الحياد والاستقلال ، وإتباع إجراءات

(١) أنظر: وجدى راغب - العمل القضائى - ص ٥٨٠ ، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها - ص ٢ - ١٩٩٩ - بند ٤٠ - ص ٦٩ .

(٢) أنظر: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - المرجع السابق - ص ٧٠ .



وأصول التقاضى. كما أنها جهة قضائية فرعية، تتفرع عن جهة القضاء العادى، لأن الاختصاص الذى أسنده المشرع إليها - وهو الفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل - ليس اختصاصاً نوعياً، بل هو اختصاص ولائى أو وظيفى، فلا يجوز لأية جهة أو محكمة أخرى أن تفصل فى هذا النوع من المنازعات، وذلك بسبب طبيعة هذه المنازعات وطبيعة اللجنة المشكلة للفصل فيها، فغير أعضاء هذه اللجنة لا يمكنهم الفصل فى هذه المسائل ولو كانوا قضاة، وذلك بعكس المسائل التى أنشأ لها المشرع محاكم متخصصة (محكمة الأسرة - المحاكم الإقتصادية)، حيث أن الاختصاص المسند إليها هو اختصاص نوعى وليس اختصاصاً وظيفياً أو ولائياً. وهى جهة قضائية فرعية عن جهة القضاء العادى باعتبار طبيعة المنازعات والمسائل التى تفصل فيها، فهى مسائل مدنية وليست مسائل ومنازعات إدارية. فهذه اللجان ليست محاكم متخصصة، بل هى جهة قضاء متفرعة عن جهة القضاء العادى.

وإذا كانت لجنة التصالح تمارس عملاً قضائياً على نحو ما أوضحنا، فإنها تكون جهة قضائية استناداً إلى طبيعة العمل الذى تقوم به، وهى جهة أنشأها المشرع صراحةً بموجب المادة ٢٧ وما بعدها من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ وأعطاهها جزءاً من ولاية القضاء فى الدولة فى خصوص منازعات معينة، وهى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل. وهى جهة قضائية فرعية قائمة بذاتها داخل جهة القضاء العادى، وذلك إلى جانب المحاكم العادية والمحاكم المتخصصة.

## ٢- القضاء المصرى يعزل من اللجان التى تفصل فى الخصومات جهة قضائية:

١٩- إن إضفاء وصف الجهة القضائية على اللجان التى أنشأها المشرع وأسند إليها دون غيرها سلطة الفصل فى نوع معين من المنازعات رغم تشكيلها من غير القضاة هو من الأمور المسلم بها لدى القضاء المصرى منذ وقت طويل:

أ- فقد قضت محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٥ يناير عام ١٩٥٧ بـ "إن مناط التفرقة بين ما يعد جهة قضائية أو جهة إدارية

اختصاص قضائي ليس منضبطاً في القانون ومحل جدل بين رجال الفقه، فتارة يؤخذ بالمعيار الشكلي، وأخرى يؤخذ بالمعيار الموضوعي أو بالمعيارين وبما ما أراده المشرع وما ظهر من نيته التي تنكشف عنها الظروف والملايسات التي لا بست صدور التشريع بإنشاء الهيئة. ولما كان الظاهر من استقراء نصوص القانون الخاص بالإصلاح الزراعي ومذكراته الإيضاحية أن المشرع منع المحاكم العادية بكافة أنواعها مدنية وشرعية وإدارية من النظر في إلغاء قرارات الاستيلاء الصادرة من اللجنة العليا، وجعل ذلك من اختصاص جهة قضائية أنشأها للفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات الاستيلاء، وملكية الأرض المستولى عليها، مستهدفاً من ذلك أن اللجنة القضائية تفصل في هذه المنازعات بطريقة سريعة حاسمة حتى لا يطول التقاضي في شأنها، ولا يتعطل تنفيذ قرارات الاستيلاء، وبذلك تتحقق الفوائد المرجوة من قانون الإصلاح الزراعي، فكانت اللجان القضائية جهة قضاء حلت محل الجهات العادية، واقتصر اختصاص الجهة العادية على ما يقام أمامها من دعاوى التعويض المستحق عن الأطيان المستولى عليها - إذا كان الظاهر من استقرار النصوص ما تقدم فإن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي هي في الواقع جهة قضائية حلت محل المحاكم العادية في الفصل في المنازعات المتعلقة بالأطيان المستولى عليها، ولا يؤثر في ذلك أنه تدخل في تشكيلها عناصر غير مثقفة تثقيفاً قانونياً، إذ ليس في القانون ما يمنع من تشكيل محاكم من غير رجال القانون، ولأن أحكامها تصدق عليها اللجنة العليا للإصلاح الزراعي، لأن نفاذ الحكم دون تصديق سلطة عليا ليس شرطاً مميزاً للأحكام، إذ ليس ما يمنع في القوانين المنظمة للقضاء من تقرير التصديق على الأحكام من سلطة أعلى قبل نفاذها"<sup>(١)</sup>.

ب- كما قضت محكمة القضاء الإداري كذلك بأنه: "... ليس من الضروري أن تضيى ولاية القضاء على رجال القانون أو على من

(١) أنظر: محكمة القضاء الإداري ١٥/١/١٩٥٧ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة - السنة ١١ - العدد الأول - رقم ١٠٣ - ص ١٤٧.

يشغلون وظائف القضاء، بل يجوز لأسباب عاجلة تملئها الضرورة، وتتصل بالصالح العام وأعمال السيادة، أن تسبغ هذه الصفة فى حيز محدود بالغرض الذى تستهدف له هذه الأسباب على غير القضاة للفصل فى منازعات من نوع خاص تتحدد بتلك الحدود، وذلك طالما قد توافرت فى ذلك جميعه الضمانات الأساسية الواجبة فى التقاضى لرعاية حقوق الأفراد ولتحقيق العدالة"<sup>(١)</sup>.

ج- كما قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه: "إذ خص المشرع اللجنة القضائية بالإصلاح الزراعى بالفصل دون سواها فى منازعات معينة مما كان يدخل فى اختصاص المحاكم العادية فإن ذلك يعتبر من قبيل الإختصاص الوظيفى إذ تعتبر هذه الجهة القضائية المستحدثة جهة قضائية مستقلة بالنسبة لما خصها المشرع بنظره من تلك المنازعات"<sup>(٢)</sup>.

د- كما قضت المحكمة الإدارية العليا أيضاً فى هذا الصدد بـ "إن القانون، وقد تضمن النص على تحويل اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بطرح النهر والتعويض عن أكله، إنما هو قانون متعلق بالاختصاص، لأن المشرع قصد به فى الواقع من الأمر نزع الإختصاص الوظيفى لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى من نظر المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله، وناط الإختصاص بذلك إلى جهة أخرى"<sup>(٣)</sup>.

٢٠- ولقد أكد القضاء المصرى على توجهه نحو اعتبار اللجان التى أنشأها المشرع للفصل فى نوع معين من المنازعات جهات قضائية وليست مجرد لجان، وذلك عندما أوجب على المحاكم أن تحكم بإحالة المنازعات التى طرحت عليها رغم دخولها فى الإختصاص الوظيفى أو

(١) أنظر: محكمة القضاء الإدارى ١٢/٣/١٩٥٤ - مجلة المحاماة - ٣٦ - ص ٢٦٤.

(٢) أنظر: نقض ١٢/٢٣/١٩٦٥ - مجموعة الأحكام - ١٦ - ٣ - رقم ٢٠٩ - ص ١٣٣٣ وما بعدها.

(٣) أنظر: المحكمة الإدارية العليا ١١/٨/١٩٦٩ - مجموعة المبادئ التى أقرها المحكمة السنة ١٥ - ع ١ - رقم ٢ - ص ١٤.

الولائي للجان إلى هذه اللجان. فالقضاء اعتبر هذه اللجان جهات قضائية أو محاكم وليست مجرد لجاناً، لأن القاعدة أن الإحالة لا تكون إلا من جهة قضائية إلى جهة قضائية أو إلى محكمة.

أ- فقد قضت محكمة النقض بأنه "نصت المادة ١٣ مكررة من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على أن "تحال فوراً جميع القضايا المنظورة حالياً أمام جهات القضاء ما دام باب المرافعة لم يقفل فيها" إلى اللجنة القضائية المذكورة مما يفيد أن طرح المنازعة على المحاكم قبل صدور قرار الاستيلاء على الأرض المتنازع عليها لا يحول دون اختصاص هذه اللجنة بنظرها ما دام باب المرافعة لم يقفل في الدعوى وأن على المحكمة في هذه الحالة أن تنفض يدها من المنازعة وتحيلها إلى اللجنة"<sup>(١)</sup>.

ب- كما قضت محكمة النقض كذلك بأن "مفاد المواد ٦ ، ٧ ، ١١ ، ١٢ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين - وعلى ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون - أن المشرع في تنظيمه لطريقة الفصل في المعارضات التي تقدم بعد الإطلاع على الكشوف قد فرق بين ما يتعلق منها بتقدير التعويض وبين ما يقدم لأسباب أخرى، فنصت المادة ١١ على النوع الثاني وأوجبت إخطار ذوى الشأن بما قد يوجد من عقبات تحول دون صرف التعويض المستحق مع بيان الشروط الواجب توافرها لاقتضائه وإيداع مبلغ

---

(١) أنظر: نقض ١٩٦٥/١٢/٢٣ - سبق الإشارة إليه، وفي نفس المعنى أنظر: نقض ١٩٦٩/٢/٦ - مجموعة الأحكام - ٢٠ - ١ - رقم ٤٤ - ص ٢٧٩، وأنظر عكس ذلك: المحكمة الإدارية العليا ١٩٦٩/١١/٨ - سبق الإشارة إليه، وقد جاء به أنه "طبقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات، فإن الإحالة عند الحكم بعدم الاختصاص، لا تكون إلا بين محكمتين سواء أكانتا تابعتين إلى جهة قضائية واحدة أو إل أي جهتين واللجنة القضائية للإصلاح الزراعي ليست محكمة بالمعنى الذي عناه المشرع في المادة ١١٠ المشار إليها، ولذلك فلا تجوز إحالة الدعوى إليها، وإنما يكون الطاعنون وشأنهم في طرح النزاع على تلك اللجنة وفقاً للأوضاع التي حددها القانون".

التعويض في أمانات المصلحة القائمة بإجراء نزع الملكية واعتبار الإخطار المذكور مبرراً لذمة الحكومة من التعويض المستحق عن عدم الانتفاع وذلك حتى لا تستمر الحكومة ملزمة بأداء هذا التعويض في حين أن صرفه متعذر بسبب عقبات لا دخل لها فيها كوجود حجز أو رهن أو اختصاص أو أى حق للغير، أما النوع الأول الخاص بتقدير التعويض فيحال إلى لجنة الفصل في المعارضات<sup>(١)</sup>.

#### ٤ - القضاء يعقد بضمون العمل لا بشخص من يقوم به :

٢١ - إن الاعتداد بضمون العمل الذى تمارسه الجهة أو اللجنة التى أنشأها المشرع وخصها دون غيرها بالفصل فى نوع معين من المنازعات لتحديد طبيعته (المعيار الموضوعى) دون الاعتداد بالشخص الذى يمارس هذا العمل (المعيار الشكلى) من الأمور المسلم بها لدى القضاء المصرى :

أ - فقد قضت محكمة النقض بأن "اللجنة التى أنشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة للفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزع الملكية للمنفعة العامة وإن كانت بحكم تشكيلها تعتبر هيئة إدارية إلا أن المشرع قد حولها اختصاصاً قضائياً معيناً حين ناط بها الفصل فى الخلاف الذى يقوم بين المصلحة وبين ذوى الشأن على التعويضات المقدرة لهم عن نزع الملكية ، وهذا الفصل يعتبر فصلاً فى خصومة"<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر: نقض ١٩٧٩/٣/١ - مجموعة الأحكام - ٣٠ - ١ - رقم ١٢٦ - ص ٦٧٥.

(٢) أنظر: نقض ١٩٦٣/١١/٧ - مجموعة الأحكام - ١٤ - ٣ - رقم ١٤٥ - ص ١٠٢٠ ، وفى نفس المعنى أنظر: نقض ١٩٧٠/٣/١٩ - مجموعة الأحكام - ٢١ - ١ - رقم ٧٩ - ص ٤٩٧ ، نقض ١٩٧٢/٦/٨ - مجموعة الأحكام - ٢٣ - ٢ - رقم ١٦٩ - ص ١٠٨١ ، نقض ١٩٧٨/١/١٦ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ١ - رقم ٤٤ - ص ٢٠٣ ، نقض ١٩٧٩/٣/١ - مجموعة الأحكام - ٣٠ - ١ - رقم ١٢٦ - ص ٦٧٥.

ب- كما قضت محكمة النقض أيضاً - وبخصوص لجنة المعارضات الخاصة بتقدير قيمة الأشياء المستولى عليها - بأنه "يبين من نصوص المواد من ٤٣ إلى ٤٦ من المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥، أن اللجنة التي أنشأها القانون المذكور للفصل في المعارضات الخاصة بتقدير قيمة الأشياء المستولى عليها، وإن كانت بحكم تشكيلها تعتبر هيئة إدارية إلا أن المشرع قد خولها اختصاصاً قضائياً معيناً حين ناص بها الفصل في الخلاف الذي يقوم بشأن هذا التقدير، وأن هذا الفصل يعتبر فصلاً في خصومة"<sup>(١)</sup>.

ج- كما قضت محكمة النقض كذلك - وبخصوص مجلس نقابة المحامين - بأنه "تفيد نصوص المواد ٦/٨٠ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٨ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٤٤ والخاص بالمحاماة أمام المحاكم الوطنية - والمطبق على واقعة الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المشرع جعل لمجلس نقابة المحامين ولاية الفصل في تقدير أتعاب المحامي عند الاختلاف على قيمتها في حالة عدم وجود اتفاق كتابي عليها وذلك بناءً على طلب المحامي أو الموكل، وتقدير مجلس النقابة للأتعاب في هذه الحالة يعتبر فصلاً في خصومة بدليل أن الالتجاء إليه لا يكون إلا عند الخلاف على الأتعاب في حالة عدم وجود اتفاق كتابي في شأنها وبدليل إباحة الالتجاء إلى مجلس النقابة من كل من المحامي والموكل على السواء، هذا إلى أنه مما يؤكد أن لمجلس النقابة اختصاصاً قضائياً في مثل هذه الحالة ما أوجبه القانون من لزوم إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة من الطلب وبالجلسة بمقتضى خطاب موصى عليه ليحضر أمام المجلس أو ليقدم ملاحظاته، مما مفاده أن تقديم الطلب إلى المجلس تنعقد به الخصومة، كما أفاد المشرع بما رسمه من طريق للتظلم في أمر تقدير الأتعاب وبيان طرق الطعن في الحكم الصادر في التظلم أنه اعتبر فصل مجلس النقابة في تقدير الأتعاب فصلاً في خصومة بين الطرفين"<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر: نقض ١٩٧٢/١/٤ - مجموعة الأحكام - ٢٣ - ١ - رقم ٤ - ص ١٨.  
(٢) أنظر: نقض ١٩٦٨/١/٩ - مجموعة الأحكام - ١٩ - ١ - رقم ١ - ص ٥، وفي نفس المعنى أنظر: نقض ١٩٦٦/١/٤ - مجموعة الأحكام - ١٧ - ص ٣٧، =

د- كما قضت محكمة النقض أيضاً - وبخصوص لجان فحص المنازعات الناشئ<sup>١</sup> عن تطبيق قانون التأمين الاجتماعى - على أن "مؤدى النص فى المادتين ١٢٨ ، ١٥٧ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٧ والفقرة الثامنة من المادة ١٢٨ قبل تعديلها بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ يدل على أن اللجان التى استحدثها المشرع لفحص المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ والتى صدر قرار وزير التأمينات رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٧٦ بتشكيلها وإجراءات عملها ، وإن كانت بحكم تشكيلها لجاناً إدارية إلا أنه نظراً لأن الشارع حدد اختصاصاتها بتسوية المنازعات التى تنشأ بين الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية وأصحاب الأعمال والمنتفعين بأحكام التأمين الاجتماعى بالطرق الودية قبل اللجوء إلى القضاء ، ولم يعهد إليها بسلطة الفصل فى هذه المنازعات ، فإنها لا تعد من قبيل الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى"<sup>(١)</sup>.

ه- وقد أكدت محكمة النقض على موقفها الذى يعتد بمضمون العمل لا بشخص من يصدره ، وتعتبره عملاً قضائياً متى كان فاصلاً فى خصومة مع اتباع إجراءات وضمانات التقاضى وهو ما يضمن على من يصدره وصف الجهة القضائية لثبوت ولاية القضاء لها ، ولا تعتبره عملاً

---

=نقض ١٩٦١/٦/٨ - مجموعة الأحكام - ١٢ - ص ٥٣٢ ، وقد جاء بهذا الحكم "ناط المشرع - فى القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ - بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامى عند الخلاف على قيمتها فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها وذلك بناء على طلب المحامى أو الموكل. وتقدير مجلس النقابة للأتعاب فى هذه الحالة يعهد فصلاً فى خصومة إذ أن الالتجاء إلى المجلس جائز لأيهما عند الخلاف على قيمة الأتعاب مع إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة طلب التقدير والجلسة المحددة = لنظره بخطاب موصى عليه. ومفاد ذلك أن تقديم الطلب إلى مجلس النقابة من المحامى أو الموكل تنعقد به الخصومة القضائية بينهما مما يضمن على مجلس النقابة ولاية الفصل فى النزاع".

(١) أنظر: نقض ١٩٨٦/٤/٢٨ - مجموعة الأحكام - ٣٧ - ١ - رقم ١٠٤ - ص

٤٨١ -

قضائياً ولا الجهة التي أصدرته قضائية إذا لم تتوافر فيه هذه المفترضات ،  
بخصوص قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة.

فقد قضت هذه المحكمة فى هذا الصدد بأن "القضاء العادى -  
وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - وهو صاحب الولاية - ولا  
يخالف به أحكام الدستور - يعتبر استثناءً وارداً على أصل عام ومن ثم  
يجب عدم التوسع فى تفسيره - لما كان ذلك وكان النص فى المادة ٦٦ من  
القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم مجلس الدولة ... يدل على أن المشرع لم  
يسخ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة  
ولاية القضاء فى المنازعات التى تقوم بين فروع السلطة التنفيذية ، وذلك  
أن الجمعية العامة ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى بمجلس  
الدولة ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التى رسمها قانون  
المرافعات أو أية قواعد إجرائية أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات  
إجراءات التقاضى وضماناته ، وعلى هذا النحو لا تعد من جهات القضاء  
أو الجهات ذات الاختصاص القضائى وإنما تختص فقط بمهمة الإفتاء فى  
المنازعات بإبداء الرأى مسيئاً على ما أفصح عنه صدر النص السالف. ولا  
يؤثر فى ذلك ما أضفاه المشرع على رأياها من صفة الإلزام للجانبين لأن  
هذا الرأى الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولا يرقى به نص المادة ٦٦ المشار  
إليها إلى مرتبة الأحكام فلا يحوز الرأى الذى تبديه بشأن ما يطرح عليها  
حجية الأمر المقضى. لما كان ذلك وكان المشرع لم يضع - على أى وجه -  
قيداً يحول بين هذه الجهات وبين اللجوء مباشرة إلى جهة القضاء للحصول  
على حكم قضائى قابل للتنفيذ الجبرى وكانت المنازعة المطروحة هى مما  
تختص به جهة القضاء العادى - فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض  
الدفع بعدم الاختصاص الولاىى يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة"<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر: نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ - مجموعة الأحكام - ٣٥ - رقم ١٤٤ - ص ٧٥٩ ،  
وقد أخذت محكمة الإسكندرية الابتدائية أيضاً بذلك ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه  
".... وكانت الجمعية العامة لمجلس الدولة ليس لها ولاية القضاء والفصل فى  
المنازعات ولا تعد من جهات القضاء والجهات ذات الاختصاص القضائى وإنما =



٢٢- كما أن المحكمة الدستورية العليا قد أدلت بدلوها في هذا الصدد. فقد عولت هذه المحكمة على المعيار الموضوعى لتحديد طبيعة العمل، ومن ثم تحديد طبيعة الجهة التى تصدره. فقد قررت أنه إذا كان العمل الذى أسنده المشرع إلى جهة ما هو الفصل فى خصومة وخصها به دون غيرها - مع توافر الحيدة والاستقلال وحماية حقوق الخصوم - فهو عمل قضائى والجهة التى أصدرته هى جهة قضائية بالتبعية بغض النظر عن تشكيلها. وإن لم يكن العمل فصلاً فى خصومة مع مراعاة المبادئ الواجب مراعاتها فى الخصومة القضائية فلا يعد عملاً قضائياً ولا تعد الجهة التى أصدرته جهة قضاء. ومن ثم، لا يمكن أن يقوم النزاع بين العمل الصادر من جهة غير قضائية والعمل الصادر من جهة قضائية، وذلك لتخلف مفترضات قيام النزاع، وهو أن يكون العمل قضائياً صادراً من جهة من جهات القضاء فى الدولة أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخ من جهة أخرى منها، وأن يكون قد حسم النزاع وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذها.

فقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الصدد بأن "دار الإفتاء لا تعتبر جهة قضاء ولا هيئة ذات اختصاص قضائى، ذلك أن ما يصدر عنها من فتاوى ليس فصلاً فى خصومة قضائية، بل هو مجرد رأى لا تتوافر فيه خصائص الأحكام التى تستقل بها جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائى، ولا يرقى بالتالى إلى مرتبتها، وهو رأى غايته بيان الحكم الشرعى بمقتضى الأدلة الشرعية فى المسألة المستفتى عنها. لما كان ذلك، فإن أحد حدى التناقض المسوق فى الدعوى لا يتحقق فيه مناط طلب الفصل فى النزاع المبني على تناقض الأحكام طبقاً لما يقضى به

---

= تقوم بالإفتاء وإبداء الرأى مسبباً وأن ما تبديه لا يتجاوز حد الفتوى ولا يرقى لمرتبة الأحكام ومن ثم فإن وظيفتها لا ترقى للفصل فى الخصومة القضائية". أنظر محكمة الإسكندرية الابتدائية - الدائرة ٣٤ استمارى - ١٩٩٨/٢/٢٨ - الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٧ استمارى (غير منشور).

البند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ويكون الطلب غير مقبول"<sup>(١)</sup>.

د لا يلزم لاعتبار لجنة التصالح جهة قضائية أن ينص القانون على ذلك صراحة:  
٢٣- إذا كان المشرع قد أسند إلى جهة ما أو لجنة ما سلطة الفصل في نزاع وخصها دون غيرها بذلك وأحاطها في ممارسة عملها بالحيدة والاستقلال واحترام حقوق الخصوم، فإن هذه الجهة أو اللجنة تمارس عملاً قضائياً لتوافر كافة مقومات ومفترضات وجود هذا العمل، وتكون هي كذلك - بالتبعية - جهة قضائية أو هيئة قضائية أو محكمة أو لجنة قضائية، أعطاه المشرع جزءاً من ولاية القضاء في الدولة وأضفى عليها ولاية القضاء، وذلك استناداً لطبيعة العمل الذي تقوم به وتؤديه. ولا يحول دون ذلك أن المشرع لم ينصر صراحة على كونها جهة قضائية أو هيئة قضائية أو محكمة أو أنها لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي. فالعبرة في تحديد طبيعة الجهة أو الهيئة أو اللجنة تكون بحقيقة الواقع وبطبيعة العمل الذي أسنده المشرع إليها.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "خلو القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ من النص على اعتبار مجلس النقابة (نقابة المحامين) - عند تقدير أتعاب المحامي - من الهيئات القضائية أو الإدارية ذات الاختصاص القضائي ومن أن نقيب المحامين يمثل النقابة أمام تلك الهيئات، لا يمنع من أن يكون المشرع قد أضفى على مجلس النقابة ولاية القضاء في هذا الخصوص"<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك، لا يحول دون اعتبار لجنة التصالح جهة قضائية أو هيئة قضائية أو محكمة خلو القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن في الداخل من النص على اعتبارها كذلك. فمجرد نص

(١) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٨٨/١/٢ - الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١ - ج ٤ - القاعدة رقم ٣ - ص ٤٣٤.

(٢) أنظر: تقض ١٩٦١/٦/٨ - مجموعة الأحكام - ١٢ - ١ - رقم ٨١ - ص ٥٣٢.

المشروع على منحها دون غيرها سلطة الفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل يكفى لإضفاء ولاية القضاء عليها واعتبارها أحد مكونات السلطة القضائية.

٢٤- نخلص من كل ما سبق، أن لجنة التصالح التى أنشأها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ الصادر بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل، هى جهة قضائية فرعية أو هيئة قضائية فرعية داخل جهة القضاء العادى أو محكمة متخصصة وظيفياً فى نوع معين من المنازعات، منحها المشروع جزءاً من ولاية القضاء، وهو الفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل، تختص به دون غيرها من جهات القضاء فى الدولة. والسبب فى هذه الطبيعة القضائية للجنة التصالح أنها تمارس عملاً توافرت فيه كافة المقومات والشروط التى تجعل منه عملاً قضائياً، إذ أنها تفصل فى نزاع بحيدة واستقلال وتراعى فى عملها الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضى التى يتعين على أى جهة أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها والتى تضمن حماية حقوق الخصوم. ولا يحول دون تكييف لجنة التصالح وتحديد طبيعتها على النحو السابق خلو القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ من إسباغ هذا الوصف عليها. فالعبرة فى تحديد طبيعة أية جهة تكون بطبيعة العمل الذى تقوم به. وطالما أن لجنة التصالح تمارس عملاً قضائياً، فإنها تكون جهة أو هيئة قضائية، وإن كانت فرعية، بغض النظر عن تشكيلها.

### المطلب الثانى

**إجراءات التقاضى أمام الجهة المختصة بالفصل**

**فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل**

**وظيفة القرارات الصادرة منها**

**أولاً: إجراءات التقاضى أمام الجهة المختصة بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل:**

٢٥- إذا كان المشروع قد أسند إلى لجنة التصالح دون غيرها وظيفة الفصل فى المنازعات التى تقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم

القطنية، فهل أوضح كيفية عرض المنازعات على هذه اللجنة؟ وهل حدد طريقة انعقاد الخصومة أمامها؟ وهل نظم طريقة نظرها لهذه المنازعات وطريقة إصدار قرارات بشأنها؟.

فى الحقيقة أتمّ المشرع قد وضع - بموجب القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - نظاماً قانونياً دقيقاً لعمل لجنة التصالح يكفل إعمال مبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع وحماية حقوق الخصوم أمام هذه اللجنة. كما أوضح كيفية إصدار هذه اللجنة لقراراتها فى المنازعات التى تطرح عليها. وهو ما سنعرض له:

#### ١- طلب فض النزاع:

#### أ- تقديم الطلب وبياناته:

٢٦- تنص المادة ١/٣٠ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يعرض النزاع على لجنة التصالح بطلب يقدم إلى مكتب اللجنة العامة بالمحافظة يتضمن بياناً مفصلاً بموضوع النزاع".

وطبقاً لهذا النص، فإن لجنة التصالح لا تقوم بوظيفتها فى فض المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل من تلقاء نفسها، فلا بد من طلب يقدم إليها من أحد الخصوم يطلب منها فض النزاع. فالنشاط القضائى هو نشاط مطلوب وليس مفروضاً<sup>(١)</sup>. وهذا الطلب هو الذى يحدد للجنة التصالح أوجه النزاع المطلوب منها الفصل فيها. ويجب على اللجنة أن تلتزم بما يطلب منها، فلا يجوز لها أن تفصل فيما لم يطلب منها أو بما يتجاوز حدود ما طلب منها، وإلا كان قرارها قابلاً للطعن فيه.

ويلاحظ بخصوص طلب فض النزاع عدة أمور وهى:

أ- أن هذا الطلب - كما هو واضح من نص المادة ١/٣٠ - لا يقدم مباشرة إلى لجنة التصالح بالمحافظة: بل يقدم إلى مكتب اللجنة العامة بالمحافظة. فإذا قدم الطلب مباشرة إلى لجنة التصالح كان واجباً عليها أن تقضى بعدم قبوله لرفعه إليها بغير الطريق الذى حدده المشرع، ويجوز

(١) أنظر: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها - ط ٢ - ١٩٩٩ -

بند ١٥٠ - ص ٢٤٨.

للجنة - فى اعتقادنا - بدلاً من أن تقرر عدم قبول الطلب أن تحكم بإحالة إلى مكتب اللجنة العامة بالمحافظة توفيراً للوقت والجهد والنفقات. وإذا رفعت المنازعة إلى جهة أو محكمة أخرى غير لجنة التصالح فيجب عليها أن تقضى بعدم ولايتها أو بعدم اختصاصها الوظيفى أو الولائى وإحالة النزاع إلى لجنة التصالح المختصة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد - وبخصوص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى، وهو ما يسرى على لجنة التصالح - بأنه "نصت المادة ١٣ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على أن "تعال فوراً جميع القضايا المنظورة حالياً أمام جهات القضاء ما دام باب المرافعة لم يقفل فيها" إلى اللجنة القضائية المذكورة مما يفيد أن طرح المنازعة على المحاكم قبل صدور الاستيلاء على الأرض المتنازع عليها لا يحول دون اختصاص هذه اللجنة بنظرها ما دام باب المرافعة لم يقفل فى الدعوى، وأن على المحكمة فى هذه الحالة أن تنفض يدها من المنازعة وتحيلها إلى اللجنة"<sup>(١)</sup>. وإذا رفع طلب فض النزاع أمام لجنة تصالح غير مختصة محلياً، فإنه يجب عليها أن تحكم بعدم اختصاصها وإحالة النزاع إلى اللجنة المختصة.

ب- أن هذا الطلب يجب أن يتضمن بياناً مفصلاً لموضوع النزاع: ويعنى ذلك أن يتضح من الطلب بدقة وجه الخلاف الناشب بين الطرفين، هل هو عدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها بينهما، أو التأخير فى تنفيذها، أم يتعلق النزاع ويدور حول نوع القطن محل التعامل ومواصفاته ورتبته ... الخ. ويجب أن يوضح الطلب ما هى المسائل والمنازعات المطلوب من اللجنة الفصل فيها. ويجب أن يرفعه الطالب (المدعى) بالطلب كافة المستندات والأوراق المؤيدة لطلبه والتي تمكن اللجنة من الفصل فى النزاع المطروح عليها.

ج- يجب أن يتضمن طلب فض النزاع أيضاً أسماء الخصوم وعناوينهم بدقة، وذلك حتى يمكن إعلانهم بالأوراق والطلبات ومواعيد الجلسات وقرارات اللجنة على هذه العناوين.

(١) أنظر: نقض ٢٣/١٢/١٩٦٥، ١٩٦٩/٢/٦ - سبق الإشارة إليهما.

## ب- تقديم الطلب إلى لجنة التصالح يقطع التقادم:

٢٧- يترتب على تقديم طلب فض النزاع الناشئ عن تجارة القطن في الداخل إلى لجنة التصالح قطع التقادم<sup>(١)</sup>. ويترتب هذا الأثر - قطع التقادم - ولورفعت المنازعة إلى لجنة تصالح غير مختصة أو إلى جهة أو محكمة غير مختصة. وقد قضت لجنة طعن الضرائب بالقاهرة في هذا الصدد بأنه "لم يقصد المشرع بالمطالبة القضائية معناها الحرفي المتعارف عليه، وإنما كل إجراء قانوني يتضمن إظهار نية الدائن في تمسكه بحقه ضد من يسرى التقادم في مصلحته. وليست المطالبة قاصرة على التكليف بالحضور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعنى الذي قصده قانون استقلال القضاء، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التي يتضمنها كل تكليف بالحضور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن التنفيذ بمقتضاه تمشياً مع ما تطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية واستحدثت من القوانين الحالية. وبناء على ذلك تكون إحالة الموضوع إلى لجنة الطعن بناءً على طلب الطاعن يعتبر قاطعاً للتقادم لأن هذه الإحالة تتضمن قطعاً تمسك المصلحة بحقها والتمسك بالحق قاطعاً للتقادم"<sup>(٢)</sup>.

كما قضت محكمة استئناف القاهرة أيضاً في هذا الخصوص بأن: "لجان التقدير القديمة هي هيئات مختصة في مسائل الضرائب وكل إليها المشرع دون غيرها أمر إجراء التقدير لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد، وولايتها في ذلك ولاية أصلية، وهي في الواقع هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي تفصل في خصومة بين الممول ومصلحة الضرائب، والخطاب الموصى عليه بعلم الوصول الذي بمقتضاه تحيل

(١) قارب: عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٣ - نظرية

الالتزام - ط ٢٠٠٦ - طبعة نقابة المحامين - ص ٩١١ - هامش رقم (١).

(٢) أنظر: لجنة طعن الضرائب بالقاهرة ١٩٥٢/٤/١ - المحاماة - ٣٣ - ع ٦ -

رقم ٣٩٧ - ص ٩٣٩.

مصلحة الضرائب الممول على لجنة التقدير له قوة الإعلان الذي يتم بالطرق القانونية العادية ويقطع التقادم إن كان لم يكتمل بعد"<sup>(١)</sup>.

كما أكدت على ذلك أيضاً محكمة النقض، فقد قضت بأنه: "متى كان تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس النقابة من المحامي أو الموكل إعلاناً بخضومة فإنه تترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم في مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدني"<sup>(٢)</sup>.

## ٢- سداد الرسوم القضائية:

### أ- سداد الرسوم شرط لقبول طلب فض المنازعة:

٢٨- تنص المادة ٢/٣٠ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن في الداخل على أنه "ولا يكون الطلب مقبولاً إلا إذا سدد صاحبه لمكتب اللجنة العامة بالمحافظة الرسم المقرر". كما تنص المادة ٣٤ من هذا القانون على أنه "تسرى على رسوم التصالح والتحكيم القواعد المقررة في قانون الرسوم القضائية في المواد المدنية وذلك بحد أقصى قدره مائة ألف جنيه".

ويستفاد من هذين النصين أنه يشترط لقبول طلب فض المنازعات الناشئة عن تجارة القطن في الداخل أن يسدد من يقدمه إلى مكتب اللجنة العامة بالمحافظة الرسوم القضائية المستحقة على هذا الطلب. فإذا لم تسدد الرسوم المستحقة كان لمكتب اللجنة العامة بالمحافظة أن يقرر عدم قبول طلب فض النزاع.

وإذا أخطأ مكتب اللجنة العامة وقبل طلب فض النزاع ولم يحصل الرسم القضائي المستحق عليه كان للجنة التصالح أن تستبعد القضية من جدول الجلسة (م ١٣ من قانون الرسوم القضائية في المواد المدنية). وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "على المحكمة طبقاً للمادة الثالثة عشر من القانون ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم

(١) أنظر: محكمة استئناف القاهرة ٣/٤/١٩٥٢ - المحاماة - ١٤ - رقم ٢٧ - ص ٣١.

(٢) أنظر: نقض ١٩٦١/٦/٨ - مجموعة الأحكام - ١٢ - ١ - رقم ٨١ - ص ٥٣٢.

التوثيق فى المواد المدنية أن تستبعد القضية من جدول الجلسة إذا لم تسدد الرسوم المستحقة عليها بعد قيدها"<sup>(١)</sup>.

ويجوز أيضاً للجنة التصالح أن تفصل فى المنازعة التى رفعت إليها رغم عدم سداد الرسم المستحق عليها. فاستبعاد اللجنة للمنازعة بسبب عدم سداد الرسم هو رخصة قررتها لها المادة ١٣ من قانون الرسوم<sup>(٢)</sup> - والتى تطبق على المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل طبقاً لنص المادة ٣٤ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - فلها أن تستخدمها ولا تنظر المنازعة التى طرحت عليها، ولها ألا تستخدمها وتستمر فى نظر هذه المنازعة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه ".... وإذا كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى أن المطعون ضده الأول مثل بجلسة ١٩٧٣/١٢/٥ أمام محكمة أول درجة طالباً فى حضور الطاعن قبول تدخله خصماً ثالثاً فى الدعوى فحسبه ذلك ليكون طلبه معروضاً على المحكمة، ولما كانت المحكمة لم تر استبعاد هذا الطلب بل قررت حجز الدعوى للحكم وأصدرت حكمها بعدم قبول التدخل لانتفاء مصلحة طالبه فإنها بذلك تكون قد واجهت طلباً مطروحاً عليها دون أن تستخدم حقها المخول لها بنص المادة ١٣ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤"<sup>(٣)</sup>.

ب- عدم سداد الرسوم لا يؤدي إلى بطلان قرار لجنة التصالح:

٢٩- لا يترتب على عدم سداد الرسوم المقررة على طلب فض النزاع الناشئ عن تجارة القطن بالداخل بطلان القرار الصادر من لجنة التصالح بخصوصه. والسبب فى ذلك أن المادة ١٣ من قانون الرسوم القضائية - والتى تطبق على المنازعات التى تطرح على لجنة التصالح - لم ترتب البطلان على عدم سداد الرسم، كما أن المخالفة المالية فى القيام

(١) أنظر: نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ - مجموعة الأحكام - ٢١ - ٢ - رقم ١٤٩ - ص ١٩٣٣.

(٢) أنظر: نقض ١٩٧٦/٦/٢٢ - مجموعة الأحكام - ٢٧ - ١ - رقم ٢٦٦ - ص ١٤٠٠.

(٣) أنظر: نقض ١٩٨٨/١/٧ - الطعتان رقما ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق.



بعمل إجرائي لا يترتب عليها بطلان هذا العمل لأنه أمر خارجي عنه وليست من مكوناته أو من شروط صحته حتى يتحقق البطلان لمخالفتها، وذلك ما لم ينص القانون على البطلان عن هذه المخالفة، وهو لم ينص على ذلك في المادة ٢/٣٠ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤، ومن ثم فلا بطلان، وذلك تطبيقاً للمادة ١/٢٠ من قانون المرافعات التي تنص على أنه "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحةً على بطلانه".

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "عدم دفع الرسم المستحق على الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يترتب عليه البطلان، لما هو مقرر بأن المخالفة المالية في القيام بعمل إجرائي لا يبنى عليها بطلان هذا العمل، ما لم ينص القانون على البطلان عن هذه المخالفة، وإذ تقضى المادة ٢/١٣ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية بأن تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة إذا تبين لها عدم أداء الرسم ودون أن يرد بالنص البطلان جزاءً على عدم أداء الرسم، فإذا انتهى الحكم إلى أن تحصيل الرسوم المستحقة هو من شأن قلم الكتاب، فإنه لا يكون معيباً بالبطلان"<sup>(١)</sup>.

### ج- لا يجوز الطعن في قرار لجنة التصالح بسبب عدم سداد الرسوم:

٣٠- إذا لم تسدد الرسوم القضائية المستحقة على طلبات فض المنازعات الناشئة عن تجارة القطن في الداخل، فإنه لا يجوز الطعن في القرار الصادر من لجنة التصالح لهذا السبب. وعلة ذلك، أن عدم سداد الرسوم القضائية لا يترتب عليه بطلان الحكم فكيف يكون ذلك سبباً للطعن في الحكم.

(١) أنظر: نقض ١٩٧٤/٤/١١ - مجموعة الأحكام - ١٣ - ٢ - رقم ١٠٧ - ٢، ٦٨٦، نقض ١٩٧٣/٢/٦ - مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً - إصدار نادي القضاة - ج ١ - المجلد الثالث - رقم ١٣٤٥ - ص ٣٥٢٦، نقض ١٩٨٤/١٢/٦ - مجموعة الأحكام - ٣٥ - ٢ - رقم ٣٧٦ - ص ١٩٧٨.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا فى هذا الصدد بأن: " ... عدم أداء رسم الدعوى كله أو بعضه قبل صدور الحكم فيها لا يصلح - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الإدارية العليا - أن يكون سبباً للطعن فى الحكم، وتصبح الرسوم المستحقة واجبة الأداء ويتخذ قلم الكتاب فى شأن تحصيلها الإجراءات المقررة"<sup>(١)</sup>.

### ٣. واجبات مكتب اللجنة العامة:

٣١- تنص المادة ٣/٣٠ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل على أنه "وعلى مكتب اللجنة العامة بالمحافظة أن يحيل النزاع إلى لجنة التصالح ويدعوها للاجتماع فى موعد غايته أسبوع من تاريخ تقديم الطلب إليه".

وطبقاً لهذا النص، فإنه يقع على عاتق مكتب اللجنة العامة بالمحافظة - بعد تقديم طلب فض النزاع إليه ودفع الرسم المقرر عنه - التزامين أساسيين، وهما:

#### أ. إحالة النزاع إلى لجنة التصالح:

وهذه الإحالة وجوبية، بدليل نص المادة ٢/٣٠ على أنه "وعلى مكتب اللجنة العامة ...". والسبب فى ذلك أن مكتب اللجنة العامة لا يختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل، فهذا الاختصاص يثبت للجنة التصالح وحدها دون غيرها، ودور مكتب اللجنة العامة هو دور قلم الكتاب فى المحكمة، يتلقى الطلبات والمستندات الخاصة بالنزاع الذى سيرتح على لجنة التصالح ويقوم بقيد طلب فض النزاع متى استوفيت المستندات وتم دفع الرسوم.

#### ب. دعوة لجنة التصالح للاجتماع:

مع إحالة مكتب اللجنة العامة بالمحافظة للنزاع إلى لجنة التصالح فإنه يدعو هذه اللجنة للاجتماع لنظر هذا النزاع وبدء إجراءات الفصل فيه. ويتم دعوة أعضاء لجنة التصالح للاجتماع بموجب كتاب

(١) أنظر: المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٢/١١/٨ - الطعن رقم ٧٢٣ لسنة ٣٤ ق.

(١٢٦) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الأسكندرية، العدد الأول ٢٠١١

موصى مصحوب بعلم الوصول (م ٦/٣٠ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

ويقوم مكتب اللجنة العامة بالمحافظة بهذين الإجراءين بمجرد تقديم طلب فض النزاع إليه مستوفياً الشروط اللازمة لقبوله، وفي موعد لا يتجاوز أسبوعاً من تاريخ تقديم الطلب إليه. وهذا الميعاد هو مجرد ميعاد تنظيمي، فلا يترتب على مخالفته أو تجاوزه أى بطلان. إلا أنه إذا أصاب مقدم الطلب أضرار نتيجة التأخر فى إحالة طلبه على لجنة التصالح أو دعوتها للاجتماع، فإن من حقه الرجوع بالتعويض على مكتب اللجنة العامة بالمحافظة. ويجب على مقدم الطلب متابعة الإجراءات أمام مكتب اللجنة العامة، وذلك حتى لا ينسب إليه أى تقصير أو إهمال فى هذا الشأن.

#### ٤ - انعقاد الخصومة أمام لجنة التصالح:

٣٢- بعد أن يقوم مكتب اللجنة العامة بالمحافظة بإحالة طلب فض النزاع إلى لجنة التصالح ودعوتها للاجتماع، تقوم هذه اللجنة بإعلان هذا الطلب إلى الخصوم فى المنازعة محل هذا الطلب. ويتم هذا الإعلان بواسطة مكتب اللجنة العامة بالمحافظة، ويكون بموجب كتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول (م ٦/٣٠).

ويتضمن إعلان طلب فض النزاع البيانات الجوهرية الواجب توافرها فى إعلان الأوراق القضائية، وخاصة: أسم مقدم الطلب واسم المقدم ضده الطلب، وموضوع النزاع، ومكان انعقاد لجنة التصالح، وتاريخ الجلسة المحددة لنظر النزاع والذى يجب أن يكون بينه وبين تاريخ الإعلان أسبوعاً على الأقل (ميعاد الحضور أمام اللجنة)، وذلك حتى يتمكن المدعى عليه من إعداد دفاعه ودفعه وتجهيز مستنداته وتوكيل محام للدفاع عنه أمام لجنة التصالح إذا أراد.

ويوصول الإعلان إلى الخصوم (لأشخاصهم أو فى موطنهم أو فى محال عملهم) تكون الخصومة قد انعقدت أمام لجنة التصالح على نحو

صحيح قانوناً، وهو ما يسمح للجنة بنظر موضوع النزاع تمهيداً للفصل فيه.

#### ٥- نظر النزاع:

٣٣- بعد انعقاد الخصومة أمام لجنة التصالح (بإعلان الخصوم) وحلول ميعاد الجلسة المحددة لنظر النزاع، تبدأ اللجنة فى ممارسة وظيفتها فى فض النزاع المطروح عليها.

وفى الجلسة المحددة قد يحضر الخصوم أو أحدهم، وقد يغيب الخصوم أو بعضهم:

١- فإذا حضر الخصوم:

فإن اللجنة تقوم بسماع أقوالهم التى تتعلق بموضوع النزاع، وتقبل ما يقدمونه من أوراق ومذكرات ومستندات وأدلة، وتمكن كل خصم منم الإطلاع على ما يقدمه خصمه والرد عليه. وقد يحتاج الفصل فى النزاع انتداب خبير، فتكون اللجنة ملزمة بذلك طالما أن فض النزاع يستلزم انتداب خبير. وقد يطلب أحد الخصوم من اللجنة سماع شهود أو إدخال بعض الأشخاص لتقديم ما تحت يدهم من مستندات، ويجب على اللجنة أن تستجيب لهذه الطلبات طالما أنها ضرورية للفصل فى النزاع. ويجب على اللجنة أثناء نظرها للنزاع المطروح عليها أن تراعى الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضى التى يتعين على أى جهة أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها، وخاصة تمكين الخصوم من ممارسة حقهم الدفاع، وكذلك مبدأ المواجهة.

وقد يقرر أحد الخصوم أو كلاهما النزول عن سماع أقوالهم. وهنا لا يكون على اللجنة أى التزام فى هذا الصدد، ويكون قرارها صحيحاً. ولا يمكن لمن تنازل أن يطعن عليه لمخالفة القاضى لقاعدة "لا تحكم دون سماع الخصم"<sup>(١)</sup>، وذلك لأنه هو الذى تنازل عن حقه فى سماع أقواله.

(١) أنظر فى هذه القاعدة: إبراهيم نجيب سعد - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم - الإسكندرية - ١٩٨١.

## ب - عدم حضور الخصوم:

قد لا يحضر الخصوم أمام لجنة التصالح فى الجلسة المحددة لنظر نزاعهم، وقد يحضر أحدهم ويغيب الآخر:

١ - فإذا غاب الخصوم أو أحدهم رغم إعلانهم (إخطارهم) لأشخاصهم:

فإن اللجنة تفصل فى النزاع المطروح عليها فى ضوء الأوراق والمستندات المقدمة من المدعى عند تقديم طلب فض النزاع إلى مكتب اللجنة العامة للمحافظة. ويعتبر غياب المدعى نزولاً منه عن سماع أقواله اكتفاءً بما قدمه من أوراق ومستندات، كما يعتبر غياب المدعى عليه كذلك نزولاً منه عن سماع أقواله. وفى الحالتين، تستمر لجنة التصالح فى عملها وتصدر قرارها وتبلغه للخصوم المتخلفين عن الحضور بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، ويعتبر قرارها فى هذه الحالة حضورياً (م ٣٠ / ٧ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

أما إذا لم يكن المدعى قد قدم أية أوراق أو مستندات بخصوص موضوع النزاع، فإن اللجنة فى هذه الحالة لا يمكنها أن تفصل فى النزاع المطروح عليها. وفى هذه الحالة، لا سبيل إلى لجنة التصالح إلا أن تقوم بشطب الدعوى<sup>(١)</sup>، وذلك لعدم تمكنها من تكوين عقيدة فى موضوع النزاع عليها وغياب الخصوم جميعاً، فالدعوى فى هذه الحالة غير صالحة للفصل فيها. وإذا مضت مدة ستون يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها، اعتبرت كأن لم تكن (م ٨٢ من قانون المرافعات).

٢ - أما إذا غاب الخصوم أو أحدهم ولم يكن قد تم إعلانهم (إخطارهم) لأشخاصهم:

فإن اللجنة لا يمكن أن تقوم بشطب الدعوى، بل يجب عليها فى هذه الحالة أن تؤجل نظر الدعوى، وتطلب من مكتب اللجنة العامة إعادة

(١) راجع فى شطب الدعوى: أحمد هندى - شطب الدعوى - ط ١٩٩٣ - دار النهضة العربية.

إعلان من لم يعلن لشخصه من الخصوم. ولا يعتبر غياب الخصوم أو أحدهم في هذه الحالة نزولاً منه عن سماع أقواله، فقد لا يكون قد علم بميعاد الجلسة لعدم قيام من تسلم الإعلان بتسليمه إليه. وإذا فصلت اللجنة في النزاع في مثل هذه الحالات فإنها تكون قد خالفت حقوق الخصوم في الدفاع وحكمت عليهم دون سماع أقوالهم، وهو ما يجعل قرارها باطلاً.

## ٦- الفصل في النزاع:

٣٤- بعد أن تسمع لجنة التصالح الخصوم في النزاع المطروح عليها، وبعد أن تمكنهم من إيداع دفاعهم ودفعهم وتقديم مستنداتهم ومذكراتهم، وتتيح لكل منهم الإطلاع والرد على ما قدمه خصمه، وبعد أن تتيح لكل خصم الإطلاع على ما قدم في الدعوى من تقارير والرد على ما جاء، فإنها تقوم بحجز الدعوى للحكم تمهيداً لإصدار قرار في موضوعها.

وتصدر قرارات لجنة التصالح بأغلبية أصوات أعضائها الخمسة (م ٨/٣٠ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤). ويتم إبلاغ قرار اللجنة إلى الخصوم بخطاب موصى عليه.

## ثانياً: طبيعة القرارات الصادرة من لجنة التصالح:

### ١- القرار الصادر من لجنة التصالح حكم قضائي:

٣٥- إن لجنة التصالح - كما ذكرنا من قبل - هي جهة قضائية فرعية داخل جهة القضاء العادي أسند إليها المشرع وحدها دون غيرها الفصل في المنازعات الناشئة عن تجارة القطن في الداخل. وهذه اللجنة - كما ذكرنا من قبل - تمارس عملاً قضائياً بكل معنى الكلمة، إذ أنها تفصل في نزاع أو في خصومة، وتمارس عملها بحياذ واستقلال وبدون تبعية رئاسية، وتتبع في القيام بوظيفتها الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضي والتي يتعين على أية جهة أنيط بها الفصل في خصومة مراعاتها، وبخاصة الحرص على انعقاد الخصومة على نحو صحيح، وحضور الخصوم أمامها، وتمكينهم من ممارسة حقوق الدفاع، وضرورة

سماع اقوالهم، وتمكينهم من الإطلاع والرد على ما يقدم من الخصم الآخر.

٣٦- والقرار الصادر من لجنة التصالح فاصلاً فى النزاع المطروح عليها هو حكم قضائى<sup>(١)</sup> بكل معنى الكلمة:

والسبب فى ذلك، أن هذا القرار قد فصل فى منازعة، وصادر من جهة محايدة ومستقلة، كما أن هذه الجهة تتبع فى إصداره القواعد والأصول العامة للتقاضى. ولا ينال من كونه حكماً أنه قد صدر من غير القضاة. فالمرجع - كما قيل بحق<sup>(٢)</sup> - حر فى إضفاء سلطة الحكم على أية هيئة أو جهة يرى أنها الأنسب والأفضل لإصداره. كما لا يلزم أيضاً لاعتبار العمل صادراً من جهة قضائية - كما قيل بحق<sup>(٣)</sup> - أن يكون مصدره أحد أفراد السلطة القضائية، وإنما يكفى أن يخوله الشارع سلطة إصدار هذا العمل. فالعمل تكون له الطبيعة القضائية بمجرد أن تتوافر له الخصائص الأساسية للعمل القضائى بغض النظر عن السلطة التى يصدر عنها<sup>(٤)</sup>. فلا تتغير طبيعة العمل بتغير صفة السلطة التى تصدره<sup>(٥)</sup>. فالعمل القضائى يظل محتفظاً بطبيعته القضائية ولو كان صادراً من غير محاكم السلطة القضائية<sup>(٦)</sup>. بل إن الطبيعة القضائية للعمل - كما قيل بحق<sup>(٧)</sup> - تضى على العضو الذى أصدره صفة قضائية استثنائية، فيعتبر عضواً

(١) أنظر وقارب: إدوار غالب النهى - اللجان الإدارية ذات الاختصاص الجنائى - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة السادسة - العدد الأول - ص ١٤٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) راجع: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها - بند ٤٠ - ص ٦٩.

(٥) أنظر: أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة، إدوار غالى النهى - اللجان الإدارية ذات الاختصاص الجنائى - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة السادسة - العدد الأول - ص ١٤٣.

(٦) راجع: أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة.

(٧) راجع: وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - ص ٥٨٠،

أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٦٩ وما بعدها.

قضائياً خاصاً بالنسبة لأعمال الوظيفة القضائية التى يعهد إليه المشرع بممارستها. فصفة العضو هى التى تتحدد بحسب طبيعة الأعمال التى يمارسها<sup>(١)</sup>. فعندما يياشر العضو غير القضائى نشاطاً قضائياً عهد إليه به المشرع على سبيل الاستثناء، فإنه يعتبر وفى خصوص هذا النشاط عضواً قضائياً خاصاً<sup>(٢)</sup>.

٢- محكمة النقض المصرية تعتبر القرارات الصادرة من اللجان القضائية أحكاماً قضائية:

٣٧- إن اعتبار القرارات الصادرة من جهات أو لجان إدارية أعطاها المشرع سلطة الفصل فى خصومة أحكاماً قضائية بغض النظر عن تشكيل هذه اللجان هو من المبادئ المستقرة والثابتة والمتواترة لدى محكمة النقض المصرية، ونعرض لذلك فيما يلى، وبخصوص العديد من اللجان، وهى:

أ- قرارات لجنة تحديد الأجرة:

٣٨- تعتبر محكمة النقض أن القرارات الصادرة من لجان تحديد الأجرة أحكاماً قضائية، إذ أنها تفصل فى خصومة كالمحاكم سواء بسواء. فقد قضت فى هذا الصدد بأنه "لما كان لجان تحديد الأجرة المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، وإن كانت بتشكيلها المنصوص عليه فيه هيئة إدارية، إلا أنها وقد أعطاها القانون ولاية الفصل فى خصومة بين المؤجرين والمستأجرين، فإن قراراتها تكون لها صفة الأحكام ويتبع فى شأنها ما يوجب المشرع إتباعه فى قانون المرافعات بشأن بدء سريان ميعاد الطعن فيها"<sup>(٣)</sup>.

ب- قرارات لجان الطعن الضريبى:

٣٩- تؤكد محكمة النقض أن القرارات الصادرة من لجان الطعن الضريبى أحكاماً قضائية، لأنها تفصل فى نزاع، وتتبع عند إصدارها لهذه

(١) راجع: أحمد ماهر زغلول -مراجعة الأحكام- ص ٧٠.

(٢) راجع: أحمد ماهر زغلول -الإشارة السابقة.

(٣) أنظر: نقض ١٩٧٩/٥/٢٣ -مجموعة الأحكام- ٣٠-٢- رقم ٢٦٣- ص



القرارات قواعد وأصول التقاضى التى تتبعها الجهات القضائية. فقد قضت فى هذا الصدد بأن "النص فى المادتين ١٥٨ ، ١٦٠ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ فى شأن الضرائب على الدخل على أن المشرع قد اشترط لصحة انعقاد لجان الطعن حضور ثلاثة من موظفى مصلحة الضرائب المعينين بقرار من وزير المالية لنظر إجراءات الطعن وإصدار القرار بشأنه ولو تخلف عن الحضور من طلب الممول ضمهم إليها، وأوجب على هذه اللجان مراعاة الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضى التى يتعين على أية جهة أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها ومنها ما يسرى على الأحكام من قواعد إجرائية باعتبار أن ما تصدره من قرارات يعد بمثابة أحكام صادرة فى خصومة"<sup>(١)</sup>.

### جـ- قرارات مجلس نقابة المحامين:

٤٠- تعتبر محكمة النقض القرارات الصادرة من مجلس نقابة المحامين الصادرة فى الخلاف حول أتعاب المحاماة أحكاماً قضائية، وذلك لأنها تفصل فى خصومة، وتتبع أمامها الأصول والمبادئ الأساسية للتقاضى. فقد قضت فى هذا الصدد بأنه "تفيد نصوص المواد ٦/٨٠ و٤٤، ٤٥، ٤٦ و٤٨ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالمحاماة أمام المحاكم الوطنية - والمطبق على واقعة الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المشرع جعل لمجلس نقابة المحامين ولاية الفصل فى تقدير أتعاب المحامى عند الإختلاف على قيمتها فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها وذلك بناءً على طلب المحامى أو الموكل، وتقدير مجلس النقابة للأتعاب فى هذه الحالة يعتبر فصلاً فى خصومة بدليل أن الالتجاء إليه لا يكون إلا عند الخلاف على الأتعاب فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى فى شأنها وبدليل إباحة الالتجاء إلى مجلس النقابة من كل من المحامى والموكل على السواء. هذا إلا أنه مما يؤكد أن لمجلس النقابة اختصاصاً قضائياً فى

(١) أنظر: نقض ١٦/١١/١٩٩٩ - المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر التجارية بمحكمة النقض من ١/١٠/١٩٩٩ حتى ٣٠/٩/٢٠٠٠ - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض - ص ١٥٣.

مثل هذه الحالة ما أوجبه القانون من لزوم إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة من الطلب وبالجلسة بمقتضى خطاب موسى عليه ليحضر أمام المجلس أو ليقدم ملاحظاته، مما مفاده أن تقديم الطلب إلى المجلس تنعقد به الخصومة. كما أفاد المشرع بما رسمه من طريق للتظلم فى أمر تقدير الأتعاب وبيان طرق الطعن فى الحكم الصادر فى التظلم أنه اعتبر فصل مجلس النقابة فى تقدير الأتعاب فصلاً فى خصومة بين الطرفين إذا كان المشرع قد أجاز الالتجاء إلى المحاكم أو على مجلس النقابة لتقدير أتعاب المحاماة فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها، وكانت المادة ١٤٨ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ تجيز للمحامى بمقتضى أمر التقدير الصادر لصالحه أن يحصل على اختصاص بعقارات من صدر ضده الأمر، فقد دل بذلك جميعه على أن أمر التقدير هو بمثابة حكم صادر فى خصومة بين الطرفين<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أن هذا الحكم يكاد يكون منطقياً بالكامل على لجنة التصالح التى نص عليها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل. إذ أن لجنة التصالح تفصل فى نزاع بين المتعاملين بتجارة القطن فى الداخل، ولا تمارس اللجنة عملها إلا بعد إخطار الخصوم بطلب فض النزاع وبالجلسة المحددة لنظره بخطاب موسى عليه بعلم الوصول، وضرورة سماع الخصوم أمامها والترافع وتقديم المستندات والإطلاع والرد على ما يقدم أمام اللجنة من مذكرات ومستندات وتقارير، وكذلك ما رسمه المشرع للخصوم من الاعتراض والتظلم على قرار لجنة التصالح.

وقد أكدت محكمة النقض على موقفها بخصوص تكييف قرار مجلس نقابة المحامين، فقد قضت بأن "قرار مجلس النقابة بتقدير أتعاب المحامى هو بمثابة حكم صادر فى خصومة"<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر: نقض ١٩٦٨/١/٩ - مجموعة الأحكام - ١٩ - ١ - رقم ١ - ص ٥.  
(٢) أنظر: نقض ١٩٧٥/٤/٨ - مجموعة الأحكام - ٢٦ - ١ - رقم ١٥٠ - ص ٧٧٣.

## د- قرارات لجان تسوية الديون العقارية:

٤١- تؤكد محكمة النقض أن القرارات الصادرة من لجنة تسوية الديون العقارية هي أحكام قضائية. فقد قضت في هذا الصدد بأن "لجنة تسوية الديون العقارية لها - وفقاً لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ المعدل بالقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٤ - اختصاصاً نهائياً في حصر ديون طالب التسوية وتقدير قيمة العقارات التي يملكها وإعمال حكم القانون في تخفيض بعض الديون واستبعاد البعض الآخر وتقدير نسبة ما يختص به كل دائن من أصحاب الديون المخفضة على التوزيع وشروط سدادها، والقرارات التي تصدرها اللجنة في ذلك كله لها حجية تلزم المدين والدائن السابقة ديونهم على تاريخ تقديم طلب التسوية، فلا يجوز الطعن أمام أية جهة من جهات القضاء أياً كان سبب الطعن ومبناه ما دام أن القانون قد وفر للدائن كافة الضمانات للاعتراض على حصر الديون وتقدير الممتلكات وتحرير قائمة التوزيع النهائية، فإن تراخى الدائن أو سكن عن استعمال هذه الرخصة في حينها سقط حقه في إثارتها، إذ بالتسوية تتحدد علاقة الدائن بدائنيه المذكورين تحديداً نهائياً فتبرأ ذمته من كافة هذه الديون إلا بالقدر الذي خصص لهم، وهذا الأثر الذي يترتب على التسوية في علاقة المدين بدائنيه والحجية التي تلحقها يسبغان على قرار اللجنة الصادر بهذه التسوية - وفي حدود اختصاص اللجنة - طبيعة الأحكام الانتهائية"<sup>(١)</sup>.

## هـ- قرارات لجنة قسمة الأعيان الموقوفة:

٤٢- لقد قضت محكمة النقض كذلك وتأكيداً منها لإسباغ طبيعة الأحكام القضائية على القرارات الصادرة من اللجان التي أسند إليها المشرع سلطة الفصل في خصومة، - وبخصوص لجنة قسمة الأعيان الموقوفة - بأن "قرارات لجان قسمة الأعيان الموقوفة - ق ٥٥ لسنة ١٩٦٠ - اعتبارها بمثابة أحكام مقررة للقسمة بين أصحاب الشأن.

(١) أنظر: نقض ١٠/٣/١٩٧٠ - مجموعة الأحكام - ٢١ - ١ - رقم ٦٨ - ص ٤١٧.

حجيتها نسبية لا تتعدى إلى غير خصوم الدعوى يتم شهرها بناء على طلب وزارة الأوقاف أو أحد ذوى الشأن. شهر طلب القسمة، له نفس الآثار القانونية التي تترتب على إشهار صحيفة دعوى الملكية<sup>(١)</sup>.

وقد اعتمدت محكمة استئناف القاهرة فى حكم حديث لها موقف محكمة النقض الذى يضى على قرار لجنة قسمة الأعيان الموقوفة صفة وطبيعة الحكم القضائى، فقد قضت هذه المحكمة بأن "البين من أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ معدلاً بالقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٦٩ و ٢٧ لسنة ١٩٧٤ أن المشرع أقام هيتين ذوات اختصاص قضائى تعلق إحداهما أذناهما، وتقيدهم كلاهما بقواعد إجرائية وموضوعية لا تريم عنها وتتوافر فى تشكيلها الحيدة، وقد جدد القرار كيفية إجراء القسمة فى الأعيان التى اعتبر وقفها متبهاً فاستعاض عن القواعد الإجرائية المعقدة بـلجنتين تختص إحداهما - وهى لجنة القسمة - بفحص طلبات القسمة وتحقيق جديتها وإجرائها وكذلك بيع الأعيان التى تتعذر

(١) أنظر: نقض ١٩٨٢/١/٢٤ - مجموعة الأحكام - ٣٣ - ١ - رقم ٣١ - ص ١٦٩، وقد جاء بهذا الحكم أنه: "إذا كان القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بقسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقت قد جعل الاختصاص بإجراء قسمة هذه الأعيان وفرز حصص الخيرات فيها وبيع ما يتعذر قسمته منها للجان المشكلة وفقاً لأحكامه بقصد التيسير على المستحقين للوصول إلى حقوقهم وتجنبيهم إجراءات التقاضى المعتادة وما يترفع عنها من منازعات وخصومات، إلا أنه مع ذلك لم يخرج بمجبة القرارات الصادرة من اللجان عن قاعدة الحجية النسبية للأحكام وعدم تعديلها إلى غير خصوم الدعوى قضى صراحة فى المادة ١٤ على أن لكل ذى شأن لم يختصم فى إجراءات القسمة أن يرفع دعوى بحقه أمام المحكمة المختصة"، كما لم يخرج فى أحكام هذا القانون على أى من نصوص وأحكام قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بل إنه نص فى المادة ١٢ على أن "تعتبر القرارات النهائية للجان القسمة بمثابة أحكام مقررّة للقسمة بين أصحاب الشأن وتشر فى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بناء على طلب وزارة الأوقاف أو أحد ذوى الشأن"، كما نص فى المادة ١/١٢٥ على أنه "يجوز لكل ذى شأن ولوزارة الأوقاف إشهار طلب القسمة بعد إعلانه طبقاً لما هو مبين فى المادة الثالثة من هذا القانون وطبقاً للإجراءات المقررة فى شأن شهر صحيفة دعوى الملكية ويكون له نفس الآثار القانونية التى تترتب على إشهار صحيفة دعوى الملكية".

قسمتها، وتختص أخراهما - وهي لجنة الاعتراضات - بالفصل فى الاعتراض على الأحكام التى تصدرها لجنة القسمة سواء كان الاعتراض مبناه المنازعة فى الاستحقاق أو تقويم الأعيان أو غير ذلك<sup>(١)</sup>.  
و- قرارات القسمة الصادرة من هيئة التصرفات:

٤٣- تؤكد محكمة النقض على موقفها الذى يضى على قرار اللجنة التى أعطاهها المشرع سلطة الفصل فى خصومة صفة وطبيعة الحكم القضائى وينفى عن قراراتها هذا الوصف طالما أن اللجنة لم تكن الفصل فى خصومة، وذلك فى خصوص قرارات القسمة الصادرة من هيئة التصرفات. فقد قضت المحكمة فى هذا الصدد بأنه: "متى كان قرار القسمة قد صدر من هيئة التصرفات فى حدود سلطتها الولائية دون أن تعرض للفصل فى أية خصومة بين الطرفين فإن هذا القرار لا يعتبر حكماً حائزاً لقوة الأمر المقضى، وبالتالي فلا يجوز الطعن بالنقض للتناقض فيما يصدر بعده من أحكام بالاستحقاق على خلاف ما قضى به عند تحديد الأنصبة فى القسمة"<sup>(٢)</sup>.

ز- قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى:

٤٤- تؤكد محكمة النقض على موقفها الثابت والمستقر الذى يعتبر قرارات اللجان التى أسند إليها الفصل فى بعض المنازعات أحكاماً قضائية، وذلك بخصوص القرارات الصادرة من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى. فقد قضت هذه المحكمة بأن "القرارات الصادرة من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بشأن الاستيلاء على العقارات تعتبر بحسب طبيعتها أحكاماً قضائية تحوز الحجية بين أطرافها، ويترتب عليها صحة العقود المعتد بها وإلزامها لعاقديها، كما تسرى قبل جهة الإصلاح الزراعى"<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر: محكمة استئناف القاهرة ١٩٩٧/٦/٤ - القضاة - ٢٩ - ١ - ص ٣١٩.

(٢) أنظر: نقض ١٩٦٤/١٢/١٧ - مجموعة الأحكام - ١٥ - ٣ - رقم ١٦٩ - ص ١١٦١.

(٣) أنظر: نقض ٢٠٠٢/٢/١١ - المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية بمحكمة النقض من ٢٠٠٢/٣٠/١ حتى ٢٠٠٣/٩/٣٠ - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض - ص ١٢.

## ٢- محكمة القضاء الإدارى تعتبر القرارات الصادرة عن اللجان القضائية أحكاماً قضائية:

٤٥- لقد اعتبرت محكمة القضاء الإدارى منذ ما يزيد على ستين عاماً أن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى جهة قضاء تفصل فى المنازعات المتعلقة بقرارات الاستيلاء على العقارات وملكية الأراضى المستولى عليها طبقاً للمادة ١٣ مكرر من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢، وأسبغت على القرار الصادر منها فى خصوص هذه المنازعات صفة وطبيعة الحكم القضائى.

فقد قضت هذه المحكمة بتاريخ ١٥ يناير عام ١٩٥٧<sup>(١)</sup> بـ "إن مناط التفرقة بين ما يعد جهة قضائية أو جهة إدارية ذات اختصاص قضائى ليس منضبطاً فى القانون ومحل جدل بين رجال الفقه، فتارة يؤخذ بالمعيار الشكلى، وأخرى يؤخذ بالمعيار الموضوعى أو بالمعيارين معاً وبما أراه المشرع وما ظهر من نيته التى تكشف عنها الظروف والملابسات التى لا يست صدور التشريع بإنشاء الهيئة. ولما كان الظاهر من نصوص القانون الخاص بالإصلاح الزراعى ومذكرته الإيضاحية أن المشرع منع المحاكم العادية بكافة أنواعها من مدنية وشرعية وإدارية من النظر فى إلغاء قرارات الاستيلاء الصادرة من اللجنة العليا، وجعل ذلك من اختصاص جهة قضائية أنشأها للفصل فى المنازعات المتعلقة بقرارات الاستيلاء وملكية الأراضى المستولى عليها، مستهدفاً من ذلك أن اللجنة القضائية تفصل فى هذه المنازعات بطريقة سريعة حاسمة حتى لا يطول التقاضى فى شأنها، ولا يتعطل تنفيذ قرارات الاستيلاء، وبذلك تتحقق الفوائد من قانون الإصلاح الزراعى، فكانت اللجان القضائية جهة قضاء حلت محل الجهات العادية، واقتصر اختصاص الجهة العادية على ما يقام أمامها من دعاوى التعويض المستحق عن الأضرار المستولى عليها - إذا كان الظاهر من استقراء النصوص ما تقدم فإن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى هى

(١) أنظر: محكمة القضاء الإدارى ١٥/١/١٩٥٧ - مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة - السنة ١١ - العدد الأول - رقم ١٠٣ - ص ١٤٧.

فى الواقع جهة قضاء حلت محل المحاكم العادية فى الفصل فى المنازعات المتعلقة بالأطيان المستولى عليها، ولا يؤثر فى ذلك أنه تدخل فى تشكيلها عناصر غير مثقفة ثقيفاً قانونياً، إذ ليس فى القانون ما يمنع من تشكيل محاكم من غير رجال القانون، ولا أن أحكامها تصدق عليها اللجنة العليا للإصلاح الزراعى، لأن نفاذ الحكم دون تصديق سلطة عليا ليس شرطاً مميّزاً للأحكام، إذ ليس ما يمنع فى القوانين المنظمة للقضاء من تقرير التصديق على الأحكام من سلطة أعلى قبل نفاذها. وعلى ذلك يكون طلب الإلغاء موجهاً إلى حكم قضائى مما يخرج عن ولاية هذه المحكمة. فضلاً عن أنه بتصديق اللجنة العليا للإصلاح الزراعى على حكم اللجنة سالفة الذكر يندمج فى قرار اللجنة العليا ويصبح جزء لا يتجزأ منه، ومن ثم لا يجوز المطالبة بإلغائه استقلالاً. ولما كان القانون لا يميز المطالبة بإلغاء قرارات اللجنة العليا للإصلاح الزراعى، فإنه تبعاً لذلك لا تجوز المطالبة بإلغاء حكم اللجنة القضائية باعتباره جزءاً لا يتجزأ من ذلك القرار.

#### ٤ - المحكمة الدستورية العليا تعتبر القرارات الصادرة من اللجان القضائية أحكاماً قضائية:

٤٦ - لقد أدلت المحكمة الدستورية العليا أيضاً بدلوها فى هذا الصدد، فاعتبرت القرارات الصادرة من اللجان القضائية للإصلاح الزراعى والقرارات المكملة التى تصدر من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى أحكاماً قضائية. ورتبت على ذلك أن التعارض بين القرار النهائى الصادر من مجلس إدارة الهيئة العامة بعدم الموافقة على قرار اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى الصادر بالاعتداد بعقد البيع وبين الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بتأييد القرار الصادر من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالاعتداد بعقد البيع المذكور يعتبر تناقضاً بين حكمين نهائين تختص المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى هذا التنازع. فقد قضت هذه المحكمة بأنه "من حيث أن المادة ٣ مكرراً من قانون الإصلاح الزراعى المضافة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧١ قد نصت على أنه فيما عدا القرارات الصادرة من اللجان القضائية فى المنازعات

المنصوص عليها في البند (١) من الفقرة الثالثة من المادة السابقة - وهي المنازعات المتعلقة بتحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضي المستولى عليها أو التي تكون محلاً للاستيلاء طبقاً للإقرارات المقدمة من الملاك وفقاً لأحكام هذا القانون وذلك لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه منها - لا تكون القرارات الصادرة من اللجان المنصوص عليها في المادة ١٣ والمادة ١٣ مكرر - وهي اللجان القضائية للإصلاح الزراعي - نهائية إلا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي، ويبين من هذا النص أن الشارع قد خول مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي سلطة إصدار قرارات نهائية تكمل القرارات التي تصدرها اللجان القضائية للإصلاح الزراعي، وإذا كانت القرارات التي تصدرها هذه اللجان - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا وعلى ما أفصح عنه الشارع في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ الخاص بإلغاء موانع التقاضي - قرارات قضائية، فإن الصفة القضائية تلحق - كذلك - القرارات المكملة التي يختص مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بإصدارها وذلك سواء صدرت بالموافقة أو بعدم الموافقة على قرارات اللجان المذكورة لأنها تتصل في الحالتين بتسيير القضاء أمام هذه اللجان بنص صريح في القانون، كما يعتبر القرار الصادر من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي باعتماد عقد البيع الابتدائي بمثابة حكم نهائي بتأييد القرار الصادر من اللجنة المذكورة ويعتبر القرار الصادر من المجلس المذكور برفض الموافقة على القرار الصادر من اللجنة المذكورة باعتماد العقد بمثابة حكم نهائي بإلغاء القرار الصادر من اللجنة المذكورة باعتماده، ولا يتصور أن يكون القرار المكمل للعمل القضائي قراراً إدارياً لما في ذلك من تسليط لجهة الإدارة على أعمال الهيئات القضائية الأمر الذي يتعارض مع مبدأ فصل السلطات.

ولما كان القرار النهائي الصادر من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بتاريخ ٢٩ من يونيو ١٩٦٥ بعدم الموافقة على قرار اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي الصادر بتاريخ ٦ من إبريل سنة ١٩٦٤



فى الاعتراض رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٣ والقاضى بالاعتداد بعقد البيع الابتدائى المؤرخ فى ٥ من مارس سنة ١٩٦١ سالف الذكر قد صدر من هيئة ذات اختصاص قضائى فى وقت كانت فيه اللجان القضائية للإصلاح الزراعى هيئات قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادى وعن جهة القضاء الإدارى ، فإن التعارض بين القرار النهائى المذكور وبين الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠ من مايو سنة ١٩٧٥ فى الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ١٠ ق بتأييد القرار الصادر من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بتاريخ ٢٨ من فبراير سنة ١٩٧٤ فى الاعتراض رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٩ والقاضى بالاعتداد بعقد البيع المذكور يعتبر تناقضاً بين حكمين نهائيين بالمعنى الذى قصده الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية التى أحالت إليها الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والمادة الأولى من قانون الإجراءات والرسوم أمام هذه المحكمة الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠<sup>(١)</sup>.

وقد أكدت المحكمة الدستورية على موقفها الذى يسبغ صفة وطبيعة الحكم القضائى على القرارات الصادرة من جهات القضاء والجهات واللجان التى أسند إليها المشرع سلطة الفصل فى خصومة وفض المنازعات دون غيرها من الجهات واللجان التى لا تقوم بهذه الوظيفة. فقد قضت هذه المحكمة بأن "دار الإفتاء لا تعتبر جهة قضاء ولا هيئة ذات اختصاص قضائى ، ذلك أن ما يصدر عنها من فتاوى ليس فصلاً فى خصومة قضائية ، بل هو مجرد رأى لا تتوافر فيه خصائص الأحكام التى تستقل بها جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائى ولا يرقى بالتالى إلى مرتبتها ، وهو رأى غايته بيان الحكم الشرعى بمقتضى الأدلة الشرعية فى المسألة المستفتى عنها ، لما كان ذلك فإن أحد حدى التناقض

(١) أنظر: حكم المحكمة العليا بتاريخ ١٩٧٧/٧/٢ - الدعوى رقم ١ لسنة ٧ قضائية "تنازع" - مجلة إدارة هيئة قضايا الحكومة - السنة ٢٢ - العدد الثالث - يوليو ٦ - سبتمبر ١٩٧٨ - رقم ٥ - ص ١٦٩.

المسوق في الدعوى لا يتحقق فيه مناط طلب الفصل في النزاع المبني على تناقض الأحكام طبقاً لما يقضى به البند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ويكون الطلب غير مقبول<sup>(١)</sup>.

٤٧- وما قرره جهات القضاء المختلفة - العادي والإداري والدستوري - من اعتبار القرارات الصادرة من اللجان التي أسند إليها المشرع سلطة الفصل في خصومة أحكاماً قضائية ينطبق تماماً على لجنة التصالح التي تفصل في المنازعات الناشئة عن تجارة القطن في الداخل. فالقرارات الصادرة من لجنة التصالح في المنازعات التي أسند إليها المشرع دون غيرها سلطة الفصل فيها هي أحكام قضائية بكل معنى الكلمة.

**٤. القرارات الصادرة من لجان التصالح ليست قرارات إدارية:**

٤٨- إن القرارات الصادرة من لجان التصالح التي أنشأها المشرع بموجب القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ للفصل في المنازعات الناشئة عن تجارة القطن في الداخل لا يمكن أن تكون بأى حال من الأحوال قرارات إدارية، وذلك للأسباب الآتية:

أ- أن القرار الإداري بحسب التعريف المستقر عليه بشأنه هو "إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٨٨/١/٢ - الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١ - ج ٤ - القاعدة رقم ٣ - ص ٤٣٤.

(٢) أنظر: عبد الغنى بسيوني عبد الله - القانون الإداري - ط ١٩٩١ - منشأة المعارف - ص ٤٥١ وما بعدها، محمد فؤاد عبد الباسط - القرار الإداري - دار الفكر الجامعي - ص ٧ وما بعدها، نقض ١٩٨٦/٤/٢٨ - مجموعة الأحكام - ٣٧ - ١ - رقم ١٠٤ - ص ٤٨٢، المحكمة الإدارية العليا ١٩٩٩/٦/٢٧ - الطعن رقم ٢٤٣٥ لسنة ٣٦ ق - مشلو إليه في: حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة - ج ١ - ٢٠٠١ - ص ٢٤.

والقرارات الصادرة من لجان التصالح ليست كذلك على الإطلاق، فهذه القرارات تصدر من جهات قضائية وليس من جهة الإدارى. كما أن الباعث على إصدار قرارات لجان التصالح ليس هو المصلحة العامة، بل هو تحقيق الصالح الخاص للأطراف المتنازعة.

ب- وبالإضافة إلى ذلك، فإن وظيفة لجان التصالح هي - كما قررها المشرع - الفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل بين المتعاملين بهذه التجارة، وهو ما يضى عليها الطبيعة القضائية وعلى أعمالها وصف وطبيعة الحكم القضائى. وهو ما يختلف تماماً عن وظيفة جهة الإدارة عند إصدارها للقرار الإدارى. فلجنة التصالح جهة قضائية وليست جهة إدارية. وقد أكدت على ذلك محكمة النقض بعبارات واضحة وجازمة، فقد قضت هذه المحكمة بأن "اللجنة المشكلة طبقاً للمادة ٤٤ من القانون ١٢٢ لسنة ١٩٨٠ هي لجنة إدارية وقراراتها إدارية رغم وجود عنصر قضائى يرأس تشكيلها، لأن القانون خصها بنظر الطعون التى تقدم فى كشوف المرشحين لعضوية مجلس الجمعية وهى من المسائل الإدارية بطبيعتها، كما أن هذه اللجنة لا تفصل فى خصومة قائمة على منازعة فى حق معين، وأن وجود العنصر القضائى فى اللجنة بغرض بث الطمأنينة فى النفوس وتمكين اللجنة من الفصل فى المسائل القانونية التى قد تعرض عليها حال فصلها فى الطعون. ومن ثم فإن الطعن فى قرارات هذه اللجنة يخرج عن ولاية المحاكم العادية ويختص بنظره والفصل فيه جهة القضاء الإدارى"<sup>(١)</sup>.

ويثبت هذا الحكم ويؤكد أن اللجنة تكون لجنة إدارية وقراراتها قرارات إدارية إذا كانت المسألة المطروحة عليها مسألة إدارية بطبيعتها، وكانت هذه اللجنة لا تفصل فى خصومة مطروحة عليها بشأن هذه المسألة. فهنا يكون ما تصدره اللجنة قراراً إدارياً وليس حكماً قضائياً.

(١) أنظر: نقض ١٢/٦/١٩٩٥ - مجموعة الأحكام - ٤٦ - ٢ - رقم ٢٥٦ - ص ١٣٠٨.

أما إذا كانت اللجنة تفصل في خصومة قائمة على منازعة في حق أو مركز قانوني معين، فإن هذه اللجنة تكون جهة قضائية أو لجنة قضائية وقراراتها تكون قرارات قضائية، أى أحكام قضائية. وهذا هو ما ينطبق تماماً على لجنة التصالح التى تفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل والتي تقوم بين المتعاملين فى هذه التجارة.

٦- القرارات الصادرة من لجنة التصالح ترتب نفس آثار الأحكام القضائية:

٤٩- إذا كانت القرارات الصادرة عن لجان التصالح التى أنشأها المشرع بالقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل هى أحكام قضائية، وليست قرارات إدارية، فإنه يترتب عليها ما يترتب على الأحكام من آثار. ومن ثم:

**لإن قرارات لجان التصالح تستنفذ سلطة هذه اللجان:**

٥٠- بمجرد أن تصدر لجنة التصالح قرارها فى المنازعة التى طرحت عليها فإنها تكون قد استنفذت سلطتها بشأنها. ومن ثم، فلا يمكنها أن تعدل قرارها ولا أن تعدله، حتى ولو كان هذا القرار باطلاً. ولا يكون لذوى الشأن من سبيل لإصلاح الحكم الصادر من لجنة التصالح إلا الطعن عليه أمام لجنة تحكيم القطن بالإسكندرية.

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد - وبمخصوص لجان تقدير التركات، وهو ما يسرى على لجان التصالح - بأن "مفاد نص المادة ٣٧ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ - قبل تعديلها بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ - أن المشرع جعل لجان تقدير التركات التى نظمها فى القرار الوزارى ١٢٦ لسنة ١٩٤٤ هى جهة التقدير الأصلية إذ هى أداة المصلحة ووسيلتها الوحيدة فى التقدير ولم يرسم القانون أى طريق للتعقيب على هذا التقدير، ومن ثم فإن قراراتها تعتبر صادرة من هيئة إدارية ذات اختصاص قضائى تستنفذ به سلطة التقدير، فلا يجوز لها الرجوع فيه ولا

لمصلحة الضرائب أن تعقب عليه أو تعيده إليها لمعاودة النظر فيه من جديد<sup>(١)</sup>.

ب- كما أن قرارات لجان التصالح تعوز حجية الأمر المقضى:

٥١- ومن ثم، فإنه لا يجوز رفع دعوى جديدة بين نفس الخصوم وحول نفس الموضوع ولذات السبب الذى فصلت فيه لجنة التصالح، وإلا حكم بعدم جواز نظر هذه الدعوى (أو هذا الطلب) لسبق الفصل فيها، وذلك سواء رفعت هذه الدعوى أمام لجنة التصالح ذاتها أم أمام أية لجنة تصالح أخرى أو أمام أية محكمة أو جهة قضاء أخرى (الأثر السلبى لحجية الأمر المقضى). فالاختصاص بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل يدخل فى اختصاص لجان التصالح التى أنشأها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ وحدها دون غيرها. وإذا ما رفعت دعوى بمقتوى متفرعة عن الدعوى التى فصلت فيها لجنة التصالح، فإن هذه اللجنة لا يجوز لها أن تعيد الفصل فيما سبق الفصل فيه، بل إنها تلتزم بمضمون القضاء الصادر منها من قبل وتحكم على أساسه (الأثر الإيجابى للحجية).

١- وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد - بخصوص لجنة الرى وهو ما ينطبق أيضاً على لجنة التصالح - بأنه "تضمن قانون الرى والصرف الصادر بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ - والذى حدثت الواقعة محل النزاع فى ظله - فى الباب الخامس منه فى المواد من ٧٢ إلى ٧٥ - الأحكام الخاصة بالعقوبات وإثبات الجرائم المتعلقة بذات القانون ومنها جريمة أخذ أتربة من جسور النيل، ثم نص فى ختام هذا الباب فى المادة ٧٥ مكرر التى أضيف بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ على أنه "تختص بالفصل فى هذه الجرائم لجنة إدارية تشكل فى المديرية من .... وفى المحافظات من .....", وتتعقد هذه اللجنة جلساتها مرة واحدة على الأقل فى كل شهر، ويصدر قرار من وزير الداخلية بلائحة الإجراءات التى تتبع

(١) أنظر: نقض ١١/٦/١٩٥٩ - مجموعة الأحكام - ١١ - رقم ٧٠ - ص ٤٤٦.

أمامها، ومع ذلك فجميع الدعاوى المنظورة أمام جهات القضاء والتي أصبحت بحكم هذا القانون من اختصاص الهيئة الإدارية يبقى أمام تلك الجهات إلى أن يفصل فيها نهائياً، مما يدل على أن المشرع ناط باللجنة الإدارية المشار إليها الفصل في الجرائم المنصوص عليها في الباب الخامس من قانون الري والصرف. وإذا كانت هذه اللجنة ذات اختصاص قضائي فإن ما تصدره من قرارات في حدود اختصاصها يكون حائزاً لحجية الأمر المقضى، ما دام أنها قد فصلت فضلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله. ولما كان الثابت من الأوراق أن لجنة مخالقات الري بالدقهلية قضت بمعاقة الطاعن بالغرامة في المخالفتين رقمي ٤٦٩ / ٢٩٥ سنة ١٩٦٩، ٨١١ / ٢٠٨ بحرى الدقهلية سنة ١٩٧٠ لأخذ أتربة من جسر النيل، وهذه الواقعة هي بذاتها محل النزاع في دعوى براءة الذمة الحالية، فإن القرارين الصادرين بالإدانة في هاتين المخالفتين يكون لهما الحجية في تلك الدعوى<sup>(١)</sup>.

٢- كما قضت محكمة النقض أيضاً - وبخصوص لجان الفصل في المنازعات الزراعية - على أنه "إذ كانت لجان الفصل في المنازعات الزراعية - قبل إلغائها بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥ - تعد جهات إدارية ذات اختصاص قضائي، وكان لقراراتها حجية أمام المحاكم تبعاً لأن القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ النظر في المنازعات التي تدخل في اختصاص لجان الفصل في المنازعات التي تدخل في اختصاص لجان الفصل في المنازعات الزراعية المحددة بالفقرة الثانية من المادة الثالثة منه، ومؤدى ذلك أن الشارع خول هذه اللجان باعتبارها جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ولاية الفصل في خصومة ناشئة عن العلاقة الإيجارية

(١) أنظر: تقيض ١٩٧٨/١١/٢٨ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ٢ - رقم ٣٤٥ - ص ١٧٨٩.

فى الأراضى الزراعىة وما فى حكمها، للقرارات التى تصدرها هذه اللجان فى حدود اختصاصها حجىة أمام المحاكم العادىة"<sup>(١)</sup>.

٣- كذلك قضت محكمة النقض - وذلك بمخصوص قرارات لجان قسمة الأعىان الموقوفة - بأنه "إذا كان القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بقسمة الأعىان التى انتهى فىها الوقف قد جعل الاختصاص بإجراء قسمة هذه الأعىان وفرز حصة الخىرات فىها وىبع ما ىتعذر قسمته منها للجان المشكلة وفقاً لأحكامه بقصد التىسىر على المستحقىن للوصول إلى حقوقهم وتجنبىهم إجرءات التقاضى المعتادة وما ىتفرع عنها من منازعات وخصومات، إلا أنه مع ذلك لم ىخرج بحجىة القرارات الصادرة من اللجان عن قاعدة الحجىة النسبىة للأحكام وعدم تعدىلها إلى غير خصوم الدعوى ..."<sup>(٢)</sup>.

٤- وتؤكد محكمة النقض على موقفها الذى ىثبت للقرارات الصادرة من اللجان التى أسند إليها المشرع سلطة الفصل فى خصومة حجىة الأمر المقضى لأنها تعد أحكام قضائىة صادرة من جهات قضائىة: فقد قضت - بمخصوص لجنة الطعن الضربى - بأن "المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن لجان الطعن المنصوص عليها فى المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ معدلة بالقانون رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٣ وإن كانت هىئات إدارىة، إلا أن القانون أعطاها ولاية القضاء فى خصومة بین مصلحة الضرائب والممول، فتحوز القرارات التى تصدرها فى هذا الشأن قوة الأمر المقضى متى أضحت غير قابلة للطعن، وتصبح حجة بما فصلت فىه من الحقوق، فلا ىجوز قبول دلىل ىنقض هذه القرىنة فى نزاع قام بین الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً"<sup>(٣)</sup>. فهنا طبقت محكمة

(١) أنظر: نقض ١٩٧٨/١/٢٥ - مجموعة الأحكام - ١٩ - ١ - رقم ٦٤ - ص ٣١٤.

(٢) أنظر: نقض ١٩٨٢/١/٢٤ - مجموعة الأحكام - ٣٣ - ١ - رقم ٣١ - ص ١٦٩.

(٣) أنظر: نقض ١٩٧٢/١٢/١٩ - مجموعة الأحكام - ٣٤ - ٣ - رقم ٢٢٥ - ص ٩٣٠٥، وقد جاء بهذا الحكم أنه "لما كان ذلك وكانت الشركة المطعون عليها =

النقض المادة ١٠١ من قانون الإثبات بحذفها على ما تصدره لجان الطعن الضريبي من قرارات، وما ذلك إلا لأن محكمة النقض اعتبرت هذه اللجان جهات قضائية أو محاكم فيما خصها به المشرع، وما يصدر عنها ليس إلا أحكام قضائية فصلت في خصومة، فتحوز بمجرد صدورها حجية الأمر المقضى. وهو ما ينطبق على لجان التصالح التي خصها المشرع بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن تجارة القطن في الداخل.

كما قضت محكمة النقض أيضاً - في خصوص لجان الطعن الضريبي - على أنه "جرى قضاء هذه المحكمة على أن لجان فحص الطعن الضريبية بحسبانها لجان إدارية ذات اختصاص قضائي وترتبط بالأصول والمبادئ العامة للتقاضى فإن ما تصدره من قرارات بمقتضى سلطتها المذكورة يحوز قوة الأمر المقضى فيه، وإذا كان الورثة لم يطعنوا على قرار لجنة الطعن كما اقتصر الطعن المقام من مصلحة الضرائب أمام محكمة أول درجة - على ما يبين من الحكم المطعون فيه - على تعيين القرار المذكور فيما قضى به من احتساب الأرباح الزراعية وما كينتى الري والحرق المخلفتين عن المورث مناصفة بينه وبين شقيقه، فإن لازم ذلك أن يحوز هذا القرار أياً كان وجه الرأى فيه حجية مانعة من العودة إلى مناقشة ما

---

= قد أقامت دعاها الحالية تطالب مصلحة الضرائب برد قيمة فوائد التأخير التي اقتضتها المصلحة عن فرق الضريبة الاستثنائية تأسيساً على بطلان إجراءات الربط الخاصة بفرق الضريبة - قد صار نهائياً بعدم الطعن فيه وحسم في منطوقه وفي الأسباب المتصلة به اتصالاً وثيقاً، النزاع حول صحة إجراءات الربط بفرق الضريبة - قد صار نهائياً بعدم الطعن فيه وحسم في منطوقه وفي الأسباب المتصلة به اتصالاً وثيقاً، النزاع حول صحة إجراءات الربط بفرق الضريبة الاستثنائية - أياً كان وجه الرأى في هذا القضاء - فإنه يتمتع بالتالى إثارة هذه المسألة في أية دعوى تالية تقوم بين ذات الخصوم، ولا يغير من ذلك ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من اختلاف الموضوع في الحالين، لأن الأساس فيهما واحد وهو إدعاء بطلان الإجراءات، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بطلب الشركة المطعون عليها على أساس من بطلان هذه الإجراءات، رغم تمسك مصلحة الضرائب - في ظل قانون المرافعات السابق - بحجية قرار اللجنة في هذا الخصوص، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".



سبق أن قضى به فى هذا الصدد لأن قوة الأمر المقضى تعلقوا اعتبارات النظام العام"<sup>(١)</sup>.

٥- وتتواتر أحكام محكمة النقض حول موقفها الثابت الذى ينسب للقرارات الصادرة من اللجان التى أسند إليها المشرع سلطة الفصل فى بعض الخصومات حجية الأمر المقضى، وذلك باعتبار أنها جهات قضائية أو محاكم ترتب هذا الأثر:

فقد قضت محكمة النقض - وفى خصوص لجان الفصل فى المنازعات الزراعية - أن "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القرار النهائى الصادر من لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية وفى حدود اختصاصها، قوة الأمر المقضى بما لا يجوز معه للخصوم العودة إلى مناقشة النزاع فى أى دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أمام اللجنة أو أثرت ولم يبحثها القرار الصادر منها، ومن ثم فإن لقرار لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية المؤيد استثنائياً بامتداد عقدى الإيجار موضوع التداعى حجية تعصمه من محاولات النيل منه والإدعاء ببطلانه فى حدود ما قضى به من امتداد"<sup>(٢)</sup>.

كما قضت محكمة النقض أيضاً - وبخصوص لجنة تسوية الديون العقارية - على أن "لجنة تسوية الديون العقارية لها - وفقاً لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ المعدل بالقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ - اختصاصاً نهائياً فى حصر ديون طالب التسوية وتقدير قيمة العقارات التى يملكها وإعمال حكم القانون فى تخفيض بعض الديون واستبعاد البعض الآخر وتقدير نسبة ما يختص به كل دائن من أصحاب الديون المخفضة على التوزيع وشروط سدادها، والقرارات التى تصدرها اللجنة فى ذلك كله لها حجية تلزم المدين والدائنين السابقة ديونهم على تاريخ تقديم

(١) أنظر: نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ١ - رقم ١٢٥ - ص ٦٣٦.

(٢) أنظر: نقض ١٩٧٨/١١/٢٢ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ٢ - رقم ٣٣٥ - ص ١٧٣٨.

طلب التسوية، فلا يجوز الطعن فيها أمام أية جهة من جهات القضاء أبداً كان سبب الطعن ومبناه ما دام القانون قد وفر للدائنين كافة الضمانات للاعتراض على حصر الديون وتقدير الممتلكات وتحرير قائمة التوزيع النهائية، فإن تراخى الدائن أو سكت عن استعمال هذه الرخصة في حينها سقط حقه في إثارتها، إذ بالتسوية تتحدد علاقة المدين بدائنيه المذكورين تحديداً نهائياً فتراخى دمه من كافة الديون إلا بالقدر الذى خصص لهم. وهذا الأثر الذى يترتب على التسوية فى علاقة المدين بدائنيه والحجية التى تلحقها يسبغان على قرار اللجنة الصادر بهذه التسوية - وفى حدود اختصاص اللجنة - طبيعة الأحكام الانتهائية<sup>(١)</sup>.

٦- وتؤكد محكمة النقض على موقفها الثابت المستقر الذى يثبت حجية الأمر المقضى للقرارات الصادرة من الجهات أو اللجان التى أسند إليها المشرع سلطة الفصل فى بعض المنازعات، وتتبع عند فصلها فى هذه المنازعات الأصول والمبادئ الأساسية للتقاضى، وذلك لأنها فى هذه الحالة جهات قضائية تمارس عملاً قضائياً، وما يصدر منها يعد حكماً قضائياً يجوز ويرتب حجية الأمر المقضى، تؤكد على موقفها بمفهوم المخالفة، حيث تنفى حجية الأمر المقضى عما يصدر من بعض الجهات، طالما أن المشرع لم يسبغ عليها ولاية القضاء، ولم يسند إليها الفصل فى المنازعات، ولا تتبع أمامها الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضى التى يتعين على أية جهة أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها. فمحكمة النقض تقرر أن الآراء الصادرة من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لا تحوز حجية الأمر المقضى. وما ذلك إلا لأن ما يصدر عن هذه الجمعية ليس حكماً قضائياً، بل هو مجرد فتوى.

فقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن "القضاء العادى - وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - هو صاحب الولاية العامة فى

(١) أنظر: نقض ١٩٧٠/٣/١٠ - مجموعة الأحكام - ٢١ - ١ - رقم ٦٨ - ص -

نظر المنازعات المدنية والتجارية وأن أى قيد يضعه المشرع للحد من هذه الولاية - ولا يخالف به أحكام الدستور - يعتبر استثناءً وارداً على أصل عام ومن ثم يجب علم التوسع فى تفسيره. لما كان ذلك وكان النص فى المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بتظيم مجلس الدولة .... يدل على أن المشرع لم يسيغ على الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ولاية القضاء فى المنازعات التى تقوم بين فروع السلطة التنفيذية، ذلك أن هذه الجمعية ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى بمجلس الدولة ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التى رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد إجرائية أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات إجراءات التقاضى وضمائنه، وهى على هذا النحو لا تعد من جهات القضاء أو الجهات ذات الاختصاص القضائى وإنما تختص فقط بمهمة الإفتاء فى المنازعات بإبلاء الرأى مسياً على ما أفصح عنه صدر النص السالف، ولا يؤثر فى ذلك ما أضفاه المشرع على رأياها من صفة الإلزام للجانبين لأن هذا الرأى للزم لا يتجاوز حد الفتوى ولا يرقى به نص المادة ٦٦ المشار إليها إلى مرتبة الأحكام فلا يجوز الرأى الذى تبديه بشأنه ما يطرح عليها حجية الأمر المقضى. لما كان ذلك وكان المشرع لم يضع - على أى وجه - قيداً يحول بين هذه الجهات وبين اللجوء مباشرة إلى جهة القضاء للحصول على حكم قضائى قابل للتنفيذ الجبرى وكانت المنازعة المطروحة هى مما تختص به جهة القضاء العادى - فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم الاختصاص الولائى يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة<sup>(١)</sup>.

جـ - كما أن قرارات لجنة التصالح تعزز قوة الأمر المقضى:

٥٢ - فتبث لقرارات لجنة التصالح هذه القوة متى أصبحت نهائية (باستفاد أو استغلاق طرق الطعن فيها)، وهو ما يمنع المناقشة

(١) أنظر: تقض ١٩٨٤/٣/٢٠ - مجموعة الأحكام - ٣٥ - ١ - رقم ١٤٤ - ص ٧٥٨ - وأنظر أيضاً: محكمة الإسكندرية الابتدائية (الدائرة ٣٤ استمارى) ١٩٩٨/٢/٢٨ - الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٧ استمارى (غير منشور).

فيما قررته وقضت به من قبل. وقد نص المشرع على ذلك صراحةً بخصوص لجنة التصالح، إذ نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم تجارة القطن في الداخل على أنه "وتصدر قرارات لجنة التصالح بأغلبية الأصوات، فإذا لم يعترض الطرفان أو أحدهما عليها أصبحت نهائية".

كما أن محكمة النقض قد قررت أن القرارات الصادرة من اللجان التي أسند إليها المشرع الفصل في بعض الخصومات تحوز قوة الأمر المقضى متى أصبحت نهائية (باستفلاق طرق الطعن في هذه القرارات أو باستفادها):

١- فقد قضت محكمة النقض - بخصوص لجان الطعن الضريبي بأن "المقرر - في قضاء هذه المحكمة أن لجان الطعن المنصوص عليها في المادة ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ وإن كانت هيئات إدارية إلا أن القانون أعطاها ولاية القضاء للفصل في خصومة بين مصلحة الضرائب والممول فتحوز القرارات التي تصدرها في هذا الشأن قوة الأمر المقضى متى صارت غير قابلة للطعن وتصبح حجة بما فصلت فيه بين الخصوم فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم (مصلحة الضرائب والممول) وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً"<sup>(١)</sup>.

٢- كما قضت - بخصوص لجان الطعن الضريبي - "أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المادة ٢٣٢ من قانون المرافعات أن الاستئناف ينقل الدعوى إلى محكمة الاستئناف بمجالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، فلا يجوز لتلك المحكمة أن تتعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها أو أسقط الحق في التمسك به، وأن لجان الطعن وإن كانت هيئات إدارية إلا أن قوانين الضرائب المتعاقبة أعطتها ولاية القضاء في خصومة بين مصلحة الضرائب

(١) أنظر: قضا ٢٨/٣/٢٠٠٦ - المحاماة - العددان الخامس والسادس - ص ٥٧٠.

والممول، فتحوز القرارات التي تصدرها في هذا الشأن قوة الأمر المقضى متى تحققت شروطه<sup>(١)</sup>.

٣- كما قضت محكمة النقض أيضاً - بخصوص لجان الطعن الضريبي - بأن "المستقر في قضاء هذه المحكمة أن لجان الطعن المنصوص عليها في المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ معدلة بالقانون رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٣ وإن كانت هيئات إدارية، إلا أن القانون أعطاها ولاية القضاء للفصل في خصومة بين مصلحة الضرائب والممول، فتجوز القرارات التي تصدرها في هذا الشأن قوة الأمر المقضى متى أضححت غير قابلة للطعن"<sup>(٢)</sup>. كما قضت أيضاً بأنه "جرى قضاء هذه المحكمة على أن لجان فحص الطعون الضريبية بحساباتها لجان إدارية ذات اختصاص قضائي وترتبط بالأصول والمبادئ العامة للتقاضى فإن ما تصدره من قرارات بمقتضى صفتها المذكورة يجوز قوة الأمر المقضى فيه ... ولازم ذلك أن يجوز قوة الأمر المقضى فيه ... ولازم ذلك أن يجوز القرار الصادر منها أيضاً كان

(١) أنظر: نقض ٢٠٠٦/٤/١٣ - الطعن رقم ٤١١٩ لسنة ٦٢ ق، نقض ٢٠٠٧/٣/٢٧ - الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٦٢ ق، نقض ٢٠٠٧/٥/٢٤ - الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٦٣ ق، نقض ٢٠٠٧/٦/٢٦ - الطعن رقم ٣٩٥٥ لسنة ٦٣ ق، نقض ٢٠٠٧/١٠/٢٥ - الطعن رقم ١٣٩٣ لسنة ٦٣ ق، نقض ٢٠٠٧/١٢/١١ - الطعن رقم ١٣٧٢ لسنة ٦٥ ق، وقد جاء بهذا الحكم الأخير أنه "... لما كان ذلك ولما كان المطعون ضده قصر طعنه أمام محكمة أول درجة على تعيب قرار لجنة الطعن فيما قضى به بخصوص عدم استحقاق ضريبة دمغة عليه في الفترة من سنة ١٩٨٢ والسنوات حتى ١٩٨٥ والذي استند فيه إلى مات ورد بالنموذجين ٣، ٦ ضريبة دمغة عن سنوات المحاسبة دون أن يتضمن طعنه أنه لم يخطر بالنموذج الأخير مسقطاً بذلك حقه في هذا الخصوص بما لازمه أن إجراءات ربط الضريبة ومدى سلامة إخطار المطعون ضده - أياً كان وجه الرأي فيه - لم يكن مطروحاً على تلك المحكمة في صحيفة طعنه مما يضحى معه القضاء في المنازعة المتعلقة بعناصر الربط صارت نهائية حائزة لقوة الأمر المقضى التي تعلو على اعتبارات النظام العام ولا تعرض محكمة الاستئناف لما شاب إخطار المطعون ضده بالنموذج ٦ ضريبة عامة باعتباره غير مطروح عليها".

(٢) أنظر: نقض ١٩٧٣/١٢/١٩ - مجموعة الأحكام - ٢٤ - ٣ - رقم ٢٢٥ - ص ١٣٥٥.

وجه الرأي فيه حجية مانعة من العودة إلى مناقشة ما سبق أن قضى به فى هذا الصدد لأن قوة الأمر المقضى تعلو اعتبارات النظام العام<sup>(١)</sup>.

٤- كما قضت محكمة النقض - بخصوص لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية - أن "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للقرار النهائى الصادر من لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية فى حدود اختصاصها، قوة الأمر المقضى بما لا يجوز معه للخصوم العودة إلى مناقشة النزاع فى أى دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أمام اللجنة أو أثيرت ولم يبحثها القرار الصادر منها"<sup>(٢)</sup>.

٥٣- واستفاد اللجان القضائية التى أنشأها المشرع وأسند إليها دون غيرها سلطة الفصل فى بعض المنازعات - ومن بينها لجنة التصالح التى أنشأها بالقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ للفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل - لسلطتها بمجرد إصدارها لقراراتها فى المنازعات المطروحة عليها والتى تدخل فى اختصاصها، وحياسة القرارات الصادرة منها لحجية الأمر المقضى بمجرد صدورها ولقوة الأمر المقضى متى أصبحت انتهائية، يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك ولا محلاً للاجتهاد أن ما يصدر عن لجنة التصالح وغيرها من اللجان القضائية هو أحكام قضائية صادرة عن جهة قضائية. إذ لا تثبت هذه الآثار وتلك الحصانات إلا للأحكام القضائية الصادرة عن القضاء.

#### المبحث الثانى

#### مراجعة القرارات الصادرة من الجهة المختصة

#### بتسوية المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل

#### ٥٤. تمهيد وتقسيم:

بعد أن تصدر لجنة التصالح التى أنشأها المشرع بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل قرارها فى النزاع

(١) أنظر: نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ١ - رقم ١٢٥ - ص ٦٣٦.

(٢) أنظر: نقض ١٩٧٨/١١/٢٢ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ٢ - رقم ٢٣٥ - ص ١٧٣٨.

المطروح عليها والذي يقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية، يتضح أن هذا القرار (الحكم) مشوب ببعض الأخطاء أو العيوب التي قد تؤثر فيه وتحول دون تحقيقه لوظيفته. ووجود هذه الأخطاء والعيوب بقرار لجنة التصالح يفتح الباب أمام مراجعته لإصلاح ما شابه من أخطاء وما أعتوره من عيوب.

ونعرض لمراجعة القرارات (الأحكام) الصادرة من لجنة التصالح فى مطلبين، يتناول الأول مراجعة هذه القرارات بغير الطعن فيها، ويتناول الثانى مراجعة هذه القرارات بالطعن فيها.

### المطلب الأول

#### مراجعة القرارات الصادرة من لجنة التصالح بغير الطعن فيها

٥٥- إن مراجعة القرارات (الأحكام) الصادرة من لجنة التصالح قد يكون بالرجوع إلى هذه اللجنة ذاتها لإصلاح ما شاب حكمها من أخطاء وما أصابه من عيوب، وليس عن طريق الطعن فى هذه القرارات، ويكون ذلك فى حالات محددة، وهى: وجود خطأ مادي فى قرار اللجنة، وغموض هذا القرار وعدم وضوحه، وعندما تغفل اللجنة الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية التى كانت مطروحة عليها. ونعرض - فيما يلى - لهذه الحالات:

#### أولاً: الخطأ المادى:

##### ١- تعريف الخطأ المادى وأنواعه:

٥٦- قد يقع فى منطوق قرار لجنة التصالح خطأ مادي بحت كتابى أو حسابى. والخطأ المادى البحت هو<sup>(١)</sup> خطأ فى التعبير عن فكر وتقدير القاضى، لا تثار معه مشكلة تتعلق بالتقدير ذاته أو بعناصر

(١) أنظر: فتحى والى - الوسيط - بند ٣٢٨ - ص ٥٧٩، وجدى راغب - مبادئ - ص ٧٠٧، محمود هاشم - استفاد ولاية القاضى - بند ١٢١ - ص ٢٧١، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ٨٧ - ص ١٥٢، وأنظر فى القانون الفرنسى:

GLASSON, TISSIER et MOREL, Traité, t. 3, N° 767, P. 84 et s.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١ (١٥٥)

تكوينه، فلا يؤثر هذا الخطأ على كيان الحكم أو مضمون القضاء فيه. وتعرف محكمة النقض الأخطاء المادية بأنها هي "الأخطاء التي ترتكبها المحكمة في التعبير عن مرادها ولا تأثير لها على ما انتهى إليه الحكم في قضائه"<sup>(١)</sup>. وتعرفها أيضاً بأنها "هي التي لا تؤثر على كيانه (الحكم) بحيث تفقده ذاتيته وتجعله مقطوع الصلة بالحكم المصحح"<sup>(٢)</sup>.  
والخطأ المادى قد يكون حسابياً أو كتابياً<sup>(٣)</sup>.

والخطأ الحسابى هو الخطأ فى إجراء عملية حسابية<sup>(٤)</sup>، كخطأ اللجنة فى الجمع عند حساب المبالغ المستحقة للدائن، أو فى الطرح عند خصم المبالغ أو الأقساط التى سددها المدين من مبلغ المديونية الأصلية أو الدفعات التى سلمها المدين للدائن، أو الضرب عند حساب الفوائد المستحقة، أو فى القسمة عند إجراء عملية تحويل عملة.

أما الخطأ الكتابى<sup>(٥)</sup> فيشمل كل أخطاء السهو وأغلاط القلم التى تظهر بمقتضاها فى الحكم أرقاماً أو أسماء أو بيانات غير تلك التى يجب ظهورها، أو التى تؤدى إلى نقص أو إغفال ما يتعين ذكره منها، ومن أمثله<sup>(٦)</sup> الخطأ فى رقم الدعوى، أو الخطأ فى أسماء الخصوم أو ممثليهم الذين يباشرون الخصومة نيابة عنهم أمام لجنة التصالح، والخطأ فى أسماء أعضاء اللجنة، والخطأ فى تاريخ إصدار القرار (الحكم).

## ٢- تصحيح الخطأ المادى وسلطة لجنة التصالح فى التصحيح:

- (١) أنظر: نقض ١٤/٣/١٩٦٧ - مجموعة الأحكام - ١٨ - ص ٦١٨.
- (٢) أنظر: نقض ٢٧/١١/١٩٥٢ - مجموعة القواعد - ١ - ٣ - ٢٢٠٦ - ٢٨٨٩.
- نقض ١٩/٤/١٩٧٢ - مجموعة الأحكام - ٢٣ - ص ٧٢٤، نقض ١٧/١/١٩٧٩ - مجموعة الأحكام - ٣ - ع ٣ - ص ٢٤٧.
- (٣) راجع فى ذلك: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ٨٧ - ص ١٥٢ وما بعدها، والأحكام التى أشار إليها.
- (٤) راجع: أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة.
- (٥) راجع فى ذلك: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ١٥٣ وما بعدها، والأحكام التى أشار إليها.
- (٦) راجع: أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة.



٥٧- تتولى لجنة التصالح تصحيح ما يقع فى قرارها (حكمها) من أخطاء مادية، سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم (م ١٩١ من قانون المرافعات). ولا يتم التصحيح بالإجراءات المعتادة التى تطرح بها المنازعة على اللجنة، وإنما يقدم طلب كتابى من أحد الخصوم إلى اللجنة دون إعلانه للخصم. وتقوم اللجنة بإجراء التصحيح على نسخة القرار (الحكم) الأصلية ويوقع من رئيس الجلسة والكتاب. ولا يجوز الطعن فى القرار الصادر برفض التصحيح (م ١٩١ مرافعات).

٥٨- وتنحصر سلطة لجنة التصالح فى تصحيح الأخطاء المادية البحتة<sup>(١)</sup>، بناءً على ما هو موجود فى ملف الدعوى<sup>(٢)</sup>. فلا يجوز للجنة أن تستند إلى مستندات جديدة أو إلى ذاكرة أعضائها. ولا يجوز للجنة أن تتجاوز سلطتها فى التصحيح وتغير مضمون القرار (الحكم) الصادر منها<sup>(٣)</sup>، وإلا كان ذلك سبباً للطعن فى القرار الصادر بالتصحيح. ويطعن فى قرار التصحيح بالطرق المقررة للطعن فى القرار (الحكم) موضوع التصحيح، على أن يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ إبلاغ القرار (الحكم) الصادر بالتصحيح إلى الخصوم بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول (م ٣٢ ق ٢١٠ لسنة ١٩٤٤).

والرجوع إلى لجنة التصالح هو الطريق الوحيد لتصحيح ما شاب حكمها من أخطاء مادية بحتة، فلا يجوز الطعن فى القرار (الحكم) لتصحيحه من هذه الأخطاء<sup>(٤)</sup>.

### ٣- موقف محكمة النقض:

٥٩- لقد أكدت محكمة النقض على سلطة اللجان القضائية فى تصحيح ما يقع فى قراراتها من أخطاء مادية. فقد قضت هذه المحكمة -

- (١) قارب: وجدى راغب - مبادئ - ص ٧٠٨.
- (٢) قارب وراجع: وجدى راغب - مبادئ - ص ٧٠٨، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ١٠٨ - ص ١٨٣ وما بعدها.
- (٣) المرجع السابق.
- (٤) قارب وراجع: وجدى راغب - مبادئ - ص ٧٠٨، أحمد ماهر زغلول - مراجعتهم الأحكام - بند ١٠٨ - ص ١٨٣ وما بعدها.

وبخصوص لجان الطعن الضريبي وهو ما ينطبق على لجنة التصالح -  
وتأكيداً منها على الطبيعة القضائية للجان التي أسند إليها المشرع سلطة  
الفصل في خصومة وكذلك على إسباغ وصف الحكم على ما تصدره  
هذه اللجان من قرارات بـ "إن لجنة الطعن وقد حولها القانون ولاية القضاء  
في خصومة بين الممول ومصصلحة الضرائب، فمن حقها - وفقاً لنص المادة  
١٦٤ من قانون المرافعات السابق - أن تصحح ما يقع في منطوق قرارها  
من أخطاء مادية بجملة كتابية أو حسابية بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء  
على طلب أحد الخصوم. ولا يغير من ذلك أن الربط صار نهائياً ذلك أن  
الضريبة - وعلى جرى به قضاء هذه المحكمة - لا ترتكن في أساسها على  
رباط عقدي بين مصلحة الضرائب وبين الممول، وإنما تحددها القوانين التي  
تفرضها، وليس في هذه القوانين ولا في القانون العام ما يحول دون  
تدارك الخطأ الذي يقع فيها، فللممول أن يسترد ما دفعه بغير حق،  
وللمصلحة أن تطالب بما هو مستحق زيادة على ما دفع، ما لم يكن هذا  
الحق قد سقط بالتقادم"<sup>(١)</sup>.

وطبقاً لهذا الحكم، فإن محكمة النقض طبقت قواعد قانون  
المرافعات على اللجان القضائية وما تصدره من قرارات. وما ذلك إلا إقرار  
منها بالطبيعة القضائية لهذه اللجان وبطبيعة الحكم لما تصدره من قرارات،  
بدليل أنها طبقت على قرارات اللجان ما نص عليه قانون المرافعات بشأن  
الأحكام.

كما قضت محكمة النقض أيضاً في هذا الخصوص بأنه "متى كان  
الموضوع صالحاً للفصل فيه - أمام محكمة النقض - وكانت لجنة الطعن لم  
تتجاوز سلطتها في التصحيح - تصحيح الخطأ المادي في القرار الصادر  
منها - فإنه يتعين عملاً بالمادة ٣٦٥ من قانون المرافعات السابق - القضاء  
بالغاء الحكم المستأنف - الذي قضى بإلغاء قرار التصحيح - وبعدم جواز  
الطعن في هذا القرار"<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر: نقض ١٩٧٣/١١/٢٨ - مجموعة الأحكام - ٢٤ - ٣ - رقم ٢٠٣ -  
ص ١١٧٤.

(٢) أنظر: نقض ١٩٧٣/١١/٢٨ - سبق الإشارة إليه.

## ثانياً: الغموض والإبهام:

### ١. تعريف الغموض أو الإبهام ووسيلة إزالته:

٦٠- قد يشوب القرار (الحكم) الصادر من لجنة التصالح التي تختص بالفصل فى المنازعات التى تقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية غموض أو إبهام. والغموض أو الإبهام هو عيب يشوب الحكم أو القرار بحيث يتعذر معه معرفة حقيقة أو مدى مضمون هذا القرار.

فى هذه الحالة - وطبقاً للمادة ١٩٢ مرافعات التى تطبق فى هذه الحالة، لأن قرار لجنة التصالح هو فى حقيقته حكم قضائى يسرى عليه ما يسرى على الأحكام من قواعد - يجوز لأحد الخصوم أن يطلب من لجنة التصالح التى أصدرت القرار الغامض أو المبهم تفسيره. ويقدم طلب التفسير بنفس طريقة تقديم طلب فض النزاع. وإذا كان قد طعن فى قرار لجنة التصالح فلا يجوز تقديم طلب التفسير إلى لجنة التصالح<sup>(١)</sup>، وذلك لأن النزاع يكون فى ولاية اللجنة (المحكمة) الاستئنافية.

### ٢. سلطة لجنة التصالح فى تفسير قرارها:

٦١- ينحصر دور لجنة التصالح فى تفسير الغموض أو الإبهام الذى شاب قرارها. فلا يجوز لها أن تتخذ من التفسير وسيلة لتعديل قرارها (حكمها) أو التغيير فيه أو العدول عنه<sup>(٢)</sup>، وإلا كان حكمها باطلاً يجوز الطعن فيه لتجاوز اللجنة لوظيفتها فى هذا الصدد. ويجب على لجنة التصالح وهى تقوم بتفسير قرارها (حكمها) أن تستقى هذا التفسير من خلال عناصر قرارها نفسه وأوراق الخصومة والوقائع التى طرحت عليها. وتطبيقاً لذلك، لا يجوز للجنة أن تقوم بالتفسير اعتماداً على عناصر

(١) قارب: وجدى راغب - مبادئ - ص ٧٠٧، ويرى جانب من الفقه أن الاختصاص بالتفسير يكون اختصاصاً مشتركاً بين المحكمة التى أصدرت الحكم والمحكمة الاستئنافية، ويكون صاحب الشأن بالخيار فى رفع طلب التفسير إلى أى منهما، راجع: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ١٣١ - ص ٢١٨ وما بعدها.

(٢) قارب: وجدى راغب - الإشارة السابقة، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ٤٠ وما بعده - ص ٢٢٩ وما بعدها.

خارجية لم ترد إشارة إليها في عناصر الحكم أو أوراق الدعوى<sup>(١)</sup>. فلا يمكن القيام بالتفسير اعتماداً على ذاكرة أعضاء لجنة التصالح<sup>(٢)</sup>. كما لا يمكن تفسير القرار (الحكم) استناداً إلى وقائع أو مستندات جديدة لم تكن قد أثبتت أو قدمت في الخصومة التي صدر فيها قرار اللجنة<sup>(٣)</sup>. والسبب في ذلك - كما قيل بحق<sup>(٤)</sup> - هو أن السماح بإثارة مثل هذه الوقائع أو تقديم تلك المستندات يفتح المجال لمناقشة موضوع الدعوى من جديد تحت غطاء التفسير، وهو ما يتجاوز حدود السلطة المقررة والمحددة للجنة التصالح عند قيامها بالتفسير، كما أنه يتيح للخصوم وسيلة وطريقة لإعادة طرح الموضوع من جديد على لجنة التصالح واستكمال ما أغفلوه من دفاع وطلبات بغير الطريق الذي نص عليه القانون.

ويعتبر القرار (الحكم) الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره، ويخضع هذا الحكم (سواء قضى بالتفسير أو برفض التفسير) لقواعد وطرق الطعن التي يخضع لها الحكم محل التفسير (م ١٩٢ مرافعات).

### ٣- موقف محكمة النقض:

٦٢- لقد أكدت محكمة النقض أن قرارات اللجان القضائية التي أسند إليها المشرع وظيفة الفصل في بعض المنازعات تعد أحكاماً قضائية، ومن ثم يسرى عليها ما يسرى على الأحكام من قواعد، خاصة فيما يتعلق بتفسير القرارات الصادرة من هذه اللجان. وهو ما ينطبق على لجنة التصالح.

(١) أنظر: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ١٤١ - ص ٢٣٠، نقض

١٩٨٦/٣/١٦ - الطعن رقم ١٣٣٠ لسنة ٥٠، وأنظر: Req. 25 Mai 1880, D. P. 81. I. 9; Paris, 16 Déc. 1896, D. P. 1900, I. 49; Civ. 31 Oct. 1900, I. 554; Civ. 15 Janv. 1908, D. P. 1909, I. 105; Soc. 17 Janv. 1947, D. 1947. 199.

(٢) قارب: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٢٣١، وأنظر: Alger, 14 juill, 1950, D. 1951. 79.

(٣) أنظر: أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة، وأنظر: Civ. 14 Déc. 1961, Bull. Civ. 1961. II. N° 880; Civ. 30 Mars 196, Bull. Civ. 1965. I. N° 231; Soc. 16 Janv. 1969, Bull. Civ. 1969. V. N° 28.

(٤) أنظر: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٢٣١.

فقد قضت هذه المحكمة بأنه: "إذا كانت لجان الفصل فى المنازعات الزراعية - قبل إلغائها بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥ - تعد جهات إدارية ذات اختصاص قضائى، وكان لقراراتها حجية أمام المحاكم تبعاً لأن القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ خولها ولاية القضاء للفصل فى خصومة قائمة بين المؤجرين والمستأجرين سواء على وجه انفرادى أو بالاشتراك مع المحاكم ذات الولاية العامة، فإنه يسرى على قراراتها ما يسرى على الأحكام بحيث يجوز للخصوم وفقاً للمادة ١٩٢ من قانون المرافعات القائم - الذى قدم طلب التفسير فى ظله - أن يطلبوا إلى اللجنة التى أصدرت القرار تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض أو إبهام، ومهما يكن من أمر فإن التفسير لا ينبغى أن يقصد به تعديل جوهر القرار الصادر أو يتخذ ذريعة لإصلاح خطأ أو تلافى نقص وقع فيه، ويختص بطلب التفسير اللجنة التى أصدرت القرار سواء كانت اللجنة الابتدائية أو الاستئنافية إذ أن القرار التفسيري يعتبر متمماً من كل الوجود للقرار الذى فسره وتسرى عليهما قواعد موحدة من حيث جواز الطعن"<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: الإغفال:

#### ١- تعريف الإغفال:

٦٣- قد يطرح الخصوم على لجنة التصالح فى الخصومة التى انعقدت أمامها بينهم عدة طلبات، ويطلبون منها الفصل فيها جميعاً. وقد يحدث ألا تفصل اللجنة فى أحد أو بعض الطلبات المطروحة عليها لا صراحةً ولا ضمناً، لا عن عمد منها<sup>(٢)</sup>، بل عن سهو أو خطأ غير مقصود.

(١) أنظر: نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ - مجموعة الأحكام - ٢٨ - ٢ - رقم ٣١٧ - ص ١٨٥٢، وقد جاء بهذا الحكم أيضاً أنه على الرغم من أن القرار المراد تفسيره كان قد صدر من اللجنة الاستئنافية فإن القرار التفسيري إذ صدر من اللجنة الابتدائية وأضحى نهائياً بعدم التظلم منه وله بهذه المثابة حجية ويتعين الالتزام بما انتهى إليه أياً كان وجه الرأى فيه.

(٢) لأنه فى حالة تعمد أعضاء لجنة التصالح عدم الفصل فى الطلبات التى طرحت عليهم وتدخل فى الاختصاص الأصيل للجنة التصالح دون غيرها، فإنهم يعدون فى هذه الحالة منكرين للعدالة، فتقوم مسئوليتهم طبقاً لأحكام مخاصمة القضاة المنصوص عليها فى المواد من ٤٩٤ إلى ٥٠٠ من قانون المرافعات.

فى هذه الحالة، لا يؤثر هذا الخطأ الذى وقع من أعضاء لجنة التصالح فى صحة القرار (الحكم) الصادر منهم فى الطلبات الأخرى<sup>(١)</sup>. ومن ثم، فلا تكون وسيلة معالجة هذا الخطأ هى الطعن فى قرار (حكم) لجنة التصالح، وذلك لأن اللجنة لم تستنفد سلطتها فى الطلبات التى أغلفت الفصل فيها، وإنما تكون وسيلة ذلك هو الرجوع إلى لجنة التصالح لى تفصل فى الطلبات التى أغلفت الفصل فيها.

ولقد نصت على ذلك المادة ١٩٣ من قانون المرافعات، حيث جاء بها أنه "إذا أغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والفصل فيه". ويطبق هذا النص على لجنة التصالح وعلى غيرها من اللجان التى عهد إليها المشرع دون غيرها الفصل فى بعض المنازعات، وذلك لأن هذه اللجان هى فى الواقع جهات قضائية خاصة، تمارس عملاً قضائياً، وما يصدر عنها هو بمثابة أحكام قضائية وليست قرارات إدارية، ومن ثم يطبق عليها ما يطبق على الأحكام من قواعد، من استنفاد ولاية القاضى، وحجية الأمر المقضى، وقوة الأمر المقضى، وحقها فى تصحيح ما يقع فى قرارها (حكمها) من غموض وإبهام. ومن هذه القواعد الرجوع إلى اللجان (المحاكم أو الجهات القضائية الخاصة) للفصل فى الطلبات التى أغفلت الفصل فيها.

## ٢- شروط الإغفال:

٦٤- لا تقوم حالة إغفال لجنة التصالح فى الفصل فى بعض الطلبات التى طرحت عليها إلا بتوافر ثلاثة أو مفترضات<sup>(٢)</sup>:

- (١) قارب: نبيل عمر - أصول المرافعات - بند ٩٨٤ - ص ١١١٣، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٣٥٢.
- (٢) راجع فى ذلك بصفة عامة: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ١٥١ وما بعده - ص ٢٥٢ وما بعدها.

## الشرط الأول: وجود طلب بحماية قضائية موضوعية:

والطلبات الموضوعية هي<sup>(١)</sup> الطلبات التي تقدم من أحد الخصوم إلى لجنة التصالح بهدف صدور حكم يتضمن تأكيد وجود حق أو مركز قانوني أو نفيه أو ترتيبه لآثاره القانونية قبل خصمه.

ويشترط لوجود الطلب الموضوعي أمام لجنة التصالح أن يعبر عنه وأن يتمسك به في عبارات صريحة وجازمة<sup>(٢)</sup>. فلا يعد طلباً قضائياً يعتد به وتكون لجنة التصالح ملزمة بالفصل فيه ما قد يشيره الخصوم أمامها من تقارير أو أوجه دفاع لا تنفيذ ولا تؤكد المطالبة بصدور حكم أو قرار بشأنها<sup>(٣)</sup>، أو الإشارة في صحيفة الدعوى إلى مسئولية الخصم التضامنية دون طلب صريح للجنة بالحكم عليهما بالتضامن<sup>(٤)</sup>، أو مجرد الأقوال المرسلة عن ظروف تحرير السند والتي لا تنبئ بذاتها عن تمسك الخصم أمام اللجنة بأن إرادته كانت معيبة بسبب وقوعه تحت تأثير الإكراه<sup>(٥)</sup>.

كما يشترط أيضاً لوجود الطلبات الموضوعية أمام لجنة التصالح أن تكون هذه الطلبات محددة وغير مجهولة<sup>(٦)</sup>، وإلا فإنه لا يقع التزام على عاتق اللجنة بالفصل فيها، ولا تكون في هذه الحالة قد أغفلت الفصل فيها. أما إذا كانت طلبات المدعى في الدعوى أمام لجنة التصالح هي الحكم بما يثبت أنه مستحق له بناء على ما ينتهي إليه الخبير المنتدب في الدعوى، فإن هذا يكفي لتوافر شرط تحديد الطلبات وبيانها على نحو ينفي عنها

(١) أنظر: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٢٥٤.

(٢) أنظر: أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة، نقض ١٢/١٢/١٩٧٤ - مجموعة الأحكام - ٢٥ - ١٤٧٢، نقض ٢/٢٨/١٩٧٧ - مجموعة الأحكام - ٢٨ - ٥٧٢، نقض ٢/٢/١٩٧٨ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ٣٨٦، ٤/٢٢/١٩٧٨ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ١٠٦٨، نقض ٤/٣٠/١٩٧٩ - مجموعة الأحكام - ٣٠ - ٢٢٢.

(٣) أنظر: نقض ١٢/١١/١٩٨١ - مجموعة القواعد - ١ - ٣ - ٣٢٦٩ - ٥٣٢.

(٤) أنظر: نقض ٢/٢١/١٩٧٤ - مجموعة الأحكام - ٢٥ - ٣٨٩.

(٥) أنظر: نقض ٤/٢٥/١٩٧٨ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ١١٢.

(٦) أنظر: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٢٥٥.

كونها مجهلة، وهو ما لا يصلح أن يكون محلاً للنعي على الحكم بأنه قضى في طلبات مجهلة<sup>(١)</sup>.

**الشرط الثاني: أن يكون هذا الطلب قائماً بالفعل أمام لجنة التصالح:**

لا يكفي لكي ينسب للجنة التصالح أنها أغفلت الفصل في بعض الطلبات أن يكون هناك طلباً موضوعياً قد طرح عليها وطلب منها الفصل فيه، بل يجب أن يظل هذا الطلب قائماً أمام اللجنة إلى وقت إقفال باب المرافعة<sup>(٢)</sup>. فإذا تنازل الخصم عن الطلب الموضوعى الذى قدمه للجنة قبل إقفال باب المرافعة أو عدل طلباته بما أثر على وجود هذا الطلب واستبدله بغيره، فإنه لم يعد يوجد طلب قائم أمام اللجنة حتى تلتزم بالفصل فيه. ومن ثم لا تكون اللجنة قد أغفلت الفصل فى الطلبات التى تنازل عنها أصحابها أو لم يضمنونها طلباتهم الختامية.

**الشرط الثالث: أن تفصل لجنة التصالح على سبيل السهو الفصل فى هذا الطلب:**

ويستلزم ذلك توافر أمرين<sup>(٣)</sup>، الأول: انتهاء الخصومة أمام اللجنة بقضاء يصدر فيها: فإذا انقضت الخصومة أمام اللجنة بغير حكم فى الموضوع، كالحكم بعدم قبول الدعوى لعدم سداد الرسم أو لرفعها على غير ذى صفة أو من غير ذى صفة، فإن ذلك يعنى أن الطلبات الموضوعية محل الدعوى لم تكن كلها محلاً لعمل قضائى حتى يمكن القول بأن اللجنة قد فصلت فى بعض الطلبات وأغفلت للفصل فى البعض الآخر. الثانى: ألا يتضمن الحكم الصادر فى الدعوى والذى أنهى الخصومة قضاء فى بعض الطلبات الموضوعية التى طرحت على اللجنة وطلب منها الفصل فيها. ويقصد بالإغفال<sup>(٤)</sup> هنا الإغفال الكلى أو التام الذى يجعل الطلب باقياً ومعلقاً أمام اللجنة لم يفصل فيه سواء بصفة صريحة أو ضمنية. فلا يوجد إغفال إذا كانت لجنة التصالح قد فصلت فى

(١) أنظر: نقض ١٩٨١/٥/٥ - مجموعة القواعد - ١ - ٣ - ٣٢٦٩ - ٥٣١.

(٢) راجع: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٢٦٣.

(٣) راجع: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ١٦١ - ص ٣٧٠.

(٤) راجع: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ١٦١ - ص ٣٧٠.



الطلبات التي طرحت عليها سواء في المنطوق أو في الأسباب، وسواء كان قضاؤها صريحاً أو ضمناً.

٦٥- فإذا توافرت الشروط الثلاث السابقة، فقد تحقق الإغفال من قبل لجنة التصالح في الفصل في بعض الطلبات التي طرحت عليها وطلب منها الفصل فيها، وهو ما يفتح الطريق لمعالجة هذا الوضع.

٣- طريقة الفصل في الطلبات التي أغفلت لجنة التصالح الفصل فيها:

٦٦- لا يجوز الطعن في قرار لجنة التصالح بسبب إغفالها الفصل في بعض الطلبات الموضوعية التي طرحت عليها وطلب منها الفصل فيها. والسبب في ذلك، أن اللجنة لم تستند سلطتها بشأن الطلبات التي أغفلت الفصل فيها<sup>(١)</sup>، وتعد الخصومة ما زالت قائمة أمامها بشأن هذه الطلبات<sup>(٢)</sup>، ولأن الطعن يترتب عليه تفويت درجة من درجات التقاضى<sup>(٣)</sup>.

والطريق الجائز لعلاج الإغفال هو أن يتقدم أحد الخصوم بطلب إلى لجنة التصالح - عن طريق مكتب اللجنة العامة بالمحافظة وبدون دفع رسوم جديدة - يطلب منها بموجبه الفصل في الطلبات التي أغفلت الفصل فيها. فيكون للجنة التصالح سلطة الفصل في هذه الطلبات واستكمال ما شاب حكمها من نقص وقصور. ولكن لا يجوز للجنة التصالح أن تقوم - من تلقاء نفسها - بالفصل في الطلبات التي أغفلتها، إذ أن ممارستها لهذه السلطة يتوقف على تقديم طلب من أحد الخصوم.

### المطلب الثاني

#### مراجعة القرارات الصادرة من لجنة التصالح بالطعن فيها

أولاً: لجنة التحكيم بالإسكندرية هي الجهة المختصة بنظر الطعن في قرار لجنة التصالح:

(١) أنظر: وجدى راغب - مبادئ - ص ٧٠٦، أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - بند ١٦٥ - ص ٢٧٨ وما بعدها، نقض ١٣/٥/١٩٧٠ - مجموعة الأحكام - ص ٨٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

٦٧- بد أن تصدر لجنة التصالح قرارها (حكما) فى النزاع الذى رفع إليها من المتعاملين بتجارة القطن فى الداخل والذى يتعلق بالمعاملات التى تتم بينهم فى هذا المجال، فإن هذا القرار يبلغ إلى الخصم المتخلف عن الحضور بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. وقد لا يعترض الخصوم أو أحدهما على قرارات (أحكام) لجنة التصالح، وفى هذه الحالة تصبح هذه القرارات نهائية (م ٣٠ / ٨ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل). وقد يرغب الخصوم أو أحدهما فى الاعتراض (الطعن) على قرار لجنة التصالح. وهنا نجد أن المشرع وضع نظاماً خاصاً للاعتراض أو الطعن، يتناسب مع الطبيعة الخاصة للمنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل والتى دفعت المشرع إلى إصدار قانون خاص بهذه التجارة هو القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤.

ويتمثل النظام الخاص للطعن (الاعتراض) على قرارات لجنة التصالح فى أن المشرع منع المحاكم من نظر هذا الطعن والفصل فيه، وأسند نظر هذا الطعن إلى لجنة وحيدة على مستوى الجمهورية، وهى لجنة التحكيم بالإسكندرية.

فقد نصت المادة ٣١ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل على أنه "فى حالة الاعتراض على قرارات لجنة التصالح يحال النزاع إلى لجنة تحكيم بالإسكندرية تشكل من أربعة أعضاء منهم عضو واحد من التجار المقيدين، وعضوان من المنتجين، وعضو من هيئة التحكيم واختبارات القطن، ويرأس اللجنة مستشار من مجلس الدولة يختاره رئيس المجلس. ويصدر بتشكيل لجنة التحكيم قرار من الوزير المختص، ويكون مقرها بمقر اللجنة العامة بمدينة الإسكندرية".

ويتضح من هذا النص، أن لجنة التحكيم بالإسكندرية هى الجهة الوحيدة المختصة بنظر الطعون (الاعتراض) التى قد يرغب الخصوم فى توجيهها ضد قرارات (أحكام) لجان التصالح بالمحافظات.

كما يتضح أيضاً أن هذه اللجنة مشكلة من أشخاص على علم ودراية وخبرة بمحصول القطن، وهو ما يجعلهم - دون غيرهم - مؤهلين للفصل فى المنازعات التى تنشأ بين المتعاملين بهذه التجارة، وهو ما يوفر الوقت والجهد والإجراءات عند الفصل فى هذه المنازعات، ويساعد على سرعة حركة التجارة والمعاملات فى هذا النشاط الاقتصادى العام، ويخفف عن المحاكم عبء النظر فى منازعات من نوع خاص تحتاج إلى أناس متخصصون فى موضوع هذه المنازعات لا إلى قضاة متخصصون فى القانون.

وبالإضافة إلى تشكيل لجنة التحكيم بالإسكندرية من عناصر متخصصة فى الفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن، فقد حرص المشرع فى مرحلة الطعن فى قرارات (أحكام) لجان التصالح أن يوجد أحد رجال القانون ضمن تشكيل محكمة الطعن، بل وعلى رأس هذه المحكمة، فأسند رئاسة لجنة التحكيم بالإسكندرية إلى مستشار من مجلس الدولة يختاره رئيس المجلس. والحكمة من وجود أحد رجال القضاء ضمن تشكيل محكمة الطعن (لجنة التحكيم) هى ضبط عمل هذه اللجنة من الناحية القانونية، سواء من حيث انعقاد الخصومة أمامها على نحو صحيح، وسير الخصومة، وإصدار القرار الصادر فى الطعن، وتسيبه، ومراعاة المبادئ والأصول الخاصة بالتقاضى أمام لجنة التحكيم، وكذلك حل وفض أى مشكلة قانونية تنشأ أمام هذه اللجنة عند فصلها فى الطعن المرفوع إليها.

#### ثانياً: الخصومة أمام لجنة التحكيم بالإسكندرية:

٦٨- عندما يرغب أحد الخصوم فى الطعن (الاعتراض) على

قرار (حكم) لجنة التصالح فعليه أن يتبع الإجراءات التالية:

١- أن يقدم طلب الطعن (وقد أسماه المشرع طلب التحكيم)

إلى رئيس اللجنة العامة بالإسكندرية: فلا يصح رفع الطعن بأى طريق آخر، فلا يجوز تقديم طلب التحكيم إلى مكتب اللجنة العامة فى المحافظة.

٢- يجب أن يقدم طلب التحكيم خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه بقرار لجنة التصالح: وهذا الميعاد ميعاد سقوط، وهو ما يعنى أنه إذا لم يعترض الخصم خلال هذا الميعاد فقط سقط حقه فى الطعن، ومن ثم يصبح قرار لجنة التصالح باتاً واجب التنفيذ.

ولا يبدأ ميعاد الطعن فى قرار لجنة التصالح إلا بعد إبلاغ قرار هذه اللجنة إلى الخصم بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول.

وهذا الميعاد يقف بموت المحكوم عليه أو بفقده لأهلية التقاضى أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه (م ٢١٦ مرافعات). كما يقف بحدوث قوة قاهرة تمنع هذا الخصم من ممارسة حقه فى الطعن فى قرار لجنة التصالح، كحرب أو فيضان أو مرض أفقده القدرة على ممارسة حقوقه وواجباته الإجرائية ... الخ.

٣- أن يسدد الطاعن الرسم المقرر أمام لجنة التحكيم: فإذا لم يسدد هذا الرسم فإن طعنه يكون غير مقبول. وإذا قبل رئيس اللجنة العامة بالإسكندرية طلب التحكيم على سبيل الخطأ بدون سداد الرسوم، فإن من حق لجنة التحكيم أن تستبعد هذا الطعن من جدول القضايا أمامها عملاً بالمادة ١٣ من قانون الرسوم فى المواد المدنية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤<sup>(١)</sup>. ومن حق اتلجنة كذلك أن تنظر الطعن رغم عدم سداد الرسم، ويكون حكمها صحيحاً غير مشوب بالبطلان. فاستبعاد لجنة التحكيم للدعوى المطروحة عليها دون سداد الرسم رخصة قررتها لها المادة ١٣ من قانون الرسوم<sup>(٢)</sup>، فلها أن تستخدمها ولا تنظر الطعن، ولها ألا تستخدمها وتستمر فى نظره، ولا تأثير لذلك على صحة قرارها الصادر فى الطعن.

(١) ويطبق قانون الرسوم فى المواد المدنية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ على المنازعات الخاصة بتجارة القطن فى الداخل، وذلك أنها خصومة مدنية يسرى عليها هذا القانون. بالإضافة إلى أن المادة ٣٤ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل قد حسمت هذا الأمر، حيث أنها قد نصت على أنه تسرى على رسوم التصالح والتحكيم القواعد المقررة فى قانون الرسوم القضائية فى المواد المدنية وذلك بحد أقصى قدره مائة ألف جنيه.

(٢) أنظر: تقصن ١٩٧٦/٦/٢٢ - مجموعة الأحكام - ٢٧ - ١ - رقم ٢٦٦ -

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه ".... وإذا كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي أن المطعون ضده الأول مثل بجلسة ١٩٧٣/١٢/٥ أمام محكمة أول درجة طالباً في حضور الطاعن قبول تدخله خصماً ثالثاً في الدعوى فحسبه ذلك ليكون طلبه معروضاً على المحكمة، ولما كانت المحكمة لم تر استبعاد هذا الطلب بل قررت حجز الدعوى للحكم وأصدرت حكمها بعدم قبول التدخل لانتفاء صفة طالبه فإنها بذلك تكون قد واجهت طلباً مطروحاً عليها دون أن تستخدم حقها المخول لها بنص المادة ١٣ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤"<sup>(١)</sup>.

كما قضت محكمة النقض أيضاً بأن "عدم دفع الرسم المستحق على الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يترتب عليه البطلان، لما هو مقرر بأن المخالفة بالقيام بعمل إجرائي لا يبنى عليه بطلان هذا العمل، ما لم ينص القانون على البطلان عن هذه المخالفة، وإذ تقضى المادة ٢/١٣ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية بأن تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة إذا تبين لها عدم أداء الرسم ودون أن يرد بالنص البطلان جزاءً على عدم أداء الرسم، فإنه إذا انتهى الحكم إلى أن تحصيل الرسوم المستحقة هو من شأن قلم الكتاب، فإنه لا يكون معيياً بالبطلان"<sup>(٢)</sup>. كما قضت أيضاً بأن "المخالفة المالية في القيام بعمل إجرائي لا يترتب عليه بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على ذلك، وإذا كان القانون لم ينص على بطلان الاستئناف لعدم سداد رسومه فإن النعي بهذا السبب يكون على غير أساس"<sup>(٣)</sup>.

- 
- (١) أنظر: نقض ١٩٨٨/١/٧ - الطعن رقم ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق.  
(٢) أنظر: نقض ١٩٧٤/٤/١١ - مجموعة الأحكام - ٢٣ - ٢ - رقم ١٠٧ - ص ٦٨٦، نقض ١٩٧٣/٢/٦ - مجموعة القواعد - ١ - ٣ - ١٣٤٥، نقض ١٩٨٤/١٢/٦ - مجموعة الأحكام - ٣٥ - ٢ - رقم ٣٧٦ - ص ١٩٧٨.  
(٣) أنظر: نقض ١٩٧٣/١٢/٢٩ - مجموعة الأحكام - ٢٤ - ٣ - رقم ٢٣٨ - ص ١٣٨٨، مجموعة القواعد - ١ - ٣ - ١٣٤٦ - ٣٥٢٦.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فإن عدم سداد الرسم أمام لجنة التحكيم لا يبيح الطعن في قرارها لهذا السبب. وعلة ذلك، أن عدم سداد الرسوم القضائية لا يترتب عليه بطلان الحكم فكيف يكون سبباً للطعن فيه. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد بأن "... عدم أداء رسم الدعوى كله أو بعضها قبل صدور الحكم فيها لا يصلح - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الإدارية العليا - أن يكون سبباً للطعن في الحكم، وتصبح الرسوم المستحقة واجبة الأداء ويتخذ قلم الكتاب في شأن تحصيلها الإجراءات المقررة"<sup>(١)</sup>.

٦٩ - بعد أن يتلقى رئيس اللجنة العامة بالإسكندرية الاعتراض على قرار لجنة التصالح مستوفياً شروطه، فإنه يقوم بإحالة هذا الاعتراض إلى لجنة التحكيم ويدعوها للاجتماع في موعد غايته أسبوع من تاريخ تقديم طلب التحكيم إليه. وهذا الميعاد هو مجرد ميعاد تنظيمي، فلا يترتب على مخالفته أى بطلان.

وبعد أن يستقر طلب التحكيم أمام لجنة التحكيم بالإسكندرية فإنها تقوم بإبلاغ هذا الطلب إلى الخصوم فى النزاع. ويكون الإعلان بموجب كتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، وذلك عن طريق رئيس اللجنة العامة (م ٣٠ / ٤ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤). وتحدد لجنة التحكيم للخصوم فى الإعلان الذى توجهه إليهم الجلسة المحددة لنظر الاعتراض. ويجب على اللجنة أن تراعى ميعاد الحضور أمامها، وهو أسبوع على الأقل يجب أن يكون بين تاريخ الجلسة وبين تاريخ الإعلان (م ٣٠ / ٤ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

وفى الجلسة المحددة لنظر الاعتراض أمام لجنة التحكيم، فإن اللجنة تقوم بسماع أقوال طرفى النزاع ما لم يقرر أحدهما أو كلاهما النزول عن سماع أقواله (م ٣٠ / ٥ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

(١) أنظر: المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٢/١١/٢٨ - الطعن رقم ٧٢٣ لسنة ٣٤ ق.

(١٧٠) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١

ويعتبر عدم حضور الخصم أمام لجنة التحكيم رغم إخطاره بتاريخ الجلسة نزولاً منه عن سماع أقواله (م ٦/٣٠ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

وتقوم لجنة التحكيم بقبول ما يقدمه الخصوم أو ممثلوهم من مستندات ومذكرات وتقارير، وتسمح لهم بالإطلاع على ما يقدم أمامهم وتمكنهم من الرد عليه إذا طلبوا ذلك. وإذا طلب الخصوم من اللجنة سماع شهود أو الإحالة إلى خبير أو إدخال خصوم في الدعوى أمامهم، فيجب أن تستجيب المحكمة لطلباتهم إذا رأت أن ذلك ضروري للفصل في الاعتراض المرفوع أمامها، وذلك احتراماً لحقوق الدفاع التي كفلها القانون للخصوم. أما إذا رأت اللجنة أن هذه الطلبات يغر ضرورية وغير لازمة للفصل في الاعتراض، وأن ما قدم أمامها أو ما هو موجود في ملف الدعوى المحال من لجنة التصالح بعد الاعتراض يكفي للفصل في الاعتراض، فإن لها أن ترفض الاستجابة لهذه الطلبات دون أن يكون في ذلك اعتداء منها على حق الدفاع للخصوم.

### ثالثاً: صلور قرار لجنة التحكيم بالإسكندرية:

٧٠- بعد أن تمكن لجنة التحكيم بالإسكندرية الخصوم من تقديم ما لديهم من مستندات ومذكرات ودفوع ودفاع، وبعد أن تمكنهم من الإطلاع والرد على كل ما قدم في الطعن أمامها، فإنها تقوم بإقفال باب المرافعة تمهيداً لإصدار قرارها (حكمها) في الطعن المرفوع أمامها ضد قرار (حكم) لجنة التصالح.

وبعد المداولة تصدر لجنة التحكيم قرارها في الطعن المرفوع أمامها. ويصدر قرار (حكم) لجنة التحكيم بأغلبية الأصوات (م ٨/٣٠ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤). وتقوم اللجنة بإعلان قرارها إلى الخصم المتخلف عن الحضور أمامها بموجب كتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، ويعتبر قرارها في هذه الحالة حضورياً (م ٨/٣٠ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

٧١- ويجب على لجنة التحكيم أن تحدد في قرارها (حكمها) الذي أصدرته من يتحمل من الخصوم بالمصاريف والرسوم القضائية. وهي - كقاعدة - تكون على عاتق المحكوم عليه، وذلك إعمالاً للمادة ١٨٤

من قانون المرافعات التي تنص على أنه "ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها"، وإعمالاً أيضاً للمادة ٢/١٤ من قانون الرسوم القضائية في المواد المدنية ورسوم التوثيق رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ التي تنص على أنه "وتصبح الرسوم التزاماً على عاتق الطرف الذي ألزمه الحكم بالمصاريف". وقد يتحمل المحكوم له بالمصاريف والرسوم القضائية، وذلك إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه، أو إذا كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة منها، أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان تحت يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات (المادة ١٨٥ من قانون المرافعات).

والسبب في تطبيق القواعد العامة للمصاريف والرسوم القضائية على الأحكام الصادرة من لجان التصالح ولجنة التحكيم في المنازعات الناشئة بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية هو نص القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن في الداخل. حيث تنص المادة ٣٤ من هذا القانون على أنه "وتسرى على رسوم التصالح والتحكيم القواعد المقررة في قانون الرسوم القضائية في المواد المدنية".

رابعاً: تنفيذ القرارات (الأحكام) الصادرة من لجان التصالح ولجان التحكيم (نظام خاص للتنفيذ):

#### ١- وجوب تنفيذ القرارات الصادرة في منازعات القطن وشروط ذلك:

٧٢- تنص المادة ٣٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن في الداخل على أنه "يجب على الأعضاء تنفيذ القرارات بمجرد إبلاغها إليهم أو صدورها في مواجهتهم متى صارت نهائية".

وطبقاً لهذا النص، فإن الأطراف المتنازعة تكون ملزمة بتنفيذ القرارات (الأحكام) الصادرة بينهم، وذلك إذا توافرت عدة شروط، وهي:

١- أن يطلب المحكوم له تنفيذ هذه الأحكام والقرارات:



فالطلب مفترض أساسى وضرورى فى التنفيذ الاختيارى أو الجبرى. ويكون طلب التنفيذ بموجب كتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول (م ٦/٣٠ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤) ينبه عليه فيه بضرورة تنفيذ الحكم الصادر ضده. ولا يكفى - فى اعتقادنا - مجرد إبلاغ الخصوم بالقرارات (الأحكام) أو صدورها فى مواجهتهم، بل يجب إبلاغه أيضا بضرورة تنفيذها. فإبلاغ القرار الصادر من لجنة التصالح أو لجنة التحكيم إلى الخصوم هو مجرد إعلام لهم بالحكم أو القرار الذى اتخذته فى النزاع الذى طرح عليها منهم. أما صدور الحكم أو القرار فى مواجهة الخصوم (بمضورهم) فلا يكفى للتنفيذ، لأن المحكوم له رغم صدور الحكم قد لا يرغب فى تنفيذه، والذى يؤكد رغبته فى التنفيذ هو طلب التنفيذ الذى يجب أن يبلغ إلى المحكوم عليه.

ب- أن تلزم الأحكام والقرارات الصادرة من اللجان الخصوم بأداء معين:

فالذى يقبل التنفيذ الاختيارى أو الجبرى من قرارات اللجان هو أحكام الإلزام فقط دون غيرها من الأحكام التقريرية أو المنشئة. ومن ثم، فإن الحكم الصادر بأحقية أحد الأشخاص (الطبيعيين أو الاعتباريين) فى مبلغ معين أو بأداء معين لا يقبل التنفيذ الجبرى، وذلك لأنه حكم تقريرى وليس حكم إلزام. وتبدو أهمية هذا الأمر - وهو كون الحكم الصادر من اللجان حكم إلزام - إذا ما تعنت المحكوم عليه فى التنفيذ رغم كل الجزاءات التى وقعت عليه من مجلس التأديب - كما سيرد ذكره -، إذ لا يكون أمام المحكوم له إلا اللجوء إلى قواعد قانون المرافعات لتنفيذ الحكم الذى يحوزه، وهذه القواعد تستلزم لتحريك النشاط القضائى التنفيذى أن يكون بيد المحكوم له حكم إلزام وليس حكماً تقريرياً أو منشئاً. **ج- أن تكون الأحكام أو القرارات نهائية، أى حائز لقوة الأمر المقضى:**

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٤ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل. فقد جاء بهذه المادة أنه "يجب على الأعضاء تنفيذ القرارات ... متى صارت نهائية". ويكون قرار لجنة التصالح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى إذا لم يعترض عليها الطرفان

أو أحدهما خلال ثلاثين يوماً من إبلاغهم بقرار (حكم) اللجنة بخطاب موصى عليه، أو إذا قبل أحد الخصوم هذا الحكم بعد صدوره، أو إذا صدر هذا الحكم (القرار) من لجنة التحكيم بالإسكندرية. ففى كل هذه الحالات تكون القرارات (الأحكام) الصادرة نهائية واجبة التنفيذ.

## ٢- وسائل تنفيذ القرارات الصادرة فى منازعات القطن:

٧٣- الأصل أن يمثل الخصوم للقرارات (الأحكام) الصادرة من لجان التصالح بالمحافظات ولجنة التحكيم بالإسكندرية، فيقومون بتنفيذها متى صارت نهائية. وقد يحدث أن يمتنع أحد الخصوم عن تنفيذ الأحكام أو القرارات الصادرة ضده.

وقد واجه المشرع امتناع أحد الخصوم عن تنفيذ ما حكم به عليه. فالمادة ٣٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل على أنه "وكل عضو يمتنع عن تنفيذ القرار الصادر فى النزاع يقوم مكتب اللجنة العامة بالمحافظة بإبلاغه وتحدد له مدة غايتها أسبوع لتنفيذ القرار، فإذا لم يقم بالتنفيذ رغم ذلك تحيله اللجنة إلى مجلس التأديب لينظر فى أمره".

وطبقاً لهذا النص، فإن الخصم الذى يمتنع عن تنفيذ الحكم أو القرار الصادر ضده يتعرض لأحد العقوبات الآتية، وهى:

### أ- الإنذار:

إذا امتنع الخصم عن تنفيذ القرار (الحكم) النهائى الصادر ضده من لجنة التصالح أو التحكيم، فإن مكتب اللجنة العامة بالمحافظة يقوم بإبلاغه - بخطاب مسجل بعلم الوصول - بضرورة التنفيذ على نحو ما ورد بالقرار أو الحكم. ويكون أمامه أسبوع على الأكثر من وصول الخطاب المسجل إليه ليقوم بالتنفيذ.

### ب- الإحالة إلى مجلس التأديب:

إذا انقضى أسبوع من تاريخ تسلم الخصوم الذى يجب عليه تنفيذ قرار لجنة التصالح أو لجنة التحكيم من تاريخ تسلمه للإنذار دون أن يقوم

بالتنفيذ، فإن اللجنة تحيل هذا الخصم الممتنع إلى مجلس التأديب لينظر فى أمر امتناعه عن التنفيذ.

٧٤- وطبقاً لنص المادة ٣٥ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل، فإن مجلس التأديب الابتدائى يشكل من رئيس مكتب المحافظة وأربعة أعضاء أصليين وأربعة أعضاء احتياطيين تختارهم اللجنة العامة كل ثلاث سنوات على النحو التالى: عضوان من التجار المقيدين بسجل تجارة القطن، عضوان من المنتجين. ويصدر بتشكيل مجلس التأديب قرار من رئيس اللجنة العامة<sup>(١)</sup>.

ويختص مجلس التأديب بالنظر فيما يحال إليه من المخالفات التى تقع من الأعضاء، سواء كان الفعل مخالفاً للقوانين واللوائح أو كان يودى إلى الإخلال بانتظام المعاملات والإضرار بالمعاملين بسوء قصد، ومن بينها الامتناع عن تنفيذ القرارات الصادرة من لجان التصالح ولجنة التحكيم فى المنازعات التى تقوم بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية (م ٣٦ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤). وتعرض مخالفة امتناع أحد الخصوم عن تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من هذه اللجان على مجلس التأديب بقرار من رئيس مكتب المحافظة بناء على طلب يقدم للمكتب أو شكوى تقدم إليه من أحد المشتغلين بتجارة القطن أو من كل ذى مصلحة، وذلك كله إذا رأى مكتب المحافظة إحالته إلى مجلس التأديب بعد إجراء التحقيق اللازم بشأنها (م ٣٧ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤). وتكون الإحالة إلى مجلس التأديب من رئيس المكتب فى موعد غايته سبعة أيام من تاريخ إصدار قرار الإحالة<sup>(٢)</sup> (م ٢/٣٧ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

(١) ولا يجوز الجمع بين عضوية لجنتى التصالح أو التحكيم وعضوية مجلس التأديب (م ٣/٣٥ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

(٢) وللمندوب الحكومة - وهو شخص تعينه الوزارة المختصة لدى اللجنة العامة وتكون مهمته الإشراف على تنفيذ القوانين واللوائح - طلب إحالة العضو الممتنع عن تنفيذ الأحكام أو القرارات الصادرة فى منازعات القطن إلى مجلس التأديب الابتدائى وذلك بقرار مسبب يقدم إلى مكتب المحافظة. وفى هذه الحالة يتعين على مكتب =

ويسمع مجلس التأديب العضو المنتع عن تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة ضده بعد إخطاره بموضوع المخالفة بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول والجلسة المحددة لنظر المخالفة. ويعتبر عدم حضور الخصم المنتع عن التنفيذ رغم إخطاره نزولاً منه عن سماع أقواله، وفي هذه الحالة يستمر مجلس التأديب فى عمله ويصدر قراره ويبلغه إلى العضو المتخلف بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول، ويعتبر قرار اللجنة فى حقه حضورياً (م ٣٩ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

ولمجلس التأديب أن يوقع على الخصم الذى يمتنع عن تنفيذ الحكم أو القرار الصادر ضده من لجان التصالح ولجنة التحكيم إحدى العقوبات التأديبية الآتية: الإنذار، الغرامة بما لا يجاوز خمسة آلاف جنيه، شطب اسمه من سجل المشتغلين بتجارة القطن، ولا يجوز للعضو الذى صدر قرار نهائى بشطب اسمه أن يطلب إعادة قيده بالسجل المذكور إلا بعد مضى سنتين على الأقل من تاريخ صدور هذا القرار (المادة ٤٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

وقرارات مجلس التأديب تكون نهائية لا تقبل الطعن إذا كان القرار بغرامة لا تجاوز ألفى جنيه. فإذا صدر القرار بغير ذلك جاز لصاحب الشأن التظلم منه إلى مجلس التأديب الاستثنائى الذى يصدر قراره فى النزاع بصفة نهائية<sup>(١)</sup> (م ٤٠ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

---

=المحافظة إحاثة إلى المجلس فى موعد غايته سبعة أيام من تاريخ إبلاغه (م ٣/٣٧ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

(١) ويشكل مجلس التأديب الاستثنائى سنوياً بقرار من الوزير المختص من: رئيس إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة (رئيساً)، وأربعة أعضاء أصليين وأربعة أعضاء احتياطيين يختارهم جميعاً الوزير المختص على النحو التالى: عضوان من التجار المقيدين بسجل تجار القطن، عضوان من المنتجين. ويكون انعقاد مجلس التأديب الاستثنائى بمقر اللجنة العامة بمدينة الإسكندرية (م ٤١ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤)، ويكون التظلم من قرار مجلس التأديب الابتدائى يطلب يقدم إلى رئيس اللجنة العامة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم المتظلم بقرار أو إعلانه به حسب الأحوال. وتتبع أمام المجلس الاستثنائى ذات الإجراءات المنصوص عليها بشأن مجلس التأديب الابتدائى. وللمتظلم أن يستعين بمحام أو بعضو آخر للدفاع عنه. وتصدر قرارات =

### ٣- مجلس التأديب يقوم بدور قاضى التنفيذ:

٧٥- يختص مجلس التأديب الإبتدائى بالفصل فى كافة الاعتراضات والمنازعات التى قد يثيرها العضو المحكوم عليه. فهو فى هذا الصدد يقوم - فى اعتقادنا - بدور قاضى التنفيذ. ومن ثم، فإنه يختص بالفصل فى كافة منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية التى قد يثيرها المحكوم له أو المحكوم عليه أو الغير. والدليل على ذلك هو نص المادة ٣٦ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل، إذ تقرر هذه المادة أنه "يختص مجلس التأديب بالنظر فيما يحال إليه من المخالفات التى تقع من الأعضاء سواء كان الفعل مخالفاً للقوانين واللوائح أو كان يؤدي إلى الإضرار بانتظام المعاملات والإضرار بالتعاملين بسوء قصد".

ولا شك أن عدم تنفيذ الأحكام أو القرارات النهائية والواجبة التنفيذ الصادرة من لجان التصالح ولجنة التحكيم يخالف القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ الذى يوجب فى مادته الثالثة والثلاثون على الأعضاء تنفيذ هذه القرارات والأحكام، كما أنه يؤدي إلى الإخلال بانتظام المعاملات.

### ٤- الرجوع إلى قواعد قانون المرافعات فى التنفيذ:

٧٦- قد يستمر الخصم المحكوم عليه فى الامتناع عن تنفيذ القرار (الحكم) النهائى الصادر ضده من لجنة التصالح أو من لجنة التحكيم رغم العقوبات التأديبية التى قد يصدرها ضده مجلس التأديب، والتى قد تصل إلى حد شطب اسمه من سجل المشتغلين بتجارة القطن، ورغم فصل المجلس فى كافة الاعتراضات والمنازعات التى قد يثيرها المحكوم ضده. فما هو الحل بعد ذلك؟ هل تضيع على المحكوم له الأموال أو الحقوق التى حكم بها لصالحه ضد الخصم الممتنع عن التنفيذ؟ خاصة وأن القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل لم

---

= المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد الأصوات، وعند تساوى الآراء يرجح الجانب الذى منه الرئيس (م ٤٢ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

ينص إلا على العقوبات التأديبية التي توقع على الخصم المتنع ع التنفيذ.

يجب - في اعتقادنا - العودة إلى قواعد قانون المرافعات التي تعتبر الشريعة العامة التي يرجع إليها عند عدم وجود نص ينظم المسألة في القانون الخاص. فيجوز للمحكوم له أن يطلب من إدارة التنفيذ اتخاذ إجراءات الحجز والتنفيذ على أموال المحكوم عليه بموجب الحكم (القرار) الذي يحوزه الصادر من لجنة التصالح أو لجنة التحكيم، والذي يصلح أن يكون سناً تنفيذياً لتحريك النشاط القضائي التنفيذي لاستيفاء حقوقه المحكوم بها لصالحه.

#### خامساً: الطعن في قرار لجنة التحكيم بالإسكندرية:

٧٧- بعد أن تنظر لجنة التحكيم بالإسكندرية الاعتراض (الطعن) المطروح عليها ضد قرار لجنة التصالح، فإنها تصدر قراراً في هذا الشأن، سواء كان هذا القرار بتأييد قرار لجنة التصالح أو بتعديله أو بإلغائه كلية وإصدار قرار على العكس منه تماماً. وقد يشوب قرار لجنة التحكيم ذاتها عيباً من العيوب التي قد تؤثر في صحته وتؤدي إلى بطلانه. فما هو الطريق الذي يحق للخصم اللجوء إليه للطعن في قرار لجنة التحكيم لإزالة ما شاب هذا القرار من قصور وما اعتوره من بطلان؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل، ومن ثم تحديد الطريق الواجب اتباعه للطعن في قرار لجنة التحكيم بالإسكندرية، يتوقف على تحديد طبيعة القرار الصادر من هذه اللجنة، فتحديد طبيعة قرار لجنة التحكيم يحدد طريق الطعن فيه.

#### ١- القرار الصادر من لجنة التحكيم ليس قراراً إدارياً:

٧٨- في البداية، نستبعد تماماً أن يكون القرار الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية قراراً إدارياً. فالقرار الإداري هو<sup>(١)</sup> "إفصاح جهة

(١) أنظر: المحكمة الإدارية العليا ١٩٩٩/٦/٢٧ - مشار إليه في: حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - ط ٢٠٠١ - ص ٢٤، وفي نفس المعنى أنظر: المحكمة الإدارية العليا ١٩٩٩/٥/٩ - الإشارة السابقة، الإدارية=

الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح فى الشكل الذى يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانونى معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة". وليس كذلك القرار الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية. فهو قرار صادر فى خصومة، بين أطراف متنازعة، من جهة أسند إليها المشرع سلطة الفصل فى الخصومات، وهى جهة محايدة ومستقلة تماماً لا تتبع أية سلطة إدارية أو رئاسة تدرجية، كما أنها تراعى عند إصدار قرارها الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضى التى يتعين على أية جهة أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها، وأهمها دعوة الخصوم للحضور وسماع أقوالهم وتمكينهم من ممارسة حقوق الدفاع أمامها. فلجنة التحكيم تمارس عملاً قضائياً وليس عملاً إدارياً.

وبالإضافة إلى ذلك، كيف يكون قرار لجنة التصالح حكماً قضائياً ويكون قرار لجنة التحكيم بالإسكندرية قراراً إدارياً. فإذا كانت لجنة التصالح تمارس عملاً قضائياً وتصدر حكماً قضائياً فإن هذه الصفة تلحق أيضاً القرار الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية.

وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا، فقد قضت هذه المحكمة بأنه "خول الشارع مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى سلطة إصدار قراراتها نهائية تكمل القرارات التى تصدرها اللجان القضائية للإصلاح الزراعى، وإذ كانت القرارات التى تصدرها هذه اللجان تعتبر - على ما جرى به قضاء المحكمة العليا وعلى ما أفصح عنه الشارع فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ الخاص بإلغاء موانع التقاضى - قرارات قضائية، فإن الصفة القضائية تلحق - كذلك - القرارات المكتملة

---

= العليا ١٩٨٨/١١/٢٦ - الطعن رقم ٣٤١٣ لسنة ٣٣ ق، تقض ١٩٨٦/٤/٢٨ -  
- مجموعة الأحكام - ٣٧ - ١ - رقم ١٠٤ - ص ٤٨١، وأنظر فى تعريف القرار  
الإدارى: سليمان الطماوى - النظرية العامة للقرارات الإدارية - ط ٦ - ١٩٩١ -  
مطبعة جامعة عين شمس - ص ١٩٩، عبد الغنى بسيونى عبد الله - القانون  
الإدارى ص ١٩٩١ - منشأة المعارف - ص ٤٥١ وما بعدها.

التى يختص مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بإصدارها وذلك سواء صدرت بالموافقة أو بعدم الموافقة على قرارات اللجان المذكورة لأنها تتصل فى الحالتين بتسيير القضاء أمام هذه اللجان بنص صريح فى القانون ..، ولا يتصور أن يكون القرار المكمل للعمل القضائى قراراً إدارياً لما فى ذلك من تسليط لجنة الإدارة على أعمال الهيئات القضائية الأمر الذى يتعارض مع مبدأ فصل السلطات<sup>(١)</sup>.

والنتيجة التى تترتب على هذا التكييف السليم لعمل لجنة التحكيم بالإسكندرية، وعدم اعتباره قراراً إدارياً، هى عدم اختصاص القضاء الإدارى بنظر الطعن فى هذا القرار.

٢- لجنة التحكيم بالإسكندرية ليست جهة إدارية ذات اختصاص قضائى، بل هى جهة قضاء فرعية:

٧٩- لا يمكن اعتبار القرارات الصادرة من لجنة التحكيم بالإسكندرية قرارات صادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائى. ذلك أن لجنة التصالح - ومن بعدها لجنة التحكيم - هى جهات قضائية فرعية داخل جهة القضاء العادى أسند إليها الفصل فى نوع معين من المنازعات، وهى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل بين المتعاملين المسموح لهم بممارسة هذه التجارة. وقد أنشأ المشرع هذه الجهات إعمالاً لمبدأ التخصص فى الفصل فى المنازعات، وذلك لسرعة الفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل، وكذلك إسنادها إلى أشخاص على علم ودراية وخبرة بموضوع هذه المنازعات.

وقد أكدت محكمة النقض على هذه الطبيعة للجان التى أسند إليها الفصل فى نوع معين المنازعات، فقد قضت هذه المحكمة - وبخصوص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى، وهو ما يسرى على لجان التصالح ولجنة التحكيم بالإسكندرية - بأنه "إذ خص المشرع اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل دون سواها فى منازعات معينة مما كان يدخل

(١) أنظر: المحكمة العليا ١٩٧٧/٧/٢ - الدعوى رقم ١ لسنة ٧ قضائية "تنازع" - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ٢٢ - العدد الثالث - رقم ٥ - ص ١٦٩ وما بعدها.



فى اختصاص المحاكم العادية فإن ذلك يعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفى إذ تعتبر هذه الجهة القضائية المستحدثة جهة قضائية مستقلة بالنسبة لما خصها المشرع بنظره من تلك المنازعات<sup>(١)</sup>.

وتأكيداً على هذه الطبيعة للجان القضائية واعتبارها جهات قضائية، فإنه يجب الإحالة إليها من الجهات القضائية أو المحاكم بالنسبة للمنازعات التى تدخل فى ولايتها. فقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه "نصت المادة ١٣ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على أن "تحال فوراً جميع القضايا المنظورة أمام جهات القضاء ما دام باب المرافعة لم يقفل فيها" إلى اللجنة القضائية المذكورة مما يفيد أن طرح المنازعة على المحاكم قبل صدور قرار الإستيلاء على الأرض المتنازع عليها لا يحول دون اختصاص هذه اللجنة بنظرها ما دام باب المرافعة لم يقفل فى الدعوى وأن على المحكمة فى هذه الحالة أن تنفض يدها من المنازعة وتحيلها إلى اللجنة"<sup>(٢)</sup>. كما قضت أيضاً فى هذا الصدد بأنه "تقضى المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعى بأن تستولى الحكومة على ملكية ما يجاوز المائة فدان التى يستبقها المالك لنفسه، وبهذا أصبح القدر الزائد من الأراضى الزراعية على المائة فدان التى استبقاها المالك لنفسه فى إقراره محلاً للاستيلاء، والمنازعة فى ملكية هذا القدر مما يتمتع على المحاكم النظر فيها، ويتعين إحالتها إلى اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والمعدل بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٤ ما دام باب المرافعة فى الدعوى لم يكن قد أقفل فيها"<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر: نقض ١٩٦٥/١٢/٢٣ - مجموعة الأحكام - ١٦ - ٣ - رقم ٢٠٩ - ص ١٣٣٣، وقارب: نقض ١٩٧٨/١/١٨ - مجموعة الأحكام - ٢٩ - ١ - رقم ٥١ - ص ٢٤٠.

(٢) أنظر: نقض ١٩٦٥/١٢/٢٣ - مجموعة الأحكام - ١٦ - ٣ - رقم ٢٠٩ - ص ١٣٣٣.

(٣) أنظر: نقض ١٩٦٩/٢/٦ - مجموعة الأحكام - ٢٠ - ١ - رقم ٤٤ - ص ٢٧٩.

وإذا كانت لجنة التحكيم بالإسكندرية - ومن قبلها لجنة التصالح - هي جهات قضائية فرعية داخل جهة القضاء العادي، فإن ما تصدره ليس هو قرارات إدارية، بل هو أحكام قضائية.

والنتيجة التي تترتب على عدم اعتبار لجنة التحكيم - ومن قبلها لجان التصالح - جهات إدارية ذات اختصاص قضائي، بل جهات قضائية فرعية داخل جهة القضاء العادي تختص بنظر نوع معين من المنازعات - أن الطعن في القرارات الصادرة منها لا يختص بنظرها مجلس الدولة، إذ أنها لا تخضع لحكم المادة ٨ / ١٠ من قانون مجلس الدولة التي تنص على أنه "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: ....(ثامناً) الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي ...". وذلك لأنها ليست قرارات إدارية.

٨٠- وما يؤكد عدم اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر الطعن في قرار لجنة التحكيم بالإسكندرية - بالإضافة إلى أنه ليس قراراً إدارياً - أن موضوع المنازعة محل قرار هذه اللجنة - ومن قبلها لجنة التصالح - ليس مسألة إدارية، بل مسألة مدنية بحتة. ولا يمكن أن يغير من طبيعة المسألة مجرد اشتراك عنصر إداري في الفصل فيها، فالعنصر الإداري هنا هو عضو قضائي خاص<sup>(١)</sup> للنظر في منازعات معينة. وقد أكدت محكمة النقض على ذلك، فقد أخذت بطابع الخصومة وليس بالهيئة التي تفصل فيها، فقد قضت بأن "المنازعة بين المؤجر والمستأجر بصدد تحديد الأجرة هي خصومة مدنية بحسب طبيعتها وأصلها بحيث لا يفقدها هذا الطابع الموضوعي ما يلابسها من عنصر إداري شكلي هو صدور قرار تحديد الأجرة في أول الأمر من لجنة إدارية، لأن من شأن الرأي الفاصل في هذه الخصومة أن تتحدد به المراكز المالية والحقوق المتبادلة بين أطرافها وهو اختصاص مدني بحت، وقد التفت المشرع عن ذلك العنصر الإداري واعتد بالطابع المدني لهذه المنازعات فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٣

(١) قارب: أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام - ص ٧٠.

من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على أن يكون الطعن على قرارات تحديد الأجرة أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار المؤجر، كما أوجب في المادة ٤٢ على مجالس المراجعة التي كانت تختص بنظر التظلمات في قرارات لجان تقدير القيمة الإيجارية طبقاً للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ لتحديد إيجار الأماكن أن تحيل التظلمات المعروضة عليها عند العمل بأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ إلى المحاكم الابتدائية الكائن في دائرتها محل العقار بغير رسوم وبالحالة التي كانت عليها<sup>(١)</sup>.

٢- قرار لجنة التحكيم بالإسكندرية ليس حكماً من أحكام التحكيم، بل هو حكم من أحكام القضاء:

٨١- في الواقع العملي، يتم الطعن في القرار الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية عن طريق رفع دعوى بطلان أمام محكمة الاستئناف بالإسكندرية، وذلك على أساس أن ما صدر عن لجنة تحكيم القطن بالإسكندرية هو حكم من أحكام التحكيم.

ولعل مما دعم وأكد هذا الاعتقاد لدى بعض رجال القانون هو المشرع نفسه في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن في الداخل. فلقد استخدم المشرع كلمة التحكيم أكثر من مرة وفي أكثر من

(١) أنظر: نقض ٣٠/٤/١٩٨٦ - مجموعة الأحكام - ٣٧ - ١ - رقم ١٠٧ - ص ٥٠٨، بل إن مجلس الدولة يعتمد ذلك أيضاً، فالعبرة بموضوع المنازعة، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد بـ "إن القرار الإداري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة، وغنى عن البيان أن صدور القرار من جهة إدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبمحكم اللزوم وصف القرار الإداري بالمعنى المتقدم وإنما يلزم حتى يتحقق له هذا الوصف أن يكون كذلك بحسب موضوعه وفحواه، فإذا ما دار القرار حول مسألة من مسائل القانون أو تعلق بإدارة شخص معنوي خاص خرج من عداد القرارات الإدارية أياً كان مصدره ومهما كان موقعه في مدارج السلم الإداري"، أنظر: المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٩/١/٢٧ - الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٢٣ ق - مجموعة ١٥ سنة - ص ٧٥، ١٩٦٧/٩/٢ - الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ١٢ ق - السنة - ١٢ - ص ١٢٣٦، ١٩٨٤/١٢/٩ - الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٢٥ ق.

مادة. فلقد نصت المادة ٣١ من هذا القانون على أنه "في حالة الاعتراض على قرارات لجنة التصالح يحال النزاع إلى لجنة تحكيم بالإسكندرية...". كما نصت المادة ٣٢ من هذا القانون على أنه "يقدم طلب التحكيم في القرارات المشار إليها في المادة السابقة إلى رئيس اللجنة العامة خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ القرار للخصم المعارض بخطاب موصى عليه". كما تنص هذه المادة كذلك على أنه "وتتبع في نظر إجراءات التحكيم الأحكام المنصوص عليها في المادتين ٣٠، ٣١ من هذا القانون". كما نصت هذه المادة كذلك على أنه "ولا يكون الطلب مقبولاً إلا إذا سدد صاحبه الرسم المقرر، وتحدد لجنة التحكيم في قرارها من يتحمله". كما تنص المادة ٣٥ من هذا القانون كذلك على أنه "تسرى على رسوم التصالح والتحكيم القواعد المقررة في قانون الرسوم القضائية في المواد المدنية". فلقد استخدم المشرع عبارات "لجنة التحكيم" و"إجراءات نظر التحكيم" و"التحكيم". وكل هذه الألفاظ والعبارات أوحى ورسخت في نظر بعض رجال القانون أن لجنة التحكيم بالإسكندرية هي "هيئة تحكيم"، وأن أعضاؤها "محكمون"، وأن ما يصدر عنها من قرارات في الطعون المرفوعة إليها ضد قرارات لجان التصالح هي "أحكام تحكيم"، ومن ثم فإن طريق الطعن الواجب اتباعه لإزالة ما يشوب هذه الأحكام من أخطاء وما يعتورها من صور وعيوب هو رفع دعاوى بطلان ضدها، باعتباره أحكام تحكيم صادرة طبقاً لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٨٢- والحقيقة - في اعتقادنا - أن لجنة التحكيم بالإسكندرية التي تنتظر الطعن في القرارات الصادرة من لجان التصالح بالمحافظات ليست هيئة تحكيم، وأعضاؤها ليس محكمون، كما أن الأحكام الصادرة منها في الطعون المطروحة عليها ليست أحكام تحكيم:  
**لجنة التحكيم بالإسكندرية ليست هيئة تحكيم<sup>(١)</sup>:**

٨٣- إن لجنة التحكيم بالإسكندرية هي - بصريح نص المادة ٣١ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن في

(١) أنظر: سلامة فارس عرب - المقالة السابق الإشارة إليها.

الداخل - مجرد لجنة تحكيم تختص بالفصل فى الاعتراضات أو الطعون التى ترفع ضد القرارات (الأحكام) الصادرة من لجان التصالح بالمحافظات المنتجة للقطن.

والدليل على أن لجنة تحكيم القطن بالإسكندرية ليست هيئة تحكيم بالمعنى الفنى الدقيق، ما يأتى:

١- أن المشرع قد استخدم فى القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ لفظ "لجنة تحكيم" ولم يستخدم لفظ "هيئة تحكيم":

والمشرع يعنى تماماً معنى الألفاظ التى يستخدمها. فهو لم يقصد أبداً أن لجنة التحكيم القطن بالإسكندرية هى هيئة من هيئات التحكيم التى يقصدها وينص عليها صراحة القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، والذى يعتبر الشريعة العامة فى مجال التحكيم، وذلك فى المواد ١٥ وما بعدها من هذا القانون. خاصة وأن القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل لاحق فى صدوره ونفاذه على قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. إذ صدر قانون التحكيم فى ١٩٩٤/٤/٢١ وبدأ العمل به ابتداءً من ١٩٩٤/٥/٢١، أى بعد شهر من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية، فى أن القانون ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ نشر فى ١٩٩٤/٦/٣٠ وبدأ العمل به ابتداءً من ١٩٩٤/٧/١، أى فى اليوم التالى لنشره. فلو أن المشرع كان يقصد أن لجنة تحكيم القطن بالإسكندرية هى هيئة تحكيم لنص على ذلك صراحةً وأسمائها بهذا الاسم. ولكن لعلمه بأنها ليست هيئة تحكيم فقد أسماها بهذا الاسم "لجنة تحكيم"، وإن كان المشرع - فى اعتقادنا - غير موفق فى استخدام هذا المسمى الذى أثار الخلط فى أذهان المشتغلين بالقانون.

٢- أن الأطراف ليس لها أى دور فى اختيار أعضاء لجنة التحكيم بالإسكندرية:

فتشكيل هذه اللجنة محدد سلفاً بموجب المادة ٣١ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل، وما على الخصوم إلا أن يطعنوا أمامها فى القرارات (الأحكام) الصادرة من لجان التصالح

بالمحافظات. والأمر على عكس ذلك تماماً بالنسبة لهيئة التحكيم التي تشكل - كقاعدة - باتفاق الطرفين، وذلك طبقاً للمادة ١٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أن "تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر"، وطبقاً أيضاً للمادة ١٧ من قانون التحكيم التي تنص على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم"، وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن "المقرر أنه وإن كان التحكيم كأصل هو تخويل المتعاقدين الحق في الاتجاه إليه لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به محاكم الدولة وهو ما يستتبع أن اختصاص هيئة التحكيم في نظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء يبنى مباشرة في كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين اللذين يكون لهما الاتفاق على تعيين محكم أو محكمين وفق شروط يحددها ليفصل في النزاع القائم بينهما واختيار القواعد التي تسرى على إجراءات نظره للدعوى التحكيمية وتلك التي تنطبق على موضوع النزاع مع تعيين مكان التحكيم واللغة التي تستعمل فيه، وذلك على نحو ما استهدفته أغلب نصوص قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واعتبرت نصوصها مكملة لإرادة طرفي التحكيم لا تطبق إلا عند عدم الاتفاق عليها مع إيراد نصوص محددة تتصل بضمانات التقاضي الأساسية التي يتعين اتباعها اقتضتها المصلحة العامة باعتبار أن حكم التحكيم يعد فصلاً في خصومة كانت في الأصل من اختصاص قضاء الدولة"<sup>(١)</sup>.

٣- وما يؤكد ويثبت أيضاً أن لجنة التحكيم بالإسكندرية ليست هيئة تحكيم على نحو ما هو مقرر في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أن اللجوء إليها أمر إجباري لمن يرغب من الخصوم في الاعتراض (الطعن) على قرارات لجان التصالح بالمحافظات:

(١) أنظر: نقض ٢٠٠٧/٦/١٢ - المستحدث من المبادئ الصادرة من الدوائر التجارية في مواد التجارى والبحرى والضرائب بمحكمة النقض من ٢٠٠٦/١٠/١ حتى ٢٠٠٧/٩/٣٠ - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض - ص ٤٩.

فلجنة التحكيم بالإسكندرية هي طريق طعن إجبارى ضد قرار لجنة التصالح لا يجوز لأى من الخصوم الخاضعين للقانون ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ ولوج طريق آخر غيره لإمكان مراجعة قرار لجنة التصالح. والحال ليس كذلك بالنسبة لهيئة التحكيم التى ينص عليها قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، فليست هذه الهيئة - كقاعدة - طريق إجبارى يجب على المحتكمين سلوكه لفض المنازعات التى قد تنشأ بينهم. كما أن هيئة التحكيم ليست جهة طعن ، بل إنها بمثابة محكمة أول درجة يطعن فى أحكامها أمام محكمة الاستئناف المختصة إذا توافرت حالات من الحالات التى نصت عليها المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

ب- لجنة التحكيم بالإسكندرية هي محكمة استئناف<sup>(١)</sup>:

٨٤- إذا لم تكن لجنة التحكيم بالإسكندرية هيئة تحكيم بالمعنى الفنى الدقيق لهذه الكلمة ، فماذا تكون؟ وما هى طبيعتها؟

فى الحقيقة أن لجنة التحكيم بالإسكندرية هي محكمة درجة ثانية أو محكمة استئناف فى إطار الجهة القضائية الفرعية التى أنشأها المشرع المصرى بالقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ الصادر بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل ، وذلك للفصل فى المنازعات التى تنشأ بين المتعاملين المسموح لهم بممارسة هذه التجارة والتى تدور حول معاملاتهم القطنية (م ٣١ من ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤). وتختص هذه المحكمة - كما ذكرنا - بالفصل فى الاعتراضات (الطعون) التى ترفع ضد القرارات (الأحكام) الصادرة من لجان التصالح بالمحافظات المنتجة للقطن.

فحرصاً من المشرع المصرى على سرعة الفصل فى بعض المنازعات التى يستلزم موضوعها هذه السرعة حرصاً على سير المعاملات فى المجتمع ، وحرصاً منه - منذ وقت مبكر - على إنشاء المحاكم التى تختص بنوع معين من المنازعات تفصل فيه دون غيرها ، وحرصاً منه كذلك على أن يفصل فى هذه المنازعات أناس متخصصون فى موضوع المنازعة

(١) أنظر: سلامة فارس عرب - الإشارة السابقة.

وعلى علم ودراية بأدق التفاصيل الخاصة بها، فقد أصدر المشر  
بمخصوص محصول القطن المصرى، وهو من أهم المحاصيل الاستراتيجية فى  
مصر ومن أهم موارد الدخل القومى، قانوناً خاصاً به ينظم كل ما يتعلق  
به. وأنشأ جهة قضائية فرعية متخصصة للفصل فى المنازعات التى قد تثور  
بين المتعاملين بتجارة القطن، وأسند إليها - دون غيرها من جهات القضاء  
فى الدولة - الفصل فى هذه المنازعات. وهذه الجهة هى "لجان التصالح".  
فاستأثرت لجان التصالح - بنص المشرع - بجزء من ولاية القضاء فى  
الدولة، لا ينازعها فيه أية جهة أخرى، بحيث لا يجوز اللجوء فى  
خصوص المنازعات الناشئة عن التعامل فى القطن إلى الجهات أو المحاكم  
الأخرى وإلا كانت ملزمة بالحكم بعدم اختصاصها الولائى أو الوظيفى،  
وتكون ملزمة بإحالة هذه المنازعات إلى لجنة التصالح المختصة، وإن  
فصلت المحاكم فى هذه المنازعات فإن حكمها يكون منعديماً لأنه صدر  
خارج حدود ولايتها.

وإذا أصدرت لجنة التصالح - بعد إنعقاد الخصومة أمامها ومراعاة  
كافة المبادئ الأصول المتبعة عند الفصل فى المنازعات - قرارها (حكمها)  
فى المنازعة المطروحة عليها، ولم يعترض أحد على هذا القرار أصبح  
نهائياً. فإذا أراد أحد الخصوم أن يطعن على قرار لجنة التصالح، فإن المشرع  
حظر اللجوء إلى القضاء كدرجة ثانية للتقاضى، بل أوجب رفع هذا  
الطعن أمام لجنة التحكيم بالإسكندرية، تفصل فيه بعد انعقاد الخصومة  
أمامها ومراعاة أصول ومبادئ التقاضى الأساسية. ولا يجوز بأى حال من  
الأحوال على أية محكمة أو جهة قضائية أخرى أن تفصل فى الطعن  
المرفوع ضد قرار (حكم) لجنة التصالح، فهذا الطعن تختص به لجنة  
التحكيم بالإسكندرية دون غيرها، لا يشاركها فيه محكمة أو جهة أخرى.  
وبذلك تتضح طبيعة لجنة التحكيم بالإسكندرية، فهذه اللجنة  
هى بمثابة محكمة استئناف بالنسبة للقرارات الصادرة من لجان التصالح  
بالمحافظات المنتجة للقطن. فهى درجة التقاضى الثانية بالنسبة للمنازعات  
الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل، ينقل إليها الطعن بالاستئناف النزاع



الذى كان مطروحاً على لجنة التصالح، لتفصل فيه لجنة التحكيم من جديد من حيث الواقع والقانون، وفى حدود ما رفع عنه الاستئناف أمامها.

٨٥- ومن ثم، يتضح بما لا يدع أدنى مجال للشك ولا محل للإجتihad طبيعة لجان التصالح بالمحافظات ولجنة التحكيم بالإسكندرية:

فلجان التصالح بالمحافظات المنتجة للقطن هى محكمة أول درجة والتي تختص دون غيرها بنص المشرع - م ٢٩ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - بالفصل فى المنازعات التى تقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية. ولجنة التحكيم بالإسكندرية هى محكمة ثانى درجة أو محكمة استئناف تختص دون غيرها بنص المشرع - م ٣١ وما بعدها ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - بالفصل فى الطعون (الاعتراضات) التى ترفع من ذوى الشأن ضد قرارات لجان التصالح بالمحافظات.

جـ- ما يصدر عن لجنة التحكيم بالإسكندرية هو حكم قضائى:

٨٦- إذا لم تكن لجنة التحكيم بالإسكندرية التى تفصل فى الطعون المرفوعة إليها ضد قرارات (أحكام) لجان التصالح بالمحافظات والصادرة فى المنازعات التى تثور بين الأعضاء المتعاملين بتجارة القطن فى الداخل هيئة تحكيم بالمعنى الفنى الدقيق لهذه الكلمة، وأعضاؤها ليسوا بمحكمين على النحو المتعارف عليه قانوناً لهذا المصطلح، بل إنها فى حقيقتها وطبيعة عملها التى أسندها إليها المشرع دون غيرها هى محكمة ثانى درجة أو محكمة استئناف يلجأ إليها الخصوم - دون غيرها - لإصلاح ما شاب حكم لجنة التصالح من أخطاء وعيوب وإزالة ما اعتور من قصور، فإن ما يصدر عن هذه اللجنة ليس حكماً من أحكام التحكيم على الإطلاق، وليس قراراً إدارياً بكل معنى الكلمة، وإنما هو حكم من أحكام القضاء العادى.

وما يؤكد على هذه الطبيعة لعمل لجنة التحكيم - الحكم - عدة

أمور، وهى:

١- أن لجنة التصالح المطعون فى حكمها أمام لجنة التحكيم بالإسكندرية هى جهة قضائية:

وذلك لأنها - كما ذكرنا - تمارس عملاً قضائياً، لأنها تفصل فى خصومة، وهى جهة محايدة ومستقلة ولا تتبع أية جهة رئاسية، وأوجب عليها المشرع أن تراعى عند فصلها فى الخصومة المطروحة عليها من المتعاملين بتجارة القطن الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضى التى يتعين على أية جهة أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها. وهو ما ينطبق ويسرى أيضاً على لجنة التحكيم، إذ أنها تمارس عملاً قضائياً، وهو الفصل فى خصومة الطعن التى رفعها الخصوم إليها، وهى جهة محايدة ومستقلة، وتتبع بنص المشرع - م ٣٣ ق ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - أصول ومبادئ التقاضى الأساسية.

٢- إذا كان ما يصدر من لجنة التصالح - محكمة أول درجة - حكماً قضائياً، فإن ما يصدر من لجنة التحكيم بالإسكندرية - وهى محكمة ثانى درجة أو محكمة استئناف - فى الطعن المرفوع ضد هذا الحكم، وهو أيضاً حكم قضائى.

٣- أن محكمة النقض ذاتها كيفت الأعمال الصادرة عن بعض اللجان التى أسند إليها المشرع الفصل فى خصومة فى موضوع معين بأنها أحكام قضائية:

فقد قضت هذه المحكمة - بالنسبة للجان تحديد الأجرة - بأنه "لما كان لجان تحديد الأجرة المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، وإن كانت بحكم تشكيلها المنصوص عليه فيها هيئة إدارية، إلا أنها وقد أعطها القانون ولاية القضاء للفصل فى خصومة بين المؤجرين والمستأجرين، فإن قراراتها تكون لها صفة الأحكام ويتبع فى شأنها ما يوجب المشرع اتباعه فى قانون المرافعات بشأن بدأ سريان ميعاد الطعن فيها"<sup>(١)</sup>.

كما قضت محكمة النقض أيضاً - وبخصوص لجان الطعن الضريبى - بأن "النص فى المادتين ١٥٨، ١٦٠ من القانون رقم ١٥٧

(١) أنظر: نقض ١٩٧٩/٥/٢٣ - مجموعة الأحكام - ٣٠ - ٢ - رقم ٢٦٣ - ص

لسنة ١٩٨١ فى شأن الضرائب على الدخل على أن المشرع قد اشترط لصحة إنعقاد لجان الطعن حضور ثلاثة من موظفى الضرائب بقرار من وزير المالية لنظر إجراءات الطعن وإصدار قرار بشأنه ولو تخلف عن الحضور من طلب الممول ضمهم إليها، وأوجب على هذه اللجان مراعاة الأصول والمبادئ الأساسية العامة لإجراءات التقاضى التى يتعين على أية جهة أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها ومنها ما يسرى على الأحكام من قواعد إجرائية باعتبار أن ما تصدره من قرارات يعد بمثابة أحكام صادرة فى خصومة<sup>(١)</sup>.

كما قضت محكمة النقض أيضاً - وبخصوص أمر تقدير أتعاب المحامى عند عدم الاتفاق عليها كتابة والصادر من مجلس نقابة المحامين - بأنه "تفيد نصوص المواد ٦/٨٠ و ٤٤، ٤٥، ٤٦ و ٤٨ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٤٤ والخاص بالمحاماة أمام المحاكم الوطنية - والمطبق على واقعة الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المشرع جعل لمجلس نقابة المحامين ولاية الفصل فى تقدير أتعاب المحامى عند الاختلاف على قيمتها فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها وذلك بناء على طلب المحامى أو الموكل، وتقدير مجلس النقابة للأتعاب فى هذه الحالة يعتبر فصلاً فى خصومة بدليل أن الالتجاء إليه لا يكون إلا عند الخلاف على الأتعاب فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى فى شأنها وبدليل إباحة الإلتجاء إلى مجلس النقابة من كل من المحامى والموكل على السواء. هذا إلى أنه مما يؤكد أن لمجلس النقابة اختصاصاً قضائياً فى مثل هذه الحالة ما أوجبه القانون من لزوم إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة من الطلب وبالجلسة بمقتضى خطاب موصى عليه ليحضر أمام مجلس أو ليقدم ملاحظاته، مما مفاده أن تقديم الطلب إلى المجلس تنعقد به الخصومة. كما أفاد المشرع بما رسمه من طريق للتظلم فى أمر تقدير الأتعاب وبيان طرق

(١) أنظر: نقض ١٦/١١/١٩٩٩ - المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر التجارية بمحكمة النقض من ١/١٠/١٩٩٩ حتى ٣٠/٩/٢٠٠٠ - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض - ص ١٥٣.

الطعن في الحكم الصادر في التظلم أنه اعتبر فصل مجلس النقابة في تقدير الأتعاب فصلاً في خصومة بين الطرفين إذا كان المشرع قد أجاز الالتجاء على المحاكم أو إلى مجلس النقابة لتقدير أتعاب المحاماة في حالة عدم وجود اتفاق كتابي عليها، وكانت المادة ٤٨ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ تميز للمحامى بمقتضى أمر التقدير الصادر لصالحه أن يحصل على اختصاص بعقارات من صدر ضده الأمر، فقد دل المشرع بذلك جميعه على أن أمر التقدير هو بمثابة حكم صادر في خصومة بين الطرفين<sup>(١)</sup>.

كما قضت محكمة النقض - بخصوص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى - بأن "القرارات الصادرة من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بشأن الاستيلاء على العقارات تعتبر بحسب طبيعتها أحكاماً قضائية تحوز الحجية بين أطرافها، ويترتب عليها صحة العقود المعتد بها، وإلزامها لعاقديها، كما تسرى قبل جهة الإصلاح الزراعى"<sup>(٢)</sup>.

٤- كما قضت محكمة القضاء الإدارى في هذا الصدد أيضاً - وبخصوص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى - بـ "إن مناط التفرقة بين ما يعد جهة قضائية أو جهة إدارية ذات اختصاص قضائى ليس منضبطاً فى القانون ومحل جدل بين رجال الفقه، فتارة يؤخذ بالمعيار الشكلى، وأخرى يؤخذ بالمعيار الموضوعى أو بالمعيارين معاً وبما أراه المشرع وما ظهر من نيته التى تكشف عنها الظروف والملابسات التى لا بدت صدور التشريع بإنشاء الهيئة. ولما كان الظاهر من استقراء نصوص القانون الخاص بالإصلاح الزراعى ومذكراته الإيضاحية أن المشرع منع المحاكم العادية بكافة أنواعها من مدنية وشرعية وإدارية من النظر فى إلغاء قرارات الاستيلاء الصادر من اللجنة العليا، وجعل ذلك من اختصاص جهة

(١) أنظر: نقض ١٩٦٨/١/٩ - مجموعة الأحكام - ١٩ - ١ - رقم ١ - ص ٥، وزفى نفس المعنى أنظر: نقض ١٩٧٥/٤/٨ - مجموعة الأحكام - ٢٦ - ١ - رقم ١٥٠ - ص ٧٧٣.

(٢) أنظر: نقض ١٠٠٢/٢/١١ - المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية بمحكمة النقض من ١٠٠٢/١٠/١ حتى ٢٠٠٣/٩/٣٠ - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض - ص ١٢.

قضائية أنشأها للفصل فى المنازعات المتعلقة بقرارات الإستيلاء، وملكية الأراضى المستولى عليها، مستهدفاً من ذلك أن اللجنة القضائية تفصل فى هذه المنازعات بطريقة حاسمة حتى لا يطول التقاضى فى شأنها، ولا يتعطل تنفيذ قرارات الإستيلاء، وبذلك تتحقق الفوائد المرجوة من قانون الإصلاح الزراعى، فكانت اللجان القضائية جهة قضاء حلت محل الجهات العادية، واقتصر اختصاص الجهة العادية على ما يقام أمامها من دعاوى التعويض المستحق عن الأيطان المستولى عليها، إذا كان الظاهر من استقرار النصوص ما تقدم فإن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى هى فى الواقع جهة قضائية حلت محل المحاكم العادية فى الفصل فى المنازعات المتعلقة بالأيطان المستولى عليها، ولا يؤثر فى ذلك أنه تدخل فى تشكيلها عناصر غير مثقفة تثقيفاً قانونياً، إذ ليس فى القانون ما يمنع من تشكيل محاكم من غير رجال القانون، ولا أن أحكامها تصدق عليها اللجنة العليا للإصلاح الزراعى، لأن نفاذ الحكم دون تصديق سلطة عليا ليس شرطاً مميزاً للأحكام، إذ ليس ما يمنع فى القوانين المنظمة للقضاء من تقرير التصديق على الأحكام من سلطة أعلى قبل نفاذها. وعلى ذلك يكون طلب الإلغاء موجهاً إلى حكم قضائى مما يخرج عن ولاية هذه المحكمة هذا فضلاً عن أنه بتصديق اللجنة العليا للإصلاح الزراعى على حكم اللجنة سالفه الذكر يندمج فى قرار اللجنة العليا ويصبح جزءاً لا يتجزأ منه، ومن ثم لا يجوز المطالبة بإلغائه استقلالاً. ولما كان القانون لا يميز المطالبة بإلغاء قرارات اللجنة العليا للإصلاح الزراعى، فإنه تبعاً لذلك لا تجوز المطالبة بإلغاء حكم اللجنة القضائية باعتباره جزءاً لا يتجزأ من ذلك القرار<sup>(١)</sup>.

٥- كما أن المحكمة الدستورية العليا ذاتها قد أكدت على أن ما يصدر عن الجهات أو اللجان التى أسند إليها المشرع سلطة الفصل فى خصومة هو حكم قضائى:

(١) أنظر: محكمة القضاء الإدارى ١٩٥٧/١/١٥ - مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة - السنة ١١ - العدد الأول - رقم ١٠٣ - ص ١٤٧.

فقد قضت هذه المحكمة بأنه: "من حيث أن المادة ٣ مكرر / ١ من قانون الإصلاح الزراعى المضافة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧١ قد نصت على أنه فيما عدا القرارات الصادرة من اللجان القضائية فى المنازعات المنصوص عليها فى البند ١ من الفقرة الثالثة من المادة السابقة - وهى المنازعات المتعلقة بتحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضى المستولى عليها أو التى تكون محلاً للإستيلاء طبقاً للإقرارات المقدمة من الملاك وفقاً لأحكام هذا القانون وذلك لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه منها - لا تكون القرارات الصادرة من اللجان المنصوص عليها فى المادة ١٣ والمادة ١٣ مكرر - وهى اللجان القضائية للإصلاح الزراعى - نهائية إلا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى. ويبين من هذا النص أن الشارع خول مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى سلطة إصدار قرارات نهائية تكمل القرارات التى تصدرها اللجان القضائية للإصلاح الزراعى، وإذا كانت القرارات التى تصدرها هذه اللجان تعتبر - على ما جرى به قضاء المحكمة العليا وعلى ما أفصح عنه الشارع فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ الخاص بإلغاء موانع التقاضى - قرارات قضائية، فإن الصفة القضائية تلحق - كذلك - القرارات المكملة التى يختص مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بإصدارها وذلك سواء صدرت بالموافقة أو بعدم الموافقة على قرارات اللجان المذكورة لأنها تتصل فى الحالتين بتسيير القضاء أمام هذه اللجان بنص صريح فى القانون. كما يعتبر القرار الصادر من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بالموافقة على القرار الصادر من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى باعتماد عقد البيع الإبتدائى بمثابة حكم نهائى بتأييد القرار الصادر من اللجنة المذكورة، ويعتبر القرار الصادر من المجلس المذكور برفض الموافقة على القرار الصادر من اللجنة المذكورة باعتماد العقد بمثابة حكم نهائى بإلغاء القرار الصادر من اللجنة المذكورة باعتماده، ولا يتصور أن يكون القرار المكمل للعمل القضائى قراراً إدارياً لما فى ذلك من تسليط لجهة الإدارة على أعمال الهيئات

القضائية الأمر الذى يتعارض مع مبدأ فصل السلطات. ولما كان القرار النهائى الصادر من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بتاريخ ٢٩ من يونيه ١٩٦٥ بعدم الموافقة على قرار اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى الصادر بتاريخ ٦ من إبريل سنة ١٩٦٤ فى الاعتراض رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٤ والقاضى بالاعتداد بعقد البيع الابتدائى المؤرخ فى ٥ من مارس سنة ١٩٦١ سالف الذكر قد صدر من هيئة ذات اختصاص قضائى فى وقت كانت فيه اللجان القضائية للإصلاح الزراعى هيئات قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادى وعن جهة القضاء الإدارى فإن التعارض بين القرار النهائى المذكور وبين الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠ ما مايو سنة ١٩٧٥ فى الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ١٠ ق بتأييد القرار الصادر من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بتاريخ ٢٨ من فبراير سنة ١٩٧٤ فى الاعتراض رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٩ والقاضى بالاعتداد بعقد البيع المذكور يعتبر تناقضاً بين حكمين نهائيين بالمعنى الذى قصده الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية التى أحالت إليها الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والمادة الأولى من قانون الإجراءات والرسوم أمام هذه المحكمة الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠<sup>(١)</sup>.

٨٧- ومما يؤكد ويثبت أن ما يصدر عن لجنة التحكيم بالإسكندرية هو حكم من أحكام القضاء العادى وليس حكماً من أحكام التحكيم ما يأتى:

١- أن نظام التحكيم لا يستلزم عرض النزاع أولاً على إحدى الجهات أو الهيئات أو اللجان القضائية قبل اللجوء إليه:

فإذا ما استلزم المشرع عرض النزاع على إحدى الجهات القضائية أو المحاكم المتخصصة - وهى هنا لجان التصالح بالمحافظات - وخصها دون غيرها بالفصل فى نوع معين من المنازعات - وهى هنا المنازعات الناشئة

(١) أنظر: المحكمة العليا ١٩٧٧/٧/٢ - الدعوى رقم ١ لسنة ٧ قضائية "تنازع" - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ٢٢ - العدد الثالث - رقم ٥ - ص ١٦٩ وما بعدها.

عن تجارة القطن فى الداخلى - ثم حدد للخصوم الجهة التى يطعنون أمامها فى القرارات الصادرة من لجان التصالح - وهى لجنة التحكيم بالإسكندرية - فإننا لا نكون بصدد حكم من أحكام التحكيم على النحو الوارد فى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، بل على العكس نكون إزاء طعن فى حكم صادر من جهة أو هيئة ذات اختصاص قضائى هو الفصل فى نوع معين من المنازعات أمام جهة الطعن التى حددها المشرع للفصل فى هذا الطعن.

٢- أن المادة ٣٤ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن بالداخل تنص على أنه "تسرى على رسوم التصالح والتحكيم القواعد المقررة فى قانون الرسوم القضائية فى المواد المدنية وذلك بمحد أقصى قدره مائة ألف جنيه :

فهذا النص يدل دلالة واضحة على الطبيعة القضائية للجنة تحكيم القطن بالإسكندرية وليس على طبيعتها كهيئة تحكيم<sup>(١)</sup>. إذ أن تقدير الرسوم القضائية أمام لجان التصالح ولجنة التحكيم إنما يتم وفقاً لقانون الرسوم القضائية فى المواد المدنية والذى يطبق على ما يصدر من القضاء العادى من أحكام وأوامر، وليس وفقاً لما يتفق عليه أطراف المنازعة والذى يسرى أمام هيئات التحكيم. ويؤكد هذا النص ويثبت أن الأحكام الصادرة من لجنة التحكيم بالإسكندرية هى أحكام قضائية عادية وليست أحكام تحكيم.

٣- أن المشرع نفسه لم ينص على أن الطعن فى قرار لجنة التحكيم بالإسكندرية إنما يكون طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية :

ويدل ذلك دلالة واضحة على أن المشرع لا يقصد أبداً أن لجنة التحكيم بالإسكندرية هيئة تحكيم على النحو الوارد فى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم، وإنما هى جهة قضاء فرعية داخل جهة

(١) أنظر: سلامة فارس عرب - المقالة السابق الإشارة إليها.



القضاء العادى، وإلا لنص صراحةً على أن الطعن فى الأحكام الصادرة من هذه اللجنة يكون بدعوى البطلان فى الحالات التى نصت عليها المادة ٥٣ من قانون التحكيم. وهو ما فعله المشرع صراحةً فى خصوص الطعن فى الأحكام الصادرة من لجنة التحكيم العليا طبقاً لقانون الجمارك، فقد نصت المادة ٥٧/٥ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٠٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠ على أن قرار لجنة التحكيم العليا يكون نهائياً ولا يقبل الطعن فيه إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية. فهنا أكد المشرع أن أحكام لجنة التحكيم العليا التى نص عليها قانون الجمارك هى أحكام تحكيم. وحيث لم ينص القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل على خضوع حكم لجنة التحكيم بالإسكندرية من حيث الطعن فيه للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم، فذلك إقرار من المشرع بأن أحكام هذه اللجنة هى أحكام قضائية عادية وليست أحكام تحكيم.

وقد أكدت محكمة النقض أن قرار لجنة التحكيم العليا المشككة طبقاً لقانون الجمارك قرار نهائى لا يقبل الطعن عليه إلا فى الأحوال الواردة فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. فقد قضت هذه المحكمة بأن "لجنة التحكيم المشككة وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بإصدار قانون الجمارك بعد تعديلها بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠. جواز الطعن على قرارها أمام لجنة التحكيم العليا. م ٣/٥٧ من ذات القانون. تشكيل اللجنة الأخيرة سنده. قرار وزير العدل ورئيس مصلحة الجمارك ومن يختاره صاحب الشأن. مؤداه. ليس لاتفاق التحكيم أو لمشاركة التحكيم بين طرفى النزاع دور فى ذلك. قرار هذه اللجنة العليا نهائى وملزم لطرفى النزاع، ولا يقبل الطعن فيه إلا فى الأحوال الواردة على سبيل الحصر فى

المادة ٥٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية<sup>(١)</sup>.

٤- يختلف الأسلوب الذى اعتمده المشرع لفض المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخلى بموجب القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ عن نظام التحكيم الذى اعتمده ونظمه المشرع بموجب قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤:

فهما أسلوبان مختلفان تماماً وطريقان لا يلتقيان، وتوجد فروق جوهرية بينهما من حيث اختيار كل طريق منهما، واختيار هيئة التحكيم، والطعن فى القرارات الصادرة عنها، ولا توجد أوجه تشابه بين هذين الطريقين أو الأسلوبين لفض المنازعات إلا فى أن المشرع استخدم - خطأ - مصطلح لجنة التحكيم فى قانون تنظيم تجارة القطن فى الداخلى رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤، فى حين استخدم المشرع مصطلح "هيئة التحكيم" فى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤<sup>(٢)</sup>.

٤- لا يجوز رفع دعوى بطلان ضد الحكم الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية:  
أ- المبدأ "عدم قبول دعوى البطلان ضد الأحكام":

٨٨- إذا كانت لجنة التحكيم بالإسكندرية هى بمثابة محكمة استئناف تتبع جهة قضائية مستقلة خصها المشرع - دون غيرها - بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخلى، وتختص هذه المحكمة - دون غيرها - بالفصل فى الطعون (الاعتراضات) التى ترفع من ذوى الشأن ضد قرارات (أحكام) لجان التصالح بالمحافظات المنتجة للقطن، وأن الأحكام الصادرة منها فى هذه الطعون (الاعتراضات) هى أحكام قضائية وليست أحكام تحكيم، فإن النتيجة التى تترتب على ذلك هى أنه لا يجوز

(١) أنظر: نقض ٢٠٠٠/٧/٥ - الطعن رقم ١٥٠١٥ لسنة ٧٦ ق - المستحدث من المبادئ الصادرة من الدوائر التجارية فى مواد التجارى والبحرى والضرائب بمحكمة النقض من ٢٠٠٦/١٠/١ حتى ٢٠٠٧/٩/٣٠ - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض - ص ١٢٢.

(٢) أنظر: سلامة فارس - الإشارة السابقة.

رفع دعاوى بطلان أمام محكمة استئناف الإسكندرية أو غيرها من محاكم الاستئناف ضد الأحكام التي تصدر من لجنة التحكيم بالإسكندرية، وذلك إعمالاً للقاعدة الأصولية المعتمدة التي تقرر أنه لا يجوز - كقاعدة - رفع دعاوى بطلان مبتدأة ضد الأحكام القضائية أياً كانت الجهة التي أصدرتها<sup>(١)</sup>. وإذا ما رفعت هذه الدعوى فيجب على محكمة استئناف الإسكندرية أو غيرها من محاكم الاستئناف التي قد تدفع إليها هذه الدعوى أن تحكم - من تلقاء نفسها - بعدم قبول هذه الدعوى.

ب- تأكيد محكمة استئناف الإسكندرية لهذا المبدأ:

٨٩- لقد أخذت محكمة الاستئناف بالإسكندرية بالتكليف السليم للقرار الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية، وأنه حكم قضائي وليس حكم تحكيم، ورتبت على ذلك النتائج المنطقية التي تتفق مع هذا التكليف.

فقد أكدت هذه المحكمة على أنه لا يجوز رفع دعاوى بطلان ضد أحكام (قرارات) لجنة تحكيم القطن بالإسكندرية، وذلك لأن هذه الأحكام (القرارات) لم تصدر طبقاً لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، بل طبقاً للقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ الخاص بتنظيم تجارة القطن في الداخل.

ويعنى ذلك أن قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لا ينطبق على عمل لجنة التحكيم بالإسكندرية وما يصدر عنها من قرارات (أحكام). فهذه اللجنة ليست هيئة من هيئات التحكيم التي يقصدها ويطبق بشأنها قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وما يصدر عنها من

(١) أنظر في هذه القاعدة: أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - ط ١٥ - ١٩٩٠ - منشأة المعارف - ص ٧٩٨، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط ٢٠٠٨ - بند ٣٣٤ - ص ٥٩٢، نبيل عمر - أصول المرافعات المدنية والتجارية - ط ١٩٨٦ - منشأة المعارف - بند ١٠٥٧، ص ١١٩٧ وما بعدها. وأنظر:

DEVEZE, De la régle: voies de nullité n'ont lieu contre le jugement, thé, Toulouse 1938.

أحكام ليس حكماً من أحكام التحكيم، بل هو حكم من أحكام القضاء العادى صادر من جهة قضاء فرعية أسند إليها المشرع - دون غيرها - جزءاً من ولاية القضاء فى الدولة، وهو الفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل بين الأشخاص المسموح لهم بممارسة هذه التجارة. هذه الجهة القضائية المستحدثة تعتبر فيها لجان التصالح بالمحافظات محاكم أول درجة، وتعد لجنة التحكيم بالإسكندرية بمثابة محكمة استئناف بالنسبة للأحكام الصادرة من لجان التصالح.

فقد قضت محكمة الاستئناف بالإسكندرية بتاريخ ٢٠٠٨/١١/١٢ - بخصوص دعوى بطلان حكم تحكيم - واعتباره كأن لم يكن ووقف تنفيذه - رفعت ضد قرار (حكم) صادر من لجنة تحكيم القطن بالإسكندرية بسبب عدم وجود اتفاق تحكيم يمنح هذه اللجنة سلطة الفصل فى النزاع المطروح عليها - بأنه "وحيث أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية (م ١٠ / ١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤) وقد نصت المادة ١/٤ من ذات القانون على أن (ينصرف لفظ التحكيم فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة ...) ولما كانت المنازعة المطروحة لا يوجد بشأنها اتفاق تحكيم بين طرفى النزاع ولم يتبعها الإجراءات التى أوجبها القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ولم يصدر القرار المطعون فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، وإنما استناداً إلى الإجراءات التى أوجبها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ فى شأن إصدار قانون تنظيم تجارة القطن فى الداخل، ومن ثم فإنه لا تقبل الدعوى ببطلان قرار لجنة التحكيم الصادر فيها، وهو ما تقضى به المحكمة مع إلزام الشركة الطاعنة بالمصاريف". ثم قالت المحكمة "فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى (دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية

وألزمت الشركة الطاعنة المصاريف ومبلغ مائة جنيه مقابل أعاب المحاماة<sup>(١)</sup>.

**جـ - الطريق المتاح للطعن في قرارات لجنة التحكيم بالإسكندرية هو الطعن بالنقض:**

٩٠ - إن الطريق الذى يجب على الخصوم اتباعه للطعن فى قرارات (أحكام) لجنة التحكيم بالإسكندرية هو طريق الطعن بالنقض، بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانوناً وبالإجراءات التى نص عليها المشرع بالنسبة لهذا الطريق من طرق الطعن، وإن كان يستحيل على من رفع دعوى بطلان أمام محكمة الاستئناف بالإسكندرية أو غيرها من محاكم الاستئناف أن يسلك سبيل الطعن بالنقض لفوات ميعاده بسبب اللجوء الخاطئ والغير قانونى إلى رفع دعوى بطلان ضد حكم لجنة التحكيم بالإسكندرية على أساس أنه حكم من أحكام التحكيم مع أنه فى الحقيقة ليس كذلك.

ولا يمكن القول فى هذا الصدد بأن رفع دعوى البطلان - على سبيل الخطأ بسبب عدم التكييف السليم لحكم لجنة التحكيم بالإسكندرية - أمام محكمة الاستئناف يترتب عليه وقف أو قطع ميعاد الطعن بالنقض الذى كان يجب اللجوء إليه أولاً بدلاً من رفع دعوى البطلان. ذلك أن هذا اللجوء الخاطئ إلى رفع دعوى البطلان لا يعد قوة قاهرة بحيث يترتب عليها وقف ميعاد الطعن بالنقض أو قطعه، وذلك لتخلف شروط القوة القاهرة فى هذه الحالة<sup>(٢)</sup>. فقد كان فى إمكان الخصم أن يتفادى ضياع حقه فى الطعن بالنقض، وذلك بأن يطعن فى الحكم الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية بالنقض فى الميعاد وبالإجراءات التى نص عليها المشرع. وإذا لم يفعل الخصم ذلك فإنه يكون مقصراً ومهملاً وإرادته دخل فيما

(١) أنظر: محكمة استئناف الإسكندرية ٢٠٠٨/١١/١٢ - الدائرة ١٣ مدنى - الاستئناف المقيّد بالجدول ٧ العمومى تحت رقم ٦٤/٣ ق تحكيم - (غير منشور).

(٢) راجع فى فكرة القوة القاهرة فى قانون المرافعات: المؤلف - القوة القاهرة فى قانون المرافعات - ط ٢٠٠١ - دار النهضة العربية.

حدث ، كما أنه لم يكن يستحيل على الخصم استحالة مطلقة الطعن فى حكم لجنة التحكيم بالإسكندرية بطريق النقض.

ولا يجوز الاعتراض على قابلية القرارات الصادرة من لجان التصالح ولجنة التحكيم بالإسكندرية التى أسند إليها المشرع - دون غيرها - بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل والتى تشور بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية للطعن فيها بطريق الطعن بالنقض متى توافرت شروطه ، وذلك بحجة أن هذا الطريق يقتصر على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف والأحكام الانتهائية التى تفصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق وأن صدر بين نفس الخصوم وحاز قوة الأمر المقضى ، ولجان التصالح بالمحافظات ولجنة التحكيم بالإسكندرية ليست بمحاكم.

وذلك لأن هذه اللجان تمارس عملاً قضائياً بكل معنى الكلمة ، إذ أنها تفصل فى نزاع بين الخصوم ، وفى خصومة تنعقد على نحو صحيح قانوناً ، وهى هيئة محايدة ومستقلة ولا تتبع جهة رئاسية ، وتراعى فى عملها كافة أصول ومبادئ التقاضى التى يجب على أية جهة قضائية أنيط بها الفصل فى خصومة مراعاتها. ومن ثم فهى جهة قضائية مستقلة أو محاكم متخصصة فى نوع معين من المنازعات ، هى المنازعات الناشئة عن تجارة القطن فى الداخل ، فقد أسند إليها المشرع - دون غيرها - جزءاً من ولاية القضاء فى الدولة. وما يصدر عن هذه الجهة القضائية أو عن هذه المحاكم المتخصصة هو حكم من أحكام القضاء العادى يخضع لما تخضع له هذه الأحكام من قواعد ، ويطعن فيه بنفس الطرق التى يجوز الطعن بها فى هذه الأحكام ، ومنها الطعن بالنقض متى توافرت شروط ممارسته.

### الغائمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة نكشف عن النتائج الأساسية التى

توصلت إليها :

١ - إذا كانت المحاكم هى الجهة الأصلية والأساسية التى تقرم بوظيفة الفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد حول حقوقهم

ومراكزهم القانونية، فإن المشرع قد يعهد - فى بعض الحالات - بوظيفة الفصل فى المنازعات إلى هيئات أو لجان خاصة ينشئها، وذلك نظراً لطبيعة هذه المنازعات وحاجتها إلى أناس متخصصون فى موضوعها - لا إلى قضاة متخصصون فى القانون - وعلى دراية كاملة بها وبما تشيره من مشاكل وكيفية حلها، وكذلك حاجة هذه المنازعات إلى سرعة الفصل فيها.

ومن هذا المنطق، تدخل المشرع المصرى لتنظيم تجارة أحد المحاصيل الاستراتيجية فى الاقتصاد المصرى وأحد أهم مصادر الدخل القومى المصرى وهو محصول القطن، وذلك بموجب القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ فى شأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل. وقد تضمن هذا القانون كل ما يتعلق بتنظيم هذه التجارة، من حيث تحريرها، وشروط القيد بسجل المشتغلين بها، والإشراف على تنظيمها، والعقوبات التى توقع على من يخالف قواعدها، وأحكام التعامل فى هذه التجارة.

٢- وما يعيننا فى هذا الصدد - وهو موضوع هذه الدراسة - هو كيفية تنظيم المشرع للمنازعات التى قد تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل. ولقد نظم المشرع المصرى - بموجب الباب الرابع من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ - طريقة الفصل فى هذه المنازعات على نحو دقيق وتفصيلي:

أ- فقد أسند المشرع الفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل والتى تقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية إلى لجنة خاصة أسماها "لجنة التصالح"، وهى لجنة توجد بكل محافظة منتجة للقطن. وتتكون هذه اللجنة من مدير مكتب اللجنة العامة بالمحافظة "رئيساً"، وممثل واحد عن كل من التجار المقيدين والمنتجين واثنين عن هيئة التحكيم واختبارات القطن "أعضاء".

واختصاص لجنة التصالح بالفصل فى المنازعات التى تتعلق بتجارة القطن فى الداخل هو اختصاص يثبت لها وحدها على سبيل الاستثارة والانفراد. ولا أدل على ذلك من أن المشرع قد نص فى المادة ٢٩ من

القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ على أن "تختص لجنة التصالح دون غيرها بالنظر فيما يعرض عليها من المنازعات التي تقع بين الأعضاء بشأن معاملاتهم القطنية".

ب- ولجنة التصالح - في اعتقادنا - هي جهة قضائية فرعية داخل جهة القضاء العادى بالفصل فى نوع معين من المنازعات، وهو المنازعات المتعلقة بتجارة القطن فى الداخل. والسبب فى ذلك أن المشرع قد أسند إليها - دون غيرها - جزءاً من ولاية القضاء فى الدولة. ومن ثم، فإنه إذا طرحت أية منازعة تتعلق بتجارة القطن فى الداخل على أية جهة غير لجنة التصالح فيجب عليها أن تحكم بعدم ولايتها أو بعدم اختصاصها الولائى أو الوظيفى بنظر هذه المنازعة وإحالتها إلى لجنة التصالح.

والذى أضفى هذه الصفة - الجهة القضائية الفرعية - على لجنة التصالح هو الطبيعة القضائية لعملها. فهذه اللجنة تمارس عملاً قضائياً بكل معنى الكلمة. إذ أنها تفصل فى نزاع خصها به المشرع وحدها دون غيرها من جهات القضاء فى الدولة، وتتمتع فى ممارستها لعملها هذا بالحيداد والاستقلال وعدم الخضوع لأية تبعية رئاسية أو إدارية، كما أنها تتبع فى ممارسة عملها - الفصل فى المنازعة - كافة مبادئ وأصول التقاضى التى يجب على أية جهة أنيط بها الفصل فى خصومة اتباعها.

ولا يحول دون ذلك أن يصدر هذا العمل من أشخاص لا ينتمون إلى السلطة القضائية، فلا يلزم - كما قيل بحق وأكده أحكام القضاء على اختلاف أنواعه - لاعتبار العمل صادراً من جهة قضائية أن يكون مصدره أحد أفراد السلطة القضائية، وإنما يكفى أن يخول الشارع من يصدره سلطة إصدار هذا العمل.

ج - ويترتب على كون لجنة التصالح جهة قضائية فرعية عدة

آثار، وهى:

١ - إذا طرحت منازعة تتعلق بتجارة القطن فى الداخل على أية جهة أخرى فيجب عليها أن تحكم بعدم ولايتها أو بعدم اختصاصها الولائى أو الوظيفى وإحالة الدعوى إلى لجنة التصالح.



٢- كما يترتب على كون لجنة التصالح جهة قضائية فرعية تمارس عملاً قضائياً، أن ما يصدر عن هذه اللجنة يعد في حقيقة الأمر حكماً قضائياً يرتب كافة آثار الأحكام. ومن ثم، فإنه يستتفد - بمجرد صدوره - ولاية لجنة التصالح، ويجوز حجية الأمر المقضى، كما أنه يجوز قوة الأمر المقضى إذا انتهى ميعاد الطعن أو إذا قبله الخصوم.

د- يكون للجان التصالح دون غيرها أن تصحح ما شاب قرارها (حكماً) من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، كما يجوز لها أن تفسر ما شاب منطوق هذا القرار (الحكم) من غموض أو إبهام. ويجوز لها أيضاً أن تفصل في الطلبات التي أغفلت الفصل فيها. وهذا كله تطبيقاً للمواد ١٩١، ١٩٢، ١٩٣ من قانون المرافعات.

هـ- يحق للخصوم أن يطعنوا (يعترضوا) على قرار (حكم) لجنة التصالح أمام جهة طعن وحيدة، هي لجنة التحكيم بالإسكندرية. ويتم الطعن - كما تقول المادة ٣٢ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن في الداخل - عن طريق طلب تحكيم يقدم إلى رئيس اللجنة العامة خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ قرار لجنة التصالح للخصم المعارض بخطاب موصى عليه. وهذه اللجنة تتكون من خمسة أعضاء: مستشار من مجلس الدولة يختاره رئيس المجلس "رئيساً"، وعضو من التجار المقيدين وعضوان من المنتجين وعضو من هيئة التحكيم واختبارات القطن. وتنظر لجنة التحكيم بالإسكندرية الطعن المرفوع أمامها وتصدر فيه قراراً. والحكم الصادر في المنازعات المتعلقة بتجارة القطن في الداخل له نظام خاص في التنفيذ. فمتى كان هذا الحكم حكم إلزام وحاز قوة الأمر المقضى فإنه يجب على الخصوم تنفيذه بمجرد إبلاغه إليهم أو بصدوره في مواجعتهم متى صار نهائياً، وكل عضو يمتنع عن تنفيذ هذا الحكم يقوم مكتب اللجنة العامة بالمحافظة بإنذاره وتحديد له مدة غايتها أسبوعاً لتنفيذ هذا الحكم، فإذا لم يقم بالتنفيذ رغم ذلك تحيله اللجنة إلى مجلس التأديب لينظر في أمره (المادة ٣٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).

ويوقع عليه مجلس التأديب بإحدى العقوبات التالية: الإنذار،  
الغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف جنية، شطب اسمه من سجل  
المشغلين بتجارة القطن (المادة ٤٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤).  
وإذا لم تفلح هذه الجزاءات في إرغام المحكوم عليه على تنفيذ  
الحكم الصادر عليه، فيجوز - في اعتقادنا - التنفيذ على أمواله على  
النحو الوارد في قانون المرافعات.

والقرار الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية هو في حقيقته  
حكم قضائي بكل معنى الكلمة. ذلك أن لجنة التحكيم بالإسكندرية هي  
بمثابة محكمة استئناف بالنسبة للقرارات (الأحكام) الصادرة من لجان  
التصالح بالمحافظات. فلجان التصالح - بالنسبة للمنازعات الناشئة عن تجارة  
القطن في الداخل - هي بمثابة محكمة أول درجة، ولجنة التحكيم  
بالإسكندرية هي بمثابة محكمة ثاني درجة. وما يصدر عن لجان التصالح هو  
- كما ذكرنا - حكم قضائي، كما أن ما يصدر من لجنة التحكيم  
بالإسكندرية في الطعن المرفوع أمامها له نفس الطبيعة، فهو حكم من  
أحكام القضاء العادي. فهو ليس قراراً إدارياً. كما أنه ليس حكماً من  
أحكام التحكيم، وذلك للاختلاف التام بين أحكام التحكيم وأحكام لجنة  
التحكيم بالإسكندرية، كل ما هنالك أن المشرع قد استخدم - على سبيل  
الخطأ - لفظ التحكيم بالنسبة للطعن في قرار (حكم) لجنة التصالح،  
فاستخدم لفظ "طلب التحكيم"، و"إجراءات نظر التحكيم"، "لجنة  
التحكيم". وهو ما أثار اللبس حول طبيعة لجنة التحكيم وطبيعة القرار  
الصادر منها، حيث اعتبره البعض حكماً من أحكام التحكيم، ومن ثم  
طعن فيه أمام محكمة استئناف الإسكندرية بدعوى بطلان.

و- وحيث أن القرار الصادر من لجنة التحكيم بالإسكندرية هو  
حكم من أحكام القضاء العادي، وصادر من محكمة استئناف، كما أنه  
ليس حكماً من أحكام التحكيم ولا قراراً إدارياً، فإن طريق الطعن المتاح  
فيه هو الطعن بالنقض في الحالات والمواعيد التي نص عليها المشرع  
للطعن بالنقض. ولا يجوز اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في هذا

الحكم. كما لا يجوز رفع دعوى بطلان أمام محكمة استئناف الإسكندرية أم أمام غيرها من المحاكم ، وذلك لأنه ليس من أحكام التحكيم التى تقبل الطعن بهذا الطريق ، وإذا رفعت مثل هذه الدعوى فيتعين على محكمة الاستئناف أن تقضى بعدم قبول هذه الدعوى.

وهذا هو ما قضت به بالفعل محكمة استئناف الإسكندرية بحكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/١١/١٢.

٣- ونتهى مما سبق إلى أن المنازعات التى تنشأ عن تجارة القطن فى الداخل أنشأ لها المشرع طريقاً خاصاً لفضها والفصل فيها ، وهو طريق مستقل قائم بذاته يتوازى مع طريق القضاء العادى والقضاء الإدارى وقضاء التحكيم ولا يختلط بها. ولجان التصالح بالمحافظات المنتجة للقطن هى محكمة أول درجة ، تصدر أحكاماً يتم الطعن فيها أمام لجنة التحكيم بالإسكندرية التى تعتبر محكمة استئناف بالنسبة للقرارات الصادرة من لجان التصالح. ويتم الطعن فى الأحكام الصادرة من هذه الأخيرة أمام محكمة النقض فى الحالات وبالشروط الخاصة بالطعن بالنقض.

#### ٤- الاقتراح بتعديل تشريعى:

إن الذى أثار الخلط حول طبيعة لجنة التحكيم بالإسكندرية وطبيعة القرارات الصادرة عنها هو أن المشرع قد استخدم لفظ تحكيم عند الطعن فى قرار لجنة التصالح. فقد استخدم المشرع لفظ "لجنة التحكيم" للدلالة على الجهة التى تنظر الطعن فى قرارات (أحكام) لجان التصالح ، كما استخدم لفظ "طلب التحكيم" للدلالة على طلب الطعن فى قرار لجان التصالح ، كما استخدم المشرع عبارة "ويتبع فى نظر إجراءات التحكيم" للدلالة على إجراءات نظر الطعن أمام لجنة الإسكندرية. وهذه الألفاظ والعبارات هى التى جعلت بعض رجال القانون يعتقدون أن لجنة الإسكندرية هى "هيئة تحكيم" ، وأن ما يصدر عنها من قرارات هو أحكام تحكيم ، ومن ثم فإن الطريق المتاح للطعن فى هذه القرارات هى دعوى البطلان التى نص عليها المشرع فى المادة ٥٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧

لسنة ١٩٩٤. وذلك كله على خلاف القانون والواقع وطبيعة عمل هذه اللجنة.

ومن ثم، فإنه يجب فى اعتقادنا حذف عبارات التحكيم التى وردت فى المواد ٣١، ٣٢، ٣٤، ٣٥، ٤٤ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم تجارة القطن فى الداخل، ويحل محلها عبارات "لجنة الطعن بالإسكندرية"، و"طلب الطعن فى القرارات المشار إليها"، "تتبع فى إجراءات نظر الطعن". وذلك كله لضبط المصطلحات وعدم الخلط بين أعمال الجهات والمحاكم التى أسند إليها المشرع الفصل فى الخصومات والمنازعات، وتحديد طرق الطعن المناسبة فى الأعمال الصادرة من هذه الجهات على نحو دقيق يخدم رجال القانون ويحفظ حقوق المتقاضين.

### المراجع

أولاً: باللغة العربية:

١- المراجع العامة:

- إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائى الخاص، الجزء الأول - ط ١٩٧٤ - منشأة المعارف.
- أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية - ط ١٥ - ١٩٩٠ - منشأة المعارف.
- أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختيارى والإجبارى - ط ٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف.
- أحمد السيد صاوى: الوجيز فى التحكيم - ط ٣ - ٢٠١٠.
- أحمد ماهر زغلول: أصول وقواعد المرافعات - ص ٢٠٠١ - دار النهضة العربية.
- القطب محمد طبلية: الإسلام والقضاء مع دراسة متعمقة فى العمل القضائى فى القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائى - ط ٣ - ١٩٩٣.
- حفيظة السيد الحداد: الموجز فى النظرية العامة للتحكيم التجارى الدولى - ط ٢٠٠٧ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت.

- حمدى ياسين عكاشة: موسوعة القرار الإدارى فى ضوء قضاء مجلس الدولة - ج ١ - ط ٢٠٠١.
- سليمان محمد الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية - ط ٦ - ١٩٩١ - مطبعة جامعة عين شمس.
- سيد أحمد محمود: مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات - ط ٢ - ٢٠٠٥ - دار النهضة العربية.
- عبد الحى حجازى: المدخل لدراسة العلوم القانونية - ج ١ - القانون - ١٩٦٦.
- عبد الغنى بسيونى عبد الله: القانون الإدارى - ط ١٩٩١ - منشأة المعارف.
- عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى - ج ٣ - نظرية الالتزام - ط ٢٠٠٦ - طبعة نقابة المحامين.
- فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط ٢٠٠٨ - دار النهضة العربية.
- وجدى راغب فهمى: مبادئ القضاء المدنى - ط ٢٠٠١ - دار النهضة العربية.

## ٢- المؤلفات الخاصة:

- أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها - ط ٢ - ١٩٩٩.
- أحمد حشيش: مبادئ المحاكم الاقتصادية - ط ٢٠١٠ - دار النهضة العربية.
- أحمد هندى: شطب الدعوى - ط ١٩٩٣ - دار النهضة العربية.
- أحمد هندى: تنفيذ أحكام المحكمين - ط ٢٠٠٩ - دار الجامعة الجديدة.
- إدوار غالى الذهبى: اللجان الإدارية ذات الاختصاص الجنائى - مجلة إدارة قضايا الدولة - السنة السادسة - العدد الأول ١٩٩٧.
- أسامة الشناوى: المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٩٢.
- سلامة فارس عرب: مذكرة حول طبيعة قرارات لجنة تحكيم القطن بالإسكندرية - غير منشورة.
- وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ط ١٩٧٤ - منشأة المعارف.

## ٢- الدوريات ومجموعة الأحكام:

- المحاماة.
- مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً - إصدار نادى القضاة.
- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للدوائر المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية لمحكمة النقض - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض.
- المستحدث من المبادئ التي قررتها محكمة النقض - إصدار المكتب الفنى لمحكمة النقض.
- مجلة القضاة - إصدار نادى القضاة.
- مجلة إدارة قضايا الحكومة.
- مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا.
- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

## ثانياً: باللغة الفرنسية:

### ١- المؤلفات العامة:

- CARRÉ DE MALBERG, Contribution à la theorie générale de l'état, t. 1.
- CORNU et FOYER, procedure civile, éd. 1958.
- DUGIT, Traité de droit constitutionnel, 3 éd. 1927. t. 2.
- GLASSON, TIASSIER et MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de competence et de procedure civile, t. 3. 3 éd. Sirey, 1929.
- JAPIOT, Traité élémentaire de Procédure civile et commerciale, 1935.
- VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, 23 éd. Dalloz, 1994.

### ٢- المؤلفات الخاصة والرسائل:

- BONNARD, La théorie de la formation du droit, Rev. dr. public. 1928.
- HAURIUO, Les elements du contentieux, Recuil de L'Académie de legis. De Toulouse, 1905.
- GULLIEN, L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, thé. Paris, 1931.
- JÉZE, L'acte juridictionnel et classification des contentieux, Rev. dr. Public. 1909; De la force de verité atraché par la loi à l'acte juridictionnel, Rev. dr. Public, 1913.

التصديق على التوقيع الرقمي،  
مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه  
د. آلاء يعقوب النعيمي

المقدمة:

بعد التصديق على التوقيع الرقمي أحد المفاهيم الجديدة التي ترتبت على ظهور المعاملات الالكترونية واستقرارها، إذ يقدم التصديق على التوقيع الرقمي حلاً لمشكلة قانونية أساسية هي عدم الثقة بين الطرفين في المعاملات الالكترونية، فالمعاملات الالكترونية تتم عبر وسيلة الكترونية بين طرفين لا يجمع المكان بينهما، وفي الغالب لا يعرف أحدهما الآخر، وليس بمقدوره التحقق من هويته، فاليانينات التي تحدد هوية أحد الطرفين تكون مستقاة منه، فهو يصرح بهويته عند التعامل، يستوي في ذلك أن يكون تاجراً أو مستهلكاً، ولإثبات هوية المتعامل الكترونياً ابتدع التوقيع الالكتروني ليؤدي في ميدان التعامل الالكتروني الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي وهو تحديد هوية الموقع والتأكيد على موافقته على ما ورد في السند الذي وقعه، ويتخذ التوقيع الالكتروني أكثر من صورة واحدة لعل من أكثرها شيوعاً ما يعرف بالتوقيع الرقمي الذي يقوم على تقنية التشفير بزواج مترابط من الأرقام، أولها رقم سري خاص بالموقع يطلق عليه " أداة إنشاء التوقيع " بحسب الدور الذي يقوم به، وثانيها رقم علني مهمته حل الشفرة التي ينتجها الرقم السري، ويطلق عليه " أداة التحقق من التوقيع "، وحيث إن الرقم السري خاص بالموقع وحده وتحت سيطرته فإن حل الشفرة بالرقم العلني المقابل يدل على أن السند صادر عنه. إلا أن التوقيع الرقمي لا يكفي وحده للتحقق من هوية المتعامل الكترونياً، لأنه غير لصيق بشخص معين دون سواه، وليس من العسير أن يدلي أحد الطرفين ببيانات غير حقيقية عن هويته، ويثبت هذه الهوية التي يدعيها بتوقيع رقمي، فكما ابتدع هويته يمكنه أن يبتدع توقيع رقمي برقميه السري والعلني، فليس في هذا التوقيع سمة شخصية تدل على هوية صاحبه الحقيقية خلافاً لأساليب التوقيع التقليدي كالإمضاء والبصمة،

وهذا ما يجعله قاصراً عن تحقيق هدف التثبيت من هوية الموقع، فالأمر يتطلب أن يتم الربط بين التوقيع الرقمي وبين شخص معين، وهذا هو الدور الذي يقوم به مزود خدمة التصديق على التوقيع الرقمي من خلال إصدار شهادات مصادقة تؤكد هوية الشخص وصحة توقيعه الرقمي، وهو دور أساسي في الاطمئنان الى التوقيع الرقمي والتعويل عليه. بناء على ذلك فقد نظمت قوانين المعاملات الالكترونية النموذجية منها والداخلية المركز القانوني لمزود خدمة التصديق على التوقيع الرقمي، ولا يشذ عن ذلك قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦.

وحيث إن التصديق على التوقيع الرقمي وسيلة لإحاطة التعامل الالكتروني بالثقة، وهذا ما يتطلب أن يقوم بهذا الدور شخص موثوق به، فإن القوانين التي نظمت المركز القانوني لمزود خدمة التصديق حرصت على أن تضمن قدر المستطاع تحقق الثقة في الخدمات التي يقدمها مزود خدمة التصديق، ولذات السبب يفرض بعضها قيوداً على الاعتراف بالخدمات التي يقدمها مزود خدمة المصادقة الأجنبي.

فإذا تحققت عوامل الثقة وحصل المزود على الترخيص بمزاولة مهنة التصديق فإن مزاولتها تعني دخوله في علاقات قانونية مع الموقع صاحب التوقيع الرقمي ومع الغير ممن سيعتمد على الشهادة التي يصدرها. ولم تغب تلك العلاقات عن التنظيم القانوني، إذ يفرض المشرع التزامات معينة على عاتق أطرافها.

والتنظيم القانوني للمركز القانوني لمزود خدمة التصديق وللعلاقات الناشئة عن التصديق على التوقيع الرقمي هو تنظيم مستحدث تبعاً لحداثة التصديق المذكور، لذا فإن النصوص التي تناولته تشير العديد من التساؤلات حول تفسيرها وتحديد أبعادها، والإجابة عن هذه التساؤلات هي هدف هذا البحث وغايته.

وقد قسمنا البحث وفقاً لما تقدم من أفكار رئيسية الى ثلاثة مباحث تعقبها خاتمة تضم أهم نتائج البحث وتوصياته وعلى التفصيل الآتي:



**المبحث الأول:** مفهوم التصديق على التوقيع الرقمي.  
**المطلب الأول:** التعريف بمزود خدمة التصديق ومبررات استحداثه.  
**المطلب الثاني:** ضوابط تقديم خدمات التصديق على التوقيع الرقمي.  
**المطلب الثالث:** أحكام مزود خدمة التصديق الأجنبي.  
**المبحث الثاني:** العلاقة القانونية بين مزود خدمة التصديق والموقع توقيعاً رقمياً.

**المطلب الأول:** التزامات مزود خدمة التصديق تجاه الموقع.  
**الفرع الأول:** الالتزام بتبصير الموقع.  
**الفرع الثاني:** الالتزام بإصدار شهادة مصادقة على التوقيع الرقمي.  
**الفرع الثالث:** الالتزام بالسرية.  
**المطلب الثاني:** التزامات الموقع تجاه مزود خدمة التصديق.  
**الفرع الأول:** الالتزام بالإدلاء بالبيانات.  
**الفرع الثاني:** الالتزام بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع.  
**المبحث الثالث:** العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير.  
**المطلب الأول:** التكييف القانوني لعلاقة مزود خدمة التصديق بالغير.  
**الفرع الأول:** العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير علاقة عقدية.  
**الفرع الثاني:** العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير علاقة غير عقدية.  
**الفرع الثالث:** التكييف الراجح للعلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير.  
**المطلب الثاني:** آثار التصديق على التوقيع الرقمي في العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير.  
**الفرع الأول:** التزامات مزود خدمة التصديق تجاه الغير.  
**الفرع الثاني:** التزامات الغير.

## المبحث الأول

### مفهوم التصديق على التوقيع الرقمي

يعد التصديق على التوقيع الرقمي من الخدمات المستحدثة. إذ يرتبط في ظهوره بابتداع التوقيع الرقمي واستخدامه كبديل للتوقيع التقليدي في المعاملات القانونية. وقد كان وراء استحداث هذه الخدمة مبررات معينة

فرضت وجودها، وهذه المبررات تدور في مجملها حول تعزيز الثقة بالتوقيع الرقمي. ولأن تصديق التوقيع الرقمي يقوم دليلا على صحته، ويدفع الغير إلى اعتماد الوثائق المرفقة بهذا التوقيع ومن ثم التعامل الكترونيا مع صاحب التوقيع، فإن الأمر يتطلب ابتداء تحقق الثقة في الجهة التي تصدق على التوقيع الرقمي. ولهذا حرصت القوانين على اختلافها على تنظيم المركز القانوني لمزود خدمة التصديق على التوقيع الرقمي وفرض شروط معينة في من يقدم هذه الخدمة. كما وضعت ضوابط للاعتراف بالقوة القانونية للتصديق الذي يقدمه مزود خدمة التصديق الأجنبي.

إن الإحاطة بالأفكار المتقدمة يوضح مفهوم التصديق على التوقيع الرقمي. وليبيان تلك الأفكار تفصيلا قسمنا المبحث الأول إلى مطالب ثلاثة وعلى النحو الآتي.

### المطلب الأول

#### التعريف بمزود خدمة التصديق ومبررات استحداثه

مزود خدمة التصديق مركز قانوني حديث النشأة. فرضته خصوصية المعاملات التي تبرم عبر وسيلة الكترونية وعلى وجه التحديد تلك التي تبرم عبر شبكة المعلومات الدولية "الانترنت". ذلك أن من أبرز معالم خصوصية هذه المعاملات الطابع غير المادي لها، إذ يبرم التعامل بين طرفين لا يجمع المكان بينهما فلا يتحقق الوجود المادي لهما، كما لا تتوافر وثائق مادية تثبت التعامل الذي يتم بينهما، فوجودها متعذر تحققه في وسط الكتروني كشبكة الانترنت. لذا يوصف إبرام العقد أحيانا فيقال أنه أبرم في الفضاء الالكتروني. وقد كان هذا الأمر في مبدأ المعاملات المذكورة عائقا حقيقيا أمام اعتمادها أو اللجوء إليها بديلا للمعاملات التقليدية، فوجود الطرفين في مكانين مختلفين وعدم معرفة أحدهما الآخر مسبقا يثير مشكلة التحقق من هوية الطرف الآخر وصفته، مثلما يثير غياب الدليل الكتابي المادي مشكلة إثبات العقد في حال نشوب نزاع بين الطرفين بشأنه. وبناء على هذا الواقع أضحى من المتعين إيجاد حلول تقنية ترافقها حلول قانونية ملائمة لهاتين المشكلتين، والقول بخلاف ذلك معناه ضياع فرص

الاستفادة من التطور التقني في إبرام المعاملات وما يحققه من مزايا كثيرة لا يمكن تجاهلها. وهكذا كان، فقد ابتدع التقنيون الكتابة والتوقيع الإلكترونيين واتجه الفقه والقضاء الى تطويع القواعد القانونية النافذة حيثما كان ممكنا تطويعها، فأقرأ الكتابة الالكترونية واعتبرها مساوية في قوتها القانونية للكتابة التقليدية المادية فكلاهما رموز تعبر عن فكرة معينة. ومن جانب آخر عمد أطراف التعامل الى استحداث قواعد اتفاقية تقرر ما يتم بينهما من تعامل عبر الوسائل الالكترونية وتقرر إثباته بالدليل غير المادي المتاح. وقد تبع المشرعون في الدول المختلفة اتجاه الفقه والقضاء وما يجري عليه العمل، فعمدوا الى استحداث قواعد قانونية ومراكز قانونية تهدف في مجملها الى إقرار التعامل الذي يتم عبر الوسائل الالكترونية والاعتراف بالقوة القانونية للدليل الكتابي غير المادي بعنصره الكتابة والتوقيع، وتعزيز ذلك بوسائل تدعم الثقة بالتعامل والدليل الالكترونيين.

وإذا كان من الفقه من يرى أن من الممكن تطويع عنصر الكتابة في الدليل الكتابي للقول بأن هذا المصطلح يسري على الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية على حد سواء، فكلاهما رموز تعبر عن فكرة معينة<sup>(١)</sup>، فإن من المتعذر تطويع عنصر التوقيع للقول بأن التوقيع يشمل التوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني على حد سواء. فالتوقيع بمفهومه التقليدي هو توقيع مادي، لا يخرج عن كونه علامة مرئية مميزة يضعها شخص معين على سند مادي. وتتمثل مهمة هذه العلامة المرئية في تحقيق أهداف ثلاثة. فيحقق من جانب نسبة السند إلى من صدر عنه فيثبت بذلك هوية الموقع، ويثبت من جانب ثاب اعتماد الموقع المذكور لما جاء في السند من بيانات وإرادته الالتزام بمحتواها. كما أن وجود التوقيع على السند يعني من جانب ثالث صحة البيانات الواردة فيه، فالموقع لم يضع توقيعه

1 انظر : د. محمد حسام محمود لطفي، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القاهرة: بدون ناشر، ٢٠٠٢، ص ٢٦.

ساعة التوقيع إلا بعد أن يكون قد اطلع على هذه البيانات وارتضاها<sup>١</sup>. وقد استقر مفهوم التوقيع هذا لسنوات طوال مضت. إذ لم يعرف التعامل - حتى عهد قريب - سوى السندات المادية، والورقية منها على وجه التحديد. فهذه الأخيرة كانت البيئة المعتادة والشائعة لحمل المعلومات، ومن البديهي أن يكون التوقيع باعتباره ابتداءً قانونياً متفقاً مع البيئة التي تضمه وهي السند المادي. لذا فإن المشرع عندما حدد صور التوقيع التقليدي حدها بثلاث صور تتفق جميعها في حاجتها الى سند مادي تستقر عليه، وهي الإمضاء الكتابي وبصمة الإبهام والختم<sup>٢</sup>.

وحيث إن السندات الورقية التقليدية لم تعد، نتيجة للتطور التكنولوجي، البيئة الوحيدة لحمل البيانات. إذ ظهرت إلى جانبها بيئة جديدة تشاركها في المهمة وتختلف عنها في الطبيعة، وهذه البيئة هي البيئة الالكترونية حيث البيانات تتبادل الكترونياً بدلاً من صبها في سند مادي ورقي، فإن التوقيع التقليدي أضحي عاجزاً عن أداء مهمته، فوجوده رهن بوجود سند مادي. ولما كان من العسير الاستغناء عن التوقيع، إذ أن المبررات القانونية لوجوده ما زالت قائمة، فقد ابتدعت صيغة جديدة للتوقيع تمثلت بما يسمى بالتوقيع الالكتروني. وقد أريد لهذا التوقيع أن يؤدي في إطار السندات الالكترونية ذات الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي. فيحقق من جانب نسبة السند إلى من صدر عنه فيثبت بذلك هوية الموقع، ويثبت من جانب ثاب اعتماد الموقع المذكور لما جاء في السند من بيانات وإرادته الالتزام بمحتواها. فالتوقيع الالكتروني في جوهره وسيلة

١ انظر: د. سليمان مرقص، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية، ج١ (الادلة المطلقة)، القاهرة: عالم الكتب، ١٩٨١، ص ١٩٢.

انظر ايضا: حسين المؤمن، نظرية الاثبات (المحررات أو الادلة الكتابية)، ج٣، بيروت - بغداد، مكتبة النهضة، ١٩٧٥، ص ٢٩٨.

د. محمد المرسي زهرة، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الالى في المصارف، ١٩٩١، ص ١٥٧ - ١٥٨.

٢ انظر المادة (٧ / ف٢) من قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢.

الالكترونية لتوقيع السندات الالكترونية. والتوقيع الالكتروني شأنه في ذلك شأن التوقيع التقليدي متعدد الصور، ولعل من أهم صور التوقيع الالكتروني وأكثرها انتشارا ما يسمى بالتوقيع الرقمي. وهذا الأخير باعتباره توقيعاً الكترونياً يتفق مع الوسيلة الالكترونية. إذ يقوم التوقيع الرقمي على تقنية التشفير بالأرقام. ذلك أن السندات الالكترونية بوجودها في بيئتها الالكترونية كذاكرة الحاسب الالكتروني أو في وسط خزن الكتروني معين كالقرص المرن تكون ممثلة بسلسلة من الأرقام الثنائية هي رقمي الصفر والواحد. ولتوقيعها رقمياً تتخذ إجراءات معينة لتشفيرها. وتعتمد هذه الإجراءات على وجود رقمين اثنين يطلق على كل منهما المفتاح. الأول منهما ويطلق عليه المفتاح العام أو العلني يعطى لمن سيرسل إليه السند، أما الثاني فهو رقم سري خاص بصاحبه وينبغي أن يبقى في حيازته وتحت حراسته، لذا يطلق عليه المفتاح الخاص أو السري ويتم خزنه عادة على بطاقة الكترونية أو يحفظ على الحاسب الشخصي لصاحب التوقيع بشكل مشفر ويتم الوصول إليه عبر كلمة سر لا يعرفها سوى صاحب التوقيع. وتتم عملية التوقيع، وهي في الواقع عملية رياضية، وفق معادلة معينة بإضافة الرقم السري إلى السند الالكتروني - الذي يكون ممثلاً بالأرقام أيضاً - فينتج عن ذلك نص مشفر للسند جراء تغيير الأرقام الممثلة له. ويرسل السند بعد ذلك بصيغته المشفرة إلى المرسل إليه. فإذا وصل إلى المرسل إليه فإن على هذا الأخير أن يحل الشفرة، ويمكنه ذلك بإضافة الرقم العائني (المفتاح العام) إلى النص المشفر. فإذا تم حل الشفرة بواسطة هذا المفتاح الأخير وظهر السند بنصه الصريح قبل تشفيره فإن هذا يثبت نسبة السند إلى مرسله صاحب المفتاح الخاص، ذلك أن المفتاح العام لا يمكن أن يحل إلا الشفرة التي تنتج عن إدخال المفتاح الخاص<sup>1</sup>. وبهذه

1 تجدر الإشارة إلى أن المفتاح العام يعمل باتجاه واحد فقط فهو يحل الشفرة ولكن لا يمكن إعادة تشفير السند بواسطته. بمعنى لا يمكن استخلاص المفتاح الخاص من معرفة المفتاح العام.

الصيغة يمكن تحديد هوية المرسل فهو صاحب المفتاح السري، كما أن قيامه بالتشفير يدل على إرادته الالتزام بما ورد في السند، فيكون السند بهذه الصورة موقعا. إلا أن هذا التوقيع الإلكتروني وليس ماديا، فهو لا يترك أثرا مميزا على السند، ولعل هذا أهم ما يميزه عن التوقيع التقليدي. ويتفرع عن وجه الاختلاف هذا فروق أخرى، فالتوقيع التقليدي المادي بصيغته المعروفة يحمل صفة ذاتية للموقع فهو ليس إلا خطه أو إمضاءه أو بصمة إبهامه، وهكذا لا يعد عسيرا إثبات نسبتته إلى صاحبه، فهو إن صح التعبير - جزء منه. أما التوقيع الرقمي فما هو إلا رقم، وطبيعته هذه تطرح في الواقع مشكلة قانونية، فكيف يتم الثبوت من أن هذا الرقم يعود فعلا إلى الشخص الذي ينسب إليه؟ فمن المتصور مثلا أن يقوم احدهم بإرسال سند معين باسم شخص آخر، ويوقعه رقميا برقم سري قام هو بإنشائه، ويرفق بالسند الرقم العلني المقابل مدعيا أن هذا الرقم العلني يعود إلى من ينسب إليه السند، ففي مثل هذه الحالة يكون الرقمان المثلان للتوقيع الرقمي أو ما يصطلح على تسميتهما بالمفتاحين متطابقين، والرقم العلني فيهما يحمل الشفرة التي ينتجها الرقم السري. بيد أنهما لا يعودان فعلا إلى من ينسبان إليه. وأكثر من ذلك كيف يتحقق من يرسل إليه السند مرفقا بالرقم العلني لشخص ما من أن هذا الشخص لم يتخذ اسما وهميا. فالرقم يحد ذاته لا يحمل دليلا على هوية صاحبه. وحيث إن من المتعذر استخلاص دليل من التوقيع ذاته، فإن حل هذه المشكلة يتطلب إيجاد دليل يثبت ويحقق

---

1 انظر في التوقيع الرقمي بشكل عام بحثنا الموسوم "التوقيع الرقمي تطور في المفهوم والأحكام"، مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين، المجلد السابع، العدد ١٢، ٢٠٠٤، ص ٩٣ وما بعدها والمصادر المشار إليها في البحث.  
وانظر أيضا: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٢١٧.  
فضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ١٧٣ - ١٧٤.  
دلورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٤٤.

الارتباط بين شخص معين وبين الرقم الممثل لتوقيعه الرقمي. وهذا هو الدور الذي يقوم به مزود خدمة التصديق على التوقيع الرقمي<sup>1</sup>.

فمزود خدمة التصديق كما يعرفه قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي هو " أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم باصدار شهادات تصديق الكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيعات الالكترونية ... "٢، فالمزود وفقاً لهذا التعريف شخص يقدم عدداً من الخدمات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني أهمها خدمة المصادقة على

1 انظر:

*Christina Spyrelli, Electronic Signature: A transatlantic Bridge? An Eu and U.S legal Approach Towards Electronic Authentication, Journal of Information, Law & Technology (JILT), 2002*  
[.http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-2/spyrelli.htm\(2\)](http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-2/spyrelli.htm(2)),

وانظر ايضا:

- *Chris Swindells and Kay Henderson, Legal Regulation of electronic commerce, Journal of information, Law & Technology, 1998 (3),* <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/98-3/swindells.html>,
- *Julia Hornle, The European union takes Initiative in the field of E-commerce, The Journal of information, Law & Technology (JILT), 2000(3),* <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/hornle.html>,
- *Bruce w.McConnell ,Edward J.Appel,Security and public safety in the global information infrastructure, Memorandum for interested parties, Executive office of the president ,office of management and budget, Washington, D.C. 20503, May 20, 1996,* <http://www.epic.org/crypto/key-escrow/white-paper.html>.

2 انظر المادة الاولى من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الامارات العربية رقم السنة ٢٠٠٦.

انظر في تعريف مزود خدمات التصديق أيضاً:

المادة (٢) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.  
انظر ايضا: المادة (١) من قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في ١٤/٩/٢٠٠٢  
والمادة (٢) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠  
والمادة (٢/٦) من توجيه الاتحاد الاوربي الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩ والمادة (١) من قانون التوقيعات الالكترونية المصري الصادر في ٧/٤/٢٠٠٤ و المادة (١) من قانون المعاملات الالكترونية العماني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨ و المادة (١) من نظام المعاملات الالكترونية السعودي و المادة (١) من مشروع قانون المعاملات الالكترونية الكويتي.

التوقيع الرقمي والتأكيد للغير على أن التوقيع الرقمي (بمثلا بالفتح العلني) يعود فعلا إلى الشخص الموقع ، ويتم هذا التأكيد بقيام مجهز خدمات التصديق بناء على طلب صاحب التوقيع الرقمي بإصدار شهادة الكترونية تتضمن بيانات معينة. تؤكد أن حامل الشهادة هو صاحب التوقيع الرقمي وتبين هويته. فيتحقق بذلك الارتباط بين الرقم الممثل للتوقيع وبين شخص معين. فلا يمكن استعمال هذا الرقم من قبل شخص آخر ، ولا يمكن في الوقت ذاته إرسال سند مزور باسم حامل الشهادة. فهذا السند لا يمكن توقيعه رقميا لان الرقم السري في حيازة حامل الشهادة ، ولا يمكن توقيعه باسمه برقم سري آخر لان الشهادة تبين رقمه العلني وهو لا يطابق أي رقم سري سوى رقمه السري. وبهذه الصورة فإن التصديق على التوقيع الرقمي يزيد من ثقة الغير بهذا التوقيع. فالتوقيع المرفق بشهادة صادرة من مزود خدمة التصديق تقوم إلى جانبه قرينة قانونية بسيطة على صحته وصدوره ممن ينسب إليه ١. الأمر الذي يكون عاملا على تشجيع الغير على التعامل الكترونيا مع صاحب التوقيع. أما التوقيع غير المرفق بشهادة فانه - وعلى الرغم من عدم إنكار الاعتراف به كتوقيع رقمي - لا يتمتع بالثقة التي يحظى بها التوقيع المرفق بشهادة ٢. والغير الذي يعول

---

١ انظر المادة (٥/٢) من توجيه الاتحاد الاوربي الخاص بالتواقيع الالكترونية الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩.

وانظر في التعليق عليها:

*Chris Kuner, Rosa Barcelo, Stewart Baker and Eric Greenwald, An Analysis of international electronic and digital signature implementation Initiatives, A study prepared for the internet Law & policy forum, September, 2000, <http://www.ilpf.org/groups/analysis-IEDSII.html>.*

٢ ومن الجدير بالذكر ان بعضا من القوانين كالقانون الايطالي لا تعترف بالتوقيع الرقمي باعتباره توقيعيا مكافئا للتوقيع التقليدي مالم يكن مصدقا عليه بشهادة صادرة من مزود خدمات تصديق مجاز. انظر:

*Stewart Baker, Matthew Yeo, Survey of international electronic and digital signature Initiatives, A report submitted to the internet Law <http://www.ilpf.org/groups/survey-htm&policyforum>,*



عليه ربما يقوم - على حد تعبير بعض من الفقه<sup>١</sup> - بمخاطرة كبيرة باعتماده على مثل هذا التوقيع. ويتضح ذلك عند حصول نزاع بين الطرفين وإنكار صاحب التوقيع توقيعه، إذ يتعين على الغير في هذه الحالة أن يثبت صحة التوقيع الرقمي ونسبته إلى صاحبه، ولا يعد مثل هذا الإثبات أمرا ميسورا في كثير من الأحيان. وحتى في حال عدم حصول نزاع بين الطرفين فإن غياب التصديق على التوقيع الرقمي بما يؤكد هوية صاحبه يجعل التعامل الالكتروني عرضة للشك، بالنظر لطبيعة هذا التعامل وكونه يتم بين غائبين لا يجمع المكان بينهما.

ولا تقتصر الخدمات التي يقدمها مزود خدمة التصديق على تصديق التوقيع الرقمي وإصدار الشهادات الموثقة له على الرغم من أن تسميته توهي بذلك. إذ أنه يقدم خدمات أخرى ترتبط بمجملها بالتوقيع الرقمي. فضلا عن كونه جهة قانونية فإنه جهة فنية وتقنية أيضا. إذ لا يمكنه التحقق من صحة التوقيع الرقمي ونسبته إلى شخص معين ما لم تكن له خبرة فنية تؤهله لذلك. وبناء على خبرته الفنية تلك فإنه يقدم أيضا خدمة استحداث التوقيع الرقمي، فلا يقتصر دوره على التأكد من صحة التوقيع وتوثيقه بشهادة بل يبدأ دوره قبل ذلك بإنشاء التوقيع الرقمي ذاته أي إنشاء زوج الأرقام الذي يكون توقيع للموقع<sup>٢</sup>. كما يمكن أن تستمر الخدمات التي يقدمها بعد إصدار الشهادة المذكورة، إذ أنه يقدم أيضا خدمات تتعلق بالتعامل الالكتروني، فيقوم المزود بتأكيد صحة هذا التعامل وجديته ببيان صحة السندات الالكترونية التي يتم إرسالها في إطاره، وذلك بإصداره شهادة تؤكد أن الموقع وضع توقيعه على تلك السندات في حضوره أو حضور من يمثله، ويذكر في تلك الشهادة مضمون السند الذي يتم توثيقه. فيكون دوره بهذه الصورة أشبه بالدور الذي يقوم

١ انظر:

2 انظر: د.علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والسبعون، ٢٠٠٢، ص ١٩.

د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ٤١٤.

به الموظف المختص أو الكاتب العدل لتحويل السند من سند عرفي الى محرر رسمي. كما يقدم خدمة توثيق تاريخ السند الالكتروني وتاريخ توقيعه ، فيضيف مزود خدمة التصديق توقيعاً رقمياً مؤرخاً على السند يفيد بأن صاحب التوقيع وقع السند وأرسله في هذا التاريخ وليس قبل ذلك. فإذا كان السند قد أرسل قبل هذا التاريخ قام هذا دليلاً على عدم صحته<sup>1</sup>.

وبالنظر لأهمية الخدمات التي يقدمها مزود خدمة التصديق وتعزيزها للثقة في التعامل الالكتروني ، فإن القوانين فرضت شروطاً وضوابط معينة في مَنْ يقدم هذه الخدمات ، وهذه الشروط والضوابط بمجملها ترمي الى التأكد من تحقق الثقة المطلوبة في مزود خدمة التصديق ، وهذا ما نبينه في المطلب الآتي.

### المطلب الثاني

#### ضوابط تقديم خدمات التصديق على التوقيع الرقمي

تبين مما سبق أهمية الدور الذي يقوم به مزود خدمة التصديق في ميدان التعامل الالكتروني ، إذ تبنى على الخدمات التي يقدمها الثقة بالطرف الآخر في التعامل الذي يتم الكترونياً ، ويشكل هذا دعماً لهذا النوع من التعامل وعاملاً على استمراره وتطويره. ولما كانت تلك الثقة مستندة الى الثقة بمزود خدمة التصديق والشهادات التي يصدرها فإن هذا يفترض تحقق الثقة ابتداءً في مزود خدمة التصديق ، فضلاً عن أن المزود يطلع وبحكم تقديمه لخدمات التصديق على كثير من البيانات الخاصة والمفاتيح السرية لعملائه وهذا ما يضيف سبباً آخر لوجوب تحقق الثقة فيه. ولهذا فقد حرصت القوانين على تنظيم عمل مزودي خدمات التصديق

<sup>1</sup> Michael Froomkin, *The essential role of trusted third parties in electronic commerce*, Oregon L. Rev. 49 (1996). Available at: <http://osaka.law.miami.edu/~froomkin/articles/trusted.htm>

وانظر ايضاً: علي كحلون الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الالكترونية، تونس : دار اسهامات في ادبيات المؤسسة ، بدون سنة نشر ، ص ٣٠١-٣٠٢.

ووضع ضوابط معينة لتقديم هذه الخدمة تضمن الثقة في ما يقدمونه من خدمات. ولعل أهم هذه الضوابط ما يأتي.

### أولاً : الترخيص:

تفرض القوانين التي تنظم المعاملات الالكترونية بشكل عام في من يمارس تقديم خدمات التصديق أن يكون حاصلًا على الترخيص المسبق في حال تقديمه الخدمات المذكورة داخل الدولة. والهدف من الترخيص بطبيعة الحال ضمان الرقابة المسبقة للدولة على النشاط الذي يمارسه المزود والتحقق من توافر الشروط اللازمة لممارسة هذه المهنة. وطالما كان منح الترخيص مستندا الى توافر شروط معينة ، فإن بقاءه رهن باستمرار توافر هذه الشروط. فإذا انتفى أي من هذه الشروط فإن للجهة المختصة بمنح الترخيص الحق في سحبه أو وقفه حسب الأحوال.

وإذا كانت القوانين المختلفة متفقة في اشتراط الحصول على الترخيص المسبق لتقديم خدمات التصديق ، فإن صيغ الترخيص ليست واحدة في تلك القوانين. ففي الوقت الذي تكتفي فيه بعض القوانين بالقواعد العامة وخاصة تلك المتعلقة بتأسيس الشركة لإنشاء وتأسيس مزود خدمات تصديق كما في توجيه الاتحاد الأوربي الخاص بالتواقيع الالكترونية الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩ ، فإن قوانين أخرى تضع قواعد خاصة لاعتماد مزود خدمة التصديق ، كأن يتم الاعتماد بقرار من وزير التجارة والصناعة ونشر القرار في الجريدة الرسمية كما في قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في ١٤/٩/٢٠٠٢ ، او بقرار من وزير الخارجية كما في قانون الاتصالات الالكترونية الانكليزي الصادر عام ٢٠٠٠ ، أو يتم بعد الحصول على ترخيص من جهة عامة يتم استحداثها لهذا الغرض كما في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ وقانون المعاملات والتجارة الالكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ وقانون التواقيع الالكترونية المصري الصادر في ٧/٤/٢٠٠٤ ، وقانون المعاملات الالكترونية العماني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨ ، ونظام

التعاملات الالكترونية السعودي ومشروع قانون المعاملات الالكترونية الكويتي.

وقد أنتهج قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة النهج الأخير. إذ تنص المادة (٢٠) منه على أنه: " لأغراض هذا القانون يعين بقرار من مجلس الوزراء جهة لمراقبة خدمات التصديق وعلى وجه الخصوص لأغراض ترخيص وتصديق ومراقبة أنشطة مزودي خدمات التصديق والإشراف عليها"، وقد تم تعيين الهيئة العامة لتنظيم قطاع الاتصالات كمراقب لخدمات التصديق الالكتروني في دولة الإمارات العربية المتحدة<sup>١</sup>.

وحيث إن الترخيص شرط لمزاولة خدمة التصديق وإصدار شهادات المصادقة، فإن التساؤل يثار عن حكم شهادة المصادقة الصادرة من مزود خدمة تصديق غير مرخص له أو غير معتمد في الدولة أو أصدرها بعد سحب ترخيصه أو إيقافه.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون في تقديرنا من شقين. يتعلق أولهما بحكم إصدار شهادات المصادقة دون الحصول على الترخيص اللازم لتقديم هذه الخدمة، ويتعلق ثانيهما بالقيمة القانونية للتوقيع الرقمي المصادق عليه بشهادة صادرة من مزود غير مرخص له أو مسحوب ترخيصه.

ففيما يتعلق بالشق الأول يعد إصدار شهادات المصادقة قبل الحصول على الترخيص أو بعد سحبه مخالفة لأحكام القانون. ويتعرض المزود تبعاً لذلك للجزاءات المقررة على مخالفة قواعد ترخيص وتنظيم عمل مزودي خدمات التصديق<sup>٢</sup>.

١ قرار مجلس الوزراء رقم ٢٩١/٨ لعام ٢٠٠٦ بتاريخ ١٥/١٠/٢٠٠٦.

٢ تقضي المادة (٢/٤٠) من لائحة مزودي خدمات التصديق الالكتروني الصادرة بموجب القرار الوزاري رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ بفرض غرامة لا تقل عن (٥٠٠٠) درهم ولا تزيد على (٥٠٠٠٠) درهم على كل من يخالف أحكام ترخيص مزودي خدمات التصديق.

أما فيما يخص الشق الثاني المتعلق بالقيمة القانونية للتوقيع الرقمي المصادق عليه بشهادة صادرة من مزود غير مرخص له أو مسحوب ترخيصه، فإننا نرجح عدم تأثر القيمة القانونية للتوقيع الرقمي بسبب أن التصديق عليه وقع من مزود غير مرخص له. وتبرير ذلك يتمثل بالآتي :

١- إن الشهادة الصادرة من مزود خدمة التصديق غير المرخص له لا

تكون لها قيمة من الناحية القانونية، فيكون التوقيع الرقمي المصادق عليه بتلك الشهادة تبعا لذلك في حكم التوقيع الرقمي غير المصادق عليه. وهذا الأخير لا يفقد قوته القانونية لمجرد أنه غير مصادق عليه.

إذ لا يشترط القانون للتوقيع الإلكتروني الذي يعتد به قانونا، وهو

ما يطلق عليه المشرع التوقيع الإلكتروني المحمي أن يكون مصادقا

عليه من مزود خدمة التصديق. حيث يمكن اتخاذ إجراءات أخرى

معقولة تجاريا أو متفق عليها بين الطرفين للتأكد من هوية الموقع

وصحة توقيعه. وهذا ما يستفاد من نص المادة (١٧) من قانون

المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي. إذ تنص على أنه : " ١ -

يعامل التوقيع على أنه توقيع الكتروني محمي إذا كان من الممكن

التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في

هذا القانون أو معقولة تجاريا ومتفق عليها بين الطرفين من أن التوقيع

الإلكتروني كان في الوقت الذي تم فيه :

أ- يتفرد به الشخص الذي استخدمه.

ب- ومن الممكن ان يثبت هوية ذلك الشخص.

ج- وأن يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع.

د- ويرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيدا يعتمد

عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا تم تغيير السجل الإلكتروني فإن

التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي.

٢- يعتبر الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي معقولا ما لم يثبت

العكس."

وبناء على ذلك فإن اللجوء الى مزود خدمة التصديق طلباً للتصديق على التوقيع الرقمي إنما هو أمر يعود لاختيار الموقع وليس أمراً إلزامياً بأي حال من الأحوال. فالمعاملات التي تبرم إلكترونياً ليست نوعاً واحداً وليست كذلك من قيمة واحدة، إذ أن من بين تلك المعاملات ما تكون قليلة القيمة فلا يكون ملائماً السعي لتصديق التوقيع وتحمل الرسوم الواجبة لذلك من أجلها. وهذا ما يؤكد المشرع في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي، إذ تنص المادة (٨) في فقرتها الثانية منه على أنه: "يجوز لأي شخص أن يستخدم أي شكل من أشكال التوثيق الإلكتروني، إلا إذا نص القانون على غير ذلك".

٢- إن كثيراً من المعاملات التي تبرم عبر الانترنت هي معاملات تجارية، والمبدأ في إثبات المعاملات التجارية بشكل عام هو حرية الإثبات. فلا يشترط لإثباتها وجود الدليل الكتابي بعنصره الكتابة والتوقيع. إذ يمكن أن يتحقق هذا الإثبات بأي دليل متاح لأحد الطرفين يحقق قناعة القاضي في نسبة الحق إليه. فإذا لم يكن التوقيع مشروطاً لعدم اشتراط الدليل الكتابي فمن باب أولى لا فرق بين سند موقع بتوقيع موثق وآخر موقع بتوقيع غير موثق، إذا تحققت قناعة القاضي بهذا الأخير وقامت إلى جانبه أدلة أخرى تؤيده<sup>١</sup>.

**ثانياً: الثقة في النظم والإجراءات التي يستخدمها المزود في تقديم خدمات**

### **التصديق**

إن استلزام الحصول على الترخيص لتقديم خدمات التصديق إنما يهدف إلى بسط رقابة الدولة على النشاط الذي يمارسه مزود خدمة

١ أنظر: وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، بيروت: دار صادر، ٢٠٠٢، ص ٢١٤.

التصديق والتحقق من مدى توافر الثقة اللازمة فيه لتقديم مثل هذه الخدمات. وهذه الثقة لا تتحقق ما لم يكن مزود خدمة التصديق متمتعاً بالكفاءة والخبرة الفنية. ولعل من الجدير بالملاحظة أن المشرع الإماراتي أدرج هذا الضابط ضمن البند ثانياً من الفصل السادس من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي وتحت عنوان " واجبات مزود خدمة التصديق". إذ تنص المادة (٢١) في البند (أ/هـ) منها على أنه : " يجب على مزود خدمة التصديق... أن يستخدم في أداء خدماته نظماً وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة. ولعل إيراد هذه المادة تحت هذا العنوان محل نظر، فاستخدام النظم والموارد البشرية اللازمة بما يجعل المزود أهلاً للثقة إنما هو شرط من شروط الحصول على الترخيص اللازم لمزاولة هذه المهنة، ويلزم من هذا القول وجوب تحقيقه المسبق للحصول على الترخيص، فلا يمكن أن يعد واجباً من واجبات مزود خدمة التصديق بالشكل الذي يكون النظر فيه وتحقيقه من عدمه تالياً للترخيص له بمزاولة النشاط وبدئه بمزاولته فعلاً. ووجهة النظر هذه تحقق بحسب تقديرنا مصلحة المتعاملين مع مزود خدمة التصديق، إذ تتحقق جهة رسمية من كفاءة مزود خدمة التصديق قبل أن يدخل في معاملات مع أصحاب التوقعات الرقمية ومن يتعامل مع هؤلاء من الغير، أما إذا كان توفير النظم والموارد البشرية الجديرة بالثقة واجباً من واجبات المزود فإن تحقيقها سيكون تالياً للترخيص للمزود بمزاولة عمله، وحيث إنه قد حصل على الترخيص المطلوب فإنه سيبرم عقوداً ومعاملات مع أطراف التعامل الالكتروني وحينها قد يكون أدى الواجب المفروض عليه قانوناً بتهيئة نظم وموارد بشرية أو قد لا يكون كذلك، وفي هذا الفرض الأخير تكون مصالح المتعاملين معه قد تعرضت للضرر وإن عُدَّ مخالفاً لأحكام القانون واستحق الجزاء بسبب ذلك.

وقد حدد المشرع في البند ثانياً من المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي<sup>١</sup> المعايير التي يستند إليها للقول بتمتع المزود

١ تقابلها المادة (١٠) من قانون الاونسترال النموذجي الخاص بالتواقيع الالكترونية ٢٠٠١، و المادتان (١٣، ١٢) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم =

بالكفاءة اللازمة وأن النظم والإجراءات والموارد البشرية التي يستخدمها  
جديرة بالثقة<sup>1</sup>. وتتمثل هذه المعايير بالآتي:

أ- الموارد المالية والبشرية بما في ذلك توافر الموجودات داخل منطقة  
الاختصاص.

ب- مدى الثقة في برامج وأجهزة الحاسب الآلي.

ج- إجراءات معالجة وإصدار شهادات المصادقة الالكترونية وطلبات  
الحصول على هذه الشهادات والاحتفاظ بالسجلات.

د- توفر المعلومات الخاصة بالموقعين المحددين في شهادات المصادقة  
الالكترونية، وكذلك توفير المعلومات للأطراف المعتمدة على  
خدمات التصديق.

هـ- انتظام ومدى مراجعة الحسابات من جانب جهة مستقلة.

و- وجود إعلان من الدولة أو من جهة اعتماد، أو من مزود خدمة  
التصديق بشأن وجود ما ذكره أو الالتزام به.

ز- مدى خضوع مزود خدمة التصديق للاختصاص القضائي لمحاكم  
الدولة.

ح- مدى التناقض بين القانون المطبق على أعمال مزود خدمة التصديق  
وقوانين الدولة.

إن المعايير المتقدمة تركز في جانب كبير منها على توافر القدرة التقنية  
والفنية لدى مزود خدمة التصديق. وهذا ما يتضح من المعايير الأربعة  
الأولى. ولهذا بطبيعة الحال ما يبرره، فالخدمات التي يقدمها المزود تتطلب  
معرفة فنية وتقنية بدءاً من استحداث التوقيع الرقمي ومن ثم التصديق

---

٨٣ لسنة ٢٠٠٠، والمادة (٢٤) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي  
رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، والمادة (٣٤) من قانون المعاملات الالكترونية العماني رقم ٦٩  
لسنة ٢٠٠٨.

١ عرّفت لائحة مزودي خدمات التصديق الالكتروني عبارة "جديرة بالثقة" في المادة  
الاولى منها فنصت على أنه: " يقصد بها بأن الأنظمة والاجراءات والعمليات والموارد  
البشرية والمنتجات والخدمات تؤدي وظائفها بطريقة سليمة ومتناسقة ويمكن الاعتماد  
عليها وفقاً لأحكام القانون وهذه اللائحة".



عليه بإصدار شهادة المصادقة وانتهاء بحفظه. وحيث إن المزود يقدم خدمات ذات طبيعة الكترونية، فإن هذا يتطلب توفير تقنيات لتقديم خدمات آمنة، إذ أنه ملزم بالحفاظ على سرية البيانات التي يقدمها له صاحب التوقيع الرقمي ولا سيما الرقم السري للتوقيع الرقمي الذي يطع عليه المزود في حال كونه هو من استحدث هذا التوقيع، والمزود لا يستطيع الوفاء بهذا الالتزام ما لم تكن لديه مقومات هذا الوفاء، إذ ينبغي أن تكون النظم الفنية التي يستخدمها غير قابلة للاختراق. وذات الامر ينطبق على شهادة المصادقة الالكترونية التي يصدرها متضمنة تأكيده صحة التوقيع الرقمي للموقع وبيانا لهويته، فعلى هذه الشهادة يعول الغير من سيرتبط بعلاقات قانونية مع الموقع مطمئنا إلى دقة ما ورد فيها من البيانات، وبخلاف ذلك لا تتحقق الثقة في الشهادة التي يصدرها المزود، إذ لا يؤمن حينذاك سلامتها من التزوير أو الاختراق<sup>١</sup>.

ويعد هذا الشرط شرط ابتداء واستمرار، فتحققه مطلوب ابتداء ليحصل المزود على الترخيص اللازم للبدء بتقديم خدماته، وتحقيقه مفروض أيضا لاستمرار المزود بتقديم هذه الخدمات. إذ يحق للجهة التي منحت الترخيص أن توقف أو تسحب الترخيص في أي وقت تنتفي فيه شروط منحه، ومثل هذا التحليل ينسجم مع الهدف من اشتراط الكفاءة الفنية في المزود وهو حماية مصلحة المتعاملين مع المزود سواء كانوا من الموقعين أو من الغير.

إلا أن الثقة بالخدمات التي يقدمها المزود لا يرتبط تحققها باستيفاء المزود للكفاءة والخبرة الفنية فحسب، إذ قد تتحقق هذه الكفاءة إلا أن المزود يكون خاضعا للاختصاص القضائي لدولة أخرى أو يكون القانون الواجب التطبيق قانونا آخر سوى القانون الوطني للموقع، وهذا ما قد

١ انظر : سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني: ماهيته - صورته - حججه في الاثبات بين التدويل والاقْتباس، الاسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص ٨١.

يعرض حقوق المتعامل مع المزود إلى الضياع، وفي هذا نفي للثقة التي ينبغي أن تتوافر فيما يقدمه المزود من خدمات.

ومن البديهي أن البحث في الاختصاص القضائي الذي يخضع له مزود خدمة التصديق وكذلك البحث في القانون الواجب التطبيق إنما يجد ميدانه عندما يكون مزود خدمة التصديق أجنبياً. وهو فرض ليس بالنادر. وهذا ما يتطلب وضع قواعد تنظم عمل مزود خدمة التصديق الأجنبي في الدولة، وهو ما نبينه في المطلب الآتي.

### المطلب الثالث

#### أحكام مزود خدمة التصديق الأجنبي

تتميز عقود التجارة الالكترونية بأنها عقود تبرم بين طرفين لا يجمع المكان بينهما وهذا يرجع إلى الوسيلة التي يتم إبرام العقد بواسطتها وهي الوسيلة الالكترونية وبالذات الانترنت. إذ أن هذه الوسيلة تتيح إبرام العقد بين طرفين موجودين في مكانين مختلفين أو دولتين مختلفتين، وبناء على هذه الخصيصة تكون عقود التجارة الالكترونية وفقاً للرأي الراجح في الفقه عقوداً دولية الطابع، فالانترنت شبكة مفتوحة عالمياً ولها إقليمها الخاص بها الذي لا يعبأ بالحدود الجغرافية، لذلك يصعب توطين العلاقات القانونية التي تجري في إطارها، فلم يعد يوجد على شبكة الانترنت عقد دولي وعقد داخلي لأن مثل هذه التفرقة يصعب تطبيقها، وحتى إذا سلمنا بأن طرفي العقد الذي يبرم عبر الانترنت يمكن أن يكونا موجودين في دولة واحدة فأن هناك حتماً أطرافاً آخرين في هذا العقد لا يكونون موجودين في الدولة ذاتها مثل مقدم خدمة الانترنت أو معالج البيانات أو ناقل البيانات. وهذا ما يسري على مزود خدمة التصديق، فمن المتصور أن يكون صاحب التوقيع الرقمي موجوداً في دولة والغير الذي يتعاقد معه إلكترونياً موجوداً في دولة أخرى، فإذا لجأ صاحب التوقيع الرقمي من أجل تصديق توقيعه إلى مزود لهذه الخدمة موجود في دولته،

1 انظر: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٣٦ - ٣٩.

فإن الشهادة الصادرة من هذا الأخير ستكون بالنسبة للغير شهادة صادرة من مزود خدمة تصديق أجنبي. ولا يقتصر الأمر على هذا الفرض، فقد لا يجد صاحب التوقيع الرقمي مزودا وطنيا لخدمة التصديق فيتعاقد مع مزود لهذه الخدمة ممن يقدم خدماته على شبكة الانترنت وعبر موقع الكتروني خاص به، فتكون شهادة التصديق التي يعتمد عليها صادرة من مزود أجنبي لخدمات التصديق، وهذا ما يثير التساؤل عن القيمة القانونية لشهادات التصديق الصادرة من مزود خدمة التصديق الأجنبي؟

تتطلب الإجابة عن هذا التساؤل أن يؤخذ أمران بنظر الاعتبار، أولهما أن من غير الممكن نفي القيمة القانونية لشهادات المصادقة الصادرة من مزود خدمة التصديق الأجنبي، إذ لا يمكن حصر الخدمات التي يقدمها مزود خدمة التصديق في نطاق إقليم معين، ذلك أن هذه الخدمات إنما تجر ميدانها في نطاق عقود التجارة الالكترونية، وهذه الأخيرة تتم عبر شبكة الانترنت التي لا يمكن تحديدها بنطاق إقليمي معين وغالبا ما يكون الطرفان فيها موجودين في دولتين مختلفتين، والقول بخلاف ذلك معناه نفي القدرة على تصديق التوقيع الرقمي، وهذا ما يؤثر بطبيعة الحال على الثقة في التوقيع المذكور، وقد يؤدي انتفاء الثقة هذا الى عزوف المتعاقد عن اللجوء الى الوسيلة الالكترونية لإبرام العقد، وتفضيله الوسائل التقليدية عليها على الرغم من المزايا التي يمكن أن تتحقق من إبرام العقد الكترونيا، لاسيما فيما يتعلق بتوفير الوقت والجهد والنفقات<sup>1</sup>.

بناء على ذلك فقد تضمن قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الصادر عام ٢٠٠١ عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي النص على عدم نفي القيمة القانونية لشهادة المصادقة لمجرد أنها صادرة من مزود خدمة التصديق الأجنبي. إذ تقضي المادة (١٢)

١ انظر في مزايا التجارة الالكترونية بشكل عام:

د. فائق الشماع، التجارة الالكترونية، مجلة دراسات قانونية، العدد الرابع، ٢٠٠٠، ص ٣٨.

د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ١١.

من القانون المذكور بأنه: " ١- لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني ساري المفعول قانونياً، أو مدى كونهما كذلك، لا يولى أي اعتبار لما يلي:

أ- الموقع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو يُنشأ أو يستخدم فيه التوقيع الإلكتروني، أو  
ب- الموقع الجغرافي لمكان عمل المُصدّر أو الموقع."

وبما أن أغلب الدول سنت قوانين التجارة الإلكترونية فيها على غرار ما جاء به قانون الاونسيترال النموذجي، تحقيقاً للغرض من وضعه، والمتمثل بتوحيد القواعد الخاصة بالتجارة الإلكترونية في التشريعات الوطنية دون عقد اتفاقية دولية، تفادياً للتعارض بين النصوص عند التطبيق كونها تجارة دولية الطابع، فإننا نجد المبدأ الذي جاء به قانون الاونسيترال بشأن الاعتراف القانوني بشهادات المصادقة الأجنبية مبدأً مُقرّاً في أغلب قوانين التجارة الإلكترونية. من ذلك ما تنص عليه المادة (٢٣) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة. إذ تقضي الفقرة الأولى منها بأنه: " لتقرير ما إذا كانت شهادة المصادقة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني نافذاً قانوناً، لا يؤخذ في الاعتبار المكان الذي صدرت فيه هذه الشهادة أو التوقيع الإلكتروني، ولا بالاختصاص القضائي الذي يوجد فيه مقر عمل الجهة التي أصدرت هذه الشهادة أو التوقيع الإلكتروني."

إلا أن الاعتراف بشهادة المصادقة الأجنبية وفقاً للمبدأ السابق يتطلب أن يؤخذ أمر ثانٍ بنظر الاعتبار. ويتمثل هذا الأمر بمدى الثقة بالخدمات التي يقدمها مزود الخدمة الأجنبي. فقد سبق في المطلب السابق أن بينا أهمية الثقة بالخدمات التي يقدمها مزود خدمة التصديق الذي يعمل داخل الدولة، إذ تستمد الثقة في المعاملات الإلكترونية من الثقة بشهادة المصادقة، وبناء على ذلك وضعت القوانين معايير للقول بتحقيق هذه الثقة من عدمه.

فإذا كانت الثقة في الخدمات التي يقدمها مزود الخدمة الذي يعمل داخل الدولة أحد ضوابط الترخيص له بتقديم هذه الخدمة، فإن تحققها مشروط من باب أولى للاعتراف بشهادة المصادقة الأجنبية.

ولم يغفل قانون الاونسيترال النموذجي ذلك، فبعد أن بين مبدأ قبول شهادة المصادقة قانونا بغض النظر عن الموقع الجغرافي الذي صدرت فيه، عاد وربط هذا القبول بوجود تحقق الثقة في الشهادة المذكورة، وهذا ما يستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة (١٢) منه والسابق الإشارة إليها، إذ تقضي بالآتي: " يكون للشهادة التي تصدر خارج الدولة المشرعة المفعول القانوني نفسه في الدولة المشرعة الذي للشهادة التي تصدر في الدولة المشرعة إذا كانت تتيح مستوى مكافئا جوهريا من الوثوقية".

ولتحديد مدى تحقق الثقة في شهادة المصادقة الأجنبية وضع قانون الاونسيترال معيارين اثنين. أولهما أن تكون شهادة المصادقة الأجنبية مستوفية للمعايير الدولية المعترف بها بشأن الوثوقية، وثانيهما أن يكون الطرفان قد اتفقا على الاعتماد على شهادة مصادقة معينة لغرض التصديق على التوقيع الرقمي لأحدهما أو لكليهما، إذ تقبل شهادة المصادقة في هذا الغرض في التعامل بينهما بغض النظر عن استيفائها للمعايير الدولية<sup>١</sup>.

وفي الوقت الذي تتفق فيه التشريعات الداخلية على وجوب ضمان تحقق الثقة في شهادة المصادقة الأجنبية لقبولها قانونا، فإنها تختلف في الصيغة التي تعتمد عليها لضمان تحقق هذه الثقة. فمن تلك التشريعات ما تشترط لاعتماد مثل هذه الخدمات استيفاء ذات المعايير والشروط لاعتماد الخدمات التي يقدمها مجهز خدمات التصديق الذي يعمل في الدولة، وهذا ما ينتهجه التوجيه الاوربي الخاص بالتوقيعات الالكترونية، فللاعتراف بشهادات المصادقة الصادرة من مزود خدمات تصديق تابع لدولة ليست عضوا في الاتحاد الاوربي يشترط أن يكون هذا المزود مستوفيا للشروط المطلوبة في التوجيه، أو كان مضمونا من مزود خدمة تصديق تابع لاحدى

١ انظر الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة (١٢) من قانون الاونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية الصادر عام ٢٠٠١.

دول الاتحاد الاوربي ومستوفياً للشروط المطلوبة في التوجيه، أو أن يكون معترفاً به بموجب اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف بين الاتحاد الاوربي والدولة التي يتبع لها مزود الخدمة الأجنبي<sup>1</sup> وهو ذات النهج الذي اتخذه قانون المعاملات الالكترونية العماني<sup>2</sup>، في حين لا تكتفي تشريعات أخرى لاعتماد الخدمات التي يقدمها مزود الخدمة الأجنبي بتوافر ذات المعايير والشروط المطلوبة فيها، بل تشترط زيادة على ذلك أن يعتمد المزود الأجنبي من ذات الجهة التي تتولى الترخيص لمزود الخدمة الوطني، ومن التشريعات التي انتهجت هذا النهج قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في ٢٠٠٢/٩/١٤ وقانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤<sup>3</sup> ونظام التعاملات الالكترونية السعودي<sup>4</sup>. بينما لا تشير تشريعات أخرى الى المعايير اللازمة للقول بتحقق الثقة في خدمات مزود خدمة التصديق الأجنبي لاعتماد هذه الخدمات وتكتفي لاقرار هذه الخدمات بوجود اتفاقية للاعتراف المتبادل بهذه الخدمات مبرمة مع الدولة التي ينتمي اليها المزود الأجنبي بجنسيته. وهذا الاتجاه مثاله ما ينص عليه قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠<sup>5</sup>.

وقد سار قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة على نهج قانون الاونسيترال النموذجي، إذ يحدد حالتين لاعتماد شهادات المصادقة الصادرة من المزود الأجنبي، ولا يشترط اجتماعهما. تتحقق الاولى إذا كان مستوى الثقة في الخدمات التي يقدمها

- 1 انظر المادة (٧) من توجيه الاتحاد الاوربي الخاص بالتوقيعات الالكترونية الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩.
- 2 انظر المادة (٤٢) من قانون المعاملات الالكترونية العماني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨.
- 3 انظر المادة (٢٢) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.
- 4 انظر المادة (١٧) من نظام التعاملات الالكترونية السعودي.
- 5 انظر في اتجاهات قوانين مقارنة اخرى:

*Chris Kuner, Stewart Baker, An Analysis of International Electronic Digital Signature Implementation Initiatives, A Report submitted to the internet Law & policy forum, 10 September, 2000, <http://www.ilpf.org/groups/report-IEDSII.html>.*

المزود الأجنبي يوازي على الأقل المستوى الذي يشترطه القانون الاماراتي ، وبطبيعة الحال يتم قياس مستوى الثقة في تلك الخدمات بالنظر الى المعايير التي حددها القانون ذاته للقول بأن النظم والاجراءات التي يستخدمها المزود جديرة بالثقة. أما الحالة الثانية لتقرير القوة القانونية لشهادة المصادقة الأجنبية فتتحقق عندما يتفق أطراف المعاملة المعنيون على استخدام مزود خدمة تصديق معين أو شهادة مصادقة صادرة من مزود معين لتوثيق التوقيعات والرسائل الالكترونية المتبادلة بينهم في إطار تلك المعاملة ، وبغض النظر عن توافر المعايير التي يتطلبها القانون لتحديد مستوى الثقة في خدمات مزود خدمة التصديق.

وعلى الرغم من أن هذه الحالة الثانية هي مما ينص عليه قانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية الا أن اعتمادها يعد في تقديرنا محل نظر ، فاشتراط مستوى معين من الثقة في الخدمات التي يقدمها مزود خدمة التصديق إنما يهدف الى حماية مصلحة المتعاملين مع المزود ، فإذا أتيح الاتفاق بين الأطراف على مزود معين بغض النظر عن مستوى الثقة في الخدمات التي يقدمها كان هذا هدراً للهدف من اشتراط تلك المعايير واستلزامها ، إذ لن يكون بمقدور الأطراف تحديد المستوى الملائم من الثقة الذي يكون كافياً لحماية مصالحهم. لاسيما وأن أغلب هؤلاء يمكن تصنيفهم على أنهم مستهلكون في علاقتهم مع المزود ، بالنظر لتمتعه بخبرة فنية لا يملكونها فيما يتعلق بهذه الخدمات. وهذا ما يتضح عند بيان العلاقة القانونية بين المزود وصاحب التوقيع الرقمي في المبحث الآتي.

### المبحث الثاني

#### العلاقة القانونية بين مزود خدمة التصديق والموقع توقيعاً رقمياً

تعد العلاقة بين مزود خدمة التصديق وبين الموقع توقيعاً رقمياً العلاقة القانونية الرئيسية التي تترتب على تصديق التوقيع الرقمي. إلا أن للموقع في إطار التعامل الالكتروني مفهوماً أوسع من الموقع في المعاملات التقليدية الذي يستخدم أسلوباً تقليدياً في التوقيع ، فالموقع في التعامل التقليدي لا يمكن أن يوقع نيابة عن الغير بذات التوقيع العائد للغير

والسبب في ذلك أن التوقيع التقليدي لصيق بشخص الموقع. فهو لا يخرج عن كونه إمضاءً كتابياً للموقع أو بصمة إبهامه، أما التوقيع الإلكتروني وعلى وجه الخصوص التوقيع الرقمي منه فهو على خلاف ذلك ليس لصيقاً بشخص الموقع، لأنه عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز أو صوت ذي شكل إلكتروني، فهو والحال كذلك يكون خارجاً عن شخص الموقع، لذا يمكن استخدام هذا التوقيع من قبل الموقع نفسه أو من قبل شخص آخر يوقع نيابة عنه.

بناء على ذلك فإن الموقع هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع إلكتروني خاصة به ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الإلكترونية باستخدام هذه الأداة<sup>1</sup>.

إلا أن المقصود بالموقع توقيعاً رقمياً في ما يتعلق بعلاقته مع مزود خدمة التصديق الموقع الأصل الذي أنشئت أداة إنشاء التوقيع باسمه ولا يشمل النائب الذي يستخدم هذه الأداة للتوقيع نيابة عن صاحب التوقيع. وتبرير ذلك أن العلاقة بين الموقع ومزود خدمة التصديق إنما هي علاقة عقدية<sup>2</sup> تتم بإيجاب وقبول من الطرفين ولا يكون نائب الموقع المخول بالتوقيع باستخدام ذات التوقيع الرقمي طرفاً فيها. كما أن الشهادة الإلكترونية التي يصدرها المزود تنفيذاً للعقد المبرم بينه وبين الموقع هي شهادة اسمية تصدر باسم شخص معين هو الموقع الأصل. إلا أن هذا لا يعني أن التوقيع الموثق بالشهادة الإلكترونية لا يمكن استخدامه من قبل نائب الموقع، فهذا التوقيع يبقى على الرغم من توثيقه محتفظاً بخصائصه وأهمها أنه غير لصيق بشخص الموقع وبالإمكان استخدامه ممن يخول بذلك. وبما أن الشهادة الإلكترونية تربط التوقيع الرقمي بشخص معين هو الموقع الأصل وتصدر باسمه، فإن الشهادة حتى تكون دقيقة في بياناتها وليعلم الغير ممن يعول على هذه الشهادة أن التوقيع الميينة بياناته في

1 انظر : المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي للدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦.

2 انظر المادة (٢٥) من لائحة عمل مزودي خدمات التصديق الإلكتروني.



الشهادة ممكن استخدام من قبل شخص آخر مخول بذلك، يذكر في الشهادة اسم النائب المخول باستخدام التوقيع، ولا يجوز للموقع الأصلي بعد ذلك أن يخول شخصاً آخر غير من ذكر باستخدام توقيعه.

وإذا كانت العلاقة بين مزود خدمة التصديق والموقع هي علاقة عقدية أساسها الاتفاق بينهما، فإن هذا الاتفاق يرتب التزامات على عاتق الطرفين. وفيما يأتي من مطلين بيان للالتزامات التي ترتبها هذه العلاقة على عاتق كل من مزود خدمة التصديق والموقع.

### المطلب الأول

#### التزامات مزود خدمة التصديق تجاه الموقع

ترتبط خدمة التصديق على التوقيع الرقمي بوجود تعامل الكتروني معين، يستخدم أحد طرفيه توقيعاً رقمياً لإتمامه. فالهدف من التصديق على التوقيع الرقمي على النحو الذي بيناه سابقاً هو الربط بشكل موثوق بين التوقيع الرقمي وشخص معين. بناء على ذلك يتعين أن يسبق تقديم خدمة التصديق إيجاد التوقيع الرقمي، وإيجاده لا يتم من قبل الموقع، ذلك أن إيجاد التوقيع الرقمي عملية فنية رياضية تقوم على آليات تشفير معينة وهو ما لا يتهيأ للموقع القيام به، بل يتم اللجوء الى جهات فنية متخصصة في هذا المجال. إذ تقوم هذه الجهات المتخصصة باستحداث الرقمين الممثلين للتوقيع الرقمي، فالرقم السري والذي يسمى أيضاً أداة إنشاء التوقيع يكون خاصاً بالموقع دون سواه، وذلك بأن يثبت جزء منه بجهاز الحاسب الالكتروني للموقع أما الجزء الآخر منه فيتم تثبيته ببطاقة الكترونية ذكية، وبهذه التجزئة يتم ضمان عدم استخدام الرقم السري وإجراء التوقيع إلا من جهاز حاسب الكتروني معين، ولا يكفي وجود الجهاز لوحده بل يتعين استخدام البطاقة الذكية لإتمامه، وفي هذا زيادة في الثقة في أن التوقيع الرقمي صدر بالفعل من صاحبه. أما الرقم الثاني ويسمى أداة التحقق من التوقيع الرقمي فهو رقم علني يعطى عادة لمن يتعامل مع صاحب التوقيع

الرقمي ، ومهمته فك الشفرة التي ينتجها الرقم السري بما يعني صحة التوقيع الرقمي وتماحه بالرقم السري الخاص بالموقع دون غيره<sup>١</sup>. وقد يقوم مزود خدمة التصديق بمهمة استحداث زوجي الأرقام الممثلين للتوقيع الرقمي ، إذ تنهياً للمزود القدرة على ذلك ، فهو في سبيل التصديق على التوقيع الرقمي يهيئ نظاماً وإجراءات وبرامج فنية تتيح له التحقق من صحة التوقيع الرقمي وارتباط رقميه ببعضهما ، وهذه النظم ذاتها يمكن أن تستخدم لاستحداث التوقيع الرقمي.

فإذا لم يكن مزود خدمة التصديق هو من استحدث التوقيع الرقمي ، فإن التصديق على التوقيع الرقمي من قبله ينبغي أن تسبقه مرحلة فحص التوقيع الرقمي والتحقق من صحته بالتأكد من تطابق رقميه. فإذا تمت هذه المرحلة فإنه يصدر شهادة المصادقة الالكترونية وهو الالتزام الرئيس المترتب في ذمته تجاه الموقع. كما أن ممارسة مهمة التصديق تستلزم أن يطلع المزود على معلومات تخص الموقع ، وهو ما يفرض على المزود التزاما بالمحافظة على سرية البيانات الشخصية للموقع ، وقبل هذين الالتزامين يتعين على المزود أن يقوم بتبصير الموقع بطبيعة الخدمات التي يقدمها. وفيما يأتي تفصيل للالتزامات المزود الثلاثة تجاه الموقع.

### الفرع الأول

#### الالتزام بتبصير الموقع

تكيف العلاقة بين مزود خدمة التصديق والموقع على أنها علاقة شخص محترف بمستهلك ، إذ ينطبق وصف المحترف على مزود خدمة التصديق كما ينطبق وصف المستهلك على الموقع. فمزود خدمة التصديق في إطار تقديمه هذه الخدمة يمارس حرفة معينة وعندما يبرم العقد مع الموقع فإن هذا العقد يعد تصرفاً داخلاً في إطار نشاطه المهني. أما الموقع الذي يطلب خدمة التصديق فإنه يتصرف خارج نطاق نشاطه المهني ، ولا يتغير هذا الوصف عن الموقع حتى لو كان تاجراً وكان مراده من الحصول على

١ انظر : د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، الكويت : مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧٩ .

شهادة المصادقة دعم الثقة بتوقيعه الرقمي من أجل إبرام تعامل تجاري مع الغير، إذ يبقى طلبه لخدمة التصديق خارجاً عن نطاق تخصصه المهني<sup>1</sup>. ويستتبع هذا التكييف إخضاع العلاقة بين المزود والموقع إلى الأحكام الخاصة بالمستهلك، وهذه الأخيرة ترمي في مجملها إلى حماية المستهلك كونه الطرف الأضعف في تلك العلاقة القانونية، فالمحترف يملك من الخبرة والمعرفة بمحل العقد والخدمة التي يقدمها ما ليس للمستهلك. وهذا التفاوت في الخبرة والمعرفة بينهما يسمُّ العقد بعدم التوازن لصالح المحترف، وهو ما يدعو المشرع إلى التدخل لإعادة التوازن بين الطرفين، فإذا كان ضعف المستهلك متأبياً من علم المحترف بما لا يستطيع المستهلك أن يحيط به لتعلقه بمهنة المحترف وتخصصه، فإن تحقيق التوازن في العقد يستلزم إزالة سبب الضعف لدى المستهلك وهو ما يتم بإحاطة المستهلك علماً بما يجمله، وهذا هو الأساس في فرض الالتزام بالتبصير أو تقديم المعلومات على عاتق المحترف.

ويلاحظ هذا الأمر بشكل واضح على علاقة الموقع بمزود خدمة التصديق، فهذا الأخير يقدم خدمة ذات طابع فني بحت، فاستحداث التوقيع الرقمي أو التحقق من صحته يتطلب إتباع إجراءات تقنية دقيقة ومعقدة، تتم بمجملها اعتماداً على برامج وأجهزة الحاسب الآلي، وفي كثير من الأحيان يقدم المزود خدماته عبر شبكة المعلومات (الانترنت) من خلال موقع له على هذه الشبكة، ومن البديهي أن الموقع لا يستطيع الإحاطة بأصول حرفة ومهنة المزود فهي مما يخرج عن نطاق معرفته

1 انظر: سعد السيد قنديل، مصدر سابق، ص ٨٥.

وانظر في تعريف المستهلك بشكل عام:

بحثنا: الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد ١٤، ٢٠٠٥، ص ٦٦.

- د. نبيل محمد احمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٢٣، يونيو ٢٠٠٨، ص ١٨٠.

ومهنته ، وفضلا عن ذلك فإن الموقع قد يجهل هوية المزود في الأحوال التي يقدم فيها المزود خدماته عبر الانترنت.

بناء على ذلك يفرض المشرع على المزود التزاما بتبصير الموقع ، وينبغي عليه أن ينفذ هذا الالتزام قبل إبرام العقد، إذ يتحدد الهدف من هذا الالتزام بتحقيق التوازن في العقد من خلال تحقيق التكافؤ بين إرادتي الطرفين ، وهذا التكافؤ لا يتحقق ما لم يكن الطرفان متمتعين بقدر كاف من المعرفة بالعقد ومحلّه ، وخلافاً لذلك إذا لم ينفذ المزود التزامه هذا قبل إبرام العقد فإن إرادة الموقع حينها لا تكون صالحة لإنشاء العقد، فرضاؤه بالعقد وشروطه لا يعد في مثل هذا الفرض رضاءً واعياً أو مستتيراً<sup>١</sup> .

ويؤكد ذلك ما تنص عليه المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي في فقرتها الاولى<sup>٢</sup> ، إذ تقضي بأنه : " يجب على مزود خدمة التصديق : أ- أن يتصرف وفقاً للبيانات التي يقدمها بشأن ممارسته لنشاطه."

فهذا النص يفسر بأن المزود قدم بيانات معينة بشأن ممارسته لنشاطه قبل إبرام العقد ، ولاسيما ما يتعلق من هذه البيانات بمستوى الثقة والأمان في الخدمات التي يقدمها ، وأن عليه أن يردف تقديم هذه البيانات بالتزامه بأن يتصرف وفقاً لما قدمه من بيانات ، فما يقدمه من بيانات ينبغي أن يكون صحيحاً.

ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع الإماراتي لم يفرض هذا الالتزام بشكل صريح على عاتق المزود تجاه الموقع. فقد ورد النص المتقدم تحت عنوان " واجبات مزود خدمة التصديق " وفي إطار جملة من الواجبات والالتزامات الأخرى التي تفرض عليه تجاه الموقع وتجاه سواه كالغير

١ انظر : د. محمد ابراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، الادارة العامة للبحوث ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٥ ، ص ٧٧ .

٢ تقابلها المادة ( ٩ ) من قانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية ، والمادة (١٢) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي ، والمادة (٢٤) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي ، والمادة ( ٣٤ ) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

التعاقد مع الموقع والجهة التي تتولى منحه الترخيص لمزاولة نشاطه ومراقبة هذا النشاط. ولعل من المناسب لو يفرد المشرع لالتزامات المزود تجاه الموقع نصاً خاصاً ويكون الالتزام بتقديم المعلومات أحد فقراته.

وأياً كان الأمر فإن هذا النص يصلح سنداً للقول بالالتزام المزود تجاه الموقع بتقديم البيانات، فالشخص الذي يهمله معرفة كيفية قيام المزود بممارسة نشاطه والذي يهتم المشرع بحمايته هو الموقع، كما أن هذا الالتزام يتفق مع ما تفرضه القواعد العامة من وجوب مراعاة مبدأ حسن النية، إذ يحكم مبدأ حسن النية العقود جميعاً إبراماً وتنفيذاً.

وإذا كان الغرض من فرض هذا الالتزام إحاطة الموقع بما لم يحط به علماً ليتسنى له إبرام العقد وهو على بينة من أمره، فإن محل الالتزام يتحدد تبعاً لذلك بجميع البيانات التي من شأنها أن تؤثر على قرار الموقع بإبرام العقد مع المزود، وهذا ما يفرض على المزود أن يحدد المعلومات التي تهم الموقع ويقوم بتقديمها له. ويتم تقدير أهمية هذه المعلومات وفقاً لمعيار موضوعي يتمثل في أن البيانات تعد مهمة متى كان من شأنها أن تؤثر في قرار الموقع بالإقدام على إبرام العقد أو إبرامه وفق شروط معينة. ولعل من أهم البيانات التي يتعين على المزود تقديمها للموقع تلك المتعلقة بطبيعة الخدمات التي يقدمها، فعليه أن يوضح إجراءات إصدار شهادة المصادقة الالكترونية ووسائله للتحقق من هوية الموقع وصحة توقيعه الرقمي، فضلاً عن تبصير الموقع بأن ما يقدمه المزود من خدمات يعد محدود المدة، وأن توقيعه الرقمي وعلى الرغم من توثيقه بشهادة مصادقة لا يمكن استخدامه مدة طويلة، فشهادة المصادقة لها مدة نفاذ معينة يقدرها المزود، ويرتبط تقديره لتلك المدة بالمدة المتوقعة التي يتمكن فيها الغير من التعرف على الرقم السري للموقع، ذلك أن مخاطر معرفة الغير غير المخول للرقم

1 انظر: المادة (٢٤٦/ف١) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

2 انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مصدر سابق، ص ٨١.

السري تزداد مع الزمن ارتباطاً بالتطور التكنولوجي. ويبنى على هذا الأمر تبصير الموقع بوجود استحداث توقيع رقمي جديد واستحصال شهادة مصادقة جديدة له، وإعادة توقيع الوثائق الالكترونية باستخدام التوقيع الجديد، فإن من شأن ذلك أن يعزز الثقة بالوثائق الالكترونية<sup>1</sup>. كما يتعين على المزود أن يبين للموقع الوسائل المتاحة لتنفيذ التزامه بأداء الأجر ولاسيما عندما يتم إبرام عقد التصديق الكترونياً، فيحدد له وسائل الدفع التي يمكن استخدامها لأداء الأجر.

إن تحديد ما تقدم من البيانات محلاً لالتزام المزود بالتبصير هو تطبيق للمعيار الموضوعي في تحديد أهمية البيانات والزام المزود بتقديمها تبعاً لذلك، لذا فإن هذا التحديد ليس حصرياً، بل هو تحديد على سبيل المثال، فأى بيان آخر يكون مهماً في نظر الموقع وفقاً للمعيار الموضوعي يعد محلاً لالتزام المزود بالتبصير.

إلا أن تحديد البيانات التي تمثل محل التزام المزود بالتبصير لا يقف عند تطبيق المعيار الموضوعي فحسب، فالعلاقة بين الموقع والمزود هي علاقة مستهلك بمحترف، وهذا ما يستتبع تطبيق الأحكام الواردة في قوانين حماية المستهلك ومنها تلك المتعلقة بالالتزام بالتبصير أو بتقديم المعلومات. وفي هذا الصدد تنص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الاتحادي رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ على أن من بين حقوق المستهلك "الحق في تزويده بالحقائق التي تساعد على الشراء والاستهلاك السليم". كما تسري على علاقة الموقع بالمزود الأحكام الواردة بقوانين التجارة الالكترونية عندما يتم تقديم هذه الخدمة عبر الانترنت، ولعل من أهم المعلومات التي تفرض قوانين التجارة الالكترونية تقديمها للمستهلك الذي يبرم عقداً عبر الانترنت تلك المتعلقة بتحديد هوية التاجر وذلك ببيان اسمه وعنوانه وتحديد كيفية الاتصال به ورقم القيد في السجل التجاري،

1 انظر: وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص ٢٢٦.  
وانظر أيضاً: ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، بيروت: مكتبة صادر، ٢٠٠٣، ص ١٦٧.

أو قيد اجازة ممارسة المهنة حينما يكون نشاطه خاضعا للإجازة من جهة مهنية معينة وهذا هو شأن مزود خدمة التصديق<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### الالتزام بإصدار شهادة مصادقة على التوقيع الرقمي

يعد الالتزام بإصدار شهادة المصادقة التزاما جوهريا من التزامات مزود خدمة التصديق، فهذا الالتزام يمثل الغرض الذي يسعى الموقع إليه من تعاقد مع المزود. فشهادة المصادقة هي شهادة الكترونية تؤكد أن الرقم السري وهو أداة إنشاء التوقيع الرقمي يعود للموقع المبين اسمه في الشهادة وهو يطابق الرقم العلني الذي يتم تسليمه الى الغير، وهكذا يتحقق الارتباط بين الرقم الممثل للتوقيع الرقمي وبين شخص معين، فيقدم الغير على التعاقد معه وهو مطمئن الى أن التوقيع الرقمي يعود فعلا الى الشخص الذي يقوم باستعماله. وعلى الرغم من أن المزود لا يقدم خدماته عبر شبكة الانترنت دائما، إلا أن شهادة المصادقة هي شهادة الكترونية، وطبيعتها الالكترونية هذه أمر يحتمه ارتباطها بالتوقيع الرقمي، وحيث إن هذا الأخير هو توقيع الكتروني ذو طبيعة غير مادية فإن شهادة المصادقة

1 انظر: المادة (٢٥) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠، والمادة (٤) من تعليمات الاتحاد الاوربي الخاصة بحماية المستهلك في البيوع عن بعد رقم ٢٣٣٤ الصادرة عام ٢٠٠٠، والمواد (٥،٩،١٠) من توجيه الاتحاد الاوربي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر عام ٢٠٠٠. وانظر في التعليق على هذه المواد:

- *Aron Youngerwood & Sunwinder Mann, Extra Armoury for consumers the new distance selling regulation, The journal of information , Law and technology (JILT), 3, 2000.*<http://warwick.ac.uk/jilt/00-3/youngerwood.html>.
- *Electronic Commerce Steering Group, Op.Cit, Chris Connolly, op.cit.*
- *Julia Hornle, Op. Cit.*
- *Anne Salaun, Consumer protection issues, ESPRIT project 27028.*  
<http://www.6net.org/pulications/manuals/content/access.toc.pdf>.

- توفيق شميور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، ٢٠٠٠، ص ١٨٩.

عليه ينبغي أن تكون كذلك بدورها، إذ يرفق الموقع تلك الشهادة مع توقيعه الرقمي كلما أراد إبرام تعامل الكتروني مستخدما توقيعه الرقمي لإتمامه، ولكي يكون قادرا على إرفاق الشهادة مع توقيعه الرقمي يتعين أن تكون شهادة الكترونية. لذا يقوم المزود بإصدار الشهادة ويرسل نسخة الكترونية منها الى الموقع، ويمكن للموقع أن يقوم بخزنها على ذاكرة الحاسب الشخصي العائد له أو على قرص ممغنط أو على بطاقة ذكية، ويحتفظ المزود بنسخة من هذه الشهادة ليقوم بتقديمها للغير في حال طلبها منه بصورة مباشرة.

وحتى تحقق شهادة المصادقة الغرض من إصدارها وتقوم بمهمة التوثيق يتعين أن تتضمن بيانات معينة، لعل من أهمها بيانات تحدد هوية حامل الشهادة وهو بطبيعة الحال صاحب التوقيع الرقمي، فتبين اسمه وعنوانه ورقم بطاقة الائتمان الخاصة به وصفته فيما إذا كان نائبا يتصرف بالنيابة عن شخص معنوي معين كأحدى الشركات، كما تبين الأشخاص المخولين بالتوقيع بذات التوقيع الرقمي سواء، وتحدد الشهادة في الوقت ذاته التوقيع الرقمي لحاملها وذلك بتحديد المفتاح العام (الرقم العلني أو أداة التحقق من التوقيع) وبيان أن هذا الرقم إنما يعود للشخص المذكور وأنه يطابق المفتاح الخاص (الرقم السري أو أداة إنشاء التوقيع) الذي هو في حيازته وحراسته وقت إنشاء الشهادة وأنه ما يزال ساري المفعول في تاريخ إصدار شهادة المصادقة. وبهذين البيانيين تحقق الشهادة التي يصدرها مزود خدمة التصديق الارتباط بين الرقم الممثل للتوقيع وبين شخص معين، فلا يمكن استعمال هذا الرقم من قبل شخص آخر، ولا يمكن في الوقت ذاته إرسال سند مزور باسم حامل الشهادة، فهذا السند لا يمكن توقيعه رقميا لان الرقم السري في حيازة حامل الشهادة، ولا يمكن توقيعه باسمه برقم سري آخر لان الشهادة تبين رقمه العلني وهو لا يطابق أي رقم سري سوى رقمه السري.



وفضلاً عما تقدم يجوز لمزود خدمة التصديق أن يحدد الغرض الذي يمكن أن يستخدم من أجله التوقيع الرقمي أو شهادة المصادقة عليه، فيحدد إمكانية استخدام التوقيع الرقمي من قبل الموقع والتعويل على الشهادة من قبل الغير بنوع معين من التعامل التجاري دون غيره، أو بالتعامل بين الغير والموقع حامل الشهادة في حدود مبلغ معين، وهكذا لا يكون للغير أن يعتمد على الشهادة المذكورة في تعامل من نوع آخر أو بمبلغ يزيد عن المبلغ المحدد، ومثل هذه الحدود ينبغي ان تبين بوضوح في الشهادة كي يمكن الاحتجاج بها على الغير في بعض الحالات. وينبغي فضلا عن ذلك أن تحدد الشهادة اسم مزود خدمة التصديق الذي أصدرها<sup>1</sup>. ويقوم هذا الأخير بعد ذلك بتوقيعها توقيعاً رقمياً إذ أنها شهادة إلكترونية على النحو المبين آنفاً<sup>2</sup>.

1 انظر في البيانات التي تتضمنها الشهادة التي يصدرها مزود خدمات التصديق: المادة (٢٤/٣) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.

والمادة (١٧) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠، والمادة (١) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢، والملحق رقم (١) من توجيه الاتحاد الاوربي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩، والمادة (٣٣) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني، والمادة (١٩) من اللائحة التنفيذية لنظام المعاملات الإلكترونية السعودي الصادرة في ربيع الاول/١٤٢٩هـ.

2 تجدر الإشارة هنا الى ان التوقيع الرقمي لمزود خدمات التصديق يكون بدوره خاضعاً للتصديق. وتتعدد اساليب التصديق على هذا التوقيع. فقد يكون التصديق هرمياً وذلك بان يصدق مزود خدمات تصديق ثان على التوقيع الرقمي لمزود خدمات التصديق الاول. ويقوم مزود ثالث لهذه الخدمات بالتصديق على توقيع المزود الثاني، وهكذا تتكون سلسلة من التصديقات تكون خاتمتها تصديق من مزود خدمات تصديق رسمي. فالمؤسسات التابعة للدولة والقطاع العام تحظى عادة بثقة قد لا يحظى بها القطاع الخاص. وقد يكون التصديق اقسماً بان يقوم مزوداً خدمات تصديق بالتصديق المتبادل. فيتولى كل منهما التصديق على التوقيع الرقمي للآخر. كما يمكن ان يقوم مزود خدمات التصديق ذاته بالتصديق على توقيع الرقمي واصدار شهادة بشأنه، ومثل هذا الاسلوب الاخير متصور استناداً الى ان مزود خدمات التصديق ينبغي ان يكون جهة موثوقاً بها. إن هذا التصديق على التوقيع الرقمي لمزود خدمات التصديق- ايا كان الاسلوب الذي يتم به- يزيد من الثقة في التوقيع الرقمي والشهادة التي تثبت هوية صاحبه. فمثل هذا التصديق يؤكد للغير ان الشهادة صحيحة ويمكن الاعتماد عليها.

انظر: =

ولم يترك المشرع الإماراتي تحديد ما ينبغي أن تتضمنه شهادة المصادقة من بيانات الى تقدير المزود، بل تولى تحديدها بنص قانوني على سبيل الإلزام. إذ تنص الفقرة الثالثة من المادة (٢١) من القانون المذكور على أنه: " يجب أن تحدد شهادة المصادقة الالكترونية ما يأتي:

- أ- هوية مزود خدمة التصديق.
  - ب- أن الشخص المعينة هويته في شهادة المصادقة الالكترونية لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار اليها في هذه الشهادة.
  - ج- أن أداة التوقيع كانت سارية المفعول في أو قبل تاريخ إصدار شهادة المصادقة الالكترونية.
  - د- ما إذا كانت هناك قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها أداة التوقيع أو شهادة المصادقة الالكترونية.
  - هـ- ما إذا كانت هناك أية قيود على نطاق أو مدى المسئولية التي قبلها مزود خدمة التصديق تجاه أي شخص.<sup>١</sup>
- إن ما تقدم ذكره من بيانات يمثل البيانات الإلزامية التي ينبغي لشهادة المصادقة أن تحتويها، وهي تمثل الحد الأدنى مما تتضمنه شهادة المصادقة من بيانات. إذ يمكن أن تضاف إليها بيانات اختيارية تضاف باتفاق الطرفين أو بتقدير المزود من ذلك مثلاً وضع رقم تسلسلي لشهادة المصادقة.

---

=Yee Fen Lim, *Digital Signature, Certification Authorities and Law*, Murdoch University electronic Journal of Law, Vol.9 ,No.3, Sep.2000, <http://www.Murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n3/Lim93.html>

انظر ايضا:

*John Angel, op.cit,*  
*Jamie Murray, op.cit,*  
*Christina Spyrelli, op.cit.*

١ أكدت المادة (٢٣) من لائحة مزودي خدمات التصديق الالكترونية على ما نصت عليه الفقرتان الرابعة والخامسة من المادة (٢١) المشار اليها أعلاه.

والبيانات التي تتضمنها الشهادة بنوعها ينبغي أن تكون صحيحة، إذ لا يتحقق الغرض الذي أعدت الشهادة من أجله ولا تعزز الثقة بالتوقيع الرقمي ما لم تكن الشهادة دقيقة في ما تحمله من بيانات، لذا لا يعد المزود موفياً بالتزامه إذا لم يسع لتكون الشهادة دقيقة وصحيحة في بياناتها. وعلى الرغم من أن المزود يحصل على البيانات الخاصة بالموقع من الموقع ذاته إذ يلزم الموقع بالإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد مع المزود، فإن من المتعين على المزود أن يتحقق من دقة البيانات التي قدمها له الموقع، ويجري الواقع العملي على أن يتم التحقق من البيانات التي يقدمها من يطلب الحصول على الشهادة بوسائل مختلفة، إذ يطلب مزود خدمة التصديق من الشخص المذكور تقديم وثائق ومستندات معينة تؤيد هذه البيانات كجواز السفر أو رخصة القيادة، وفي بعض الحالات يكون كافياً إرسال هذه الوثائق بواسطة البريد أو الفاكس، بينما يلزم مزود خدمة التصديق في حالات أخرى طالب الشهادة بالحضور شخصياً لغرض تقديم الوثائق والمستندات، ويملك مزود خدمة التصديق الحق بتدقيق هذه الوثائق للتأكد من صحتها بالرجوع إلى الجهة التي أصدرتها. هذا وإن اختيار الأسلوب الذي يتم بمقتضاه التحقق من صحة البيانات إنما يعود لتقدير مزود خدمة التصديق وحسب ظروف كل حالة على حدة. وبهذه الصورة يطمئن الغير

1 انظر:

*John Angel, Why use digital signatures for electronic commerce, The Journal of information, Law & Technology (JILT), 1999(2), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/99-2/angel.html>.*

انظر أيضاً:

*Chris Reed, What is a signature, Journal of information, Law & Technology, 2000(3), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/reed.htm>.*

وخلافاً لما تقدم يذهب بعض من الفقه إلى أن التزام مزود خدمة التصديق عن دقة البيانات الواردة في الشهادة يقف عند حد الفحص الظاهري للبيانات والوثائق المقدمة من صاحب التوقيع، وتبعاً لذلك تتنفي مسؤوليته إذا كانت البيانات المقدمة من صاحب التوقيع غير دقيقة والوثائق التي قدمها مزورة أو منتهية الصلاحية إذا كان ظاهر تلك البيانات أو الوثائق لا يدل على تزويرها أو انتهاء مدة سريانها.

انظر: د. عيسى غسان ربيضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ٢٠٠٩، ص ١٣٢.

ممن يتعامل مع صاحب التوقيع الرقمي إلى أن هذا الأخير هو من ذكر اسمه في الشهادة فعلا ولم ينتحل اسم شخص آخر ولم يتخذ اسما وهميا. فضلا عن ذلك يحدد المزود في الغالب مدة نفاذ معينة للشهادات التي يصدرها، إذ يأخذ بنظر الاعتبار احتمال تغير الظروف والوقائع التي تتعلق ببيانات الشهادة، فيحدد تحسباً لذلك تاريخاً لنفاذ الشهادة وتاريخاً لانتهائها، فإذا أراد الموقع الاستفادة من خدمات مزود خدمة التصديق تعين عليه اتخاذ الإجراءات للحصول على شهادة جديدة، وهو ما يلزم معه قيام المزود بالتحقق مجدداً من البيانات الخاصة بالموقع، كما قد يستلزم الأمر استحداث توقيع رقمي جديد كإجراء إضافي المراد منه التيقن من الثقة بالتوقيع الرقمي ودقة البيان الذي يشير إلى بقاء أداة إنشائه في حيازة الموقع حصراً.

بناء على ما تقدم فإن شهادة المصادقة لا تكون صالحة لتحقيق الغرض منها إذا لم تكن البيانات التي تضمنتها صحيحة، يستوي في ذلك أن يكون البيان غير الصحيح بياناً إلزامياً أو بياناً اختيارياً، طالما تم إدراجه في الشهادة وصار جزءاً منها.

إلا أن التساؤل يثار عن مدى مسئولية المزود عن تقديمه شهادة غير دقيقة في بياناتها، وهل يعد مخلاً بالتزامه بتقديم شهادة المصادقة في جميع الأحوال التي تتضمن فيها الشهادة بياناً غير صحيح.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب تحديد طبيعة التزام المزود بتقديم شهادة مصادقة دقيقة في بياناتها، وما إذا كان التزامه هذا يعد التزاماً بتحقيق نتيجة أو أنه يعد التزاماً ببذل عناية.

وفي هذا الشأن يعدّ المشرع الإماراتي التزام المزود بتقديم شهادة دقيقة التزاماً ببذل عناية لا التزاماً بتحقيق نتيجة، إذ يمكنه أن ينفي مسئوليته عن الضرر الذي يصيب الموقع أو الغير بسبب عدم صحة شهادة المصادقة أو بسبب وجود عيب فيها بنفي الخطأ في جانبه. ولا يستطيع المدين بالالتزام بوجه عام أن ينفي خطأه إذا كان التزامه بتحقيق نتيجة لأن الخطأ حينها يكون عدم تحقق النتيجة. وهذا ما يتضح من نص الفقرة

الخامسة من المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي<sup>١</sup>، فهي تقضي بأنه: " لا يكون مزود خدمة التصديق مسئولاً عن أي ضرر في الحالتين الآتيتين: ... ب- إذا أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ أو إهمال، أو أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه."

ويسري الحكم المتقدم ذاته في الحالة التي يغفل فيها المزود ذكر بيان من البيانات الإلزامية في شهادة المصادقة، وإغفال بيان من البيانات الإلزامية في الشهادة يعد عيباً فيها، في حين لا يؤثر على صحة الشهادة إغفال احد البيانات الاختيارية فيها، فهذه الأخيرة تضاف باختيار المزود وتقديره دون أن يلزم بإدراجها في الشهادة، كما أن انتفاءها لا يؤثر على صلاحية الشهادة لتحقيق الغرض منها<sup>٢</sup>. إلا أن هذا الحكم في تقديرنا ليس مطلقاً، إذ يكون المزود مسئولاً عن إغفال إدراج بيان من البيانات الاختيارية في شهادة المصادقة إذا كان هذا البيان محلاً للاتفاق بينه وبين الموقع. إذ يكون ملزماً بذكر البيان في هذا الغرض بموجب العقد المبرم بينه وبين الموقع وإن لم يرد الإلزام بذكره في نص القانون.

فإذا ثبت الخطأ في جانب المزود كأن يكون قد ذكر في الشهادة هوية الموقع دون التحقق من صحة البيانات التي أدلى له بها الموقع حول هويته، وتبين فيما بعد عدم دقتها، أو أنه لم يتحقق من سريان مفعول التوقيع الرقمي للموقع بتاريخ إصدار الشهادة، أو أنه لم يذكر القيود التي يضعها على الغرض الذي يمكن أن تستخدم الشهادة من أجله، فإن المزود يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب الموقع الذي تعاقد معه .

وجدير بالملاحظة أن المشرع الإماراتي وضع قاعدة خاصة في تحديد التعويض الذي يلزم به المزود في هذه الحالة، إذ يتم تقدير التعويض بقدر ما لحق المتضرر من خسارة دون أن يشمل ما فاتته من كسب<sup>٣</sup> خلافاً لما

- 1 تقابلها المادة (٣٥/٢ف) من قانون المعاملات الالكترونية العماني وهو يشترك مع قانون المعاملات الالكترونية الاماراتي في جعل التزام المزود بصحة البيانات التزاماً ببذل عناية.
- 2 انظر : سعيد السيد قنديل، مصدر سابق، ص ٩١.
- 3 انظر: الفقرة الرابعة من المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي التي تنص على أنه: " إذا حدثت أية أضرار نتيجة لعدم صحة شهادة المصادقة=

تقضي به القاعدة العامة بهذا الخصوص<sup>1</sup>. ولعل العلة في ذلك أن المسئولية في حال ثبوتها على المزود تكون مسئولية جسيمة لاسيما في الحالة التي يقدم فيها خدماته عبر شبكة المعلومات الدولية "الانترنت"، إذ يمكن أن يبرم الموقع عددا كبيرا من العقود مع الغير اعتمادا على الشهادة المعيبة، فإذا ألزم المزود بتعويض الضرر كله الذي يصيب الموقع بسبب تقديمه تلك الشهادة تطبيقا للقواعد العامة فإن ذلك قد يكون سببا في إفلاسه وتصفية أعماله. بناء على ذلك فقد عمد المشرع الى تحقيق نوع من التوازن في المصالح، فأقر بوجوب إلزام المزود بتعويض المتضرر إلا أنه حدد التعويض في الوقت ذاته بأحد عنصريه فقط حماية للمزود من أداء تعويض مرهق.

### الفرع الثالث

#### الالتزام بالسرية

تمثل الخدمة الرئيسية التي يقدمها مزود خدمة التصديق بالتعريف بشخص صاحب التوقيع الرقمي والتحقق من صحة توقيعه الرقمي وتأكيد ذلك. وهذا ما يتطلب بالضرورة إطلاع المزود على العديد من البيانات الخاصة بصاحب التوقيع، إذ لا يصدر المزود شهادة المصادقة إلا بعد تحققه من هوية الموقع وتأكيده من أن توقيعه الرقمي صحيح وأنه حائز بشكل حصري على أداة إنشاء التوقيع المتمثلة بالرقم السري، وهذا ما يستلزم

- 
- =الالكترونية أو نتيجة لأي عيب فيها، يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن الخسائر التي يتكبدها :
- أ- كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم شهادة المصادقة الالكترونية.  
ب- أي شخص اعتمد بصورة معقولة على شهادة المصادقة الالكترونية التي أصدرها مزود خدمات التصديق.
- وبخلاف ذلك ينص قانون المعاملات الإلكترونية العماني على تعويض الضرر الذي لحق الموقع المتعاقد مع المزود كاملا، انظرالماد (١/٣٥) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.
- 1 انظر: المادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي التي تقضي بأنه : " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار."

اطلاعه على الرقم السري لصاحب التوقيع ، وقد يقدم المزود خدمة استحداث التوقيع الرقمي فيطلع أيضا بحكم تقديمه لهذه الخدمة على الرقمين السري والعلني لصاحب التوقيع ، وهذه البيانات سواء كانت خاصة بشخص الموقع أو متعلقة بتوقيعه الرقمي والمعاملات الالكترونية التي يبرمها تعد بيانات سرية بطبيعتها، إذ يترتب على الإفشاء بها إلحاق الضرر بالموقع.

بناء على ذلك فإن بعضاً من قوانين التجارة الالكترونية تتضمن نصوصاً خاصة بفرض التزام على عاتق المزود بالمحافظة على سرية البيانات الخاصة بالموقع. من هذه القوانين على سبيل المثال المادة (٨/١) التوجيه الأوربي الخاص بالتواقيع الالكترونية والمادة (١٥) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ ، والمادة (٢١) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ ، والمادة (٣/٢٣) من نظام المعاملات الالكترونية السعودي والمادة (٣٧) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ ، والمادة (٤٤) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

ولم يغفل قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة هذا الالتزام، إذ نص عليه في الفصل الخاص بالعقوبات موقفاً جزاءً جنائياً على المزود الذي يقوم بإفشاء المعلومات التي يحصل عليها بمناسبة تقديم خدماته وبموجب ما يخوله الترخيص الممنوح له من سلطة الاطلاع على تلك المعلومات. حيث تنص المادة ٢٨ من القانون المذكور على أنه : " ١ - يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألفاً ولا تزيد على مائتي ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص تمكن بموجب أية سلطات ممنوحة له في هذا القانون من الاطلاع على معلومات في سجلات أو مستندات أو مراسلات الكترونية ، وأفشى أيّاً من هذه المعلومات ."

ومما يلاحظ على نص المادة ٢٨ السابق الذكر أنه لا يتعلق بالمزود على وجه التحديد، فقد ورد النص بلفظ العموم، وحكمه يسري على

كل شخص يفشي معلومات وردت في إطار معاملات الكترونية أو بمناسبةها وتمكن من معرفتها بموجب السلطات الممنوحة له قانوناً. مثلما لا يتعلق الأمر بالمعلومات الخاصة بصاحب التوقيع الرقمي حامل الشهادة، إذ يمكن أن تتعلق هذه المعلومات بالغير الذي يتعاقد معه صاحب التوقيع الرقمي، فالغير طرف في تلك المعاملات والمراسلات الالكترونية، إلا أن المزود مشمول بحكم النص المذكور، إذ يسري عليه وصف المسؤول الوارد فيه، وهو "شخص تمكن بموجب أية سلطات ممنوحة له في القانون من الاطلاع على معلومات في سجلات أو مستندات أو مراسلات الكترونية". ويمثل هذا النص سنداً قانونياً لالتزام المزود بالسرية تجاه الموقع حامل الشهادة.

وقد أكدت لائحة مزودي خدمات التصديق الالكتروني على التزام المزود بالسرية في المادة (٢٨) منها حيث تقضي بأنه "يلتزم مزود خدمات التصديق الالكتروني بما يأتي: أ- التقيد بجميع القوانين والأنظمة المطبقة فيما يتعلق بخصوصية المعلومات الشخصية وحمايتها".

ويعد هذا الالتزام - إذا ما أردنا تأصيله - تطبيقاً من تطبيقات الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، ويعد نص المادة ٢٨ الوارد أعلاه نصاً خاصاً. أما القاعدة العامة فنجدتها في نص المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٣ لسنة ١٩٨٧. وهذا النص يقضي بأنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فأفشاء في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته".



إن التزام المزود بالسرية تجاه صاحب التوقيع يقوم على ذات الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالمحافظة على سر المهنة بشكل عام، فطبيعة العلاقة القانونية بين المزود وبين الموقع تقوم على أساس من ثقة الموقع بالمزود، فالمعلومات التي يحصل عليها المزود بمناسبة تقديمه خدمة التصديق هي أمور يحرص الموقع على عدم اطلاع الغير عليها. من ذلك مثلاً رقمه السري الممثل لأداة انشاء التوقيع الرقمي، او العقود والمعاملات الالكترونية التي يبرمها مع الغير. ومن شأن إفشاء مثل هذه المعلومات إلحاق الضرر بالموقع يستوي في ذلك أن يكون الموقع تاجراً أو غير تاجر.

بناء على ذلك يتقرر هذا الالتزام ويفرض على عاتق المزود ولو لم يرد النص عليه في العقد، وأكثر من ذلك يعد هذا الالتزام مفترض في العقود التي تبرم مع مزود خدمة التصديق حتى لو أن المشرع لم يتول النص عليه. فتنفيذ العقد بحسن نية - وهو مبدأ عام يسري على جميع العقود - يفترض أن يمتنع المتعاقد عن إلحاق الضرر بالطرف الآخر بالعقد. ومن البديهي أن إفشاء المزود للمعلومات الخاصة بالموقع من شأنه إلحاق الضرر به.

وفقاً لما تقدم يمكن أن نحدد مضمون هذا الالتزام ومحلّه، على الرغم من أن المشرع الإماراتي لم يحدد ذلك في القاعدة الخاصة او في القاعدة العامة.

إذ يتحدد مضمون الالتزام بالسرية بالمحافظة على المعلومات الخاصة بالموقع وعدم إذاعتها او إفشائها للغير. الا أن تحديد مضمون الالتزام بهذه الصورة المطلقة لا يستقيم مع الغاية من فرض هذا الالتزام ولا مع النصوص المنظمة لأحكامه، فالغاية من فرض هذا الالتزام حماية الموقع من الضرر الذي يمكن أن يلحقه في حال اطلاع الغير على معلومة تخص الموقع ويجهلها الغير، أو على الأقل أن يكون من شأن اطلاعه عليها منحه تأكيدا واطمئناناً بخصوص صحة هذه المعلومة لم يكونا لديه من قبل،

1 انظر المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة النافذ رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

وهذا يتطلب أن تكون هذه المعلومة مما يصدق عليه وصف السر، وهي تكون كذلك إذا كانت مما لا يعتبر أمراً معروفاً أو شائعاً للكافة. وفي تحديد وصف السر وفقاً لهذا المفهوم ينبغي أن يؤخذ بنظر الاعتبار أن الأمر يتعلق بمعاملات تبرم الكترونيًا، وأطراف هذه المعاملات لا يجمع المكان بينهما، ولا يعرف أحدهما الآخر في الغالب الأعم من الحالات، وهذا ما يوسع من نطاق ما يعد من قبيل السر في ميدان المعاملات الالكترونية، فالبيانات الشخصية كالاسم والمهنة والجنسية لا تعد من قبيل الأسرار فيما يتعلق بالمعاملات التقليدية، إذ أنها تعد أمراً معروفاً وشائعاً للكافة، في حين أنها لا تعد كذلك عندما يتعلق الأمر بالمعاملات الالكترونية. فتدخل بناء على ذلك في نطاق الأسرار التي يتعين على المزود حفظها. وتطبيقاً لذلك تلزم المادة الثامنة من التوجيه الاوربي الخاص بالتوقيع الالكتروني مقدمي خدمات التصديق بالحفاظ على المعلومات ذات الطابع الشخصي. وقد حددت المادة الثانية من التوجيه الاوربي الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ الخاص بكيفية التعامل مع المعلومات الشخصية المقصود بالمعلومات ذات الطابع الشخصي بأنها " كل معلومة تتصل بشخص محدد الهوية أو قابل للتحديد". يستوي في ذلك أن تكون تلك المعلومات متعلقة بالعناصر الطبيعية للشخص كسنه مثلاً أو أن تكون متعلقة بأمر آخر خارج عن تلك العناصر كوضعه المالي مثلاً، طالما كانت تلك المعلومات متصلة بشخص معين.

بناء على ما تقدم يمكن تصور أن يكون اسم الموقع من قبيل الأسرار، إذ يسري عليه وصف المعلومات ذات الطابع الشخصي. وهذا ما أثار تساؤل الفقه عمّا اذا كان بإمكان الموقع أن يطلب من المزود إخفاء اسمه الحقيقي وتضمنين شهادة المصادقة اسماً مستعاراً عند إصدارها؟  
يجيب الفقه على هذا التساؤل بالإيجاب استناداً إلى ما ذهبت إليه بعض القوانين المتعلقة بالتجارة والتوقيع الالكتروني<sup>١</sup>. من ذلك على

١ انظر: د. سعيد السيد قنديل، مصدر سابق، ص ٨٩.  
وانظر أيضاً: د. وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

سبيل المثال الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالتوقيع الالكتروني. إذ تقضي بأنه: " مع عدم الإخلال بالآثار القانونية التي ترتبها التشريعات الداخلية بالنسبة للاسم المستعار، لا تستطيع الدول أعضاء الاتحاد منع مقدمي خدمات التصديق من وضع اسم مستعار على الشهادة بدلا من الاسم الحقيقي للموقع".

وإذ نؤيد فكرة توسيع مفهوم السر في إطار المعاملات الالكترونية، إلا أن استعمال اسم مستعار للموقع في شهادة المصادقة ينبغي أن يكون مقروناً بضوابط معينة كيما تنتفي الغاية من إصدارها وتقديمها. ذلك أن الغاية الرئيسية من إصدار شهادة المصادقة تتمثل بتحديد هوية الموقع وتأكيد أن التوقيع الرقمي يعود له دون سواه. ويمكن أن يتحقق ذلك في الواقع باستعمال الاسم المستعار، بأن يبرم صاحب التوقيع الرقمي تعاملات الكترونياً مع الغير باستعمال اسم مستعار، وتصدر شهادة المصادقة حاملة ذات الاسم المستعار الذي اختاره الموقع، وبذلك ينسب التوقيع الرقمي المبين رقمه العلني في الشهادة لحامل الشهادة ذاته الذي تعامل مع الغير وليس لشخص آخر، وهذا ما يتحقق معه تأكيد أن التوقيع الرقمي يعود لحامل الشهادة، ويبقى تحديد هوية الموقع، إذ لا يعد كافياً في تقديرنا لتحديد هوية الموقع أن يُعرف باسم مستعار. ويظهر هذا الأمر جلياً عند إخلال الموقع بالتزاماته تجاه الغير، أو عندما يثور بينهما نزاع معين بشأن تنفيذ العقد. فإذا أراد الغير مطالبة الموقع بتنفيذ التزاماته مطالبة قضائية، أو أراد إحالة النزاع القائم بينهما الى القضاء فإن الأمر يستلزم معرفة اسمه الحقيقي. وللجمع بين المصالح نرى أن يحتفظ مزود خدمة التصديق بالمعلومات المتعلقة بهوية الموقع واسمه الحقيقي، ولا يقوم بإصدار شهادة المصادقة إلا بعد أن يتحقق من صحة المعلومات التي أدلى بها الموقع بشأن هويته. وبهذه الصورة فإنه إصداره الشهادة حاملة الاسم المستعار للموقع لا يخل بإمكانية تحديد هوية الموقع عند الضرورة.

ويذهب الفقه<sup>١</sup> إلى أن المعلومات المتعلقة بشخص معين لا تكون سرّاً إلا إذا كانت بيانات محددة. أما إذا كانت المعلومات عامة غير محددة فإنها لا تعد سرّاً، ولا يعد إفشاؤها إخلالاً بالالتزام بالسرية. وتطبيقاً لذلك يعد المزود مخلاً بالتزامه بالسرية إذا أطلع الغير على الرقم السري الممثل لأداة إنشاء التوقيع، أو أطلعه على أسماء من أبرم معهم الموقع تعاملات الكترونية اعتماداً على شهادة المصادقة أو قيمة هذه المعاملات، أما إذا قدّم المزود معلومات عامة عن صاحب التوقيع حامل الشهادة، كأن أدلى برأي عن موقعه الإلكتروني وفق أسس موضوعية عامة يمكن معرفتها من جهات أخرى فلا يعد ما أدلى به سرّاً محظوراً عليه إفشاؤه.

وإذا كان مضمون التزام المزود بالسرية يتمثل بالمحافظة على المعلومات الخاصة بالموقع وعدم إذاعتها للغير فإن محل هذا الالتزام يتحدد وفقاً لذلك بالامتناع عن عمل هو إفشاء المعلومات التي تعد سرّاً وفقاً للتحديد السابق. وينبني على ذلك تحديد طبيعة الالتزام بكونه التزاماً بتحقيق نتيجة. ويلزم من ذلك عدّ المزود مخلاً بالتزامه في حال عدم تحقق النتيجة، وهي بقاء المعلومات الخاصة بالموقع طي الكتمان. ويؤدي هذا الإخلال إلى قيام مسؤولية المزود العقدية تجاه الموقع.

ومع ذلك فإن إفشاء المعلومات الخاصة بالموقع لا يؤدي إلى قيام مسؤولية المزود تجاه الموقع بشكل مطلق، فحتى يعد إدلاء المزود بالمعلومات الخاصة بالموقع إفشاءً ينبغي أن يكون الإدلاء للغير، فلا يعد تقديم المزود تلك المعلومات إلى الموقع ذاته إفشاءً للسر، يستوي في ذلك أن يكون الموقع عالماً بتلك المعلومات الخاصة به أو أنها لم تصل إلى علمه بعد، ويعد هذا الحكم بديهياً، فالتزام المزود بالسرية مقرر لصالح الموقع، فهو صاحب المصلحة في عدم إفشائه، كما أن التزام المزود بالسرية يعد حق الموقع المقابل، لذا فإن من الطبيعي أن يكون للموقع حق الاطلاع

١ انظر: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٧١٢. وقد تناول موضوع سر المهنة في إطار موضوع السر المصرفي.

على المعلومات الخاصة به، والاطلاع على الوثائق التي ضمنت هذه المعلومات، وليس للمزود أن يمتنع عن إطلاعه عليها محتجاً عليه بالتزامه بالسرية. ويأخذ حكم الموقع الخلف العام للموقع كالورثة. ويذهب بعض من الفقه إلى أن لصاحب السر أن يشترط على الملزم بحفظه عدم إطلاع ورثته عليه، وهذا الشرط يكون بطبيعة الحال خلافاً للأصل. إذ أن الأصل أن تكون للورثة حقوق المورث، وإذا كان حفظ السر حقاً للموقع فإنه يكون كذلك بالنسبة لخلفه العام. لذا فإن حجب المعلومات عن الخلف العام ينبغي أن يكون بموجب شرط صريح من الموقع، كما ينبغي أن يفسر هذا الشرط تفسيراً ضيقاً، فلا يشمل جميع المعلومات الخاصة بالموقع لأنها بالوفاة تصبح حقاً للموقع. إنما يقتصر هذا الشرط على المعلومات التفصيلية التي تخص وقائع معينة تعد شخصية بحجة بالنسبة لصاحب السر<sup>1</sup>.

ويأخذ حكم الموقع أيضاً - فضلاً عن خلفه العام - من يمثله قانوناً. كما هو الحال بشأن مصفي الشركة في حال كان الموقع شخصاً معنوياً، والنائب القانوني عن القاصر.

ففي الحالات المتقدمة لا يعد المزود مخللاً بالتزامه بالسرية تجاه الموقع في حال قيامه بتقديم المعلومات الخاصة بالموقع. وتبرير ذلك هو أنه غير ملزم بحفظ السر تجاه الأشخاص المتقدم ذكرهم. ومادام غير ملزم فلا يمكن القول بإخلاله بالالتزام.

كما لا يعد المزود مخللاً بالتزامه بالسرية إذا ما أدلى بالمعلومات الخاصة بالموقع إلى الغير بإذن من الموقع. من ذلك على سبيل المثال أن يخول الموقع شخصاً معيناً باستخدام أداة إنشاء التوقيع باسمه وحسابه ويُدْرَج اسمه في شهادة المصادقة كنائب له في التوقيع، فيأذن بذلك للمزود بأن يُعلم النائب بالرقم السري الممثل لأداة إنشاء التوقيع. أو أن يأذن الموقع للمزود بأن يقدم لمدير حساباته تفاصيل المعاملات الالكترونية التي أبرمها واستند في إبرامها إلى شهادة المصادقة الصادرة عنه.

1 انظر: د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص ٧١٩.

وتحليل الحكم المتقدم مفاده أن إذن الموقع للمزود بإطلاع الغير على المعلومات الخاصة به إنما يعد نزولا منه عن حقه في كتمان تلك المعلومات وسريتها. وينبني على هذا التحليل القول بوجود أن يتقيد المزود بمحدود إذن الموقع، فلا يطلع الغير على معلومات لم يأذن له الموقع بإطلاعه عليها. فإذا إذن الموقع للمزود مثلا أن يطلع مدير حساباته على تفاصيل المعاملات الالكترونية التي أبرمها الموقع فإن هذا لا يميز للمزود أن يطلع مدير الحسابات المذكور على الرقم السري للموقع. وبخلاف ذلك فإن المزود يعد مخلاً بالتزامه بالسرية ويتحمل المسؤولية التي تترتب على هذا الإخلال.

وفضلا عما تقدم لا يسأل المزود عن إفشائه للمعلومات الخاصة بالموقع إذا كان إفشائه لتلك المعلومات قد تم تنفيذاً لنص قانوني يلزمه بذلك، من ذلك على سبيل المثال ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي السابق الاشارة اليها، فبعد أن قضى المشرع في الفقرة الاولى من هذه المادة الالتزام بالسرية، عاد ليقرر في الفقرة الثانية انتفاء هذا الالتزام إذا ما تم التصريح بالمعلومات تنفيذاً لذات القانون، كما هو شأن تقديم المعلومات لمراقب خدمات التصديق وهي الجهة التي تتولى تصديق ومراقبة أنشطة مزودي خدمات التصديق والإشراف عليها<sup>١</sup>، أو تنفيذاً لأية إجراءات قضائية. ونجد لهذا الحكم تأصيلاً في القاعدة التي تقضي بتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في حال تعارضهما<sup>٢</sup>.

1 انظر : المادة (٢٠) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦.

2 تتضمن القاعدة العامة للالتزام بالمحافظة على سر المهنة الواردة في نص المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الاتحادي للدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ رسماً لحدود الالتزام بالمحافظة على سر المهنة وفقاً لما تقدم. فالمزود لا يعد مرتكباً لفعل الإفشاء إذا كان هذا الإفشاء في أحوال مصرح بها قانوناً. فإذا لم يكن القانون قد صرح له بإفشاء السر فإنه يكون ملزماً بحفظه<sup>٣</sup> وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله<sup>٤</sup>. فالإذن من صاحب الشأن هي الحالة الثانية التي تنتفي فيها مسؤولية المزود عن فعل إفشاء السر.

وإذا كان أداء المزود لمهنته وتقديمه لخدماته يتطلب حصوله على معلومات خاصة بالموقع، فإن هذه المعلومات أو القدر الأكبر منها ينبغي أن يقدم من الموقع وهذا هو محور الالتزام الأول من التزامات الموقع التي نتولى بيانها في المطلب الآتي.

## المطلب الثاني

### التزامات الموقع تجاه مزود خدمة التصديق

يرتب التصديق على التوقيع الرقمي التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، ففضلاً عن الالتزامات الملقاة على عاتق المزود تفرض التزامات على عاتق الموقع. وتمثل التزامات الموقع بالتزامات ثلاثة رئيسية هي الالتزام بالإدلاء بالبيانات والالتزام بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع والالتزام بأداء الأجر للمزود. وسنقصر بحثنا على الالتزامين الأول والثاني، حيث لا خصوصية في الالتزام بأداء الأجر، وفيما يأتي بيان لهما.

## الفرع الأول

### الالتزام بالإدلاء بالبيانات

بينما فيما سبق أن مزود خدمة التصديق ملزم تجاه الموقع بالتبصير، والالتزام بالتبصير صورة من صور الالتزام بتقديم البيانات، وصاحب التوقيع الرقمي ملزم تجاه المزود بموجب ذات العقد بالإدلاء ببيانات معينة، إلا أن التزام كل منهما بالإدلاء بالبيانات يختلف في غرضه عن التزام الآخر، وفي ضوء هذا الغرض تتحدد البيانات التي يتعين الإدلاء بها، فالغرض من إلزام المزود بتبصير الموقع هو تمكين الأخير من إبرام العقد برضاء حر مستتير، لأن المزود له من المعرفة الفنية والتقنية ما ليس للموقع، فالمزود هو من يتولى إصدار شهادة المصادقة الالكترونية ويضع حدود الاستفادة منها، فلزم من ذلك أن يحيط الموقع علماً بتلك الحدود لما لذلك من أثر على معاملاته مع الغير التي يجريها اعتماداً على الشهادة. بيد أن المزود لا يستطيع أن يصدر الشهادة ما لم تكن لديه البيانات اللازمة التي يضمنها الشهادة، وإذا كان باستطاعة المزود أن يقف بوسائله الخاصة

على بعض هذه البيانات فإنه لا يستطيع أن يلم بجميع هذه البيانات دون تدخل من الموقع، بناء على ذلك يتحدد الغرض من التزام الموقع بالإدلاء بالبيانات وتوضح أهميته، فالبيانات التي يدلي بها الموقع تمكن المزود من تنفيذ التزامه بإصدار شهادة المصادقة.

وحيث إن البيانات التي يدلي بها الموقع تكون أساساً للبيانات التي ترد في الشهادة، فإن من البديهي وجوب أن تكون هذه البيانات دقيقة، مما يضمن بالتالي دقة ما تتضمنه الشهادة من بيانات، إلا أن ما يدلي به الموقع من بيانات قد يكون دقيقاً عند إصدار الشهادة، لكنه يصبح على خلاف ذلك أثناء سريانها لتغير في المراكز القانونية أو في الظروف أو الوقائع المادية، وهذا ما يتطلب تدخل الموقع من جديد للإدلاء بما يفيد تغير البيانات التي سبق وأن أدلى بها.

بناء على ذلك يمكن تقسيم التزام الموقع بالإدلاء بالبيانات على مرحلتين، الأولى قبل إصدار شهادة المصادقة الالكترونية أما المرحلة الثانية فهي أثناء سريان شهادة المصادقة الالكترونية، وعلى النحو الآتي بيانه.

#### أولاً: الإدلاء بالبيانات قبل إصدار شهادة المصادقة الالكترونية:

يتعين على الموقع أن يقدم للمزود عند إبرام عقد التصديق على التوقيع الرقمي بيانات معينة، إذ يترتب على المزود بمجرد إبرام عقد التصديق تنفيذ التزامه بإصدار شهادة المصادقة على التوقيع الرقمي، وحتى يتمكن من ذلك لا بد من أن تتوافر لديه بيانات معينة. إلا أن الموقع لا يلزم بتقديم جميع البيانات اللازمة لإصدار شهادة المصادقة، كما أنه لا يلزم بتقديم أي بيان يتعلق به أو بنشاطه التجاري، فالبيانات التي يلزم بالإدلاء بها والتي تحدد مضمون التزامه هي تلك التي يتوافر فيها شرطان، يتمثل الشرط الأول منهما بأن تكون البيانات جوهرية، أما الشرط الثاني فهو أن تكون هذه البيانات معلومة للموقع. ويستفاد الشرط الأول من نص المادة (١٩ / ١ - ٤) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الذي يقضي بأنه: " يجب على الموقع .... ٤ - أن يمارس عناية



معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات وتصريحات جوهرية ذات صلة بشهادة المصادقة الالكترونية طوال مدة سريانها...<sup>١</sup>.

وترد على النص المتقدم ملاحظتان جوهريتان:

الاولى: هي أن المشرع الاماراتي ألزم الموقع بأن يقدم بيانات جوهرية تتعلق بشهادة المصادقة الالكترونية، الا أنه قصر هذا الالتزام - كما قد يوحي بذلك ظاهر النص - على المرحلة التالية لإصدار الشهادة واستعمالها من قبل الموقع، بتقييده التزام الموقع بتقديم البيانات المذكورة بمدة سريان الشهادة، إلا أن هذا النص - بتقدير المتواضع - ينبغي أن لا يُفسر حرفياً، بل يتسع تفسيره ليفرض على الموقع أن يقدم البيانات ابتداءً وقبل أن تبدأ مدة سريان الشهادة، ولنا في ذلك سندان، الأول سند مستمد من الواقع، فاصدار شهادة المصادقة دون تدخل من الموقع بتقديم البيانات اللازمة لاصدارها قد يكون أمراً متعذراً، فمن البيانات ما لا يعلمه الا الموقع كالبيان المتعلق بأداة إنشاء التوقيع الرقمي (الرقم السري) ، إذ يتعين على المزود أن يتحقق من ارتباط أداة إنشاء التوقيع الرقمي (الرقم السري) بأداة التحقق منه (الرقم العلني) ونسبتهما الى شخص الموقع، ولن يكون بمقدوره إجراء هذا التحقق دون أن يقدم له الموقع البيانات اللازمة فهذا البيان مما يفترض أن يكون معلوماً للموقع دون سواه. أما سندنا الثاني فهو سند قانوني، فالصدر التاريخي لنص المادة (١٩) المشار اليه هو نص المادة الثامنة من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التواقيع الالكترونية الذي تم اقراره في الخامس من يوليو عام ٢٠٠١، ونص المادة الثامنة يشير الى التزام الموقع بالادلاء بالبيانات عند ادراجها بالشهادة أي قبل تمام إصدارها ووضعها في التداول. إذ يقضي نص المادة الثامنة بأنه: "حيثما يمكن استخدام بيانات إنشاء التوقيع لإنشاء توقيع يكون له مفعول قانوني، يتعين على كل موقع... ج- أن يمارس،

1 تقابلها المادتان (٢١، ١٦) من قانون المعاملات الالكترونية التونسي، والمادة (٢٤) من قانون المعاملات الالكترونية العماني والمادة (٢٢/٢، ١) من نظام التعاملات الالكترونية السعودي.

في حالة استخدام شهادة لتأييد التوقيع الالكتروني، غناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه الموقع من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، أو التي يتوخى إدراجها في الشهادة.

أما الملاحظة الثانية فهي أن المشرع لم يحدد المقصود بالبيانات الجوهرية، ويمكن في هذا الصدد أن نحددها بكونها البيانات اللازمة لإصدار شهادة المصادقة الالكترونية، وتحديد ما يعد لازماً من البيانات لإصدار الشهادة مرتبط بالغرض من إصدار الشهادة وتقديمها، ويتمثل هذا الغرض بتحقيق الارتباط بين الموقع وبين الرقم الممثل لتوقيعه الرقمي، بما يتحقق معه التأكد من هوية الموقع والتأكد من صحة توقيعه. ويمكن تصنيف البيانات التي تحقق هذا الغرض الي صنفين، الأول بيانات شخصية، ويدخل فيها كل ما يتعلق بشخص الموقع ويحدد هويته، كاسمه ومهنته وجنسيته ورقم القيد في السجل التجاري اذا كان تاجراً، وإذا كان صاحب التوقيع الرقمي شخصاً اعتبارياً يضاف الى هذه البيانات بيانات عن الشخص الذي يمثله ويحول باستخدام التوقيع الرقمي. والصنف الثاني هو بيانات موضوعية تتعلق بالتوقيع الرقمي للموقع وتتمثل بتقديم الأرقام التي تمثل التوقيع الرقمي وهما ( الرقم السري ) ويمثل أداة إنشاء التوقيع و( الرقم العلني ) ويمثل أداة التحقق من التوقيع. فإذا لم يكن البيان جوهرياً بحيث يمكن للشهادة أن تحقق الغرض من إصدارها بدونها فلا يلزم الموقع بالادلاء به، وتطبيقاً لذلك لا يلزم الموقع بأن يقدم للمزود بياناً عن سمعته المالية أو تصنيفه الائتماني، كما لا يلزم بأن يصرح للمزود بالأحكام القضائية التي صدرت بحقه، فمثل ذلك يخرج عن نطاق شهادة المصادقة والغرض منها.

الا أن الموقع لا يلزم بتقديم البيانات وإن كانت بيانات جوهرية ولازمة لإصدار شهادة المصادقة إلا إذا كانت معلومة له، وهذا هو الشرط الثاني الذي يحدد ما يلزم الموقع بتقديمه من بيانات، وهذا الشرط يجد سنده في القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا التزام بمستحيل، فإذا كان الموقع قد اتفق مع مزود خدمة التصديق على أن يقوم الأخير باستحداث التوقيع

الرقمي وإصدار شهادة مصادقة الكترونية، فإن الموقع لا يكون ملزماً بتقديم البيانات عن أداة إنشاء التوقيع وأداة التحقق منه لأنه لا يعلم بها ساعة إبرام العقد مع المزود.

ولا يكفي أن يقدم الموقع ما يعلم من بيانات لازمة لإصدار الشهادة، إنما ينبغي أن تكون هذه البيانات دقيقة وكاملة. والتزام الموقع بتقديم البيانات هو التزام ببل عناية<sup>١</sup>، وهو ما يستفاد من نص المادة (١/١٩) السابق الإشارة إليها إذ تنص على أن على الموقع "أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات". ويلاحظ على النص أن المشرع حدد مستوى العناية بعبارة "العناية المعقولة"، والعناية المعقولة في تقديرنا المتواضع هي ما تقضي به القواعد العامة، إذ تحدد هذه القواعد مستوى العناية المطلوب في كل التزام يطلب فيه من المدين توخي الحيلة في تنفيذه بعناية الشخص العادي<sup>٢</sup>، بناء على ذلك يعد الموقع موفياً بالتزامه إذا بذل عناية الشخص العادي في الحصول على البيانات والتحقق من دقتها واكتمالها، فإذا لم يبذل المقدار المطلوب من العناية للحصول على البيانات وتقديمها، أو لم يبذل العناية اللازمة للتحقق من دقة المعلومات فإنه يعد مخرلاً بالتزامه، ويتحمل المسؤولية العقدية تجاه المزود عن إخلاله بالتزامه، فضلاً عن تحمله المسؤولية تجاه الغير الذي يتعاقد معه اعتماداً على الشهادة وبياناتها. وهذا الحكم لا يعدو كونه تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، ومع ذلك فقد أكد عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة (١٩) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية، فبعد النص في الفقرة الأولى على التزام الموقع بالادلاء بالبيانات، جاءت الفقرة الثانية لتؤكد ما يترتب على مخالفة هذا الالتزام بنصها على أن "يكون

1 ويشاطر المشرع الاماراتي في ذلك المشرع العماني حيث يجعل التزام الموقع بالادلاء بالبيانات التزاماً يبذل عناية في المادة (٢٤) منها، وبخلاف ذلك جعلت المادة (٢٢) من نظام المعاملات الالكترونية السعودي والمادة (٢١) من قانون المعاملات الالكترونية التونسي التزام الموقع بتقديم بيانات صحيحة التزاماً بتحقيق نتيجة.

2 انظر المادة (١/٣٨٣) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي.

الموقع مسئولاً عن تقصيره في استيفاء متطلبات الفقرة (أولاً) من هذه المادة".

إن ما تقدم يثير التساؤل عن الحكم فيما لو أصدر المزود شهادة مصادقة تتضمن بيانات غير دقيقة بناء على بيانات غير دقيقة قدمها الموقع، فمن منهما يسأل في حال أصيب الغير الذي اعتمد على هذه الشهادة وعوّل عليها؟

بيننا فيما سبق أن على المزود التزاماً بإصدار شهادة مصادقة دقيقة وكاملة في بياناتها والتزامه هذا هو التزام يبذل عناية، ومفاد ذلك أن على المزود أن يبذل العناية للتحقق من دقة ما يقدمه الموقع من بيانات ولا يكتفي بإدراج تلك البيانات بمجرد تقديمها من الموقع، عليه فإن المزود يكون مسئولاً إذا لم يبذل المقدار المطلوب من العناية في التحقق من صحة البيانات، كما لو أن الموقع قدّم بيانات تتعلق بهويته وأسندها بتقديم جواز سفر مزور تزويراً غير متقن، ففي هذا الفرض وفضلاً عن قيام مسؤولية الموقع لأنه أخل بالتزامه بتقديم البيانات تقوم مسؤولية المزود إذا أصدر الشهادة ولم يتبين عدم دقة ما قدمه الموقع من بيانات، بخلاف ذلك لا يكون المزود مسئولاً إذا بذل العناية المطلوبة من التحقق ومع ذلك لم يكشف عدم دقة البيانات المقدمة إليه، كما لو أن الموقع قدّم له جواز سفر مزور تزويراً متقناً لإثبات هويته غير الحقيقية.

#### **ثانياً: الالتزام بالأدلاء بالبيانات أثناء سريان الشهادة:**

تتضمن شهادة المصادقة بيانات معينة، وهذه البيانات على النحو المبين فيما سبق تتعلق بهوية الموقع وتوقيعه الرقمي، والغرض منها هو التأكيد على أن صاحب التوقيع الرقمي هو الشخص المبينة هويته في الشهادة وأنه وحده من يحوز أداة إنشاء التوقيع الرقمي (الرقم السري)، إلا أنه قد يطرأ أثناء سريان الشهادة ما يجعل البيانات الواردة فيها غير دقيقة فلا تعود الشهادة صالحة لتحقيق الغرض منها. بناء على ذلك يتطلب الأمر متابعة البيانات الواردة في الشهادة لضمان دقتها طوال مدة سريانها، وحيث إن الموقع هو من يستخدم الشهادة ويحوز أداة إنشاء التوقيع، فإنه

يكون الأقدار على متابعة ما يطراً على البيانات الواردة فيها من تغيير. لذا فقد ألزمه المشرع بأن يقدم بيانات بشأن ما يستجد أثناء سريان الشهادة من تغيير، وسند هذا الإلزام وارد في نص المادة (١٩/١) السابق الإشارة إليها. ولا تختلف شروط البيانات التي يلزم الموقع بتقديمها أثناء سريان الشهادة عن تلك التي يشترط توافرها في البيانات التي يقدمها عند إبرام العقد، إذ ينبغي أن تكون البيانات جوهرية، بأن يكون من شأنها التأثير على الغرض الذي صدرت الشهادة من أجله، من ذلك مثلاً أن يخوّل الموقع شخصاً معيناً بالتوقيع رقمياً نيابة عنه، مما يتطلب إضافة بيانات تتعلق بهوية النائب المخوّل بالتوقيع، ومثل هذا البيان جوهرية لأن استعمال أداة إنشاء التوقيع في هذه الحالة لم يعد قاصراً على صاحب التوقيع الرقمي، وكذلك الحال إذا حصل العكس بأن أُلغى الموقع تخويل النائب بالتوقيع المبين اسمه في الشهادة أو استبدله بشخص آخر.

ولعل من أهم البيانات الجوهرية الواردة في الشهادة ذلك الذي يحقق الارتباط بين الموقع وبين توقيعه الرقمي الممثل بأداة إنشاء التوقيع، ويفيد بأن هذه الأداة تعود للموقع وتحت سيطرته ولا يمكن لشخص آخر سواه أن يستخدمها، لذا يتعين على الموقع المبادرة بإخطار المزود فضلاً عن كل شخص أرسلت له الشهادة وأعتد عليها إذا فقد السيطرة على أداة إنشاء التوقيع، كما في حالة ضياع أو سرقة البطاقة الذكية التي تضم الرقم السري. وبالنظر لأهمية هذا البيان فقد أولاه المشرع عناية خاصة، فأفرد له بنداً مستقلاً ضمن واجبات الموقع هو البند الثالث من الفقرة الأولى من المادة التاسعة عشرة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث يقتضي بأنه: " يجب على الموقع... أن يخطر الأشخاص المعنيين بدون تأخير غير مبرر، وذلك في حالة: أ- علم الموقع بأن أداة توقيعه قد تعرضت لما يثير الشبهة في درجة أمانها. ب- أو إذا تبين من دلالة الظروف المعروفة لديه ما يرجح أن تكون أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة فيها."

1 - تقابلها المادة (٢٤) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني.

ويؤكد هذا النص الشرط الثاني اللازم توافره في البيانات التي يلزم الموقع بالتصريح بها، وهو أن تكون البيانات معلومة له، فهو لا يلزم بأن يقدم أي بيان لا يعلم به والا أصبح ملزماً بمستحيل ولكن لا يشترط للقول بتحقيق العلم أن يكون العلم يقينياً، بل يكفي أن يكون العلم قد بلغ مرتبة الظن الراجح ليدخل في نطاق التزام الموقع بالادلاء، وهذا ما يتضح من نص الفقرة (ب) من البند ثالثاً المشار إليه آنفاً.

ولعل مما يلاحظ على هذا النص ان المشرع وسّع من نطاق التزام الموقع بتقديم البيانات، فهذا الالتزام وإن كان مفروضاً عليه تجاه المزود بمناسبة العلاقة العقدية التي تربط بينهما، إلا أن المزود ليس الشخص الوحيد الذي تتعلق مصلحته بهذا الإخطار حرصاً على دقة الشهادات التي يصدرها ويقدمها للغير، فالغير ممن يتعاقد أو يحتمل أن يتعاقد مع الموقع له مصلحة أيضاً في أن يُزود بشهادة دقيقة في بياناتها وأن يتم إخطاره بأي تغيير يطرأ على بياناتها، عليه فقد فرض المشرع على الموقع الالتزام بالإخطار تجاه جميع "الأشخاص المعنيين"، وعبارة الأشخاص المعنيين لا تقتصر على المزود بل تتسع لتشمل الغير ممن يعرفه الموقع وتعاقد معه مثلما يمكن أن يدخل في نطاقها أشخاصاً يحتمل تعاقدهم مع الموقع فهو لم يتعاقد معهم بعد ولا يعرفهم، وقد يبدو في الزام الموقع بإخطار هؤلاء جميعاً عبئاً ثقيلاً، فمن العسير عليه إن لم يكن الأمر مستحيلاً أن يتبع كل من يحصل على شهادة المصادقة وأيا كانت طريقة حصوله عليها. ومع ذلك يمكن في تقديرنا المتواضع الجمع بين نص البند الثالث الذي يلزم الموقع بإخطار الأشخاص المعنيين ونص البند الأول من المادة (٢١) من القانون ذاته التي تلزم مزود خدمة التصديق بأن "يوفر وسيلة للموقعين تمكنهم من تقديم إخطار بأن أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة"، إذ يعد الموقع موفياً بالتزامه بالإخطار تجاه جميع الأشخاص المعنيين إذا استعمل وسيلة الإخطار التي يتيحها له مزود خدمة التصديق، لاسيما

١ إبراهيم سيلس أحمد ، قانون التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وقانون الملكية الأدبية والفكرية، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٤٥.

وأن هذا الأخير ملزم بأن يعدل الشهادة أو يعلقها أو يلغيها في ضوء ما يستجد من ظروف، وعليه أن يعلن ذلك، فيكون من اليسير على أي شخص معني بأمر هذه الشهادة أن يتحقق من دقة بياناتها وسريتها بالرجوع الى القوائم التي يعلنها مزود خدمة التصديق على النحو الذي سنوضحه لاحقاً في التزامات الغير.

## الفرع الثاني

### الالتزام بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع

يعد الالتزام بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع التزاماً مستحدثاً، إذ لا يفرض مثل هذا الالتزام على من يوقع توقيعاً تقليدياً، ذلك أن التوقيع التقليدي بأسلوبيه الشائعين، الإمضاء الكتابي وبصمة الإبهام، لصيق بشخص الموقع، فلا يتصور أن يستخدم شخص آخر إمضاء شخص آخر أو بصمة شخص آخر، بخلاف التوقيع الرقمي فهو غير لصيق بشخص الموقع، لأنه عبارة عن زوج من الأرقام، ويكون الرقم السري وهو أداة إنشاء التوقيع مخزوناً عادة في بطاقة ذكية أو في وسط خزن معين كذاكرة الحاسب الالكتروني، وبذلك يكون من السهل على من يتوصل الى هذا الرقم السري أن يستعمله مدعياً أنه صاحبه، ويكون التوقيع الناتج عنه توقيعاً صحيحاً لأنه أنشئ بالرقم السري الخاص بالموقع. وحيث إن الموقع هو الحائز لأداة إنشاء التوقيع ويفترض أنها تحت سيطرته وحده لذا فقد فرض عليه المشرع التزاماً بالمحافظة عليها، إذ تقضي المادة (١٩/١ - ٢) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي<sup>١</sup> بأنه: "يجب على الموقع... أن يمارس عناية معقولة لتفادي استخدام أداة توقيعه استخداماً غير مصرح به".

والالتزام الموقع بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع كما يتضح من نص المادة التاسعة عشرة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة. ويعد

١ تقابلها المادة (٢١) من قانون المعاملات الالكترونية التونسي والمادة (١/٢٢) من نظام التعاملات الالكترونية السعودي والمادة (٢٤) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

الموقع موفياً بالتزامه إذا بذل المستوى المطلوب من العناية، وقد عبّر المشرع عن هذا المستوى بعبارة "العناية المعقولة"، والعناية المعقولة في تقديرنا المتواضع هي عناية الشخص العادي الواردة في القواعد العامة، فوصف العناية بالمعقولة ليس فيه تحديد صريح لمستوى العناية، ويمكن أن تكون العناية معقولة في نظر الموقع فيكون ما بذله من العناية هو ما يبذله في شؤونه الخاصة، وقد تكون أقل أو أكثر من عناية الشخص العادي، ونعتقد أن هذه العبارة المستمدة من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام ٢٠٠١ يقصد بها أن تكون العناية معقولة في ميدان التعامل بالتوقيعات الرقمية، فهي ليست العناية التي يبذلها الشخص في شؤونه الخاصة وليست عناية الشخص الحريص، وإنما هي العناية المتوقعة من شخص وسط في صفاته وهو ما تعبّر عنه القواعد العامة بالشخص العادي.

إلا أن إلزام الموقع بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع الرقمي لا يعني عدم استعماله من قبل شخص آخر مطلقاً، فالتوقيع الرقمي وخصيصة كونه غير لصيق بشخص الموقع يتيح استعماله من قبل شخص آخر متى كان مخولاً من صاحب التوقيع الرقمي، عليه لا يعد الموقع مخلاً بالتزامه بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع إذا استعملها شخص آخر استعمالاً مصرحاً به، كأن يكون الموقع شخصاً اعتبارياً يديره أكثر من مدير بتخصصات مختلفة، فيكون التوقيع الرقمي لصاحبه الشخص الاعتباري ولكن يتاح استعماله من قبل أكثر من شخص يُخول كل منهم باستعماله في حدود معينة<sup>١</sup>. ومع ذلك ينبغي أن يكون للموقع في مثل هذا الفرض السيطرة على أداة إنشاء التوقيع، فيكون في مقدوره منع أي شخص آخر من استعمالها، كأن يكون الرقم السري في المثال السابق متاحاً على شبكة معلومات لا يمكن الدخول إليها إلا لأشخاص مصرح لهم بأرقام سرية،

١ المصدر السابق، ص ٣٣٧.  
أيضاً: أمير فرج يوسف، التوقيع الالكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٨٢.



فإذا أراد الموقع التراجع عن تخويله السابق باستعمال رقمه السري كان بمقدوره ذلك، لأن أداة التوقيع ما تزال تحت سيطرته وحده وهو ما تؤكدُه شهادة المصادقة الالكترونية. ومع ذلك ينبغي عند تخويل الموقع لشخص معين باستعمال توقيعه الرقمي أن يخطر المزود بذلك لإدراج اسم الشخص المخول في الشهادة، لأهمية ذلك للغير المتعاقد مع الموقع، فإذا لم يخطر المزود بذلك فإنه يعد محلاً بالتزامه بالادلاء بالبيانات وإن لم يعد محلاً بالتزامه بالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع.

### المبحث الثالث

#### العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير

لا تقتصر العلاقات التي يربتها التصديق على التوقيع الرقمي على العلاقة بين مزود خدمة التصديق والموقع صاحب التوقيع الرقمي، إذ يربط التصديق على التوقيع الرقمي فضلاً عن ذلك علاقة قانونية بين مزود خدمة التصديق والغير الذي يتعاقد معه الموقع، إذ يعتمد الغير شهادة المصادقة الالكترونية التي يصدرها المزود دليلاً على صحة التوقيع الرقمي وعائديته الى الموقع. فشهادة المصادقة موجهة في واقع الحال الى الغير، ولم يطلبها الموقع الا ليقدمها الى الغير. وحيث إن الغير سيعول على هذه الشهادة ويعتمد عليها في اتخاذ قراره بالتعامل مع الموقع، فإن المزود يكون ملتزماً بإصدار شهادة مصادقة دقيقة في بياناتها، كما يلزم بأن يحدّث هذه البيانات كلما طرأ تغيير عليها، حفاظاً على دقة ما تتضمنه الشهادة من بيانات. ولا يخلو الامر من التزامات تفرض على عاتق الغير، إذ عليه أن يتعقب شهادة المصادقة التي تقدم اليه، فيتأكد من نفاذها وعدم الغائها من قبل المزود الذي أصدرها. وإذا كان الفقه متفق على وجود هذه الالتزامات على عاتق المزود من جهة وعلى عاتق الغير من جهة اخرى، فإنه غير متفق على مصدر هذه الالتزامات. إذ يتوقف تحديد مصدرها على تكييف العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير.

بناء على ذلك، فإن البحث في العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير يستلزم البحث في التكييف القانوني لعلاقة مزود خدمة التصديق مع

الغير أولاً ، ويستلزم من جانب ثانٍ البحث في الالتزامات المترتبة على عاتق هذين الطرفين بموجب العلاقة القانونية القائمة بينهما. وهو ما نتناوله في المطلبين الآتيين.

### المطلب الأول

#### التكييف القانوني لعلاقة مزود خدمة التصديق بالغير

يرتب التصديق على التوقيع الرقمي - على النحو المبين آنفاً - علاقات قانونية متعددة. تبدأ من حيث تسلسلها الزمني بالعلاقة بين الموقع ومزود خدمة التصديق. تعقبها العلاقة بين الموقع والغير، مع ملاحظة أن الغير في هذه العلاقة ليس غيراً بل هو طرف فيها، إذ تتمثل هذه العلاقة بعقد من العقود المبرمة إلكترونياً والتي يطلق عليها عقود التجارة الإلكترونية، يستوي في ذلك أن ينصب العقد على تبادل السلع أو تبادل الخدمات<sup>1</sup>. وهكذا فإن العلاقة بينهما علاقة عقدية، ويحكمها العقد المبرم بينهما وشروطه. بيد أن ما يميز هذه العلاقة أن الغير أقدم على إبرامها مع صاحب التوقيع الرقمي بعد أن اطمأن إلى صحة هذا التوقيع وعائديته إلى الموقع معتمداً في ذلك على الشهادة الإلكترونية والتصديق عليها من قبل مزود خدمة التصديق. فتظهر على هذا النحو العلاقة بين مزود خدمة التصديق وبين الغير. ووصف هذا الأخير بالغير في هذه العلاقة إنما مرده أن الغير لم يكن طرفاً في العلاقة بين مزود خدمة التصديق والموقع، تلك العلاقة التي تم إصدار شهادة المصادقة الإلكترونية بناء عليها. إلا أن هذا لا يعني أن الغير لا يرتبط مع مزود خدمة التصديق بأي علاقة قانونية. فحصوله على الشهادة واعتماده عليها يعد الأساس لعلاقته مع المزود. هذا

1 لا بد من الإشارة إلى أن للتجارة الإلكترونية مفهومًا واسعًا. فهي تعني إبرام وتنفيذ الصفقات التجارية بواسطة الوسائل الإلكترونية في معالجة البيانات ونقلها. وبهذا فهي تشمل مجموعة واسعة من المعاملات التجارية. فهي تشمل تبادل السلع والخدمات مثلما تشمل المعاملات المرتبطة بها كإعلان والتسويق وخدمات ما بعد التعاقد والتسويات المالية المتعلقة بذلك.

انظر: د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، القاهرة: جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ١٥ - ١٧.

وان الغير يستطيع الحصول على هذه الشهادة باكثر من وسيلة. فقد يعمد صاحب التوقيع الرقمي الى ارسال ايجابه الى الغير معززته بتوقيعه الرقمي والشهادة المؤيدة لصحته. وقد يقوم مزود خدمة التصديق بإرسال الشهادة المذكورة الى الغير على بريده الالكتروني بناء على طلبه. مثلما قد يسعى الغير الى الحصول على هذه الشهادة الالكترونية بالدخول الى موقع مزود خدمة التصديق على شبكة الانترنت حيث يمكن ان تنشر الشهادات الصادرة من قبله. وقد لا يكون الدخول الى هذا الموقع متاحا الا بعد اداء مقابل معين<sup>1</sup>. وتعويل الغير على الشهادة التي يصدرها مزود خدمة التصديق يرتب التزامات قانونية على عاتق كل منهما، الأمر الذي يستلزم تحديد مصدر هذه الالتزامات. فهل تعد العلاقة بينهما علاقة عقدية فتكون التزامات كل منهما التزامات ناشئة عن العقد، ام انها علاقة قانونية والالتزامات المترتبة عليها التزامات مصدرها القانون؟.

لم يتفق الفقه بهذا الشأن على رأي واحد. بل انقسم إلى اتجاهات ثلاثة<sup>2</sup>. وهو ما نبينه في الفروع الثلاثة الآتية :

### الفرع الاول

#### العلاقة بين مزود خدمة التصديق و الغير علاقة عقدية

يذهب اتجاه في الفقه<sup>3</sup> إلى أن العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير علاقة عقدية. ووصفه بالغير يكون بالنسبة للعقد الذي يبرمه المزود المذكور مع صاحب التوقيع.

1 انظر:

*Steffen Hindelang, No Remedy for disappointed trust-the liability regime for certification authorities towards third parties outwith the EC Directive in England and Germany compared, The Journal of Information, Law & Technology (JILT), 2002 (1), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-1/hindelang.html>.*

*American Bar Association, Op.cit.*

انظر ايضا:

2 انظر بحثنا : المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير ، منشور في مجلة الحقوق - جامعة البحرين ، العدد الأول ، المجلد الثالث ، ٢٠٠٦ ، ص ٣١٢ وما بعدها.

*Steffen Hindelang, Op.Cit.*

*Yee Fen Lim, Op.Cit.*

3 انظر:

انظر ايضا:

وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في سند قولهم. فمنهم<sup>1</sup> من يؤسس اتجاهه على وجود اتفاق بين مزود خدمة التصديق والغير، وهذا الاتفاق مستقل عن العقد المبرم ابتداءً بين المزود وصاحب التوقيع الرقمي في نشأته ومضمونه. فهذا الاتفاق ينشأ بإيجاب من الغير إلى المزود مفاده طلب الحصول على شهادة الكترونية تؤيد صحة توقيع شخص معين، وقبول من المزود بمنحه الشهادة المطلوبة. فمضمون هذا الاتفاق يتحدد بالتزام المزود بتقديم شهادة دقيقة في بياناتها للغير فيتمكن من اتخاذ قراره بالتعامل مع من صدرت الشهادة باسمه.

إن هذا الاتجاه على الرغم من وجاهته يعد في تقديري المتواضع محل نظر، ذلك، انه إذا كان من الممكن القول بوجود اتفاق بين مزود خدمة التصديق والغير في الحالة التي يطلب فيها الغير من المزود تزويده بشهادة أو يحصل عليها من موقعه على شبكة الانترنت، فلا يمكن القول بوجود مثل هذا الاتفاق في حال ما إذا حصل الغير على الشهادة من الموقع نفسه. ففي هذه الحالة لا يمكن تصور إيجاب من الغير موجه إلى مزود خدمة التصديق ولا يمكن أيضاً تصور قبول صادر من هذا الأخير. فيبقى السؤال قائماً عن تكييف العلاقة بينهما في هذه الحالة.

عليه يذهب آخرون<sup>2</sup> من أنصار فكرة العقد إلى سند آخر لرأيهم. فهم كسابقيهم يؤيدون وجود اتفاق، بيد أن الإيجاب - حسبما يذهب إليه هذا الاتجاه - لا يقدمه الغير، بل يقدمه مزود خدمة التصديق. وهو ليس إيجاباً موجهاً لشخص معين بالذات، وإنما إيجاب مفتوح للكافة،

*Steffen Hindelang, op.cit.*

1 انظر:

2 انظر في هذا الاتجاه القضايا:

- *First Energy (UK) Ltd. v. Hungarian International Bank Ltd. (1993) 2 Lloyd's Rep. 195, 201,*
- *Ignazio Messina & Co. Polskie Linie Oceaniczne (1995), 2 Lloyd's Rep. 566, 571,*
- *Browrman v. Association of British Travel Agents Ltd. (1995) N.L.J. 1815.*

- *Steffen Hindelang, Op. Cit.*

اشار اليها

مفاده تقديم شهادات موثوق بها، باعتبار أن المزود يقدم خدمة عامة شأنه في ذلك شأن المصارف. وهكذا فإن هذا الإيجاب يكون قابلاً في أي لحظة لأن يلتقي به قبول مطابق. فإذا حصل الغير على شهادة أصدرها المزود واعتمد عليها، فإن هذا يفسر على أنه قبول منه للإيجاب السابق عرضه من قبل المزود.

إن هذا الرأي لا يسلم بدوره من النقد. ويرد عليه في هذا المقام ما يرد على سابقه من انتقادات. ذلك أن القول بوجود إيجاب مفتوح من مزود خدمة التصديق للكافة يلتقي به قبول الغير يتطلب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الغير والمزود. وقد يتحقق هذا في حال حصول الغير على الشهادة من موقع المزود على الانترنت أو من المزود نفسه بعد أن يطلبها منه، فيكون هذا الطلب حينها ممثلاً لقبول الغير. ولكن الغير قد يحصل على الشهادة من صاحب التوقيع دون تدخل من المزود وفي هذه الحالة تنتفي العلاقة المباشرة بين الغير والمزود.

وحيث إن من الصعب القول بوجود اتفاق بين الغير والمزود في جميع الأحوال، فقد حاول الفقه من أنصار فكرة العلاقة العقدية إيجاد أساس آخر لهذه الفكرة، فأقروا بعدم وجود علاقة عقدية مباشرة بين الغير والمزود، فالعلاقة العقدية - بناء على هذه الفكرة - تتحدد بعلاقة المزود بالموقع، ويترتب على هذه العلاقة التزام المزود بإصدار شهادة الكترونية باسم الموقع لمصلحة الغير ممن يحتاج إلى هذه الشهادة عند التعامل مع الموقع. فنكون أمام حالة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير، يكون فيها الموقع في مركز المشتراط والمزود في مركز المتعهد أما الغير فإنه في المركز القانوني للمنتفع. وبذا يستطيع هذا الأخير أن يطالب المزود بتنفيذ التزامه وتزويده بالشهادة استناداً إلى عقد لم يكن طرفاً فيه.

بيد أن هذا التكييف للعلاقة بين الغير والمزود لا يتفق مع الواقع. فالمنتفع وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يكتسب الحق عن العقد مباشرة، وهكذا فإن حق الغير في الحصول على الشهادة ينشأ من العقد

المبرم بين الموقع والمزود<sup>1</sup>، فلا يتطلب الأمر اتفاقاً جديداً بين المزود والغير، إلا أن الواقع على خلاف ذلك، إذ يحصل الغير أحياناً على الشهادة من المزود مباشرة ويؤدي له مقابلتها، الأمر الذي يثير التساؤل عن الحكمة من هذا الاتفاق إذا كان الغير حصل على الحق بالشهادة مسبقاً وبموجب العقد المبرم بين الموقع والمزود. إن النقد الموجه إلى زكرة العلاقة العقدية دفع الفقه إلى تبني تكييف آخر للعلاقة بين المزود والغير نبينه في الفرع الآتي.

### الفرع الثاني

#### العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير علاقة غير عقدية

بناءً على قصور فكرة العقد عن تكييف العلاقة بين الغير والمزود فإن اتجاهها فقهيًا ثانيًا يطرح فكرة أخرى، إذ ينفي وجود اتفاق مسبق بين الغير والمزود<sup>2</sup>، تأسيساً على أن فكرة الاتفاق صعبة التطبيق من الناحية العملية ولاسيما في بيئة التعامل الإلكتروني ذات الطبيعة المفتوحة. فالغير يتعامل مع العديد من الأشخاص في وقت واحد ولكل منهم توقعه الرقمي المعزز بشهادة صادرة من مزود خدمات تصديق مختلف، وتأييد فكرة الاتفاق معناه أن الغير يبرم اتفاقاً مع كل واحد من هؤلاء المزودين، مثلما يعني أن مزود خدمة التصديق يفاوض ويبرم اتفاقاً مستقلاً مع كل شخص يعتمد على الشهادة التي يصدرها. ومثل هذا الأمر يزيد في الواقع

1 انظر: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ (مصادر الالتزام)، الموصل: مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٠، ص ١٤٨.  
انظر أيضاً: د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ٢٧٧.

2 انظر:

*The Role of Certification Authorities in consumer transactions, A report of the Internet Law & policy forum working group on certification authority practices. April 14, 1997, <http://www.ilpf.org/groups/ca/draft.htm>.*

من كلفة خدمة التصديق التي يقدمها المزود بلا مبرر. هذا من جانب، من جانب آخر فإن نفي وجود الاتفاق - على حد ما يذهب إليه الفقه المذكور - يحقق فائدة للغير إذ لا يكون بمقدور المزود أن يفرض على الغير شروطاً تحد من مسؤوليته أو تستبعداها. فإذا كان الاتفاق منتفياً فان العلاقة بين الغير والمزود ما هي إلا علاقة قانونية تجدد مصدرها في نصوص القانون. وهذا الرأي أيضاً لا يمكن الأخذ به على إطلاقه. إذ لا يمكن إنكار وجود اتفاق بين مزود خدمة التصديق والغير في حال حصول الأخير على الشهادة من المزود نفسه بناء على طلب يقدمه إليه. ولا يمنع من القول بوجود الاتفاق كون التعامل يتم في بيئة مفتوحة تتعدد فيها التعاملات وتتشعب، إذ أن التعامل الإلكتروني يتسم فضلاً عن اتساع نطاقه من حيث الأشخاص بسرعه. كما لا يمكن من جهة ثانية تبرير نفي الاتفاق بالاستناد إلى أن الاتفاق يزيد في كلفة خدمة التصديق. فطالما وجد الإيجاب والقبول وجد الاتفاق بغض النظر عن كونه يرتب زيادة في كلفة الخدمة أو لا يرتبها. وهذا ما يمهد لطرح التكييف الراجع.

### الفرع الثالث

#### التكييف الراجع للعلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير

إذا كان من العسير القول بان العلاقة بين مزود خدمة التصديق و الغير في جميع أحوالها علاقة عقدية تستند إلى اتفاق بينهما، ومن غير المقبول في الآن نفسه القول بأنها علاقة قانونية لا تستند إلى فكرة العقد بشكل مطلق، فإن التكييف الراجع لهذه العلاقة ينبغي أن يكون مزدوجاً إذ أن العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير يمكن أن تكون علاقة عقدية في أحوال معينة، وتنتفي هذه العلاقة في أحوال أخرى بالنظر إلى وجود اتفاق بينهما من عدمه. فإذا حصل الغير على الشهادة المؤيدة لصحة توقيع رقمي بناء على طلب يقدمه إلى مزود خدمة التصديق وقبول هذا الأخير للطلب أو حصل عليها من موقع المزود على شبكة الانترنت فان العلاقة بينهما تكون عقدية يحكمها الاتفاق القائم بينهما.

هذا ويؤيد التطبيق العملي هذا التكييف. فـ شركة British Telecom وهي مزود خدمات تصديق عقدًا نموذجيًا يتضمن قبول الغير الخضوع لشروط هذا العقد إذا حصل على الشهادة من موقع الشركة على الانترنت أو بناء على طلبه منها. ولا يتعارض تكييف العلاقة هنا على أنها عقدية مع انفراد المزود بصياغة بنود الاتفاق في عقد نموذجي. فمثل هذا الأمر تبرره طبيعة الخدمات التي يقدمها المزود وكونها تعتمد على أمور تقنية لا يكون الغير في الغالب ملما بها.<sup>1</sup>

أما إذا كان الغير قد حصل على الشهادة من صاحب التوقيع الرقمي ذاته فلا يمكن تصور وجود اتفاق مسبق بين الغير والمزود في هذه الحالة. فتكون العلاقة بينهما في هذه الحالة علاقة قانونية تجد أساسها في نصوص القانون.

إن التكييف المتقدم لطبيعة العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير وعلى الرغم من أنه تكييف مزدوج لا يؤثر على الالتزامات الملقاة على عاتق المزود من جهة وعلى عاتق الغير من جهة أخرى من حيث مضمونها، إلا أنه يؤثر على تلك الالتزامات من حيث طبيعتها. فإذا كانت العلاقة بين المزود والغير علاقة عقدية فإن الالتزامات تكون عقدية وهي محددة بنصوص القانون وتفرض بمناسبة العقد، أما إذا كانت العلاقة قانونية فالالتزامات تكون قانونية يشرها استخدام الشهادة والتعويل عليها. وفيما يأتي بيان للالتزامات التي يترتبها التصديق على التوقيع الرقمي على كل من المزود والغير.

---

1 انظر العقد النموذجي لشركة British Telecom  
*BT(British Telecom Company)Trust Services Relying Third Party Charater for On Site key manager certificates, Issue 3 (Issued:25 October,2002)*<http://www.trustwise.com/rpa/index.html>

وكذلك انظر في نفس السياق ما تبينه شركة Veri Sign الأمريكية في موقعها على شبكة الانترنت. اذ تضمن هذا الموقع عبارة تفيد قبول الغير الخضوع للبيان الذي تعده الشركة بمجرد حصوله على الشهادة من هذا الموقع. والموقع هو:

[www.verisign.com/repository/CPS](http://www.verisign.com/repository/CPS)



## المطلب الثاني

آثار التصديق على التوقيع الرقمي في العلاقة بين مزود خدمة التصديق والغير يرتب التصديق على التوقيع الرقمي على عاتق مزود خدمة التصديق التزامات تجاه الغير، على الرغم من أن الغير ليس طرفاً في عقد التصديق المبرم بين المزود والموقع، إلا أن الغير هو المعني بإصدار الشهادة، من حيث إن الغرض من إصدارها تقديمها إليه، ومن حيث إنه يبني قراره بالتعامل مع الموقع اعتماداً عليها.

وبناءً على هذا الغرض تتحدد التزامات المزود تجاه الغير بالتزامين أساسيين هما الالتزام بضمان صحة البيانات الواردة في شهادة المصادقة الالكترونية، والالتزام بتحديث البيانات الواردة في الشهادة. ولا تقتصر آثار التصديق على التوقيع الرقمي على التزامات تلقى على عاتق المزود، بل يتحمل الغير بدوره التزاماً قانونياً بالتحقق من صحة شهادة المصادقة ونفاذها.

وفي الفرعين الآتيين بيان لآثار التصديق على التوقيع الرقمي من جهتي المزود والغير.

### الفرع الأول

#### التزامات مزود خدمة التصديق تجاه الغير

على الرغم من الخلاف السابق بحته بشأن مصدر التزامات مزود خدمة التصديق تجاه الغير، فإن الفقه متفق على أن المزود يلتزم بالتزامين أساسيين تجاه الغير، يتمثل أولهما بضمان صحة وكفاية البيانات الواردة في شهادة المصادقة ويتمثل ثانيهما بتحديث البيانات الواردة في الشهادة. وفيما يأتي بحث مفصل لهذين الالتزامين.

#### أولاً: ضمان صحة وكفاية البيانات الواردة في شهادة المصادقة الالكترونية:

يلتزم مزود خدمة التصديق تجاه الموقع بموجب العقد المبرم بينهما بإصدار شهادة مصادقة تحمل بيانات صحيحة، تؤكد صحة التوقيع الرقمي العائد للموقع، ومتى ما ترتب هذا الالتزام في ذمته كأثر من آثار

العقد المبرم بينه وبين الموقع ترتب في ذمته التزام موازٍ بضمان صحة البيانات الواردة في شهادة المصادقة الالكترونية وكفايتها لتحقيق الغرض منها، وهذا الالتزام يترتب عليه تجاه أي شخص من الغير يقدم الموقع على التعاقد معه، ويقدم له شهادة المصادقة كدليل على صحة توقيعه الرقمي. وقد ورد النص على هذا الالتزام في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي. إذ تقضي المادة (٢١) منه بما يأتي: " يجب على مزود خدمة التصديق: ... ب- أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بشهادة المصادقة الالكترونية أو مدرجة فيها طيلة سريانها."

ووفقاً لذلك فإن التزام المزود هذا يتضمن شقين، يتمثل أولهما بضمان صحة البيانات التي تتضمنها الشهادة، ويتمثل الثاني بضمان كفاية واكتمال البيانات التي تتضمنها الشهادة.

وفي سبيل تنفيذ الشق الأول من الالتزام يتعين على المزود أن يتحرى الدقة في أي بيان يدرجه في الشهادة، يستوي في ذلك أن يكون بياناً إلزامياً، اشترط المشرع إدراجه في الشهادة، أو أن يكون بياناً اختيارياً أضيف باتفاق مع الموقع، فلا يدرج بياناً في الشهادة إلا بعد التحقق من صحته، والمزود في سبيل ذلك يتبع وسائل عدة، سبق أن تولينا بيانها عند بحث التزام المزود بإصدار شهادة المصادقة تجاه الموقع، أهمها طلب الوثائق المؤيدة لهذه البيانات من الموقع، بإرسالها عبر البريد أو بحضور الموقع شخصياً وتقديمها للمزود، وقد يعتمد المزود إلى التحقق من صحة تلك الوثائق من الجهات التي أصدرت هذه الوثائق. واعتماد وسيلة من الوسائل السابقة دون غيرها في التحقق هو أمر يعود إلى المزود، إذ يقدر ذلك وفق ظروف كل حالة على حدة. فإذا اختار المزود وسيلة من وسائل التحقق من صحة البيانات تلك، وتبين أنها لم تكن كافية للتحقق من

1 تقابلها المادة (١٨) من قانون المعاملات الالكترونية التونسي والمادة (١٨) من قانون المعاملات الالكترونية البحريني والمادة (٢٠) من نظام التعاملات الالكترونية السعودي وآل المادة (٣٤) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

صحة البيانات، فتضمنت الشهادة بياناً غير صحيح، فإن التساؤل يثار عما إذا كان المزود يعد في مثل هذه الحالة محلاً بالتزامه تجاه الغير بضمان صحة البيانات التي تتضمنها الشهادة.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب تحديد طبيعة هذا الالتزام وما إذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة أو أنه التزام ببذل عناية. وكما هو شأن التزام المزود تجاه الموقع، فإن ضمان صحة البيانات التي تتضمنها الشهادة هو التزام ببذل عناية. وهذا التكيف لطبيعة الالتزام يستفاد من نص المادة الحادية والعشرين السابق الإشارة إليها<sup>1</sup>. إذ تنص هذه المادة على أن على المزود "أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بشهادة المصادقة الالكترونية...".

فإذا كان التزام المزود هو التزام ببذل عناية، فإنه يعد موفياً بالتزامه متى بذل القدر المطلوب بذله من العناية. وهو ما وصفه المشرع بـ "العناية المعقولة". وقد انتهينا فيما سبق الى أن الراجح برأينا المتواضع أن المقصود بالعناية المعقولة عناية الشخص المعتاد، كما تقضي بذلك القواعد العامة، وحيث إن الشخص المعتاد هو شخص من طائفة المدين متوسط في صفاته، فلا هو بالشديد الحرص ولا هو بالمهمل، فإن الشخص المعتاد هنا هو مزود خدمة تصديق معتاد.

إلا أن تحديد مستوى العناية التي يبذلها مزود خدمة التصديق المعتاد ليس بالأمر اليسير. ذلك أن خدمة التصديق على التوقيع الرقمي تتسم بالحدائث والجددة. ولم تتضح كافة جوانبها بعد، كما لم يمض وقت كاف لتكوّن أعراف تنظم ممارسة هذه المهنة وتحدد ما يعد مستوى معقولاً من العناية.

1 تقابلها المادة (١٨) من قانون المعاملات الالكترونية التونسي والمادة (٢٠) من نظام التعاملات الالكترونية السعودي وهما يجعلان التزام المزود التزام بتحقيق نتيجة، في حين تشاطر المادة (١٨) من قانون المعاملات الالكترونية البحريني والمادتان (٣٤ و ٣٥) من قانون المعاملات الالكترونية العماني مسلك المشرع الاماراتي في جعل التزام المزود بمراعاة صحة البيانات الواردة في الشهادة التزام ببذل عناية.

بناء على ذلك يذهب بعض من الفقه<sup>1</sup> إلى أن التعرف على مستوى العناية المطلوب بذله من المزود إنما يكون بالاستناد إلى الاتفاق المبرم بين المزود وصاحب الشهادة من جهة والاتفاق المبرم بين المزود والغير من جهة أخرى فضلا عن كل ما يعلنه المزود من تصريحات بخصوص التزاماته تجاه الغير والتي يبين فيها الإجراءات التي يتخذها للتحقق من صحة البيانات الواردة في الشهادة<sup>2</sup>. فإذا بين المزود في تصريحه بأن التحقق من هوية الموقع صاحب الشهادة يكون بالتحقق من جواز سفره، فإن المزود يكون مخطئا إذا لم يطلب من الشخص المذكور تقديم جواز سفره واكتفى بتدقيق البطاقة الشخصية فقط<sup>3</sup>.

ونجد في الواقع العملي ما يؤيد ذلك، من ذلك على سبيل المثال ما ينص عليه العقد النموذجي لشركة British Telecom والذي يسمى بمشاركة الطرف الثالث المعول "Relying Third Party Charter"، وفيه تبين الشركة المذكورة بأنها لا تلتزم تجاه الطرف الثالث (الغير) بأي ضمان يتعلق بالشهادة يتجاوز ما هو منصوص عليه صراحة في بيان التصديق العملي "Certification Practice statement"<sup>4</sup>. فإذا بين

1 انظر:

*The Role of certification Authorities in Consumer transactions, Op. Cit.*

انظر ايضا:

*Steffen Hindelang, Op. Cit,*

*American Bar Association, Op. Cit*

*Michael Froomkin, Op. Cit.*

2 كما في تصريح التصديق العملي (Certification Practice Statement) الذي يرفق عادة بالشهادة التي تقدم الى الغير او ينشر على موقع مزود خدمات التصديق على شبكة الانترنت.

3 انظر بحثنا، المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

4 انظر:

*BT (British Telecom) Trust services Relying Third Party Charter for On Site key Manager Certificates, Issue3 (Issued 25 October 2002).*

المزود وفقا لذلك الإجراءات القانونية والتقنية المتبعة من قبله للتحقق من صحة البيانات قبل إصدار الشهادة. فإنه لا يكون مسئولاً عن أكثر من إتباع إجراءات التحقق من صحة البيانات المبينة من قبله. فإذا اتبع هذه الإجراءات يكون قد بذل العناية المطلوبة، ويعد بذلك موفياً بالتزامه بضمان صحة البيانات، والعكس صحيح إذ يعد مخطئاً بالتزاماته إذا لم يتم إتباع ما بينه من إجراءات، لأنه حينها يكون قد قصر عن بذل العناية المطلوبة.

وبما أن الغير أجنبي عن العقد المبرم بين المزود والموقع، وأنه قد يحصل على شهادة المصادقة من الموقع حامل الشهادة، فإنه يكون بحاجة الى ما يؤكد له صحة الشهادة وصحة البيانات التي تضمها، وهذا ما يتعين على المزود أن يقوم به، نظراً لأنه مسئول عن الشهادات التي يصدرها ومسئول عن صحة البيانات الواردة فيها. وتحقيق ذلك يكون بتوفير وسيلة لإعلام الغير بأن شهادة المصادقة صادرة عنه وأنه تحقق من صحة البيانات الواردة فيها، وأن بإمكان المزود أن يطلع على أي تغيير يطرأ على تلك البيانات، فيعمد الى تعديل الشهادة بما يضمن دوام صحة البيانات الواردة فيها.

وقد أخذ المشرع الإماراتي بهذا التصور، فلم يكتف بفرض التزام على المزود بضمان صحة البيانات الواردة في الشهادة، بل عزّزه بفرض التزام آخر، مضمونه إعلام الغير الذي يعتمد على شهادة المصادقة بأنه أصدر الشهادة وأن التوقيع الرقمي الذي تصادق الشهادة على صحته هو توقيع صحيح، وذلك ببيان أن الموقع يسيطر وحده على أداة إنشاء التوقيع المتمثلة بالرقم السري للتوقيع الرقمي، وأن أداة إنشاء التوقيع هذه لم تتعرض للشبهة، وفي حال تعرضها لذلك فإن المزود قد هياً للموقع وسيلة لإخطاره في الوقت المناسب. مثلما ينبغي على المزود أن يحدد للغير الوسيلة التي اتبعها في التحقق من هوية الموقع ومن صحة البيانات التي تدرج في الشهادة. وهذا الالتزام يستفاد من البندج من الفقرة الأولى من المادة (٢١)

من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي<sup>1</sup>. إذ يقضي البند المذكور بأنه:

" يجب على مزود خدمة التصديق:

...ج - أن يوفر وسائل يكون من المعقول الوصول اليها وتمكن الطرف الذي يعتمد على خدماته من التأكد من الآتي:

١ - هوية مزود خدمة التصديق.  
٢ - أن الشخص المعينة هويته في شهادة المصادقة الالكترونية، لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار اليها في هذه الشهادة.

٣ - الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع.

٤ - وجود أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها أداة التوقيع.

٥ - ما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة.

٦ - ما إذا كان للموقع وسيلة لإعطاء إخطار بموجب هذا القانون.

٧ - ما إذا كان هناك وسيلة مناسبة للإبلاغ عن إلغاء التوقيع."

إلا أن أداء شهادة المصادقة للغرض منها لا يتحقق بتضمنها بيانات معينة وبأن تكون هذه البيانات صحيحة، ذلك أن أداءها للغرض منها يستلزم فوق ذلك أن تكون البيانات التي تضمها كافية لتحقيق الغرض منها، وهذا هو الشق الثاني من التزام المزود تجاه الغير، إذ عليه أن يضمن كفاية البيانات الواردة في الشهادة. ولم يغفل المشرع الاماراتي هذا الشق من الالتزام فيبين بأن على المزود " أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بشهادة المصادقة الالكترونية... ". وهذا الشق من الالتزام كسابقه التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة وهذا واضح من صياغة النص المشار اليه.

1 تقابلها المادة (٣٤/ج) من قانون المعاملات الالكترونية العماني والمادة (٤/١٨) من نظام المعاملات الالكترونية السعودي.

وإذا كان على المزود ان يضمن الشهادة بيانات كافية أو " مكتملة " على حد تعبير المشرع ، فما هو معيار كفاية البيانات أو اكتمالها؟ بعبارة أخرى ما هو القدر الذي يتعين على المزود إدراجه في الشهادة من البيانات ليفي بالتزامه بضمان كفاية البيانات؟

تحدد الإجابة على هذا التساؤل حسب تقديرنا بالرجوع إلى نص الفقرة الرابعة من المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي ، إذ يلزم المشرع المزود بموجب هذا النص بإدراج بيانات معينة في الشهادة ، أطلقنا عليها البيانات الإلزامية<sup>١</sup>. فإذا استوفت شهادة المصادقة البيانات الإلزامية تلك فإنها تعد مكتملة ، ولا أثر لنقص واحد من البيانات الاختيارية طالما أن إدراجها متروك لاختيار المزود وللاتفاق بينه وبين الموقع.

وحيث إن التحقق من اكتمال البيانات وصحتها يتم ساعة وضعها ، فإن المزود يكون مسئولاً عن صحة البيان في هذا الوقت ، وهذا ما يستلزم أن يتم تحديد الوقت الذي وضع فيه البيان بشكل دقيق ، وهذا الوقت هو وقت إصدار الشهادة. وهذا ما يستفاد ضمناً من نص الفقرة الثالثة من المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي. إذ ينبغي على المزود أن يبين وفي اطار البيانات الإلزامية في الشهادة " أن الشخص المعينة هويته في شهادة المصادقة الالكترونية لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في هذه الشهادة " ، والوقت المعني بطبيعة الحال هو الوقت الذي تم إصدار الشهادة فيه ، كما تقضي الفقرة ذاتها في بند آخر بأن على المزود أن يبين في الشهادة أن " أداة التوقيع كانت سارية المفعول في أو قبل تاريخ إصدار شهادة المصادقة الالكترونية " ، وهو ما يقوم سنداً آخر على أن التحقق من صحة البيانات يكون لازماً قبل إصدار الشهادة أو عند إصدارها.

1 انظر بصدد البيانات الإلزامية ما تم بحثه سابقاً في الفرع الثاني من المبحث الثاني المتعلق بالتزام المزود تجاه الموقع بإصدار شهادة مصادقة على التوقيع الرقمي.

إلا أن هذا لا يعني أن مهمة المزود تنتهي بمجرد إصداره الشهادة بعد التحقق من صحة واكتمال بياناتها، فمن المتصور أن يطرأ تغيير ما على البيانات الواردة فيها، فتصبح بعده غير دقيقة أو غير صحيحة. فإذا قلنا بانتهاج مهمة المزود عند هذا الحد، فإن الاعتماد على الشهادة يكون غير مأمون الجانب، ولا تحقق الشهادة الثقة التي ينبغي أن تحققها في التوقيع الرقمي وهو الهدف من إصدارها، طالما أن من المتوقع أن يتغير أحد بياناتها في أي وقت بعد إصدارها. بناء على ذلك وتحقيقاً للغاية من إصدار شهادة المصادقة يلزم المزود بما يكفل للغير الاطمئنان الى مضمون الشهادة من بيانات بعد إصدارها، وهذا الالتزام يتمثل بتحديث البيانات الواردة في الشهادة. وهو ما نبينه في الفقرة الآتية.

### ثانياً : تحديث البيانات الواردة في شهادة المصادقة:

يعد التزام المزود بتحديث البيانات الواردة في شهادة المصادقة استكمالاً لالتزامه بضمان صحة وكفاية البيانات الواردة فيها، إذ لا تتحقق الغاية من شهادة المصادقة الالكترونية بدون هذين الالتزامين معا. ويقصد بالتمزام المزود بتحديث البيانات التزامه بتعديل ما ورد في شهادة المصادقة الالكترونية من بيانات في ضوء التغييرات التي تستجد عليها. ويشمل هذا الالتزام أيضا التزامه بالغاء الشهادة كلياً إذا كان البيان الذي طرأ التغيير عليه من شأنه أن ينفي الاساس الذي تقوم عليه شهادة المصادقة الالكترونية، كما لو أن أداة انشاء التوقيع الرقمي لم تعد تحت سيطرة الموقع، فلا يمكن لشهادة المصادقة في هذه الحالة أن تقوم بدورها في تأييد صحة التوقيع الرقمي لصاحب التوقيع، الامر الذي يستلزم الغاءها. واذا لم يكن مزود الخدمة متيقنا من وقوع ما يستلزم الغاء الشهادة فإن بإمكانه تعليقها مدة معينة، يقوم خلالها بالتحقق من الامر الذي استلزم تعليق الشهادة لينتهي الى اتخاذ قرار بالغائها في حال تيقنه من وجوب ذلك، أو إعادة العمل بها اذا تبين أن الأمر الذي أدى الى تعليقها غير قائم على أساس.



ويمكن لمزود خدمة التصديق أن يقوم بتحديث البيانات الواردة في الشهادة أو الغائها أو تعليقها من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من حامل الشهادة صاحب التوقيع الرقمي ، فالتزامه بتحديث البيانات يتحرك كلما قام ما يدعو الى ذلك ، ولا يشترط أن يتدخل حامل الشهادة ويطلب تحديث البيانات لاجراء مثل هذا التحديث. إلا أن أحكام التزام المزود بالتحديث تختلف تبعاً لما إذا كان التحديث قد تم بناء على طلب من حامل الشهادة أو كان المزود قد قام به من تلقاء نفسه.

فإذا تقدم حامل الشهادة بطلب الى المزود لتعديل أحد بياناتها ، كتلك البيانات المتعلقة بتحديد الهوية الشخصية للموقع كجنسيته أو محل إقامته ، تعين على المزود في هذه الحالة أن يقوم بالتعديل المطلوب بعد أن يتحقق من هوية طالب التعديل والتأكد من أنه الموقع حامل الشهادة ، وبعد أن يتحقق من صحة ودقة البيان المعدل. وفي هذا الشأن نرى أن عليه أن يبذل المستوى ذاته من العناية الذي بذله في التحقق من صحة البيان عندما أدرجه وقت اصدار الشهادة ، فإذا استلزم ابتداء حضور الموقع شخصياً وتقديم ما يدل على هويته وصحة البيانات التي أدلى بها ، فإن تعديل البيان يستلزم اتباع ذات الاجراءات.

ولا يختلف الأمر فيما إذا طلب الموقع حامل الشهادة أو من يمثله من المزود الغاء الشهادة لوجود ما يبرر ذلك ، كأن يكون الموقع شخصاً معنوياً تم حله فتقدم المصفي بطلب لإلغاء الشهادة ، أو أن يكون الموقع قد أشهر إفلاسه فتقدم أمين التفليسة بطلب الى مزود خدمة التصديق لإلغاء الشهادة لمنع الموقع من اجراء معاملات قانونية لا يحق له القيام بها بالنظر لغلّ يده عن التصرف بأمواله. وقد يطلب الموقع ذاته الغاء الشهادة لوقوع ما يستلزم ذلك ، كما لو أن أداة انشاء توقيعه الرقمي ( الرقم السري ) تعرضت للسرقة ، أو أنها تعرضت لما يثير الشبهة فيها ، كما يحق للموقع حامل الشهادة في تقديرنا أن يطلب الغاء الشهادة دون أن يلزم بإبداء الاسباب التي دعت الى هذا الطلب ، ذلك أن اصدار الشهادة ابتداء كان بطلب منه ،

وهو أمر يعود لاختياره، مما يستتبع حقه في الغاء الشهادة استعمالاً لذات الخيار الممنوح له ابتداءً<sup>1</sup>.

وفي جميع الأحوال يتعين على المزود الاستجابة لطلب الموقع حامل الشهادة بإلغائها بعد التحقق من هويته والتزامه بهذا الصدد التزام بتحقيق نتيجة، كما يتعين عليه أن يعدّل الشهادة بعد التحقق من صحتها باذلاً بذلك عناية الشخص المعتاد، وقد يستغرق تحقّقه من ذلك مدة معينة، يتعين عليه خلالها أن يقوم بتعليق الشهادة، حماية لحقوق الموقع حامل الشهادة وحماية لحقوق الغير خشية أن يتم استعمال التوقيع الرقمي وشهادة المصادقة استعمالاً غير مشروع إذا بقيت نافذة خلال المدة بين طلب الموقع بإلغائها وقيام المزود بإلغائها فعلاً<sup>2</sup>.

ولا يقتصر التزام المزود بتحديث البيانات على الحالة التي يطلب فيها الموقع تحديث البيانات على النحو المبين آنفاً، فالمزود ملزم بتحديث البيانات في جميع الاحوال التي يطرأ فيها تغيير على تلك البيانات وينتهي فيها هذا التغيير الى علم المزود. وهذا الحكم مبني على التزامه بضمان صحة البيانات الواردة في الشهادة.

بناء على ذلك يلتزم المزود بتعليق الشهادة او إلغائها او تعديل ما ورد فيها من بيانات في جميع الاحوال التي يكتشف فيها أنها غير دقيقة في بياناتها أو أنها لم تعد كذلك، كما لو اكتشف المزود أن الشهادة تضم بيانا غير صحيح ورد فيها عند إصدارها، أو تبين له وفاة الموقع او فقدانه لأهليته او إفلاسه او تصفيته إذا كان شخصا اعتبارياً دون أن يتم إخطار المزود بذلك، وقد يتحقق من تعرض أداة إنشاء التوقيع الرقمي الخاص بحامل الشهادة الى السرقة، وهي حالة تستوجب حتماً إلغاء الشهادة<sup>3</sup>.

1 انظر: عيسى غسان راضي، مصدر سابق، ص ١٣٧.

2 انظر: وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

3 انظر: المادة (٣٧) من قانون المعاملات الالكترونية العماني والمادتين (١٩) و(٢٠) من قانون المعاملات الالكترونية التونسي.

هذا ويتعين على المزود أيضا أن يعدل البيانات الخاصة بالشهادة أو يلغيها إذا كان البيان الذي طرأ عليه التغيير لا يخص الموقع حامل الشهادة أو توقيعه الرقمي وإنما يخص مزود خدمة التصديق ذاته. فالبيانات الخاصة بالمزود تعد جزءا من شهادة المصادقة ودقة هذه الأخيرة وصحتها يتوقف على دقة كل ما ورد فيها من بيانات يستوي في ذلك أن تتعلق هذه البيانات بالموقع أو بالمزود، كما لو تعرض التوقيع الرقمي الخاص بالمزود لما يثير الشبهة، فشهادة المصادقة توقع توقيعاً رقمياً من المزود، وضمنان صحتها ودقتها رهن سلامة التوقيع الرقمي للمزود. وبطبيعة الحال يتعين على المزود الغاء جميع الشهادات الصادرة عنه إذا توقف عن ممارسة نشاطه، إذ لا يمكن بعد توقفه عن ممارسة نشاطه ضمان صحة البيانات الواردة في شهادات المصادقة، حيث لم يعد هناك بعد توقف المزود عن ممارسة نشاطه من يُسأل عن تحديثها<sup>1</sup>. وهو ما تنص عليه المادة (٣٠) من لائحة مزودي خدمات التصديق بقولها "١- يجب على مزود خدمة التصديق الإلكتروني قبل التوقف عن مزاولة عمله كمزود خدمات التصديق الإلكتروني إتباع ما يأتي: ... هـ - إلغاء جميع شهادات المصادقة الإلكترونية الصادرة باسمه والتي لم تلغ أو تنتهي صلاحيتها في نهاية فترة الإشعار، سواء تقدم العملاء بطلب إلغائها أم لا".

وينبغي على المزود في جميع الأحوال التي يعلق فيها شهادة المصادقة أو يلغيها من تلقاء نفسه ودون طلب من الموقع حامل الشهادة أن يعلم الموقع حامل الشهادة بقيامه بتعليقها أو بإلغائها حتى لا يجرى الموقع معاملات يستند فيها إلى شهادة المصادقة لإثبات صحة توقيعه الرقمي.

وعلى الرغم من أن التزام المزود بتحديث البيانات يشمل الحالتين السابقتين، أي تحديث البيانات بناء على طلب الموقع وتحديثها من تلقاء نفسه، إلا أن من الفقه<sup>٢</sup> من يميز بين طبيعة الالتزام بتحديث البيانات في

1 انظر: وسيم شفيق الحجار، المصدر السابق، ص ٢٢٩. أيضاً: ضياء أمين مشيمش، مصدر سابق، ص ١٧٨ - ١٧٩.

2 انظر: وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

الحالتين، فيرى بأن التزام المزود بتحديث البيانات يكون التزاماً بتحقيق نتيجة اذا كان الموقع حامل الشهادة هو من طلب من المزود إجراء التحديث، في حين يكون التزام المزود بالتحديث التزام ببذل عناية اذا لم يكن الموقع هو من طلب إجراء التحديث. ويبرر الفقه المذكور رأيه في أن المزود يتوافر لديه العلم بتغير البيانات اذا طلب منه الموقع تحديثها، وهذا ما يستوجب منه القيام بذلك، أما إذا لم يكن تحديث البيانات مرتبطاً بطلب الموقع، فإن تحديثها في هذه الحالة سيكون متوقفاً على علم المزود بتغير المعلومات وصحتها، وفي هذا الفرض لا يمكن ضمان علم المزود علماً يقينياً بتبدل البيانات أو صحتها، شأنه في ذلك شأن التزامه بالتحقق من صحة بيانات الشهادة عند إصدارها وضمنان صحته البيانات الواردة فيها للغير.

الا أننا لا نؤيد الرأي المتقدم على إطلاقه، صحيح أن التزام المزود بإلغاء الشهادة بناء على طلب الموقع التزام بتحقيق نتيجة إلا أن التزامه بتحديثها وتعديل بياناتها بطلب الموقع أو من تلقاء نفسه ليس التزاماً ببذل عناية دائماً، بل يتوقف أمر تكيفه على طبيعة البيان الذي طرأ عليه التغيير، وما اذا كان من الممكن للمزود أن يعلم علماً يقينياً بمحصول التغيير وصحته وهذا ما يكون ممكناً للمزود اذا كان البيان الذي أصابه التغيير متعلقاً بالمزود ذاته، كما اذا توقف عن ممارسة نشاطه، ففي مثل هذا الفرض يكون التزام المزود التزاماً بتحقيق نتيجة، أما إذا لم يكن علمه اليقيني ممكناً، لتعلق البيان بأمر خارج نطاق سيطرته كتلك الخاصة بالموقع وتوقيعه الرقمي، فإن التزامه في هذه الحالة يكون التزاماً ببذل عناية. ونستند في رأينا هذا الى المعيار الموضوعي والراجح في التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية. فحيث يكون تحقق النتيجة متوقفاً على ظروف لا سلطان للمدين عليها يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية. وبالمقابل اذا كان بالإمكان افتراض قدرة المدين على الوصول الى النتيجة المرجوة فإن الالتزام يكون التزاماً بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>.

1 انظر: امل كاظم سعود الزويبي، التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة النهرين، بغداد، ١٩٩٨، ص ٧٨.

وتمثل المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الاماراتي سنداً لهذا الالتزام، وإن كانت لا تنص عليه بصورة مباشرة. اذ تقضي الفقرة الاولى من هذه المادة بأن: " يجب على مزود خدمة التصديق .. ب- أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بشهادة المصادقة الالكترونية أو مدرجة فيها طيلة سريانها."

اذ يستشف من هذه المادة أن التزام المزود بضمان صحة البيانات الواردة في الشهادة لا ينتهي بالوفاء عند إصداره الشهادة صحيحة في بياناتها، بل يمتد هذا الالتزام طيلة سريان الشهادة. ولا يكون للمزود أن يفى بهذا الالتزام ما لم يتم بتحديث البيانات الواردة في الشهادة.

كما يستشف هذا الالتزام بصورة غير مباشرة من البند (د) من المادة ذاتها. اذ ينص على أنه: " يجب على مزود خدمة التصديق... أن يوفر وسيلة للموقعين تمكنهم من تقديم إخطار بأن أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة، وأن يضمن توافر خدمة إلغاء للتوقيع يمكن استخدامها في الوقت المناسب."

وقد أكدت المادة (١٧) من لائحة مزودي خدمات التصديق الالكتروني في فقرتها الاولى على هذا الالتزام بنصها على أنه: " يلتزم مزود خدمات التصديق الالكتروني في ممارسته لأنشطته بما يأتي: ج- يحافظ على سجلات جديرة بالثقة كاملة ودقيقة عن كل عملية إصدار أو تجديد أو تعليق أو إلغاء لشهادات المصادقة الالكترونية."

واذا كان على المزود أن يقوم بتحديث البيانات الواردة في شهادة المصادقة بالشكل الذي يضمن دقتها طوال مدة سريانها، فإن التساؤل يثار عن الوقت الذي ينبغي على المزود أن يقوم بالتحديث خلاله، إذ لم يحدد المشرع مدى زمني معين يلزم المزود خلاله بإجراء التحديث، فقد اكتفى المشرع ومن خلال البند (د) من المادة (٢١) آنفه الذكر بالنص على أن

1 | تقابلها المادة (٣٤) البندين ب و د) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

خدمة الغاء التوقيع التي يتعين على المزود توفيرها ينبغي أن يكون من الممكن استخدامها في الوقت المناسب، وهذا ما يدفع الى التساؤل عن المقصود بالوقت المناسب.

إن الإجابة عن هذا التساؤل يمكن أن تحدد في تقديرنا في ضوء الغرض من فرض الالتزام بالتحديث على عاتق المزود. فهذا الالتزام المفروض على المزود يقابله حق للغير في أن تكون شهادة المصادقة التي يعتمد عليها عند اتخاذ قراره بالتعامل مع حاملها الموقع صحيحة ودقيقة في بياناتها، فإذا لم تكن كذلك فإن من شأن ذلك أن يلحق الضرر بالغير. بناء على ذلك ينبغي أن يكون تحديث البيانات آتيا ومباشرا، ولا تؤيد في هذا الصدد رأي من يذهب من الفقه الى أن للتحديث مدى زمني معين يمكن أن يكون يوميا أو اسبوعيا<sup>1</sup>. فالتعامل الذي يتم اعتمادا على الشهادة هو تعامل الكتروني وهذا التعامل يتسم بالسرعة في إجراءاته، ويتعين على المزود أن ينفذ التزامه بالسرعة التي تتناسب مع سرعة اجراء التعامل الالكتروني. ولعل مما يؤيد ذلك أن المزود يستطيع قبل الغاء الشهادة أن يقوم بتعليقها، والتعليق إجراء مؤقت هدفه منح المزود المدة اللازمة للتحقق من قيام سبب الغاء الشهادة دون أن يلحق الغير ضرر فيما لو بقيت الشهادة نافذة خلال هذه المدة فيعتمد عليها بناء على سريانها.

ولا يكفي للقول بوفاء المزود بالتزامه بتحديث البيانات أن يقوم بالتحديث فعلا، فالتزام المزود هذا تجاه الغير والهدف منه أن لا يستند الغير في تعامله مع الموقع حامل الشهادة على تلك الشهادة في حين أنها لم تعد دقيقة فيما تضمنه من بيانات، وهذا ما يستلزم ان يقوم المزود باعلام الغير بأن الشهادة التي اصدرها سابقا لم تعد صالحة للاعتماد عليها، ويجري الواقع العملي على ان يقوم مزود خدمة التصديق باعداد لائحة الكترونية بالشهادات الملغاة او المعلقة<sup>2</sup> ونشرها على موقعه على شبكة

1 انظر : وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

2 وتسمى بقوائم الغاء الشهادة "Certificate Revocation List".

الانترنت، فتكون له بذلك لائحتان احدهما للشهادات النافذة الصادرة منه والآخرى للشهادات الملغاة او المعلقة والتي لا يستطيع الغير التعويل عليها. ويتعين حتى تؤدي هذه الاخيرة الغرض منها أن تتضمن تاريخ الالغاء أو التعليق وسببه. وليس هناك ما يمنع من أن يكون للمزود أكثر من لائحة للالغاء أو التعليق، فيصنف الشهادات الملغاة حسب سبب الغائها. وفي جميع الأحوال يشترط أن يكون الوصول الى اللائحة المذكورة - وهي على ما بينا - لائحة الكترونية متاحة للغير، فهي موجهة له بالدرجة الاولى، الا أن من الصعب تحديد الوسيلة التي يعلن فيها المزود هذه اللائحة تحديدا حصريا، فهذا الامر مما يختلف حسب الظروف، مثلما يتغير تبعا للتطور الذي يطال الوسائل والمواقع الالكترونية، لذا يترك تقدير ما اذا كانت الوسيلة التي اعتمدها المزود في اعلان أي تحديث طرأ على الشهادات التي أصدرها مناسبة لظروف كل حالة على حدة. وهذا ما انتهجه المشرع الاماراتي<sup>1</sup>، إذ ينص في هذا الصدد على أن: "على المزود أن يوفر وسائل يكون من المعقول الوصول اليها وتمكن الطرف الذي يعتمد على خدماته من التأكد من الآتي: ٥- ما اذا كانت أداة التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير للشبهة. ٦- ما اذا كان للموقع وسيلة لإعطاء إخطار بموجب هذا القانون. ٧- ما اذا كانت هناك وسيلة مناسبة للإبلاغ عن إلغاء التوقيع."

ويدهي أن تقدير ما يعد معقولا الوصول اليه من الوسائل يترك الى القضاء ليقدر ذلك في كل حالة على حدة، مستعينا في ذلك بما ينتهي اليه أهل الخبرة.

وإذا كان المزود ملزم بتحديث شهادات المصادقة، وإعلان ذلك للغير بوسائل يكون من المعقول وصول الغير اليها، فإن هذا يتطلب من الغير أن يسعى بدوره للتحقق من صحة شهادة المصادقة ونفاذها. وهو ما

1 انظر: *John Angel, Op. Cit.*  
انظر ايضا: *American Bar Association, Op. Cit.*

2 تقابلها المادة (٣٤/ج) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

يمثل التزامه المترتب على علاقته بالمزود الناشئة من التصديق على التوقيع الرقمي. وهو ما نبينه في الفرع الآتي.

## الفرع الثاني

### التزامات الغير

إن وجود شهادة المصادقة الالكترونية يعزز الثقة بالتوقيع الرقمي، إلا أن وجودها لا يعني مطلق الثقة بها أو بالتوقيع الرقمي، فالشهادة قد لا تكون صادرة من المزود فعلاً، وقد تكون صادرة عنه وصحيحة ساعة إصدارها إلا أنها ألغيت أو عدلت، وتغير الظروف أو البيانات التي تضمنها الشهادة أمر متوقع، من أجل ذلك فرض المشرع على المزود تحديث البيانات الواردة في الشهادة طوال مدة سريانها، إلا أن من المتعذر إن لم يكن من المستحيل على المزود أن يبلغ جميع الأشخاص المتوقع اعتمادهم على التوقيع الالكتروني أو الشهادة التي تعززه بالتغييرات التي تطرأ على التوقيع أو على الشهادة، فهؤلاء الأشخاص قد لا يعرفهم المزود مسبقاً، فضلاً عن أن الشهادة قد تكون مزورة ولم تصدر عنه أصلاً، ومن البديهي أن من غير المنطقي إلزامه في هذا الفرض بإعلام الغير الذي يعتمد على هذه الشهادة بعدم صحتها، لأنه قد لا يكون عالماً بوجودها أصلاً. بناء على ذلك فقد اكتفى المشرع بإلزام المزود بتعديل الشهادة التي يصدرها وتحديث بياناتها، وإلغائها في حال وجود ما يستوجب الإلغاء كتعرض أداة إنشاء التوقيع للسرقة، وتوفير وسيلة تمكن الغير من الوصول إلى هذه المعلومات، وبالمقابل فرض على الغير التزاماً بالتحقق من الوضع القانوني للشهادة ومدى صحتها، وسند ذلك نص المادة (١٨) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي إذ تقضي الفقرة الثانية من هذا النص بأنه: "عندما يكون التوقيع الالكتروني معزراً بشهادة مصادقة الكترونية، فإن الطرف الذي يعتمد على ذلك التوقيع يتحمل نتائج إخفاقه في اتخاذ الخطوات المعقولة اللازمة للتأكد من صحة ونفاذ الشهادة، وما إذا كانت معلقة أو ملغاة، ومن مراعاة أية قيود فيما يتعلق بشهادة المصادقة الالكترونية."



ووفقاً للنص المتقدم يعد الغير موفياً بهذا الالتزام، إذا اتخذ خطوات معقولة للتأكد من الوضع القانوني لشهادة المصادقة، وهو ما يثير التساؤل عن المقصود بالخطوات المعقولة، وللإجابة عن ذلك التساؤل نبين ابتداءً أن ما ينبغي على الغير التحقق منه هو صحة الشهادة وليس صحة البيانات الواردة فيها، فالتحقق من صحة البيانات التزام يقع على عاتق المزود ويملك وسائله أما الغير فلا يستطيع أن يجري مثل هذا التحقق ولا يملك وسائله، والتحقق من صحة الشهادة يقصد به صحة صدورها عن المزود الذي تنسب إليه، فضلاً عن تحققه من نفاذ الشهادة وما إذا كانت معلقة أو ملغاة، و يتحدد مفهوم الخطوات المعقولة لمثل هذا التحقق في تقديرنا المتواضع باستعمال وسائل يؤدي استعمالها وفقاً لمعيار الشخص المعتاد الى التأكد من صحة الشهادة ووضعها القانوني، إذ لم يحدد المشرع وسيلة معينة تتبع وتعد خطوة معقولة، فيمكن للغير مثلاً الدخول الى موقع مزود خدمة التصديق على الانترنت والاطلاع على قوائم الشهادات النافذة وتلك الخاصة بالشهادات الملغاة أو المعلقة، إذ يلزم المشرع المزود على النحو الذي يبينه سابقاً بأن يوفر وسائل يكون من المعقول الوصول اليها وتمكن الغير من صحة الشهادة ودقة بياناتها، وأحد هذه الوسائل التي يعتمد عليها المزودون هي القوائم الالكترونية، فإذا لم تكن هناك قوائم الكترونية فهذا لا يعني إعفاء الغير من الالتزام، إذ يبقى التحقق من صحة الشهادة متاحاً بوسائل أخرى منها أن يتصل بمزود خدمة التصديق ويستعلم منه عن صحة الشهادة التي أصدرها، فإذا كان قد حصل على الشهادة من المزود ذاته كان هذا خطوة معقولة للتأكد من صحة الشهادة، إذ أنه يكون قد حصل عليها من مصدرها. أما إذا لم تكن الوسيلة التي استعمالها الغير في التأكد مما يؤدي وفقاً لمعيار شخص معتاد الى التأكد فإن الخطوة لا تعد معقولة، من ذلك مثلاً أن يكتفي الغير بسؤال الموقع الذي حصل منه على الشهادة عن وضعها القانوني، أو يكتفي باعتماده عليها في تصرف سابق وتأكده من صحتها عند إجراء التصرف السابق.

والتزام الغير بالتحقق من صحة الشهادة ووضعها القانوني بالصورة المتقدمة إنما هو تطبيق من تطبيقات الالتزام بالاستعلام، وهو التزام يفرض على عاتق الطرف الذي يحتاج الى معلومات معينة من الطرف الآخر في العلاقة القانونية، إلا أن الالتزام بالاستعلام وفقاً لقواعده العامة يفرض على عاتق محترف، لأنه يفترض في من يفرض عليه القدرة على تحديد المعلومات التي يحتاج اليها، فيستعلم عنها، ومعرفة هذه المعلومات لا تكون متاحة إلا لشخص خبير، إلا أن التزام الغير بالاستعلام عن صحة الشهادة يخرج عن هذا الإطار لسببين، الأول أن المشرع فرض هذا الالتزام على الغير دون تحديد لما إذا كان الغير محترفاً أم مستهلكاً، أما السبب الثاني فهو أن المعلومات التي يطلب التأكد منها لا تتطلب معرفة فنية ولا شخص محترف لتحديدها، فهي محددة من قبل المشرع، ولا تخرج عن نطاق التأكد من الوضع القانوني للشهادة.

ويبقى التساؤل بعد ذلك عن الحكم فيما لو أخل الغير بالتزامه بالتأكد من صحة الشهادة، فاعتمد عليها دون تأكد من صحتها وأصيب بضرر من جراء ذلك، بأن أبرم عقداً مع صاحبها المزعوم اعتماداً عليها وتبين بعد ذلك عدم صحتها وعدم صحة التوقيع الرقمي.

يتضمن نص المادة ( ١٨ ) سابق الذكر إجابة لهذا التساؤل بقولها " يتحمل ( الغير ) نتائج إخفاقه "، وتفسير ذلك أنه لا يستطيع مطالبة المزود الذي أصدر شهادة المصادقة أو الموقع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، طالما أن المزود نفذ الالتزامات المفروضة عليه وهياً وسيلة يمكن للغير الاطلاع من خلالها على وضع الشهادة القانوني، وذلك ما لم ينسب للمزود إخلال بالتزاماته، كأن لم يهيئ وسيلة متاحة للغير أو لم يكن من اليسير الوصول اليها، ففي مثل هذا الفرض يكون الخطأ مشتركاً بين المزود والغير وتقدر مسؤولية كل منهما عن خطئه بحسب نسبة ذلك الخطأ التي يقدرها القاضي.

## الغائمة

يتناول البحث بالتقصي المركز القانوني لمزود خدمات التصديق الالكتروني، وهو مركز حديث النشأة نسبياً إذ يرتبط في ظهوره بظهور المعاملات الالكترونية واعتماد التوقيع الرقمي بديلاً عن التوقيع التقليدي، وقد دعت الحاجة إلى ابتداعه لتعزيز الثقة بالتوقيع الرقمي، فهذا الأخير ليس فيه ما يدل على هوية الموقع فهو ليس إلا رقم، وليس من ثم ما يثبت الارتباط بين الموقع وتوقيعه الرقمي، فكان أن أستحدث مزود خدمة التصديق ليحقق هذا الارتباط من خلال شهادة مصادقة يصدرها المزود بعد تحققه من عائلية التوقيع الرقمي للموقع حامل الشهادة، ويمكن للغير أن يعول على هذه الشهادة ويستند إليها في التحقق من شخصية الموقع، وهكذا ترتبط عملية التصديق على التوقيع الرقمي بأشخاص ثلاثة: مزود خدمة التصديق والموقع والغير، ويرتبط هؤلاء الثلاثة مع بعضهم بعلاقات قانونية انصب البحث على تحديد أبعادها وبيان آثارها القانونية. ولعل أهم النتائج التي توصل إليها البحث هي الآتي:

أولاً: تناول المشرع الإماراتي المركز القانوني لمزود خدمة التصديق بالتنظيم، حيث خصص المواد (١٨ - ٢٣) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ لأحكام التصديق على التوقيع الرقمي، كما صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢٩١/٨ بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١٥ بتعيين الهيئة العامة لتنظيم قطاع الاتصالات كمراقب لخدمات التصديق الالكتروني في دولة الإمارات العربية المتحدة، ثم صدرت لائحة مزودي خدمات التصديق الالكتروني بموجب القرار الوزاري رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

ثانياً: ألزم المشرع الإماراتي تحت طائلة الجزاء أي شخص يرغب بتقديم خدمات التصديق الالكتروني بأن يحصل على الترخيص من مراقب خدمات التصديق الالكتروني، والهدف من ذلك تحقق المراقب من استيفاء المزود الشروط المطلوبة لاسيما تلك التي تعزز الثقة والمصداقية في

الشهادات التي يصدرها، ولعل من أهم هذه الشروط أن يستخدم في أداء خدماته نظماً وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة، إلا أنه نصّ على هذه الشروط تحت عنوان "واجبات مزود خدمات التصديق" في المادة (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي، وهذا العنوان برأينا المتواضع محل نظر، ذلك أن استخدام النظم والموارد البشرية الجديرة بالثقة إنما هو شرط لحصول المزود على الترخيص اللازم لمزاولة هذه المهنة، والنص على كونها أحد واجبات المزود قد يفسر على أنها تفرض على المزود بعد حصوله على الترخيص واكتسابه صفة مزود خدمات التصديق، ومثل هذا التفسير لا يحقق مصلحة الموقع المتعاقد مع المزود أو الغير الذي يعوّل على الشهادات التي يصدرها، إذ لا يمكن ضمان الثقة في الخدمات التي يقدمها. وجدير بالملاحظة أن لائحة عمل مزودي خدمات التصديق جعلت من توافر المعايير التقنية المطلوبة في عمل المزود أحد شروط الحصول على الترخيص أو تجديد الترخيص.

ثالثاً: العلاقة بين المزود والموقع علاقة عقدية يحكمها اتفاق الطرفين فضلاً عن النصوص التشريعية التي تنظم هذه العلاقة، إلا أن من الملاحظ على تلك النصوص التشريعية ما يأتي:

١- لم يفرد المشرع الإماراتي في قانون المعاملات الالكترونية أو في لائحة عمل مزودي خدمات التصديق الالكتروني نصاً لالتزامات المزود تجاه الموقع، و عوضاً عن ذلك أورد نصاً يتضمن مجمل التزامات المزود تجاه الموقع وتجاه سواه كالغير المتعاقد مع الموقع والجهة التي تتولى منحه الترخيص لمزاولة نشاطه ومراقبة هذا النشاط، وبالمقابل لم يخصص نصاً لالتزامات الموقع تجاه المزود وجاءت التزامات الموقع بنص عام يشمل التزاماته تجاه المزود وتجاه الغير، وكان يحسن حسب تقديرنا المتواضع لو أن المشرع أفرد لالتزامات المزود تجاه الموقع نصاً خاصاً وكذلك لالتزامات الموقع تجاه المزود، إذ تختلف الطبيعة القانونية لعلاقة المزود بالموقع عن الطبيعة القانونية لعلاقة المزود بالغير أو علاقته بالجهة التي تتولى الرقابة على أعماله، وهو ما يرتب

بطبيعة الحال اختلافاً في الأحكام التي تخضع لها هذه العلاقة ولا سيما عند الإخلال بأحد الالتزامات ، مما يستوجب التمييز بين كل علاقة من هذه العلاقات وتحديد آثار كل منها بشكل دقيق.

٢- جعل المشرع التزام المزود بإصدار شهادة مصادقة دقيقة والتزام الموقع بالإدلاء بالبيانات وبالمحافظة على أداة إنشاء التوقيع التزاماً يبذل عناية ، وحدد مستوى العناية المطلوب بأنه العناية المعقولة ، وهذا المصطلح يتصف بالغموض بطني ، فوصف العناية بالمعقولة ليس فيه تحديد صريح لمستوى العناية ، ويمكن أن تكون العناية معقولة في نظر الموقع فيكون ما بذله من العناية هو ما يبذله في شؤونه الخاصة ، وقد تكون أقل أو أكثر من عناية الشخص العادي ، ونعتقد أن هذه العبارة يقصد بها أن تكون العناية معقولة في ميدان التعامل بالتواقيع الرقمية ، فهي ليست العناية التي يبذلها الشخص في شؤونه الخاصة وليست عناية الشخص الحريص ، وإنما هي العناية المتوقعة من شخص وسط في صفاته وهو ما تعبر عنه القواعد العامة بعناية الشخص العادي.

٣- نص المشرع الإماراتي على مسئولية المزود تجاه الموقع عن الضرر الذي يصيب الأخير بسبب عدم صحة شهادة المصادقة الالكترونية أو نتيجة لأي عيب فيها ، وبشأن ذلك نبين الآتي :

أ- يفضل موقف المشرع الإماراتي بنصه على مسئولية المزود تجاه الموقع عن عدم صحة الشهادة على موقف عدد من قوانين المعاملات الالكترونية العربية كالقانون البحريني والسعودي والتونسي والمصري والأردني التي قصرت مسئولية المزود عن عدم صحة الشهادة على مسئوليته تجاه الغير ، في حين أن الضرر قد يصيب المتعاقد أيضاً ، فإذا كانت الشهادة غير دقيقة واعتمد عليها دون أن ينسب إليه خطأ في الإدلاء ببيانات غير دقيقة فإنه قد يقاضى من قبل الغير الذي يتعاقد معه ويلزم بأداء تعويض له.

ب- حدد المشرع الإماراتي تعويض الموقع بالخسارة التي تحمل فقط دون الكسب الفائت خلافاً للقوانين الأخرى التي نصت على مسؤولية المزود تجاه الموقع مثل القانون العماني وموقف المشرع الإماراتي يفضل وله ما يبرره لان المسؤولية في حال ثبوتها على المزود تكون مسؤولية جسيمة لاسيما في الحالة التي يقدم فيها خدماته عبر شبكة المعلومات الدولية " الانترنت " ، إذ يمكن أن يبرم الموقع عددا كبيرا من العقود مع الغير اعتمادا على الشهادة المعيبة وقد حقق المشرع الإماراتي نوعاً من التوازن في المصالح ، فأقرّ بوجود إلزام المزود بتعويض المتضرر إلا أنه حدد التعويض في الوقت ذاته بأحد عنصره فقط حماية للمزود من أداء تعويض مرهق.

ت- لا تقتصر التزامات المزود تجاه الموقع على التزامه بإصدار شهادة دقيقة ، ومع ذلك فقد خصّ المشرع بالنص مسؤولية المزود عن الإخلال بالتزامه بإصدار شهادة مصادقة دقيقة ، ولا يعني ذلك عدم مسؤوليته عن الإخلال بالتزاماته الأخرى كالاتزام بالتبصير أو الالتزام بالسرية ، إنما تطبق على إخلاله بها القواعد العامة في المسؤولية العقدية فضلاً عن تحمله أي جزاء آخر ينص عليه المشرع كالجزاء الجنائي المنصوص عليه في الفصل الخاص بالعقوبات من القانون أو اللائحة ، وكان من الأفضل بظني المتواضع لو عمد المشرع الى توحيد القاعدة الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بجميع الالتزامات ولاسيما ما يتعلق منها بقصر التعويض على الخسارة التي تحمل لاتحاد العلة فيها.

رابعاً: لا تخضع العلاقة بين المزود والغير الذي يعول على شهادة المصادقة التي يصدرها الى تكييف واحد ، فالعلاقة بينهما قد تكون عقدية أو غير عقدية تبعاً لوجود اتفاق بينهما من عدمه. وقد كان يحسن حسب تقديري المتواضع لو نظم المشرع الاماراتي العلاقة بين المزود والغير فجعلها علاقة عقدية في جميع أحوالها بأن يلزم الغير

بالحصول على شهادة المصادقة من المزود نفسه فيبرم اتفاقاً معه على ذلك، ففي ذلك توحيد للأحكام التي تخضع لها علاقة المزود بالغير من جهة، وضمنان لحق الغير الذي يعول على الشهادة، فحصوله عليها من المزود يؤكد صحتها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين ومن تبعه باحسان الى يوم الدين.

#### المصادر:

#### أولاً: باللغة العربية:

##### أ- الكتب:

- ١- د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، الكويت: مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٣.
- ٢- إبراهيم سيد أحمد، قانون التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وقانون الملكية الأدبية والفكرية، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٣- د. احمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، القاهرة: جامعة عين شمس، ٢٠٠١.
- ٤- أمير فرج يوسف، التوقيع الالكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٥- توفيق شنبور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالتجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، ٢٠٠٠.
- ٦- حسين المؤمن، نظرية الاثبات ( المحررات أو الادلة الكتابية )، ج ٣، بيروت - بغداد، مكتبة النهضة، ١٩٧٥.
- ٧- د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨.

- ٨- سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني: ماهيته - صورته - حجته في الاثبات بين التدويل والاقتباس، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.
- ٩- د. سليمان مرقص، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج١ (الادلة المطلقة)، القاهرة: عالم الكتب، ١٩٨١.
- ١٠- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- ١١- د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
- ١٢- ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، بيروت: مكتبة صادر، ٢٠٠٣.
- ١٣- د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ (مصادر الالتزام)، الموصل: مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٠.
- ١٤- د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.
- ١٥- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ١٦- علي كحلون الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الالكترونية، تونس: دار اسهامات في ادبيات المؤسسة، بدون سنة نشر.
- ١٧- د. عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ٢٠٠٩.



١٨- د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الادارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥.

١٩- د. محمد حسام محمود لطفي، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القاهرة: بدون ناشر، ٢٠٠٢.

٢٠- نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.

٢١- وسيم شفيق الحجار، الإثبات الالكتروني، بيروت: دار صادر، ٢٠٠٢.

٢٢- د.لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

#### بد الرسائل الجامعية:

١- امل كاظم سعود الزويعي، التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة النهرين، بغداد، ١٩٩٨.

#### ج- الأبحاث والمقالات:

١- د.آلاء يعقوب النعيمي، التوقيع الرقمي تطور في المفهوم والأحكام، مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين، المجلد السابع، العدد ١٢، ٢٠٠٤.

٢- د.آلاء يعقوب النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد ١٤، ٢٠٠٥.

٣- د.آلاء يعقوب النعيمي، المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير، مجلة الحقوق - جامعة البحرين، العدد الأول، المجلد الثالث، ٢٠٠٦.

٤- د.علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والسبعون، ٢٠٠٢.

- ٥- د. فائق الشماع، التجارة الالكترونية، مجلة دراسات قانونية، العدد الرابع، ٢٠٠٠.
- ٦- د. محمد المرسي زهرة، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، بحث منشور في نشرة اتحاد المصارف العربية الخاصة بالجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الالي في المصارف، ١٩٩١.
- ٧- د. نبيل محمد احمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٢٣، يونيو ٢٠٠٨.

#### د. القوانين:

- ١- قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢.
- ٢- توجيه الاتحاد الاوربي الخاص بالتوقيعات الالكترونية الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩.
- ٣- قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠.
- ٤- توجيه الاتحاد الاوربي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر عام ٢٠٠٠.
- ٥- تعليمات الاتحاد الاوربي الخاصة بحماية المستهلك في البيوع عن بعد رقم ٢٣٣٤ الصادرة عام ٢٠٠٠.
- ٦- قانون الاونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية الصادر عام ٢٠٠١.
- ٧- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.
- ٨- قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في ١٤/٩/٢٠٠٢.
- ٩- قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.
- ١٠- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦.
- ١١- لائحة مزودي خدمات التصديق الالكتروني الصادرة بموجب القرار الوزاري رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

١٢- قانون المعاملات الالكترونية العماني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨.

١٣- نظام المعاملات الالكترونية السعودي.

### ثانياً: باللغة الانجليزية

- 8- Anne Salaun, Consumer protection issues, ESPRIT project 27028. <http://www.6net.org/pulications/manuals/content/access.toc.pdf>.
- 9- Aron Youngerwood & Sunwinder Mann, Extra Armoury for consumers the new distance selling regulation, *The journal of information , Law and technology (JILT)*, 3, 2000.<http://warwick.ac.uk/jilt/00-3/youngerwood.html>.
- 10- Bruce w.McConnell ,Edward J.Appel,Security and public safety in the global information infrastructure, Memorandum for interested parties, Executive office of the president ,office of management and budget, Washington, D.C. 20503, May 20, 1996,<http://www.epic.org/crypto/key-escrow/white-paper.html>.
- 11- BT(British Telecom Company)Trust Services Relying Third Party Charater for On Site key manager certificates, Issue 3 (Issued:25 October,2002)<http://www.trustwise.com/rpa/index.html>
- 12- Chris Kuner, Rosa Barcelo, Stewart Baker and Eric Greenwald, An Analysis of international electronic and digital signature implementation Initiatives, A study prepared for the interent Law & policy forum, September,2000 ,<http://www.ilpf.org/groups/analysis-IEDSII.html>.
- 13- Chris Kuner, Stewart Baker, An Analysis of International Electronic Digital Signature Implementation Initiatives, A Report submitted to the internet Law & policy forum,10 September,2000,<http://www.ilpf.org/groups/report-IEDSII.html>.
- 14- Chris Reed, What is a signature, *Journal of information, Law & Technology*,2000(3), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/reed.htm>.
- 15- Chris Swindells and Kay Henderson, Legal Regulation of electronic commerce, *Journal of information, Law & Technology*, 1998 (3), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/98-3/swindells.html>.
- 16- Christina Spyrelli, Electronic Signature: A transatlantic Bridge? An Eu and U.S legal Approach Towards Electronic

- Authentication, *Journal of Information, Law & Technology* (JILT), 2002 (2), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-2/spyrelli.htm>.
- 17- John Angel, *Why use digital signatures for electronic commerce*, *The Journal of information, Law & Technology* (JILT), 1999(2), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/99-2/angel.html>.
- 18- Julia Hornle, *The European union takes Initiative in the field of E-commerce*, *The Journal of information, Law & Technology* (JILT), 2000(3), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/hornle.html>.
- 19- Michael Froomkin, *The essential role of trusted third parties in electronic commerce*, *Oregon L. Rev.* 49 (1996). Available at: <http://osaka.law.miami.edu/~froomkin/articles/trusted.htm>.
- 20- Steffen Hindelang, *No Remedy for disappointed trust-the liability regime for certification authorities towards third parties outwith the EC Directive in England and Germany compared*, *The Journal of Information, Law & Technology* (JILT), 2002 (1), <http://elj.warwhick.ac.uk/jilt/02-1/hindelang.html>.
- 21- Stewart Baker, Matthew Yeo, *Survey of international electronic and digital signature Initiatives, A report submitted to the internet Law & policy forum*, <http://www.ilpf.org/groups/survey-htm>
- 22- *The Role of Certification Authorities in consumer transactions, A report of the Internet Law & policy forum working group on certification authority practices.* April 14, 1997, <http://www.ilpf.org/groups/ca/draft.htm>.
- 23- Yee Fen Lim, *Digital Signature, Certification Authorities and Law*, *Murdouch University electronic Journal of Law*, Vol.9, No.3, Sep. 2000, <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n3/Lim93.html>

## الحكر

فى القانون المدنى المصرى والتشريعات اللاحقة عليه  
ومدى مشروعيتها قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ بإنهائه

د. أيمن سعد سليم

أستاذ القانون المدنى المساعد

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

### مقدمة

#### موضوع البحث وأسباب اختياره:

الحكر نظام قانونى دقيق ومعقد، ورد تنظيم له فى التقنين المدنى المصرى الصادر سنة ١٩٤٨م، وذلك فى خمس عشرة مادة، فى المواد من ٩٩٩ إلى ١٠١٤ ضمن النصوص المنظمة للحقوق العينية الأصلية، ومنذ هذا التاريخ لم يأخذ الحكر حقه فى البحث والدراسة من فقهاء القانون المدنى المصرى، على الرغم من أن هذه النصوص قد أدرجت فى التقنين المدنى المصرى لحل مشكلات الحكر المستعصية التى ظهرت قبل إصدار هذا التقنين والتى استفحلت بعد إصداره<sup>(١)</sup>.

والحكر حق عيني أصلي ينشأ بعقد شكلي، وفق إجراءات محددة نص عليها القانون المدنى إذا لم تتبع اعتبار الحكر كأن لم يكن، والهدف من تنظيم الحكر هو إعمار عقار موقوف لم تصلح كل السبل لإعمارها عن طريق البناء عليه إذا كان يصلح للبناء، والغراس فيه إذا كان يصلح للزراعة، أو إعمارها بأي طريقة أخرى مناسبة لإعمارها.

وهو قيد خطير على حق الملكية؛ لأنه يغفل يد المالك طوال فترة الحكر التى قد تمتد لأمد بعيد، حيث يعطى هذا الحق للمحكر حقين فى نفس الوقت؛ الأول: هو حق ملكية تامة على ما يقيمه من بناء، وما يحدثه من غراس، والثاني: هو حق عيني أصلي على الأرض الموقوفة محل الحكر يشبه حق الانتفاع، لكنه يزيد عليه فى بعض المميزات مثل أنه يتقل للورثة فى حين أن الانتفاع ينتهى حتماً بموت المنتفع.

(١) راجع فى مشكلات الحكر قبل وإبان إعداد مشروع القانون المدنى: عثمان بك فهمي، الحكر فى مصر، مطبعة ملجأ الأيتام - الماسونى بمصر القديمة، ١٩٤٤م، ص ١ وما بعدها.

والتأمل في أحكام الحكر يجد أن حق الحكر يضع صاحبه في وضع أفضل من المالك، فهو يمارس سلطات المالك وزيادة، ولا يتحمل أعباء المالك، ولا تكليفاته.

ولقد نظم المشرع المصري الحكر وهو كاره له، وسعى سعياً حثيثاً للحد من انتشاره، بل والعمل على إنهائه، وفي سبيل تحقيق ما يروم إليه جعل أقصى مدة له ستين سنة (مادة ٩٩٩ من القانون المدني المصري)، وأنه لا يجوز أن ينشأ إلا لضرورة أو مصلحة، وبإذن من المحكمة الابتدائية المختصة (مادة ١٠٠٠ من القانون المدني المصري)، وأنه لا يرد إلا على أرض موقوفة (مادة ١٠١٢ من القانون المدني المصري)، وأنه ينتهي قبل حلول أجله إذا زالت صفة الوقف عن الأرض الموقوفة (مادة ١٠٠٨ من القانون المدني المصري)، وأنه يسقط بالتقادم لعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (مادة ١٠١١ من القانون المدني المصري).

ومع ذلك لم يفلح المشرع المصري في تحقيق ما يصبو إليه، ولم يستطع بواسطة تلك النصوص من القضاء على الحكر، ولا العمل على إنهائه، بل بقيت الأحكار في مصر، وتوغلت في أعز أماكنها، بل أصبحت بؤراً للعشوائيات يصعب بل يستحيل إزالتها، فانطلقت أيدي المتهكرين دون ضابط ولا رابط يعثون بتلك الأراضي تحت ستار أنهم معمرون، وهم في الحقيقة مخربون، فبنوا عششاً من الصفيح يسكنها المطاردون، وأكواخاً من الخشب يأوي إليها المجرمون، وتوارثت تلك العشش وهذه الأكواخ نسل هؤلاء وأولئك فأصبحت مجتمعات إجرامية بعد أن كانت تجمعات سكنية، ولكنها للأسف مجتمعات عشوائية يكرها المجتمع وهي له كارهة، فتولد عداً بين الاثنين، فالمجتمع يريد إزالتها وهم يتمسكون بأماكنهم المميزة من حيث مواقعها الجغرافية؛ لأنهم لا يعلمون ولا يرضون بأماكن أخرى غيرها. وعلى الرغم من أن الظروف الاقتصادية التي ظهرت وانتشرت في ظلها الأحكار قد تغيرت، حيث أصبح إعمار الأرض الموقوفة محل الحكر أمراً ميسوراً بل مرغوباً، وفي مدة أقصير من مدة الحكر، وبشروط أفضل من

شروط الحكر نظراً لأن العمران قد امتد إلى هذه الأوقاف فأصبحت تقع في قلب المدن والقرى، ومع ذلك بقيت الأحكار بوضعها القديم ولذا سعت الحكومات المتتالية بعد إصدار القانون المدني المصري إلى إزالة هذه الأحكار بالقوة والسيادة، ولما عجزت عن إزالتها بذلك لجأت إلى إصدار تشريعات خاصة لإنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة صدرت الواحدة تلو الأخرى بعد إصدار القانون المدني مباشرة الذي عجزت نصوصه على القضاء على الحكر.

فصدر قانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م، بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات وما استتبعه ذلك من إنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة وفقاً أهلياً، وبقيت الأحكار على الأراضي الموقوفة وفقاً خيراً.

ثم صدر قانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣م، الذي سمح لوزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف بإنهاء الأحكار حكراً حكراً ولم يفلح في تحقيق ما صدر من أجله.

ثم صدر قانون ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤م، الذي جعل إنهاء الحكر بقرار وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف على أن يأخذ المحتكر خمسين من قيمة الأرض بدلاً من الربع في القانون السابق عليه، وأيضاً لم يفلح هذا القانون في القضاء على جميع الأحكار.

ثم صدر قانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٠م، الذي نظم لأول مرة - إنهاء الحكر بطريقتين على الأعيان الموقوفة الأول هو بقرار من وزير الأوقاف - إذا اقتضت المصلحة ذلك - حكراً حكراً والثاني هو أن يتم إنهاء جميع الأحكار خلال مدة لا تزيد على خمس سنوات من تاريخ العمل به، ولم ينجح هذا القانون في القضاء على جميع الأحكار في تلك المدة، بسبب تعقد إجراءات إنهاء الحكر التي نص هذا القانون على اتباعها، ولذا مُد العمل بهذا القانون عدة مرات ولم ينجح في القضاء على الأحكار.

ثم أصدر المشرع قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، لإنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة حكراً حكراً ولم ينظم - كما فعل سابقه - الإنهاء الجماعي

للأحكار في خلال مدة معينة، وقد يسر إجراءات إنهاء هذه الأحكار وألغى نصوص قانون ٩٢ لسنة ١٩٦٠، وأعمل بهذا القانون منذ صدوره حتى الآن، أي أنه القانون المعمول به حالياً لتنظيم إنهاء الأحكار، ولم ينجح هذا القانون في إنهاء جميع الأحكار، ولعل السبب في ذلك هو صعوبة فهم نصوصه حيث احتوت على أحكام متناقضة ومواد غير منظمة ومصطلحات مبهمة.

وعلى الرغم من أهمية هذا التشريع والتشريعات السابقة عليه، وارتباطها بنصوص القانون المدني المنظمة للحكر، إلا أنه منذ صدورها وحتى يومنا هذا، لم تمتد إليها يد الباحثين بالبحث والدراسة، ولا يد الفقهاء بالنقد والتحليل، فظلت هذه النصوص مجهولة لا يعرف بوجودها إلا قليل من المتخصصين، وهذا من أهم الأسباب التي دفعني دفعا إلى بحث تلك النصوص وتفقهها وتحليلها وبيان مدى ارتباطها بنصوص القانون المدني، وهو الأصل في تنظيم الحكر.

وأخيراً زاد من أهمية هذا البحث صدور قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، بإنهاء جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة وما تبعه من إصدار منشور عام رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٩م، من رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية بتنفيذ هذا القرار. وقد استند هذا القرار على تفسير غريب لنصوص القانون المدني في تحديد مدة الحكر كما أنه استند إلى نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، ونسب إليها ما ليس فيها من إعطاء وزير الأوقاف سلطة الإنهاء الجماعي للأحكار على الأراضي الموقوفة، ولا مراء في أهمية التعليق على هذا القرار وبيان مدى مشروعيته وبحث مدى اتفاه مع نصوص القانون المدني ونصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م.

لكل هذه الأسباب اخترت هذا الموضوع محاولاً معالجته في التشريعات المنظمة له التي أردت أن أربط بينها وأن أعرضها في صعيد واحد لشرحها وتحليلها ونقدها لإعانة المتعاملين بنصوصها على فهمها وتطبيقها تطبيقاً سليماً.



## صعوبة الموضوع:

هناك عدة أسباب تدفع إلى القول بصعوبة دراسة موضوع الحكر، ويتمثل أول سبب في وجود هذه الغاية الكثيفة من النصوص المتناثرة التي تحكم الحكر في التقنين المدني المصري والتشريعات الخاصة اللاحقة عليه وقرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، لإنهائه.

ومن أسباب الصعوبة أيضاً أنه لم يتطرق أحد من فقهاء القانون المدني المصري - فيما اطلعت عليه - لهذه المنظومة التشريعية المعقدة التي تحكم الحكر ولم يجمع أحد من هؤلاء الفقهاء تلك النصوص العامة الواردة في القانون المدني مع النصوص الخاصة الواردة في التشريعات اللاحقة عليه والقرارات الوزارية المتعلقة به في بحث واحد، وفي صعيد واحد، ولم يتعرض فقهاء القانون المدني للحكر إلا بطريقة موجزة في المراجع العامة التي تتناول الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري وهي قليلة، وإن لم تكن نادرة في عددها.

ومن أسباب صعوبة بحث هذا الموضوع أيضاً أن للحكر جذوراً في الفقه الإسلامي، ولكن تنظيمه ضمن نصوص في القانون المدني جعله من الموضوعات (الحدودية) التي تقف على الحدود بين الشريعة والقانون؛ حيث يعتبر الفقه الإسلامي مصدرها التاريخي<sup>(١)</sup>، وتعتبر نصوص القانون المدني هو تنظيمها الوضعي، وتلك الموضوعات الحدودية في القانون المدني لا تأخذ حظها من البحث والدراسة<sup>(٢)</sup> لشعور فقهاء القانون المدني أنها من اختصاص فقهاء الشريعة الإسلامية؛ حيث إن أصلها هو الفقه الإسلامي، ولشعور فقهاء الشريعة الإسلامية أنها من اختصاص فقهاء القانون المدني؛ لأنها قد

(١) راجع في تاريخ نشوء عقد الحكر وأسبابه: د. صالح سليمان حمد الحويش، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارنة بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، سنة ٢٠٠٨م، المكتبة المكية للنشر بمكة المكرمة، دار عمان للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) ومن أمثلتها موضوع تصفية التركية، وموضوع الولاية على النفس والولاية على المال، وموضوع مبادئ الشريعة الإسلامية.

نظمت ضمن نصوصه، فتضيق بين هؤلاء وأولئك، ولا تمتد إليها يد البحث والدراسة على الرغم من أهميتها. ولاشك أن المقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين في هذا الموضوع أمر ضروري لفهم النصوص المنظمة لذلك الموضوع.

ومن أسباب صعوبة البحث أخيراً أن العلامة السنهوري الذي قام بإعداد نصوص القانون المدني المصري، كعادته دائماً، حينما يأخذ موضوعاً من الفقه الإسلاميين يضيف عليه بعض لمساته المبتكرة، فلا يأخذ تنظيمه من الفقه الإسلاميين كما هو وإنما ينظمه بطريقة مبتكرة قد تخالف آراء الفقهاء المسلمين أنفسهم مادامت محض اجتهاد قابل للمناقشة والرد، مراعيًا في ذلك تحقيق مصلحة المجتمع من وراء هذه المخالفة، وقد يمزج لتحقيق هذا الهدف بين الفقه الإسلاميين وبين القانون الوضعي ويخرج من بينهما نظاماً جديداً يجمع بين حسنات كل نظام.

وبالتأمل في النصوص المنظمة للحكر في التقنين المدني المصري نجد أن لها جذوراً أخرى في القانون الفرنسي حيث نظم القانون الزراعي الفرنسي حقاً شبيهاً بالحكر وهو الإمفيشوز emphytéose وذلك سنة ١٩٠٢م، مستمداً فكرته من القانون الروماني، ولاشك أن الاطلاع على هذه النصوص أمر ضروري لفهم النصوص المنظمة للحكر في القانون المصري ببيان مدى اتفاقها واختلافها معه.

#### منهج البحث وخطته:

لقد اقتضت معالجة النصوص المنظمة للحكر الواردة في التقنين المدني المصري دراستها دراسة مقارنة مع آراء الفقهاء الإسلاميين في الحكر، وأحكام التقنين الزراعي الفرنسي المنظمة للإمفيشوز. وقد جمعت - قدر ما استطعت - الأنظمة الثلاثة في كل فكرة أو حكم مشترك بينها وذلك وفقاً للمنهج المقارن الأفقي مبيّناً أوجه التشابه والاختلاف بينهم.

أما التشريعات الخاصة اللاحقة على التقنين المدني المصري التي نظمت إنهاء الأحكام على الأراضي الموقوفة فقد اتبعت في دراستها المنهج

التحليلي؛ حيث إنها نصوص خاصة بمصر لا يوجد مقابل لها، أو شبيه بها في الأنظمة الأخرى، ولذلك درست القواعد الواردة في هذه النصوص، وبينت شروط تطبيقها، وأوضحت الآثار المترتبة على تطبيقها، وذلك كله وفقاً للمنهج التحليلي، ووجهت المشرع والقضاء إلى ما أراه صحيحاً في تفسيرها.

أما قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، الخاص بإنهاء جميع الأحكام على الأراضي الموقوفة فقد بينت مدى مشروعيتها، وهل اتفق مع نصوص التقنين المدني المصري، ونصوص قانون رقم ٤٣ سنة ١٩٨٢م، الذي استند عليهما وزير الأوقاف في إصدار هذا القرار أم أنه خالف هذه النصوص؟

وقد قسمت هذا البحث إلى فصلين: الفصل الأول: يتضمن الأحكام العامة للحكر، والفصل الثاني: ينصب على انتهاء الحكر.

وقد جمعت في هذا البحث بين النصوص التشريعية العامة والخاصة، والأحكام القضائية القديمة والحديثة، والآراء الفقهية العربية والفرنسية، وحاولت الربط بين النصوص والأحكام والآراء في صعيد واحد، وقد اجتهدت - قدر ما استطعت - لعمل ذلك - ولاسيما أن أجزاء كبيرة من هذا البحث لم يتطرق أحد من الباحثين من قبل - فيما اطلعت عليه - لمعالجتها، فإن أصبت في اجتهادي فهذا من فضل الله، وإن أخطأت فحسبي أن للمجتهد المخطيء أجراً. وعلى الله قصد السبيل وعليه فليتوكل المؤمنون

## الفصل الأول

### الأحكام العامة للحكر

#### تمهيد وتقسيم:

في مصر، ورد تنظيم حق الحكر في التقنين المدني المصري في المواد من ٩٩٩ إلى ١٠١٤، وذلك في الباب الثاني المتعلق بالحقوق المتفرعة من حق الملكية والذي انقسم إلى ثلاثة فصول، أفرد المشرع الفصل الثاني منه إلى حق الحكر، وقد أجمع الفقهاء وأحكام القضاء أن تنظيم الحكر في القانون

المصري مستمد من الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل في النصوص المنظمة للأحكام العامة للحكر في التقنين المدني المصري نجد أن هناك أوجه تشابه وأوجه خلاف بين التقنين المدني المصري وأحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وسبب هذا الخلاف أن المشرع المصري حينما نظم الحكر لم يعتمد في تنظيمه على الفقه الإسلامي كمصدر وحيد يستمد منه الأحكام العامة للحكر وإنما تأثر أيضاً بتنظيم القانون الفرنسي بنظام شبيه بالحكر وهو نظام الإمفيثيوز *emphytéose*<sup>(٢)</sup>.

ففي فرنسا، ورد تنظيم الإمفيثيوز ضمن نصوص التقنين الزراعي *Code rural* في المواد من L. 451/1 إلى L. 451/13 أي في ثلاث عشرة مادة وهذا التنظيم له جذور في الماضي ترجع إلى القانون الروماني<sup>(٣)</sup>، فقد ورد في مدونة جوستيان في القانون الروماني تنظيم الإمفيثيوز وصلد به قانون (زينون) قرر فيه أن الإمفيثيوز ليس بيعاً ولا إيجاراً، وإنما هو عقد من نوع خاص يستمد أحكامه من اتفاق المتعاقدين يعطي بمقتضاه أحد المتعاقدين حقاً عينياً من نوع خاص على عقار يملكه المتعاقد الآخر يُمكن الأول من الانتفاع بعقار الثاني لمدة طويلة مقابل أجره زهيدة<sup>(٤)</sup>.

(1) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، سنة ١٩٧٦/١٩٧٥م، مطبعة جامعة القاهرة، بند ٣٤٣،  
د. محمد كامل مرسي بك، الأموال، ط ٢، سنة ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م، مطبعة فتح الله الياس، بند ١٩٣.

(2)

BOCCARA, Le bail emphytéotique, Rev. éco. et or. imm. 1964. 448;

(3)

François Collart Dutilleul, et Philippe Delebecque, contrats civil et commerciaut, Dalloz, 2007, 8e éd, no 391.

(4) مدونة جوستيان في الفقه الروماني، نقلها إلى العربية عبد العزيز فهمي، دار الكاتب المصري، القاهرة، سنة ١٩٤٦م، ص ٢٣٠.

وبعض الفقهاء أطلق تسمية (الحكر الفرنسي) على حق الإمفيثيوز، وقد بين سيادته تاريخ هذا الحق منذ ظهوره في القانون الروماني حتى تنظيمه في القانون الفرنسي.

راجع: د. عبد السلام ذهني بك، في الأموال، مطبعة الاعتماد، سنة ١٩٢٦م، بد ٢٧٦، وقد نظمه المشرع المغربي تحت عنوان (الإجارة طويلة الأمد) في الفصول من ٨٧: ٩٦ من التشريع المطبق على العقارات المخططة.

وحتى نستطيع فهم نصوص القانون المدني المصري المنظمة للأحكام العامة للحكر لابد أن نقارن بينها وبين تنظيم الفقه الإسلامي، وكذلك تنظيم القانون الفرنسي لهذا الموضوع في صعيد واحد، وسوف نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

**المبحث الأول: التعريف بالحكر.**

**المبحث الثاني: إنشاء حق الحكر.**

**المبحث الثالث: آثار الحكر**

## **المبحث الأول**

### **التعريف بالحكر**

**الحكر حق عيني:**

حق الحكر حق عيني أصلي نظمه القانون المدني المصري ضمن الحقوق المتفرعة من حق الملكية، وذلك في المواد من ٩٩٩ إلى ١٠١٤ كما سبق القول.

وقد استمد المشرع المصري تنظيم حق الحكر من أحكام الفقه الإسلامي، وإذا كان الحكر في الفقه الإسلامي عبارة عن عقد إجارة يعطي للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجر المثل<sup>(١)</sup>. فإن الحكر في ظل نصوص القانون المدني المصري التي نظمته هو حق عيني أصلي ينشأ بمقتضى إذن من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض محل الحكر كلها أو أكثرها قيمة. ويجب أن يصلر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يجيل عليه من القضاء أو الموثقين ويجب شهره وفقاً لأحكام قانون تنظيم

---

= راجع في تفصيل هذا التنظيم: د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، ج ٣، الحقوق العينية (الأصلية والتبعية)، دار الجيل للطباعة، الفجالة، مكتبة عين شمس، سنة ١٩٧٧م، بند ١٧٤ وما بعدها.

(١) نقض مدني، جلسة ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٥، ص ٥١٢.

وراجع: د. صالح الخويس، المرجع السابق، ص ١١٧ وما بعدها.

أحكام الشهر العقاري (مادة ١٠٠٠ من القانون المدني المصري)<sup>(١)</sup>.

فالحكر عقد شكلي يتم وفق إجراءات معينة نص عليها القانون، هذا العقد يمنح من خلاله شخص يسمى المستحكر أو المحتكر حقاً عينياً يمكنه من البناء أو الغراس على أرض خربة تحتاج إلى بناء أو غراس، وذلك في مقابل التزام المحتكر بدفع أجره لا تقل عن أجره المثل.

وفي الفقه الإسلامي، يعرف الحكر بأنه عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض في يد مستأجر بهدف البناء أو الغراس أو أحدهما<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عبد النعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتضرعة عنها وأسباب كسبها، ط٣، سنة ١٩٦٨م، مكتبة سيد عبد الله وهبه، بند ٢٦٤، د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، سنة ١٩٧٥م، منشأة المعارف، بند ١٦٦.

د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، بند ١٩٣، وقد بين رحمه الله موقف الفقه من تكييف الحكر قبل تنظيمه في القانون المدني وهو حق عيني أيضاً.

(٢) محمد قدرى باشا، كتاب قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، الصادر عليه قرار نظارة المعارف العمومية المؤرخ في ٧ ربيع أول سنة ١٣١١ - ١٧ سبتمبر ١٨٩٣م، ثمرة ٣٣٧ طبعه على نفقتها، ط٤، المطبعة الأميرية بمصر، سنة ١٣٢٧هـ - ١٩٠٩م، ص٣٣١.

والجدير بالذكر أن العلامة قدرى باشا قد صاغ في هذا الكتاب الرائع أحكام الفقه الإسلامي متمثلاً في مذهبه الخنفي المتعلقة بالوقف والحكر في صورة مواد قانونية على غرار صياغة التقنينات الحديثة، ولا مراء أن قدرى باشا هو زعيم مدرسة الفقهاء المحدثين للفقه الإسلامي بلا منازع، الذين يحتفظون بالأحكام الموضوعية الواردة في أمهات كتب الفقه الإسلامي، ولكنهم يعرضونها بطريقة حديثة سهلة، ومن أمثلتهم العلامة أحمد إبراهيم، والعلامة عبد الوهاب خلاف، والعلامة أبو زهرة، والعلامة على الحقيف، وغيرهم.

وقد صاغ قدرى باشا نصوص الحكر في الفصل الرابع من الباب الخامس من الكتاب المشار إليه في المواد من ٣٣١ إلى ٣٤٦.

راجع أيضاً: محمد أمين الشهيري (ابن عابدين): حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان ووليّه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف. وضع المتن بأعلى الصحائف وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء، ط٣، سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ط مصطفى الحلبي وشركاه، ج٥، ص٢٧؛ وراجع أيضاً: الشيخ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، موسوعة أحكام الوقف على المذاهب الأربعة، المكتبة الأزهرية للتراث، والجزيرة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٩، ص٢٣٣.

والحكر عقد إيجار لا يعطي للمحتكر حقوق أكثر من حقوق المستأجر سوى أنه له الأولوية في استئجار الأرض محل الحكر، وليس لناظر الوقف أن يزعجه بطلب الهدم أو القلع، أو يباعد بينه وبين غرسه، مادام يدفع أجرة المثل، وهو ما يسمى حق القرار.

والحكر في الفقه الإسلامي ليس قاصراً على الوقف كما فعل المشرع المصري وإنما يشمل كل العقارات التي تصلح لأن تكون حكرًا.

والحكر نظام مكروه في القانون المدني المصري وفي الفقه الإسلامي، فظاهره الرحمة وباطنه العذاب، فظاهره يمكن المحتكر من إصلاح أرض خربة لا يقوى المحكر على إصلاحها ولكن المحكر غالباً ما يتعذب بسبب الحكر فلا يستطيع أن يتصرف في عقاره مادام محكراً، ولذا عمل المشرع على إنهاء الحكر والحد من انتشاره<sup>(١)</sup>.

**وفي فرنسا،** الإمفيثيوز يطلق عليه أيضاً إيجار الإمفيثيوز **Le bail émphtéotique** وهو عقد إيجار لعقار يخول المستأجر حقاً عينياً أصلياً يستطيع أن يرهنه<sup>(٢)</sup>، أو يتصرف فيه طوال مدة الإيجار، وذلك في مقابل أجرة

---

=راجع في انتقاد تكييف الفقه الإسلامي ومحكمة النقض في أحكامها السابقة على صدور القانون المدني الحالي للحكر بأنه عقد إيجار، وتكييفه للحكر بأنه عقد ناقل للملكية يحتوي على شرط فاسخ، ويكون للأرض المحكرة مالكان: الأول جهة الوقف وحق ملكيتها موقوف أو معلق على تحقيق الشرط الفاسخ. والثاني المحتكر وهو المالك فعلاً ولا ينفذ ملكيته إلا إذا تحقق الشرط بعودة العين إلى التعطل، وينتج من هذا الوضع الخاص أن جهة الوقف ليس لها أثناء قيام العقد أي حق على العين المحكرة سوى هذه الملكية المعلقة، عثمان بك فهمي، الحكر في مصر، المرجع السابق، ص ٤ وما بعدها.

(1) قريب من هذا المعنى: إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، موجز في الحقوق العينية المتفرعة من الملكية، مذكرات ١٩٦٢م، مكتبة عبد الله وهبة، بند ١٨،

قريب من هذا المعنى: الشيخ أحمد إبراهيم، واصل إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(2) تنص المادة 451/1 L. من التقنين الزراعي الفرنسي على أنه:

**Le bail émphtéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.**

زهيدة يلتزم المستأجر بدفعها إلى المؤجر مقابل التزام المستأجر بإصلاح العقار محل العقد عن طريق زراعته إذا كان أرضاً زراعية تحتاج إلى الزراعة والغرس، أو البناء عليه إذا كانت أرضاً معدة للبناء تحتاج إلى ذلك<sup>(١)</sup>.

**تعقيب:**

من خلال العرض السابق نخلص إلى أن حق الحكر في القانون المدني المصري حق عيني يرد على أرض موقوفة، الغرض منه إعمار الأرض الموقوفة واستصلاحها.

أما في الفقه الإسلامي، فالحكر حق شخصي ينشأ من عقد إيجار يرد على أرض موقوفة وغير موقوفة<sup>(٢)</sup>.

أما في القانون الفرنسي فالإمفيثيوز حق عيني ينشأ من عقد إيجار من نوع خاص، وهو خلاف القواعد المنظمة لعقد الإيجار التي تقضي بأن عقد الإيجار ينشئ حقاً شخصياً، فالإمفيثيوز إيجار ينشئ حقاً عينياً للمستأجر يخوله الحق في استعمال ما يقوم بنشائه من بناء أو غراس واستغلاله والتصرف فيه طوال فترة العقد، وهو بالطبع يرد على أرض موقوفة أو غير موقوفة؛ لأن نظام الوقف غير معروف، إلا في الفقه الإسلامي، وبالتالي لا يعرفه القانون الفرنسي.

ومن هنا يتضح أن المشرع المصري أخذ في تكيفه لحق الحكر من الفقه الإسلامي بقدر أنه يرد على أرض موقوفة في حين أنه في الفقه الإسلامي يرد

---

وراجع في هذا المعنى: C. Cass. 3e civ., 27 oct. 2004, Bull. civ. III. no 180. Joseph HUDAULT, droit rural, droit de l'exploitation agricole, Dalloz, 1987, no 6.

د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، بند ١٧٦.

(1)

Encycl. Dalloz, Droit Civil, vo Bail emphytéotique par C. GIVERDON, no 1. 1975.

(2) د. عبد السلام ذهني بك، في الأموال، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر، سنة ١٩٤٤هـ - ١٩٢٦م، بند ٢٧٥، د. صالح الحويش، المرجع السابق، ص ١٢٧ وما بعدها، محمد شفيق باشا، الحكر وتقديره، ط ١، سنة ١٩٢٦م، مطبعة مصر، ص ٩.



على أرض موقوفة وغير موقوفة، وأخذ من القانون الفرنسي بقدر بأنه حق عيني أصلي من نوع خاص عادة مدته طويلة.

### المبحث الثاني

#### إنشاء حق العكر

العكر عقد شكلي:

في مصر، تنص المادة ١٠٠٠ من التقنين المدني على أنه: «لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة ويأذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين، ويجب شهره وفقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري».

مقتضى هذا النص أن حق الحكر ينشأ بعقد شكلي لا يكفي التراضي لانعقاده وإنما يجب أن يتبع إجراءات معينة لإتمامه، هذه الإجراءات نص عليها القانون وفقاً للمادة السابقة وتسري على النحو التالي<sup>(١)</sup>:

بإني ذي بدء يجب على صاحب المصلحة أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية المختصة، وهي هنا المحكمة الابتدائية العادية، وليس الشرعية، كما ذكر النص، حيث ألغيت المحاكم الشرعية، وحل محلها المحاكم الوطنية، وهو ما يتطلب تعديل صياغة هذه المادة، حيث أصبحت لا تتفق مع التنظيم المعاصر للمحاكم المصرية، والمحكمة الابتدائية المختصة هي: التي يقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، فيطلب صاحب المصلحة، وهو هنا ناظر الوقف، وليس المحتكر، الإذن له بإنشاء حكر على أرض موقوفة يتولى إدارتها<sup>(٢)</sup>.

**وأرى، أن الأفضل أن يبين المشرع أن المحتكر ليس له أن يطلب من المحكمة المختصة الإذن بإنشاء الحكر؛ لأنه إذا حصل على هذا الإذن فإنه**

(١) د. عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، بند ٢٦٦، ٢٦٧.

د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند ٢٤٤.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، الإيجار والعارية، المجلد الثاني، سنة ١٩٦٣م، دار النهضة العربية، بند ٧٩٩.

يستطيع أن يجبر الوقف على الحكر، وهذا الأمر لا يتفق مع مصلحة الوقف ولا منطق الأشياء، ولذلك التفسير المنطقي للنص أن الذي يطلب الإذن من المحكمة المختصة بإنشاء الحكر هو ناظر الوقف على الأرض التي يدير وقفها وليس المحتكر.

وعليه أن يثبت أن الأرض الموقوفة في حاجة للحكر إما لضرورة أو مصلحة. وتتحقق حالة الضرورة إذا خرب العقار محل الحكر، وتعطل الانتفاع به، ولا يوجد من يرغب في استجاره، ولم يكن هناك سبيل لاستبداله بشئ نقدي يحل محل العقار العيني<sup>(١)</sup>.

وتتحقق حالة المصلحة إذا استأجر المحتكر عقاراً لمدة معينة وبنى عليه بناء أو غرس فيه أشجاراً، وذلك بإذن المالك وبعد انتهاء مدة الإيجار يرغب المحتكر في بقاء الأرض في يده مادام بناؤه أو غرسه قائماً مع التزامه بدفع أجره العقار التي لا تقل عن أجره المثل<sup>(٢)</sup>.

ثم بعد ذلك تقوم المحكمة المختصة بدراسة الطلب، ولها إزاء سلطة تقديرية فلها أن تمنح الإذن لناظر الوقف، أو ترفضه، حسب تقديرها لحالة الضرورة أو المصلحة، ولا رقابة عليها في هذا الصدد من محكمة النقض، مادامت قد بنت حكمها على أسباب سائغة<sup>(٣)</sup>.

فإذا رفضت الطلب انتهى الأمر، وإذا وافقت على الطلب سمحت بذلك أن تتخذ الخطوة التالية: وهي إبرام عقد حكر يتم بين ناظر الوقف والمحتكر، ويجب أن يبرم هذا العقد على يد رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين، وعادة ما يقوم بإعداد نموذج العقد ناظر الوقف ويجب أن يوافق عليه المحتكر، والقاضي أو الموثق المختص بمراقبة

---

(1) الشيخ عبد الوهاب خلاف، أحكام الوقف على ما عليه العمل الآن بالمحاكم المصرية من مذهب الحنفية وقانون الوقف الجديد، ط ٣، سنة ١٩٥٣، مطبعة النصر، ص ٢٦٩.

د. حسن كيرة، المرجع السابق، بند ١٦٧.

(2) صالح الحويش، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند ٢٤٤.

بنوده بما يحقق مصلحة الوقف.

والخطوة الأخيرة هي أن يسجل عقد الحكر في الشهر العقاري، وذلك وفقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري، والتسجيل شرط لازم لإنشاء الحكر فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير. فعقد الحكر غير المسجل لا يترتب سوى التزامات شخصية بين ذوي الشأن<sup>(١)</sup>.

ولما كان الحكر عقد شكلي مثله في ذلك مثل الرهن الرسمي والهبية والوقف فإنه لا يجوز إثباته إلا بورقة رسمية؛ لأنه لا ينشأ إلا بها.

ويرى البعض، بحق، أنه يترتب على أن الحكر ينشأ بعقد شكلي وفقاً لإجراءات حددها القانون أنه لا يجوز أن يكسب الحكر بالتقادم؛ لأن التقادم عمل هادئ واقعي ينصب على الحقوق التي تنشأ بالتراضي وليس على الحقوق التي تنشأ وفق عقد شكلي<sup>(٢)</sup>.

ومن جهة أخرى فإن يد المحتكر على أرض الوقف يد مؤقتة تمنع من كسب ملكية أرض الوقف بالتقادم مهما طالت مدته، ولا يستطيع المحتكر أن يغير بنفسه سبب حيازته، ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة، ولا يجوز له أن يكسب ملكية الوقف بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته، إما بفعل الغير، وإما بفعل منه، بحيث يعتبر معارضة لحق المالك، وفي هذه الحالة يجب أن يقترن تغير نيته بفعل إيجابي ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار الساطع، والمعارضة الفعلية، ويدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه<sup>(٣)</sup>.

**وفي الفقه الإسلامي،** قرر العلامة محمد قنبري باشا في كتابه: «قانون

العدل والإنصاف» المادة ٣٣٢ أن الحكر لا يجوز إلا بشروط أربعة:

(١) تخرب العين وعدم إمكان الانتفاع بها.

(١) السنهوري، المرجع السابق، بند ٧٩٩.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، بند ٧٩٩.

(٣) نقض مدني، جلسة ١٩٩٤/٣/٣١م، الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٩ق، عبد المنعم حسني، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها سنة ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥، الإصدار المدني، ج٦، ص ٧٠٠.

(٢) ألا يكون للوقف ريع تعمر به.

(٣) ألا يرغب أحد في استئجارها مدة مستقبلية بأجرة معجلة.

(٤) ألا يمكن استبدالها<sup>(١)</sup>.

ويبدو أن القانون المدني المصري قد استقى تنظيمه للحكر من هذا

النص، وهو نص منطقي ومحقق مصلحة الوقف.

لكن الشيخ أبازهرة ذكر أنه قد فتش في كتب الفقهاء فلم يجد تلك

الشروط التي اشترطها قدري باشا في شروط الحكر، لكنه ذكر أن هذه

الشروط لا تتنافى مع شروط الحكر في الشريعة الإسلامية، مع أن الفقهاء قد

سمحوا بحكر الوقف دون وجود ضرورة ملحة لذلك<sup>(٢)</sup>.

والحكر في الفقه الإسلامي، عقد إيجار شكلي، يلزم لإنشائه الحصول

على إذن من القضاء؛ لأنه يقترب من التصرف في الوقف أكثر من الإدارة

نظراً لطول مدته، ومن المقرر أن كل تصرف في الوقف من غير اشتراط

الواقف يحتاج إذناً من القضاء<sup>(٣)</sup>.

وفي فرنسا، عقد الإمفيثوز عقد رضائي وليس شكلياً، يلزم لإبرامه

أن يكون المؤجر والمستأجر لديهما أهلية التصرف *La capacité d'aliener*،

ولذلك فإن ناقص الأهلية إذا أراد أن يكون طرفاً في عقد الإمفيثوز سواء

أكان مؤجراً أو مستأجراً فإنه يخضع للقواعد العامة التي تنظم تصرفاته (مادة

L. 451/2 الفقرة الأولى من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(٤)</sup>، والقاصر الذي

(1) محمد قدري باشا، قانون العدل والانصاف لحل مشكلات الأوقاف، المرجع السابق، م ٣٣٢.

وراجع أيضاً: ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٤٦١ في باب الشركة، ص ٥٤١ في باب الوقف.

(2) محمد أبوزهرة، الحكر، مجلة القانون والاقتصاد، عدد ١٠، س ١٠، سنة ١٩٤٠م، بند ١٠.

(3) أبوزهرة، المرجع السابق، بند ١١، د. عبد السلام ذهني، المرجع السابق، بند ٢٧٥.

د. صالح الحويس، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(4) هذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة:

*La bail emphytéotique ne peut être rablement consenti que par ceux mêmes formes.*

يملك عقاراً حتى يستطيع أن يبرم عقد الإمفيثوز لابد من موافقة مجلس الأسرة التابع للمحكمة الموجود في دائرتها العقار (المادة 451/2 L. الفقرة الثانية من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للزوجين إذا كان بينهما نظام الاشتراك المالي بسبب الزواج فيستطيع الزوج أن يبرم عقد إمفيثوز عن العقارات المشتركة بسبب الزواج وذلك بموافقة الزوجة وإذن القضاء (المادة 451/2 L الفقرة الثالثة من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(٢)</sup>، ويمكن أن يبرم إمفيثوز على الأموال الخاصة المملوكة للدولة، ويمثل الدولة كطرف مؤجر عمدة المدينة الواقع في دائرتها العقار بموافقة حاكم الإقليم (قانون ٥ إبريل الصادر سنة ١٨٨٤، مادة ٦٨)<sup>(٣)</sup>.

أما الأموال العامة المملوكة للدولة التي لا تخضع للتعامل فلا يمكن أن يجري عليها إيجار أمفيثوز<sup>(٤)</sup>، أما فيما يتعلق بإثبات عقد الإمفيثوز فإنه يخضع لقواعد الإثبات المنظمة في التقنين المدني الفرنسي الخاصة بإثبات عقد الإيجار مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك (المادة 451/3 L. من القانون

وراجع:

PLANIOL et RIPERT, t. 10, par HAMEL, GIVORD et TUNC, no 685.  
(J.) HUDAULT, op. cit., no 87.

(1) هذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة:

Les immeubles appartenant à des mineurs ou à des majeurs sous tutelle peuvent être donnés à bail emphytéotique en vertu d'une délibération du conseil de famille.

(2) هذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة:

Lorsque les époux restent soumis au régime dotat, le mari peut donner à bail emphytéotique les immeubles dotaux avec le consentement de la femme et l'autorisation de justice.

(3)

V.E. FATOME et Ph. TERNEYRE, Bail emphytéotique domaniale publique et financement privé d'un ouvrage public, CJEG, nov. 1994, p. 569; G.ECKERT, le bail emphytéotique administrative, JCP, éd. N., 2003, 1384.

GIVERDON, op. cit. 16.

(4)

الزراعي الفرنسي)<sup>(١)</sup>.

### مقارنة وتعقيب:

نخلص مما تقدم أن عقد الحكر في القانون المصري عقد شكلي يلزم لانعقاده اتباع إجراءات معينة نص عليها التقنين المدني المصري، أهمها هو الحصول على إذن من القضاء بإبرام هذا العقد، ويتم العقد بعد ذلك على يد موظف مختص؛ إما أن يكون القاضي نفسه الذي أعطى الإذن، أو من ينييه للقيام بذلك، ويجب أن يشهر هذا العقد وفقاً لإجراءات الشهر، وقد استمد المشرع المصري فكرة شكلية الحكر من الفقه الإسلامي، على أساس أن هذا العقد يرد على أرض موقوفة، ونظراً لطول مدته فإنه يعد بمثابة تصرف في الوقف، والتصرف في الوقف يحتاج إلى إذن من القضاء.

أما في فرنسا، فعقد الإمفيثوز عقد رضائي وليس شكلياً، وقد نظم المشرع الفرنسي بعض الأحكام الخاصة التي تتعلق بركن الرضا في عقد الإمفيثوز، وذلك في نصوص القانون الزراعي الفرنسي، وترك تنظيم باقي الأحكام للقواعد التي تحكم عقد الإيجار في التقنين المدني الفرنسي.

وسبب التفرقة بين موقف القانون المصري والقانون الفرنسي أن الحكر يرد على أرض موقوفة في القانون المصري، أما في القانون الفرنسي فالإمفيثوز يرد على كل العقارات الخاصة سواء المملوكة للأفراد أو المملوكة للدولة، ملكية خاصة ويجوز التعامل عليها ولا تعرف فرنسا بطبيعة الحال نظاماً يشبه الوقف في الفقه الإسلامي، ولذلك استمد المشرع المصري أحكامه في هذه المسألة من الفقه الإسلامي، وليس من التشريع الفرنسي.

حل الحكر:

في مصر، تنص المادة ١٠١٢ من القانون المدني المصري على أنه: «(١) من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير

(١)

La prenuce du contrat d'emphytéose s'établit conformément aux règles du code civil en matière de baux.

À défaut de conventions, il est régi par les dispositions suivantes.

موقوفة وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة.

(٢) والأحكام القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسري بشأنها الأحكام المبينة في المواد السابقة». فبمقتضى هذه المادة لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، والأحكام القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسري في شأنها النصوص المنظمة للحكر كما وردت في القانون المدني المصري.

ووفق هذا النص انحصر الحكر في مصر في الأراضي الموقوفة بعد العمل بهذا القانون، وقد انصبت على الأراضي الموقوفة وقفا خيرياً بعد إلغاء الوقف الأهلي سنة ١٩٥٢ م<sup>(١)</sup>.

والهدف من هذا النص هو محاولة المشرع التضييق من مجال انتشار الحكر تمهيداً للقضاء عليه بصفة نهائية، باعتباره قيداً ثقيلاً على حق الملكية، لا يحقق في الكثير من الأحيان الغرض من إنشائه<sup>(٢)</sup>.

**وفي الفقه الإسلامي، الحكر غير قاصر على الوقف - كما فعل المشرع المصري - وإنما يشمل كل العقارات التي تصلح لأن تكون حكراً<sup>(٣)</sup>.**

(١) د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، سنة ١٩٧٥، منشأة المعارف بالإسكندرية، بند ١٦٦، د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٦١٤، بند ٣٤٤.

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنه: «النص في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠١٢ من القانون المدني الملئ أنه: (١) من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة. (٢) الأحكام القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسري في شأنها الأحكام المبينة في المواد السابقة يدل على أن المشرع اتجه إلى تطبيق نطاق الحكر فمنع الاحتكار على الأراضي غير الموقوفة وبذلك يكون قد قصر ترتيب حق الحكر منذ تاريخ العمل بهذا القانون في ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ على الأراضي الموقوفة وقفا خيرياً بعد إلغاء الوقف الأهلي وأخضع المشرع الأحكام القديمة على أرض غير موقوفة والقائمة وقت العمل بأحكام هذا القانون لنص المادة ٩٩٩ منه التي حددت الحد الأقصى لمدة التحكير بجعلها ستين سنة، فإذا عينت مدة أطول وأغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة (الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١١/٢٣/١٩٩٤)، مجموعة التشريعات المصرية.

(٣) الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق، بند ٤، د. عبد السلام ذهني، المرجع السابق، بند ٢٧٥، محمد شفيق باشا، المرجع السابق، ص ٢٩، ولكن محمد قدرى باشا قصر الحكر على الأرض الموقوفة في المادة ٣٣١ من المرجع السابق.

وفي فرنسا، محل عقد الإمفيثيوز عقار يملكه المؤجر سواء أكان هذا العقار يقع في الريف أو في الحضر؛ لأن الغرض من إنشاء الإمفيثيوز هو إحياء العقار محل العقد سواء بإقامة بناء عليه إذا كان يصلح للبناء، أو زراعته واستصلاحه إذا كان يصلح للزراعة، ولا يقع الإمفيثيوز على منقول وفقاً لنص المادة L. 451/1 من القانون الزراعي الفرنسي<sup>(١)</sup>.

**مقارنة:**

اتفقت الأنظمة الثلاثة محل البحث في أن كلا من عقد الحكر وعقد الإمفيثيوز يرد على عقار وليس منقولاً، لكن القانون المصري على خلاف الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي خص العقارات التي تصلح لأن تكون محلاً للحكر أن تكون موقوفة بينما لم يشترط ذلك الفقه الإسلامي، وبطبيعة الحال الوقف غير معروف في القانون الفرنسي، ولعل غرض المشرع المصري من حصر الحكر في دائرة ضيقة بهذه الصورة هو أنه نظام غير مرغوب فيه، عيوبه أكثر من مزاياه، لكنه على الرغم من ذلك يفرض نفسه فرضاً، ولذلك عمل المشرع على أن يجعل تطبيقه في أضيق الحدود.

**أجرة الحكر:**

في مصر، تنص المادة ١٠٠٤ من القانون المدني المصري على أنه: «(١) لا يجوز التحكير بأقل من أجره المثل. (٢) وتزيد هذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجره المثل حدًا يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً، على أن يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير».

وتنص المادة ١٠٠٥ على أنه: «يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلى ما للأرض من قيمة إيجارية وقت التقدير، ويراعى في ذلك صقع الأرض ورغبات الناس فيها بغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غراس، ودون اعتبار لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف في ذات الأرض أو في صقع

(1)

Jean Carbonnier, Droit civil, tome 3, les biens, PUF, 17<sup>éd</sup>, 1997, no 185.  
(J.) HUDAULT, op. cit, no 87.



الجهة، ودون تأثر بما للمحتكر على الأرض من حق القرار»  
وتنص المادة ١٠٠٦ على أنه: «لا يسري التقدير الجديد إلا من الوقت  
الذي يتفق الطرفان عليه وإلا فمن يوم رفع الدعوى».

هذه النصوص التي تحدد أجره الحكر وضعها المشرع المصري في ضوء  
الأحكام المستقرة في الفقه الإسلامي في تحديد هذه الأجرة.

**ففي الفقه الإسلامي**، أجره الحكر غير ثابتة تتغير تبعاً لتغير الأحوال  
سواء بالزيادة أو النقصان حسب صقع العقار، والمقصود بصقع العقار قيمة  
العقار في الجهة والناحية الموجودة فيها، فقد تزيد هذه القيمة إلى أحسن من  
القيمة المتفق عليها في عقد الحكر، وذلك إذا فتحت شوارع عامة أو بنيت  
محلات تجارية بجوار العقار أو ارتبطت الجهة الموجودة بها العقار بشبكة طرق  
ومواصلات تسهل الانتقال من وإلى العقار بسهولة ويسر<sup>(١)</sup>.

وإذا كان العقار أرضاً زراعية - يزيد قيمتها إذا أنشئت مصارف أو  
شقت ترع أو حفرت آبار في تلك الأرض أو بجوارها، عندئذ، تتغير الأجرة  
المتفق عليها لتزيد وتصل إلى أجره المثل، وقد تنقص الأجرة المتفق عليها؛  
لأن صقع العقار أصبح أسوأ من الحالة التي كان فيها وقت الاتفاق على  
الحكر؛ فمثلاً إذا كان العقار في منطقة سكنية يسوء الصقع إذا فتحت ورش  
ومصانع في هذه المنطقة، أو فتحت محلات مقلقة للراحة بجوار هذا العقار؛  
عندئذ يجوز أن يقل أجره الحكر عن الأجرة المتفق عليها لتصل إلى أجره مثل  
العقار<sup>(٢)</sup>.

وأجره الحكر في الفقه الإسلامي لا يجوز أن تقل عن مثل أجره الأرض  
خالية من البناء، فلا عبرة لما يحدثه المحتكر من بناء أو غراس في تحديد أجره

(١) راجع: محمد قدرى باشا، المرجع السابق، م ٣٣٦ التي تنص على أنه: «لا يصح  
الاحتكار إلا إذا كان الحكر بأجرة المثل لا أقل منها ولا تبقى على حال بل تزيد  
وتنقص في الأجرة والحكر على حسب الزمان والمكان».

ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٥٤١ وما بعدها  
وراجع أيضاً: د. عبد السلام ذهني، المرجع السابق، بند ٢٧٥، محمد شفيق باشا،  
المرجع السابق، ص ٣١، د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٢٩١، بند ١٦٩.

(٢) قريب من هذا المعنى: الشيخ خلاف، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

وقد استمد المشرع المصري هذه الأحكام من الفقه الإسلامي وقنتها في النصوص السابقة ولكنه أضاف عليها أحكاماً أخرى لضبط تقدير أجره المثل<sup>(٢)</sup>، وهي على النحو التالي:

فلا يجوز في ظل نصوص القانون المدني المصري أن تقل أجره الأرض المحكورة عن أجره المثل، وهي أجره غير ثابتة مرتبطة دائماً بأجره المثل، فإذا قلت القيمة الإيجارية عن أجره المثل بعد مرور وقت من الاتفاق على الحكر وجب رفعها إلى أجره المثل، وإذا زادت القيمة الإيجارية عن أجره المثل يمكن إنقاصها إلى أجره المثل وذلك باتفاق الطرفين أو بواسطة القضاء إذا لم يتفق الطرفان (مادة ١٠٠٦ من القانون المدني المصري)<sup>(٣)</sup>.

(1) الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، بند ٢٤.

(2) هذه هي سياسة المشرع المصري عند أخذه حكم من الفقه الإسلامي أو من القانون المقارن لكي يضعه في التقنين المدني حيث يضيف عليه أو يعدل فيه بما يتفق مع مصلحة المجتمع المصري، وبما يتفق مع بيئته. وهذه السياسة التشريعية التي أبدعها العلامة السنهوري ظهرت جلية في نصوص القانون المدني المصري في مواضع كثيرة ولكنها لم تظهر في التقنينات المصرية الحديثة بمثل هذا الوضوح، ولعل السبب في ذلك هو عدم توافر علماء أجلاء بمثل حجم السنهوري، يتوفر عندهم العلم القانوني والعلم الشرعي في آن واحد؛ لكي يقوموا بالعملية التشريعية، وإذا توفر مثل هؤلاء، فإن العملية التشريعية نفسها تتم بعيدة عنهم، فالتشريعات المعاصرة في مصر يتم صياغتها عادة عن طريق السلطة التنفيذية بواسطة الوزير المختص، وهو يستعين في صياغة التشريع بأحد مستشاريه القانونيين، ثم يقدم مشروع القانون إلى مجلس الشعب المصري، الذي سرعان ما يوافق عليه دون بحث أو دراسة؛ لأن تكوين هذا المجلس أغلبيته من الحزب الحاكم، الذي تمثله الحكومة، وبالتالي لا يتم الاعتراض عادة على مشروع القانون المقدم منها، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات غير واضح المعالم في ظل هذا النظام الذي تختلط فيه السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، وبالتالي ليس هناك ضمانات حقيقية لخروج تشريع موضوعي من ناحية الأحكام، ومتمتن من ناحية الصياغة في ظل هذه الظروف، وعلى السلطة التشريعية أن تترك مهمة صياغة التشريعات وإعدادها لعلماء القانون الأجلاء فهم أجدر من غيرهم على القيام بهذه المهمة.

(3) وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك: «الدعوى بطلب الزيادة في أجره الحكر أي بتصقيع الحكر تعتبر متفرعة عن أصل حق الحكر لأنه يطلب بها تعديلاً في حقه كمحكر ليزيد المقابل لهذا الحق وهو دائماً أجر المثل، فهي دعوى تتطلب بحث»

والمشرع المصري لا يعتد بالتغير الطفيف الذي يحدث في القيمة الإيجارية وإنما يعتد بالتغير الفاحش، وقد وضع معياراً للتغير الفاحش، وهو أن يتجاوز النقص أو الزيادة في القيمة الإيجارية خمس أجرة المثل، وبشرط أن يمضي على آخر تقدير للقيمة الإيجارية ٨ سنوات.

وهذه الأحكام مستحدثة لم ترد في كتب الفقه الإسلامي ولا في القواعد التي طبقها الفقه والقضاء قبل صدور القانون المدني الحالي<sup>(١)</sup>. وتحسب أجرة المثل في ظل نصوص القانون المدني على اعتبار أن العقار المحكر خالي من البناء أو الغراس، ولا تتأثر هذه القيمة بما للمحكر من

= ماهية الاستحكار وأثر تغيير صقع الأرض المحكرة على قيمة الحكر المقدر وكذلك فعل المستكر في تحسين الصقع وكل هذا في صميم عقد الحكر ومرتبط بأصله ولقد راعي المشرع في تقنين المرافعات بما نص عليه في المادة ٣٤ من أن يكون تقدير هذه الدعوى باعتبار قيمة الزيادة المطلوبة في سنة مضروبة في عشرين وليس باعتبار مجموع الأجرة المطلوبة فحسب، والتعبير في هذه المادة بعبارة الزيادة في قيمة الحكر لا يمكن أن ينصرف إلى بدل الحكر لأن قيمة هذا البديل وهو الذي يتنازل في مقابلة المحكر عن حق الرقبة للمحكر، هذه القيمة متى تم الاتفاق عليها لا ترد عليها بعد ذلك أية زيادة بحجة تصقيع الحكر، لأنه بأيلولة حق الرقبة إلى المحكر بمقتضى هذا التنازل تصبح الأرض مملوكة له ملكية تامة وينتهي حق الحكر باتحاد الذمة في شخصه، وعلى ذلك يكون حقيقة المقصود بدعوى زيادة قيمة الحكر إلى قيمة معينة المشار إليها في المادة ٣٤ سالف الذكر، إنما هو الدعوى بتصقيع الحكر التي تحد فيها الزيادة المطلوبة بمبلغ معين»، (الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٩ق - جلسة ١/٢/١٩٦٤م) - مجموعة التشريعات المصرية، ص ٤٢١.

(١) وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: «ما تشترطه المادة ١٠٠٤ من القانون المدني القائم لقبول طلب تعديل أجرة الحكر من مضي ثماني سنوات على آخر تقدير هو حكم مستحدث وليس في أحكام الشريعة الإسلامية ولا في القواعد التي قررها الفقه، والقضاء قبل صدور هذا القانون ما كان يقيد طلب تصقيع الحكر بوجود مضي مدة معينة على آخر تقدير بل أن ما تقضي به أحكام الشريعة هو أن المحكر تلزمه الزيادة كلما زادت أجرة المثل زيادة فاحشة. ولقد كان من المقرر في ظل القانون المدني الملغى أن تقدير ما إذا كان التغير الذي طرأ على أجرة المثل بلغ الحد الذي يبرر طلب الزيادة أو لم يبلغه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع. (طعن رقم ٣٨٢ لسنة ٢٩ق - جلسة ٤/١٦/١٩٦٤م، س ١٥ق، ص ٥٥٦). المجموعة الماسية، عبد المنعم حسني، ج ٦، الإصدار المدني، ص ٦٩٣.

## حق القرار<sup>(١)</sup>.

ويقع عبء إثبات زيادة أو نقص أجره المثل على عاتق طالب الزيادة أو الإنقاص، فالذي يطلب الزيادة هو ناظر الوقف، والذي يطلب الإنقاص هو المحتكر، ولهم أن يثبتوا زيادة القيمة الإيجارية أو نقصها بكافة طرق الإثبات؛ لأنها واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

**وفي فرنسا**، يلتزم المستأجر بدفع أجره دورية للمؤجر مقابل الحق العيني العقاري الذي يحصل عليه مقابل عقد الإمفيشوز، هذه الأجرة عادة ما تكون زهيدة *modique* وتسمى أجره الإمفيشوز، وهي عادة ما تكون مبلغ نقدي، ومن الممكن أن تكون جزءاً من ثمار أو منتجات العقار محل الإمفيشوز، وزهد الأجرة من المعايير التي تميز إيجار الإمفيشوز عن الإيجار العادي<sup>(٢)</sup>.

(١) وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: «القاعدة الصحيحة الواجبة الاتباع، في تقدير أجره المحكر عند طلب تصقيعه هي أخذ من المبادئ الشرعية أن يكون التقدير على اعتبار أن الأرض المحكرة حرة خالية من البناء وأن لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع الذي فيه الأرض المحكرة ورغبات الناس فيها، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض، وبصقع الجهة بسبب البناء الذي أقامه المحتكر، وأن لا يكون لحق البناء والقرار الذي للمحتكر تأثير في التقدير، وأنه لا محل للأخذ بنظرية (النسبة) التي تقضي بالمحافظة على النسبة بين أجره المحكر وقت التحكير، وقيمة الأرض في ذلك الوقت إذ لا أصل لها في الشريعة الإسلامية وأن أجره المحكر يجب أن تكون دائماً هي أجره المثل، وقد أخذ المشرع بهذه القاعدة وقتها بما نص عليه في المادة ١٠٠٥ من القانون المدني. (طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٣٦ق - جلسة ١٩٧١/١/٥، س ٢٢، ص ٩).

وقد قضت أيضاً محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك: «تقدير القيمة الإيجارية للأرض المحكرة طبقاً لنص المادة ١٠٠٥ من القانون المدني لا يكون إلا على اعتبار أنها حرة خالية من البناء أو الغرس ولا يراعي فيه غير صقع الأرض ورغبات الناس فيها، ولا يجوز أن يتأثر بما للمحتكرين عليها من حق القرار. (طعن رقم ٤٤٢ لسنة ٣٦ - جلسة ١٩٧١/٤/٨م، س ٢٢، ص ٤٦٧). المجموعة الماسية، الإصدار المدني، ج ٦، ص ٦٩٤، ص ٦٩٥.

(٢)

Civ 24 août 1857, D.P. 57.1.326; comp. Req. 12 mars 1845, D.P. 45.1.105; civ. 11 nov. 1861, D.P.61.1.444, Cass. soc. 14 mai 1956, Bull. civ. IV, 453; civ. 14 avr., 1970, Bull; civ, III, 251. =

وأجرة الإمفيثيوز ثابتة لا تتغير طوال فترة العقد - على الرغم من طول مدته - ويجوز أن تقل عن أجرة المثل بل هي عادة ما تقل عن أجرة المثل، ويترك لأطراف العقد سلطة تحديد هذه الأجرة ولا يتم تعديلها إلا باتفاق الطرفين<sup>(١)</sup>.

### مقارنة وتعقيب:

اتفق المشرع المصري مع الفقه الإسلامي في أن أجرة الحكر لا يجوز أن تقل عن أجرة المثل وهي أجرة غير ثابتة تزيد وتنقص حسب زيادة أو نقصان أجرة مثل العقار، وقد وضع المشرع المصري أحكاماً مبتكرة غير واردة في الفقه الإسلامي يحكم بها هذا التغيير، فهو لا يعتد بالتغيير الطفيف الذي يحدث في القيمة الإيجارية، وإنما هو يعتد بالتغيير الفاحش، وقد وضع معياراً للتغيير الفاحش وهو أن يتجاوز النقص أو الزيادة في القيمة الإيجارية خمس أجرة المثل، ويشترط أن يمض على آخر تقدير للقيمة الإيجارية ثماني سنوات. أما في فرنسا فأجرة الإمفيثيوز أجرة زهيدة عادة ما تقل عن أجرة المثل، ولم يذكر المشرع الفرنسي أي معيار لتحديد هذه الأجرة، وهي أجرة ثابتة، لا تزيد ولا تنقص طوال عقد الإمفيثيوز الذي عادة ما يكون طويلاً. وهذا فارق جوهرى بين أحكام القانون المدني المصري والفقه الإسلامي من جهة والقانون الفرنسي من جهة أخرى يؤكد أمرين؛ الأمر الأول أن المشرع المصري رجع إلى الفقه الإسلامي في تحديد أجرة الحكر ولم يرجع إلى القانون الفرنسي، والأمر الثاني هو الاختلاف الجوهرى بين الفقه

---

= (J.) HUDAULT, op. cit, no 87, (P.) JOURDAIN, les bien, 1995, Dalloz, n° 175. cf. OURLIAC et DE JUCLART, chron, J.C.P., 1972, I, 2449.

وقد اتجهت محكمة النقض في بعض أحكامها إلى التخلي عن شرط قلة الأجرة كمعيار مميز للإمفيثيوز، انظر:

Civ. 3e, 28 nov. 1972, rép. Defrénois 1972, art, 30293, note H. SOULEAU.

Civ. 15 mai 1970, D. 1970. 773.

(1)

الإسلامي في تنظيمه للحكر والقانون الفرنسي في تنظيمه للإمفيثوز.  
وأرى - نظراً لهذا الخلاف الجوهرى - أن الفقه الإسلامى لم يستمد  
أحكام الحكر من القانون الرومانى بينما استمد القانون الفرنسى أحكام  
الإمفيثوز من القانون الرومانى، وبمعنى آخر إذا كان المشرع المصرى قد استمد  
تنظيم الحكر من الفقه الإسلامى فإن المشرع الفرنسى قد استمد تنظيم  
الإمفيثوز من القانون الرومانى.  
مدة الحكر:

فى مصر، تنص المادة ٩٩٩ من القانون المدنى المصرى على أنه: «لا  
يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين  
المدة أعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة».  
مقتضى هذا النص أنه لا يجوز أن تزيد مدة الحكر بعد العمل بالقانون  
المدنى المصرى على ستين سنة، ولكن يجوز أن تقل مدة الحكر عن هذه المدة،  
ولا يجوز الاتفاق على إنشاء حكر بعد العمل بالقانون المدنى المصرى لمدة تزيد  
على ستين سنة، وإذا اتفق على مدة أكثر من ذلك أنقصت إلى مدة الستين  
سنة<sup>(١)</sup>.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأنه المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن  
الاحتكار من وضع فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو عندهم عقد الإيجار يعطى  
للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل، ونصوا  
على أنه لو خرب بناء المحتكر أو جف شجره ولم يبق لهما أثر فى الأرض الوقف  
ومضت مدة الاحتكار عادت الأرض إلى جهة الوقف، ولم يكن للمحتكر ولا  
لورثته حق البقاء وإعادة البناء، ونصوا أيضاً على أنه إذا لم يك الاتضاع بالعين  
المؤجرة يفسخ العقد وتسقط الأجرة عن المحتكر عن المدة الباقية - ولما كان ذلك -  
وكان البين من الأعمال الحضرية للقانون المدنى الحالى أن النص فى المادة ٩٩٩ منه  
على توقيت الحكر وتحديد مدته إنما يسرى على الأحكار الجديدة التى تنشأ فى ظل  
العمل به اعتباراً من ١٠/١٥/١٩٤٩م، أما الأحكار السابقة على هذا التاريخ فلم  
ينص على كيفية انتهائها وتركها إلى أن يصدر فى شأنها تشريع خاص بعد أن  
تعارضت مصالح وحقوق المحكرين والمحتكرين تعارضاً استعصى على التوفيق،  
وبذلك تبقى هذه الأحكار خاضعة لقواعد الشريعة الإسلامية التى كانت تحكمها  
وقت إنشائها.

- الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٤ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥م. - =

ولا تعني المادة ٩٩٩ أن الأحكار كلها التي أنشئت بعد صدور القانون المدني المصري ستنتهي حتماً بعد ستين سنة من تاريخ إصداره، أي أنها ستنتهي كلها سنة ٢٠٠٩م، حيث إن القانون المدني المصري قد أعمل به سنة ١٩٤٩م. فهذا التفسير ليس من مقتضى هذه المادة، والغريب في الأمر أن وزير الأوقاف المصري قد فسر هذه المادة هذا التفسير الغريب وأصدر قراراً وزارياً رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، ونص في مادته الأولى على ما يأتي: «يعتبر متتبعاً بسبب انتهاء مدة الستين عاماً المنصوص عليها في القانون المدني كل حق حكر كان مرتباً على أرض الوقف الخيري، وذلك في الرابع عشر من أكتوبر سنة ٢٠٠٩م، وسوف تفصل أحكام هذا القرار لاحقاً عند الحديث في انتهاء الحكر»<sup>(١)</sup>.

والتفسير الصحيح للمادة السابقة ليس كما نص قرار وزير الأوقاف، وإنما التفسير الصحيح ألا تزيد مدة الحكر بعد العمل بالقانون المدني على ستين سنة من وقت إبرام عقد الحكر، ولم ينص المشرع المصري في القانون المدني بانتهاء جميع الأحكار على الأوقاف الخيرية بمرور ستين سنة من تاريخ العمل به، وهذا يعني أن التفسير الصحيح لهذا النص أنه يجوز أن يعقد حكر مثلاً سنة ٢٠٠٨م، لمدة ستين سنة ويكون صحيحاً بمعنى أنه سيبقى سنة ٢٠٦٨م، أو يعقد حكر مثلاً سنة ١٩٥٠م، لمدة ستين سنة وينتهي سنة ٢٠١٠م<sup>(٢)</sup>.

ولم يحدد المشرع المصري حداً أدنى لمدة الحكر ولذلك يمكن أن يعقد الحكر لأي مدة أقل من ستين سنة.

**وفي الفقه الإسلامي،** ليس هناك مدة قصوى للحكر فهو عادة يعقد لمدة

---

-- مجموعة التشريعات المصرية، نقابة المحامين، ط سنة ٢٠١٠، ٢٠١١، ص ٤٢٤.

وانظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية، سنة ٢٠٠٧م، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٤٩.

(١) راجع لاحقاً، ص ٨٧.

(٢) هذا هو التفسير الذي أخذت به محكمة النقض المصرية، راجع: الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٤ - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥ سابق الإشارة إليه.

طويلة لكن ليس له مدة، وبالتالي يجوز أن تزيد مدته في ظل أحكام الفقه الإسلامي على ستين سنة<sup>(١)</sup>.

وفي فرنسا، مدة عقد الإمفيثيوز يجب ألا تقل عن ١٨ سنة ولا تزيد على ٩٩ سنة (المادة L. 451/1 الفقرة الثانية من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(٢)</sup>.

وهذه المدة تميز عقد الإمفيثيوز عن عقد البيع وعقد الإيجار، وهي مدة لا يجوز أن تحدد إلا باتفاق صريح بين الطرفين<sup>(٣)</sup>.

وهذه المدة الطويلة من المعايير المميزة لعقد الإمفيثيوز عن عقد الإيجار العادي؛ لأنها تمنح المستأجر في عقد الإمفيثيوز سلطات شبه مطلقة على العقار محل العقد، فطول المدة وزهد الأجرة والتزام المستأجر بالبناء أو الغراس في العقار محل العقد معايير اعتمدها محكمة النقض الفرنسية لتمييز عقد الإمفيثيوز عن غيره من العقود<sup>(٤)</sup>.

#### مقارنة وتعقيب:

اختلفت الأنظمة الثلاثة محل البحث في تحديد مدة العقد، فالمشرع المصري، نص صراحة أنه لا يجوز ألا تزيد مدة الحكر على ستين سنة، وفي

(1) الشيخ محمد أبو زهرة، الحكر، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة العاشرة، يناير سنة ١٩٤٠م، بند ٤.

(2)

Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

CF. PLANIOL et RIPERT, t. 3, no 1002.

(3)

(4) راجع في معايير التفرقة بين الإيجار العادي والإمفيثيوز:

Philippe MALAURIE et Laurent AyNÈS, les biens, DEFRENOIS, 2003, no 352.

Civ. 24 août 1857, mo tifs, D. P.57.1.326.

V. cass. 3e civ., 12 oct. 1994, Bull. civ., III, no 175; 13 mai 1998, Bull. civ. III, no 101; 5 déc. 2001, Bull. civ. III, no 142.

Cass, 3e, civ. 10 avr. 1991, Bull. Civ., III, no 114, D. 1991, somm; 304, abs. Robert, D., 1992. J., 357 note le masson; 3 oct. 1991,

Bull. Civ., III, no 222, Defrénois, 1992, p. 382, no 30, abs. vermelle; 7 avr. 2004, Bull. Civ, III., no 72.

Cass. 3e civ., 15 mai 1991, Bull. Civ., III, no 140, D., 1991. somm, 304, abs. Robert.



الفقه الإسلامي ليس هناك مدة قصوى لعقد الحكر، وفي القانون الفرنسي، عقد الإمفيثيوز لا يجوز أن تنقص مدته عن ١٨ سنة ولا تزيد مدته على ٩٩ سنة.

وهذا فارق جوهري بين تنظيم المشرع المصري للحكر، وتنظيم المشرع الفرنسي للإمفيثيوز. ودليل آخر على أن الفقه الإسلامي لم يستمد تنظيم الحكر من القانون الروماني.

وأرى أن المشرع المصري قد استمد فكرة تحديد مدة للحكر من المشرع الفرنسي الذي حدد مدة قصوى للإمفيثيوز، لكن الفارق بينهما أنه لا يوجد حد أدنى لمدة الحكر في القانون المدني المصري بينما يوجد حد أدنى لمدة الإمفيثيوز في القانون الزراعي الفرنسي.

### المبحث الثالث

#### آثار الحكر

تمهيد:

يقصد بآثار الحكر ما يرتبه حق الحكر من حقوق والتزامات على عاتق طرفية؛ وهما المحتكر والمحكر. والكلام عن حقوق المحتكر يتضمن الكلام عن التزامات المحكر، والكلام عن التزامات المحتكر يتضمن الكلام عن حقوق المحكر، ولذا سنبحث آثار الحكر بالحديث عن حقوق المحتكر، ثم الحديث عن التزاماته.

#### أولاً- حقوق المحتكر:

حق المحتكر على ما أحدثه من بناء أو غراس:

في مصر، تنص المادة ١٠٠٢ من القانون المدني المصري على أنه: «يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر».

ومقتضى هذه المادة وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية أن للمحتكر إقامة ما يشاء من مباني على الأرض المحكرة إذا كان إصلاحها يقتضي ذلك، كما أن له أن يحدث في المباني القائمة زيادة أو تعديلاً وله ملكية ما أحدثه

من بناء ملكية تامة يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر، ويتقل عنه هذا الحق إلى ورثته وفي هذا يختلف حق الحكر عن حق الانتفاع الذي لا يتقل إلى ورثة المنتفع<sup>(١)</sup>.

ومقتضى هذه المادة أيضاً أن للمحتكر حقين يتعاضران أحدهما مع الآخر هو حق الحكر على الأرض أو العقار محل الحكر، والحق الآخر هو حق الملكية على ما أحدثه من بناء أو غراس. ويستطيع المحتكر أن يتصرف في حق الحكر أو في حق ملكيته على ما أحدثه من بناء أو غراس بطريقة منفصلة أو متصلة.

فيستطيع أن يبيع العقار الذي أنشأه منفصلاً عن الأرض التي أقام عليها هذا العقار، ويستطيع أن يبيعه وأن يبيع معه حق الحكر على هذه الأرض، فالبناء أو الغراس الذي يقيمه المحتكر يكون ملكاً خالصاً له لا يحق له فقط يبيعه، بل يحق له أن يبيعه أو يهبه أو يرهنه أو يورثه بأي صورة من صور التصرف. والحكر بهذا المعنى يختلف عن عقد الإيجار، الذي لا يرتب للمستأجر سوى حق شخصي لا يبيع له بيع العين المستأجرة أو رهنها، ويتقل الحكر من المحتكر إلى ورثته بعد وفاته بشروط معينة (م ١٠٠٨ من التقنين المدني المصري)<sup>(٢)</sup> بغير إذن الموجر<sup>(٣)</sup>.

وفي الفقه الإسلامي، على الرغم من تكيف الفقه الإسلامي للحكر بأنه عقد إيجار، إلا أنه اعتبر البناء الذي يقيمه المحتكر أو الغراس الذي يغرسه على الأرض المحتكرة ملكاً خالصاً له، فيصح بيعه وغيره وهبته ووقفه ويورث عنه.

فقد نصت المادة ٣٣٣ من كتاب قانون العدل والانصاف على أنه:  
«البناء الذي يبنه المحتكر والغراس الذي يغرسه بإذن القاضي أو الناظر في

(١) نقض مدني، جلسة ١٩٨٦/٣/٥، طعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٥٥ق، الموسوعة الماسية،

ج ٦، الإصدار المدني، ص ٦٩٦، بند ١٧.

(٢) راجع لاحقاً، ص ٥١.

(٣) نقض مدني، جلسة ١٩٨٧/٥/٦، طعن رقم ١٥ لسنة ٥٣ق، الموسوعة الماسية،

الإصدار المدني، ج ٦، ص ٦٩٨.

ساحة الأرض المحتكرة يكون ملكاً خالصاً له فيصح بيعه للشريك ورهنه وهبته ووقفه ويورث عنه<sup>(١)</sup>.

وقد فسر بعض الفقهاء ذلك بأن حق المحتكر حق مالي عيني يورث وليس حقاً شخصي<sup>(٢)</sup>، وأرى أن هذا التفسير لا يتفق مع تعريف الفقه الإسلامي للحكر بأنه عقد إيجار.

وقد اتجه البعض في الفقه الإسلامي إلى أن الحكر لا ينتقل لكل الورثة وإنما ينتقل للورثة القادرين الذين يستطيعون القيام بالبناء والغراس، فقد جاء في الفتاوى الحميدية: «أن صاحب هذا الحق إذا مات عن ابن و بنت لا يكون لهما بنسبة الميراث، بل يكون للابن فقط، فإن لم يكن له ابن فلا بنته، وإن لم يوجد فلا أخيه، وهكذا.

ولقد جاء في الدر المنتمي أنها لا تعطي للإناث بأي حال من الأحوال، فإذا لم يكن للميت وارث من الذكور القائمين عن العمل سقط الحق، ويكون للقوامين على أراضي بيت المال أو الأوقاف أن يؤجروها لمن شاءوا<sup>(٣)</sup>.

وأرى أن هذا الرأي فيه ابتكار يتفق مع الهدف من إنشاء الحكر؛ ذلك أن الحكر قيد خطير على الملكية لا ينشأ إلا لمصلحة أو لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وإنشاؤه واستمراره منوط بقدرة المحتكر على إعمار أرض الوقف الخراب، فالغرض منه تحقيق مصلحة الوقف قبل تحقيق مصلحة المحتكر، وبالتالي إذا لم تتحقق مصلحة الوقف فيجب العمل على التخلص من الحكر، أو إعطاؤه للقادر من الورثة على القيام بأعبائه، وأرى أن تفسر كلام الفقه الإسلامي في هذا الصدد بأن القدرة على الإعمار هي القدرة الفعلية وليس القدرة الفردية، وهذه القدرة تثبت للإناث من الورثة

(1) راجع محمد قدرى باشا، المرجع السابق، م ٣٣٣، وراجع أيضاً ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٥٤١، الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٢٧٠، والشيخ أبوزهرة، المرجع السابق، بند ١٥.

(2) الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

(3) مشار إليه في مرجع الشيخ أبوزهرة، الحكر، المرجع السابق، بند ١٥.

وللذكور، فمن يقدر منهم على تحمل أعباء الحكر ينتقل إليه، ومن يعجز  
منهم على القيام بأعباء هذا الحق يحرم منه.

وقد ذهب البعض إلى أنه حتى لا يظلم الورثة فإن الحكر ينتقل إليهم  
جميعاً ثم من يثبت عجزهم منهم سواء أكان ذكراً أم أنثى بترك الأرض ثلاث  
سنوات بغير زراعة ترفع يده، ومن لم يتركها هذه المدة تبقى يده، وتلك المدة  
هي معيار العجز أو القدرة على القيام بأعباء الحكر<sup>(١)</sup>.

وفي فرنسا، يلتزم المستأجر بواسطة عقد الإمفيثيوز بالبناء على العقار  
المعد للبناء، أو الغراس في الأرض المعدة للزراعة، ويلتزم بأن يحافظ على  
هذا البناء وذلك الغراس محافظة الشخص المعتاد. وفي نهاية العقد يلتزم  
المستأجر بالإبقاء على ما شيده من عقار، وما أقامه من غراس ليأخذه المؤجر  
في نهاية العقد مع العقار محل الإمفيثيوز دون أن يدفع أي مقابل لذلك (المادة  
L. 451/7 من التقنين الزراعي الفرنسي)<sup>(٢)</sup>.

وقد ذهب الفقه والقضاء إلى أن هذا الحق ينتهي بوفاة المستأجر ولا  
ينتقل للورثة<sup>(٣)</sup>.

ولا يوجد تفرقة في هذا الحكم بين ما أقامه المستأجر من إنشاءات وما  
قام به من تحسينات<sup>(٤)</sup>.

(1) الشيخ أبوزهرة، المرجع السابق، بند ١٥.

(2) المادة L. 451/7 من التقنين الزراعي الفرنسي، وهذا هو النص الفرنسي للمادة:

Le preneur ne peut opérer dans le fonds aucun changement qui en  
diminue la valeur. Si le preneur fait des améliorations ou des  
constructions qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut les  
détruire, ni réclamer à cet égard aucune indemnité.

(3)

Ph. MALAURIE, L. AYNÉS, op. cit, no 376.

ex: cass. civ. 3e, 10 févr. 1999, D., 2000.14, n.f. KENDERIAN:  
cession du bail rural camouflée en cession de parts sociales.

ويرى البعض أن هذا الحق ينتقل لورثة المستأجر ليعممه إلى مدته.

د. محيي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

Sur le principe, v. civ. 12 mars 1970, D. 1970. 562. (4)

والإمفيثيوز يمنح المستأجر حقاً عيناً عقارياً، على ما أقامه من بناء أو غراس فيحق له أن يرهنه طوال فترة العقد أو يحول حقه للغير، كما يحق له أن يبرم اتفاقات لإنشاء ارتفاعات سلبية أو إيجابية على العقار محل الإمفيثيوز، أو على ما أقامه من منشآت، ولكن لا يجوز أن تزيد هذه الارتفاعات على مدة عقد الإمفيثيوز نفسه، وبشرط إبلاغ المالك، (المادة 451/9 L. من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(1)</sup>.

ويحق للمستأجر أن يحمي حيازته ضد أي اعتداء عن طريق استخدامه دعاوى الحيازة الثلاثة ضد أي شخص يعكس صفو حيازته حتى ولو كان المؤجر نفسه<sup>(2)</sup> الذي لا يستطيع أن يمارس تلك الدعاوى طوال فترة عقد الإمفيثيوز<sup>(3)</sup>.

ويحق للمستأجر أن يتنازل عن حقه الناشء عن عقد الإمفيثيوز، كما يحق له أن يجري كافة التصرفات على ما أقامه من عقار وما أنشأه من غراس طوال فترة عقد الإمفيثيوز (المادة 451/10 L. من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(4)</sup>.

**مقارنة وتقييم:**

تشابهت الأنظمة الثلاثة محل البحث في إعطاء المحكر في عقد الحكر أو المستأجر في عقد الإمفيثيوز حقين متلازمين بمقتضى هذه العقود؛ الحق الأول

(1) هذا هو نص المادة الفرنسي:

L'emphytéote peut acquérir au profit au fonds des servitudes actives et les grever, par titres, de servitudes passives, pour un temps qui n'excédera pas la durée du bail, à charge d'avertir le propriétaire.

GIVERDON, op. cit no 34.

(2)

(3)

Civ. 3e, 16 juill, 1975, Bull. civ. III, 258; civ. 3e, 30 nov. 1982, Gaz, pal. 1983, 1, 63 somm.

(4) هذا هو نص المادة الفرنسي:

L'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose.

Cass. 3e civ., 15 mars 1983, Bull. civ., III, no 74, p. 60; Defrénois, 1983, p. 1573, abs. souleou; RTD civ., 1983, 756, abs. ph. RÉMY et JOURDAIN, op. cit, 175-1.

ينصب على العقار محل العقد، والحق الثاني ينصب على ما يقيمه المحتكر أو المستأجر من بناء أو غراس، لكن الخلاف الجوهري بينهما هو أن المحتكر في مصر، وفي الفقه الإسلامي في نهاية الحكر يأخذ مقابلاً لما أقامه من بناء أو غراس. وفي القانون الفرنسي لا يحصل المستأجر على شيء مقابل لما أقامه من بناء أو غراس عند نهاية الإمفيثوز، بل يكون ما أقامه أو أنشأه في نهاية العقد من حق المؤجر دون مقابل.

وهناك خلاف جوهري بين التقنين المدني المصري والفقه الإسلامي من جهة، وبين القانون الفرنسي من جهة أخرى يتعلق بانتقال الحق الناشئ من العقد إلى الورثة، فبينما ينتقل حق الحكر إلى الورثة إذا مات المحتكر قبل نهاية مدته في مصر وفي الفقه الإسلامي بقيود، أما في فرنسا فلم ينص القانون الفرنسي على انتقال حق الإمفيثوز إلى الورثة قبل انتهاء مدته، ويتجه الفقه وكذلك القضاء إلى عدم انتقال هذا الحق إلى الورثة.

#### التزامات المحتكر:

الحديث عن التزامات المحتكر يتضمن في نفس الوقت الحديث عن حقوق المحكر فيقع على عاتق المحتكر التزامات هي في نفس الوقت حقوق للمحكر وهما التزام المحتكر بدفع الأجرة والتزامه باتخاذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض صالحة للاستغلال، وذلك على النحو التالي.

#### (١) التزام المحتكر بدفع الأجرة:

تنص المادة ١٠٠٣ من القانون المدني المصري على أنه: « (١) على المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر.  
(٢) وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة مالم ينص عقد التحكير على غير ذلك».

ومقتضى هذه المادة أن المحكر يلتزم بدفع أجرة مقابل انتفاعه بالعقار محل الحكر ويجب ألا تقل هذه الأجرة عن أجرة المثل والحقيقة أن اصطلاح (أجرة) لا يتناسب مع وصف حق الحكر بأنه حق عيني؛ ولذا أرى أن يحل اصطلاح (مقابل مادي) محل اصطلاح (أجرة).

وهذا المقابل المادي يجب ألا يقل عن أجره المثل، ولكنه مقابل غير ثابت يمكن أن يزيد أو ينقص أثناء سريان العقد، إذا زادت أو نقصت أجره المثل.

ويرى بعض الفقهاء أن أجره المحرر عادة ما تكون زهيدة<sup>(١)</sup>. ولكنني أرى أن المقابل المادي الذي يدفعه المحرر ليس زهيداً؛ لأنه لا يقل عن أجره المثل، وهو يزيد وينقص حسب قيمة أجره المثل. وإذا تقاعس المحرر عن دفع المقابل المادي يحق للمحكر طلب التنفيذ العيني وطلب التعويض إذا كان له مقتضى وفقاً للقواعد العامة. وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكيم على خلاف ذلك<sup>(٢)</sup>.

ويحق للمحكر أيضاً إذا لم تدفع له الأجرة أن يطلب فسخ العقد، ولكن المشرع المصري اشترط لوقوع الفسخ في هذه الحالة، أو للحكم به أن يتمتع المحرر عن دفع الأجرة لمدة ثلاث سنين متتالية (مادة ١٠٠٩ من القانون المدني المصري). وإذا كانت محكمة النقض المصرية قد اتجهت في حكم قديم لها قبل إصدار القانون المدني المصري الحالي إلى أن: «انفساخ عقد التحكيم لعدم دفع الأجرة ثلاث سنين أمر إذا كان الشرعيون قدره فما ذلك إلا ابتغاء مصلحة الوقف دون مصلحة المحرر، فالذي يتحدى به هو جهة الوقف إن أراد، أما المحرر فلا يقبل منه التحدي بذلك في صدد تمسكه بتغيير صفة وضع اليد الحاصل ابتداءً بسبب التحكيم، بل مهما انفسخ عقد التحكيم للعللة المذكورة

(١) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، بند ٨٠٧، حسن كبيرة، المرجع السابق، بند ١٦٩.

(٢) وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: «يلتزم المحرر بمقتضى المواد ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥ من القانون المدني بأداء المقابل المتفق عليه إلى المحكر وعلى أن يكون هذا المقابل مستحق الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكيم على غير ذلك ويزيادة المقابل وفقاً لأجر المثل وصقع المكان، وذلك بخلاف إيجار الوقف إذ العبرة فيه بأجرة المثل وفقاً لنص المادة ٦٣٢ من القانون المدني بالوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار فلا يقيد بما يستجد من ظروف اقتصادية بعد ذلك ترفع من قيمة المقابل» (الطعن رقم ١٠٧٤، لسنة ٥٣ق - جلسة ١٩٨٤/٦/٢٠م)، مجموعة التشريعات المصرية، ص ٤٢٠.

فإن صفة وضع اليد تبقى على حالها غير متغيرة<sup>(١)</sup>.

هذا الحكم الذي قضت به محكمة النقض المصرية بطلب فسخ العقد لعدم دفع الأجرة لمدة ثلاث سنين متتالية مقرر لمصلحة الوقف وليس لمصلحة المحتكر. ينطبق أيضاً في ظل نصوص القانون المدني المصري الحالي حيث قضت المادة ١٠٠٩ بأن هذا الحق مقرر للمحكر يجوز نه استخدامه أو عدم استخدامه.

ويجب حتى يستطيع المحكر طلب الفسخ في هذه الحالة أن يتمتع المحتكر عن دفع الأجرة مدة ثلاث سنين متتالية وليست مقطعة.

وأرى، أن هذا الحكم لا مبرر له، بل لا يتفق مع مصلحة الوقف، وكان الأجدر بالمشرع المصري أن يترك حكم الفسخ في هذه الحالة للقواعد العامة دون شروط؛ لأن هذا من مصلحة الوقف، فمن مصلحة الوقف أن يفسخ الحكر عند عدم دفع المحتكر الأجرة، دون اشتراط مدة معينة لذلك.

**وفي الفقه الإسلامي**، سواء أكان التحكير بعقد صريح وذلك في حالة الضرورة، أو بإذن ضمنى في حالة المصلحة، فإنه يجب على المحتكر دفع أجرة المثل على الأقل للمحكر، وهي أيضاً غير ثابتة، تتغير حسب تغير أجرة المثل، ويفسخ عقد التحكير إذا امتنع المحتكر عن دفع أجرة المثل وعندئذ يؤمر بهدم بناءه أو قلع شجره، إلا إذا كان الهدم أو القلع يضر بالأرض، فيبقى البناء أو الغراس، حتى ينهدم أو ينقلع من تلقاء نفسه، وقبل ذلك يبقى البناء أو الغراس على الأرض، ويكون ريع هذا البناء أو الغراس شركة بين الوقف من جهة والمحتكر من جهة أخرى، فيأخذ المحكر أجرة مثل الأرض خالية من بناء أو غراس، وللمحتكر ما زاد عن هذه الأجرة<sup>(٢)</sup>.

(١) طعن رقم ١ لسنة ٥٥ ق، جلسة ٣١/١٠/١٩٣٥ م، مجموعة التشريعات المصرية، ص ٤٢٢.

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ٢٧٠،  
وراجع أيضاً: محمد قدرى باشا، المرجع السابق، م ٣٣٥ حيث جاء فيها: «لا يكلف المحتكر برفع بنائه ولا يقلع غرسه مادام يدفع أجرة المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة»، وراجع أيضاً ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٥٤١.



وفي فرنسا، يلتزم المستأجر في عقد الإمفيثيوز بدفع أجره دورية عادة ما تكون سنوية، وهي أجره زهيدة - كما سبق أن رأينا<sup>(١)</sup> - ولا يستطيع المستأجر أن يعفى من دفع هذه الأجرة حتى في حالة عدم قدرته على البناء أو الفراغ إلا بترك المال محل العقد ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

والمستأجر لا يلتزم فقط بدفع الأجرة طوال فترة العقد، وإنما يتحمل كافة الأعباء المالية المفروضة على العقار محل العقد، فهو يتحمل الرسوم والضرائب المفروضة على هذا العقار طوال فترة العقد (المادة L. 451/8. الفقرة الأولى من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(٢)</sup>.

### مقارنة وتعقيب:

المحتكر وفقاً لنصوص القانون المدني المصري يلتزم بدفع مقابل مادي لا يقل عن أجره المثل وهو قابل للزيادة والنقصان، ولا يلتزم بأية أعباء مالية أخرى على العقار مثل الضرائب والرسوم التي يلتزم بها المالك دائماً، بينما في فرنسا يلتزم المستأجر في الإمفيثيوز بدفع أجره زهيدة ثابتة، تقل عادة عن أجره المثل طوال فترة العقد ولكنه يتحمل بكافة الضرائب والرسوم المفروضة على العقار محل العقد طوال مدته، وهذا فارق آخر بين تنظيم القانون المصري والقانون الفرنسي.

### (٢) التزام المحتكر بجعل الأرض صالحة للاستغلال:

تنص المادة ١٠٠٧ من القانون المدني المصري على أنه: «على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزمه لجعل الأراضي صالحة للاستخدام مراعيًا في ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة.

يعتبر هذا الالتزام هو الالتزام الجوهري الذي يقع على عاتق المحتكر فلم يبرم عقد الحكر إلا لكي يعمر المحتكر أرضاً موقوفة خراباً فيستفيد الوقف

(١) راجع ما سبق، ص ٢٩.

(٢) هذا هو نص المادة الفرنسي:

Le preneur est tenu de toutes les contributions et charges de l'héritage.

راجع: CARBONNIER, op. cit, no 185 et JURDAIN, op. cit, 175-1.

بتعميرها ويستفيد المحتكر بالانتفاع بها ويتملك ما يقوم بينائه أو غراسه طوال مدة الحكر.

والاتفاق هو الذي يحدد نوع البناء أو الغراس على الأرض المحكورة، فإذا لم يكن هناك اتفاق في هذا الصدد يجب على المحتكر أن يعمر تلك الأرض بما يتفق وطبيعتها، فالأرض الزراعية تعميرها يكون بزراعتها، والأرض المخصصة للبناء تعميرها يكون بالبناء عليها.

ويجب على المحتكر أيضاً أن يراعي الغرض الذي أعدت له الأرض فلا يملك مثلاً أن يغير فيه بأن يحول أرضاً زراعية إلى أرض بناء أو العكس.

ويجب أن يراعي في ذلك ما يقضي به عرف الجهة التي توجد فيها الأرض، فمثلاً إذا كانت الأرض في منطقة زراعية تزرع بنوع معين من الخضار أو الفاكهة فيجب أن يراعي ذلك، وإذا كانت الأرض المحكورة أرضاً معدة للبناء، فيجب عندما يبني عليها أن يراعي عرف المنطقة التي توجد فيها من ناحية مستوى البناء ونوعه<sup>(١)</sup>.

ومقتضى المادة السابقة أن يلتزم المحتكر ليس فقط بإعمار الأرض الموقوفة وإنما بأن يسلمها للمحكر بعد انتهاء الحكر صالحة للاستغلال.

وإذا لم يتم المحكر بهذا الالتزام تطبق عليه القواعد العامة فيجوز للمحكر أن يطلب فسخ العقد أو التنفيذ العيني أو التعويض إذا كان له مقتض<sup>(٢)</sup>.

**وفي الفقه الإسلامي**، يفهم من نص المادة ٣٣٨ من كتاب قانون العدل والإنصاف في أحكام الأوقاف لقدري باشا أن المحتكر لا يلتزم بجعل الأرض صالحة للاستغلال طوال فترة الحكر وتسليمها للمحكر على هذه الحالة وإنما إذا خرب البناء الذي بناه المحتكر في أرض الوقف أو حتى لو زال عنها كلية ولم يبق له أثر ومضت مدة الحكر عادت الأرض التي كانت مشغولة بالبناء على حالتها إلى الوقف، والأثر المترتب على ذلك أن المحتكر لا يستطيع أن

(١) قريب من هذا المعنى: السنهوري، المرجع السابق، بند ٨٠٨.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، بند ٨٠٨.

يطلب الحكر على هذه الأرض مرة أخرى. وهذا يفيد أنه غير ملزم طوال مدة الحكر بجعل الأرض صالحة للاستغلال<sup>(١)</sup>.

وفي فرنسا، يلتزم المستأجر بالمحافظة على العقار محل العقد صالحاً للاستغلال لأنه يلتزم بالاحتفاظ بما أقامه من بناء أو غراس يسلمه للمؤجر في نهاية العقد وهو مسؤول عن القيام بصيانة هذا العقار وترميمه حتى نهاية العقد، ولكنه غير مسؤول عن إعادة بناء ما هدم من عقار قام بتشيدته أو غراس قام بزراعته هلك بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وهو مسؤول عن الحريق الذي يحدث في هذا العقار وفقاً للمادة ١٧٣٣ من القانون المدني الفرنسي (المادة 451/8. الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(٢)</sup>.

والمستأجر في هذا العقد يحق له الانتفاع بالعقار من استعمال واستغلال ولا يحق لأحد غيره مشاركته في ذلك حتى المؤجر نفسه طوال مدة العقد فمثلاً للمستأجر وحده حق الصيد والانتفاع المناجم الموجودة في الأرض والمحاجر أي له الحق في الثمار والمنتجات طوال فترة العقد (المادة 451/11. L. من القانون الزراعي الفرنسي)<sup>(٣)</sup>.

(1) تنص المادة ٣٣٨ من كتاب العدل والإنصاف في أحكام الأوقاف على أنه: «إذا خرب البناء الذي بناه المحتكر في أرض الوقف وزال عنها بالكلية بحيث لم يبق له أثر ومضت مدة الاحتكار عادت الأرض التي كانت مشغولة بالبناء للوقف، وكذلك إذا نشفت أشجار الأرض المحتكرة وذهب كردها تعاد للوقف وإن أراد محتكرها أن تستمر تحت يده بالحكر السابق فلا يجاب إلى ذلك».

قدرى باشا، المرجع السابق، م ٣٣٨.

(2) هذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة:

«En ce qui concerne les constructions existant au moment du bail et celles qui auront été élevées en exécution de la convention, il est tenu des réparations de toute nature, mais il n'est pas obligé de reconstruire le bâtiments, s'il prouve qu'ils ont été détruits par cas fortuit, par force majeure ou qu'ils ont péri par le vice de la construction antérieur au bail.

Il répond de L'incendie, conformément à l'article 1733 du code civil».

(3) هذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة: =

ولكن يبقى للمالك وحده حق الاستيلاء على الكنز الذي يوجد في العقار محل الإفيشيوز<sup>(١)</sup>.

**تعقيب:**

تشابه الأحكام المتعلقة بالتزام المحتكر يجعل العقار محل الحكر صالحاً للاستغلال الواردة في القانون المصري مع الأحكام المنظمة لهذا الموضوع في القانون الفرنسي. لكنها تختلف مع موقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد، فبينما نص المشرع المصري على التزام المحتكر والمشرع الفرنسي على التزام المستأجر في عقد الإفيشيوز يجعل العقار محل العقد صالحاً للاستغلال وتسليمه للمحكر أو المؤجر على هذه الحالة لم ينص الفقه الإسلامي على مثل هذا الالتزام، ومن الواضح أن المشرع المصري استمد هذا الحكم من القانون الفرنسي وليس من الفقه الإسلامي.

## **الفصل الثاني**

### **انتهاء الحكر**

**تمهيد وتقسيم:**

نظم المشرع المصري الحكر - كما سبق أن رأينا - وهو كاره له، ولذلك عمد إلى إنهاءه بكافة السبل والوسائل، فنظم أسباباً خاصة لهذا الإنهاء ضمن نصوص القانون المدني المصري، بالإضافة إلى تطبيق النصوص المتعلقة بانقضاء الالتزام مادامت تتفق مع طبيعته، ولم يكف بذلك بل أصدر تشريعات خاصة لإنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة بعد صدور القانون المدني المصري - كان آخرها قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، والخاص بإنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة وهو القانون المعمول به حالياً، ثم صدر بعد ذلك قرار من وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ م، وذلك في ١٣ سبتمبر سنة ٢٠٠٩ م، الذي اعتبر فيه أن جميع الأحكار المرتبة على أرض موقوفة

---

=«Le preneur a seul le droit de chasse et de pêche et exerce à l'égard des mines, carrières et tourbières tous les droits de l'usufruitier».

- Cass. 3e civ., 11 juin 1986, Bull. civ., III, no 93, p. 74.

(1)

تنتهي في ١٤ أكتوبر سنة ٢٠٠٩م، ثم صدر منشور عام رقم ١٤ في ٢٠٠٩/١٢/٢م، من رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية بتنفيذ هذا القرار.

إذن يحكم موضوع انتهاء الحكر مجموعة من النصوص تتضافر فيها بينها لتنظيمه، بعضها ورد في التقنين المدني المصري، وبعضها ورد في التشريعات الخاصة اللاحقة عليه.

وفي فرنسا، نظم المشرع الفرنسي في القانون الزراعي أسباباً خاصة لإنهاء الإفيشيوز، بالإضافة للنصوص العامة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام بوجه عام، لكن المشرع الفرنسي لم يسع البتة إلى القضاء على الإفيشيوز بتشريعات خاصة مثلما فعل المشرع المصري إزاء الحكر.

ولذلك سنقصر المقارنة بين النظامين في الجزء الخاص بإنهاء الحكر المنظم بنصوص التقنين المدني، كما أننا في هذا الجزء سنقصر بحثنا على أسباب إنهاء الحكر والأمفيشيوز الخاصة بهما، دون الحديث عن أسباب إنتهائهما وفقاً للنصوص المنظمة لانقضاء الالتزام بوجه عام فهذا محل المراجع العامة وليس هذا البحث، فليس هناك خصوصية للحكر في هذا الصدد، وسنبين موقف الفقه الإسلامي في المسائل المتصلة به.

ولذلك سوف نبث مسألة انتهاء الحكر وفقاً لهذا التقسيم التالي:

**المبحث الأول:** انتهاء حق الحكر وفقاً لنصوص التقنين المدني المصري.

**المبحث الثاني:** انتهاء حق الحكر وفقاً لتشريعات خاصة.

### المبحث الأول

**انتهاء الحكر وفقاً لنصوص**

**التقنين المدني المصري**

**تمهيد:**

سهل القانون المدني المصري سبل إنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة ونظمها بين نصوصه المنظمة للحكر وجعلها على النحو التالي:

انتهاء الحكر بحلول الأجل المعين له، وانتهاء الحكر بموت المحتكر قبل

البناء أو الغراس، وانتهاء الحكر بزوال صفة الوقف على الأراضي المحكرة،  
وانتهاء الحكر بعدم استعماله، وذلك على النحو التالي:  
(١) انتهاء الحكر بحلول الأجل المعين له:

تنص المادة ١/١٠٠٨ من القانون المدني المصري على أنه: «ينتهي حق  
الحكر بحلول الأجل المعين له».

ومقتضى هذه المادة أن حق الحكر ينتهي بحلول الأجل المتفق عليه بين  
المحتكر والمحكر بشرط ألا تزيد مدته على ستين سنة؛ وهي المدة القصوى التي  
قررها القانون المدني للحكر وفقاً لنص المادة ٩٩٩ من التقنين المدني، وإذا  
عينت له مدة أطول من ستين سنة أو أغفل تعيين المدة انتهى الحكر بمرور ستين  
سنة من تاريخ الاتفاق عليه (مادة ٩٩٩ من القانون المدني).

ويتفق هذا الحكم مع نصوص القانون الفرنسي (المادة 1-451 L) من  
القانون الزراعي الفرنسي ومع نصوص الفقه الإسلامي فكل الأنظمة محل  
البحث ربطت العقد بمدة ينتهي إذا انتهت<sup>(١)</sup>.  
(٢) انتهاء الحكر بموت المحتكر قبل البناء أو الغراس:

تنص المادة ٢/١٠٠٨ من القانون المدني المصري على أنه: «ومع ذلك  
ينتهي هذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس، إلا  
إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر».

ومقتضى هذه المادة أنه إذا مات المحتكر قبل البناء أو الغراس فإن حق  
الحكر لا ينتقل إلى الورثة وإنما ينتهي كقاعدة بموت المحتكر، والحكمة في ذلك  
— على ما يبدو — أن تعمير الأرض واستصلاحها بالبناء والغراس يستلزم  
نفقات باهظة قد ينوء الورثة بحملها؛ لذلك اعتبر المشرع حق الحكر منتهياً في  
هذه الحالة إلا إذا طلب جميع الورثة بقاءه، ولكنه راعى من جهة أخرى  
مصلحتهم إذا كانوا يقدرون جميعاً على تحمل أعباء الحكر والاستفادة من  
مزاياه.

ولذلك سمح لهم البقاء في الحكر إذا طلبوا جميعهم ذلك، إذ في

(١) راجع ما سبق، ص ٣٠ وما بعدها.

إجماعهم هذا دون اعتراض أي منهم ما يعبر عن رضاهم بتحمل ما يفرضه الحكر من أعباء وينفي أي مظنة بتضررهم من انتقاله إليهم بالميراث<sup>(١)</sup>.

وقد سبق أن رأينا أن هذا الحكم خاص بالقانون المصري ويختلف عن حكم الفقه الإسلامي وحكم القانون الفرنسي<sup>(٢)</sup>.

(٣) **انتهاء الحكر بسبب زوال صفة الوقف عن الأراضي المحكرة:**

تنص المادة ٣/١٠٠٨ من التقنين المدني المصري على أنه: «ينتهي حق الحكر أيضاً قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو انقاصه لمدته ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته».

ومقتضى هذه المادة أنه إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة ينتهي الحكر تبعاً لذلك حتى قبل انتهاء مدته وهذا الحكم خاص بالأحكار التي نشأت بعد صدور التقنين المدني الحالي الذي حصر الحكر في الأراضي الموقوفة. ولكن المشرع قرر حماية مصلحة المحتكر إذا كان زوال الحكر بسبب تعمد الواقف الرجوع في وقفه أو إنقاصه لمدته، فقرر أنه عندئذ يبقى الحكر حتى نهاية مدته. وهذا يعني أن الحكر في هذه الحالة سيكون على أرض غير موقوفة على غير اتجاه المشرع المصري في حصر الأحكار في الأراضي الموقوفة بعد صدور التقنين المدني وهي من الحالات النادرة التي يكون فيها الحكر بعد صدور هذا التقنين على أرض غير موقوفة<sup>(٣)</sup>.

هذا الحكم خاص بالقانون المصري ولا ينطبق على القانون الفرنسي أو الفقه الإسلامي؛ لأن القانون المصري وحده من بين الأنظمة محل البحث الذي اشترط أن يقع الحكر على أرض موقوفة<sup>(٤)</sup>.

(٤) **انتهاء الحكر لسقوطه بالتقادم:**

تنص المادة ١٠١١ من التقنين المدني المصري على أنه: «ينتهي حق

(١) في نفس هذا المعنى: د. حسن كيرة، المرجع السابق، بند ١٧٠.

(٢) راجع ما سبق، ص ٤٠.

(٣) د. حسن كيرة، المرجع السابق، بند ١٧٠.

(٤) راجع ما سبق، ص ٢٤.

الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة، إلا إذا كان حق الحكر موقوفًا ويتتهي بعدم استعمال مدة ثلاث وثلاثين سنة».

إذا كان الحكر لا يكسب بالتقادم؛ لأنه ينشأ بعقد شكلي وفقًا لإجراءات قانونية محددة، والتقادم أمر واقعي يتنافى مع الشكلية فإن الحكر يمكن أن يسقط بالتقادم مثله في ذلك مثل كافة الحقوق العينية والشخصية عدا الملكية التي يمكن أن تسقط بالتقادم ويسقط حق الحكر وفقًا للنص السابق إذا تقادم عليه الزمن ولم يستعمل المحكر هذا الحق بأن تقاعس عن إعمار الأرض الموقوفة بالبناء أو الغراس لمدة خمس عشرة سنة إلا إذا كان حق الحكر نفسه موقوفًا؛ أي أوقفه المحكر لجهة من جهات الخير بأن خصص ريعه لتلك الجهة فنندث يسقط بالتقادم إذا لم يستعمله المحكر مدة ثلاث وثلاثين سنة، وهي مدة تقادم الوقف بوجه عام.

وهي مدة ذكرها بعض الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلا أن أحد الخلفاء العثمانيين وهو السلطان سليمان رأى أن هذه المدة طويلة وإنها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس ولذلك جعلها خمس عشرة سنة فقط وهي مدة مناسبة لا ترهق المدين ولا تباغت الدائن<sup>(1)</sup>، لكن المشرع المصري لم يخالف الرأي القديم في الفقه الإسلامي الذي أخذ بثلاث وثلاثين سنة لعدم سماع الدعوى وطبقها على سقوط الحكر بالتقادم لعدم استعماله خلال تلك المدة إذا كان الحكر موقوفًا<sup>(2)</sup>.

ويستدل على أن الحكر موقوف أو غير موقوف من خلال صيغة المحكر الذي هو الواقف في هذه الحالة إذا خصص ريع الحكر لجهة من جهات

---

(1) راجع د. أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام - دراسة مقارنة، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، سنة ٢٠٠٧م، ص ٣٠٥، هامش ١.  
وراجع هذا الموضوع بالتفصيل: د. أيمن سعد سليم، سلطات المالك على الشيوع، استعمال المال الشائع واستغلاله - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م، ص ١٧٦، ١٧٩.

وراجع أيضًا: عزيز خانكي بك، الوقف والحكر والتقادم، شرعًا وقانونًا، مجلة القانون والاقتصاد، س ٦، العدد الأول، يناير سنة ١٩٣٦، ص ٧٨٩ وما بعدها.  
(2) راجع: حسن كيرة، المرجع السابق، بند ١٧٠.



الخيار.

وفي فرنسا، لم يرد نص مماثل للنص المصري ولذا ينطبق على الحكر القواعد العامة التي تحكم التقادم الواردة في القانون المدني الفرنسي والنص الوحيد الذي ورد في القانون الزراعي الفرنسي المتعلق بإنهاء الإمفيثوز هو نص المادة 5-451 L الخاصة بفسخ الإمفيثوز لعدم دفع الأجرة ولذا يمكن أن نلخص الأسباب الخاصة لانتهاء الأمفيثوز في فرنسا بالأسباب الآتية:

١ - **انقضاء المدة المتفق عليها:** عقد الأمفيثوز ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها لهذا العقد دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار وعندئذ يجب على المستأجر أن يمكن المؤجر من العقار محل الأمفيثوز وما أقام عليه من بناء أو غراس دون حاجة إلى أن يطلب أجلاً لتنفيذ هذا الالتزام.

٢ - **معد الهلاك الكلي للعقار محل الإيجار:** فالهلاك الكلي للعقار محل عقد الأمفيثوز سبب من أسباب إنهائه، أما الهلاك الجزئي فلا يؤدي إلى هلاك هذا العقد وإنما ينحصر حق المستأجر والمؤجر على الجزء المتبقي الذي لم يهلك.

٣ - **بفسخ عقد الأمفيثوز عند عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته:** وهذا النص تنطبق عليه القواعد العامة، لكن هناك حكم خاص ورد في نصوص القانون الزراعي (المادة 5-451 L الفقرة الأولى)، والتي مقتضاها أن عقد الأمفيثوز يفسخ لعدم سداد الأجرة لمدة ستين متتابعين وذلك بعد إنذاره من المؤجر<sup>(١)</sup>.

ولا يستطيع المستأجر أن يطلب تجديد عقد الإمفيثوز بعد انتهاءه إلا بموافقة المؤجر<sup>(٢)</sup>.

(1) هذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة:

A défaut de paiement de deux années consecutives, le bailleur est autorisé, après une sommation restée sans effet, à faire prononcer en just ice la resolution de l'employé ose.

راجع في تفصيل هذا الموضوع:

PLANIOL et RIPERT, T. 10, par Hamel, no 690.

Cass. 13 juin 1929, D. H. 1929. 432.

(2)

## مصير البناء أو الغراس في ظل نصوص التقنين المدني المصري:

تنص المادة ١٠١٠ من التقنين المدني المصري على أنه: «(١) عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقي الإزالة أو البقاء وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

(٢) وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال، وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته».

مقتضى هذه المادة أن تحديد مصير البناء أو الغراس الذي أقامه المحكر على الأرض الموقوفة يحدده في الأصل الاتفاق بين المحكر والمحتكر، وقد يكون هذا الاتفاق وارداً في صلب عقد الحكر، وقد يكون في اتفاق منفصل عن عقد الحكر يلحق به.

فإذا لم يوجد هذا الاتفاق فقد نظم التقنين المدني مصير البناء أو الغراس الذي أقامه المحتكر وبين أنه عند انتهاء الحكر يكون للمحكر الخيار بين أن يطلب إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقة الإزالة أو البقاء<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الغالب أن يدفع المحكر قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة على اعتبار أنها أقل من قيمة البناء أو الغراس قائماً، لكن في بعض الأحوال قد يكون قيمتهما قائماً أقل من قيمتهما مستحقي الإزالة حينما يكون ثمن الأنقاض كلاً من البناء أو الغراس أكبر من ثمنيهما وهما قائمين إذا كان مثلاً المبنى قديماً وثنم أنقاضه أكبر من قيمته<sup>(٢)</sup>.

ووفقاً للمادة السابقة، وتشجيعاً من المشرع على إنهاء الحكر،

---

(١) نقض مدني، طعن رقم ١٨٦ لسنة ٥٣ق - جلسة ١٣/١١/١٩٨٣م، مجموعة

التشريعات المصرية، ص ٤٢٢.

راجع في تفصيل هذا الموضوع: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها.

(٢) د. حسن كيرة، المرجع السابق، بند ١٧١.

وتسهيلاً منه للمحكر في إزالة آثاره أجاز للمحكمة المختصة أن تمنح المحكر نظرة الميسرة لدفع تلك القيمة إذا لم يستطع أن يدفعها في الحال إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر هذه النظرة؛ ولا يشترط لمنح نظرة الميسرة للمحكر في هذه الحالة ما يشترطه القانون لمنح نظرة الميسرة في الأحوال العادية، فلا يشترط ألا يصيب منح هذه النظرة ضرر جسيم للدائن، فحتى لو أصيب المحكر بضرر جسيم من جراء منح المحكر نظرة الميسرة يحق للمحكمة أن تمنحها له أيضاً إذا رأت أن هناك ظروف استثنائية تبرر ذلك.

وإذا منحت المحكمة نظرة ميسرة للمحكر ليمكن من الدفع فإنه يلتزم في هذه الحالة أن يقدم كفالة بما يستحق في ذمته.

هذه الأحكام السابقة تنطبق على انتهاء الحكر في ظل نصوص القانون المدني وفقاً للأسباب السابقة وأيضاً في حالة فسخ عقد الحكر لعدم دفع الأجرة.

**وفي الفقه الإسلامي،** تنص المادة ٣٣٣ من كتاب قانون العدل والإنصاف في أحكام الأوقاف على أنه: «البناء الذي يبنيه المحكر والغراس الذي يخرسه ياذن القاضي أو الناظر في ساحة الأرض المحكرة يكون ملكاً خالصاً له فيصح بيعه للشريك وغيره وهبته ووقفه ويورث عنه»<sup>(١)</sup>.

مقتضى هذا النص أن البناء أو الغراس الذي يقيمه أو يزرعه المحكر يكون ملكاً خالصاً له لا ينتقل للمحكر بعد انتهاء الحكر وإنما يظل على ملك المحكر طوال حياته وينتقل إلى ورثته بعد مماته.

**أما في فرنسا،** فالبناء أو الغراس الذي أقامه المستأجر في عقد الإمفيثيوز ينتقل ملكيته بعد انتهاء العقد إلى المؤجر بدون مقابل إلا إذا وجد اتفاق يخالف ذلك<sup>(٢)</sup>.

### **مقارنة وتحقيق:**

اختلفت الأنظمة محل البحث حول مصير البناء أو الغراس الذي يقيمه

(١) قدرى باشا، المرجع السابق، م ٣٣٣.

(٢) راجع ما سبق، ص ٣٥ وما بعدها.

المحتكر في المحكر أو المستأجر في الإمفيثوز.

فبينما تحديد مصير هذا البناء أو الغراس وفقاً للتقنين المدني المصري يكون بيد المحكر فيكون له الخيار بين أن يطلب إزالة البناء أو الغراس أن استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقة الإزالة أو البقاء ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك فإن مصيره في الفقه الإسلامي يكون بيد المحتكر فهو مالكة ملكية خالصة له طوال حياته ولورثته بعد وفاته ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

بينما في فرنسا، ينتقل هذا البناء أو الغراس بعد انتهاء الإمفيثوز إلى الموجر بدون أي مقابل ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

وأرى، أن موقف القانون المصري أفضل الأنظمة محل البحث في هذا الصدد؛ لأنه ينصب في مصلحة المحكر وهو جهة الوقف، ولا يغفل مصلحة المحتكر وهو ما يحقق مصلحة كلاهما، ويقطع دابر المنازعات حول البناء أو الغراس بعد انتهاء المحكر.

**بعض أنواع المحكر:**

نظم القانون المدني المصري أنواعاً خاصة من المحكر ولكن بصورة مقتضبة بعد إسهابه في تنظيم المحكر، وتنحصر هذه الأنواع في نوعين هما: عقد الإيجار، وعقد خلو الانتفاع، وسوف نلقي نظرة سريعة على كل منهما.

**(أ) عقد الإيجار:**

تنص المادة ١٠١٣/١ من القانون المدني على أنه: «عقد الإيجار هو أن يحكر الوقف أرضاً عليها بناء في حاجة إلى إصلاح مقابل مبلغ من المال مساوٍ لقيمة البناء، وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل».

وعقد الإيجار هو عقد حكر لكنه يتميز عن المحكر في: (١) أنه قاصر على أرض موقوفة عليها بناء، فيشتري صاحب الإيجار البناء،

فتنتقل إليه ملكيته في مقابل دفع ثمنه<sup>(١)</sup>. (٢) أن صاحب حق الإيجار يتدفع مقابلين هما: ثمن البناء، وأجرة الأرض، التي لا يجوز أن تقل عن أجرة المثل، وهي سنوية؛ ولذا سمي العقد إيجارين لأن فيه مقابلين، بينما المحتكر لا يدفع سوى مقابل واحد لحقه لا يقل عن أجرة المثل<sup>(٢)</sup>.

ولا يتميز عقد الإيجارين بميزة أخرى تميزه عن عقد الحكر، ولذا تسري عليه كافة أحكام الحكر، وفقاً لما تنص به المادة ٢/١٠١٣ من القانون المدني المصري.

(ب) **خلو الانتفاع<sup>(٣)</sup>**

تنص المادة ١/١٠١٤ على أنه: «خلو الانتفاع عقد يؤجر به الوقف عيناً ولو بغير إذن القاضي مقابل أجرة ثانية لزمان غير معين».

وعقد خلو الانتفاع يتميز عن حق الحكر في عدة وجوه هي:

(١) أن عقد خلو الانتفاع عقد إيجار يمنح المستأجر حقاً شخصياً، في حين أن الحكر حق عيني. (٢) لا يشترط لإبرام عقد خلو الانتفاع الحصول على إذن من القاضي في حين الحصول على إذن القضاء شرط لازم لإنشاء الحكر. (٣) أجرة الحكر متغيرة غير ثابتة، بينما أجرة خلو الانتفاع ثابتة لا تتغير. (٤) ليس لخلو الانتفاع أجل معين فيحق لجهة الوقف فسخ العقد في أي وقت وفقاً للقواعد المنظمة لانتهاء عقد الإيجار غير المعين المدة، بينما الحكر يلزم أن تكون له مدة معينة ولا يجوز أن تزيد على ٦٠ سنة<sup>(٤)</sup>.

وما عدا ذلك يسري على خلو الانتفاع الأحكام الخاصة بإيجار العقارات الموقوفة التي تتضمنها المواد من ٦٢٨ إلى ٦٣٤ من القانون المدني المصري<sup>(٥)</sup>.

- (١) د. إسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، مكتبة عبد الله وهبة، سنة ١٩٥٨م، ص ٢١.
- (٢) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٦٧.
- (٣) راجع في هذا الموضوع: أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣١٥ وما بعدها.
- (٤) راجع: د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢١، ص ٢٢، أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، المرجع السابق، ص ٣١٦ وما بعدها.
- (٥) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

## المبحث الثاني

### انتهاء الحكر وفقاً لتشريعات خاصة

#### تمهيد وتقسيم:

لما كان الحكر يمثل قيداً خطيراً على الملكية مما يجعل أمر الانتفاع بالمال المملوك أو التصرف من الأمور غير الميسورة، ونظراً لتغير الظروف الاقتصادية التي أصبح معها تعميم العين المحكرة واستبدالها ميسوراً في مدة أقصر من المدة التي كان يقتضيها تحقيق هذين الغرضين في الزمن الماضي، فقد سعى المشرع المصري إلى القضاء على الأحكار وإنهائها بكافة السبل، ولم يكتف بأسباب الإنهاء الواردة في القانون المدني المصري - والتي سبق أن رأيناها بالتفصيل - وإنما أصدر تشريعات خاصة تسعى جميعها إلى إنهاء الحكر وتنظيم الآثار المترتبة عليه، ولقد بدأ صدور هذه التشريعات منذ سنة ١٩٥٢م، حتى سنة ١٩٨٢م، وهو التاريخ الذي صدر فيه القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٢ في شأن إنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة، وهو القانون المعمول به حتى الآن في تنظيم إنهاء الأحكار<sup>(١)</sup>، ثم تبع هذا القانون قرار صدر من وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، بإنهاء جميع الأحكار على أراضي الوقف الخيري وذلك اعتباراً من ١٤ أكتوبر سنة ٢٠٠٩م، ثم تبعه منشور رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٩م، الصادر في ١٢/٢/٢٠٠٩م، الصادر من رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية بتنفيذ قرار وزير الأوقاف السابق بإنهاء جميع الأحكار اعتباراً من ١٤/١٠/٢٠٠٩م.

وحتى نعالج هذا الموضوع بطريقة شاملة فلا بد أن نبين في عجلة التطور التاريخي للتشريعات الخاصة التي نظمت موضوع إنهاء الحكر والأسباب التي دعت إلى إصدارها وذلك في المطلب الأول من هذا البحث ثم نفرّد بعد ذلك مطلب مستقل للتعليق على نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، باعتباره القانون المعمول به حالياً في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة، ثم

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج ٢، سنة ٢٠٠٢م، ص ١٨.

نفرد المطلب الثالث لقرار وزير الأوقاف بإنهاء جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة اعتباراً من ٢٠٠٩/١٠/١٤ م.

ولذلك سوف نقسم هذا المبحث على النحو التالي :

**المطلب الأول:** التطور التشريعي لحل مشكلة إنهاء الحكر.

**المطلب الثاني:** التعليق على نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة.

**المطلب الثالث:** التعليق على قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ م، في شأن إنهاء جميع الأحكار على أراضي الوقف الخيري.

### المطلب الأول

#### التطور التشريعي لحل مشكلة إنهاء الحكر

تمهيد:

لم يكتف المشرع المصري بالنصوص التي وضعها في التقنين المدني المصري التي تؤدي إلى التضيق من الحكر والحد من انتشاره، بل والعمل على إنهائه، كراهة من المشرع له؛ باعتباره قيداً خطيراً على الملكية اضاراه أكثر من منافعه، فقد رأينا أنه جعل أقصى مدة للحكر ستين سنة (مادة ٩٩٩ مدني) وأنه لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية (مادة ١٠٠٠ مدني) وأنه ينتهي قبل حلول الأجل المحدد له إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة (مادة ١٠٠٨ مدني)، وعدم جواز ترتيب حق الحكر على الأرض غير موقوفة (مادة ١٠١٢ مدني).

لكن المشرع المصري أتبع القانون المدني بتشريعات خاصة تعمل جميعها على إنهاء الحكر بدأت منذ سنة ١٩٥٢ م، حتى سنة ١٩٨٢ م، تاريخ إصدار آخر تشريع خاص لإنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة وذلك على النحو التالي:

أولاً- قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م، الغاص بإنهاء الوقف الأهلي<sup>(١)</sup>:

صدر مرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م، بإلغاء نظام الوقف

(١) الوقائع المصرية، العدد ١٣٢ مكرر (غير اعتيادي) في ١٤/٩/١٩٥٢ م.

على غير الخيرات وكان الغرض منه إلغاء نظام الوقف الأهلي، والسبب على ما يبدو، في إصدار هذا المرسوم عقب ثورة يوليو مباشرة - حيث أنه يعتبر من أول التشريعات التي صدرت عقب هذه الثورة حيث صدر في ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢م، أي بعد الثورة بأقل من شهرين فقط - هو رد فعل للقائمين على الثورة الذين تولوا حكم مصر في ظروف مضطربة ومفاجئة؛ حيث عملت تلك الثورة على نزع ملكية كبار الإقطاعيين والأجانب وتأميمها أي إدخالها في ملك الدولة، فما كان أمام هؤلاء الملاك إلا أن يوقفوا أراضيهم وأملاكهم وفقاً لأهلياً بحيث تصبح أراضيهم الشاسعة في حكم ملك الله تعالى ويأخذ أهلهم وذرياتهم ريع تلك الأملاك الشاسعة، وبالتالي لا تستطيع حكومة الثورة أن تؤمم تلك الأراضي أو تستولي عليها؛ لأنها أصبحت في حكم ملك الله، فردت الثورة على هذا الفعل العنيف برد فعل أعنف منه وهو إصدار قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م بإنهاء نظام الوقف على غير الخيرات، وهذا هو المبرر الوحيد، من وجهة نظري، أن يكون هذا القانون من أوائل القوانين التي أصدرتها حكومة الثورة في موضوع دقيق، لو لم تكن هذه الظروف التاريخية، لما صدر بشأنه هذا القانون بمثل هذه السرعة.

وقد جاء هذا القانون في عشر مواد، تنص المادة الأولى منه على أنه:

«لا يجوز الوقف على غير الخيرات».

وقد نظمت المواد من ٢ إلى ٦ المستحقين لأموال الوقف بعد انتهائها وكيفية حصولهم عليها وإجراءات ذلك، وهي إجراءات معقدة لا يصعب فقط تنفيذها وإنما يصعب أيضاً فهمها.

ثم جاء في المادة ٧ منه حكم خاص بالحكر الوارد على وقف أهلي، فقد نصت هذه المادة على أنه: «يعتبر منتهياً بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتباً على أرض انتهى وقفها وفقاً لأحكام هذا القانون وفي هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة في المواد ١٠٠٨ وما بعدها في القانون المدني».

ولكن نصوص هذا القانون لم تتضمن بياناً صريحاً عن الجهة القضائية المختصة بالفصل فيما ينشأ من نزاع بشأن استحقاق الأرض التي انتهى



وقفها، فقد اضطرت أحكام المحاكم في هذا الصدد، فقضت بعض المحاكم الشرعية بأنها هي المختصة بالفصل في هذه النزاعات وأيدتها المحكمة العليا الشرعية. واتجه البعض الآخر من المحاكم الشرعية بعدم الاختصاص، وأخذت بعض جهات القضاء الوطني بهذا الاتجاه<sup>(١)</sup>.

وقد صدر تعديل لهذا القانون قانون رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصارفها على جهات البر<sup>(٢)</sup>.

ثم صدر قانون ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ م، في شأن إنهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة وفقاً خيراً.

**ثانياً القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ في شأن إنهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة:**

يعتبر هذا القانون هو أول التشريعات الخاصة المنظمة لإنهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة وفقاً خيراً فقد نص هذا القانون على أن ينتهي هذا الحكر على الأعيان الموقوفة بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف، وخص الوقف مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحكر بباقي الثمن سواء كانت الأرض مشغولة ببناء أو غراس أو لم تكن مشغولة بشيء من ذلك، وجعل محكمة استئناف مصر هي المختصة بالفصل في أمر النزاع حول ثمن الأرض المحكر<sup>(٣)</sup>.

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٩٩ لسنة ١٩٥٣ م، ص ٢٨.

(٢) الوقائع المصرية، العدد ٤٢ مكرر، في ٢١/٥/١٩٥٣ م.

(٣) المذكرة الإيضاحية، القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، ص ١٨٨.

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك: «وحيث إن هذا النعمي غير سديد، ذلك إنه بصدر القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فقد ألغي الوقف على غير الخيرات وأصبح معظم الأحكام منحصرًا في الأوقاف الخيرية وأغلبها في نظارة وزارة الأوقاف، وقد أصدر المشرع القانون رقم ٤٦٩ لسنة ١٩٥٣ م، لمعالجة إنهاء الأحكام الأخيرة فنص في مادته الأولى على أن ينتهي حق الحكر المترتب على أعيان موقوفة بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إذا اقتضت المصلحة ذلك وفي هذه الحالة، وبإمالة يحصل اتفاق بين الوزارة والمحكر على ثمن الأرض المحكرة تباع العين المحكرة وفقاً للأحكام المقررة للبيع الاختياري بقانون المرافعات ويختص مالك الرقبة بثلاث أرباع ثمن الأرض والمحكر بباقي الثمن سواء كانت الأرض مشغولة ببناء أو غراس أو لم تكن مشغولة بشيء من ذلك، ونص في مادته الثانية على أنه إذا وقع نزاع على ثمن الأرض في الحالة التي تكون فيها الأرض مشغولة ببناء أو غراس =

ثالثاً القانون رقم ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤م، في شأن إنهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة:

ألغى هذا القانون القانون السابق وحل محله وأعاد هذه القانون نظر النزاعات المتعلقة بإنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة إلى المحكمة الشرعية المختصة بذلك بدلاً من المحاكم الوطنية، لكنه قلل من نصيب المحتكر المستحق بعد انتهاء حق الحكر عن النصيب الذي كان مقدراً له في القانون السابق حيث جعل إنهاء حق الحكر بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف وخص الوقف مالك الرقبة بثلاث أخماس ثمن الأرض المحكرة (على خلاف القانون السابق) والمحكر بباقي الثمن<sup>(١)</sup>.

رابعاً قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠م، بإعادة

### تنظيم إنهاء الحكر على الأعيان الموقوفة (٢):

لقد خول هذا القانون وزير الأوقاف سلطة إنهاء الحكر على الأراضي الموقوفة إذا اقتضت المصلحة ذلك، ولكنه أضاف زيادة على ذلك بأنه يتم إنهاء جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة خلال مدة لا تزيد على خمس سنوات من تاريخ العمل به، وقد كان المأمول أن تنتهي جميع الأحكار خلال المدة التي حددها القانون وهي خمس سنوات إلا أن هذا القانون لم يحقق

---

=فتقضي في هذا النزاع إحدى دوائر محكمة استئناف مصر ويكون حكمها غير قابل للطعن، وقد ألغى المشرع القانون المشار إليه بالقانون رقم ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤م، وجعل الاختصاص بنظر المنازعات للمحاكم الشرعية صاحبة الولاية، إذ كان ما تقدم وكان القانونان سالفى الإشارة إليهما ينظمان كيفية إنهاء الأحكار الخيرية ومن ثم فهي لا ينطبق حكمها على النزاع الراهن باعتبار أن الوقف كان على غير الخيرات، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى عدم انطباق القانونين المذكورين على النزاع فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النفي على غير أساس.

نقض مدني ٣١/٣/١٩٩٤م، الطعن ٣٠٨ لسنة ٥٩ق، الموسوعة الماسية، الإصدار المدني، ج٦، ص٧٠٠.

(١) راجع في تفصيل هذا القانون:

حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الخامس، الحكر والوقف، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٢م، ص٢١ وما بعدها.

(٢) راجع: حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص٢٣ وما بعدها.

الغاية المرجوة منه ، وسارت عملية الاستبدال في ببطء شديد على الرغم من أن هذا القانون تم مد العمل به عدة مرات ، وقد كشف التطبيق العملي وفقاً للبيانات التي أعدتها الإدارة العامة للملكية العقارية لهيئة الأوقاف المصرية أن عدد الأحكام التي صدرت قرارات بإنهائها تبلغ ٩٤٥٥ حكماً إلا أنه لم يتم الانتهاء من إجراءات الاستبدال إلا بالنسبة لحوالي ٣٥٠٠ حكماً منها ، ومازال ستة آلاف حكم لم تتم الإجراءات الخاصة بإنهائها رغم قرارات الإنهاء ، ومازال أمرها معروضاً على اللجان المختلفة التي نص عليها القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠م ؛ ذلك أنه وفقاً لأحكام هذا القانون فإن قرار إنهاء الحكم هو بداية لسلسلة من الإجراءات التي تصاحب هذا الانتهاء وتنتهي إلى تحديد حقوق جهة الوقف والمحتكر<sup>(١)</sup>.

وقد ساوى هذا القانون بين نصيب المحتكر المستحق بعد إنهاء الحكم وبين نصيبه المستحق وفقاً للقانون السابق عليه ؛ حيث جعل الوقف مالك الرقبة يختص بثلاث أخماس ثمن الأرض والمحتكر بباقي الثمن سواء أكانت الأرض مشغولة ببناء أو غراس أو لم تكن مشغولة بشيء من ذلك<sup>(٢)</sup>. ومن ضمن عيوب هذا القانون أنه أناط بعدة لجان إنهاء الحكم فوفقاً لنصوصه تمر عملية إنهاء الحكم بإجراءات معقدة ومتعددة إذ تمر هذه العملية بأربعة مراحل مختلفة ؛ تبدأ بـ لجنة التمين ثم لجنة الأحكام ، ثم اللجنة العليا للأحكام ، ثم قد تحال إلى لجان القسمة لفرز نصيب جهة الوقف والمحتكر<sup>(٣)</sup>.  
**خامساً قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، بشأن إنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة<sup>(٤)</sup> :**

أصدر المشرع هذا القانون قاصداً به تسهيل إنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة بأن جعل اختصاص إنهاء هذه الأحكام يتم بقرار من وزير الأوقاف ونص على تشكيل لجنة قضائية للفصل في منازعات هذا الإنهاء. ونظراً لأن هذا القانون هو المعمول به حالياً لتنظيم إنهاء الأحكام على

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، ص ١٨٩.

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، ص ١٨٩.

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، ص ١٨٩.

(٤) الجريدة الرسمية، ٢٤ يونيو ١٩٨٢، العدد ٢٥.

الأراضي الموقوفة، فمنذ أن صدر إلى الآن لم يصدر قانون آخر يلغيه، ولذلك فسوف نفرد له مطلباً مستقلاً في هذا المبحث للتعليق على نصوصه وذلك في المطلب التالي لهذا المطلب.

### المطلب الثاني

التعليق على نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ بشأن إنهاء الأحكام على الأعيان

### الموقوفة

#### تمهيد وتقسيم:

صدر قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، في شأن إنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة في ٢٤ يونيو سنة ١٩٨٢ م<sup>(١)</sup>. وقد ألغى هذا القانون القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠ م، الخاص بإعادة تنظيم الحكر على الأراضي الموقوفة، كما ألغى كل النصوص السابق الإشارة إليها المتعلقة بإنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة والتي تضمنها التشريعات الخاصة والتي سبق وأن أشرنا إليها (مادة ١٥ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م).

ويعتبر هذا القانون هو القانون المعمول به في شأن إنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة منذ تاريخ إصداره وحتى الآن، حيث لم يصدر أي تشريع خاص يعدله أو يلغيه، ولذلك سوف نفصل الحديث عن أحكام هذا القانون ونبين بعض الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية المتعلقة ببعض نصوصه. كما نبين بعض العيوب التي شابته صياغة هذا القانون حيث وردت في نصوصه مصطلحات غير واضحة، كما شابه عيب عدم ترتيب نصوصه فقد يورد حكماً في مادة ثم يورد حكماً يتعلق بنفس المادة في مادة أخرى بعيدة عن المادة السابقة، كما شابته نصوصه التناقض في بعض الأحكام حيث ينظم حكماً في مادة ثم ينظم حكماً يناقضه في مادة أخرى، وسوف نقسم هذا المطلب إلى البنود الآتية:

أولاً: أسباب إنهاء الحكر وفقاً لقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م.

ثانياً: حقوق المحكر المنتهى حكره وفقاً لقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م.

(١) الجريدة الرسمية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٨٢ م، العدد ٢٥.

ثالثاً: الجهة المختصة بالفصل في منازعات إنهاء الحكر وفقاً لقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م.

وذلك وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً- أسباب إنهاء الحكر وفقاً لقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م.

تنص المادة الأولى من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ على أنه: «يعتبر حق الحكر منتهياً دون تعويض في الأعيان الموقوفة الخالية من أي بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون، وتعتبر الأرض ملكاً خالصاً لجهة الوقف، ولا يعتد بأي بناء أو غراس تقام في الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون».

وتنص المادة الثانية من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، على أنه: «ينتهي حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف...»

مقتضى هذه النصوص أن قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، قد فرق بين الأراضي المحكرة الخالية من البناء أو الغراس وقت العمل بهذا القانون وبين الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس وقت العمل بهذا القانون؛ وذلك على النحو التالي:

١- انتهاء الحكر بالنسبة للأراضي المحكرة الخالية بقوة القانون:

مقتضى نص المادة ١ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، أن حق الحكر يعتبر منتهياً بقوة القانون على الأعيان الموقوفة الخالية من أي بناء أو غراس وقت العمل بهذا القانون، ولا يعتد بأي بناء أو غراس في الأراضي الفضاء المحكرة بعد صدور هذا القانون<sup>(١)</sup>.

ويترتب على هذا الإنهاء الواقع بقوة القانون أن تصبح الأرض الموقوفة ملكاً خالصاً لجهة الوقف خالية من حق الحكر الذي كان يثقلها. والحكمة من هذا النص هو سرعة إنهاء الحكر باعتباره عبئاً ثقيلاً على الملكية كما يعتبر الحكم الوارد في هذه المواد في نفس الوقت جزءاً عادلاً

(١) المذكرة الإيضاحية ٤٠ للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، ص ١٩١.

يوقع على المحتكر الذي شغل الأرض الموقوفة وقتاً طويلاً دون أن يعمرها بالبناء أو الغراس، وهو الهدف الرئيس الذي نُظم حق الحكر لتحقيقه؛ ونظراً لأن المحتكر قد أهمل الأرض الموقوفة محل الحكر طوال مدته دون أن يحقق الهدف المرجو منه، فإنه يخرج بمقتضى هذا النص خالي الوفاض، جزاءً وفاقاً لما قام به من إهمال سبب ضرراً للوقف.

### بد انتهاء الحكر بالنسبة للأراضي المشغولة:

يقصد بالأراضي المشغولة في نصوص القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، تلك الأراضي الموقوفة المحملة بحق حكر وقام المحتكر بالبناء عليها أو الغراس فيها وصدر قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، وما قام به المحتكر من بناء أو غراس مازال قائماً.

هذه الأراضي ينتهي حق الحكر بالنسبة إليها بمقتضى نص المادة ٢ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، بقرار يصدره وزير الأوقاف، دون حاجة إلى أن يسند قراره هذا بأي سبب، فهو يستطيع بمقتضى هذا النص أن يصدر قراراً بإنهاء أي حكر على أي أرض مشغولة حتى ولو لم تكن هناك مصلحة أو ضرورة لإنهاء هذا الحكر.

ولا شك أن هذا النص يعتبر وسيلة ناجعة للقضاء على جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة، لكن الحكم الوارد فيه يعتبر جائراً بالنسبة للمحتكر؛ لأنه قام من جهة بما يفرضه عليه حق الحكر من إعمار الأرض الموقوفة، ثم يفاجأ بصدور قرار من وزير الأوقاف بإنهاء حقه، حتى ولو لم يكن هناك مبرر لذلك، وقد استشعر المشرع بهذا الظلم الذي قد يقع على المحتكر من وراء صدور قرار وزير الأوقاف بإنهاء حق الحكر على الأراضي المشغولة، فنص في هذه الحالة على أن الوقف مالك الرقبة يختص بثلاثة أرباع ثمن الأرض في حين يختص المحتكر بباقي الثمن، هذا بالنسبة للأرض أما بالنسبة للبناء والغراس فقد بين القانون حكمها حيث أوضح أن المحتكر يستحق بالإضافة إلى ثمن الأرض الأقل من ثمن البناء أو الغراس مستحقى الإزالة أو البقاء، ولا تعني هذه المادة أبداً أن من حق وزير الأوقاف أن ينهي

جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة بقرار واحد، وإنما الذي يحق له أن ينهي الأحكار على الأراضي الموقوفة حكراً حكراً حسب ما يترأى له، وعلى الرغم من ذلك فقد صدر قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، بإنهاء جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة استناداً على هذه المادة<sup>(١)</sup>.

والدليل على هذا التفسير الذي نأخذ به أن مواد القانون تتكلم عن القرار الذي يصدر من وزير الأوقاف بإنهاء حق الحكر باعتباره إنهاءً فردياً وليس إنهاءً جماعياً.

وينشر قرار وزير الأوقاف بإنهاء حق الحكر في الوقائع المصرية وفي جريدتين يوميتين ويلصق لمدة أسبوع على العقار ويعلن المحتكر أو واضع اليد الظاهر بقرار الإنهاء ويجب أن يتضمن الإعلان اسم الوقف مالك الرقبة والمحتكر طبقاً لما هو ثابت في سجلات الأوقاف أو واضع اليد الظاهر مع بيان العقار ومساحته، ومنطقة الأوقاف التابع لها أي بيان في أي محافظة يقع العقار حيث إن كل محافظة يوجد بها منطقة للأوقاف خاصة بها ويخطر مكتب الشهر العقاري المختص بصورة من القرار المذكور لقيده في سجل خاص (مادة ٣ من قانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م).

ولاشك أن هذه الإجراءات تخص الإنهاء الفردي وليس الجماعي للأحكار على الأراضي الموقوفة كما فعل وزير الأوقاف في قرار رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م.

ولم يأخذ قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، بما أخذت به القوانين السابقة عليه في تقدير ثمن الأرض محل الحكر، - التي بينت أن الأرض المحكرة تباع وفقاً لإجراءات البيع بالمزاد العلني الاختياري الواردة في قانون المرافعات وثمنها هو الذي يوزع بين الوقف مالك الرقبة والمحتكر وإنما ترك سلطة تقدير هذا الثمن للجنة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بهذا القانون حيث يدخل في اختصاصها هذا التقرير، والذي يحدث عملاً، أن وزير الأوقاف بمجرد

(١) - وسوف نعلق على هذا القرار بالتفصيل فيما بعد.

إصدار قراره بإنهاء حكر من الأحكار يحيل إلى هذه اللجنة أمر تقدير ثمن الأرض محل هذا الحكر (م ٥ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م)، وسوف تفصل أحكام هذه المادة لاحقاً. هذه الأسباب تنضم لأسباب إنهاء الحكر التي نظمها القانون المدني المصري، فنصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، لا تتعارض معها وإنما تكملها.

### ثانيه حقوق المعتكر وفقاً لنصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م:

نظم القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ حقوق المعتكر الذي ينتهي حق حكره وفقاً لقرار وزير الأوقاف وذلك في المواد ٤، ٧، ١٠. والملاحظ على هذه المواد هو عدم ترتيبها فلم تجمع في صعيد واحد ولم تجمع تحت عنوان واحد على الرغم من أنها تنظم موضوعاً واحداً.

### لحقوق المعتكر على ثمن الأرض والبناء أو الغراس:

وفقاً لنص المادة ٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، إذا انتهى حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف، فإن المعتكر يختص بربع ثمن الأرض المنهي الحكر عليها بالإضافة إلى الأقل من ثمن البناء أو الغراس المستحق الإزالة أو البقاء، وهذا الحكم المتعلق بالبناء أو الغراس يشابه الحكم الوارد في نص المادة ١٠١٠ من القانون المدني المصري والفرق بينهما أن هذا الحكم ينطبق إذا صدر قرار وزير الأوقاف بإنهاء الحكر ولا يجوز الاتفاق على خلافه، أما في القانون المدني فإنه ينطبق عند فسخ عقد الحكر أو انتهائه وفقاً لنصوص القانون المدني ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره، فمجال تطبيق كل من النصين مختلف، ولذلك لا تناقض بينهما.

### بد حق المعتكر في العلم بإنهاء حق حكره على الأرض الموقوفة:

وفقاً لنص المادة ٣ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، «إذا صدر قرار من وزير الأوقاف بإنهاء حكر على عين موقوفة مشغولة ببناء أو غراس، فإنه يجب أن ينشر هذا القرار في جريدة الوقائع المصرية وفي جريدتين يوميتين ويلصق لمدة أسبوع على العقار، ويعلن المعتكر أو واضع اليد الظاهر بقرار



الانتهاء، ويجب أن يتضمن الإعلان اسم الوقف مالك الرقبة والمحتكر طبقاً لما هو ثابت في سجلات الأوقاف مع بيان العقار ومساحته ومنطقة الأوقاف التابع لها.

وهذا الحق الذي أعطاه المشرع للمحتكر الغرض منه تمكينه من اتخاذ الإجراءات التالية على إنهاء الحكر التي تضمن له الحصول على حقوقه الأخرى حيث إن هذه الإجراءات مرتبطة بمدة معينة تالية على تاريخ نشر قرار إنهاء الحكر.

والعجيب في الأمر أن هذا الإجراء الوارد في المادة ٣ في القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، على الرغم من خطورته، لم يبين المشرع جزاء عدم القيام به، وهل هو أمر اختياري أم إجباري يقع على عاتق وزير الأوقاف؟! وصياغة المادة بهذه الطريقة تفتح المجال أمام الاجتهاد في تفسيرها بكافة الوجوه، ومن شأن هذا الأمر أن يضيع حقوق المحتكر المترتبة على نشر هذا القرار، فيستطيع وزير الأوقاف وفقاً لهذه المادة ألا ينشر القرار الصادر بإنهاء الحكر؛ وبالتالي لا يستطيع المحتكر بعد ذلك المطالبة بحقوقه المترتبة على ذلك، أو ينشر القرار في أي وقت يعن له، وفي هذا خطورة كبيرة أن تمتد المدة بين صدور القرار بإنهاء الحكر، ونشر القرار، وإعلان المحتكر به، إلى عشرات السنين فتضطرب المعاملات ويصبح حق الحكر غير واضح إنتهائه من بقائه.

وأرى ضرورة أن يتدخل المشرع فيحدد مدة زمنية ينشر فيها القرار الصادر بإنهاء الحكر، ويعلن هذا القرار إلى المحتكر، كما يجب أن يضع جزاء يترتب على عدم نشر هذا القرار في هذه المدة وهو أن يبطل القرار، ويعتبر كأن لم يكن حتى تستقيم النصوص المترتبة على هذا النشر.

**ج- حق المحتكر في فرز حصة له من الأرض تعادل التعمير المقرر له:**

وفقاً للمادة ٤ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، «يحق للمحتكر وكل ذي شأن أن يتقدم خلال شهرين من تاريخ نشر قرار إنهاء الحكر في الوقائع المصرية إلى منطقة الأوقاف المصرية التابع لها العقار ببيان على

الأنموذج المعد لذلك يشتمل على اسمه وصناعته وبيان العقار وما عليه من بناء أو غراس وحقوقه على العقار ورغبته في فرز حصة له تعادل التعويض المقرر له أو استبدال باقي الأرض، ويرفق بهذا البيان المستندات المثبتة لحقه.

وأرى أن هذه المادة بهذه الصياغة يشوبها الغموض وعدم التنظيم من عدة وجوه وذلك على النحو التالي:

فمن جهة، منحت هذه المادة حق استبدال حصة مفرزة في الأرض أو كل الأرض للمحتكر (وكل ذي شأن) ولم تبين المادة ما المقصود بهذا الاصطلاح؟! وهو اصطلاح عام ومرن يتعلق بأمر هام محدد يحتاج إلى التحديد وقد زادت المذكرة الإيضاحية هذا الاصطلاح غموضاً حينما فسرتة بأنه (كل ذي مصلحة)<sup>(١)</sup>، وبالتالي يمكن أن يفسر هذا الاصطلاح بأنه الخلف العام أو الخاص أو دائن المحتكر، ويمكن أن يفسر أيضاً بأنه واضع اليد الظاهر على الأرض محل الحكر.

ومن جهة أخرى وضعت هذه المادة المحتكر وكل ذي شأن على قدم المساواة في ممارسة هذا الحق، ولم تبين المادة ما الحكم إذا تقدم المحتكر وغيره من ذوي الشأن مطالبين في نفس الوقت بحقوقهم في استبدال حصة مفرزة تعادل التعويض المقرر للمحتكر أو استبدال باقي الأرض؟!.

ومن جهة ثالثة سياق هذه المادة يتعلق بتنظيم حق المحتكر في إبداء رغبته في فرز حصة له في الأرض تعادل التعويض المقرر له، وكان الأفضل أن تقتصر على ذلك، لكن المشرع في عجز المادة قد أضاف جملة في غير محلها وهي حق المحتكر أو كل ذي شأن في استبدال باقي الأرض، وهذا موضوع آخر عاد المشرع إلى تنظيمه في مادة أخرى، وهي المادة ٧ من نفس القانون.

---

(١) المذكرة الإيضاحية، القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، ص ١٩١.  
وقد فسر البعض هذا الاصطلاح بأنه: (كل من حدث له تعرض من صدور القرار الإداري على ملكه) ولم يبين سند تفسيره هذا.  
راجع: د. عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكام والنظام القانوني لأملاك الدولة الخاصة ونزع الملكية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، ط ٣، سنة ١٩٩٧م، منشأة المعارف، ص ١٤٧.

وأرى أن يعدل هذا النص بأن يقتصر هذا الحق على المبتكر وورثته الذين انتقل لهم حق الحكر بعد وفاته وواضع اليد الظاهر وأن يحذف عبارة أو اصطلاح (كل ذي شأن)، كما تحذف (أو استبدال باقي الأرض).  
**د حق المبتكر في استبدال باقي الأرض بثمن نقدي:**

تنص المادة ٧ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، على أنه: «يجوز للمبتكر أن يطلب استبدال ثلاثة أرباع الأرض التي اختص بها الوقف بما يقابلها من الثمن الذي قدرته اللجنة المنصوص عليها في المادة الخامسة وذلك بشرط أن يبدي رغبته في الاستبدال خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار اللجنة إذا صدر في حضوره أو من تاريخ إعلانه إذا صدر في غيبته، وإذا تم الطعن في قرار اللجنة فيتم تسوية باقي مستحقات كل من الوقف مالك الرقبة والمبتكر وفقاً لما يصدر به الحكم النهائي طبقاً للقواعد التي وضعها مجلس إدارة الهيئة».

مقتضى هذه المادة أنه يجوز للمبتكر أن يستبدل ثلاث أرباع الأرض التي اختص بها الوقف ويقصد بالاستبدال أن يحتفظ بها مقابل أن يدفع ثمنها الذي قدرته اللجنة، فالاستبدال بالنسبة للوقف يشبه البيع بالنسبة لغير الوقف، وذلك إذا أبدى رغبته في الاستبدال خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بقرار اللجنة القضائية.

وهذه المادة مرتبطة بالمادة ٤ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، التي أعطت للمبتكر الحق في فرز حصة له في الأرض تعادل التعويض المقرر له أو استبدال باقي الأرض. وأرى أن ينظم موضوع الاستبدال بالنسبة للمبتكر في مادة واحدة لأن تنظيمه في مادتين متباعدتين يوحي بأنهما موضوعين مختلفين. ولم تبين المادة ٧ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، الحكم إذا أعلن المبتكر رغبته في استبدال ثلاث أرباع الأرض التي اختص بها الوقف ولم يعلن رغبته في فرز حصة له في الأرض تعادل التعويض المقرر له، ويعني آخر إذا فضل المبتكر أن يأخذ ثمنًا نقديًا مقابل حصته في الأرض وهي الربع، في حين فضل أن يستبدل ثلاث أرباع الأرض بثمن نقدي أو العكس إذا فضل

أن يحتفظ بربع الأرض في حين فضل أن يتخلى عن الاحتفاظ بثلاثة أرباع الأرض، والحكم في هذه الحالة يخضع للقواعد العامة التي تقضي بأن المال الموقوف محل الحكر سيكون شائعاً بين المحتكر وبين جهة الوقف، وفي هذا إضرار بالوقف نظراً للمشكلات التي يثيرها الشيوع الناجمة عن تعارض رغبات المشتاعين وصعوبة تطبيق القواعد التي تحكم هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

وترتبط بالمادة ٧ المادة ١٠، ١١ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، لأنهما خاصتان بموضوع الاستبدال ومع ذلك باعد المشرع بينهما وفصل بين المواد المنظمة لاستبدال المحتكر بالعمارة كالمواد الخاصة بحق هيئة الأوقاف الاحتفاظ بالعمارة، وهذا يعتبر عيباً في الصياغة التشريعية يتعلق بحسن ترتيب المواد الذي مقتضاه أن تجمع المواد التي تنظم موضوعاً واحداً في صعيد واحد مرتباً ومتسلسلاً لا يفصل بينها فاصل.

أما عن المادة ١٠ فتتضمن على أنه: «إذا قبل المحتكر أو المنتفع الظاهر الاستبدال فيوقف تحصيل مقابل الانتفاع من تاريخ سداد الثمن، أما إذا كان البيع مقسماً فيزداد الثمن وتقسط الزيادة مع الأقساط وفقاً للقواعد التي يضعها مجلس إدارة الهيئة».

ومقتضى هذه المادة أنه إذا تم الاستبدال بناء على رغبة المحتكر - ويأخذ حكمه وفقاً لنص المادة المنتفع الظاهر الذي آل إليه الانتفاع بالعمارة محل الحكر باعتباره من ذوي الشأن الذين سمحت لهم نصوص هذا القانون استبدال الأرض محل الحكر - مقابل ثمن نقدي، هذا الثمن إذا دفع دفعة واحدة فإن المحتكر أو المنتفع الظاهر من تاريخ سداد هذا الثمن يتوقف عن دفع مقابل الانتفاع الذي هو عادة أجرة المثل، أما إذا كان الثمن مقسماً فيزداد الثمن مقابل التقسيط وتقسط الزيادة مع الأقساط وفقاً للقواعد التي يضعها مجلس إدارة هيئة الأوقاف.

(١) راجع في مشكلات الشيوع:

د. أيمن سعد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م، ص ٧ وما بعدها.

ويتم الاستبدال بالتوقيع على العقد من وزير الأوقاف أو من ينيه في ذلك ويشهر العقد (مادة ١١ من قانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م)، ولم تبين هذه المادة قيمة الشهر، وهل عقد الاستبدال عقد شكلي مثله مثل الحكر؟ أم أنه عقد رضائي؟ وأرى أن عقد الاستبدال عقد شكلي لا ينعقد إلا إذا تم بالشكل الذي نص عليه القانون ولا ينقل الحق العيني إلى المحتكر إلا بالشهر قياساً على عقد الحكر باعتبار أن عقد الاستبدال ينصب على أرض محكرة، وهو أشد جسامة من عقد الحكر، حيث الأول يعطي المحتكر حقاً عينياً أصلياً ولكنه مؤقتاً، وأما الثاني فهو شبيه بالبيع تنتقل على أثره ملكية العقار محل الحكر للأبد إلى المحتكر أو المنتفع الظاهر.

**تعارض حق المحتكر في الاستبدال مع حق هيئة الأوقاف في الاحتفاظ بالعقار كله:**

وإذا كانت المادة ٧ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، قد أعطت المحتكر الحق في استبدال ثلاث أرباع الأرض الموقوفة بالإضافة إلى المادة ٤ التي أعطته الحق في الاحتفاظ بحصة مفرزة تعادل ربع قيمة الأرض، فإن المادة ٨ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، قد جاءت فقضت على هذه الأحكام ومحتها محوياً حين منحت هيئة الأوقاف في نفس الوقت الحق في الاحتفاظ بالعقار كله إذا رأت المصلحة في ذلك.

فقد نصت المادة ٨ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، على أنه: «لهيئة الأوقاف المصرية الحق في الاحتفاظ بالعقار كله إذا رأت المصلحة في ذلك مع صرف ربع ثمن الأرض وقيمة البناء أو الغراس للمحتكر وذلك وفقاً للقيمة التي قدرتها اللجنة المشار إليها في المادة الخامسة على أن تبدي الهيئة رغبتها في ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صيرورة قرار اللجنة نهائياً» ومقتضى هذه المادة أنه يحق لهيئة الأوقاف أن تحتفظ وحدها بالعقار كله إذا رأت المصلحة في ذلك، وهي وحدها التي تقدر هذه المصلحة مع صرف رفع ثمن الأرض وقيمة البناء أو الغراس للمحتكر.

ولم تذكر هذه المادة حقوق الوقف مالك الرقبة في هذه الحالة الذي يختص وفقاً لنص المادة الثانية من قانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، بثلاثة أرباع ثمن

الأرض في حالة إنهاء المحكر بقرار من وزير الأوقاف.

ولم تبين هذه المادة الحكم إذا تعارضت رغبة هيئة الأوقاف في الاحتفاظ بالعقار كله مع رغبة المحكر في استبدال العقار كله أو جزء منه أيهما يقدم على الآخر، كما أن هذه المادة قد أعطت للهيئة مدة لإبداء رغبتها في الاحتفاظ بالعقار وهي مدة ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار اللجنة نهائياً أي بعد مرور مدة الطعن في قرارها، أو ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره دون طعن، أو بصدور حكم نهائي في الطعن في قرارها من المحكمة الابتدائية، هذه المدة أطول بكثير من المدة التي أعطتها المادة ٧ للمحكر لإبداء رغبته في طلب استبدال ثلاثة أرباع الأرض وهي ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار اللجنة، إذا صدر في حضوره، أو من تاريخ إعلانه به إذا صدر في غيبته (المادة ٧ من قانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م).

كما تخالف المدة المقررة للمحكر ولكل ذي شأن التي يتقدم خلالها برغبته في فرز حصة له في الأرض أو استبدال باقي الأرض وهي شهران من تاريخ نشر قرار إنهاء المحكر (المادة ٤ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م)، وخطورة التناقض في هذه المدد تكمن في عدم وضوح الحل إذا أبدى المحكر رغبته في استبدال كل الأرض في المدة المقرر له، ثم رأت هيئة الأوقاف المصرية الاحتفاظ بالعقار كله في المدة المقررة لها؛ وهي مدة تكون عادة أطول من المدة المقررة للمحكر، فمن منهما عندئذ يحق له الاحتفاظ بالعقار كله؟!

وأرى، أن هذا التضارب في الأحكام السابقة لا يزيله سوى تدخل المشرع بتعديل هذه النصوص ووضع نص يبين فيه الحكم في حالة تعارض رغبة المحكر في استبدال العقار كله مع رغبة هيئة الأوقاف المصرية الحق في الاحتفاظ بالعقار كله، وأن توحد مدة إبداء رغبة كل منهما، وأن تبدأ هذه المدة من تاريخ صيرورة قرار اللجنة نهائياً، وأن يفضل منهما من يبدي رغبته قبل الآخر.

### ثالثاً: الجهة المختصة بالفصل في منازعات إنهاء العكر(١):

تنص المادة ٥ من قانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، على أنه: «تشكل لجنة قضائية بكل منطقة من رئيس محكمة يندبه وزير العدل تكون له الرئاسة ومن أربعة أعضاء يمثلون كلا من الملكية العقارية والشئون القانونية بهيئة الأوقاف المصرية والهيئة المصرية للمساحة والشهر العقاري بحيث لا تقل درجة كل منهم عن الدرجة الثانية، وتختار كل جهة من يمثلها وتختص هذه اللجنة دون غيرها بما يأتي:

- ١- تحديد المحتكر أو المنتفع الظاهر للأراضي الذي انتقل إليه حق الحكر من المحتكر أو خلفه.
  - ٢- تقدير ثمن الأرض.
  - ٣- تقدير ثمن ما على الأرض من بناء أو الغراس وفقاً لما تقضي به المادة ١٠١٠ من القانون المدني.
  - ٤- فرز حصة للمحتكر من الأرض تعادل التعويض المقرر له إذا كانت الأرض تقبل القسمة عينياً.
  - ٥- الفصل في كافة المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون.
- وللجنة في سبيل أداء مهمتها فحص وتحقيق المستندات، وسماع أقوال من ترى ضرورة لسماع أقوالهم، ولذوي الشأن أن يحضروا أمام اللجنة بأنفسهم أو ينيبوا عنهم محامياً في الحضور، وللجنة الاستعانة بمن ترى الاستعانة بهم من العاملين الفنيين والإداريين أو غيرهم من ذوي الخبرة. ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور رئيسها وثلاثة من أعضائها على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية المطلقة وتكون مسببة. ويعلن ذو الشأن ورئيس هيئة الأوقاف المصرية بقرارات اللجنة خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ صدورها.
- وتبين اللائحة التنفيذية للقانون الإجراءات الواجب اتباعها أمام اللجنة
- للفصل في الموضوعات التي تعرض عليها»

(١) راجع في هذا الموضوع: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٦١.

أول ما يلاحظ على هذه المادة هو طولها، وكثرة المسائل التنظيمية التي اهتمت بتقنينها، والأفضل أن يكون تنظيم هذه المسائل في اللائحة التنفيذية وليس في التشريع.

ومقتضى هذه المادة أن المشرع قد خول اللجنة القضائية المشكلة بها اختصاصاً قضائياً قد قصره على المسائل الواردة في المادة<sup>(١)</sup>.

وهذه المسائل يجمعها أنها منازعات ترمي إلى تحديد حقوق كل من الوقف مالك الرقبة والمحتكر المترتبة على قرار إنهاء الحكر<sup>(٢)</sup>.

واللجنة المشكلة للفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، جلها من الموظفين الإداريين، ولا يوجد قاض بها إلا رئيسها، وهو رئيس محكمة يندبه وزير العدل للقيام بهذه المهمة، واثنان من أعضاء اللجنة من هيئة الأوقاف المصرية أحدهما يمثل الملكية العقارية والآخر يمثل الشئون القانونية، واثنان آخرين أحدهما يمثل الهيئة المصرية العامة للمساحة، والآخر يمثل مصلحة الشهر العقاري، وتختار كل جهة من يمثلها بشرط ألا يقل درجة كل عضو عن الدرجة الثانية.

وأرى أن تشكيل اللجنة على هذا النحو قد يخل بمبدأ حياد القاضي؛ لأن هيئة الأوقاف قد تكون خصماً، بل غالباً ما تكون خصماً، في المنازعات التي تعرض على اللجنة وليس من الحيدة في شيء أن يفصل في هذه المنازعات اثنان من أعضاء الهيئة فتصبح الهيئة خصماً وحكماً في نفس الوقت.

كما أن هذه اللجنة لا يتوفر لها من الضمانات ما يجعلها مستقلة في اتخاذ قراراتها؛ لأن تشكيل أعضائها يكون من كل جهة ممثلة بقرار من رئيسها، وليس هناك معيار واضح لاختيار هؤلاء الأعضاء سوى شرط ألا تقل درجة كل منهم عن الدرجة الثانية.

(١) نقض مدني، طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٦٢ق، جلسة ٢٠٠٣/١/١٦م، الموسوعة

الماسية، الإصدار المدني، ج ٦، ص ٧٠٣.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، قوانين الوقف والحكر والقرارات التنفيذية، المطابع الأميرية، ط ٤، سنة ٢٠٠٤م، ص ١٩١.



كما أن هذه اللجنة لا تتقيد بقواعد قانون المرافعات<sup>(١)</sup>، حيث نصت المادة ٦ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، على أنه: «لذوي الشأن ورئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف الطعن في قرارات اللجنة القضائية المنصوص عليها في المادة السابقة أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها.

ويكون الحكم الصادر في الطعن من المحكمة الابتدائية نهائياً غير قابل للطعن بأي وجه من أوجه الطعن».

ومقتضى هذه المادة أن الطعن في قرارات هذه اللجنة يكون أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها، ويكون الحكم الصادر في الطعن من المحكمة الابتدائية نهائياً غير قابل للطعن بأي وجه من أوجه الطعن. وهذا يعني أن الفصل في المنازعات المتعلقة بإنهاء الحكر وفقاً لقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، يكون بنظام التقاضي على درجة واحدة، وذلك استثناء من القاعدة العامة التي تقضي أن التقاضي يكون على درجتين، ولعل الحكمة من هذا الاستثناء أن المشرع حرص على إنهاء الحكر بأسرع وقت ممكن، وعلى ضوء إجراءات ميسرة للفصل في الحقوق المتعلقة بها وتسويتها نهائياً، لكن من جهة أخرى قد يخل هذا الحكم بمبدأ المساواة بين

---

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه: «مفاد نصوص المواد ٥، ٦، ١٢، من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ في شأن إنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة أن المشرع قد حوّل اللجنة القضائية في المسائل الميئة بها ومن بينها تقدير ثمن الأرض والفصل في كافة المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون.

ولم يستثن من الخضوع لأحكامه سوى الأحكام التي صدرت قراراتها نهائياً وتمت إجراءاتها نهائياً وقام المحتكر بسداد الثمن أو معجلة وذلك قبل العمل بأحكام هذا القانون، كما تختص المحكمة الابتدائية بنظر الطعون التي تقدم إليها من ذوي الشأن ورئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية في قرارات اللجنة القضائية، فولايتها إذا مقصورة على النظر فيما إذا كان قرارات اللجنة سالفة الذكر قد صدرت وفقاً لأحكام ذلك القانون أو بالمخالفة له وحكمها في هذا الشأن يكون نهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف طالما أنه لم يتجاوز هذا النطاق»، (نقض مدني ١٠/٦/١٩٩٣، الطعن ١٣٧٤ لسنة ٥٩ق)،

الموسوعة الماسية، الجزء السادس، ص ٦٩٩.

المواطنين أمام القانون وهذا ما دعا البعض إلى الطعن بعدم دستورية هذه المادة، لكن المحكمة الدستورية العليا قد حكمت برفض الدعوى واعتبار نص المادة ٦ مطابقاً للدستور لتحقيق المصلحة العامة<sup>(١)</sup>.

(١) فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه: «وحيث إن هذا النعي مردود، بما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن قصر حق التقاضي في المسائل التي فصل فيها الحكم على درجة واحدة، هو مما يستقل المشرع بتقديره، براعاة أمرين: أولهما أن يكون هذا القصر قائماً على أسس موضوعية تملئها طبيعة المنازعة، وخصائص الحقوق المثارة فيها. ثانيهما: أن تكون الدرجة الواحدة محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من حيث تشكيلها وضمائنها والقواعد المعمول بها أمامها، وأن يكون المشرع قد عهد إليها بالفصل في عناصر النزاع جميعها - الواقعية منها والقانونية - فلا تراجعها فيما تخلص إليه من ذلك، جهة أخرى. وعلى نقض ما تقدم، أن يفهم المشرع، محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي للفصل في مسائل القانون المرتبطة بنزاع معين، تعقيباً من جهتها على قرار أصدرته جهة إدارية عند فصلها فيه، إذا يعتبر ذلك إنكاراً لحق التقاضي المذكور بنص المادة الثامنة والستين من الدستور، باعتبار أن الفصل في عناصر النزاع الواقعية، عائد إلى جهة إدارية تتوافر أمامها وبالضرورة مقومات التقاضي وضمائنه الرئيسية؛ متى كان ذلك، وكان المشرع قد أنشأ بالمادة ٥ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، بإنهاء الأحكام على الأعيان الموقوفة، لجنة قضائية في كل منطقة يرأسها رئيس محكمة ويمثل أعضاها موظفون عن الجهات الإدارية التي عينتها فقرتها الأولى، واختصها بالفصل في كافة المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون، مخولاً إياها في سبيل أداء مهمتها فحص الأوراق وتحقيقها، وأن تستعين في عملها بمن تراه من العاملين الفنيين والإداريين وغيرهم من أهل الخبرة؛ وكان لا يجوز لها - وعملاً باللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادر بها القرار رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م، - أن تباشر ولايتها هذه، إلا بعد إخطار ذوي الشأن بموعد انعقادها، ومكانه، ووقته، وذلك بموجب خطاب مسجل، وقبل الجلسة المحددة بخمسة عشر يوماً على الأقل، على أن يكون لهؤلاء حق الحضور أمامها بأنفسهم، وأن ينيبوا عنهم في الحضور من يختارونه من المحامين؛ وكان لا يجوز كذلك أن يكون انعقادها صحيحاً، إلا بحضور رئيسها وثلاثة من أعضائها على الأقل، مع جواز الطعن في قراراتها أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها؛ وكان المشرع من خلال هذا التنظيم وحتى لو صح القول بانتفاء الصفة القضائية عن أعمال اللجان القضائية التي أنشأها - قد عهد إلى المحكمة الابتدائية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٦ من القانون بالفصل في الطعون التي تقدم إليها عن قرارات هذه اللجان؛ وكان تشكيلها واستغلالها كاشفين عن حديثها عن الفصل في هذه الطعون، ومؤديين إلى غيريتها في مواجهة أطرافها؛ وكان نظرها لتلك الطعون يبلور الحق في الدعوى كرابطة قانونية تتمتع الخصومة القضائية من خلالها، بوصفها الوسيلة التي عينها المشرع لاقتضاء الحقوق المدعى بها، وعلى =

## المطلب الثالث

انتهاء جميع الأحكام وفقاً لقرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م

تمهيد وتقسيم:

لم تفلح التشريعات الخاصة التي صدرت تباعاً منذ ١٩٥٢م إلى ١٩٨٢م،

- والتي سبق أن عرضناها التفصيل - في إنهاء جميع الأحكام على الأراضي الموقوفة، وإنما بقيت هذه الأحكام رغم سعي المشرع سعياً حثيثاً للقضاء عليها، ولعل السبب في ذلك هو طول مدة الحكر، ووقوعه على أراضي متميزة في مواقعها إذا كانت معدة للبناء، وفي خصوصيتها إذا كانت

=ضوء قواعد قانونية لا يخل تطبيقها بضمانات التقاضي، ولا بالأسس الموضوعية التي يقتضيها الفصل فيها، فإن الأحكام التي تصدرها المحكمة الابتدائية فيما يعرض عليها من تلك الطعون، تؤكد الحقيقة القانونية التي تفرض نفسها على كل من أزمه المشرع بها، بافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة، ولا إخلال في ذلك بحق التقاضي، بل هو إرساء لمضمونه، بما يكفل الأغراض التي توخاها.

ولا ينال من ذلك، ما قرره المدعي من أن الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، - المطعون عليها - تناقض نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨ من الدستور التي حظر بموجبها إسباغ الحصانة من رقابة القضاء، على الأعمال والقرارات الإدارية؛ ذلك أن من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن ما تعنيه هذه الفقرة، هو ألا تكون النصوص التشريعية حائلاً بين الأفراد والدفاع عن حقوقهم أو حرياتهم بمنعهم من اقتضاها من خلال الخصومة القضائية، لرد العدوان عنها. ولا كذلك قصر التقاضي على درجة واحدة في المسائل التي فصل الحكم فيها. وحيث إن ما ينهه المدعيان من إخلال النص المطعون فيه بمبدأ تكافؤ الفرص التي تتعهد الدولة بتقديمها، وأن إعماله يقع عند تزاممهم عليها، وأن الحماية الدستورية لتلك الفرص غايتها تقرير أولوية في مجال الانتفاع بها لبعض المتزاحمين على بعض، وهي أولوية تتحدد وفقاً لأسس موضوعية، يقتضيها الصالح العام، ولازمها أن يعامل المتزاحمون عليها الذين تماثل - في إطار هذه الأسس الموضوعية وعلى ضوئها - مراكزهم القانونية، معاملة موحدة، وكان النص المطعون فيه لا يتعلق بفرض قائمة يجري التزاحم عليها، فإن إعمال مبدأ تكافؤ الفرص - في مجال تطبيق هذا النص - يكون منتقياً، متى كان ذلك، وكان النص المطعون فيه لا يتعارض مع أحكام الدستور من أوجه أخرى. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعين المصروفات، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

الجريدة الرسمية، العدد ٥١ في ٢١/١٣/١٩٩٥م.

زراعية؛ لأنها أراضي موقوفة وأصحاب الأوقاف في مصر أناس أثرياء يملكون أثنى الأراضي وأميزها، ولذلك نمت الأحكار وتوغلت وأقيم من خلالها مبان كثيرة معظمها عشوائية، يصعب إزالتها، وسكنت في تلك المباني أسر توارثت أجزاءها الجليل تلو الآخر، ولذلك لم تفلح نصوص القانون المدني ولا التشريعات الخاصة في القضاء على الأحكار بصفة نهائية، وما زالت منتشرة في كل ربوع مصر.

ولم يجد وزير الأوقاف بدءاً من القضاء على هذه الأحكار سوى أن يصدر قراراً بإنهائها جميعاً دفعة واحدة، وبالفعل أصدر هذا القرار سنة ٢٠٠٩م، برقم ٢٠٢<sup>(١)</sup>، ثم أصدر رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية منشوراً لتنفيذ هذا القرار عقب صدوره وهو المنشور رقم ١٤ في ٢٠٠٩/١٢/٢م<sup>(٢)</sup>، ولكن هذا القرار قرار وزازي يجب حتى يكون مشروعاً أن يتفق مع التشريعات الأعلى منه مرتبة والتي صدرت في ضوئها، وعلى الخصوص نصوص القانون المدني المنظمة للحكر، ونصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، المنظم لمسألة إنهاء الحكر<sup>(٣)</sup>. وسوف نبحث في هذا المطلب هذا القرار ونبين مدى مشروعيته في ضوء تلك النصوص وذلك على النحو التالي:

أولاً: نص قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، بإنهاء الحكر.  
ثانياً: مدى اتفاق قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، مع نصوص القانون المدني.  
ثالثاً: مدى اتفاق قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، مع نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م.

- 
- (١) انظر صورة من هذا القرار في ملاحق هذا البحث.
  - (٢) انظر صورة من هذا المنشور في ملاحق هذا البحث.
  - (٣) انظر في مدلول تدرج القواعد القانونية: بحث قيم للدكتور/ سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٨٦، ص ٦٦ وما بعدها.

## أولاً- نص قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م:

يتكون قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، من أربعة مواد تنص المادة الأولى منه على أنه: «يعتبر منتهياً بسبب انتهاء مدة الستين عاماً المنصوص عليها في القانون المدني كل حق حكر كان مرتباً على أرض الوقف الخيري وذلك في الرابع عشر من أكتوبر سنة ٢٠٠٩».

وتنص المادة الثانية على أنه: «تلتزم هيئة الأوقاف المصرية بوضع القواعد المنظمة لإنهاء الأحكام طبقاً لهذا القرار والقانون المدني».

وتنص المادة الثالثة على أنه: «على الجهات المختصة تنفيذ هذا القرار كل فيما يخصه ويبلغى ما يخالف ذلك من قرارات».

وتنص المادة الرابعة على أنه: «ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية».

وقد صدر منشور عام رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٩م، من رئيس مجلس إدارة الأوقاف المصرية وذلك في ٢/١٢/٢٠٠٩م، لتنفيذ هذا القرار وتضمن هذا المنشور خمسة بنود على النحو التالي:

(١) اعتبار جميع الأحكام منتهية بقوة القانون اعتباراً من

١٤/١٠/٢٠٠٩م.

(٢) استمرار عمل اللجان القضائية المشكلة طبقاً لأحكام القانون ٤٣

لسنة ١٩٨٢ من وتختص بالآتي:

(أ) تحديد المحتكر أو المنتفع الظاهر الذي آل إليه الحكر بالميراث أو

بالشراء من المستحكر أو ورثته، وتقدير ثمن الأرض أو ثمن البناء

أو الفراس وذلك للأحكام التي كانت معروضة على اللجنة

القضائية قبل عام ٢٠٠٨م.

(ب) تحديد المحتكر أو المنتفع الظاهر الذي آل إليه الحكر بالميراث أو

الشراء من المستحكر أو ورثته، وتقدير ثمن الأرض أو البناء أو

الفراس وذلك عند المنازعة للأحكام التي لم تعرض من قبل

على اللجنة القضائية.

٣- يستحق الوقف الخيري ثمن الأرض كاملاً، ويستحق المستحكر

ثن البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقي الإزالة أو البقاء وذلك للأحكار التي لم تعرض من قبل على اللجنة القضائية.

٤- على جميع المناطق فتح سجل جديد من الأحكار التي يتقدم أصحابها بمستنداته للمنطقة التابع لها الحكر وبحثها وتجهيز المستندات وعرضها على العضو القانوني قبل عرضها على اللجان القضائية.

٥- يعمم هذا المنشور على جميع المناطق لتنفيذه بكل دقة. هذا القرار وذاك المنشور يتعلقان بمسألة إنهاء الحكر وهي المسألة المنظمة بنصوص القانون المدني وبنصوص التشريعات الخاصة - والتي سبق أن رأيناها - وحتى يكون هذا القرار مشروعاً لا بد ألا يتعارض مع تلك النصوص؛ وذلك وفقاً لمبدأ التدرج التشريعي الذي يقضي بأن التشريع الأدنى مرتبة لا يجوز أن يخالف التشريع الأعلى مرتبة، وإذا اعتبرنا القرار الوزاري بمثابة لائحة فلا يجوز أن تخالف هذه اللائحة نصوص التشريع التي تصدر تنفيذياً له.

وسوف نبحث في الفقرات التالية مدى اتفاق هذا القرار مع نصوص القانون المدني، ومدى اتفاه على نصوص التشريعات المرتبطة بها.

**ثانياً مدى اتفاق قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، مع نصوص القانون المدني:**

تنص المادة ٩٩٩ من القانون المدني المصري على أنه: «لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة».

وتنص المادة ١٠٠٨/١ من القانون المدني المصري على أنه: «ينتهي حق الحكر بحلول الأجل المعين له».

هاتان المادتان مرتبطتان بالمادة الأولى من قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، والتي تنص على أنه: «يعتبر متتهياً بسبب انتهاء مدة الستين عاماً المنصوص عليها في القانون المدني كل حق حكر كان مرتباً على أرض الوقف الخيري، وذلك في الرابع عشر من أكتوبر سنة ٢٠٠٩م».

وأرى أن قرار الوزير قد فسر نصوص القانون المدني المتعلقة بتحديد مدة

الحكر تفسيراً غريباً لم يقصده المشرع، ولم يقل به أحد من الفقهاء، ولم تقض به أي جهة قضائية طبقاً هذه النصوص<sup>(١)</sup>.

فقرار وزير الأوقاف فسر نصوص القانون المدني على النحو التالي:  
أن مدة الأحكار كلها هي ستين عاماً من تاريخ العمل بالقانون المدني الذي صدر في ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ وأعمل به اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ م، حيث قرر وزير الأوقاف انتهاء جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة في الرابع عشر من أكتوبر سنة ٢٠٠٩ م، أي بعد مرور ستين سنة، بالضبط، من تاريخ العمل بالقانون المدني ولم ينص القانون المدني على ذلك! بل إن التفسير المنطقي المستقر فقهاً وقضاءً<sup>(٢)</sup> هو أنه لا يجوز أن تزيد مدة الحكر على الأرض الموقوفة بعد العمل بنصوص القانون المدني على ستين سنة، وإذا كانت مدة الحكر أكثر من ستين سنة قبل العمل بنصوص هذا القانون أو أغفل تعيين المدة؛ اعتبرت مدة الحكر ستين سنة، وتحسب مدة الحكر التي لا تزيد على ستين سنة، من تاريخ الاتفاق عليه، وليس من تاريخ العمل بنصوص القانون المدني، فلا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة أي ألا تتجاوز مدته سنة ٢٠٧٠ م، وإذا اتفق على حكر في سنة ٢٠٠٠ م، فلا يجوز أن تتجاوز مدته سنة ٢٠٦٠ م، وهكذا...

إذن يعتبر قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ م، مخالفًا لنصوص القانون المدني.

**ثالثاً: مدى اتفاق قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ م، مع نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م:**

يرتبط قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ م بنص المادة الثانية من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ وهو التشريع الخاص المعمول به منذ صدوره حتى الآن في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة، ولاشك أن هذا التشريع يعلو في مرتبته وقوته الإلزامية من قرار الوزير، وبالتالي لا يجوز لهذا

(1) راجع في نطاق اللائحة: د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

(2) راجع ما سبق، ص ٣٠ وما بعدها.

الأخير أن يخالفه<sup>(١)</sup>.

وقد منحت المادة الثانية من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، الحق لوزير الأوقاف في أن يصدر قراراً ينهي حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس وذلك دون أن يستند في قراره على مصلحة أو ضرورة، ويختص الوقف مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحتكر بباقي ثمنها، وذلك بالإضافة إلى الأقل من ثمن الغراس أو البناء مستحق الإزالة أو البقاء، وقد تبع هذه المواد - كما سبق وأن رأينا<sup>(٢)</sup> - تنظيم مسألة انتهاء حق الحكر على العين الموقوفة وهي نصوص تنظم موضوع انتهاء حق الحكر بطريقة فردية حيث ورد في هذا القانون اصطلاحات (يعتبر حق الحكر منتهياً) أو (ينتهي حق الحكر) أو (حق الحكر) أو (إنهاء الحكر) مما يدل على أن هذا القانون ينظم إنهاء الأحكار بطريقة فردية حكراً حكراً، ولا يمنح وزير الأوقاف الحق في إصدار قرار ينهي جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة دفعة واحدة، كما فعل في قرار ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م.

ولو أراد المشرع ذلك لنص على ذلك ولمنح وزير الأوقاف هذه السلطة والتي لا يجوز أن يمارسها إلا استناداً على نص.

والدليل على ذلك أن المشرع حينما أراد منح وزير الأوقاف هذه السلطة نص على ذلك، في أحد التشريعات الملغية المنظمة لإنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة، وهو قانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠م، حيث نظم إنهاء جميع الأحكار خلال مدة لا تزيد على خمس سنوات من تاريخ العمل به، بالإضافة إلى منحه وزير الأوقاف سلطة إصدار قرارات بإنهاء الأحكار حكراً حكراً بطريقة فردية إذا اقتضت المصلحة ذلك، ولم يفلح هذا القانون في

---

(١) د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٥٦، حيث بين سيادته في الموضوع السابق (أن دور اللائحة يقتصر على ضمان تنفيذ القوانين، وذلك بتناول التفصيلات والجزئيات والمسائل الفرعية اللازمة لتنفيذ القانون الذي يرى تركها لللائحة، وفي هذه الحالة فإن الموضوعات التي تدخل في نطاق السلطة اللائحية تتطابق مع الموضوعات التي تدخل في نطاق القانون ذاته).

(٢) راجع ما سبق، ص ٧٣.



القضاء على جميع الأحكار وفقاً لهذه النصوص في خلال المدة التي حددها، ولذلك ألغى هذا القانون بقانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، الذي لم ينص في أحد نصوصه على إلغاء جميع الأحكار في خلال مدة معينة؛ لأن المشرع رأى استحالة تحقيق ذلك؛ وإنما صدر هذا القانون لإنهاء جميع الأحكار حكراً حكراً.

وأرى وفقاً لذلك مخالفة قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ م، والمنشور الصادر من رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية تنفيذاً لهذا القرار لنصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م. وأرى، أن هذا القرار منعدم؛ لأنه قد اغتصب سلطة ليست من اختصاص وزير الأوقاف، كما أن فيه اعتداءً على الملكيات الخاصة على خلاف نصوص القانون<sup>(١)</sup>.

وأرى أن يعدل وزير الأوقاف هذا القرار وأن يصدر قرارات فردية بإنهاء الأحكار وفقاً لنصوص القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، حكراً حكراً؛ لأن قراره الحالي يخالف قاعدة التدرج التشريعي التي مفادها عدم جواز مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى مرتبة، وأن سلطة تعديل التشريع أو إلغاءه تكون من السلطة التي أصدرته أو من سلطة أعلى منها، وهو مالم يتوفر بالنسبة لوزير الأوقاف.

### الختام

بعد أن عالجت موضوع الحكر في القانون المدني المصري وقارنت بين أحكامه وبين الفقه الإسلامي، ونصوص القانون الزراعي الفرنسي المنظمة لحق شبيه له وهو الإمفيثيوز، وبعد أن حللت نصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م، الخاص بإنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة، وبعد أن بينت مدى مشروعية قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ م، أستطيع أن أبين في خاتمة هذا البحث أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها وهي على النحو التالي:

(١) راجع في مفهوم انعدام القرار الإداري، د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٦٦ وما بعدها.

**أولاً:** فيما يتعلق بطبيعة الحكر فهو وفقاً لنصوص القانون المدني المصري حق عيني أصلي، ينشأ بمقتضى إذن من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض محل الحكر كلها أو أكثرها قيمة. أما في الفقه الإسلامي فالحكر عقد إجارة، يقصد به استبقاء الأرض في يد مستأجر بهدف البناء أو الغراس أو أحدهم. وفي فرنسا الإمفيثوز عقد إيجار لعقار يخول المستأجر حقاً عينياً أصلياً على هذا العقار يستطيع أن يتصرف فيه أو يرهنه.

**ثانياً:** من حيث طبيعة عقد الحكر فإنه في مصر عقد شكلي لا يكفي التراضي لانعقاده، وفي الفقه الإسلامي أيضاً عقد شكلي يلزم لإنشاء الحصول على إذن من القضاء لأنه يشبه التصرف في الوقف أكثر من إدارته نظراً لطول مدته، ومن المقرر أن كل تصرف في الوقف من غير شروط الواقف يحتاج إلى إذن من القضاء. أما في فرنسا فالإمفيثوز عقد رضائي يكفي رضاء كل من المستأجر والمؤجر لانعقاده.

**ثالثاً:** محل الحكر في مصر وفقاً لنصوص القانون المدني عقار موقوف وهو بعد إلغاء الوقف الأهلي ينصب على عقار موقوف وفقاً خيراً. أما الحكر في الفقه الإسلامي هو غير قاصر على الوقف إنما هو يشمل كل العقارات التي تصلح لأن تكون حكراً. أما الإمفيثوز وفقاً لقانون الزراعة الفرنسي فمحلها عقار يملكه المؤجر وهو بطبيعة الحال غير موقوف؛ لأن الوقف نظام لا يعرفه سوى الشريعة الإسلامية.

**رابعاً:** بالنسبة لأجرة الحكر وفقاً لنصوص القانون المدني المصري لا يجوز أن تقل عن أجره المثل، وهي أجرة غير ثابتة تزيد وتنقص حسب أجرة مثل العقار، وقد استمد المشرع المصري هذه الأحكام من الفقه الإسلامي، ولكنه أضاف عليها بعض المعايير لضبط الزيادة والنقصان في أجرة المثل. أما في فرنسا، فالأجرة في الإمفيثوز عادة ما تكون زهيدة عادة ما تقل عن أجرة المثل، وهي أجرة ثابتة لا تزيد ولا تنقص طوال مدة الإمفيثوز، وهذا فارق جوهري بين تنظيم الحكر وتنظيم الإمفيثوز ينفي الشبهة عن أن أحدهما أصل أو فرع للآخر.

**خامساً:** بالنسبة لمدة الحكر، وفقاً لنصوص القانون المدني المصري لا يجوز أن تزيد على ستين سنة. أما في الفقه الإسلامي فليس هناك مدة قصوى للحكر، وبالتالي يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة. أما في فرنسا، فمدة الإمفيثوز يجب ألا تقل عن ١٨ سنة والإزيد على ٩٩ سنة. وأرى أن المشرع المصري قد استمد فكرة تحديد مدة للحكر من المشرع الفرنسي الذي حدد مدة قصوى للإمفيثوز لكن الفارق بينهما أنه لا يوجد حد أدنى لمدة الحكر في القانون المدني المصري بينما يوجد حد أدنى لمدة الإمفيثوز في القانون الزراعي الفرنسي.

**سادساً:** بالنسبة لانتقال حق الحكر إلى الورثة، في مصر، ينتقل هذا الحق إلى ورثة المحتكر مادام قد مات قبل انتهاء مدته وهو حكم مستمد من الفقه الإسلامي لكن بعض الفقهاء في هذا الفقه الجليل قد اشترط أن ينتقل الحكر إلى الورثة القادرين الذين يستطيعون القيام بالبناء أو الغراس ولا ينتقل إلى غيرهم. وفي فرنسا، لم ينص القانون الزراعي الفرنسي على انتقال الحق الناشئ من الإمفيثوز إلى ورثة المستأجر، وهناك خلاف في الفقه الفرنسي حول هذا الموضوع.

**سابعاً:** يفسخ عقد الحكر وفقاً للقانون المدني المصري إذا امتنع المحتكر عن دفع الأجرة مدة ثلاث سنين متتالية. وفي فرنسا، يفسخ الإمفيثوز إذا لم يدفع المستأجر الأجرة لمدة ستين متتاليتين، ويرى البعض أن حكم القانون المصري مستمد من الفقه الإسلامي حيث قدر الشرعيون ذلك ابتغاء مصلحة الوقف دون مصلحة المحتكر.

**ثامناً:** يلتزم المحتكر وفقاً لنصوص القانون المدني المصري بجعل الأرض سالحة للاستغلال وقد استمد هذا الحكم من القانون الزراعي الفرنسي عند تنظيمه لعقد الإمفيثوز، وهو يخالف الأحكام العامة الواردة في الفقه الإسلامي.

**تاسعاً:** ينتهي حق الحكر وفقاً لنصوص التقنين المدني المصري بحلول الأجل المعين له، ويموت المحتكر قبل البناء أو الغراس، وبزوال صفة الوقف

عن الأراضي المحكر، ويسقوطة بالتقادم لعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة، وهو ينتهي أيضاً وفقاً لنصوص قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، بقرار إداري يصدر من وزير الأوقاف.

**عاشراً:** القانون المطبق حالياً لتنظيم بناء الأحكار على الأراضي الموقوفة هو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، وهو قانون مليء بالثغرات فيه نصوص غير منظمة وأحكام متناقضة ومصطلحات مبهمه، وقد بين هذا القانون أسباب إنهاء الحكر بالنسبة للأراضي المحكرة الخالية من البناء والغراس وقت العمل بهذا القانون. وكذلك أسباب إنهاء الحكر بالنسبة للأراضي المشغولة ببناء أو غراس وقت العمل بهذا القانون.

**حادي عشر:** منح القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، وزير الأوقاف الحق في إنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة حكراً حكراً المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره، ولا يحتاج في إصداره إلى الاستناد إلى ضرورة أو مصلحة.

**ثاني عشر:** نظم القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، حق المحكر في العلم بإنهاء حق حكرة على الأرض الموقوفة، لكن لم يبين المشرع جزاء عدم إعلان المحكر بذلك كما لم يبين مدة زمنية ينشر فيها القرار بإنهاء الحكر، وإعلانه إلى المحكر.

**ثالث عشر:** سمحت المادة ٤ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، للمحكر و (كل ذي شأن) أن يطلب في مدة معينة فرز حصة له تعادل التعويض المقرر له ولم تبين هذه المادة ما المقصود بذوي الشأن؟ كما لم تبين حكم التعارض بين مصالح ذوي الشأن.

**رابع عشر:** نظم قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، حق المحكر في استبدال باقي الأرض بثمان نقدي بطريقة تتناقض مع تنظيمه لحق هيئة الأوقاف بالاحتفاظ بالعقار كله إذا رأت المصلحة في ذلك؛ حيث أن مدة استخدام الحق لكل منهما مختلف.

**خامس عشر:** الجهة المختصة بالفصل في منازعات إنهاء الحكر هي لجنة قضائية معظم أعضاؤها ليسوا بقضاة وهي تحكم بنظام الفصل على درجة

واحدة حيث أن الطعن في قرارات هذه اللجنة يكون أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار وهذه الأخيرة من دورها تفصل في الطعن ولا يجوز أن يطعن في حكمها بأي وجه من أوجه الطعن، وقد أثبتت دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية النص المنظم لأعمال هذه اللجنة لكن المحكمة الدستورية قضت بدستوريته.

**سادس عشر:** أصدر وزير الأوقاف المصري قانون رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩م، بإنهاء جميع الأحكار على الأراضي الموقوفة اعتباراً من ٢٠٠٩/١٠/١٤م، وأرى عدم مشروعية هذا القرار؛ لأنه قد فسر نصوص القانون المدني تفسيراً غريباً، حيث فسر نص القانون على عدم جواز امتداد الحكر لأكثر من ستين سنة على أن المشرع المصري قد أراد إنهاء جميع الأحكار بعد انتهاء ستين سنة من تاريخ إصداره. وارى أن المشرع المصري لم يقصد البتة ذلك بل كل ما قصده ألا تزيد مدة الحكر على ستين سنة من يوم الاتفاق وليس من مدة صدور القانون.

**سابع عشر:** خالف وزير الأوقاف نصوص القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢م، التي نظمت إنهاء الأحكار على الأراضي الموقوفة حكراً حكراً، ولم تنص البتة على منح وزير الأوقاف سلطة إنهاء جميع الأحكار بقرار واحد، ولذا أرى عدم مشروعية هذا القرار لمخالفته التشريع الأعلى منه ولتفسيره نصوص القانون المدني تفسيراً غير سائغ وأدعو وزير الأوقاف المصري إلى إعادة النظر في مثل هذا القرار وما يترتب عليه من آثار.

### قائمة المراجع

#### أولاً- مراجع باللغة العربية:

أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، موسوعة أحكام الوقف على المذاهب الأربعة، الناشر المكتبة الأزهرية للتراث، الجزيرة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩م.

أحمد أمين حسنين، وفتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، في ثلاثة أجزاء: الجزء الأول في تشريعات الأوقاف من ١٨٩٥ إلى ١٩٩٧م، والجزء الثاني في أحكام القضاء في الوقف من

١٨٨٢ حتى ٢٠٠٠م، والجزء الثالث في فتاوي الأوقاف  
من ١٨٩٠ حتى ١٩٩٧م، منشأة المعارف، الإسكندرية،  
٢٠٠٢م.

إسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، ١٩٥٨م، مكتبة  
عبد الله وهبة.

أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار حافظ للنشر  
والتوزيع، جدة، ٢٠٠٧م.

أيمن سعد سليم، سلطات المالك على الشيوع في استعمال المال الشائع  
واستغلاله، دراسة مقارنة، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية.

حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية،  
المجلد الخامس، الحكر والوقف، دار الجامعة الجديدة  
للنشر، ٢٠٠٢م.

حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية،  
أحكامها ومصادرها، ١٩٧٥م، منشأة المعارف،  
الإسكندرية.

سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية،  
منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.

صالح سليمان حمد الحويش، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارنة  
بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ -

٢٠٠٨م، المكتبة المكية للنشر والتوزيع - مكة المكرمة،  
دار عمان للنشر والتوزيع - عمان، الأردن.

عبد الحميد الشواربي، وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكار والنظام  
القانوني لأملاك الدولة الخاصة ونزع الملكية في ضوء الفقه  
والقضاء والتشريع، ط ٣، ١٩٩٧م، منشأة المعارف،  
الإسكندرية.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، الإيجار  
والعارية، المجلد الثاني، ١٩٦٣م، دار النهضة العربية.

عبد السلام ذهني، الأموال، ١٩٢٦م، مطبعة الاعتماد.

عبد العزيز فهمي، مدونة جوستتيان في الفقه الروماني، دار الكاتب

المصري، القاهرة، ١٩٤٦م.  
عبد المنعم البدر اوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها  
وأسباب كسبها، ط٣، ١٩٦٨م، مكتبة سيد عبد الله  
وهبة.

عبد الوهاب خلاف، أحكام الوقف على ما عليه العمل الآن بالمحاكم المصرية  
من مذهب الحنفية وقانون الوقف الجديد، ط٣، ١٩٥٣،  
مطبعة النصر.

عثمان بك فهمي، الحكر في مصر، ١٩٤٤، مطبعة ملجأ الأيتام الماسوني.  
عزيز خانكي بك، الوقف والحكر والتقدم، شرعاً وقانوناً، مجلة القانون  
والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول، يناير ١٩٣٦م.  
محمد أبوزهرة، الحكر، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة  
العاشرة، يناير ١٩٤٠م.

محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح  
توير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان  
ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، وضع المتن  
والشرح بأعلى الصحائف وأسفل الصحائف، تقارير  
لبعض العلماء، ط٣، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة  
عنها، أسباب كسب الملكية، ٢٠٠٧، دار الجامعة  
الجديدة.

محمد شفيق باشا، الحكر وتقديره، ط١، ١٩٢٦م، مطبعة مصر.  
محمد كامل مرسي بك، الأموال، ط٢، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م، مطبعة فتح  
الله الياس نوري، مصر.

محمود جمال الدين زكي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧٦م،  
مطبعة جامعة القاهرة.

محيي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، ج٣، الحقوق  
العينية (الأصلية والتبعية)، دار الجيل للطباعة، الفجالة،  
مكتبة عين شمس، ١٩٧٧.

## ثانياً مراجع باللغة الفرنسية:

- BOCCARA, le bail emphytéotique, rev. éco. et dr. imm. 1964.
- CARBONNIER (J.), Droit civil, Tome 3, les bien, PUF, 17éd, 1997.
- DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), contrats civilet commerciauy, Dalloz, 2007, 8éd.
- ECRERT (G.), le bail emphytéotique administratif, JCP, éd 2004.
- FATOME (V.E.) TERNEYRE (Ph.), Bail emphytéotique domanialité publique et financement privé, CJEG, nov., 1994.
- GIVERDON (C.), Bail emphytéotique, Encycl. Dalloz, Droit civil, n°1, 1975.
- HUDAULT (J.), droit rural, droit de l'exploitation agricole, Dalloz, 1987.
- JOURDAIN (P.), droit civil, Martty (G.) et Raynaud (P.), les biens, Dalloz, 1995.
- KENDERIAN (F.), cession du bail rural comouffée en cession de part sociales, note sur cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 fevr. 1999, D. 2000, 14.
- MALAURIE (Ph.) et AYNÉS (L.), les bien, Defrénois, 2003.
- MASSON (L.), note sur cass. civ., 10 avr 1991, Bull. CIC III, n°114, D. 1992.
- OURLIAC et De JUCLART, note sur civ. 15 mai 1970, chron, J.C.P., 1972, I, 2449.
- PLANIOL et RIPERT, T.10, par HAMEL, 1911, L.G.D.J. Paris.
- SOULEAU (H.) note sur civ, 3<sup>e</sup>, 28 mai. 1972 rép. Deférois 1972, art, 30293.
- VERMELLE, abs. sur cass. civ. 3 oct. 1991, Bul. civ. n°222, Defrénois, 1992.



## ملاحق البحث

بسم الله الرحمن الرحيم



وزارة الأوقاف  
الوزير

قرار وزارى رقم ( ٢٠٢ ) لسنة ٢٠٠٩م

### وزير الأوقاف :-

- بعد الاطلاع على القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٨ م والقوانين المتكدة والمعدلة له .
- وعلى القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٩م بتنظيم وزارة الأوقاف ولاتحة إجراءاتها والقوانين المتكدة والمعدلة له .
- وعلى القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١ م بإنشاء هيئة الأوقاف المصرية .
- وعلى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٢ م بشأن إنهاء الاحتكار على الأبنيا الموقوفة .
- وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٤١ لسنة ١٩٧٢ بشأن لاتحة نظام العمل بهيئة الأوقاف المصرية
- وعلى القرار السوزارى رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ م لإصدار اللائحة التنفيذية للقسا رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ م .
- وعلى توصيات اللجنة القانونية المنبثقة عن مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية بإصدار قرار إا الاحتكار .
- وعلى مذكرة رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية المؤرخة ٢٠٠٩/٨/٢٤ م .
- وعلى ما عرضه السيد المستشار القانونى للوزارة فى ٢٠٠٩/٩/٩ م .

### تفسير

مادة أولى :- يعتبر منها بسبب انتهاء مدة الستين عاماً المنصوص عليها فى القانون المدنى كل حق حكى مرتباً على أرض الوقف الخبرى وذلك فى الرابع عشر من أكتوبر سنة ٢٠٠٩ م .

مادة ثانية :- لتتزم هيئة الأوقاف المصرية بوضع اللوائح المنظمة لإنهاء الاحتكار طبقاً لهذا اا والقانون المدنى .

مادة ثالثة :- على الجهات المختصة تنفيذ هذا القرار كل فيما يخصه وينفى ما يخالف ذلك من قرارات .

مادة رابعة :- ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية .

٢٣ من رمضان سنة ١٤٣٠ هـ

صبرى  
١٣٢ من شهر سنة ١٤٣٠ هـ  
مصادق

وزير الأوقاف

س. ح. ح.  
( أ. د. / محمود حمدى زقزق )



مُنشور عام رقم (١٤) ٢٠٠٩

- بالاطلاع على القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الفصل الثاني الخاص بحق الحكر .
- وعلى القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١ ببناء إنشاء هيئة الاوقاف المصرية .
- وعلى القانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢ الخاص بإنهاء الإحكار على الأعيان الموقوفة وفقا لخبريا
- وعلى القرار الوزاري رقم ١١٤١ لسنة ١٩٧٢ بتنظيم العمل بهيئة الاوقاف المصرية .
- وعلى القرار الوزاري رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ .
- وعلى توصيات اللجنة القانونية المنبثقة عن مجلس إدارة الهيئة بجلستها المنعقدة في ١٣

نورد

١. اعتبار جميع الاحكار منتهية بقوة القانون اعتبارا من ٢٠٠٩/١٠/١٤ .
٢. استمرار عمل اللجان القضائية المشكلتة طبقا لأحكام القانون ٤٣ لسنة ١٩٨٢ وتختص بـ
  - تحديد المحتكر أو المنتفع الظاهر الذي آل إليه الحكر بالميراث أو بالشراء من الـ وراثته و تقدير ثمن الأرض و ثمن البناء أو الغراس وذلك للاحكار التي كانت مع اللجنة القضائية قبل عام ٢٠٠٨ .
  - تحديد المحتكر أو المنتفع الظاهر الذي آل إليه الحكر بالميراث أو بالشراء من الـ وراثته و تقدير ثمن الأرض و ثمن البناء أو الغراس وذلك عند المنازعة للاحكار التي من قبل على اللجنة القضائية .
٣. يستحق الوقف الخيري كامل ثمن الأرض ويستحق المستحكر ثمن البناء أو الغراس مقابل دفع اقل قيمتهما مستحقي الإزالة أو البقاء وذلك للاحكار التي لم تعرض من قبا القضائية.
٤. على جميع المناطق فتح سجل جديد للاحكار التي يتقدم أصحابها بمستنداته للمنطقة التي وبحثها وتجهيز المستندات وعرضها على العضو القانوني قبل العرض على اللجان القضاة .
٥. يعمم هذا المنشور على جميع المناطق لتنفيذه بكل دقة .

تصريحا في: ٢٠٠٩/١٢/٢

رئيس مجلس الإدارة

١٢/٢

تليفون: ٢٣٣٥٤٣٣٧  
فاكس: ٢٣٣٥١١٣٢١

العنوان: ١٠٩ ش التحرير - الدقي / محافظة الجيزة  
موقعنا على الانترنت: [www.cea.eg.org](http://www.cea.eg.org)

## تقدير مدى احترام الضوابط (المعايير) العلمية المكتسبة في مجال الطب

أ. د. السيد محمد السيد عمران

أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

والمحامى لدى محكمة النقض والإدارية العليا

لطفاً أيها السادة القراء

يلاحظ أن موضوع " تقدير مدى احترام الضوابط (المعايير) العلمية المكتسبة في مجال الطب" هو تكملة للموضوع الذى سبق نشره في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثانى ٢٠١١، والمعنون " بالمعايير العلمية واجبة الاحترام في مجال الطب" تمهيداً وتقسيم:

معروف ان تشخيص المرض ووصف العلاج والسير فيه من ادق الأعمال الفنية التى يقوم بها الطبيب، ولئن كان لا يشترط لمسئولية الطبيب عنها أن يكون خطأ جسيماً، بيد أنه يتعين أن يثبت للقاضى ان الطبيب، بإهماله او عدم تحرزه، قد خالف بصورة أكيدة المعطيات العلمية وأصول الفن الطبى، عن طريق استخدامه لآلات ووسائل قد هجرت ولفظها العلم، أو عن طريق وصفه لدواء قد منع من استخدامه لفساده ومضاره، فقصّر بذلك في تنفيذ التزامه.

ولما كان تقدير ذلك ينطوى على نواح فنية ليس في استطاعة القاضى الإلمام بها، لذا طالب البعض بإخراج القضايا الطبية من اختصاص القاضى لوضعها في أيدي قضاة يختارون من بين الأطباء أنفسهم فيكونوا أكثر شعوراً بدقائقها وأدق فهما للعناصر التى يعتمد عليها للفصل فيها. بيد ان هذا الرأي، وفق ما ذهب اليه البعض بحق، " يؤدي الى إنكار فكرة العدالة، لأنه ينطوى على انه لا عدالة الا خارج ساحات العدالة، بل إن الأخذ بهذا الرأي يفضى إلى وجود مجالس خاصة بالنسبة لكل طائفة من أرباب المهن للفصل في المنازعات الخاصة بها".

"وبغض النظر عما يتضمنه هذا الرأي من هدم للمبدأ الأساسي الذى يقضى بأن العدالة يجب أن تكون موجهة للكافة، وأن تكون واحدة بالنسبة للجميع، فإنه ينتهى بنا الى التضحية بالصالح العام فى سبيل تحقيق مصالح فردية للطوائف، بل أكثر من ذلك، فباليت هذا رأى يحقق هذه المصالح الأخيرة على الوجه الأكمل، حيث يخشى ان يكون الأطباء القائمون بأمر القضاء ممن يتشيعون لرأى معين، او تعاليم خاصة، فيدفعهم تمسهم للنظريات التى يعتنقوها لإيقاع الظلم بمن يخالفهم فى الرأى، بل يخشى ان تكون الاحكام صدى للأحقاد الكامنة التى تولدها المنافسة بين أرباب المهنة الواحدة. أما القضاة فوفقا لطبيعة تخصصهم ابعد عن الميل والتجيز من الأطباء، ومن ثم اقدر على صون العدالة.

وقد يقال انه من الممكن تلافى هذا الاعتراض عن طريق حرمان من يجلس من الأطباء مجلس القضاء ممارسة المهنة. بيد أن ذلك مردود أيضاً، لأن الطبيب الذى يتعد عن التطبيق العملى لمعلوماته الفنية يفقد كثيرا من المميزات التى من اجلها تودى بإحالة الفصل فى القضايا الطبية اليه. حقيقة انه لا يفترض فى القاضى ان يلم بدقائق الطب، وليس من السهل عليه ان يتبين وجه الخطأ فى سلوك الطبيب : فان كان القاضى يستطيع ان يستخلص بنفسه خطأ الطبيب فى أعماله العادية، كعدم حصوله على رضا المريض مثلا، فانه يصعب عليه ذلك بالنسبة للأعمال الطبية التى تنسب الى الفن الطبى، لذلك، فانه يستعين فى هذا الخصوص بأهل الخبرة لينيروا له ما غم عليه فهمه من اسرار القضية. وإذا كانت الأدوار المتبادلة لكل من القاضى والخبير على المستوى الاجرائى محددة من الناحية النظرية، فعلى الخبير ان يقدر الوقائع والأفعال، وعلى القاضى ان يناقش هذا التقدير من الناحية القانونية، الا أن للخبير، فى حقيقة الامر، دور متسلط، وهو ما نعرض له فى مبحثين:

**المبحث الاول : تقدير الخبير للأعمال الفنية الطبية**

**المبحث الثانى : مدى سلطة القاضى التقديرية**

## المبحث الاول

### تقدير الخبير للأعمال الطبية الفنية

يحسن بنا، ونحن بصدد بيان تقدير الخبير للأعمال الطبية، ان نعطي لمحة سريعة عن الخبرة من حيث تعريفها وموضوعها، قبل ان نوضح الدور الذى يضطلع به الخبير وذلك فى مطلبين:

**المطلب الاول:** تعريف الخبرة وتحديد موضوعها

**المطلب الثانى:** الدور الذى يضطلع به الخبير

### المطلب الاول

#### تعريف الخبرة وتحديد موضوعها

يقصد بالخبرة هنا الخبرة القضائية expertise judiciaire، وهى عبارة عن "إجراء للتحقيق، يعهد به القاضى الى شخص مختص، ينعت بالخبير expert بمهمة محددة، تتعلق بواقعة او وقائع مادية، يستلزم بحثها أو تقديرها، أو على العموم، ابداء رأى يتعلق بها علما أو فنا، لايتوافر فى الشخص العادى، ليقدم له بيانا أو رأيا فنيا لا يستطيع القاضى الوصول اليه وحده".

وجدير بالذكر أن الخبرة تجدد حدودها القانونية فى "المسائل الفنية البحتة" questions purement techniques وهى التى تقصر عنها "معارف القاضى العامة" فالطبيعة الفنية للمسألة أو للواقعة هى التى تبرر مبدأ الخبرة، وتضع كذلك حدوده القانونية. فالخبير فنى يستدعى بصفته هذه ليكون مساعدا للقضاء.

وعلى ذلك، لا يجوز ان يصبح الخبير قاضيا للواقع Juge du fait، ولا، من باب اولى، ان يكون قاضيا للقانون Juge du droit. وليس له سوى تنوير القاضى فى المسائل الفنية المعروضة عليه فى الدعوى، والتى يعجز عن معرفتها وحده لخروجها عن دائرة معلوماته، بحيث تعتبر الخبرة فى الحقيقة مكملا لمعلوماته الشخصية أكثر منها وسيلة للإثبات.

فالغرض من الخبرة، فى جملة القول، تنوير القاضى فى المسائل الواقعية التى تستلزم فحوصا او بحوثا يقتضى حلها اختصاصاً فنيا معينا، بل تكويننا مهنيا خاصا، لا يتوافر بدهاءة، فى القاضى. وورغبة من المشرع فى تأكيد حصر مهمة الخبير فى المسائل التى تقصر عنها معارف القاضى، قيد سلطة المحكمة فى نذب الخبراء بوجود مقتضى له. ولا يوجد هذا المقتضى إذا كان القاضى يستطيع أن يباشر بنفسه الاجراء الذى تدخل مباشرته فى صميم وظيفته القضائية. أما إذا كان الامر يتعلق بمسائل فنية بحتة يقتضى فحصها او تقديرها علما أو فنا من ذوى الدراية الخاصة التى لا يحيط بها علم القاضى، فان نذب الخبراء يكون له، عندئذ ما يبرره.

ولذلك استقرت محكمة النقض المصرية، ونظيرتها الفرنسية، يؤيدها الفقه، على ان مهمة الخبير تقتصر على إبداء الرأى فى " المسائل الفنية التى يصعب على القاضى استقصاءها كلها بنفسه " ولا يمكن الخروج على هذه القاعدة الأساسية الا بنص صريح فى القانون. وإذا كانت الخبرة تقتصر، كما أوضحنا، على المسائل الفنية البحتة، لذا تخرج عن نطاقها جميع المسائل الأخرى، ويعتبر نذب الخبراء، لإجراء أحداها تفويضا اليه بالسلطة القضائية. فلا يجوز بصفة خاصة ان تكون مأمورية الخبير ابداء الرأى فى مسألة قانونية، أو إجراء التحقيق أو المعاينة، ولا يجوز، من باب أولى، أن تتضمن تفويضا عاما بالسلطة القضائية. أما عن دور الخبير الذى يتعين عليه ان يضطلع به، فهو ما يتضح فى المطلب التالى.

### المطلب الثانى

#### الدور الذى يضطلع به الخبير

أن استخلاص خطأ الطبيب فى ممارسة عمله الفنى يمر بمرحلتين : الأولى تتمثل فى تحديد مدى مطابقة هذا العمل للقواعد الفنية للمهنة وللمعطيات العلمية، وهذا عمل فنى لا يستطيع ان يقوم به إلا شخص ينتسب الى مهنة الطب فى تخصص الطبيب محل المسألة. أما المرحلة

الثانية فهي تتجسد في عرض نتيجة المرحلة الاولى على المعيار القانوني للخطأ المهني، وهذا عمل قانوني يقوم به قاضي الموضوع، وان كنا سنرجى البحث في المرحلة الثانية إلى المبحث الثاني من هذا الفصل.

أما عن المرحلة الأولى : فمتى تم اختيار الخبير وجب على المحكمة ان تحدد له مهمته بدقة، وهي مهمة فنية بحتة، كما بينا- وبالتالي، يتعين على الخبير ان يجيب بوضوح تام على كل ما يوجه اليه من أسئلة، وأن يبحث عن الأسباب التي أدت الى الحادث، مع بيان ما إذا كان من الممكن تجنب هذا الحادث تبعاً للمعطيات العلمية المعروفة لحظة إتيان الفعل، ومدى ما ارتكبه الطبيب من إهمال ما كان ليرتكبه طبيب يقظ حيط بنفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المشغول. وللخبير، في سبيل ذلك، ان يلجأ الى ذوى الفن ليستعين بأرائهم ويسترشد بمعلوماتهم خاصة إذا تعلق الأمر بوقائع مادية كقراءة صور الأشعة.

وأول ما يجب على الخبير أن يبحثه هو دراسة حالة المريض وتتبع خط سير المرض والعوامل التي اثرت فيه، سواء أكانت راجعة الى شدة المرض، أم إلى قوة استهداف المرض، ام الى العلاج الذى أشار به الطبيب محل المسألة. وهو بهذا البحث، يستطيع ان يقدر قيمة الفرص التي ضاعت على المريض للوصول الى الشفاء ومدى الأضرار التي ترجع الى فعل الطبيب المعالج. ثم يتبين بعد ذلك عما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ فنيا يرجع الى الجهل بالمعطيات العلمية التي يتعين على كافة الأطباء الإلمام بها.

هذه المعطيات تبين لنا، بوجه عام، الدائرة التي يباشر فيها الخبير عمله، دون ان يكون هناك مساس باستقلاله الذي يتجلى بنوع خاص في اختيار الوسائل التي توصل الى استجلاء الحقيقة وفي الحجج التي يبديها لتدعيم رأيه. وعلى الخبير ان يتجنب فى تقريره الآراء التي لا زالت محلاً للجدل العملى والميل مع آرائه الشخصية إذا لم تكن محل اتفاق فى الفن الطبى.

بيد أن مهمة الخبير لا تتم بهذه السهولة بل تعترضه، فى الواقع، صعوبتان أولهما موضوعية، والأخرى شخصية : فمعروف، من ناحية، أن مهمة الخبير مهمة خطيرة . فإذا كان يتعين من الناحية العلمية المجردة، احترام التحقيق العلمى المحايد الذى يقوم به الخبير للبحث عن سبب الواقعة، فان ذلك لا يمنع من قيام هذا الخبير فى المجال الطبى، خاصة فيما يتعلق بالناحية الفنية للخبرة الطبية. فالخبير الذى يقوم بتلك المهمة قد لا يستطيع ان يقدر بدقة الموقف الذى وجد فيه الطبيب محل المساءلة، والذى مارس عمله فى ظروف واقعية مختلفة . فالصعوبة التى تواجه الخبير تتمثل، أذن، فى الاختلاف الكبير بين المعطيات المجردة والحقيقة الواقعية الملموسة . وعلى ذلك، يتعين على الخبير ان يكون فى مقدوره التعرف على هذه الظروف الواقعية مع عدم الخروج على المعطيات العلمية "

ومن ناحية أخرى، إذا كان صحيحا ان للخبير دورا مؤثرا فى هذا الخصوص بوصفه الوحيد الذى يعرف كيف يوضح للقاضى مدى مخالفة الطبيب محل المساءلة للمعطيات العلمية، سواء المكتسبة أو الحالة، والقواعد المنظمة للممارسة الطبية، فان دوره المتسلط هذا، اثناء تقديره للخطأ الفنى الطبى، يصبح احيانا، محلا للمنازعة . فقد يخشى ترده فى توجيه تحليله أو تقريره فى معنى المسئولية لزميل له لما بينهما من تضامن مهنى . بل قد تكون تقارير بعض الخبراء مشوبة باللبس والغموض .

ولذا يمكن القول بأنه قد أصبح مقبولا فى المجال الفنى الطبى صعوبة عمل الخبير نتيجة تزايد وانتشار التقنية الحديثة.

خلاصة القول ان يتعين على الخبير الا يتضمن تقريره تقديرا قانونيا، وإذا أمكن أن يوضح الشك فى وجود رابطة السببية بين فعل الطبيب محل المساءلة والحادثة فانه لا يكون له ان يقترح تحديدا للمسئولية ولا ان يوصى بحدوث ضرر بسيط بغرض الوصول الى تخفيض التعويض المفروض . وأخيرا، يتعين على الخبير أن يحكم معيار المعطيات العلمية والقواعد المنظمة للممارسة الطبية وقواعد الأخلاق الطبية عند وضعه



للتقرير الذى يرفعه الى القاضى ، حيث ينتقل القاضى بهذا التقرير من المجال العلمى إلى المجال القانونى ليرى ما إذا كان يمكن الأخذ به من عدمه.

## المبحث الثانى

### مدى سلطة القاضى التقديرية

قدمنا أن المخالفة الواضحة للمبادئ المسلم بها فى الفن الطبى هى وحدها التى تحرك مسئولية الطبيب ، كما قدمنا أن الطبيب يحتاج فى ممارسته لمهنته الى قدر كبير من الحرية والثقة والاطمئنان ، وبالتالى يتعين استبعاد ما يفرض على نشاطه من رقابة دقيقة من قبل القضاء ، وعدم ملاحظته بالمسئولية التى قد تقعده عن الخلق والابتكار فى مجال أحوج ما يكون الى ذلك الخلق وهذا الابتكار.

ولكن متى كانت الوقائع التى يؤاخذ عليها الطبيب تخرج عن دائرة المسائل التى لازالت بطبيعتها محلا للشك وميدانا للجدل العلمى ، ومتى اقترنت تلك الوقائع بإهمال أو عدم اكتراث وجهل بالمعطيات العلمية المكتسبة والأصول الفنية المستقرة التى يتعين احترامها ، فان القاعدة العامة فى المسئولية تأخذ مجراها الطبيعى ويفتح اختصاص القضاء بشأنها. كذلك قدمنا انه وان كان القاضى يستطيع أن يستخلص بنفسه خطأ الطبيب فى أعماله العادية ، كعدم حصول هذا الأخير على رضا المريض ، فإنه يصعب عليه ذلك بالنسبة للأعمال الطبية التى تنتسب الى الفن الطبى ، لذلك فإنه يستعين ، فى هذا الخصوص ، بأهل الخبرة.

ولما كان عمل الخبير قد تصاحبه بعض الأخطار ، لذا يكون للقاضى سلطة تقديرية وإجراء موازنة دقيقة حتى يستطيع استخلاص خطأ الطبيب بطريقة موضوعية ومجردة ، ولتوضيح ذلك ، نعرض لهذا المبحث فى مطلبين :

**المطلب الاول :** تقدير القاضى لعمل الخبير

**المطلب الثانى :** إجراء موازنة بين الفعل والنتيجة

-

## المطلب الأول

### تقدير القاضى لعمل الخبير

إذا كان الخبير يساعد القاضى فى استنباط الخطأ فى المجال الطبى، سواء فى المسائل التطبيقية، أم فى آداب المهنة الطبية، وإذا كانت مهمة الخبير تقتصر على تحقيق الواقع فى الدعوى وإبداء الرأى فى المسائل الفنية، وإذا كانت النتائج التى يتوصل إليها الخبراء، غالباً، ما تكون محل تقدير ويأخذ بها القاضى فى أحكامه، بيد أن الخبير قد ينحرف عن الخط المرسوم له من قبل المحكمة، أو قد يحابى زميله فيما يرفعه عنه من تقارير لما بينهما من تضامن مهنى، أو قد يكون تقريره ظاهر النساذ لمخالفته الصارخة للمعطيات العلمية والقواعد المنظمة للممارسة الطبية، أو قد يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية. فى مثل هذه الحالات لا يتردد القاضى فى استخدام سلطته التقديرية الكاملة لتقدير عمل الخبير. فللقاضى الا يتقيد بالنتائج الفنية التى وضعت بين يديه، بل له ان يقدرها موضوعياً، ويمكنه ان يرفضها كلية.

وهنا نتساءل عن مدى حرية القاضى فى رفضه للنتائج الفنية التى توصل إليها الخبراء، وهل من المنطق أن يلتمس القاضى تقرير ورأى الخبير نتيجة عدم اختصاصه الفنى، ويحتفظ فى نفس الوقت بحقه فى عدم الأخذ به؟

تثار المسألة فى الفرض الذى يطلب فيه القاضى رأى أهل الخبرة نتيجة عدم اختصاصه الفنى ثم ينتهى الى عدم الاعتداد بهذا الرأى، وهو ما قد يفضى الى شىء من الغموض، وهذا ما تكشف عنه بعض التطبيقات القضائية.

ولكن إذا كان القاضى مستقل بالتكليف القانونى للسلوك الفنى للطبيب، وإذا كان غير ملزم بالأخذ برأى الخبير، إذا قدر انه ظاهر الفساد، أو انه يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية

لأنه لا يمكنه ان يقضى بغير اقتناعه وبما يرتاح له ضميره، الا انه فيما يتعلق بالمسائل الفنية يكف بإتباع رأى أهل الخبرة.

وإذا كان على القاضى ان يراعى منتهى الحرص فى مناقشة الآراء الفنية التى يدلى بها الخبراء، فان من حقه، بل من واجبه، ان يناقش وقائع القضية على ضوء هذه الآراء، وان يزن شهادة الشهود، ويقدر ما تنطوى عليه حقائق الدعوى، ويرجح بين أقوال الخصوم ليستخلص عناصر المسؤولية ان وجدت فى سلوك الطبيب. فله أن يأخذ بتقارير الخبراء وان تعارض رأى احدهم مع آراء غيره، إذا اقتنع أنها واضحة الدلالة على خطأ الطبيب. وللقاضى فى نفس الوقت، ان يستبعد تقارير الخبراء إذا تجاوزت نطاق المهمة التى كلفوا بها، سواء لوجود عناصر أخرى قد تدخلت ويتعين على القاضى ان يأخذها بعين الاعتبار على المستوى القانونى *sur le terrain du droit* ام لأن هذه التقارير تثير مشاكل خارجة عن المجال الفنى الطبى، أم لأن الخبراء يتطرقون فى تقاريرهم الى تخلف الحيطه والخذر قياسا على العادة الطبية.

بيد أن القاضى يمتنع عن مراقبة العادة الطبية أو الممارسة العملية، إذا كانت الرقابة تستلزم ولوجا فى المعطيات العلمية. وإذا ما رفضت عادة طبية فان ذلك يقتضى تدقيقا وتأن مع تجنب الدخول فى فحص النظريات أو الوسائل المتنازع عليها، وأخذ كافة الضمانات العملية الضرورية.

هذه المبادئ قد أرسى دعائمها محكمتا النقض الفرنسية والمصرية: " يكون من الحكمة للقضاة الا يتعرضوا بتهور لفحص النظريات او الطرق الطبية، وان يطرحوا جانبا مناقشة المسائل العلمية الخالصة.

### المطلب الثانى

#### إجراء موازنة بين الفعل والنتيجة

لما كان تقدير الخطأ الطبى الفنى يتم بطريقة مجردة، لذا فان الغلط فى التقدير من قبل الطبيب لا يمثل بذاته خطأ، إلا إذا لم يبذل الممارس العناية اللازمة لممارس وسط من نفس تخصصه، مع الأخذ فى الاعتبار

حال تقديره لتك العناية المعطيات العلمية المكتسبة منها والحالة. وإذا يتطلب تقنين آداب المهنة الطبية الصلاحية بالنسبة لكل طبيب فى مجال تخصصه، فانه يتعين على هذا الأخير ان يرفض ممارسة تصرف يخرج عن اختصاصه، فإذا جازف، رغم ذلك، وترتب على سلوكه ضرر، فان خطأه يقدر بناء على خطأ طبيب وسط فى نفس تخصصه.

بيد أن الأخطاء الموجودة فى مجال تشخيص الأمراض ترجع، فى معظمها إلى أخطاء الامتناع أو الإحجام. فالطبيب قد يمتنع أو يغفل الرجوع الى الوسائل التى جاء بها العلم كالأشعة والفحوص والتحريات والتى تمكنه من تأسيس تشخيصه للمرض. ولكن يلاحظ انه يسهل إثبات خطأ الامتناع أو الإحجام Faute d' obstention عن إثبات الخطأ الناتج من السلوك الايجابي.

ومع ذلك، فان القضاء يستظهر، حتى فى مجال تشخيص المرض، أن مضمون الالتزام الطبى يتكيف تدريجيا مع الوسائل الفنية الجديدة. وهذا ما حدث، على سبيل المثال، بخصوص الغلط الذى شاع فترة من الزمن فى تشخيص أمراض الحمل والذى صاحبه تدخلا قضائيا غير مفيد، فلم يحكم القضاء آنذاك بأن هذا الغلط يمثل خطأ طبيا فنيا. وظل الأمر كذلك حتى تميزت نسب dosage الهرمونات نتيجة التقدم العلمى فسهلت تشخيص المرض، وأصبح الجهل بنسب الهرمونات فى مثل هذه الحالة يمثل خطأ.

ولكن عندما يكون هدف العمل الطبى ليس معالجة المريض وشفائه فحسب، بل يمتد ليلاحق المرض فى المنبع، كما هو الحال فى حالة تشخيص المرض قبل الولادة فانه يكون من المقبول القول بأنه من غير المعقول الإبقاء على الحوامل فى خطر. ولذا يرتكب الطبيب خطأ إذا لم يلجأ إلى الوسيلة الفنية سالفة الذكر فى الحالات المشكوك فيها إذا أمكن ان تكون مؤيدة بالدليل على أن شذوذا فى الحمل أصبح واضحا. أما فى مجال العلاج، فإن القليل من الأخطاء تترتب على عدم احترام الطبيب للمعطيات العلمية، أما جل الأخطاء فترتبط بالتهور

والإهمال وعدم الانتباه. فمن أمثلة الأخطاء التي تترتب على عدم احترام الطبيب للمعطيات العلمية: الغلط في جرعة الدواء، أو في التوصيف السيئ للدواء أو في تبنى طريقة معروفة بصفاتها الخطرة، أو في الممارسة العملية السيئة أثناء السير في العلاج، كما هو الحال في الحقن ومن أمثلة الأخطاء المتعلقة بالتهور والإهمال وعدم الانتباه: نسيان الآلات، يجب الاستمرار في الكتابة لأن ما جاء بعد كلمة الآلات تكملة لهذا السطر وليس فقرة جديدة.

أو العصابة الطبية داخل جسم من أجريت له العملية الجراحية، وهي أخطاء لا ترتكب من مهني وسط في نفس التخصص.

حقيقة انه قد تنشأ عن استخدام الوسائل الفنية الجديدة بعض الأضرار، لا سيما في موضوع العلاج بالإشعاع، ومع ذلك، فإن القضاء مع بداية التطبيق للعلاج بالإشعاع قد حكم بمسئولية الطبيب بسبب التهور واستعماله لآلات عتيقة بالية.

إن التطورات الحالية أو المعاصرة للمنظومة الطبية هي التي تستلزم يقظة وحذر شديدين من الأطباء، ولا سيما أن هذه التطورات تؤدي الى بعض الخلط أو اللبس بين تشخيص المرض ووصف العلاج.

### الغائبة

رغم الأحكام التي صدرت من القضاء واجتهادات المهتمين من الشراح في مؤلفاتهم وأبحاثهم، فإنه لا يمكن القول بإلغاء أزمة المسئولية الطبية. إن اضطراد القضايا في هذا المجال، يرتبط بتزايد عددي للأفعال الطبية، كما يرتبط بتطور المضمون الطبي بالتبعية لتطور المضمون العلمي.

إن تقدم الانتشار العلمي يواكبه، في الواقع، طرق أكثر فاعلية، ولكن، أيضا، أكثر خطرا، وتؤدي بنفسها الى مسئولية متزايدة، وهو ما أوضحه العميد سافتيه عام ١٩٤٨.

أن ظهور شكل طبي جديد، لا تكون غايته العناية بمعناها التقليدي الدقيق، يولد التزامات طبية جديدة تستلزم، في بعض

الأحيان، رفض العمل المطلوب إجراؤه، كما تستلزم التحرى الواسع لما قد تثيره من أضرار جديدة.

هذا التطور يقتضى بالضرورة، وفقا لقواعد آداب مهنة الطب، من القاضى دوراً مضاعفاً عند تقديره للسلوك الطبى، " فإذا كان تقدير الخطأ الفنى الطبى لا يشكل صعوبة كبيرة للقاضى، فإن صعوبة إثبات هذا الخطأ يمثل على العكس، مصدراً لبعض المحاولات القضائية التى تهدف إلى علاج هذه المسألة، لمصلحة المضرور نفسه. من هذه المحاولات: قبول فكرة الخطأ المفترض والقرائن فى الواقع ومع ذلك، تظل هذه المحاولات عديمة الأثر فلا تستطيع تحويل الالتزام الطبى من التزام يبذل عناية الى الالتزام بتحقيق نتيجة.

فضلا عن هذه المحاولات القضائية يقترح البعض إصلاح نظام المسئولية الطبية الحالى القائم على الخطأ ليساير المعطيات العلمية وما تأتى به من جديد كل يوم وما يصاحبها من أضرار حتى يمكن ان يحل محله نظام التعويض الذى يركز على الخطر أى تحمل التبعة، قياسا على ما أصاب المسئولية الطبية من تطور فيما يتعلق بفقدان الفرصة، حيث قبل الحكم بالتعويض فيها على أساس الضرر.

ولكن يبدو لنا من الصعب قبول نظام للمسئولية الطبية يقوم على الخطر، لأن شروط المسئولية ليست واحدة: فشروط مسئولية فقدان الفرصة ليست نفسها شروط مسئولية الطبيب الذى أغفل الرجوع الى الوسائل الفنية لتشخيص المرض، أو الذى أهمل فى وصفه للعلاج متخطيا بذلك المعطيات العلمية المكتسبة. أكثر من ذلك، إذا لم يكن لفكرة الخطأ قيمة معتبرة، فى حوادث المرور، على سبيل المثال، فهى على العكس من ذلك بالنسبة للعمل الطبى، حيث تسمو فكرة الوقاية من الأخطاء على فكرة تحسين التعويض من قبل الغير المشكوك فيه.

إذن تظل لفكرة الخطأ فى المسئولية الطبية أهميتها، ويظل معيار المعطيات العلمية احد اهم المعايير الذى يهتدى بها القاضى والخبير لقياس خطأ الطبيب الموجب لمسئوليته.

# تحليل أثر العولمة على النمو الاقتصادي في مصر

خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)

د. على عبد الوهاب نجما

مدرس بقسم الاقتصاد - كلية التجارة - جامعة الإسكندرية

## ١: المقدمة:

تعد العولمة أهم الظواهر الاجتماعية التي قامت عليها عديد من الدراسات والمناقشات في مجال العلوم الاجتماعية في العصر الحديث، وذلك لأنها ظاهرة متعددة الجوانب والأبعاد، سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية أو الفكرية أو السياسية وغيرها، ولذا، تكون لها انعكاسات بعيدة المدى على كافة نواحي الحياة البشرية في كل بقاع الكرة الأرضية، وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة. وفيما يتعلق بأثر العولمة على النمو الاقتصادي في الدول النامية، فإنه يمثل أحد الموضوعات المثيرة للجدل، حيث يرى مؤيدو العولمة أنها - وفقاً لمنطق النظرية الاقتصادية ونظريات النمو والتنمية الاقتصادية - تمثل أداة دفع لتحقيق معدلات مرتفعة من النمو الاقتصادي، ويؤيدون ذلك من خلال التجارب الناجحة في عديد من الدول<sup>١</sup>، بينما يرى مناوئو العولمة عكس ذلك، حيث يرون أن العولمة عملية غير متكافئة تسهم في استفادة عدد محدود من الدول، ويترتب عليها زيادة الفجوة الدخلية بين الدول المتقدمة والدول النامية وزيادة الفقر بالدول النامية<sup>٢</sup>، هذا فضلاً عن تكرار الأزمات المالية والنقدية وزعزعة الاستقرار الاقتصادي، وبخاصة في الدول النامية ذات

<sup>١</sup> حيث تكون العلاقة بين العولمة والنمو الاقتصادي طردية، فالدول الأكثر عولمة - وبخاصة في دول جنوب شرق آسيا والصين - حققت معدلات نمو ٣.٥٪، ٥٪ خلال عقدي الثمانينيات والتسعينيات على التوالي، في حين كانت المعدلات المناظرة في الدول الأقل عولمة ٠.٨٪، ١.١٪ في ذات العقدتين (Crafts N., 2004, P 55).

<sup>٢</sup> أسهمت العولمة في تضاعف الفجوة الدخلية بين الدول النامية والدول المتقدمة في ٤٠ عاماً الأخيرة، إذ بلغ متوسط دخل الفرد في أغنى ٢٠ دولة ٣٧ ضعف نظيره في أفقر ٢٠ دولة وذلك في بداية الألفية الثالثة (Loots E., 2006, P 7).

الأسواق والمؤسسات غير الناضجة وغير المؤهلة للاندماج والتنافس على المستوى الدولي، مما يؤثر سلباً على النمو الاقتصادي بها. غير أنه رغم هذا الجدل فإن الجميع يتفق على أن ظاهرة العولمة أصبحت تمثل حقيقة واقعية لها مزاياها وعيوبها ولا يمكن لأي دولة تجنبها كلية، ولكن يجب التكيف معها ومحاولة الاستفادة منها قدر الإمكان وتجنب آثارها السلبية بما يدعم عمليات النمو، كما حدث في عديد من النماذج الناجحة، وبخاصة في دول جنوب شرق آسيا والصين والهند مؤخراً.

#### ١-١: مشكلة البحث:

يعد هدف الارتفاع بمعدل النمو الاقتصادي من الأهداف الأساسية لأي نظام اقتصادي أو سياسي، كما أن معظم السياسات والإجراءات التي تتخذها الحكومات تصب في اتجاه تحقيق هذا الهدف، سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما أنه عادة ما يتم تقييم مدى التقدم والنجاح، سواء للنظام الاقتصادي أو السياسي أو للسياسات المتخذة على أساس معدلات النمو المحققة، لما يترتب على ذلك من تحسن في مستوى المعيشة والرفاهية لأفراد المجتمع. وقد اتجهت الحكومة المصرية منذ بداية سبعينيات القرن الماضي إلى تبني سياسات تهدف إلى زيادة الانفتاح والتحرر الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، ومن ثم، زيادة الاندماج في الاقتصاد العالمي، وقد توج ذلك بصورة أكبر في بداية عقد التسعينيات من خلال تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي والتكيف الهيكلي هذا على الجانب الاقتصادي (UNDP, 2002, PP 3,7)، وقد تزامن معه على الجانب السياسي مشاركة مصر في كافة المؤسسات والمنظمات الدولية، فضلاً عن زيادة الانفتاح الاجتماعي والثقافي تماشياً مع ثورة المعلومات والاتصالات التي اجتاحت العالم خلال تلك الفترة، وكل هذه الأمور أسهمت في زيادة مستوى العولمة بصورة ملموسة في الاقتصاد المصري، وتدور مشكلة البحث حول عدد من التساؤلات هي:

➤ إلى أي مدى أسهمت هذه السياسات في زيادة مستوى العولمة في

الاقتصاد المصري؟



- هل أسهم ارتفاع مستوى العولمة في الاقتصاد المصري إيجابياً في الارتفاع بمعدلات النمو في الاقتصاد المصري؟ وإلى أي مدى تحقق ذلك مقارنة بالتجارب الناجحة في هذا الشأن؟
- ما المعوقات التي حالت دون استفادة الاقتصاد المصري من العولمة في دعم وتحقيق معدلات نمو مرتفعة على غرار النماذج الناجحة في هذا الشأن؟

#### ٢.١: أهمية البحث وهدفه:

تأتي أهمية البحث من أهمية الموضوع الذي يتناوله، وهو يتمثل في تحليل أثر العولمة على النمو الاقتصادي، ويتم ذلك من خلال بناء نموذج قياسي بغرض تحديد أثر العولمة، سواء في صورتها الكلية أو من خلال مكوناتها الفرعية على النمو الاقتصادي، وذلك لتحديد ما إذا كانت العولمة تمثل قوة دافعة للنمو الاقتصادي كما حدث في عديد من التجارب الناجحة في بعض الدول النامية أو ما تسمى بالاقتصاديات الناشئة، أم إنها لم تؤثر إيجابياً على النمو كما تحقق في معظم الدول النامية الأخرى. وذلك للوقوف على جوانب القوة وجوانب الضعف فيما يتعلق بالعولمة في الاقتصاد المصري ومحاولة الاستفادة من النماذج الناجحة تلك التي استطاعت استغلال فرص العولمة والتكيف معها ومعرفة العوامل الكامنة وراء هذا النجاح والاستفادة منه في الواقع المصري، وينفس الشكل معرفة الأسباب وراء عدم النجاح في استغلال العولمة في عديد من الدول النامية الأخرى واتخاذ السياسات والإجراءات المناسبة التي تعمل على تجنب هذه السلبيات قدر الإمكان في الاقتصاد المصري.

ووفقاً لذلك يتمثل الهدف الأساسي لهذا البحث في قياس أثر العولمة على النمو في الاقتصاد المصري خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)، وبصورة أكثر تفصيلاً محاولة الإجابة على التساؤلات المطروحة في مشكلة البحث، وبالتالي، تتمثل أهداف هذا البحث في:

- تحديد مفهوم أكثر شمولاً لظاهرة العولمة، وعلى أساسه يتم اختيار المقياس الملائم لهذه الظاهرة الذي سوف يتم استخدامه في قياس أثرها على النمو.
- استعراض العلاقة بين العولمة والنمو الاقتصادي وتحديد القنوات التي يمكن أن تؤثر العولمة من خلالها إيجابياً وسلبياً على النمو.
- دراسة تطور العلاقة بين العولمة والنمو في الاقتصاد المصري خلال فترة الدراسة.
- قياس أثر العولمة في صورتها الكلية على النمو الاقتصادي خلال فترة الدراسة.
- قياس أثر المؤشرات الفرعية للعولمة - العولمة الاقتصادية، والعولمة الاجتماعية، والعولمة السياسية - على النمو الاقتصادي خلال فترة الدراسة.
- تقديم التوصيات التي يمكن أن تسهم في تعظيم الجوانب الإيجابية للعولمة وتحدد من الجوانب السلبية لها في الوقت نفسه، وبما يسهم في رفع معدل النمو بالاقتصاد المصري في المستقبل.

### ٣-١: فروض البحث:

يتمثل الفرض الأساسي لهذا البحث في أن العولمة - وفقاً لمنطق النظرية الاقتصادية ونظريات النمو والتنمية الاقتصادية - يكون لها تأثير إيجابي على النمو الاقتصادي، وينبثق عن هذا الفرض عدد من الفروض تغطي المؤشرات الفرعية للعولمة وهي: العولمة الاقتصادية، والعولمة الاجتماعية، والعولمة السياسية، وتمثل هذه الفروض الفرعية في دعم الفرض الأساسي بأن هذه المؤشرات الفرعية للعولمة هي الأخرى تدعم النمو الاقتصادي، ومن ثم، تؤثر عليه إيجابياً وإن اختلف ذلك من مؤشر إلى آخر. ويحاول هذا البحث من خلال نموذجين قياسيين اختبار مدى تحقق هذه العلاقة الإيجابية للعولمة في صورتها الكلية أو مؤشراتها الفرعية في أثرها على النمو في واقع الاقتصاد المصري.

#### ٤.١: منهج البحث

يعتمد هذا البحث على الأسلوب الكمي في التحليل وهو المنهج القياسي التحليلي، حيث يتم دراسة الوضع القائم من خلال استقراء البيانات الكمية عن العولمة ومعدل النمو الاقتصادي، وكذلك المتغيرات الأخرى التي تؤثر في معدل النمو في مصر خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)، ثم من خلال بناء نموذجين قياسيين يتم تحديد أثر العولمة في صورتها الكلية والفرعية كميًا على معدل النمو، وذلك باستخدام البرامج الإحصائية الجاهزة - برنامج (Pc Give)، وبرنامج (E Views) - هذا فضلاً عن استخدام أدوات التحليل الاقتصادي - سواء اللفظي أو الرياضي أو البياني - وكذلك استخدام برنامج (Excel)، بما يمكن من تحليل أثر العولمة على النمو كميًا بأسلوب علمي ومنطقي، الأمر الذي يساعد في وضع السياسات المناسبة التي يمكن أن تسهم في الاستفادة من العولمة.

#### ٥.١: خطة البحث:

يستعرض هذا البحث مفهوم العولمة وكيفية قياسها مع التركيز على المقاييس المركبة ثم تطور العولمة في مصر خلال فترة الدراسة المشار إليها، ودراسة العلاقة بين العولمة والنمو الاقتصادي من خلال تحديد القنوات التي تؤثر من خلالها العولمة إيجابياً وسلبياً على النمو، استناداً إلى منطق النظرية الاقتصادية ونظريات النمو والتنمية، فضلاً عن تدعيم ذلك بالنتائج التجريبية، ثم تطور العلاقة بين معدلات نمو كل من العولمة والنمو في الاقتصاد المصري، ثم قياس أثر العولمة على النمو الاقتصادي في مصر من خلال نموذجين قياسيين الأول يوضح أثر العولمة في صورتها الكلية على النمو، والثاني يوضح أثر المؤشرات الفرعية للعولمة على النمو. وبالتالي، فإنه بعد هذه المقدمة ينقسم البحث إلى أربعة أقسام هي: مفهوم العولمة وقياسها وتطورها في مصر، العلاقة بين العولمة والنمو الاقتصادي، والنموذج القياسي لتحليل أثر العولمة على النمو خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)، والنتائج والتوصيات، وسوف يتم تناولها على التوالي.

## ٢ - مفهوم العولمة وقياسها وتطورها في مصر

لا تعد العولمة ظاهرة حديثة، حيث يؤرخ لها منذ زمن قديم نسبياً، فوفقاً لرأي العلماء والباحثين بدأت الموجة الأولى للعولمة مع نهاية القرن التاسع عشر، وتحديدًا في عام ١٨٧٠ عندما تفوق معدل نمو التجارة العالمية على معدل نمو الناتج العالمي<sup>١</sup>، وقد انكسرت تلك الموجة بحلول أزمة الكساد العالمي العظيم في ثلاثينيات القرن الماضي. وبدأت الموجة الثانية للعولمة في الانتعاش في أعقاب الحرب العالمية الثانية<sup>٢</sup>، وبخاصة بعد مؤتمر بريتون- وودز عام ١٩٤٤، وما أسفر عنه من إنشاء ثلاث من المؤسسات الدولية أسهمت في تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية، متمثلاً ذلك في: صندوق النقد الدولي (IMF)، والبنك الدولي (WB)، ومنظمة التجارة العالمية (WTO)<sup>٣</sup>. وبدأت الموجة الحديثة والمعاصرة للعولمة منذ بداية ثمانينيات القرن الماضي توازيها التطورات التكنولوجية الحديثة وبخاصة في مجال المعلومات والاتصالات وتزايد استخدام الإنترنت، فضلاً عن التطور الكبير في إدارة العلاقات الاقتصادية الدولية من قبل المؤسسات الدولية سألقة الذكر وتزايد دور الشركات متعددة الجنسيات، ولذا، تتميز المرحلة المعاصرة للعولمة بسرعة الانتشار وتزايد حجمها مقارنة بالمراحل السابقة (Dreher A., et al., 2008, PP 8,9 & WB, 2002, P 4). وسوف يتم تناول هذا البند من خلال ثلاث نقاط رئيسة هي: مفهوم العولمة، وقياس العولمة، وتطور العولمة في مصر.

### ٢-١: مفهوم العولمة:

لا يوجد اتفاق على مفهوم موحد لظاهرة العولمة - شأن معظم المفاهيم في العلوم الاجتماعية - لأنها مصطلح مختلف الدلالات في

١ إذ بلغ معدل نمو التجارة الدولية حوالي ٨٪ في المتوسط سنوياً (WB, 2002, P 3)، وإن كان يؤرخ البعض لظاهرة العولمة من قبل ذلك بكثير. يمكن الرجوع في ذلك إلى: (Dreher A., Others, 2008, PP 5,6).

٢ تغطي الموجة الثانية للعولمة للفترة (١٩٥٠ - ١٩٨٠) (WB, 2002, P 4).

٣ انبثق البنك الدولي عن البنك الدولي للإنشاء والتعمير (IBRD)، ومنظمة التجارة الدولية عن اتفاقية الجات (GATT).

أذهان وعقول المفكرين والباحثين والأكاديميين ، حيث ينطوي هذا المفهوم على عديد من الجوانب والأبعاد ، ويتوقف المفهوم على الشخص ورؤيته والموضوع الذي يتناوله ، ولعل أهم المفاهيم التي طرحت في شأن العولمة هي :

(١) أن العولمة تشير إلى زيادة التفاعل عبر الحدود الوطنية تلك التي تؤثر في كثير من جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية ، متملاً ذلك في زيادة وكثافة تدفقات السلع والخدمات ورؤوس الأموال والأفكار والمعلومات والأفراد فيما بين الدول وبعضها ، بما يترتب عليه من تكامل في الأنشطة الاقتصادية والثقافية والاجتماعية عبر الحدود الوطنية ( , 2004, McGrew A., Held D., PP 3-5).

(٢) تعرف العولمة بأنها العمليات التي يتم من خلالها تدفق السلع والخدمات ورؤوس الأموال والعمالة والمعلومات والأفكار عبر الحدود ، بما يترتب عليه من زيادة اندماج الاقتصاديات والمجتمعات في كافة نواحي الحياة التي أضحت تمثل سمة من سمات العصر الحديث ( Agénor P.R., 2002, p 3).

(٣) تتمثل العولمة بصورة عامة في زيادة حركة الأفراد والسلع والخدمات ورأس المال والأفكار ، فضلاً عن انتشار العدوى والأمراض والتلوث ، وعادة ما يتم ذلك من خلال تطور وسائل الاتصالات وتدويل الأسواق المالية ، فضلاً عن تزايد أهمية الشركات متعددة الجنسيات وتزايد الانفتاح في التجارة العالمية ،... الخ ( Goyal K. A., 2006, P 1).

(٤) خلاصة القول : تعرف العولمة بأنها تتمثل في التكامل المتزايد للاقتصاديات والمجتمعات ، وبالتالي ، فإنها تعد إعادة هيكلة للعلاقات فيما بين الدول في كافة المجالات ، وتمس كل جوانب الحياة البشرية لما تتضمنه من تدفقات السلع والخدمات والأفراد ورأس المال والأفكار والمعلومات والتعاون السياسي ، فضلاً عن انتشار التلوث

البيئي والعدوى والأمراض والسلوك الإجرامي والإرهاب (Hjalager, A., 2007, P 437). ويتضح من هذا التعريف - بالإضافة إلى التعريفات المختلفة سالفه الذكر - أن العولمة تتضمن عديداً من العناصر لعل أهمها:

- أن العولمة مفهوم واسع وعريض يستخدم لوصف مجموعة متنوعة من الظواهر التي تعكس زيادة الترابط فيما بين الدول، وتتضمن هذه الظواهر عديداً من التدفقات لعل أهمها: السلع والخدمات، ورؤوس الأموال، والاستثمارات المباشرة، والهجرة، والتكنولوجيا، والثقافة، والمعرفة،.. إلخ (Goldberg P. K., Pavcnik N., 2007, P 41). وهي كلها عمليات ينتج عنها مجموعة من العلاقات والترابطات المتبادلة التي تؤدي إلى تآكل الحدود الوطنية نتيجة لاندماج الدول مع بعضها في المجالات المختلفة.
- أن العولمة ظاهرة معقدة ومتعددة الأشكال تجمع بين عديد من القضايا، وتؤثر في كافة جوانب الحياة مثل: الثروة، والحرية، والثقافة، والعادات، والصحة،.. إلخ (Vujakovic P., 2009, P 3).
- تتسم العولمة بالشمول، حيث لا تقتصر على الجوانب الاقتصادية فحسب، بل تتضمن عديد من الجوانب الأخرى سواء السياسية أو الاجتماعية والثقافية أو البيئية،.. إلخ، وإن كان البعض يرى أن العولمة الاقتصادية هي المحرك الأساسي وراء عمليات العولمة برمتها (Dreher A., Gaston N., Martens P., 2008, PP 10-12).
- أن مفهوم العولمة أكثر شمولاً من عديد من المفاهيم الأخرى، مثل: الانفتاح، والتحرير، والتكامل، والاندماج، والتدويل، والتغريب وذلك لأن هذه المفاهيم تغطي جانباً واحداً أو أكثر من جوانب التدفقات والترابطات عبر الحدود، في حين أن العولمة

تغطي كافة هذه الجوانب ( Martens P., Zywiets D., 2006, PP 133,134).

- يترتب على العولمة زيادة التداخل والترابط فيما بين أسواق الدول، نتيجة لزيادة التفاوت في أنماط الإنتاج<sup>1</sup>، بينما تسهم في توحيد أو تقارب أنماط الاستهلاك فيما بين الدول.
- تسهم العولمة في ظل تكامل الأسواق وثورة المعلومات وتزايد استخدام الإنترنت في سرعة انتشار الأزمات وموجات الرواج والركود، وكذلك المعرفة والثقافات وتقاربها بين المجتمعات.
- تسهم العولمة في توجيه اهتمامات كل سكان الأرض إلى قضايا موحدة بغض النظر عن موقعهم الجغرافي أو الاجتماعي، مثل: الفقر، والبيئة، وظاهرة الاحتباس الحراري، وثقب الأوزون، والإرهاب، والديمقراطية، وحقوق الإنسان، وتهديد انتشار الأسلحة النووية، وكلها قضايا تتجاوز قدرة كل دولة على حدة (Caselli, M., 2004, P 7).

## ٢-٢: قياس العولمة :

يعد قياس العولمة من الموضوعات المهمة لدى المتخصصين، لما في ذلك من أهمية في تحديد الاختلافات في مستوى العولمة كميًا فيما بين الدول - أي تحديد الدول الأكثر أو الأقل من حيث العولمة - وكذلك تحديد مقدار التغير في مستوى العولمة في الدولة عبر الزمن وتأثير ذلك على الوضع النسبي لها، فضلاً عن استخدامه في الدراسات القياسية لتحديد آثارها على المتغيرات الكلية. ويمكن التمييز بين نوعين أساسيين من المقاييس في هذا الشأن:

**أولاً: المقاييس الجزئية (Partial Measures):** تغطي هذه المقاييس جوانب محددة في العولمة، وعادة ما تهتم على هذه المقاييس المؤشرات الاقتصادية، مثل: نسبة الصادرات أو نسبة الواردات إلى الناتج المحلي

<sup>1</sup> حيث تزداد درجة التخصص وفقاً للمزايا النسبية، ومن ثم، يزداد التكامل فيما بين أسواق الدول.

الإجمالي، أو العولة التجارية وتقاس بنسبة التجارة الخارجية (الصادرات + الواردات) إلى الناتج المحلي الإجمالي، والعولة المالية وتقاس بنسبة التدفقات المالية إلى الناتج المحلي الإجمالي، وكذلك العولة الثقافية، والعولة السياسية،.. إلخ، وكل من هذه المقاييس يغطي الجانب الذي تتضمنه عادة تسميته.

**ثانياً: المقاييس المركبة (Composite Measures):** تتسم هذه المقاييس بصفة الشمول، حيث تنطوي على عديد من المعايير الجزئية سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الثقافية أو التكنولوجية،.. إلخ. ولعل أهم المقاييس المركبة للعولة يتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

(1) معيار مركز بحوث السوق العالمي (World Market Research Center) G-Index ويعد أولى المحاولات لإيجاد مقياس مركب للعولة، وقد تم ذلك في عام ٢٠٠١، من جانب (WMRC)، ويتضمن هذا المعيار مؤشرين فرعيين، هما: الاقتصاد القديم ويشمل كلاً من التجارة الخارجية، والاستثمار الأجنبي المباشر، وتدفقات رؤوس الأموال الخاصة، بوزن نسبي ٧٠٪، والاقتصاد الحديث، ويتضمن صادرات الخدمات، ومستضيفي خدمة الإنترنت، وحركة المكالمات الدولية، بوزن نسبي ٣٠٪، وتغطي الجوانب الاقتصادية في هذا المؤشر ٩٠٪، بينما تغطي الجوانب التكنولوجية ١٠٪ (Randolph J., 2001).

<sup>1</sup> توجد هناك بعض المؤشرات المركبة الأخرى، مثل: مؤشر العولة المعدل (Modified Globalization Index)، ولزيد من التفصيل عنه يمكن الرجوع إلى: (Martens P., Zywiets D., 2006, PP 331-350)، ومؤشر ماسترخت للعولة (Maastricht Globalization Index) MGI، ولزيد من التفصيل عنه يمكن الرجوع إلى: (Martens P., Raza M., 2008)، ومؤشر العولة الجديد (New Globalization Index) NGI، ولزيد من التفصيل عنه يمكن الرجوع إلى: (Vujakovic P., 2009).



(٢) معيار أو مؤشر كيرني ATK/FP ( A.T. Kearney/Foreign )

(Policy Magazine Globalization Index): وقد تم وضع الصيغة الأولى له في عام ٢٠٠١، وطور في عام ٢٠٠٣، ثم في عام ٢٠٠٥، ويتضمن المؤشر العام للعولمة - طبقاً لهذا المعيار - أربعة مؤشرات فرعية هي: مؤشر اقتصادي، ومؤشر شخصي، ومؤشر تكنولوجي، ومؤشر سياسي، وتنطوي هذه المؤشرات الأربعة بدورها على ١٣ متغيراً، ويغطي هذا المؤشر ٦٢ دولة حول العالم تمثل ٨٥٪ من سكان العالم، وهو أكثر شمولاً من المؤشر السابق (Kearney A. T., (Martens P., Zywiets D., 2006, P 333). (2003, P 60).

(٣) معيار أو مؤشر CSGR (Centre for Study of Globalization)

(Regionalisation): ويتضمن المؤشر العام للعولمة - وفقاً له - ثلاثة أبعاد، هي: العولمة الاقتصادية، والعولمة الاجتماعية - وتنطوي على مؤشرين فرعيين هما: الأفراد، والأفكار - والعولمة السياسية، وتنطوي كل بعد من هذه الأبعاد على عدد من المتغيرات يتراوح بين ٣ متغيرات كحد أدنى، ٩ كتغيرات كحد أقصى وبما يمثل ١٦ متغيراً، وتغطي بيانات هذا المؤشر الفترة (١٩٨١ - ٢٠٠١) في ٩٦ دولة (Caselli, M., 2006, PP 9-12).

(٤) معيار أو مؤشر KOF (KOF Index of Globalization): يتكون

المؤشر العام للعولمة - وفقاً لهذا المعيار - من ثلاثة مؤشرات فرعية هي: مؤشر اقتصادي، ومؤشر اجتماعي، ومؤشر سياسي، وتتراوح قيمة المؤشر العام أو أي مؤشر فرعي بين (٠ - ١٠٠)، وزيادة قيمة المؤشر تدل على زيادة درجة العولمة، والعكس صحيح، وتنطوي هذه المؤشرات الثلاثة بدورها على ٢٣ متغيراً تم تجميعها باستخدام طرق إحصائية محددة، وذلك كما هو موضح بصورة مفصلة في الملحق بالجدول رقم (١)م، ويغطي هذا المؤشر ١٥٦ دولة حول العالم وفقاً لآخر تصنيف له في عام ٢٠٠٧ (KOF Index, )

(Dreher A., 2006, P3 ) & 2010 , PP 1-4) وسوف يتم التركيز

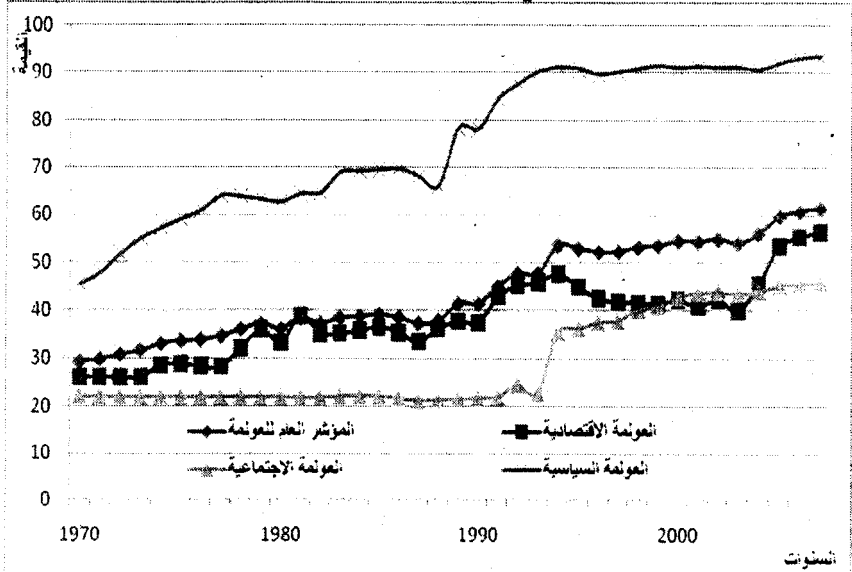
على هذا المؤشر والاعتماد عليه في النموذج القياسي فيما بعد<sup>١</sup>.

٢-٣: تطور العولمة في مصر

شهد الاقتصاد المصري تطوراً كبيراً في مؤشرات العولمة خلال فترة الدراسة المشار إليه ، وهذا ما توضحه بيانات الجدول رقم (٢)م ، وكذلك الشكل رقم (١).

شكل رقم (١)

تطور العولمة في مصر خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)



المصدر: بيانات الجدول رقم (٢)م.

يلاحظ من هذا الشكل ما يلي:

- ارتفع مؤشر العولمة الاقتصادية من حوالي ٢٦,٢ نقطة في عام ١٩٧٠ حتى وصل إلى حوالي ٣٨ نقطة في بداية التسعينيات ،

<sup>١</sup> وذلك لأنه يعد أكثر المعايير المركبة شمولاً ، فضلاً عن توافر البيانات الكافية لهذا المؤشر في صورة سلاسل زمنية طويلة ، وهو ما لا يتوفر في المعايير الأخرى. ولزيد عن المفاهيم ومكوناتها وطريقة القياس ، يمكن الرجوع إلى الموقع التالي: (<http://globalization.kof.ethz.ch>).

بزيادة تقدر بحوالي ٤٣٪ مقارنة بما كان عليه في بداية الفترة، وتحقق الجزء الأكبر من هذه الزيادة في النصف الثاني من عقد السبعينيات نتيجة لتطبيق سياسة الانفتاح الاقتصادي في عام ١٩٧٤، واستمر هذا المؤشر في التزايد وبمعدل أكبر في بداية التسعينيات في أعقاب تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي، إذ بلغت قيمته ٥٦,٣ نقطة في عام ٢٠٠٧، محققاً زيادة تقدر بحوالي ٣٠,٢ نقطة، وبما يمثل ١١٥٪ مقارنة بما كان عليه في بداية الفترة، وقد كان متوسط معدل نموه ٢,٠٤٪ سنوياً خلال فترة الدراسة، ويعزى ذلك إلى سياسات التحرر والانفتاح التي اتبعتها الحكومة المصرية خلال تلك الفترة.

• لم يطرأ أي تغير يذكر على مؤشر العولمة الاجتماعية خلال عقدي السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي، فقد كان ثابتاً إلى حد كبير وتذبذبت قيمته حول ٢٢ نقطة تقريباً، غير أنه منذ منتصف التسعينيات حدثت به طفرة، حيث تضاعفت قيمته خلال الفترة (١٩٩٤-٢٠٠٧)، إذ بلغت ٤٥,٨ نقطة في عام ٢٠٠٧، ويعزى ذلك إلى التقدم الكبير في قطاع الاتصالات، وتزايد استخدام الإنترنت وانتشار مطاعم ماكدونالد بمصر، وحقق هذا المؤشر معدل زيادة تقدر بحوالي ١٠٦٪ خلال فترة الدراسة، وبمعدل نمو ١,٩٢٪ في المتوسط سنوياً.

• لقد كان مؤشر العولمة السياسية أعلى مقارنة بمؤشري العولمة الاقتصادية والعولمة الاجتماعية خلال كل سنوات الدراسة، فقد حدث تحسن كبير في قيمة هذا المؤشر، وازدادت قيمته بما يفوق الضعف في نهاية الفترة مقارنة بما كان عليه في بدايتها، إذ ارتفعت قيمته من حوالي ٤٥,٤ نقطة في عام ١٩٧٠ إلى أن بلغت ٩٣,٤ نقطة في عام ٢٠٠٧، بزيادة تقدر بحوالي ١٠٦٪، وبمعدل نمو سنوي ١,٩٢٪ في المتوسط خلال فترة الدراسة.

• ارتفع المؤشر العام للعولمة من ٢٩.٣ نقطة في عام ١٩٧٠ إلى ٤١.٤ في بداية التسعينيات بزيادة تقدر بحوالي ١٢ نقطة، وبما يمثل حوالي ٤١٪ خلال هذين العقدين من الزمن، واستمرت قيمة هذا المؤشر في التزايد وبمعدلات كبيرة خلال النصف الأول من عقد التسعينيات بسبب تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي والتكيف الهيكلي، وقد وصلت قيمته إلى ٦١.٣ نقطة في عام ٢٠٠٧، وبما يفوق ضعف ما كان عليه في بداية الفترة، محققاً زيادة تقدر بحوالي ١٠٩٪ في نهاية الفترة مقارنة بما كان عليه في بدايتها، وقد كان متوسط معدل نموه ١.٩٦٪ سنوياً خلال فترة الدراسة.

• يُعزى الارتفاع الكبير في المؤشر العام للعولمة إلى ارتفاع قيمة مؤشر العولمة السياسية نتيجة للوضع السياسي رفيع المستوى لمصر مع دول العالم، وفقاً للمعايير التي يستند إليها هذا المؤشر، حيث احتلت مصر في عام ٢٠٠٧ الترتيب ١٥، وبالتالي، تكون في مصاف أكثر دول العالم تقدماً وفقاً لمؤشر العولمة السياسية، بينما تحتل الترتيب ٩٨، ١١٠ وفقاً لمؤشري العولمة الاقتصادية والعولمة الاجتماعية على التوالي، وذلك من بين ١٥٦ دولة مصنفة وفقاً لهذا المعيار، وبذلك تحتل مصر الترتيب ٦٨ وفقاً للمؤشر العام للعولمة، من بين هذه المجموعة من الدول في ذات العام (KOF Index, 2010, PP 1-3).

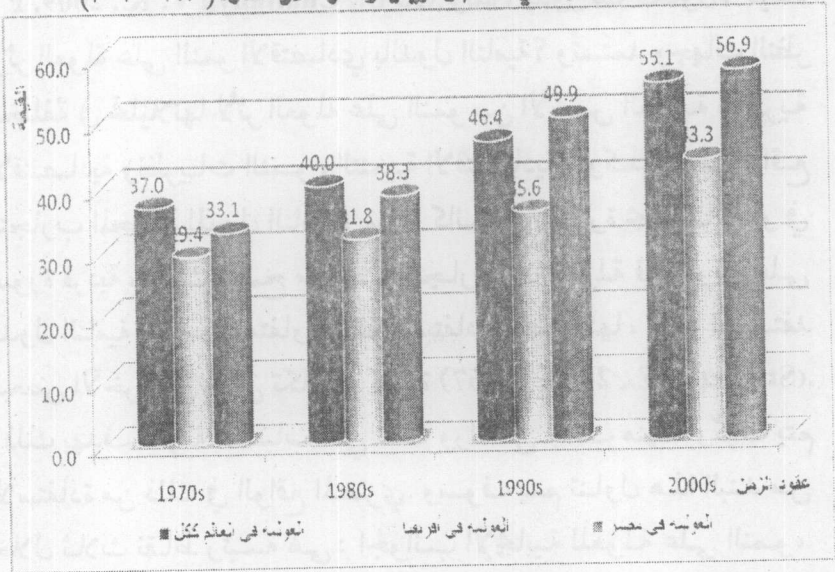
وبمقارنة تطور الوضع النسبي للعولمة في مصر بنظيره في الدول الأفريقية ككل والمستوى العالمي خلال فترة الدراسة، نجد أن معدل نمو المؤشر العام للعولمة في مصر والمقدر بحوالي ١.٩٦٪ في المتوسط

١ جدير بالذكر أن ترتيب مصر في عام ٢٠٠٠ وفقاً للمؤشر العام للعولمة عند كيرني هو ٤٦ من بين ٦٢ دولة، وقد كان ترتيبها وفقاً للمؤشرات الفرعية ٥٨، ٤١، ٥٣، ١٠، وهذا المؤشر هو على الترتيب: الاقتصادي، والشخصي، والتكنولوجي، والسياسي (Kearney A. T., 2003, PP 60-62).

سنوياً، كان أعلى من نظيره على كل من المستوى الأفريقي والمستوى العالمي الذي كان ١,٣٧٪، ١,٣٢٪، في المتوسط سنوياً لكل منهما على التوالي. وقد كان من نتيجة ذلك ارتفاع قيمة مؤشر العولمة في مصر بمعدلات أسرع منها على المستوى الأفريقي والعالمي، وهذا ما يوضحه الشكل رقم (٢)، فبعد أن كان مؤشر العولمة في مصر أقل منه على المستوى العالمي بحوالي أربع نقاط خلال عقد السبعينيات، أصبحت قيمته في مصر خلال العقد الأول من الألفية الثالثة يفوق نظيره على المستوى العالمي بمقدار ١,٨ نقطة، كما أنه بالنسبة للدول الأفريقية ازداد الفرق بين قيمة مؤشر العولمة في مصر وهذه الدول حوالي أربع نقاط خلال عقد السبعينيات إلى ١٣,٦ نقطة في العقد الأخير المشار إليه.

شكل رقم (٢)

تطور المؤشر العام للعولمة في العالم وأفريقيا ومصر خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)



المصدر: بيانات الجدول رقم (١) م، وكذلك الموقع:

-/ <http://globalization.kof.ethz.ch/aggregation>

### ٣- العلاقة بين العولمة والنمو الاقتصادي

تعد العلاقة بين العولمة والنمو الاقتصادي في الدول النامية من أكثر الموضوعات إثارة للجدل، حيث يرى الليبراليون أن العولمة تدعم النمو في هذه الدول نتيجة لزيادة الاعتماد المتبادل فيما بين الاقتصاديات وزيادة المنافسة وسد فجوتي الموارد والمعرفة الفنية بها، فضلاً عن الإسهام في إجراء الإصلاحات الاقتصادية والسياسية والمؤسسية وتطوير نظم التعليم والمعارف وقبول الآخر والمفاهيم الجديدة،.. إلخ ( Goyal K. A., 2006, P 3). في حين يرى المتشككون عكس ذلك، لأنه يترتب عليها زيادة التفاوت في توزيع الدخل والفقر بهذه الدول وزيادة الفجوة الدخلية بينها وبين الدول المتقدمة المستفيدة من العولمة<sup>1</sup>، فضلاً عن تكرار الأزمات وهروب رؤوس الأموال والكفاءات وفقدان الهوية الثقافية وتآكل المعايير الاجتماعية،.. إلخ، مما يؤثر سلباً على النمو بالدول النامية ( Bhaskara R. B., Chaitanya V. K., 2009, P 1). ولذا، يدور هنا تساؤل: كيف تؤثر العولمة على النمو الاقتصادي بالدول النامية؟ وتُسَمَد وجهات النظر المختلفة في تحليلاتها لأثر العولمة على النمو من الأسس العلمية للنظرية الاقتصادية ونظريات النمو والتنمية الاقتصادية، وكذلك من واقع التجارب المختلفة للدول النامية، سواء كانت في صورة مجموعات أو في صورة فردية، حيث يتضح من هذه التجارب أن العولمة قد أثرت على الدول النامية بدرجات متفاوتة، فقد استفاد البعض منها، بينما لم يستفد البعض الآخر، بل تحمل تكاليف كبيرة (Stiglitz J. E., 2004, P 467). وذلك بهدف معرفة الأسباب التي تقف وراء كل جانب منهما وكيف يتم الاستفادة من ذلك في الواقع المصري. وسوف يتم تناول هذا البند من خلال ثلاث نقاط رئيسة هي: الجوانب الإيجابية للعولمة على النمو، والجوانب السلبية للعولمة على النمو، والنمو الاقتصادي والعولمة في مصر.

1 حيث إن الدول الفقيرة يصل سكانها حوالي ٨٠٪ من مجمل سكان العالم ويبلغ نصيبها من الناتج العالمي حوالي ٢٠٪ حالياً، ويتوقع أن تنخفض هذه النسبة إلى ١٤٪ في عام ٢٠٤٠ في حين يزداد النصيب النسبي للدول الغنية.

## ٢-١: الجوانب الإيجابية للعولة على النمو:

يؤمن عديد من الاقتصاديين بأن العولة تكون قوة دافعة للنمو في الدول النامية، لما يترتب عليها من إيجابيات على عديد من المتغيرات الاقتصادية الكلية، سواء كان هذا بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ويدعمون هؤلاء الاقتصاديون هذا التفاؤل من خلال النظرية الاقتصادية ونظريات النمو والتنمية، ومن واقع التجارب الناجحة في هذا الشأن (Neutel M., Heshmati A., 2006, PP16,17). ولذا، فإنه سوف يتم في هذا الجزء تحديد أهم القنوات التي يمكن أن تؤثر العولة من خلالها إيجابياً على النمو الاقتصادي في الدول النامية، وتقديم بعض التجارب الناجحة في هذا الشأن من واقع نتائج الدراسات التطبيقية السابقة.

لعل أهم القنوات التي يمكن أن تؤثر العولة من خلالها إيجابياً على النمو الاقتصادي في الدول النامية يتمثل فيما يلي:

- الانفتاح التجاري، ويترتب عليه الاستفادة من مزايا التخصص - واستغلال المزايا النسبية - نتيجة لإعادة تخصيص الموارد في الأنشطة الأكثر كفاءة إنتاجية<sup>١</sup>، كما يسهل الحصول على المدخلات بتكلفة أقل وجودة أعلى، فضلاً عن التكنولوجيا المتطورة بصورة مستمرة، وكلها أمور تسهم في رفع كفاءة عوامل الإنتاج وإنتاجيتها (Agénor P.R., 2002, P 4). وقد أكدت عديد من الدراسات على وجود علاقة إيجابية بين الانفتاح التجاري والنمو (Kose M. A., Prasad E. S., Others, 2006, p 179)، وعادة ما تكون الاستفادة أكبر في حالة الدول الصغيرة<sup>٢</sup>، نتيجة لتحسين الكفاءة الداخلية والتنافسية بها، رغم أنها تكون أكثر تأثراً بالصدمات الخارجية (Read R., 2004, PP 368,369).

<sup>1</sup> ويعيداً عن الأنشطة الأقل كفاءة، وبخاصة في ظل سياسة الإحلال محل الواردات.  
<sup>2</sup> وقد تكون هذه الآثار سلبية في حالة ضعف القدرة التنافسية للدولة، كما في حالة الدول الأفريقية جنوب الصحراء.

• تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث تسهم هذه الاستثمارات في سد كل من فجوة الموارد المحلية والفجوة التكنولوجية، وتحقيق تخصيص أفضل للاستثمارات، واتباع سياسات اقتصادية أفضل، بالإضافة إلى تحفيز الاستثمارات المحلية، ونقل النظم الإدارية المتطورة في كل المجالات التي يرتادها، وتحسين بيئة الأعمال المحلية بالدول النامية، بما يسهم في تحسين الكفاءة الإنتاجية وزيادة إنتاجية الاقتصاد الوطني بها، وبخاصة في الدول التي يكون لديها قدر كاف من رأس المال البشري واستقرار في سياساتها ( Kose M., A., et al., 2005, P34).

• الهجرة العمالية، ويكون لها دور كبير في دعم عديد من الدول النامية من خلال تحويلات العاملين، ومن ثم زيادة إيرادات الدولة من النقد الأجنبي<sup>1</sup>، كما يمكن أن تسهم في نقل الكفاءات والخبرات الفنية والإدارية إلى هذه الدول في حالة الاستعانة بالخبراء الأجانب، غير أنه توجد عديد من القيود على الهجرة العمالية في المرحلة المعاصرة للعولمة ولا تكون على نفس مستوى التدفقات الأخرى (Hirst P., Thompson G., 2002, P 248).

• الانفتاح المالي، ويعمل على توفير التمويل اللازم لعمليات الاستثمار من خلال الاقتراض من الخارج وتخفيض تكلفة الاستثمار، وتطوير الأسواق المالية وتنوع محافظ الاستثمار، فضلاً عن الارتفاع بكفاءة الجهاز المصرفي وتحسين الخدمات المصرفية، مما يؤدي في النهاية إلى زيادة معدلات الادخار والاستثمار بالإضافة إلى زيادة كفاءة تخصيص رؤوس الأموال

<sup>1</sup> غير أنه عادة ما تكون هناك عديد من القيود على حركة العمالة، حيث ركزت العولمة على حركة السلع والخدمات ورأس المال وتجاهلت حركة العمالة، وهو ما ينوه إليه منتقدو العولمة فيقولون أن هذا من صنع الدول المتقدمة وبما يحقق مصالحها دون مراعاة لمصالح الدول النامية كيفية العمالة (Stiglitz J. E., 2004, P-471).



بالدول النامية (Bekaert G., et al., 2005, P 41)، وتكون هذه الآثار الإيجابية أكبر في الدول ذات الأسواق المالية والمؤسسات الأكثر تطوراً ونضجاً، وفي ظل توافر الشفافية واستقرار السياسات المحلية (Li K. W., et al., 2007, P 4) (Agénor), (P.R., 2002, P 3).

• العولمة الاجتماعية، لا شك أن توافر المعلومات والاتصالات، ومن ثم المعرفة، مهم لأنه يعطى فكرة عن النجاح الاقتصادي في الدول الأخرى، وبالتالي، يعمل على قبول مفاهيم جديدة. وقد سهلت هذه المعرفة عمليات العولمة بين المجتمعات، وتعد من أقوى العوامل المؤثرة على النمو في الأسواق الناشئة، ولا تقتصر المعرفة على التقنية فقط بل تعمل على تحول المجتمعات وبخاصة في جوانب الديمقراطية والأسواق وتطوير السياسات والمؤسسات، فضلاً عن أنها تعزز التجارة والتكامل الاقتصادي نتيجة لانخفاض تكلفة المعاملات عبر الحدود، وبالتالي، تذلل البعد الجغرافي وتعمل على تقارب دول العالم وتساعد في وضع السياسات الاقتصادية، بما يسهم في إصلاح الدول النامية لاقتصادياتها (Stiglitz J. E., 2004, P 470). كما أن التقارب الثقافي يقلل من مقاومة الأفكار الجديدة لدى الغير، فعلى سبيل المثال: الإصلاحات البيكلية التي بدأت في الدول النامية في العقدين الأخيرين من القرن الماضي وبداية الألفية الثالثة تتم ببطء مقارنة بما تمت به في الدول الصناعية في الماضي، بالإضافة إلى أن التكنولوجيا المستوردة في الدول النامية لا يتوقع أن تسهم في

يعد تحرير أسواق رأس المال، وما يرتبط به من انتقال لرؤوس الأموال قصيرة الأجل، من أكثر الجوانب غموضاً في ظل العولمة نظراً لما يرتبط به من تقلبات وتكرار الأزمات، ومن ثم، عدم الاستقرار. ويرى صندوق النقد الدولي والبنك الدولي أن الدول التي ليس لديها مؤسسات ملائمة ونظم عملية سليمة تكون آثارها ضارة على اقتصادياتها (WB, 2002, P 10).

ارتفاع معدلات النمو إذ لم يتم استيعاب الثقافات والظروف الاجتماعية المرتبطة بها لأنها جزء منها، وقد أثبتت عديد من الدراسات أن التكامل الاجتماعي يدعم النمو ( Dreher A., 2006, p 11).

• العولمة السياسية، وهي تشكل أساس التواصل بين الدولة والعالم، وتسهم في تحقيق الإصلاحات السياسية والاقتصادية في الدول النامية، ويدفع هذا بدوره الحكومات إلى إصلاح المؤسسات المحلية التي تعمل على تحسين قدرة القطاع الخاص وزيادة معدلات الادخار والاستثمار، وتدعيم النظام المالي، فضلاً عن تنظيم الإشراف والرقابة على نشاط الوسطاء الماليين، مما يعمل على تحسين البنية التحتية والقانونية، وكلها أمور تعمل على توفير المناخ الملائم لنشاط الأعمال والاستثمار، مما يسهم في زيادة النشاط الإنتاجي (Dreher A., 2006, P 10).

فيما يتعلق بالدراسات التجريبية لأثر العولمة على النمو، فقد أخذت عديد من الدراسات بعض المؤشرات الجزئية للعولمة – وبخاصة الاقتصادية منها – مثل: الانفتاح التجاري، وتدفقات الاستثمارات الأجنبية المباشرة، والانفتاح المالي، والمساعدات، كما استخدم البعض الآخر مؤشرات أكثر شمولاً، وتبين أن هناك ارتباطاً طردياً إيجابياً بين العولمة والنمو في الدول النامية ( Bhaskara R. B., 2009, P 1). وتؤكد عديد من الدراسات على أن التدفقات الفعلية المرتبطة بالعولمة وبخاصة الانفتاح التجاري، وتدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر تسهم في ارتفاع مستوى الأداء الاقتصادي، ومن ثم، تسهم في زيادة معدلات النمو الاقتصادي (Thorbeke E., Nissanke M., 2006, P 1333). كما أنه لا يترتب على العولمة زيادة الناتج المحلي أو معدل نموه فقط، ولكن أيضاً إحداث تغيير في اتجاهات النمو فيما بين القطاعات، حيث تنمو قطاعات الخدمات والقطاعات الترفيهية والمتطورة ذات الإنتاجية

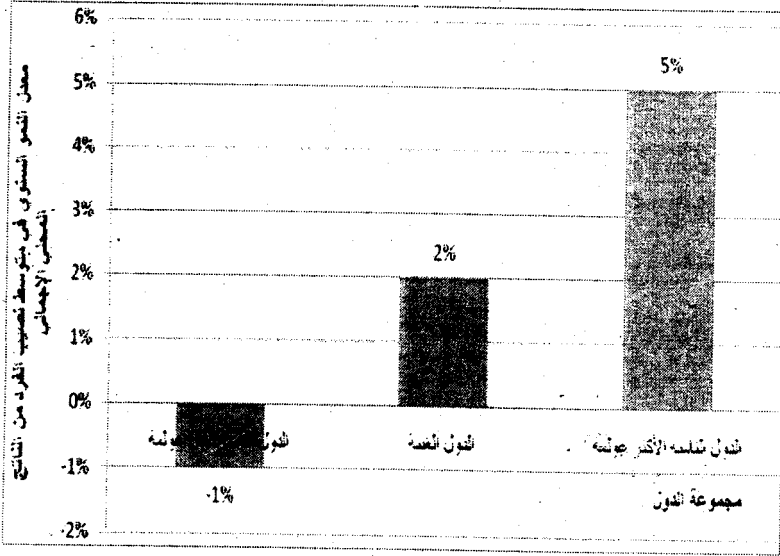
المرتفعة بمعدلات أعلى، بما يترتب على ذلك من تغيرات في هيكل الاقتصاد تماشيًا مع التغيرات في هيكل الطلب الخارجي. ويتحقق ذلك بصفة خاصة في الدول التي لديها سياسات سليمة ومؤسسات قوية (Durlauf S. N., Blume L.E., 2008, P 683)، وهذا ما حدث في الاقتصاديات الناشئة، مثل: دول جنوب شرق آسيا والصين والهند (Goyal K. A., 2006, P 3).

لقد كان للعولمة دور إيجابي في زيادة معدلات النمو الاقتصادي خلال عقدي الثمانينيات والتسعينيات من القرن الماضي، الأمر الذي أسهم في خفض عدد الفقراء الذين يعيشون على أقل من \$1 دولار في اليوم بحوالي ٢٠٠ مليون فرد بالعالم (Wade R. H., 2004, P1)، كما أنه يمكن تفسير اختلاف معدلات النمو فيما بين الدول خلال ٢٠ عاماً الماضية على حسب درجة العولمة، حيث إن الاقتصاديات الأكثر انفتاحاً وزيادة في مستوى العولمة حققت معدلات نمو أعلى وأسرع مقارنة بالدول الأقل من حيث العولمة والانفتاح على العالم الخارجي (Wade R. H., 2004, P 15)، وهو ما أكدته دراسة قام بها (Dreher A., 2006, PP 8-12) في تحليله عن أثر العولمة على النمو في ١٢٣ دولة خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٠) باستخدام مؤشر (KOF) الذي قام بتطويره في هذه الدراسة، كما توصل البنك الدولي (WB, 2002, PP 5) في إحدى دراساته إلى نفس النتيجة تقريباً، حيث إنه في مجموعة الدول النامية الأكثر عولمة ارتفع معدل النمو الاقتصادي من ١٪ خلال عقد الستينيات إلى ٣٪ خلال عقد السبعينيات، ثم إلى ٤٪ خلال عقد الثمانينيات، وقد بلغ هذا المعدل ٥٪ في عقد التسعينيات، وهو أعلى من ضعف المعدل المحقق في دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المتقدمة والغنية (OECD) الذي كان ٢٪ في المتوسط سنوياً، وهو ما يوضحه الشكل رقم (٣)، في حين أن معدل النمو الاقتصادي المحقق في مجموعة الدول النامية الأقل

عولة خلال عقد التسعينيات هذا كان بالسالب ( Durlauf S. N., )  
(Blume L.E., 2008, P 684).

شكل رقم (٢)  
معدل النمو الاقتصادي وعلاقته بالعملة في مجموعات الدول خلال عقد

التسعينيات



المصدر:

-World Bank, (2002), *Globalization, growth, and poverty: building an inclusive world economy*, the World Bank, Washington, DC., P5, <http://books.google.co.uk/books>.

◆ مجموعة الدول النامية الأكثر عولة تتمثل في ٢٤ دولة يصل عدد سكانها ٣ بليون نسمة وتضم كبريات الدول النامية، مثل: الصين والهند والبرازيل والمكسيك، بينما مجموعة الدول النامية الأقل عولة يصل عدد سكانها ٢ بليون نسمة.

تؤكد بعض الدراسات على دور العولة كقوة داعمة لعمليات النمو والتنمية في العالم، وبخاصة في الدول النامية ذات الاقتصاديات الناشئة، تلك الدول التي استطاعت استغلال السوق بنجاح من خلال انتهاجها لإستراتيجية التوجه إلى الخارج من خلال الإنتاج والتصدير للمنتجات كثيفة العمل<sup>١</sup>، ثم استطاعت التحول تدريجياً إلى

<sup>١</sup> حيث تستفيد الأسواق الموجهة للتصدير من التخصص وفقاً للمزايا النسبية لديها، وكذلك من التقدم التكنولوجي بالدول المتقدمة (Sachs J., D., 2000, PP 598,599).

الصناعات كثيفة رأس المال وكثيفة المستوى التكنولوجي (Das D. K., 2008, P 43، والهند، وكذلك دول أمريكا اللاتينية ودول الاتحاد السوفيتي السابق (Wade R. H., 2004 , P 2).

فقد استطاعت دول جنوب شرق آسيا، خلال الفترة (١٩٦٠ - ١٩٩٠) تحقيق معدلات نمو تفوق معدلات النمو المحققة في أي مجموعات أخرى في العالم، إذ كان معدل النمو في متوسط دخل الفرد حوالي ٥,٥٪ سنوياً، وأسهم ذلك في خفض الفقر بها بنسبة كبيرة، حيث انخفض عدد الأفراد الذين يعيشون على أقل من \$١ في اليوم في دول جنوب شرق آسيا والباسفيك خلال العقد (١٩٨٧ - ١٩٩٨)، من ٤١٧,٥ مليون فرد إلى ٢٧٨,٣ مليون فرد (Stiglitz J. E., 2004 , P 510).

وقد حقق الاقتصاد الصيني معدلات نمو مرتفعة خلال ٢٠ عاماً الماضية، إذ تراوح معدل النمو المحقق بين (٩٪ - ١٠٪) سنوياً، يرجع منها ما بين (٥٪ - ٦٪) إلى عوامل الإنتاج، بينما تعزى النسبة المتبقية (٣٪ - ٤٪) إلى الزيادة في الإنتاجية، وقد اقترن هذا بزيادة العولمة نتيجة لتطبيق الإصلاحات التحررية وزيادة الانفتاح على العالم واستقطابها لقدر ضخم من الاستثمارات المباشرة (Gang F., 2008, P 5)، فضلاً عن تطوير التعليم والبحث العلمي بما يتماشى مع الاتجاه العالمي الجديد. وبعد النموذج الصيني تجربة مفيدة للدول النامية الأخرى في كيفية استغلالها للفرص التي أتاحتها العولمة مع احتفاظها بالقيود التي تحد من المخاطر المحتملة المرتبطة بها من خلال الإدارة والتنظيم السليم لعملية العولمة (Stiglitz J. E., 2004 , P 468).

أسهم الانفتاح على العالم الخارجي في الهند وتزايد مستوى العولمة بها في رفع معدلات النمو بمقدار الضعف تقريباً، إذ ارتفع معدل

١ فقد استطاعت جذب كميات كبيرة من الاستثمارات الأجنبية المباشرة دون الحاجة للتحرير الكامل لأسواق رأس المال، واستطاعت بذلك تجنب آثار الأزمات المالية، كما حدث في دول جنوب شرق آسيا في نهاية التسعينيات من القرن الماضي.

النمو بها من ٣٪ خلال عقد السبعينيات من القرن الماضي إلى أن وصل إلى حوالي ٥,٩٪ خلال عقد التسعينيات من ذات القرن ( Goyal K. A., P 3 , 2006 )، هذا فضلاً عن إحداث تغيرات هيكلية إيجابية في هيكل قطاعات الاقتصاد القومي وتخفيض الفقر بها بحوالي ٤٠٪ خلال عقد التسعينيات من القرن الماضي (WB, 2002 , p 6).

يتضح من ذلك، أن نجاح العولمة بالدول النامية يتوقف على القدرة المؤسسية والمالية ومستوى رأس المال البشري بها ومدى الشفافية وفاعلية تطبيق القانون، حيث كلما كانت هذه العوامل أكثر تقدماً كانت الدولة أكثر قدرة على التكيف مع العولمة والاستفادة منها، كما حدث في التجارب الناجحة سالفة الذكر، والعكس صحيح ( Thorbeke E., Nissanke M., 2006, PP 1336,1337).

## ٢-٢: الجوانب السلبية للعولمة على النمو

يرى الاقتصاديون المعارضون لظاهرة العولمة أنها تمثل صورة الليبرالية الجديدة، وهي من صنع الدول الغربية والمتقدمة وتستخدم المؤسسات الدولية- التي تحتضنها في أراضيها- كأداة في توجيه العولمة بما يحقق مصالحها (Keating M. F., 2001, P 4)، وذلك لأن المنافسة على الساحة الدولية تكون غير متكافئة، لأن أطرافها ليسوا على نفس المستوى من القوة، فهناك الدول المتقدمة والشركات متعددة الجنسيات - الطرف القوي - وتمارس ضغوطها على الدول النامية - الطرف الضعيف - وتعمل على إجراء تغييرات عادة ما تكون في صالح الدول المتقدمة، ودون مراعاة لمصالح الدول النامية، فضلاً عن أن العولمة تنطوي على كثير من المخاطر، سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، وعادة ما تؤثر هذه المخاطر سلباً على النمو في المستقبل. وسوف يتم استعراض أهم القنوات التي يمكن أن تؤثر العولمة من خلالها سلباً على النمو في الدول النامية - سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة - مدعماً ببعض النتائج من واقع نتائج الدراسات التجريبية كلما أمكن، ولعل أهم

القنوات، التي يمكن أن تؤثر العولة من خلالها سلباً على النمو الاقتصادي في الدول النامية تتمثل فيما يلي:

- عدم الاستقرار المالي، حيث يترتب على الانفتاح المالي وما يقترن به من تدفقات مالية مفاجئة لرؤوس الأموال قصيرة الأجل تكرار الأزمات المالية والنقدية، وما يرتبط بها من آثار سلبية على الجوانب الحقيقية<sup>1</sup>، فعندما تُترك النظم المالية لذاتها فإنها لا تعمل بشكل كفاء بسبب عدم كمال الأسواق والمعلومات وسيطرة المضاربة وسيادة "سياسة القطيع Herd Behaviour"، وهو الأمر الذي حدث في الأزمة المالية الآسيوية (١٩٩٨/٩٧)، وأزمات دول أمريكا اللاتينية في بداية عقد التسعينيات، ومؤخراً أزمة الرهن العقاري الثانوي أو ما تسمى بالأزمة المالية العالمية عام ٢٠٠٨ التي بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية وانتشرت لكل الاقتصاد العالمي بفعل علاقات العولة (Das d. K., 2008, PP 6,7). وتزداد حدة هذه الأزمات بصفة بخاصة في الدول التي تعاني من ضعف النظم المالية والمؤسسية. وفي أحد التقييمات لدور هذه التدفقات من قبل ممثلي صندوق النقد الدولي (Prasad E., et al., 2003, PP 8,9)، قرر أنه في الآونة الأخيرة لا توجد أدلة على أن تدفقات رؤوس الأموال الدولية تسرع من معدل النمو في الدول المستفيدة، في حين أن هناك أدلة تشير إلى أنها تزيد من عدم الاستقرار الاقتصادي بها في الأجل القصير، ويؤثر هذا سلباً على الاستثمار والنمو في الأجل الطويل<sup>2</sup>.

1 حيث يترتب عليها زيادة البطالة والفقر في الفترة القصيرة (Stiglitz J. E., 2004, PP 474-476).

2 وإن كانت التقلبات في النشاط الاقتصادي يتوقف أثرها على الجوانب الحقيقية على عديد من العوامل، مثل: تكوين التدفقات، ومصادر الصدمات، وأنماط التخصص في الاقتصاد، حيث كلما كانت درجة التخصص أكبر تزداد حدة أثر هذه التقلبات ويزداد أثرها السلبى على النمو (Kose M., A., et al., 2005, P 35).

• زيادة معدلات البطالة، يعد خلق فرص العمل من الأدوار الأساسية لدعم النمو، غير أن العولة والطريقة التي تمارس بها قد أثرت سلبياً على مناخ الأعمال، مما يحد من خلق فرص العمل بالدول النامية، حيث إنه عادة ما تكون الصناعات بهذه الدول قائمة في ظل حماية لفترات طويلة، ومع تزايد الانفتاح التجاري تكون قدرتها التنافسية ضعيفة ويتم القضاء عليها، بالإضافة إلى عدم قدرة الموارد على التحرك - وبخاصة عنصر العمل - من الاستخدامات منخفضة الإنتاجية إلى الاستخدامات مرتفعة الإنتاجية، بل تتحول إلى بطالة، بسبب ضعف مرونة عناصر الإنتاج وعدم تحقق افتراضات نظريات التجارة الدولية في واقع الدول النامية<sup>1</sup>. كما أن فكرة العولة وما تقترن به من زيادة في تدفق الاستثمار وسد فجوة الموارد المحلية التي تعاني منها الدول النامية أمر مشكوك فيه، وذلك لأن سياسات التحرر والإصلاحات الشاملة في ظل برامج التكيف التي تفرضها المؤسسات الدولية، عادة ما تقترن بسياسات أكثر تشدداً، وهي عوامل أقل جاذبية لتدفقات مثل هذه الاستثمارات (J. Stiglitz, 2004, P 473)، فضلاً عن أن زيادة العجز التجاري المرتبط بالانفتاح التجاري تحول دون تدفقات رؤوس الأموال خوفاً من انخفاض قيمة العملة الوطنية. كما أن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر قد تسهم في زيادة البطالة عندما تتم في صورة عمليات الاندماج والاستحواذ وشرائها لمشروعات قائمة لا إقامة استثمارات جديدة وبخاصة في ظل برامج الخصخصة بالدول النامية (Lee E., Vivarelli M., 2006, P 7).

• المخاطر، يترتب على العولة عديد من المخاطر وبخاصة عندما تدار بصورة خاطئة، مما يؤثر سلبياً على النمو، ولعل أهم هذه

1 مثل عدم تحقق افتراضات نظرية هيكشر - أولين في ظروف الدول النامية (Cornia G., 2005, PP 4-6).



المخاطر المرتبط بتحرير أسواق رأس المال لأنه وثيق الصلة بكل من الأزمات المالية والنقدية، وما يرتبط بذلك من زعزعة الاستقرار الاقتصادي، حيث لا توجد أدلة على أن التدفقات المالية قصيرة الأجل تؤدي إلى سرعة النمو، بل في الواقع تعوقه، حيث لا يترتب عليها عادة أي استثمارات حقيقية أو خلق وظائف جديدة، ومثل هذا النوع من التحرير يجلب معه كثيراً من المخاطر ويزيد من تكلفة رأس المال في حالة الاحتفاظ بالأموال لمواجهةها، كما أن تدفقات المحافظ المالية يترتب عليها ارتفاع قيمة العملة الوطنية، دون أن تقابلها استثمارات حقيقية إضافية، مما يعوق الاستثمارات في المجالات الحقيقية، ويزيد من تعرض الاقتصاد للأزمات المالية (Stiglitz J. E., 2004, PP 476,477). وهناك أيضاً المخاطر المرتبطة بالتغيرات في سعر الصرف، حيث تؤثر في مستويات أسعار السلع والخدمات وكذلك المدخلات، ومن ثم الاستثمار، وأيضاً الجوانب الاجتماعية، كما أن التدفقات المفاجئة لرؤوس الأموال يترتب عليها انخفاض ملحوظ في سعر الصرف<sup>1</sup>، مما قد يعرض الشركات المحلية للانحياز والإفلاس، ويؤثر هذا سلباً على مستوى الإنتاج والعرض الكلي، وتكون تكلفة الإنقاذ التي تتحملها الحكومة والجهاز المصرفي مرتفعة في مثل هذه الأزمات، الأمر الذي يؤثر على النمو في المستقبل (Stiglitz J. E., 2004, P 479). كما أن الدول التي تحتفظ باحتياطيات كبيرة من العملات الأجنبية، مثل الدولار الأمريكي، فإنه في حالة انخفاض قيمته في مثل هذه الأزمات تتحمل هذه الدول خسائر كبيرة وكأنها تشارك المجتمع الأمريكي في تحمل جزء من تكاليف أزماته. وكذلك المخاطر المرتبطة بتحرير التجارة، حيث إنه رغم الأثر الإيجابي للتكامل التجاري على

1 وهو ما حدث في أزمتي المكسيك وأندونيسيا في نهاية عقد التسعينيات من القرن الماضي.

النمو، إلا أن عديداً من الكتابات ذات الصلة تشير إلى أن الاقتصاديات الأكثر انفتاحاً في التجارة تكون أكثر عرضة للصدمات الخارجية، بما في ذلك شدة التقلب في معدلات التبادل التجاري، فضلاً عن التقلبات في أسعار السلع الأساسية (Kose M. A., et al., 2006, P 197)، كما أنه قد يترتب على هذا التحرير خسائر كبيرة للشركات المحلية والمنتجين المحليين، بسبب المنافسة غير المتكافئة مع الشركات الأجنبية التي تغزو الأسواق المحلية.

• تسهيل هروب رؤوس الأموال، رغم أن التحرير المالي يهدف إلى جعل الدولة أكثر جاذبية لتدفق رؤوس الأموال، إلا أن هذه السياسة قد تعمل عكس ذلك، فبدلاً من أن يترتب عليها تدفق صاف موجب، فإنه قد يترتب عليها تدفقات صافية سالبة وذلك في ظل حرية حركة رؤوس الأموال وارتفاع مستوى العولمة. وقد حدث هذا في الدول التي اتبعت سياسة الخصخصة خوفاً من تغير الحكومات والمساءلة عن الأموال ومصادرها وشرعية الخصخصة – كما في روسيا وبعض دول الاتحاد السوفيتي السابق – وكذلك في الدول التي تعاني من حكومات غير ديمقراطية وعدم فاعلية تطبيق القانون، ومن ثم انتشار الفساد، كما في الدول الأفريقية ودول الشرق الأوسط، ومثل هذه التصرفات تحد من الاستثمار وخلق فرص العمل، مما يعوق استمرارية النمو. كما أن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر قد لا تكون في صورة إقامة استثمارات حقيقية تسهم في استغلال الموارد والعمالة المحلية، ومن ثم زيادة الطاقة الإنتاجية، فضلاً عن نقل التكنولوجيا والإدارة الحديثة

1 حيث إنه في بداية التسعينيات كانت نسبة هروب رؤوس الأموال إلى الثروات الخاصة أعلى ما يمكن في كل من الدول الأفريقية جنوب الصحراء ودول الشرق الأوسط، إذ بلغت ٣٩٪ في كل منهما، بينما كانت هذه النسبة ١٠٪، ٣٪ في كل من دول أمريكا اللاتينية ودول جنوب آسيا على التوالي (Collier, P., Gunning, J. W., 1999).

للدولة النامية كما هو مفترض ، ونكن نركز على العمل بالقطاع المصرفي أو المالي في صورة إقامة فروع لبنوك أو مؤسسات مالية أجنبية تقوم بتجميع المدخرات المحلية وتسريبها للاستثمار في الخارج ، مما يؤثر سلباً على نمو الاقتصاد الوطني.

• عدم فاعلية واستقلالية السياسة النقدية ، تُؤدي مواكبة العولمة والتحرير المالي بدون قيود إلى فقدان السلطات النقدية القدرة على التحكم والسيطرة في السياسة النقدية وكذلك سياسة سعر الصرف ، نتيجة للتدفقات النقدية والمالية قصيرة الأجل التي تتم خارج سيطرة السلطات النقدية ، الأمر الذي يصعب من مواجهة الأزمات المالية والتحوط منها ، ويكون هذا مكلفاً جداً بالنسبة للنمو ، ففي أثناء الأزمة المالية في نهاية التسعينيات ، استطاعت ماليزيا وضع القيود والرقابة على بعض المعاملات ، بهدف العمل على استقرار سعر الصرف ، فضلاً عن خفض أسعار الفائدة ، وقد أسهم هذا في الحد من تراجع معدلات الاستثمار والنمو ، ولكن لم يتسن هذا لعديد من دول جنوب شرق آسيا الأخرى ، وقد اعتمدت هذه الدول على استخدام السياسة المالية التوسعية لتعويض قصور السياسة النقدية ، غير أنه في مثل هذه الظروف تتحمل الحكومة تكاليف كبيرة لمواجهة مثل هذه الأزمات (Stiglitz J. E., 2004, PP 478,479).

• الإضرار بالمصارف الوطنية ، تكون البنوك الوطنية في وضع غير متكافئ في المنافسة مع البنوك الأجنبية الكبرى التي تأتي للدول النامية (WB, 2006, P 16) ، حيث تكون ثقة الأفراد في هذه البنوك أكبر ويفضلون الإيداع بها ، وبالتالي ، تضطر البنوك الوطنية لدفع فوائد أعلى لجذب المودعين مما يزيد من تكاليفها ، كما أن الأدلة عن وفورات الحجم الناتجة عن عمليات الاندماج في الوحدات المصرفية الكبيرة ليست مؤكدة ، لأنها تكون على حساب الحد من المنافسة في الأسواق الصغيرة ومتوسطة الحجم

بالدول النامية. غير أن الآثار السلبية تتعلق أكبر بجانب الاقتراض، حيث تعمل هذه البنوك عادة على تعبئة المدخرات واستثمارها في المراكز المالية والشركات الكبيرة بالخارج، في الوقت الذي تعاني فيه البنوك الوطنية من نقص السيولة ( Stiglitz J. E., 2004, P 479)، وذلك لأنه عادة ما تكون البنوك الأجنبية أقل عرضة للرقابة عليها من قبل السلطات النقدية مقارنة بالبنوك المحلية، مما يحد من فاعلية السياسات المحلية في تحقيق الأهداف الوطنية، لأنها تكون في صورة فروع، ومن ثم، لا توجد لها ميزانيات مستقلة عادة، الأمر الذي يؤثر سلباً على الاستثمار والنمو بهذه الدول، إذ أين يكون تدفق الأموال المنشود من وراء إقامة هذه البنوك؟ الاضطرابات الاجتماعية، إدارة العولمة، وبخاصة من قبل المؤسسات الدولية - المتمثلة في صندوق النقد الدولي والبنك الدولي - يترتب عليها عديد من الاضطرابات الاجتماعية، حيث تقوض التماسك والتوافق الاجتماعي بالدول النامية<sup>1</sup>، وذلك لأنها لا تراعي الجوانب الاجتماعية وعلاقات العمل في البرامج والسياسات التي تفرضها على الدول النامية من خلال برامج الإصلاح الاقتصادي، وعادة ما تركز هذه البرامج على الجوانب الاقتصادية فقط، وقد تكون لهذه السياسات الهيكلية مكاسب قصيرة الأجل، غير أن تكاليفها الاجتماعية تكون مرتفعة، وهذا ما حدث في برامج الخصخصة التي تمت بسرعة في عديد من الدول النامية، ومثل هذه الأمور تحمل الدولة تكاليف مالية إضافية، وعادة ما يتم ذلك من خلال ضغط النفقات العامة والتقشف، كما أنه عادة ما يقع العبء الأكبر للأزمات المالية وعبء عمليات الإصلاح على محدودي الدخل والفقراء، وهذا ما حدث في المكسيك واندونيسيا، حيث ترتب على أزمة التحرير

---

رغم أن التماسك الاجتماعي هذا يعزز النمو، حيث يسمح بمزيد من المرونة والتوافق في صياغة السياسات الوطنية وتنفيذها (Read R., 2004, P 370).

تطبيق سياسات مالية ونقدية انكماشية من قبل صندوق النقد الدولي لمعالجة نقاط الضعف في المؤسسات المالية من خلال تخفيض الدعم على الغذاء والوقود الموجه للفقراء، مما أدى إلى انخفاض الدخل الحقيقية وارتفاع معدلات البطالة، الأمر الذي ترتب عليه اضطرابات سياسية واجتماعية<sup>1</sup>. ومثل هذه الأمور تعمل على هروب رؤوس الأموال سواء المادية أو البشرية، ويؤثر هذا سلباً على مناخ الاستثمار، وبالتالي علي النمو الاقتصادي، كما أنه عادة ما يترتب على العولمة تآكل الثقافات والهوية الوطنية في مواجاة الثقافات الجديدة ويفقد المجتمع جزءاً من هويته ويؤثر هذا سلبياً على النمو في المستقبل (Stiglitz J. E., 2004, P 481). الاضطرابات السياسية، تلعب العولمة دوراً كبيراً في النزاعات الأهلية المدمرة في كثير من الدول النامية، فمثلاً الماس كان سبباً رئيساً للنزاع في سيراليون<sup>2</sup>، وتُقدم عديد من الشركات العاملة في الدول النامية - وبخاصة الشركات متعددة الجنسيات - رشاوى للحصول على المناقصات أو لدعم حزب معين بهدف حماية استثماراتها ومصالحها، مما يقوض العملية السياسية بالدولة ويشيع الفساد، ويؤثر هذا سلبياً على كل من مناخ الاستثمار والنمو، وقد يكون لهذه الشركات من القوة والقدرة ما يمكنها من استبدال حتى الحكومات من خلال فروعها والمؤسسات المالية الدولية والوطنية وممثلي الحكومات التي تستقطب ولاءهم لها بالطرق المادية وغير المادية. كما أن القناة الأخرى للعولمة التي تؤثر

1 حيث تتحمل الفئات الفقيرة الجزء الأكبر من تكاليف الأزمات المالية في صورة مزيج من الضرائب وتخفيض الإنفاق العام وزيادة في معدلات التضخم، وهو ما حدث في عديد من دول أمريكا اللاتينية (WB, 2006, PP17,18).

2 حيث يلاحظ أن توافر الثروات الطبيعية لا يمثل كل شيء، لأنه قد يكون مرتبط بالنزاعات والصراعات والحروب الأهلية والطائفية التي تغذى من خلال العولمة، ومن ثم، تمثل الثروات في هذه الحالة نعمة، فدول كثيرة غنية بثرواتها الطبيعية، مثل: الكونغو ونيجيريا، لم تحقق نجاحات كبيرة، وهذا ما يحدث حالياً في بعض الدول العربية، مثل: العراق.

على الوضع السياسي تتمثل في المؤسسات الدولية - المتمثلة في كل من البنك الدولي وصندوق النقد الدولي - وذلك في حالة التدخل لمواجهة الأزمات المالية والنقدية الناتجة عن سياسات التحرير المالي، حيث تلمي هذه المؤسسات عديداً من الشروط على الدول النامية، مما يقوض من الوضع السياسي الهش بالدول النامية، وكل هذه الأمور تؤثر سلباً على مناخ الاستثمار، ومن ثم النمو الاقتصادي<sup>1</sup>. ويلاحظ في هذا الشأن أن الدول النامية التي حققت معدلات نمو مرتفعة لم يكن لها برامج مع المؤسسات الدولية سائلة الذكر، مثل: الصين وبوتسوانا (Stiglitz J. E., 2004, P 480).

### ٢.٢: النمو الاقتصادي والعملة في مصر

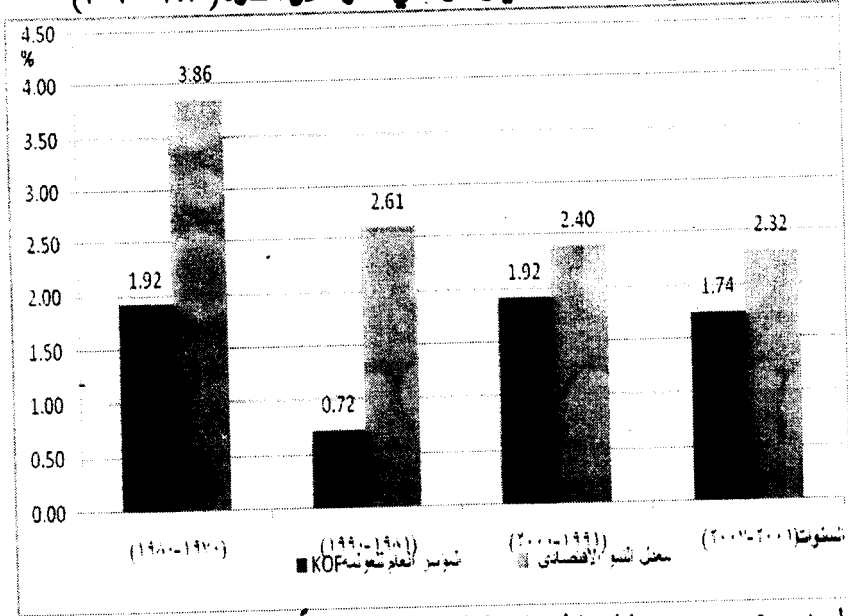
شهد الاقتصاد المصري خلال فترة الدراسة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧) تطورات كبيرة أسهمت في زيادة الانفتاح على العالم الخارجي وزيادة التحرر سواء الاقتصادي أو السياسي أو الاجتماعي وكذلك الثقافي، وبخاصة في ظل التطورات التكنولوجية في قطاع المواصلات والاتصالات وثورة المعلومات. ولعل أهم السياسات التي تتعلق بالجانب الاقتصادي سياسة الانفتاح الاقتصادي في منتصف السبعينيات من القرن الماضي، ثم برنامج الإصلاح الاقتصادي والتكيف الهيكلي (ERSAP) في بداية التسعينيات، وذلك بدعم من صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، وقد أسهمت هذه السياسات والإجراءات في تزايد مستوى العملة في مصر بدرجة كبيرة - كما سبق توضيحه في البند السابق - كما قد أثر هذا الاتجاه في معدلات النمو المحققة في الاقتصاد المصري، فضلاً عن أنه جعل الاقتصاد المصري أكثر تأثراً بحالات الرواج والركود التي تحدث على

<sup>1</sup> إذ إن نجاح برامج التكيف الهيكلي في دعم التنمية أمر مشكوك فيه وبخاصة في الدول النامية منخفضة الدخل، حيث إنه من بين ٢٦ دولة أفريقية جنوب الصحراء أسهمت هذه البرامج في تحسن طفيف في ست منها وتدهورت ١١ منها في حين لم يكن لها تأثير في تسع دول (Keating M. F., 2001, P 8).

المستوى العالمي نتيجة لتزايد علاقات الارتباط والاعتماد المتبادل في ظل تزايد مستوى العولمة بالاقتصاد المصري (UNDP, 2002, PP 3,5). ويوضح الشكل رقم (٤) تطور معدلي النمو الاقتصادي والعولمة في مصر خلال فترة الدراسة المشار إليها.

#### شكل رقم (٤)

#### تطور معدلي النمو الاقتصادي والعولمة في مصر خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)



المصدر: محسوب من بيانات الجدولين (٢) م ، (٣) م، علماً بأن معدل النمو الاقتصادي مقاس على أساس متوسط دخل الفرد الحقيقي، أي بالأسعار الثابتة بالجنيه أو الدولار على أساس أسعار عام ٢٠٠٠، ومعدل العولمة وفقاً للمؤشر العام للعولمة (KOF).

يلاحظ من هذا الشكل ما يلي:

- أن الاقتصاد المصري قد حقق خلال عقد السبعينيات أعلى معدل نمو خلال فترة الدراسة ككل، وقدر بحوالي ٣.٩٪ في المتوسط سنوياً، ويعزى هذا إلى ارتفاع معدل النمو المحقق في النصف الثاني من عقد السبعينيات في أعقاب تطبيق سياسة الانفتاح الاقتصادي، إذ بلغ حوالي ٤.١٪ في المتوسط سنوياً، مقارنة

نتيجة لزيادة موارد النقد الأجنبي التي تدفقت على الاقتصاد المصري خلال تلك الفترة.

بمعدل النمو المنخفض جداً في النصف الأول من هذا العقد الذي كان حوالي ١,١٪ في المتوسط سنوياً، وذلك بسبب ظروف حرب أكتوبر واستعداداتها، وقد كان معدل نمو العوامة هو الآخر مرتفعاً إلى حد كبير وقدر بحوالي ١,٩٢٪ في المتوسط سنوياً خلال هذا العقد.

• أن معدل النمو المحقق خلال عقد الثمانينيات كان حوالي ٢,٦٪ في المتوسط سنوياً، وهو مرتفع إلى حد ما رغم موجة الركود التي سادت العالم خلال تلك الفترة، ويعزى هذا إلى استمرار معدل النمو المرتفع في النصف الأول من هذا العقد، إذ بلغ حوالي ٣,٧٪ في المتوسط سنوياً، بينما واجه الاقتصاد المصري في النصف الثاني من هذا العقد عديداً من المشكلات المنخفض على أثرها معدل النمو إلى حوالي ١,٥٪ في المتوسط سنوياً، وقد كانت هذه المشكلات بسبب تفاقم الديون وما اقترن بها من عديد من الاختلالات الهيكلية التي كانت الدافع وراء قبول الحكومة المصرية تطبيق برنامج الإصلاح الاقتصادي الشامل في بداية التسعينيات (UNDP, 2002, P 4). وقد تأثر معدل نمو العوامة هو الآخر بهذه المشكلات، سواء الداخلية منها أو الخارجية، ولذا، سجل أدنى مستوى لمعدل النمو، إذ كان حوالي ٠,٧٢٪ في المتوسط سنوياً خلال هذا العقد.

• قدر معدل النمو المحقق خلال عقد التسعينيات بحوالي ٢,٤٪ في المتوسط سنوياً، رغم تراجع معدل النمو في النصف الأول من هذا العقد إلى حوالي ١,٦٪ في المتوسط سنوياً، نتيجة للسياسات المالية والنقدية الانكماشية التي انطوى عليها برنامج الإصلاح الاقتصادي، التي نجحت إلى حد كبير في تحقيق أهداف الاستقرار المالي والنقدي قصير الأجل، غير أنه قد ارتفع معدل النمو خلال النصف الثاني من هذا العقد ووصل إلى حوالي ٢,٦٪ في المتوسط سنوياً. وقد شهد هذا العقد - أيضاً - تحسناً كبيراً في معدل نمو



العولمة بالاقتصاد المصري محققاً نفس المعدل الذي ساد في عقد السبعينيات وهو ١,٩٢٪ في المتوسط سنوياً.

• حقق الاقتصاد المصري خلال السنوات السبع الأولى من الألفية الثالثة معدل نمو يقدر بحوالي ٢,٣٪ في المتوسط سنوياً، ويعزى الجزء الأكبر منه إلى ارتفاع معدل النمو في عامي ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، الذي كان ٢,٥٪ سنوياً، ارتباطاً بموجة الرواج على المستوى العالمي، التي أعقبها الأزمة المالية العالمية في عام ٢٠٠٨، بينما كان معدل النمو خلال النصف الأول من هذا العقد حوالي ١,٣٪ في المتوسط سنوياً فقط، وقد تراجع معدل نمو العولمة هو الآخر خلال تلك السنوات السبع إلى ١,٧٤٪ سنوياً، مقارنة بالمعدل المحقق خلال عقد التسعينيات.

• حقق الاقتصاد المصري خلال فترة الدراسة معدل نمو يقدر بحوالي ٢,٩١٪ في المتوسط سنوياً، إذ إن متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي الحقيقي ازداد من ١١٨٤ جنيهاً بما يعادل ٥٧٢ دولاراً في عام ١٩٧٠، إلى ٣٤١٠ جنيهاً، بما يعادل ١٦٩٧ دولاراً في عام ٢٠٠٧، في حين كان معدل النمو في مستوى العولمة خلال هذه الفترة ١,٩٦٪ في المتوسط سنوياً، إذ ارتفع مؤشر العولمة من ٢٩,٣ نقطة في عام ١٩٧٠ إلى ٦١,٣ في عام ٢٠٠٧.

• يُلاحظ من هذا التحليل أن اتجاه معدل النمو الاقتصادي على مستوى العقود الزمنية يعكس وجود تراجع مستمر به، إذ كان يمثل: ٣,٩٪، ٢,٦٪، ٢,٤٪، ٢,٣٪، خلال عقود الدراسة الأربعة على التوالي، بينما كان معدل النمو في مستوى العولمة يتذبذب بصورة كبيرة من عقد إلى آخر ولا يعكس وجود اتجاه عام محدد كما في حالة النمو الاقتصادي. وبالتالي، لا يمكن تحديد ما إذا كانت العولمة قد أثرت بصورة إيجابية أم سلبية على معدل النمو الاقتصادي، وهو الأمر الذي سوف يتم توضيحه بصورة

كمية أكثر تحديداً من خلال النموذج القياسي في البند التالي الذي يمثل الهدف الأساسي لهذا البحث.

٤ - النموذج القياسي لتحليل أثر العولمة على النمو خلال الفترة (١٩٧٠-٢٠٠٧):

تتمثل أهمية النموذج القياسي في تحديد مدى معنوية تأثير العولمة ومكوناتها الفرعية كمياً على معدلات النمو الاقتصادي في مصر خلال فترة زمنية طويلة نسبياً، بما يسمح بتقديم حكم موضوعي على أثر هذه الظاهرة على النمو، وذلك للوقوف على نقاط القوة ونقاط الضعف لهذه الظاهرة فيما يتعلق بأثرها على معدل النمو الاقتصادي، فضلاً عن تحديد المعوقات التي تحول دون الاستفادة من هذه الظاهرة، وتجنب آثارها السلبية قدر الإمكان، وهذا يساعد صانعي السياسات والمختصين في اتخاذ الوسائل والتدابير الملائمة التي تعظم من الجوانب الايجابية لهذه الظاهرة وتحقق قدر الإمكان من الجوانب السلبية لها، ووفقاً لذلك يهدف هذا النموذج إلى:

أولاً : تحديد الأثر الكلي للعولمة على معدل النمو الاقتصادي خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧).

ثانياً : تحديد أثر المكونات الفرعية للعولمة على معدل النمو خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧).

ثالثاً : تحديد الأهمية النسبية للعولمة ومكوناتها فيما بين المتغيرات المكونة للنموذج وأثرها على معدل النمو الاقتصادي.

وسوف يتم تناول هذا البند من خلال ثلاث نقاط هي : صياغة النموذج، ومصادر البيانات ومعالجة المتغيرات، ونتائج تقدير معاملات النموذج.

٤-١: صياغة النموذج:

يستند هذا النموذج في تقدير أثر العولمة على النمو الاقتصادي في مصر إلى الأساس النظري لنموذج سولو الموسع (Extended Solow Growth Model)، الذي يعتمد بدوره على دالة إنتاج كب - دوجلاس التجميعية (Cobb-Douglas Aggregate Production Function) في ظل ثبات

غلة الحجم. ويرجع اختيار نموذج سولو إلى عدد من الأسباب لعل أهمها  
:(Bhaskara R. B., et al., 2008, P16)

- أن نموذج سولو في ظل ثبات غلة الحجم يعالج النمو الاقتصادي كمتغير داخلي، وباقي المتغيرات التي تؤثر فيه كمتغيرات خارجية، كما يسهل توسيع نطاقه ليتضمن متغيرات خارجية أخرى، الأمر الذي يمكن من إدخال العولة كأحد هذه المتغيرات الخارجية.
  - سهولة تقدير نموذج سولو، ومن ثم سهولة تحديد أثر المتغيرات الخارجية على النمو الاقتصادي مقارنة بنماذج النمو الذاتية التي تكون كافة متغيراتها داخلية.
  - أنه ليس هناك أدلة قاطعة على أن نماذج النمو الذاتية التي تفترض أن كافة متغيراتها داخلية في ظل تزايد غلة الحجم تعطي نتائج تجريبية أفضل من نموذج سولو.
- يعتمد نموذج سولو هذا على دالة إنتاج كـب - دوغلاس التي تكون على الصورة التالية (Solow, R., 1956, PP 65-96)، (Bhattarai K., )، (2008, PP 224-229):

(١)

$$Y_t = A_t K_t^a L_t^{(1-a)}$$

حيث إن:  $Y$  تشير إلى مستوى الناتج الكلي.

$K$  تشير إلى رصيد رأس المال بالمجتمع.

$L$  تشير إلى عنصر العمل المستخدم.

$A$  تشير إلى المستوى التكنولوجي أو مستوى المعرفة الفنية بالمجتمع.

$t$  تشير إلى الفترة الزمنية.

$a$ ،  $(1 - a)$  تمثل مرونتي الناتج بالنسبة لكل من رأس المال

والعمل على التوالي، وتكون  $a$  موجبة:

ويقسمة طرفي المعادلة على وحدات العمل المستخدمة، يتم الحصول على المعادلة التالية (Bhaskara R. B., Others, 2008, P 17):

(٢)

$$Y_t = A_t K_t^a \dots\dots\dots$$

حيث إن  $Y_t$ : تشير إلى متوسط ناتج العامل.

$K_t$  تشير إلى متوسط نصيب العامل من رصيد رأس المال بالمجتمع.

$A_t$  تشير إلى رصيد المستوى التكنولوجي أو مستوى المعرفة بالمجتمع.

وتمثل المعادلة رقم (٢) تحديداً جيداً لمعدل النمو المطرد بالدولة (Steady State Growth Rate) تعادل معدل النمو في (A)، ونظراً لأنه عادة ما يفترض في نموذج سولو أن التطور التكنولوجي أو المعرفة الفنية تكون متغيراً خارجياً أو معطى (Bhaskara R. B., Chaitanya V. ) وبالتالي فإن: (K., 2009, P6)

(٣)

$$A_t = A_0 e^{gt} \dots\dots\dots$$

حيث إن ( $A_0$ ) تمثل الرصيد المبدئي لمستوى المعرفة الفنية بالمجتمع، وأن هذا الرصيد ( $A_0$ ) ينمو بمعدل ثابت عبر الزمن ( $T$ ) مقداره ( $g$ )، ولذا، فإن النمو المطرد في ناتج العامل ( $SSGR$ ) يكون مساوياً لهذا المقدار الثابت ( $g$ )، وبالتالي، فإن:

(٤)

$$Y_t = A_0 e^{gt} K_t^a \dots\dots\dots$$

ويكون معدل النمو في ناتج العامل مساوياً للمقدار ( $g$ ) في المعادلة (٤)، وتتأثر قيمة ( $g$ ) هذه بعدد من العوامل التي تؤثر في إنتاجية العامل الكلية (Total Factor Productivity) عبر الزمن. ولعل أهم هذه العوامل يتمثل في العولمة ( $GLO$ ) التي تنطوي بدورها على عديد من المتغيرات التي تتضمنها مؤشراتها الفرعية الثلاثة، كما اتضح من مكوناتها في البند (٢) من هذا البحث، هذا فضلاً عن التحسينات التي تطرأ على رأس المال البشري المرتبطة بتطوير وتحسين كل من الخدمات التعليمية والصحية،

وكذلك الإنفاق الحكومي العام على البنية الأساسية، والإصلاحات  
المؤسسية والسياسية،.... إلخ. ولذا، يمكن التعبير عن المعادلة (٤) من خلال  
الصيغة الأكثر شمولاً التالية:  
(٥)

$$Y_{L,t} = A_0 e^{g_0 - g_1 GLO - g_2 EE + \dots + T} K_t^\alpha \dots \dots \dots$$

وبالتالي، فإن العوامل التي تؤثر في إنتاجية العامل الكلية  
(TFP) تتمثل في المعلمات (g<sub>1</sub>, g<sub>2</sub>, g<sub>3</sub>, ...)، بينما يكون تأثير  
عنصر الزمن في الحد الثابت (g<sub>0</sub>). غير أنه لا يمكن تضمين المعادلة كافة  
المتغيرات التي تؤثر في إنتاجية العامل الكلية (TFP)، ومن ثم في النمو  
الاقتصادي، وذلك لأن هذه المتغيرات يدعم بعضها بعضاً وعادة ما تعمل  
في نفس الاتجاه. ونظراً لصعوبة إجراء تقدير دقيق لأثر كل عامل بصورة  
فردية على النمو، فإنه سوف يتم التركيز على المتغيرات الأكثر أهمية  
وتأثيراً على معدل النمو الثابت والمطرّد في نموذج سولو من خلال تأثيره  
على الإنتاجية الكلية للعامل (TFP). وقد تم اقتصار هذه المتغيرات - بعد  
إجراء عدد من المحاولات القياسية كما سيتضح فيما بعد في البند الفرعي  
التالي - على أربعة متغيرات هي: العولة (GLO)، ورصيد رأس المال  
الثابت (GCF)، والإنفاق الحكومي الجاري على التعليم (EE)،  
والإنفاق الحكومي العام (GGE).

وتمشياً مع منطوق نموذج سولو الموسع للنمو الاقتصادي، فإن  
النموذج المقترح يتكون من الدالتين التاليتين:

$$Y_L = F(GCF, EE, GGE, GLO) \dots \dots \dots (٦)$$

$$\dot{Y}_L = F(GCF, EE, GGE, EcoGlo, SocGloe, PolGlo) \dots \dots \dots (٧)$$

حيث توضح الدالة رقم (٦) أثر العولة في صورتها الكلية - من  
خلال المؤشر العام للعولة (GLO) - على معدل النمو الاقتصادي، بينما

توضح الدالة رقم (7) أثر المؤشرات الفرعية الرئيسة للعولة - والمتمثلة في: العولة الاقتصادية (EcoGLO)، والعولة الاجتماعية (SocGLO)، والعولة السياسية (PolGLO) - على معدل النمو الاقتصادي.

نظراً لأن دالة كب - دوجلاس التي تم الاعتماد عليها من خلال نموذج سولو للنمو هي دالة أسية، وبالتالي، فإن التحويل الخطي لها هو شكل دالة اللوغاريتم الخطي المزدوج ( Double Log Linear Function Form)، وبالتالي، تكون معادلتنا النموذج المقترح على الصورة التالية:

$$\text{Ln GDPL} = B_0 + B_1 \text{Ln GCF} + B_2 \text{Ln EE} + B_3 \text{Ln GGE} + B_4 \text{Ln Glo} + U_1 \dots\dots\dots (8)$$

$$\text{Ln GDPL} = B_0 + B_1 \text{Ln GCF} + B_2 \text{Ln EE} + B_3 \text{Ln GGE} + B_4 \text{Ln EcoGlo} + B_5 \text{Ln SocGlo} + B_6 \text{Ln PolGlo} + U_2 \dots\dots\dots (9)$$

ويرجع اختيار الشكل اللوغاريتمي الخطي المزدوج في تقدير معدل النمو في متوسط نصيب الفرد من الناتج - كمعبر عن النمو الاقتصادي - إلى عدة أسباب هي:

- أن هذا الشكل أكثر ملاءمة للتعبير عن دالة كب - دوجلاس في صورتها الأصلية، التي تم الاعتماد عليها في نموذج سولو، وقد تم استخدامها في العديد من النماذج من قبل عديد من رواد الاقتصاد في توضيح أثر عديد من المتغيرات والعوامل على النمو، سواء اعتمدت هذه النماذج على بيانات في صورة سلاسل زمنية (TS) أو بيانات قطاعية (CS) أو بيانات سلاسل قطاعية (PD).
- أن هذا الشكل تتسم نتائجه بجودة توفيق عالية (Superior Fit)، نظراً لتحقيقه أقل خطأ معياري للبواقي مقارنة بالأشكال الأخرى للدوال.

• أن العلامات المقدرة في هذا الشكل تمثل المرونات، مما يسهل تحديد التأثير النسبي لكل متغير مستقل على المتغير التابع دون التأثير بوحدات القياس الخاصة بكل متغير.

• أن التحويل اللوغاريتمي المزدوج شرط أساسي لموافاة افتراض خطية الدالة لاستخدام طريقة المربعات الصغرى العادية (OLS) في التحليل القياسي.

وفقاً للمعادلتين (٨)، (٩) فإن التوقعات القبلية للمتغيرات التفسيرية التي تتضمنها معادلتنا النموذج المقترح، وأثرها على النمو الاقتصادي وفقاً لمنطق نظريات النمو والتنمية الاقتصادية، وما تشير إليه رموز هذه المتغيرات، كانت على النحو التالي:

**GDPL**  
يشير إلى متوسط نصيب العامل من الناتج المحلي الإجمالي بالأسعار الثابتة، وقد تم استخدامه كمؤشر (Proxy) -  
بديل عن متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي -  
كمعبر عن معدل النمو الاقتصادي، بما يتماشى مع الأساس النظري لنموذج سولو ودالة إنتاج كب -  
دوجلاس التي تم الاستناد إليهما<sup>١</sup>.

**GCF**  
يشير إلى إجمالي رصيد رأس المال في المجتمع بالأسعار الثابتة، وزيادة هذا الرصيد تسهم في زيادة إنتاجية عوامل الإنتاج وبخاصة عنصر العمل، مما يرفع من متوسط إنتاجية العامل، ولذا، من المتوقع أن يكون أثر هذا العامل إيجابياً على معدل النمو الاقتصادي.

<sup>١</sup> قد تم استخدام المؤشر الفعلي المعبر عن النمو الاقتصادي والمتمثل في متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي في بعض المحاولات القياسية، ولكن لم تكن هناك اختلافات جوهرية في النتائج، بل كانت النتائج التي تم الحصول عليها أفضل في ظل المؤشر المستخدم (GDPL).

EE يشير إلى النفقات الجارية على التعليم مقومة بالأسعار الثابتة ، ويُستخدم كمؤشر للتعبير عن رأس المال البشري في المجتمع ، ويتوقع أن يترتب على زيادة الإنفاق على التعليم تحسن الخدمات التعليمية ، ومن ثم زيادة رأس المال البشري بالمجتمع ، مما يؤدي إلى زيادة إنتاجية العامل ، ولذا، يتوقع أن تكون آثاره إيجابية على معدل النمو الاقتصادي.

GGE يشير إلى الإنفاق الحكومي العام على المرافق العامة والبنية الأساسية.. إلخ، ومن المتوقع أن تسهم زيادة الإنفاق الحكومي في رفع إنتاجية كافة عوامل الإنتاج المشتركة في العملية الإنتاجية، وبالتالي، تؤثر إيجابياً على معدل النمو الاقتصادي. غير أن بعض الاقتصاديين يتشكك في صحة هذه العلاقة وبخاصة في ظروف الدول النامية، بسبب ما يرتبط بالإنفاق العام من سوء في الاستخدام وإهدار للمال العام وانتشار للفساد، نتيجة ضعف الرقابة وسوء إدارة المؤسسات العامة، فضلاً عن مزاحمة القطاع الخاص والقضاء على المنافسة، ولذا، يمكن أن تكون هذه العلاقة سلبية في مثل هذه الظروف.

GLO يشير إلى المؤشر العام للعولمة، ويتوقع بصفة عامة أن تكون آثاره إيجابية على النمو، كما سبق الإشارة إلى ذلك باستفاضة في البند الثالث من هذا البحث.

EcoGLO يشير إلى العولمة الاقتصادية كمؤشر فرعي، ويتوقع أن يترتب على التحسن في قيمة هذا المؤشر زيادة القدرة الإنتاجية والتنافسية على المستوى الاقتصادي، وبالتالي، يتوقع أن تكون آثاره إيجابية على النمو، كما سبق الإشارة إلى ذلك.

SocGLO يشير إلى العولمة الاجتماعية كمؤشر فرعي، ويتوقع أن



يترتب على التحسن في قيمة هذا المؤشر زيادة قدرة المجتمع على التكيف والاندماج مع الثقافة العالمية، ومن ثم، يتوقع أن تكون آثاره إيجابية على النمو، كما سبق الإشارة إلى ذلك.

*PoigLO*  
يشير إلى العولة السياسية كمؤشر فرعي، ويترتب على التحسن في قيمة هذا المؤشر زيادة الديمقراطية والحرية بما يوفر الظروف والمناخ الملائم للنشاط الاستثماري والإنتاجي، وبالتالي يتوقع أن تكون آثاره إيجابية على النمو، كما سبق الإشارة إلى ذلك.

*U2, U1*  
يشيران إلى حدي الخطأ العشوائي، الذي يفترض فيه أن يأخذ شكل التوزيع المعتدل الطبيعي، ولذا، يكون وسطه الحسابي مساوياً للصفر وتباينه ثابتاً وقيمته مستقلة.

#### ٤-٢: مصادر البيانات ومعالجة المتغيرات

٤-٢-١: مصادر البيانات: تغطي السلاسل الزمنية للبيانات الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)، ولقد تم الاعتماد على المصادر الدولية في الحصول على هذه البيانات، وذلك لكي تكون في صورة سلاسل زمنية تغطي الفترة المشار إليها، كما روعي أن تكون بيانات كل متغير من مصدر واحد قدر الإمكان، كي لا يكون هناك اختلافات ملموسة في تقديرات المتغيرات عبر الزمن ناتجة عن اختلاف طرق التقدير والقياس فيما بين الجهات المختلفة، حيث إن:

- بيانات العولة بصفة عامة - سواء المؤشر العام أو المؤشرات الفرعية المكونة له - تم الحصول عليها من خلال مؤشر (KOF)، كما سبق الإشارة إليه في البند الثاني من هذا البحث.
- بيانات الناتج المحلي الإجمالي (GDP) وقوة العمل (LF) تم الحصول عليها من بيانات البنك الدولي كما هي مدرجة في الجدول رقم (٣)م، ومن خلال قسمة قيمة الناتج المحلي الإجمالي على قوة

العمل تم الحصول على المتغير التابع في النموذج (GDPL) كمؤشر للنمو الاقتصادي<sup>1</sup>.

• بيانات الإنفاق الحكومي الجاري على التعليم (EE) تم الحصول عليها من بيانات البنك الدولي، من خلال ضرب نسبة الإنفاق على التعليم كنسبة من الدخل القومي في قيمة الدخل القومي المناظرة، كما هي مدرجة في الجدول رقم (3)م.

• بيانات كل من رصيد رأس المال (GCF)، والإنفاق الحكومي العام (GGE) تم الحصول عليها من بيانات البنك الدولي كما هو موضح في الجدول رقم (3)م.

• تم استخدام بيانات كافة المتغيرات بالأسعار الثابتة ومقومة بالعملة المحلية، كي يتم تجنب أثر التغيرات في الأسعار، وبالتالي، لا يتطلب الأمر إدخال معدل التضخم في النموذج كأحد المتغيرات التفسيرية.

لقد تم محاولة استخدام عديد من المتغيرات الأخرى كمتغيرات إضافية أو كبديلة لبعض المتغيرات المدرجة بالنموذج، مثل: متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي (GDPp) كمعبر عن النمو الاقتصادي، ودليل التنمية البشرية (HDI) ونسبة الإنفاق على التعليم من الدخل القومي (EER) كبديل عن الإنفاق الجاري على التعليم (EE) كمعبر عن رأس المال البشري<sup>2</sup>، والاستثمار المحلي الإجمالي (GDI) كبديل عن رصيد رأس المال بالمجتمع (GCF). غير أنه في النهاية تم انتقاء المتغيرات المدرجة في النموذج والاستقرار عليها لما لها من دلالة

1 لقد كان من الأفضل استخدام متوسط ناتج العامل للعاملين فقط من خلال قسمة الناتج المحلي الإجمالي على عدد العاملين لا قوة العمل ككل، ولكن نظراً لعدم توافر بيانات عن العاملين أو العاطلين من نفس المصدر خلال كل سنوات السلسلة الزمنية، فقد تم استخدام قوة العمل، وقد تم تفضيل ذلك على الاستعانة ببيانات من مصادر متعددة.

2 دليل التنمية البشرية أكثر شمولاً ودلالة في التعبير عن رأس المال البشري من الإنفاق على التعليم أو نسبته من الدخل القومي، غير أنه كان هناك نقص كبير في بياناته وبخاصة في عقدي السبعينيات والثمانينيات، فضلاً عن عدم اتساق البيانات المتاحة بسبب تعدد مصادر الحصول عليها، ولذا، كانت النتائج في محاولات استخدامها غير منطقية.

اقتصادية ومعنوية إحصائية أفضل في محاولات التقدير المتعددة، كما سيتضح في البند الفرعي التالي.

٤-٢-٢: معالجة المتغيرات: ينبغي أن يتم تقدير معاملات النموذج - كما سبق الإشارة إليه - من خلال النموذج اللوغاريتمي الخطي المزدوج لكي يتماشى مع طريقة المربعات الصغرى العادية (OLS)، ولكن هذه الطريقة تقوم على أساس افتراض أن المتغيرات تتبع في سلوكها التوزيع المعتدل الطبيعي (Normal Distribution)، مما يتطلب أن تكون بيانات السلاسل الزمنية للمتغيرات المدرجة في النموذج مستقرة (Stationary)، غير أن هذا الأمر قد لا يتحقق في الواقع العملي، وذلك لأن المتغيرات الاقتصادية القومية التي تكون في صورة سلاسل زمنية عادة ما ترتبط مع الزمن عشوائياً، أي يوجد بها عامل الاتجاه العشوائي (Stochastic Trend) الذي يعكس ظروفًا معينة ويؤثر في جميع المتغيرات، مما يجعلها تسير في نفس الاتجاه رغم عدم وجود علاقة حقيقية تربط بينها<sup>١</sup>، ومن ثم، تكون هذه المتغيرات غير مستقرة (Non stationary)، وفي مثل هذه الظروف فإن استخدام طريقة المربعات الصغرى العادية (OLS) يعطي نتائج غير سليمة ونحصل على ما يسمى بالانحدار الزائف (Spurious Regression)<sup>٢</sup>، وقد تم التأكد من ذلك من خلال إجراء التحليل على المتغيرات في صورتها الأصلية ووجد بالفعل أنها تعاني من وجود ظاهرة الانحدار الزائف، وقد انعكس ذلك في النتائج متمثلاً في صورة ارتفاع قيمة معامل التحديد، كما أن معاملات الانحدار كانت ذات معنوية إحصائية مرتفعة جداً، ولكنها لا تعكس أية علاقات ذات مغزى اقتصادي، كما أظهرت إحصائية ديرين - واتسون (DW) وجود ظاهرة الارتباط

١ باستثناء بعض المتغيرات المالية، وكذلك المتغيرات التي تكون في صورة معدلات.

٢ عادة ما يحدث هذا بصفة بخاصة في موجات الرواج والركود في النشاط الاقتصادي العالمي.  
٣ حيث لا تتوافر شروط استخدام طريقة المربعات الصغرى، إذ تعاني البيانات في مثل هذه الحالة من عدم ثبات التباين، كما يتولد عن الاتجاه العام في المتغيرات وجود ارتباط ذاتي قوي بين قيم نفس المتغير.

الذاتي، حيث كانت قيمتها أقل من قيمة معامل التحديد ( $R^2$ )، الأمر الذي يتطلب معالجته، حيث:

- تم تقليل حدة مشكلة عدم ثبات التباين باستخدام الأسلوب اللوغاريتمي في النموذج، كما سبق ذكره<sup>1</sup>.
  - تم تطبيق اختبار جذر الوحدة (Unit Root Test) على بيانات السلاسل الزمنية المختلفة بالنموذج لاختبار مدى استقرارها.
  - تم إزالة الاتجاه العشوائي (Trend Stationary) في بيانات السلاسل الزمنية للمتغيرات من خلال استخدام أسلوب تحليل الفروق (Differencing Method) بناء على نتائج اختبار جذر الوحدة (Unit Root)، وذلك من خلال إيجاد الفروق من الرتبة الأولى أو الثانية حتى يتم الحصول على سلاسل مستقرة. وجدير بالذكر أن تحليل العلاقة بين متغيرات النموذج في صورة الفروق يحدد العلاقة بين المتغيرات في الأجل القصير.
- ويوضح الجدول رقم (١) النتائج الموجزة لاختبار جذر الوحدة (Unit Root Test) سواء للمتغيرات الأصلية أو بعد إجراء الفروق عليها، وذلك من خلال اختبار ديكي - فولار الموسع (Augmented Dickey-Fuller)، باستخدام البرنامج لإحصائي (E Views). كما يوضح الشكل رقم (١) م بالملحق، مسار المتغيرات خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)، سواء في صورتها الأصلية أو في صورة الفروق بعد إزالة جذر الوحدة منها، ويلاحظ من بياناتهما:
- أن نتائج اختبار جذر الوحدة (Unit Root) توضح عدم استقرار كافة متغيرات النموذج في صورتها الأصلية، سواء عند مستوى معنوية ١% أو ٥%، وهو ما يعكسه الشكل البياني، حيث تأخذ كافة المتغيرات

<sup>1</sup> كما يمكن علاج مشكلة عدم ثبات التباين أيضاً من خلال الجذر التربيعي للمتغيرات ولكن، سوف يتم استخدام الأسلوب اللوغاريتمي لتناسبه مع الأساس النظري الذي تم الاستناد إليه في هذا النموذج.

اتجاهاً متزايداً مع الزمن، كما هو مبين في الجانب الأيسر للمتغيرات في صورتها الأصلية.

• بعد إجراء الفروق الأولى للمتغيرات، وجد من نتائج اختبار جذر الوحدة أنها تتميز بصفة الاستقرار عند مستوى معنوية ١٪ كما بالجدول، وهذا ما يوضحه كذلك الجانب الأيمن من الشكل البياني، حيث تتذبذب المتغيرات حول مستوى متقارب، وهذا يعني أن السلاسل الزمنية لمتغيرات النموذج تكون متكاملة من الرتبة الأولى (Integrated of order (1)).

جدول رقم (١)

نتائج اختبار استقرار متغيرات النموذج (UR) باستخدام اختبار ديكي- فولار الموسع

(ADF)

المتغير في الفرق الأول	المتغير في وضعه الأصلي	المتغير / البيان
-4.47227 (0.0012)	-1.02306 *(0.7349)	<i>Ln GDPL</i>
-3.70388 (0.0082)	-1.91481 (0.3221)	<i>Ln GCF</i>
-5.57068 (0.000)	-0.70212 (0.8339)	<i>Ln EE</i>
-6.21079 (0.000)	-1.76408 (0.3908)	<i>Ln GGE</i>

جدير بالذكر أنه يمكن إيجاد العلاقة بين المتغيرات الاقتصادية في صورتها الأصلية بدون أخذ الفروق، رغم عدم استقرار المتغيرات المختلفة بالنموذج في حالة واحدة، وهي حالة وجود ظاهرة التكامل المشترك (Cointegration Relationship) بين متغيرات النموذج، فبالرغم من عدم استقرار المتغيرات المختلفة بالنموذج، فإن البواقي تكون مستقرة ولا يوجد بها جذر الوحدة، وفي هذه الحالة يمكن إجراء الاختبار لإيجاد علاقات طويلة الأجل بين المتغيرات بدون حدوث فساد الاختبار، غير أنه تم اختبار التكامل المشترك (Cointegration Test)، وذلك بإجراء اختبار جذر الوحدة على البواقي، ولم تثبت نتائج الاختبار وجود هذه الظاهرة بين متغيرات النموذج.

المتغير / البيان	المتغير في وضعه الأصلي	المتغير في الفرق الأول
<i>Ln GLO</i>	-0.64061 (0.8491)	-6.9111 (0.000)
<i>Ln EcoGlo</i>	-0.70872 (0.8322)	-6.32683 (0.000)
<i>Ln SocGlo</i>	-0.05721 (0.9468)	-7.15653 (0.000)
<i>Ln PolGlo</i>	-2.73655 (0.0776)	-5.72682 (0.000)

المصدر: إعداد الباحث استناداً إلى البيانات المستخدمة في البحث بالجدولين (٢) ، (٣) م.  
- القيم الحرجة عند مستوى معنوية ١% = - ٣.٦٤٣ ، ٥% = - ٢.٩٤٥ .  
♦ لقد تم اختبار متغير نصيب العامل من الناتج المحلي الإجمالي (*LnDGPI*) في صورته الأصلية من خلال (Phillips-Perron Test)، حيث كانت نتائجه مستقرة وفقاً لتحليل ديكي - فولار عند مستوى معنوية ٥% .

#### ٤-٣: نتائج تقدير معاملات النموذج:

لقد تم استخدام البرنامج الإحصائي (Pc Give) في التقدير اعتماداً على شكل النموذج اللوغاريتمي الخطي المزدوج (Double Log Linear Form) الذي سبق الإشارة إليه، باستخدام أسلوب تحليل الفروق (Differencing Method)، كما تم استخدام التحليل الديناميكي لفترتين زمنيتين، من خلال استخدام نموذج (Distributed Lag Model)، وذلك لأن طبيعة المتغيرات المستقلة لا تؤثر في المتغير التابع في نفس الفترة، بل عادة ما يمتد أثرها لفترات زمنية أطول من فترة واحدة.

تنقسم نتائج التقدير إلى جزئين أساسيين، حيث يتم في الجزء الأول عرض نتائج تقدير النموذج الأول الخاص بتقدير أثر العولمة في صورتها الكلية على معدل النمو الاقتصادي، بينما يتناول الجزء الثاني نتائج التقدير الخاصة بالموشرات الفرعية للعولمة التي تتعلق بكل من

الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في أثرها على معدل النمو الاقتصادي من خلال النموذج الثاني.

٤ - ٣ - ١ : النموذج الأول: وهو يوضح أثر العولة في صورتها الكلية من خلال المؤشر العام للعولة (GLO)، وذلك كما توضحه المعادلة رقم (8) السابقة، ومع استخدام أسلوب تحليل الفروق تصبح تلك المعادلة على الصورة التالية:

$$DLnGDPL = B_0 + B_1 DLn GCF + B_2 DLn EE + B_3 DLn GGE + B_4 DLn GLO + U_1 \dots \dots \dots (10)$$

يأجراء التقدير لهذه المعادلة كانت نتائج التقدير الموجزة كما في الجدول رقم (٢) والمبينة بصورة أكثر تفصيلاً في الملحق بالجدول رقم (٤) م.

جدول رقم (٢)

ملخص النموذج القياسي الأول الخاص بقياس أثر المؤشر العام للعولة على معدل النمو الاقتصادي في مصر خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)

	Coefficient	Std Error	t-value	t-prob	Part R <sup>2</sup>
Dln GCF <sub>t-2</sub>	0.0951063	0.03255	2.92	0.008	0.2795
Dln GGE <sub>t</sub>	-0.0253252	0.01397	-1.81	0.084	0.1299
Dln GGE <sub>t-2</sub>	0.0347032	0.01741	1.99	0.059	0.1530
Dln GIO <sub>t-1</sub>	0.217979	0.1196	1.82	0.082	0.1311

ووفقاً لذلك فقد كانت معادلة الانحدار المقدرة على الصورة التالية:

$$DLn GDPL_t = 0.0951 DLn GCF_{t-2} - 0.0253 DLn GGE_t + 0.0347 DLn GGE_{t-2} + 0.218 DLn GIO_{t-1} \dots (11)$$

(0.008) (0.084) (0.082)<sup>35</sup>

$$R^2 = 0.67 , \quad DW = 1.57$$

يلاحظ من هذا التقدير ما يلي :

أولاً: أن المتغيرات الاقتصادية التي تؤثر معنوياً في معدل النمو الاقتصادي - التي اجتازت الاختبارات الإحصائية حتى مستوى معنوية ١٠٪ -

تتمثل فيما يلي :

- رصيد رأس المال في المجتمع ( $GCF$ ) ، وقد كان أثره إيجابياً على معدل النمو الاقتصادي، ويتحقق هذا الأثر الإيجابي مع وجود فترتي تباطؤ زمني، وتشير قيمة المعلمة المقدرة إلى أن زيادة في رصيد رأس المال في المجتمع بنسبة ١٠٪ يترتب عليها ارتفاع في معدل النمو الاقتصادي بنسبة ١٪ تقريباً، وتتفق هذه النتيجة الإيجابية لهذا العامل في أثره على النمو الاقتصادي مع التوقعات القبلية ومنطق نظريات النمو والتنمية الاقتصادية.
- الإنفاق الحكومي العام ( $GGE$ ) ، ويكون له أثر مزدوج على معدل النمو الاقتصادي وفقاً لعنصر الزمن، حيث في بداية الفترة يكون أثره سلبياً وربما يكون ذلك نتيجة لمزاحمة القطاع الخاص وسوء تخصيص وتوجيه هذا الإنفاق العام، بينما في الفترة الأطول نسبياً أي بعد انقضاء فترتي تباطؤ يؤدي الإنفاق الحكومي آثاره الإيجابية على معدل النمو الاقتصادي، وهذا ما توضحه إشارتنا معادلة الانحدار: السالبة في نفس الفترة والموجبة مع فترتي تباطؤ، ووفقاً لقيم المعلمات المقدرة فإن زيادة الإنفاق الحكومي بنسبة ١٠٪ تؤدي في الفترة القصيرة إلى تراجع في معدل النمو الاقتصادي بنسبة ٠,٣٪ تقريباً، بينما في الفترة الطويلة يكون أثرها الإيجابي أكبر ويزداد معدل النمو بنسبة ٠,٤٪ تقريباً.
- المؤشر العام للعولمة ( $GLO$ ) ، تحقق العولمة أثراً إيجابياً على معدل النمو الاقتصادي، ويتحقق هذا الأثر مع وجود فترة تباطؤ زمني واحدة، وهذا ما توضحه الإشارة الموجبة في معادلة الانحدار المقدرة، وتتفق هذه النتيجة مع التوقعات القبلية ومنطق نظريات



النمو والتنمية الاقتصادية، ووفقاً لقيمة المعلمة المقدرة، فإن ارتفاعاً في المؤشر العام للعولمة بنسبة ١٠٪ يؤدي إلى زيادة معدل النمو الاقتصادي بنسبة ٢,٢٪ تقريباً.

يتضح من العرض السابق، أن نتائج النموذج قد اجتازت الاختبارات الإحصائية، حيث إن المقدرة التفسيرية لهذا النموذج مرتفعة إلى حد ما، إذ إن حوالي ٦٧٪ من التغيرات في معدل النمو الاقتصادي ترجع إلى التغيرات في المتغيرات التي تضمنتها معادلة الانحدار المقدرة سالفة الذكر، كما توضح بيانات الجدول أيضاً المقدرة التفسيرية لكل متغير على حدة وأثره على معدل النمو الاقتصادي كما تبينه قيمة معاملات التحديد الجزئية ( $Part.R^2$ )، فضلاً عن عدم وجود ارتباط ذاتي كما توضحه إحصائية ديرين - واتسون ( $DW$ )، كما أن نتائج هذا النموذج تتفق إلى حد كبير مع التوقعات القبلية ومنطق نظريات النمو والتنمية الاقتصادية. ثانياً: المتغيرات التي لم تؤثر جوهرياً في معدل النمو الاقتصادي - وهي تلك المتغيرات التي لم تجتز الاختبارات الإحصائية - وفقاً لهذا النموذج تتمثل في:

• الإنفاق على التعليم ( $EE$ )، وربما يعزى ذلك إلى ضعف المبالغ المخصصة للإنفاق على التعليم التي لم تتجاوز بأي حال خلال تلك الفترة الزمنية الطويلة ٤٪ من الدخل القومي، كما أن أغلب هذه المخصصات توجه فقط كمدفوعات لأجور المدرسين والإداريين القائمين على العملية التعليمية، فضلاً عن صيانة المباني التعليمية، وبالتالي، لم يؤثر هذا الإنفاق المحدود أثره الإيجابي في الارتقاء برأس المال البشري كما هو متوقع وفقاً لمنطق نظريات النمو والتنمية، ومن ثم، لم تنعكس آثاره الإيجابية كما كان يتوقع على معدل النمو الاقتصادي.

• الحد الثابت في معادلة الانحدار، ويعزى ذلك إلى الاعتماد على دالة إنتاج كب - دوجلاس التي من خصائصها أنها دالة متجانسة بطبيعتها، ولذا، تبدأ من نقطة الأصل أو امتدادها.

٤-٣-٢: النموذج الثاني: وهو يوضح أثر المؤشرات الفرعية للتعولمة على معدل النمو الاقتصادي، ويتبع نفس الأسلوب السابق تكون معادلة الانحدار التي تستند إلى المعادلة رقم (٩) على الصورة التالية:

$$Dln GDPL = B_0 + B_1 Dln GCF + B_2 Dln EE + B_3 Dln GGE + B_4 Dln EcoGLO + B_5 Dln SocGLO + B_6 Dln PolGLO + U_2 \dots \dots \dots (12)$$

وتمثل النتائج الموجزة لتقدير هذه المعادلة في الجدول رقم (٣) والمبينة بصورة أكثر تفصيلاً في الملحق بالجدول رقم (٥) م.

جدول رقم (٣)

ملخص النموذج القياسي الثاني الخاص بقياس أثر المؤشرات الفرعية للتعولمة على معدل النمو الاقتصادي في مصر خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)

	Coefficient	Std.Error	t-value	t-prob	Part.R <sup>2</sup>
DlnGCF <sub>t</sub>	0.129818	0.04979	2.61	0.021	0.3268
DlnGCF <sub>t-2</sub>	0.0945130	0.03246	2.91	0.011	0.3771
DlnGGE <sub>t-2</sub>	0.0366156	0.01550	2.36	0.033	0.2851
DlnEcoGIO <sub>t-2</sub>	-0.115024	0.04614	-2.49	0.026	0.3074
DlnSocGIO <sub>t</sub>	-0.0968987	0.04447	-2.18	0.047	0.2532
DlnPolGIO <sub>t</sub>	0.335567	0.1113	3.01	0.009	0.3936
DlnPolGIO <sub>t-1</sub>	0.180069	0.08720	2.06	0.058	0.2335
DlnPolGIO <sub>t-2</sub>	0.229870	0.1055	2.18	0.047	0.2532

ووفقاً لذلك تكون معادلة الانحدار المقدرة على الصورة التالية:

$$\begin{aligned}
D\ln GDPL_t &= 0.1298 D\ln GCF_t + 0.0945 D\ln GCF_{t-2} + \\
&\quad (0.0021) \quad (0.011) \\
&0.0366 D\ln GGE_{t-2} - 0.1150 D\ln EcoGLO_{t-2} - \\
&\quad (0.033) \quad (0.026) \\
&0.0969 D\ln SocGLO_t + 0.3356 D\ln PolGLO_t + \\
&\quad (0.047) \quad (0.009) \\
&0.1801 D\ln PolGLO_{t-1} + 0.2299 D\ln PolGLO_{t-2} \quad (13) \\
&\quad (0.058) \quad (0.047) \\
R^2 &= 0.88 \quad , \quad DW = 1.66
\end{aligned}$$

يلاحظ من هذا التقدير ما يلي :  
أولاً: المتغيرات الاقتصادية التي تؤثر معنوياً في معدل النمو الاقتصادي -  
تلك المتغيرات التي اجتازت الاختبارات الإحصائية ومعظمها عند مستوى  
معنوية 5% - تتمثل فيما يلي :

- رصيد رأس المال في المجتمع (  $GCF$  )، وقد كان أثره إيجابياً على  
معدل النمو الاقتصادي، ويتحقق هذا الأثر الإيجابي، سواء في  
بداية الفترة أو في الفترة الطويلة - أي مع وجود فترتي تباطؤ  
زمني - وتشير قيمة المعلمة المقدرة إلى أن زيادة رصيد رأس المال  
في المجتمع بنسبة 10% يترتب عليها ارتفاع في معدل النمو  
الاقتصادي في نفس الفترة بحوالي 1.3%، وبحوالي 1% في الفترة  
الطويلة<sup>1</sup>، وتتفق هذه النتيجة الإيجابية لهذا العامل في أثره على  
النمو الاقتصادي مع التوقعات القبلية ومنطق نظريات النمو  
والتنمية الاقتصادية.

- الإنفاق الحكومي العام (  $GGE$  )، وكان أثره إيجابياً على معدل  
النمو الاقتصادي، ويتحقق هذا الأثر مع وجود فترتي تباطؤ  
زمني، وهذا ما توضحه الإشارة الموجبة في معادلة الانحدار  
المقدرة، وتتفق هذه النتيجة مع التوقعات القبلية ومنطق نظريات  
النمو والتنمية الاقتصادية. ووفقاً لقيمة معلمة الانحدار المقدرة،

<sup>1</sup> وهي نفس النسبة التي تتحقق في النموذج الأول.

فإن زيادة الإنفاق الحكومي بنسبة ١٠٪ تؤدي إلى زيادة في معدل النمو الاقتصادي بنسبة ٠,٤٪ تقريباً.

• العولة الاقتصادية ( *ECOGLO* )، وقد كان أثرها سلبياً على معدل النمو الاقتصادي، وهذا ما توضحه الإشارة السالبة في معادلة الانحدار المقدرة، وتشير قيمة معلمة الانحدار المقدرة إلى أن حدوث تحسن في قيمة مؤشر العولة الاقتصادية بنسبة ١٠٪ يؤدي إلى تراجع في معدل النمو الاقتصادي بنسبة ١,٢٪، ويتحقق ذلك بعد انقضاء فترتي تباطؤ زمني، ويعزى هذا إلى عديد من أوجه القصور والاختلالات التي يعاني منها الاقتصاد المصري، ولعل أهم معوقات إمكانية الاستفادة من العولة الاقتصادية، بل انعكاس آثارها سلبياً على النمو الاقتصادي، تتمثل في ضعف القدرة الإنتاجية وكذلك القدرة التنافسية للاقتصاد المصري في الأسواق الخارجية، فضلاً عن عدم توافر البيئة المحلية الملائمة لجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال وتوجيهها إلى أنشطة إنتاجية حقيقية تضيف للطاقة الإنتاجية بالاقتصاد المصري.

• العولة الاجتماعية ( *SOCGLO* )، وتكون هي الأخرى أثرها سلبياً على معدل النمو الاقتصادي، وهذا ما توضحه الإشارة السالبة في معادلة الانحدار المقدرة، وتشير قيمة معلمة الانحدار المقدرة، إلى أن حدوث تحسن في قيمة مؤشر العولة الاجتماعية بنسبة ١٠٪ يؤدي إلى تراجع في معدل النمو الاقتصادي بحوالي ١٪، ويتحقق ذلك بدون فترات تباطؤ زمني، ويعزى هذا إلى التأثير السلبي على السلوك والثقافة المحلية وعدم الاستفادة بالاندماج الاجتماعي فيما يتعلق بالجانب الإنتاجي، بل ينعكس ذلك بصورة أكبر على أنماط الاستهلاك ومحاولة تقليد الأنماط العالمية التي لا تتواءم مع مستويات الدخل والبيئة المصرية، وبالتالي، ينعكس ذلك سلبياً على معدلات الادخار

والاستثمار، الأمر الذي يؤثر بدوره في نفس الاتجاه على معدل النمو الاقتصادي بالمجتمع.

• العولة السياسية (Poliglo)، وقد كان أثرها إيجابياً على معدل النمو الاقتصادي، سواء في الفترة القصيرة أي بدون فترات تباطؤ أو في الفترة الطويلة أي مع وجود فترات تباطؤ، وهذا ما توضحه الإشارة الموجبة في معادلة الانحدار المقدرة، ويعزى هذا إلى ارتفاع مؤشر العولة السياسية بمصر بدرجة كبيرة مما يجعلها في مصاف أكثر دول العالم تقدماً، حيث تحتل مصر في السنة الأخيرة من فترة الدراسة - عام ٢٠٠٧ - الترتيب رقم ١٥ على مستوى العالم، وتشير قيمة معلمة الانحدار المقدرة إلى أن حدوث تحسن في قيمة مؤشر العولة السياسية بنسبة ١٠٪ يؤدي إلى زيادة في معدل النمو الاقتصادي بنسبة ٣,٤٪، ١,٨٪، ٢,٣٪ في نفس الفترة، ومع وجود فترة وفترتين تباطؤ على الترتيب.

ثانياً: المتغيرات التي لم تؤثر جوهرياً في معدل النمو الاقتصادي. وهي تلك المتغيرات التي لم تجتز الاختبارات الإحصائية - وفقاً لهذا النموذج، تتمثل في كل من: الإنفاق على التعليم ( $EE$ )، والحد الثابت في معادلة الانحدار، وهي نفس المتغيرات في النموذج الأول ولنفس الأسباب.

يتضح من التحليل السابق، أن نتائج هذا النموذج قد اجتازت الاختبارات الإحصائية من خلال تحقيق جودة توفيق عالية، حيث إن المقدرة التفسيرية لهذا النموذج مرتفعة جداً، وذلك لأن حوالي ٨٨٪ من المتغيرات في معدل النمو الاقتصادي ترجع إلى التغير في المتغيرات التي تتضمنها معادلة الانحدار المقدرة سالفة الذكر، كما توضح بيانات الجدول أيضاً المقدرة التفسيرية لكل متغير على حدة وأثره على معدل النمو الاقتصادي كما هو مبين في معاملات التحديد الجزئية ( $Part.R^2$ )، فضلاً عن عدم وجود ارتباط ذاتي كما يتضح من إحصائية ديربن - واتسون ( $DW$ )، كما أن نتائج هذا النموذج تتفق إلى حد كبير مع التوقعات القبلية ومنطق نظريات النمو والتنمية الاقتصادية.

خلاصة ذلك، أن الأثر الكلي للعولمة على معدل النمو الاقتصادي يكون إيجابياً، وبالتالي، فإن العولمة تدعم النمو الاقتصادي، وهذا ما أظهرته نتائج النموذج الأول، وهو ما يتفق مع الفرض المبدئي للبحث وعديد من الدراسات السابقة في هذا الشأن، كما سبق ذكره، رغم أنه وفقاً لنتائج النموذج الثاني، فإن كل من العولمة الاقتصادية والعولمة الاجتماعية حققت آثاراً سلبية على معدل النمو وهو ما يتناقض مع الفروض المبدئية الفرعية للبحث، في حين أن العولمة السياسية كان أثرها إيجابياً وقوياً على النمو وهو ما يتفق مع الفرض المبدئي الفرعي للبحث. وربما نظراً لقوة الأثر الإيجابي للعولمة السياسية بما يفوق الآثار السلبية لكل من العولمة الاقتصادية والاجتماعية معاً، فقد انعكس ذلك في الأثر الإيجابي للمؤشر العام للعولمة على معدل النمو الاقتصادي.

#### ٥: النتائج والتوصيات

٥.١: النتائج: تتمثل أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث

بإيجاز فيما يلي:

❖ نظراً لأن ظاهرة العولمة متعددة الجوانب والأبعاد، فإنه لا يوجد اتفاق بين العلماء والباحثين في المجالات المختلفة على مفهوم موحد لها، ولكنها بصفة عامة تعني زيادة الترابط والتكامل والاعتماد المتبادل فيما بين الدول نتيجة لما تنطوي عليه من صور مختلفة للتدفقات على المستوى الدولي. ولذا، تنعكس آثارها على كافة جوانب حياة البشر في كل أرجاء الكرة الأرضية بدرجات متفاوتة، وبالتالي، فإنه عندما يتم قياس أثر هذه الظاهرة على أي من هذه الجوانب، فإنه يفضل استخدام المقاييس المركبة لكي تغطي الجوانب المختلفة لهذه الظاهرة، سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية، وذلك بهدف التوصل إلى نتائج تتسم بالموضوعية والدقة العلمية.

❖ تتمثل أهم القنوات التي يمكن أن تؤثر من خلالها العولمة إيجابياً على النمو الاقتصادي في الدول النامية في: الانفتاح التجاري، وتدفقات للاستثمارات الأجنبية المباشرة، والهجرة العمالية، والانفتاح المالي،

والعولمة الاجتماعية والثقافية، والعولمة السياسية، وتسهم هذه العوامل في رفع معدلات النمو سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة. ❖  
تتمثل أهم القنوات التي تؤثر من خلالها العولمة سلبياً على النمو الاقتصادي في الدول النامية في: المخاطر المرتبطة بتحركات رؤوس الأموال وبخاصة قصيرة الأجل، وعدم الاستقرار المالي وتكرار حدوث الأزمات المالية والنقدية، ومن ثم زعزعة الاستقرار في النشاط الاقتصادي ككل، وارتفاع معدلات البطالة، وتسهيل هروب رؤوس الأموال، وعدم فاعلية واستقلالية السياسة النقدية، والإضرار بالمصارف الوطنية نتيجة للمنافسة غير المتكافئة، والاضطرابات الاجتماعية والسياسية. وكلها عوامل تؤثر سلبياً على مناخ الاستثمار والأعمال، مما يعوق النمو الاقتصادي بهذه الدول.

❖ يتوقف الأثر النهائي لظاهرة العولمة على النمو الاقتصادي في الدول النامية على مدى قوة كل من العوامل الإيجابية والعوامل السلبية، ويعتمد هذا بدوره على مدى قوة ومتانة المؤسسات المالية والنقدية والتنظيمية والإدارية، ومدى فاعلية تطبيق القانون، فضلاً عن مدى الاستقرار الاجتماعي والسياسي بالدولة، فكلما كانت هذه الظروف مواتية وأكثر تطوراً تتفوق الجوانب الإيجابية للعولمة وتستطيع الدولة التكيف مع هذه الظاهرة والاستفادة منها، ومن ثم، تمثل قوة دفع للنمو بها، كما حدث في النماذج الناجحة في دول جنوب شرق آسيا والصين والهند، بينما يصعب اقتتاد الدولة لمثل هذه المقومات الاستفادة من هذه الظاهرة، بل قد تؤثر سلبياً على معدلات النمو، كما حدث في عديد من الدول النامية منخفضة الدخل مثل الدول الأفريقية.

❖ شهد الاقتصاد المصري خلال الربع الأخير من القرن الماضي وبداية الألفية الثالثة تطورات كبيرة، سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي، أسهمت في زيادة مستوى العولمة بصورة ملموسة، حيث كان معدل نمو العولمة ١.٩٦٪ في المتوسط سنوياً خلال

فترة الدراسة، الأمر الذي جعل الاقتصاد المصري أكثر تأثراً بالتغيرات التي تحدث على المستوى الدولي، غير أنه في الوقت نفسه كان الاتجاه العام في معدلات النمو المحققة يعكس وجود تراجع مستمر على مدى العقود الأربعة التي تضمنتها فترة الدراسة.

❖ توضح نتائج النموذج القياسي الأول أن العوالة في صورتها الكلية تؤثر إيجابياً على النمو الاقتصادي، إذ أن الارتفاع في المؤشر العام للعوالة بنسبة ١٠٪ يؤدي إلى زيادة في معدل النمو الاقتصادي بنسبة ٢.٢٪.

❖ توضح نتائج النموذج القياسي الثاني أن:

● العوالة الاقتصادية تؤثر سلباً على النمو الاقتصادي، ويعزى ذلك إلى ضعف القدرة الإنتاجية والتنافسية للاقتصاد المصري، وعدم توافر البيئة المحلية الملائمة والمواتية - من المؤسسات ورأس المال البشري وغيره - تلك التي تمثل مقومات ضرورية للاستفادة من العوالة.

● العوالة الاجتماعية هي الأخرى تؤثر سلباً على النمو الاقتصادي، ويعزى ذلك إلى التأثير السلبي على التماسك والترابط الاجتماعي المرتبط بسياسات التحرر، فضلاً عن زيادة الاستهلاك وما يترتب على ذلك من تراجع في معدلات الادخار والاستثمار وعدم انعكاس أثر الاندماج الاجتماعي إيجابياً على الجانب الإنتاجي.

● العوالة السياسية تؤثر إيجابياً وبصورة كبيرة على النمو الاقتصادي، ويتبين ذلك من الارتفاع الكبير في قيمة هذا المؤشر في مصر، وإن كان هذا لا يعكس زيادة الديمقراطية والحرية - كما يفترض - في المجتمع المصري، وذلك لأن هذا المؤشر يستند إلى معايير شكلية تعكس علاقة الدولة بالعالم الخارجي فقط، بغض النظر عن الحريات والحقوق الوطنية على المستوى الداخلي.

٥.٢: التوصيات: في ضوء النتائج التي تم التوصل إليها تتمثل أهم التوصيات التي يمكن أن تسهم في الاستفادة من ظاهرة العوالة في الارتفاع بمعدل النمو في الاقتصاد المصري مستقبلاً فيما يلي:



➤ لابد أن ندرك من البداية أن ظاهرة العولمة كأى ظاهرة اجتماعية لها من الإيجابيات والسلبيات ما لها، كما أنها أصبحت تمثل واقعاً حقيقياً لا يمكن تجنبه كلية أو معاداته، بل لابد من التعايش والتكيف معها قدر الإمكان ومحاولة الاستفادة من الجوانب الايجابية بها وتجنب الجوانب السلبية، واتخاذ كافة الوسائل والإجراءات التي تعمل على توفير مقومات الاستفادة منها، سيراً على نهج النماذج الناجحة في ذلك.

➤ يجب على الحكومة أن تدير عمليات العولمة بأسلوب علمي يساعد على الاستفادة منها، وأن تختار بعناية مجموعة السياسات التي تمكنها من اغتنام الفرص التي تتيحها بصورة أفضل، وتجنبها في الوقت نفسه المخاطر المرتبطة بهذه الظاهرة قدر الإمكان.

➤ ضرورة تبني برامج إصلاح شاملة تتضمن كافة الجوانب - سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية - وأن يتم تنفيذها بالتدرج بما يتناسب مع طاقة المجتمع الاستيعابية، وبما يمكن من الاستفادة قدر الإمكان من مزايا العولمة.

➤ تنمية الموارد البشرية من خلال الاهتمام بالبحث العلمي والتعليم والتدريب، كي يكون للعنصر البشري القدرة على التعامل مع الثورة العلمية والتكنولوجية المعاصرة، وذلك لأن رأس المال البشري عامل أساسي لتحقيق النمو واستغلال الميزة النسبية واستغلال فرص العولمة، وهذا هو سر النجاح في كثير من التجارب الرائدة التي استفادت من العولمة.

➤ في ظل ظروف الاقتصاد المصري الذي يعاني من ضعف القدرة التنافسية، والتفاوت في المستويات الأولية الاقتصادية والبشرية والتكنولوجية، فإن هذا يدعو إلى ضرورة الرقابة على عمليات التحرير والسياسة التجارية والأسواق، والاستثمارات المباشرة، كما ينبغي أن يكون التحرير المالي أكثر تحفظاً في المراحل الأولى، وتعد

الرقابة أفضل وسيلة للاستفادة من العولمة في دعم النمو الاقتصادي في مثل هذه الظروف.

➤ المطلوب في واقع الاقتصاد المصري ليس العولمة المتحررة من القيود، ولكن العولمة التي تكون في ظل ضوابط وقيود معينة، وهذا يؤكد على أهمية دور الدولة القادرة على ضبط وتوجيه عمل النشاط الاقتصادي بما يحقق الاستقرار، حيث إن تحرير الأسواق وإطلاق قوى السوق في ظل أوضاع اقتصادية غير سليمة وغير مواتية يترتب عليه فقدان القدرة على ضبط والتحكم في اتجاه المتغيرات الاقتصادية، ومن ثم، تحقق نتائج غير متوقعة وغير مرغوبة.

➤ ضرورة الحفاظ على الترابط والتماسك الاجتماعي في المجتمع المصري من خلال وجود سياسات اجتماعية لمواجهة الآثار السلبية للعولمة وبخاصة على محدودي الدخل، من خلال نظام التأمينات وشبكات الأمان الاجتماعي وتفعيل سياسة الدعم النقدي، ولا يكون ذلك لأهداف اجتماعية فحسب، بل إنه من مقومات النمو الاقتصادي بالمجتمع.

➤ ضرورة تفعيل القانون، ومحاربة الفساد بكافة أشكاله وعلى كافة المستويات، فضلاً عن ضرورة الإصلاح السياسي بما يعمل على توفير الحرية والديمقراطية الحقيقية، فهذه من المقومات الأساسية والضرورية لتوفير المناخ الملائم للنشاط الإنتاجي، كما تمثل متطلبات أساسية للاستفادة من العولمة كما في التجارب الناجحة في هذا الشأن.

➤ على الدول المتقدمة والمؤسسات الدولية أن تدرك المخاطر التي تواجه الدول النامية في ظل العولمة المعاصرة، مما يتطلب منها المشاركة في إصلاح الإطار المؤسسي القائم الذي ينظم العلاقات الاقتصادية الدولية بحيث يأخذ في اعتباره مصالح الدول النامية في ظل نظام عولمة أكثر سلاماً واستقراراً.

## المراجع

- 1) A.T. Kearney/Foreign Policy (2003), *Globalization Index*, Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace: 60-72.
- 2) Agénor P.R., (2002), *Does Globalization Hurt the Poor?*, Policy Research Working Paper No: 2922, World Bank, Washington.
- 3) Bekaert G., Harvey C. R., Lundblad C., (2005), "Does financial liberalization spur growth?", *Journal of Financial Economics*, 77 (2005) 3-55, [www.elsevier.com/locate/econbase](http://www.elsevier.com/locate/econbase).
- 4) Bhaskara R. B., Chaitanya V. K., (2009), *Growth Effects of Globalization in the Low Income African Countries: A Systems GMM Panel Data Approach*, Munich Personal RePEc Archive (MPRA), Online at <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/16595/> MPRA Paper No. 16595, posted 03.
- 5) Bhaskara R. B., Artur T., Chaitanya V. K., (2008), *Growth Effects of a Comprehensive measure of Globalization with Country Specific Time Series Data*, Munich Personal RePEc Archive (MPRA), Online at <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/7917/> MPRA Paper No. 7917, posted 25
- 6) Bhattarai K., (2008), *Economic Theory and Models: Derivations, Computations and Applications for Policy Analyses*, First Published, Serials Publication, New Delhi, India.
- 7) Caselli, M. (2004) *Some Reflections on Globalization, Development and the Less Developed countries*, CSGR Working Paper 152. [http://wrap.warwick.ac.uk/1964/1/WRAP\\_Caselli\\_wp15204.pdf](http://wrap.warwick.ac.uk/1964/1/WRAP_Caselli_wp15204.pdf).
- 8) Caselli, M., (2006), *On The Nature of Globalization and Its Measurement. Some Notes on the A.T.Kearny/Foreign Policy Magazine Globalization Index and the CSGR Globalization Index*, United Nations University (CRIS), USA.
- 9) Collier, P., Gunning, J. W. (1999), "Explaining African economic performance", *Journal of Economic Literature*, 37(1), WPS/97-2.2, <http://www.google.com/>.

- 10) Cornia G. A., (2005), ***Policy Reform and Income Distribution***, DESA, Working Paper No:3, Economics & Social Affairs, [http://www.un.org/esa/desa/papers/2005/wp3\\_2005.pdf](http://www.un.org/esa/desa/papers/2005/wp3_2005.pdf).
- 11) Crafts N., (2004), ***Globalisation and Economic Growth: A Historical Perspective***, Blackwell Publishing Ltd 2004, Oxford, OX4 2DQ, UK, <http://www3.interscience.wiley.com/cgi-bin/>.
- 12) Das d. K., (2008), ***Globalisation, Oh That Versatile Villain!***, CSGR Working Paper 250/08, <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/csgr/research/abstracts/25008/>.
- 13) Das D. K., (2008), ***Winners of Globalization***, CSGR Working Paper 249/08, [http://wrap.warwick.ac.uk/1891/1/WRAP\\_Kui-Wai\\_wp21507.pdf](http://wrap.warwick.ac.uk/1891/1/WRAP_Kui-Wai_wp21507.pdf).
- 14) Dreher A., (2006); ***“Does Globalization Affect Growth? Evidence from a new Index of Globalization”***, Research Paper Series Thurgauer Wirtschaftsinstitut, No. 6, Switzerland.
- 15) Dreher A., Gaston N., Martens P., (2008), ***Measuring Globalisation***, Springer, New York, <http://www.springer.com/economics/development/book/978-0-387-74067-6>.
- 16) Durlauf S. N., Blume L.E., (2008), ***The New Palgrave: Dictionary of Economics***, Second Edition, Vol. (3), Macmillan Publishers Ltd, New York.
- 17) Gang F., (2008), ***China’s Economic Growth in a Context of Globalization***, Centre asie ifri, Asie Visions 7, [http://www.ifri.org/downloads/AV7\\_FanGang\\_US.pdf](http://www.ifri.org/downloads/AV7_FanGang_US.pdf).
- 18) Goldberg P. K., Pavcnik N., (2007), “Distributional Effects of Globalization in Developing Countries”, ***Journal of Economic Literature***, Vol. XLV (March 2007), pp. 39–82.
- 19) Goyal K. A., (2006), “Impact of Globalization on Developing Countries (With Special Reference To India)”, ***International Research Journal of Finance and Economics***, ISSN 1450-2887 Issue 5 (2006), <http://www.eurojournals.com/finance.htm>.
- 20) Held D., McGrew A., (2004), ***The global transformations reader: an introduction to the globalization debate***,

- Second Edition, Blackwell Publishing Inc., USA, <http://books.google.co.uk/books>.
- 21) Hirst P., Thompson G., (2002), "The Future of Globalization", *Journal of the Nordic International Studies Association*, Vol. 37(3): 247–265. Copyright NISA.
  - 22) Hjalager, A., (2007), 'Stages in the Economic Globalization of Tourism', *Annals of Tourism Research*, Vol.34, no. 2: 437–457. <http://www.sciencedirect.com>.
  - 23) Kearney A. T., (2003), *Measuring Globalization: Who's Up, Who's Down?*, MG Index - Foreign Policy, 2003 – JSTOR, <http://www.jstor.org/pss/3183522>.
  - 24) Keating M. F., (2001), *Globalisation and the Dynamics of Impoverishment –The IMF and the World Bank*, <http://www.richmond.ac.uk/cms/pdfs/Keating>.
  - 25) KOF Index, (2010), *Detailed Index Information (2010, 2010 KOF Index of Globalization*, <http://globalization.kof.ethz.ch/>.
  - 26) Kose M. A., Prasad E. S., Terrones M. E., (2006), "How do Trade and Financial Integration Affect the Relationship Between Growth and Volatility?", *Journal of International Economics*, 69 (2006) 176 – 202, [www.elsevier.com/locate/econbase](http://www.elsevier.com/locate/econbase).
  - 27) Kose M., A., Prasad E., S., Terrones M., E., (2005), *Growth and Volatility in an Era of Globalization*, IMF, Staff Papers, Vol. 52, Special Issue, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/staffp/>.
  - 28) Lee E., Vivarelli M., (2006), *The Social Impact of Globalization in the Developing Countries*, IZA Discussion Paper No. 1925, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit Institute for the Study of Labor, <http://ftp.iza.org/dp1925.pdf>.
  - 29) Li K. W., Pang I. A., Ng M. C., (2007), *Can Performance of Indigenous Factors Influence Growth and Globalisation?* CSGR Working Paper 215/07, [http://wrap.warwick.ac.uk/1891/1/WRAP\\_Kui-Wai\\_wp21507.pdf](http://wrap.warwick.ac.uk/1891/1/WRAP_Kui-Wai_wp21507.pdf).
  - 30) Loots E., (2006), *Globalisation, emerging markets and the South African economy*, <http://www.essa.org.za/download/papers/012.pdf>.

- 31) Martens P., Raza M., (2008), *An updated Maastricht Globalisation Index*, International Centre for Integrated assessment and Sustainable development (ICIS), Universiteit Maastricht, <http://www.icis.unimaas.nl/publ/>.
- 32) Martens P., Zywiets D., (2006), "Rethinking Globalization: A Modified Globalization Index", *Journal of International Development*, J. Int. Dev. 18, 331–350 (2006), [www.interscience.wiley.com](http://www.interscience.wiley.com).
- 33) Neutel M., Heshmati A., (2006), *Globalisation, Inequality and Poverty Relationships: A Cross Country Evidence*, IZA DP No. 2223, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit Institute for the Study of Labor, <http://ftp.iza.org/dp2223.pdf>.
- 34) Prasad E., Rogoff K., Wei S., Kose A., (2003), *Effects of Financial Globalization on Developing Countries: Some Empirical Evidence*, International Monetary Fund, Washington, DC. <http://www.imf.org/external/np/res/docs/2003/031703.pdf>.
- 35) Randolph J., (2001), "*G-Index: 'globalisation measured'*", Retrieved 03.10.2002, <http://www.wmrc.com/>.
- 36) Read R., (2004), "The Implications of Increasing Globalization and Regionalism for the Economic Growth of Small Island States", *World Development*, Vol. 32, No. 2, pp. 365–378, [www.elsevier.com/locate/worlddev](http://www.elsevier.com/locate/worlddev).
- 37) Sachs J., D., (2000), "Globalisation and Patterns of Economic Development", *Review of World Economics*, Springer Berlin / Heidelberg ,<http://www.springerlink.com>.
- 38) Solow, R., (1956). A Contribution to the Theory of Economic Growth, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 70, No. 1. (Feb., 1956), pp. 65-94, JSTOR, <http://www.jstor.org>.
- 39) Stiglitz J. E., (2004), "Globalization and Growth in Emerging Markets", *Journal of Policy Modeling*, 26 (2004) 465–484.
- 40) Stiglitz J. E., (2004), "Globalization and Growth in Emerging Markets and the New Economy", *Journal of Policy Modeling*, Journal of Policy Modeling, 25 (2003) 505–524.

- 41) Thorbecke E., Nissanke M., (2006), "Introduction: The Impact of Globalization on the World's Poor", *World Development*, Vol. 34, No. 8, pp. 1333-1337, [www.elsevier.com/locate/worlddev](http://www.elsevier.com/locate/worlddev).
- 42) UNDP, (2002), *Egypt Human Development Report 2001/2002*, executed by: United Nations Development Programme (UNDP), and The Institute of National Planning (INP), Egypt, <http://www.undp.org.eg>.
- 43) United Nations, (2009), *Common Data*, Economic and Social Data Service (ESDS) International, University of Manchester, [http://esds80.mcc.ac.uk/WDS\\_WB/TableViewer/tableView.aspx](http://esds80.mcc.ac.uk/WDS_WB/TableViewer/tableView.aspx).
- 44) Vujakovic P., (2009), *How to Measure Globalisation? A New Globalisation Index (NGI)*, WFO Working Papers No: 343/ 2009, <http://www.wifo.ac.at/www/servlet/www.upload>.
- 45) Wade R. H., (2004), Is Globalization Reducing Poverty and Inequality? *World Development*, Vol. xx, No. X, [www.elsevier.com/locate/worlddev](http://www.elsevier.com/locate/worlddev).
- 46) World Bank, (2002), *Globalization, growth, and poverty: building an inclusive world economy*, the World Bank, Washington, DC., <http://books.google.co.uk/books>.
- 47) World Bank, (2006), *Equity and Development: World Development Report (2006)*, the World Bank, Washington, DC., [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).
- 48) World Bank, (2009). *World Development Indicators (WDI)*, Economic and Social Data Service (ESDS) International, University of Manchester, [http://esds80.mcc.ac.uk/WDS\\_WB/TableViewer/tableView.aspx](http://esds80.mcc.ac.uk/WDS_WB/TableViewer/tableView.aspx)

**الملحق**  
**جدول رقم (١) م**  
**مكونات مؤشر العولمة (KOF)**

المؤشرات الفرعية %	المتغيرات الفرعية %	البيان
٣٥%		(١) مؤشر العولمة الاقتصادية:
	٥٠%	أ - التدفقات الفعلية:
	٢٣%	التجارة الخارجية ( كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي)
	٢٩%	الاستثمار الأجنبي المباشر ( كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي)
	٢٧%	المحافظ الاستثمارية ( كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي)
	٢٢%	مدفوعات الدخل للأجانب ( كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي)
	٥٠%	ب - القيود:
	٢٠%	حواجز أو قيود الاستيراد الضمنية
	٣٠%	متوسط معدل الرسوم الجمركية
	٢٤%	الضرائب على التجارة الدولية ( كنسبة من الإيرادات الجارية)
	٢٦%	القيود المفروضة على حسابات رأس المال
٣٨%		(٢) مؤشر العولمة الاجتماعية
	٢٤%	أ - بيانات الاتصالات الشخصية:
	٣١%	حركة التليفونات الصادرة
	٩%	التحويلات ( كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي)
	١%	السياحة الدولية
	٣٣%	متوسط تكلفة المكالمات إلى الولايات المتحدة الأمريكية
	٢٦%	عدد الأجانب ( كنسبة من مجموع عدد السكان)
	٣٩%	ب - بيانات عن تدفق المعلومات:
	١٨%	التليفونات الثابتة ( لكل ١٠٠٠ فرد)
	١٥%	مستضيفو الإنترنت ( عدد الأفراد)
	١٨%	مستخدمو الإنترنت ( كنسبة من عدد السكان)
	١٦%	خطوط التليفون ( لكل ١٠٠٠ فرد)
	١٦%	الصحف اليومية ( لكل ١٠٠٠ فرد)
	١٧%	الراديو ( لكل ١٠٠٠ فرد)



البيان	المتغيرات الفرعية %	المؤشرات الفرعية %
ج - بيانات عن التقارب الثقافي:	٣٧%	
عدد مطاعم ماكدونالد	١٠٠%	
(٣) مؤشر العولمة السياسية:		٢٨%
عدد السفارات بالدولة	٣٤%	
العضوية في المنظمات الدولية	٣٤%	
المشاركات في بعثات الأمم المتحدة لمجلس الأمن	٣٢%	

المصدر: (Dreher A., 2006, Table: 1, P 19)، يلاحظ أن مجموع الأوزان النسبية قد لا يساوي ١٠٠، ويرجع ذلك إلى عمليات التجميع والتقريب في العمليات الحسابية.

### جدول رقم (٢)

#### تطور مؤشرات العولمة في مصر وفقاً لمؤشر (KOF) خلال الفترة (١٩٧٠-٢٠٠٧)

السنة	البيانات الشخصية	بيانات الاتصالات	بيانات تدفق المعومات	مؤشر التقارب الثقافي	مؤشر العولمة الاجتماعية	مؤشر العولمة السياسية	المؤشر العام للعولمة
1970	31.07	30.14	3.46	22.22	45.37	29.34	
1971	30.87	30.14	3.46	22.16	47.88	29.93	
1972	30.87	30.14	3.46	22.16	51.72	30.87	
1973	30.87	30.14	3.46	22.16	55.02	31.68	
1974	30.87	30.14	3.46	22.16	57.2	33.13	
1975	30.67	30.14	3.46	22.09	59.1	33.71	
1976	30.67	30.14	3.46	22.09	60.98	33.96	
1977	30.67	30.14	3.46	22.09	64.1	34.69	
1978	30.79	30.14	3.46	22.13	63.82	36.05	
1979	30.7	30.14	3.46	22.1	63.26	37.31	
1980	30.67	30.14	3.46	22.09	62.71	36.17	
1981	30.02	30.14	3.46	21.87	64.43	38.53	
1982	30.3	30.14	3.46	21.97	64.63	37.28	
1983	31.16	30.14	3.46	22.25	68.92	38.46	
1984	31.49	30.14	3.46	22.37	69.24	38.81	
1985	31.32	30.14	3.46	22.31	69.46	39.11	
1986	29.85	30.14	3.46	21.82	69.71	38.56	
1987	28.5	30.14	3.46	21.36	68.04	37.26	
1988	28.84	30.14	3.46	21.48	66.06	37.82	
1989	29.29	30.14	3.46	21.63	78.26	41.46	

السنة/البيان	١- التغيرات القطبية	٢- القيود	(١) مؤشر العولمة الاقتصادية	-) الاتصالات الشخصية	٣- بوابات تكافؤ المعلومات	-) بوابات التقارب الثقافي	(٢) مؤشر العولمة الاجتماعية	٣) مؤشر العولمة السياسية	المؤشر العام للعولمة
1990	54	20.92	37.46	30.15	30.14	3.46	21.92	78.04	41.38
1991	55.44	30.19	42.82	29.93	30.86	3.46	22.1	84.5	45
1992	56.02	34.38	45.2	30.19	37.72	3.46	24.64	87.61	47.62
1993	53.42	38.06	45.74	23.74	38.44	3.46	22.73	90.19	47.72
1994	53.63	41.48	47.55	28.69	44.88	32.13	35.53	91.12	53.58
1995	47.49	42.25	44.87	30.06	45.62	32.39	36.33	90.85	52.83
1996	43.4	41.45	42.42	30.9	48.35	32.39	37.59	89.64	52.13
1997	41.4	42.24	41.82	30.72	49.46	32.45	37.94	90.2	52.18
1998	40.2	43.05	41.63	30.93	55.38	32.77	40.22	90.86	53.16
1999	38.42	44.39	41.4	31.33	56.34	33.2	40.83	91.48	53.47
2000	38.61	45.77	42.19	31.99	60.85	33.76	42.83	91.05	54.42
2001	35.44	46.32	40.88	31.93	62.77	34.44	43.71	91.3	54.34
2002	38.3	46.22	42.26	33.02	62.85	34	43.97	91.09	54.9
2003	37.35	42.64	39.99	33.23	61.87	33.64	43.57	91.15	53.93
2004	46.84	44.2	45.52	35.25	61.42	32.96	43.88	90.63	55.95
2005	57.34	49.07	53.21	36.82	63.81	33.2	45.34	91.97	59.66
2006	60.59	49.78	55.19	37.48	63.52	33.27	45.47	93.11	60.72
2007	59.65	52.94	56.3	38.13	63.52	33.64	45.81	93.39	61.33

المصدر: : KOF Index of Globalization, <http://globalization.kof.ethz.ch/>

### مؤشرات النموذج القياسي في مصر خلال الفترة (١٩٧٠-٢٠٠٧) م (٢) جدول رقم

السنة/البيان	الناتج المحلي الإجمالي (م.ن)	متوسط نصيب الفرد من م.ن	معدل نمو نصيب الفرد من م.ن %	قوة العمل (الفرد)	معدل نمو العمل من م.ن (GDPL)	إجمالي رأسمال المال (GCF)	الناتج المحلي الإجمالي (م.ن)
1970	40854.6	1148	3.23	8357.6	4888	8368.1	755.7
1971	42260.4	1162	1.29	8625.3	4900	7336.7	838.7
1972	43117.8	1161	-0.13	8876.3	4858	7566.4	909.0
1973	43421.9	1144	-1.40	9033.4	4807	9942.4	1074.2
1974	44501.2	1148	0.34	9250.3	4811	14640.1	7567.6
1975	48479.2	1224	6.62	9453.4	5128	22899.7	9846.6
1976	55570.4	1373	12.14	9666.7	5749	22832.9	10491.7
1977	62703.9	1515	10.35	9883.8	6344	25747.5	9251.0
1978	66328.0	1566	3.39	10023.5	6617	28662.2	9990.5

(٤٧٠) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١١

السنة/البيانات	الناتج المحلي الإجمالي (ن م ج)	متوسط نصيب الفرد من ج م ن	معدل نمو نصيب الفرد من ج م ن %	قوة العمل (ألف فرد)	متوسط نصيب العامل من ن م ج (GDPL)	إجمالي رصيد رأس المال (GCF)	الإنتاج الجاري على التعليم (EE)	الإنتاج الحكومي العام (GGE)
1979	70333.5	1622	3.56	10517.9	6687	32032.0	460.9	9237.6
1980	77374.8	1741	7.36	11662.6	6634	31576.8	505.2	9851.1
1981	80281.0	1762	1.18	12312.6	6520	34161.6	722.0	11932.4
1982	88234.6	1887	7.11	13029.8	6772	38475.1	972.6	11658.2
1983	94765.0	1974	4.61	13811.3	6861	39936.6	996.9	12835.9
1984	100537.6	2039	3.29	14163.7	7098	44016.3	1174.9	14281.1
1985	107175.2	2116	3.76	14542.9	7370	47352.7	1325.7	14463.2
1986	110011.6	2113	-0.13	14948.9	7359	41414.8	1515.0	14566.6
1987	112783.3	2107	-0.26	15356.6	7344	34032.1	1938.4	15011.0
1988	118761.6	2160	2.49	15773.2	7529	36815.4	2542.4	15172.9
1989	124666.9	2210	2.31	16176.1	7707	34310.5	2819.2	14395.7
1990	131775.1	2280	3.20	16303.6	8083	35120.2	3085.5	13370.3
1991	133196.7	2255	-1.13	16168.1	8238	27984.8	4443.8	13682.1
1992	139100.0	2307	2.31	16482.8	8439	27100.0	4881.4	14500.0
1993	143135.0	2328	0.92	17137.2	8352	24000.0	5994.6	15200.0
1994	148822.0	2375	2.02	17670.1	8422	26500.0	7275.2	15900.0
1995	155731.0	2439	2.69	18104.3	8602	29700.0	8964.6	16700.0
1996	163500.0	2512	3.02	18426.6	8873	32300.0	10140.2	17600.0
1997	172478.0	2601	3.52	18749.5	9199	35700.0	11809.8	18500.0
1998	179439.8	2655	2.10	19079.9	9405	45102.8	12822.2	19053.2
1999	190395.5	2765	4.12	20157.7	9445	48237.0	13749.9	19544.9
2000	200615.9	2859	3.39	20592.4	9742	47549.0	15152.5	20098.0
2001	207708.1	2904	1.59	20963.9	9908	45637.9	15962.7	21081.4
2002	212631.8	2917	0.44	21915.2	9702	47319.7	16887.4	21634.6
2003	219449.0	2954	1.26	22652.7	9688	44405.6	18434.7	22459.6
2004	228401.8	3016	2.12	23427.3	9749	47180.9	21383.4	22918.0
2005	238630.3	3093	2.53	24120.6	9893	52037.8	23697.8	23559.7
2006	254973.0	3244	4.88	24720.5	10314	58976.2	27382.0	24293.0
2007	273011.6	3410	5.12	25498.8	10707	72991.7	33149.9	24338.9

المصدر: (United Nations, 2009) ، (World Bank, 2009).  
- البيانات النقدية بالأسعار الثابتة بالجنيه على أساس أسعار عام ٢٠٠٠، والقيم بالمليون جنيه، باستثناء نصيب الفرد ونصيب العامل من (ن م ج)، فهي بالجنيه.

جدول رقم (٤) م

نتائج النموذج القياسي الأول وفقاً للبرنامج الإحصائي (Pc Give)

Modelling  $\ln GDPL_t$  by OLS, The estimation sample is (1973-2007)

	Coefficient	Std.Error	t-value	t-prob	Part.R <sup>2</sup>
Constant	0.00776678	0.006928	1.12	0.274	0.0540
$\ln GCF_t$	0.0375326	0.04009	0.936	0.359	0.0383
$\ln GCF_{t-1}$	-0.00479517	0.04144	-0.116	0.909	0.0006
$\ln GCF_{t-2}$	0.0951063	0.03255	2.92	0.008	0.2795
$\ln NE_t$	-0.0321214	0.04605	-0.698	0.493	0.0216
$\ln NE_{t-1}$	0.0180199	0.04801	0.375	0.711	0.0064
$\ln NE_{t-2}$	0.00590102	0.04360	0.135	0.894	0.0008
$\ln GIO_t$	0.147008	0.1209	1.22	0.237	0.0629
$\ln GIO_{t-1}$	0.217979	0.1196	1.82	0.082	0.1311
$\ln GIO_{t-2}$	-0.0234156	0.1150	-0.204	0.840	0.0019
$\ln GGE_t$	-0.0253252	0.01397	-1.81	0.084	0.1299
$\ln GGE_{t-1}$	0.00630365	0.01589	0.397	0.695	0.0071
$\ln GGE_{t-2}$	0.0347032	0.01741	1.99	0.059	0.1530

sigma	0.0205206	RSS	0.0092640668
R <sup>2</sup>	0.67339	F(12,22) =	3.78 [0.003]**
log-likelihood	94.484	DW =	1.57
no. of observations	35	no. of parameters	13
mean ( $\ln GDPL_t$ )	0.0225809	var ( $\ln GDPL_2$ )	0.000810409

جدول رقم (٥) م

نتائج النموذج القياسي الثاني وفقاً للبرنامج الإحصائي (Pc Give)

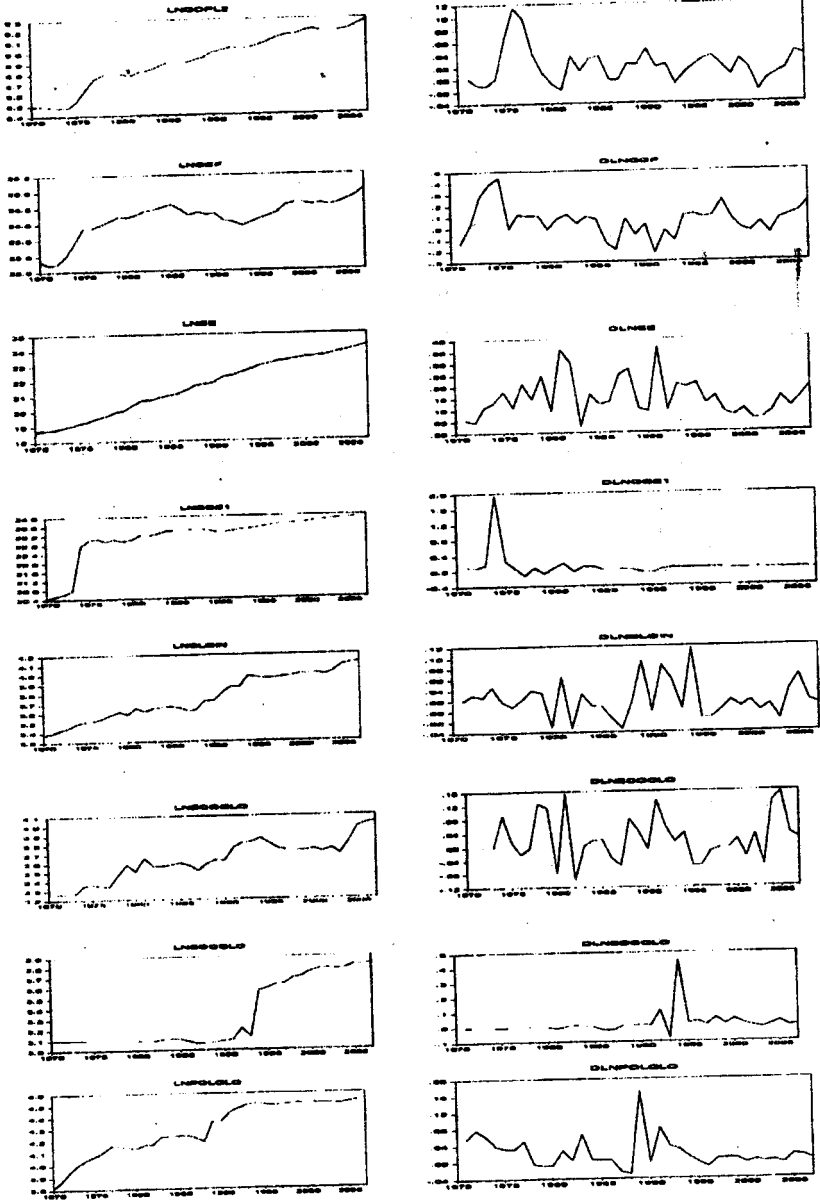
Modelling  $\ln GDPL_t$  by OLS, The estimation sample is (1973-2007)

	Coefficient	Std.Error	t-value	t-prob	Part.R <sup>2</sup>
Constant	0.00941535	0.005897	1.60	0.133	0.1540
$\ln GCF_t$	0.129818	0.04979	2.61	0.021	0.3268
$\ln GCF_{t-1}$	-0.0666715	0.04007	-1.66	0.118	0.1651
$\ln GCF_{t-2}$	0.0945130	0.03246	2.91	0.011	0.3771
$\ln GGE_t$	-0.0687050	0.06413	-1.07	0.302	0.0758
$\ln GGE_{t-1}$	-0.00725651	0.02062	-0.352	0.730	0.0088
$\ln GGE_{t-2}$	0.0366156	0.01550	2.36	0.033	0.2851
$\ln NE_t$	0.0152846	0.03971	0.385	0.706	0.0105
$\ln NE_{t-1}$	0.0594983	0.04962	1.20	0.250	0.0931
$\ln NE_{t-2}$	-0.0895663	0.05490	-1.63	0.125	0.1598
$\ln EcoGIO_t$	-0.0498616	0.07903	-0.631	0.538	0.0276
$\ln EcoGIO_{t-1}$	-0.0437945	0.07169	-0.611	0.551	0.0260
$\ln EcoGIO_{t-2}$	-0.115024	0.04614	-2.49	0.026	0.3074
$\ln SocGIO_t$	-0.0968987	0.04447	-2.18	0.047	0.2532
$\ln SocGIO_{t-1}$	0.0377216	0.04541	0.831	0.420	0.0470
$\ln SocGIO_{t-2}$	0.0329652	0.03901	0.845	0.412	0.0485
$\ln PolGIO_t$	0.335567	0.1113	3.01	0.009	0.3936
$\ln PolGIO_{t-1}$	0.180069	0.08720	2.06	0.058	0.2335
$\ln PolGIO_{t-2}$	0.229870	0.1055	2.18	0.047	0.2532

sigma	0.0150983	RSS	0.00319141366
R <sup>2</sup>	0.880491	F(18,14) =	5.73 [0.001]**
log-likelihood	105.698	DW =	1.66
no. of observations	35	no. of parameters	19
mean ( $\ln GDPL_t$ )	0.0242431	var ( $\ln GDPL_2$ )	0.000809222

## شكل رقم (1) م

المسار الزمن للمتغيرات المدرجة بالنموذج وفروقاتها من الرتبة الأولى خلال الفترة (١٩٧٠-٢٠٠٧)



المصدر: من إعداد الباحث اعتماداً على بيانات الجدولين (1) م، (3) م.

## الملخص

### تعليل أثر العولمة على النمو الاقتصادي في مصر

خلال الفترة (١٩٧٠ - ٢٠٠٧)

يعد تحليل أثر ظاهرة العولمة على النمو الاقتصادي في الدول النامية - ومنها مصر - من الموضوعات المثيرة للجدل، حيث يرى مؤيدو العولمة أنها تمثل أداة لتحقيق معدلات مرتفعة من النمو الاقتصادي، ويؤيدون ذلك من خلال التجارب الناجحة في عديد من الدول النامية، بينما يرى مناوئو العولمة عكس ذلك. وتتمثل أهم القنوات التي يمكن أن تؤثر من خلالها العولمة إيجابياً على النمو الاقتصادي في الدول النامية في: الانفتاح التجاري، وتدفقات الاستثمارات الأجنبية المباشرة، والهجرة العمالية، والانفتاح المالي، والعولمة الاجتماعية والثقافية، والعولمة السياسية، بينما تتمثل أهم القنوات التي تؤثر من خلالها العولمة سلباً على النمو الاقتصادي في: المخاطر المرتبطة بتحركات رؤوس الأموال وبخاصة قصيرة الأجل، وعدم الاستقرار المالي وتكرار حدوث الأزمات المالية والنقدية، وارتفاع معدلات البطالة، وتسهيل هروب رؤوس الأموال، وعدم فاعلية واستقلالية السياسة النقدية، والإضرار بالمصارف الوطنية، والاضطرابات الاجتماعية والسياسية. غير أن نجاح العولمة بهذه الدول يتوقف على القدرة المؤسسية والمالية ومستوى رأس المال البشري، ومدى الشفافية وفاعلية تطبيق القانون، فكلما كانت هذه العوامل أكثر تقدماً كانت الدولة أكثر قدرة على التكيف مع العولمة والاستفادة منها، كما حدث في التجارب الناجحة، مثل دول جنوب شرق آسيا والصين والهند.

شهد الاقتصاد المصري خلال فترة الدراسة تطورات كبيرة، سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي، أسهمت في زيادة مستوى العولمة بصورة ملموسة، حيث كان معدل نمو العولمة ١,٩٦٪ في المتوسط سنوياً، مما جعل الاقتصاد المصري أكثر تأثراً بالتغيرات التي تحدث على المستوى الدولي، غير أنه في الوقت نفسه كان الاتجاه العام في معدلات

النمو الاقتصادي المحققة يعكس وجود تراجع مستمر على مدى العقود الأربعة التي تضمنتها هذه الفترة.

توضح نتائج القياس أن كلاً من العولمة الاقتصادية والعولمة الاجتماعية تؤثر سلباً على النمو الاقتصادي، ويعزى ذلك إلى ضعف القدرة الإنتاجية والتنافسية للاقتصاد المصري، والتأثير السلبي على الترابط الاجتماعي، وعدم توافر البيئة المحلية الملائمة للاستفادة من العولمة، بينما تؤثر العولمة السياسية إيجابياً وبدرجة كبيرة على النمو، نتيجة للارتفاع الكبير في قيمة هذا المؤشر، وقد كان محصلة ذلك أن العولمة في صورتها الكلية تؤثر إيجابياً على النمو الاقتصادي، إذ أن الارتفاع في المؤشر العام للعولمة بنسبة ١٠٪ يؤدي إلى زيادة في معدل النمو الاقتصادي بنسبة ٢.٢٪.

### *Abstract*

## *Analysis of the Effect of Globalization on economic growth in Egypt*

### *During the period (1970 - 2007)*

Is analyzing the effect of globalization on economic growth in developing countries - including Egypt - of controversial topics, where he sees supporters of globalization, it is a tool to achieve high rates of economic growth and support its through the successful experiences in many countries of them, whereas for anti globalization sees otherwise. The main channels that can affect globalization positively on economic growth in developing countries in: trade openness, foreign direct investment flows, labour migration, financial openness, social and cultural globalization, political globalization, while the most important channels which influence through globalization negatively on economic growth in: the risks associated with movements of capital especially short-term, financial instability and the recurrence of financial and monetary crises, high unemployment rates, to facilitate capital flight, lack of effectiveness and independence of monetary policy, damage

banks national, social and political unrests. However, the success of globalization in these countries depends on the institutional and financial capacity and the level of human capital, the transparency and effectiveness of law enforcement, where as these factors were more advanced than the state is more able to cope with globalization and make use of them as in the successful experiences, such as: South East Asia, China and India.

Saw the Egyptian economy during the study period significant developments both at the economic, social or political, which contributed to increase the level of globalization in concrete, where the growth rate of globalization on average 1.96% annually, making the Egyptian economy more vulnerable to changes occurring at the international level, but In the meantime, the general trend in economic growth rates achieved reflects the existence of a steady decline over the past four included in this period.

Show the measurement results that are: economic globalization and social globalization negatively affect on economic growth, due to the weak productive and competitiveness capacity of the Egyptian economy and the negative impact on social coherence, and the lack of the local environment appropriate to benefit from globalization, while the political globalization is influencing positively and significantly on growth, as a result of the sharp rise in the value of this indicator, It was the outcome of that, the total of globalization have a positive impact on economic growth, as the rise in the index of globalization, by 10% leads to an increase in the rate of economic growth by 2.2%.



---

---

**الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر**  
**ضرورة اقتصادية : دراسة تحليلية**  
**د. شكري رجب العشماوي (\*)**

---

---

١- مقدمة:

تأتي الشراكة بين القطاع الخاص والقطاع العام امتداداً طبيعياً لتطور دور الدولة في النشاط الاقتصادي ، وانعكاساً للتغيرات الفكرية التي تطرأ على المجتمعات بداية من الدولة الحارسة التي اقتصر دورها على توفير الأمن والدفاع والقضاء دون التدخل في النشاط الاقتصادي استناداً إلى مبدأ الرشد الاقتصادي ، ثم التحول إلى دولة الرفاهية التي ظهرت نتاجاً للفكر الاشتراكي الماركسي والتي تهيمن وتسيطر على جميع الأنشطة الاقتصادية والتي تلتزم بتوفير السلع والخدمات للمواطنين لتحقيق العدالة والمساواة وإعادة توزيع الدخل بين فئات المجتمع لصالح الطبقة المعدمة . وفي ظل عجز الدولة وتقصيرها في الوفاء باحتياجات الأفراد المتزايدة وندرة الموارد تقلص دور الدولة في النشاط الاقتصادي وظهرت الدولة التنافسية التي تجمع بين التدخل الحكومي لرسم السياسات الاقتصادية التي تحقق التوازن الاقتصادي وبين إعطاء الحرية الكاملة للقطاع الخاص في إدارة أنشطته وفقاً لآليات السوق .

إلا أن التغيرات الفكرية والتكنولوجية التي صاحبت عصر المعرفة أدت إلى تغير دور الدولة من فاعل رئيس في صنع السياسات العامة وممثل للمجتمع في تقرير هذه السياسات حيث أصبح للفاعلين المجتمعين ( القطاع الخاص ، المجتمع المدني ) دور أكبر في التأثير على السياسات العامة والإدارة ، وبالتالي فتح مجالات أوسع لشراكة القطاع الخاص والمجتمع المدني في جهود التنمية المستدامة والمساهمة الإيجابية في تطوير الأداء الحكومي.

---

(\*) مدرس الاقتصاد - كلية الإدارة والتكنولوجيا - الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري.

لقد أصبحت الشراكة مع القطاع الخاص واقعا ملموسا وتعددت مجالاتها فشملت قطاعات متعددة من الخدمات مثل الإسكان والصحة والتعليم والبنية الأساسية والخدمات الاجتماعية ومع ذلك فان مستقبل الشراكة مع القطاع الخاص تواجهه عديد من التحديات التي ترتبت على فشل آليات السوق في إدارة النشاط الاقتصادي وذلك لصعوبة توافر شروط المنافسة الكاملة ، مما أدى إلى ظهور وسيطرة الاحتكارات وغياب المسؤولية الاجتماعية لمنظمات القطاع الخاص .

ومع تفاقم الأزمة المالية العالمية وما ترتب عليها من آثار اقتصادية واجتماعية ظهرت عديد من القضايا والتحديات التي تواجه الشراكة مع القطاع الخاص ، ومن أهمها إيجاد سبل للحد من الاحتكار والفساد وإعادة توزيع الشراكة مع القطاع الخاص ، بزيادة الدور الرقابي للدولة من خلال مجموعة من الإجراءات بين الدولة والقطاع الخاص لإعادة الانضباط إلى الأسواق وفقا لمعايير النزاهة والشفافية والمسؤولية الاجتماعية .

ويتناول هذا البحث بالتحليل الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر من خلال استعراض مفهوم الشراكة وأهدافها ومبرراتها في الوقت الحالي وكذلك المتطلبات الضرورية لتحقيق شراكة فعالة كما يستعرض أيضا الأساليب المختلفة للشراكة وتطورها . ثم يستعرض البحث تجربة مصر في الشراكة من خلال استعراض الصعوبات التي واجهت مصر والتي حالت دون البدء مبكرا بالشراكة ، والآليات المختلفة المستخدمة لخلق آليات فعالة للشراكة والتمثلة في إنشاء الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص وإصدار قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة والذي تم الموافقة عليه في ١٠ مايو ٢٠١٠ ، كذلك يتناول البحث واقع الشراكة حالياً في مصر وضرورتها والرؤية المستقبلية لها . ويختتم البحث بمجموعة من التوصيات لتفعيل الشراكة مع القطاع الخاص بشكل عام وبصفة خاصة في التجربة المصرية .

ويوضح كل من الجدول رقم ( ١ ) والشكل رقم ( ١ ) التزايد الواضح في كل من عدد وقيمة المشروعات المنفذة من خلال أسلوب الشراكة في العالم وفقا للمناطق الجغرافية حيث يبينان وجود تزايد واضح في كافة المناطق عند المقارنة بين الفترتين (١٩٩٠ - ١٩٩٩) و(٢٠٠٠ - ٢٠٠٨). فبالنسبة للزيادة في عدد المشروعات والتي وصلت أقصاها في منطقتي شرق وجنوب آسيا (٦٧ ، ٣٨ %) وكذلك في أفريقيا وجنوب الصحراء (٣٠ %). وبالنسبة لقيمة المشروعات المنفذة بنظام الشراكة خلال الفترتين بلغت نسبة الزيادة في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا (٣٧٢ %)، وفي أوروبا ووسط آسيا (٣٣٧ %) وفي جنوب آسيا (٣٢٧,٨ %) ، وكانت نسبة الزيادة الإجمالية بين الفترتين ١٢٨ %.

#### جدول رقم (١)

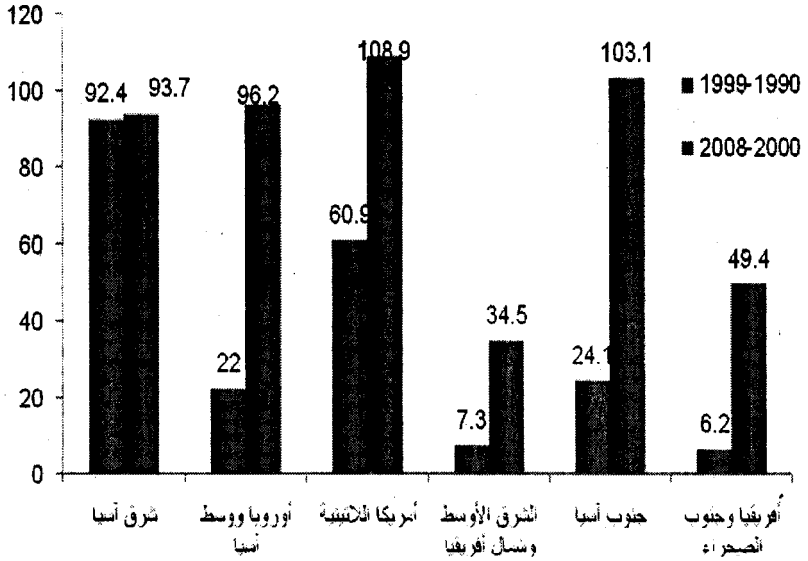
#### بيان بعدد قيمة المشروعات الجديدة المنفذة بأسلوب الشراكة

#### وفقا للفترة الزمنية والمناطق الجغرافية

قيمة المشروعات بالمليار دولار			عدد المشروعات			المنطقة
نسبة الزيادة %	الفترة ٢٠٠٨ - ٢٠٠٠	الفترة ١٩٩٩ - ١٩٩٠	نسبة الزيادة %	الفترة ٢٠٠٨ - ٢٠٠٠	الفترة ١٩٩٩ - ١٩٩٠	
١,٤	٩٣,٧	٩٢,٤	٦٧	٥٣٨	٣٢١	شرق آسيا
٣٣٧	٩٦,٢	٢٢	١٥	٨٦	٧٥	أوروبا ووسط آسيا
٧٨,٨	١٠,٨	٦٠,٩	٢٣	٣٧٧	٣٠٧	أمريكا اللاتينية
٣٧٢	٣٤,٥	٧,٣	١٥	٥٥	٢٢	الشرق الأوسط وشمال
٣٢٧,٨	١٠,٣	٢٤,١	٣٨	١٧٤	١٢٦	جنوب آسيا
٦٩٦	٤٩,٤	٦,٢	٣٠	١١٦	٨٩	أفريقيا وجنوب الصحراء
١٢٨	٤٨٥,٧	٢١٣	٤٣	١٣٤٦	٩٤٠	الإجمالي

المصدر : قاعدة بيانات البنك الدولي World Bank pp1 Database

شكل رقم (1): المشروعات الجديدة المنفذة بأسلوب الشراكة  
وفقا لسنة التوقيع على العقد والمناطق الجغرافية (مليار دولار)



ويوضح كل من الجدول رقم (٢) والشكل رقم (٢) القطاعات موضوع الشراكة وهي: الطاقة والاتصالات، النقل والمواصلات والمياه والري.

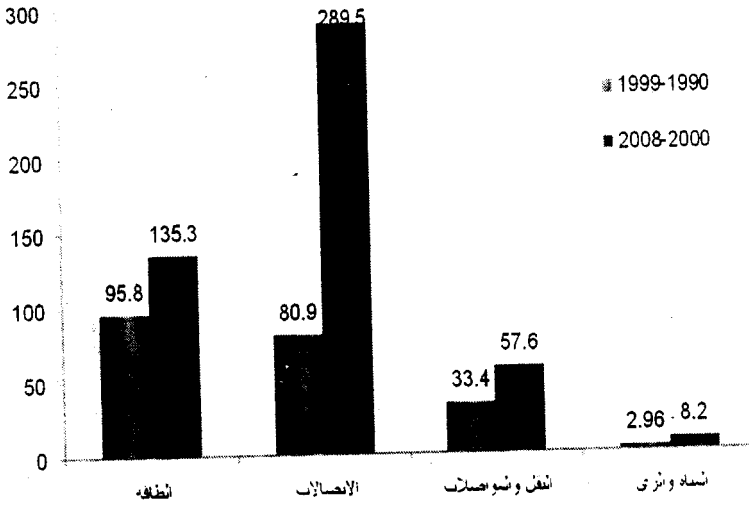
جدول رقم (٢)

بيان بعدد وقيمة المشروعات الجديدة المنفذة بأسلوب الشراكة في مجالات المشروعات العامة وفقا لفترة التوقيع على العقد والقطاعات المختلفة

القطاع	عدد المشروعات		قيمة المشروعات بالمليار دولار	
	الفترة -١٩٩٠-٢٠٠٨	الفترة -١٩٩٠-٢٠٠٨	نسبة الزيادة %	نسبة الزيادة %
الطاقة	٤٣٣	٦٠٦	٤٠	٤١,٢
الاتصالات	٣٧٩	٦١٠	(٤٤)	٢٥٦
النقل والمواصلات	١٧٨	٢١٢	١٩	٧٢
الصيد والري	٥٠	٢١٨	٣٣٦	١٨٢
الإجمالي	١٠٤٠	١٦٤٦	١٩,٨	١٢٨

المصدر: قاعدة بيانات البنك الدولي World Bank pp1 Database

شكل رقم (2): قيمة المشروعات الجديدة المنفذة بأسلوب الشراكة وفقاً لفترة التوقيع على العقد



حيث استأثر قطاع المياه والري بأعلى نسب الزيادة ٣٣٦٪ من حيث عدد المشروعات المنفذة يليه قطاع الطاقة ٤٠٪ ثم النقل والمواصلات واستثنى من ذلك قطاع الاتصالات نظراً لكونه قطاع احتكاري يدار بواسطة الحكومة في معظم الدول وفقاً لمبررات البنك الدولي. أما من حيث القيمة للمشروعات فعلى الرغم من الانخفاض في عدد مشروعات الشراكة في قطاع الاتصالات إلا أنها حققت أعلى قيمة للشراكة ٢٥١٪ ثم المياه والري ١٨٢٪، النقل والمواصلات ٧٢٪ وأخيراً قطاع الطاقة ٤١,٢٪، ولعل السبب يعود إلى البداية المبكرة لتطبيق نظم الشراكة في قطاع الطاقة تاريخياً.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن صيغ الشراكة طويلة الأجل بين القطاعين العام والخاص استمرت في اكتساب قبول عام بشكل متزايد لدى الكثير من دول العالم على اختلاف أنظمتها الاقتصادية، خاصة في ظل التطور الكبير الذي شهدته صيغ التعاون بين القطاعين العام والخاص فضلاً عن صدور أطر تشريعية لتنظيم العقود طويلة الأجل بما يضمن الحفاظ على

حقوق كافة الأطراف المنظومة كما استطاعت الدول التي اتخذت بنظم الشراكة بين القطاعين العام والخاص من تحقيق إضافات متتالية إلى أصولها العامة التي يصعب تحقيقها بنفس المعدل إذا ما اعتمدت هذه الدول على مواردها العامة فقط هذا بالإضافة إلى نظم الشراكة ساهمت بشكل ملحوظ في إتاحة عدد من الخدمات العامة التي يحتاج إليها المجتمعات بالجودة المطلوبة وبأسعار تتناسب مع ظروف والتوجهات العامة لتلك الدول . (www.worldbankorg)

## ٢ - الشراكة: مفهومها وأهدافها ومبرراتها ومتطلباتها وأساليبها

### ١-٢ : مفهوم الشراكة وأهدافها ومبرراتها

مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو الترجمة العربية لما يعرف في اللغة الإنجليزية بمصطلح (public-private partnership) ، أو اختصاراً (ppp) وبصورة عامة لا يوجد تعريف محدد لمفهوم الشراكة وإن حملت تلك التعريفات ذات المدلول للمصطلح ( Manchidi and Merrifield 2001 ) حيث تُعرف الشراكة على أنها أحد البدائل أو الترتيبات التي بمقتضاها تستطيع الدولة توفير السلع والخدمات العامة التي يقدمها أو يوفرها القطاع العام بنفسه بالتعاون مع القطاع الخاص ( De Bettignies and Ross 2004 ) وهذه الترتيبات تتعدد فقد تشمل صورة مبسطة وهي التعاقد الخارجي (ousourcin) أو قد تمتد لتشمل أيضا نقل أو مشاركة الإدارة أو عملية صنع القرار أو نوع درجة من تبادل المعلومات والتنسيق فهي ترتيبات تعاقدية بين الحكومة والقطاع الخاص في مشروعات معينة يقوم بمقتضاها القطاع الخاص بإمداد الحكومة بالأصول والخدمات التي من المعتاد أن يقدمها القطاع العام (IMF 2004) أي أنها نظام يتم بمقتضاه تمويل أو تشغيل مشروع معين من خلال الشراكة بين الحكومة والقطاع الخاص سواء كانت هذه الشراكة بين الحكومة وشركة خاصة واحدة أو عدة شركات (Jutting 1999) والعلاقة المترتبة على نماذج الشراكة تعني أن يكون للقطاع الخاص دور أكبر في تخطيط وتمويل وتصميم

وبناء وإدارة وتشغيل وصيانة الخدمات العامة ( De Bettignies and Ross 2004 ) وباختصار، فإن مفهوم الشراكة يشير إلى :

- صورة أو أخرى من صور انسحاب الدولة أو القطاع العام من تقديم أو توفير الخدمة بصورة مباشرة إلى تقديمها بصورة غير مباشرة أو ترك المجال بصورة نهائية للقطاع الخاص لتقديمها فالشراكة بين القطاع العام والخاص تقع بين حالة التعاقد الخارجي البسيط (توريد مواد الخام) وبين قيام القطاع الخاص بتوفير السلعة أو الخدمة في السوق .
- أن الأصل في عملية الشراكة هو المشاركة في عملية صنع القرار والذي يختلف عن العلاقة التقليدية بين القطاع العام والخاص باعتبار القطاع الخاص مورد للمدخلات التي يحددها القطاع العام ولهذا هناك من يرى أن عملية الشراكة تعني من ناحية مشاركة للمخاطر الخاصة بالمشروع وتعني من ناحية أخرى المشاركة في اقتسام العائد (De Bettignies and Ross 2004).

تهدف الشراكة بين القطاعين العام والخاص - طبقاً لرؤية البنك الدولي - إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية حيث يبرز دور الدولة في اتخاذ القرار ورسم السياسات أما دور القطاع الخاص فيبرز في تنفيذ المشاريع والمشاركة في أدائها بناء على فكرة عدم كفاءة تنفيذ خطط النمو الاقتصادي إذا ما اقتصر على الدولة وأجهزتها أو على القطاع الخاص بشكل منفرد . ومن أهم مزايا الشراكة ما يلي :

- ١- توزيع المخاطر الناجمة عن إقامة المشاريع بين أكثر من طرف هم أطراف الشراكة .
- ٢- توفير رأس مال القطاع الخاص وما يمتلكه من المعرفة والخبرة في إدارة المشاريع التي يعتبر عنصر الوقت حاسماً فيها وتقليل المدد الزمنية اللازمة لتنفيذها وبالتالي تحسين موقف الإدارة العامة .
- ٣- تخفيف الوطأة المالية التي يعاني منها القطاع العام وخلق القيمة المضافة التي توفرها المرونة المالية مع تحسين القدرة الإدارية للقطاع العام .

- ٤- إن ترتيبات الشراكة تحقق نتائج أفضل مما يستطيع أن يحقق كل فريق على حده من خلال تأثير الشركاء على أهداف وقيم بعضهم البعض عن طريق التفاوض والتوصل إلى معايير عمل أفضل ، ومن ناحية أخرى سيكون هناك مجال لتوسيع الموارد المالية نتيجة تعاون الأطراف فيما بينها .
- ٥- تعزيز مبادئ الإفصاح والمساءلة في كيفية إدارة الموارد .
- ٦- تبني مناهج عمل أكثر إستراتيجية من قبل الشركاء ممثلا في تقديم أفكار إستراتيجية أفضل ، ومنهج تنسيقي أفضل ، وصياغة وتنفيذ أفضل .
- ٧- تولية البعد الاقتصادي اهتماما أوسع في السياسات ذات العلاقة وإدارة المشاريع على أسس اقتصادية بما يحقق المكاسب الاجتماعية والاقتصادية .
- ٨- التوصل إلى الحلول المرنة التي تستجيب للسياسات التطويرية ، حيث يسهل الشريك المحلي مواءمة البرامج التي تشملها هذه السياسات لغرض توصلها إلى المشاكل المحددة والفرص المتاحة لأسواق العمل .
- ٩- إعطاء الشرعية والمصدقية للمشروع من خلال مشاركة الجماعات .
- ١٠- تحقيق النجاح والتوسع في الأعمال من خلال التحفيز والإلهام والنظرة المستقبلية وإيجاد الحلول للمشاكل الاقتصادية والاجتماعية والتي بدورها تخلق الحوافز المستحدثة .
- ١١- خلق بيئة عمل ديناميكية للتغير داخل البيروقراطيات الحكومية المحصنة وتسمح الشراكة للحكومات بتنفيذ التغيير دون التأثير في أعمالها الحقيقية المتعلقة بتطوير السياسة الاجتماعية والتوجه المستقبلي وإدارة تقييم الخدمات .
- ١٢- الشراكة هي التي تحمي المستهلكين من إساءة استعمال السلطة الاحتكارية .



١٣- الشراكة تفتح حيزاً اقتصادياً للدخول - ليس فقط - المشروعات الكبيرة بل أيضاً الصغيرة والمتوسطة إلى أسواق كانت مستبعدة منها أو غير مستقرة .

١٤- الشراكة هي التي بإمكانها تشجيع المنافسة والابتكار .  
وتهدف عملية الشراكة إلى تغيير نشاط الحكومة من التشغيل للبنية الأساسية والخدمات العامة والقيام أساساً بدلا من ذلك بما يلي : (عادل محمود الرشيد ٢٠٠٦) :

أولاً : التركيز على وضع السياسات لقطاع البنية الأساسية ووضع الأولويات لأهدافها ومشروعاتها فضلاً عن مراقبة هذه المشروعات .

ثانياً : تنفيذ مشروعات الاستثمار في الوقت المحدد وبالميزانية المحددة ، هذا مع إدخال الإدارة والكفاءات التي لدى القطاع الخاص إلى مجال الخدمات العامة وإشراكه في تحمل المخاطر .

ثالثاً : إدخال الابتكارات على تصاميم المشروعات وتشغيلها وصيانتها ، فضلاً عن العمل على تفادي تدهور الأصول والمشروعات الضرورية للخدمات العامة نتيجة الصيانة غير الفعالة أو التشغيل غير الفعال .

رابعاً : نقل المخاطر التي يمكن إدارتها أفضل بواسطة القطاع الخاص ( التصميم والإنشاء والتمويل والصيانة ) بعيداً عن الموارد المحدودة للحكومة .

تعتبر شراكة القطاعين العام والخاص نموذجاً متطوراً لأنشطة الأعمال التي تساعد على زيادة استثمارات القطاع الخاص في كافة مجالات النشاط الاقتصادي والاجتماعي من أجل الوفاء باحتياجات المجتمع من السلع والخدمات بأساليب مستحدثة . ومن أهم مبررات اللجوء إلى أسلوب الشراكة وبخاصة بالنسبة للدول النامية ما يلي (Hans, 2007) :

- أ - عدم قدرة الحكومات على تحقيق التنمية المستدامة بمفردها .
- ب - حدوث تغييرات متسارعة في الجوانب الاقتصادية للمشروعات .

ح - ظهور ضغوط المنافسة المتزايدة في ظل انخفاض معدلات النمو .  
د - محدودية الموارد المالية والبشرية والتكنولوجية لدى القطاع العام  
بسبب تعدد المجالات والمشاريع التي يتطلب تنفيذها وتعمل  
الشراكة على تخفيف حدة المنافسة بين هذه المجالات من خلال  
تبادل الالتزامات بين الشركاء ، هذا فضلاً عن تقلص موارد  
التمويل المخصص لبرامج التنمية الاجتماعية هذا في الوقت الذي  
تزايد فيه مطالبة المواطنين بتحسين الخدمات المقدمة من المؤسسات  
الحكومية .

هـ - زيادة الفاعلية والكفاءة من خلال الاعتماد على الميزة النسبية  
وعلى مبدأ تقسيم العمل . ومن ثم تحقيق عوائد حقيقية أعلى  
للأموال المستثمرة .

و - التوسع في هيكل اتخاذ القرارات ووضع السياسات الاقتصادية  
خدمة للمصالح العام .

## ٢-٢ : متطلبات الشراكة وأساليبها

وتسمح متطلبات الشراكة الفعالة للقطاعين العام والخاص بتجنب  
الإنفاق على البنية التحتية دون التخلي عن مزايا هذا الإنفاق وقد يتسم  
هذا الأمر بالجاذبية إلى حد كبير بالنسبة للحكومات التي تواجه قيوداً حالية  
في الإنفاق ، ومن ثم يمكن للشراكة بين القطاعين العام والخاص أن تخفف  
من عبء الإنفاق من الموازنة العامة على استثمارات البنية التحتية .

فالشراكات جيدة التصميم والتنفيذ تسمح بتحقيق مكاسب الكفاءة في  
تشديد أصول البنية التحتية وتوفير الخدمات القائمة على مشاريعها ،  
وبالتالي تقليل التكاليف التي تتحملها الحكومة لتوفير هذه الخدمات .  
ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو كيف تتأكد الحكومات من مدى  
كفاءة الشراكات بين القطاعين في توفير مستويات عالية من الخدمات في  
مجال البنية التحتية ؟ وتتمثل الإجابة في أربعة عوامل رئيسية لتحقيق شراكة  
فعالة (IMF 2004) هي :

• الإطار القانوني الذي يحكم شراكات القطاعين العام والخاص .

• إجراءات اختيار وتنفيذ الشراكات بالإضافة إلى دور وزارة المالية في هذا السياق .

• الالتزامات التعاقدية التي تستند إليها الشراكة والتي تحدد بصورة مباشرة المخاطر التي تتحملها الحكومة .

• الشفافية في المحاسبة المعنية بالشراكة والإفصاح التام عن جميع المخاطر على مستوى الشراكة .

وسوف نشير إلى كل منها باختصار على التوالي :

**أولاً - وجود إطار مؤسسي قانوني :** تشير دراسات الحالة إلى أهمية وجود إطار قانوني سليم يغطي كافة أوجه الشراكة بين القطاعين العام والخاص . ومع ذلك نظراً لتباين الأعراف القانونية في مختلف البلدان فإن الأطر القانونية للتعامل مع الشراكات بين القطاعين تختلف إلى حد بعيد باختلاف البلدان فعلى سبيل المثال ، قد لا تكون هناك قوانين مخصصة للشراكة بين القطاعين العام والخاص في البلدان التي تتعامل وفق إطار قانون عام والنتيجة أن جميع الأحكام تدرج في العقود بحذ ذاتها وهو الأمر الذي يؤدي إلى زيادة تكاليف التفاوض بشأن العقود .

**ثانياً - إجراءات اختيار وتنفيذ الشراكات بين القطاعين العام والخاص :** لا بد أن يكون قرار إنشاء شراكة بين القطاعين العام والخاص عموماً قراراً مطلقاً ، وهو ما يمكن تحقيقه عن طريق عملية من مرحلتين : الأولى تتمثل في اتخاذ قرار بشأن مدى جدارة المشروع على أساس التخطيط الاستثماري السليم وإجراءات تقييم المشاريع ( عن طريق استخدام تحليل التكلفة والعائد مثلاً ) ومن الجوانب الحيوية في هذه المرحلة الأولى يتم ترتيب كل المشاريع طبقاً لعائداتها ( الاقتصادية - الاجتماعية ) وتحديد أي يمكن أن تتحملة الموازنة العامة ومن ثم ينبغي تنفيذه ، وتتمثل المرحلة الثانية في اتخاذ قرار بشأن التعاقد على المشروع بالطريقة التقليدية أو من خلال الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

**ثالثاً - الالتزامات التقديرية والمخاطر على الموازنة العامة :** تقترن مشاريع البنية التحتية في العادة بمجموعة من المخاطر المختلفة بما في ذلك على

سبيل المثال مخاطر الحصول على التراخيص المطلوبة للبناء ( مثل التراخيص المتعلقة بآثار المشروع المحتملة على البيئة ) وتأخر عمليات البناء وتجاوز التكاليف الاعتمادات ووفرة الخدمات وجودتها وعدم التيقن من الحاجة للمشروع في الأجل المتوسط إلى الطويل و حدوث تغييرات في قيم الأصول . وتظهر هذه المخاطر الأساسية أيضا في الشراكات بين القطاعين العام والخاص . حيث تفسح المجال أمام الحكومة لاقتسام مزيد من المخاطر مع القطاع الخاص وفي الوقت نفسه نجد أن سوء تصميم الشراكات بين القطاعين العام والخاص قد يؤدي إلى تعرض الحكومة لقدر اكبر من المخاطر نظرا لما تنطوي عليه هذه الشراكات من ترتيبات تعاقدية طويلة الأجل .

**رابعاً - المحاسبة المالية والإفصاح عن المخاطر على الموازنة العامة :** تعد المعايير المحاسبية الحالية نقطة بداية نحو معالجة أسلوب المحاسبة المتعلق بنشر بيانات الشراكات بين القطاعين العام والخاص . فنظام الحسابات القومية لعام ١٩٩٣ والنظام الأوروبي للحسابات لعام ١٩٩٥ يغطيان بعض العمليات التي تميز هذه الشراكات ، بما في ذلك عقود الإيجار ، ويغطي النظام الأوروبي للحسابات لعام ١٩٩٥ ، والوثائق المكتملة له ، مثل (الدليل المعني بعجز الموازنة والدين الحكومي Manual on Government Deficit & Debt) ، مشاريع البنية التحتية العامة التي ينشئها ويديرها القطاع الخاص . ويقترح دليل إحصاءات مالية الحكومة لعام ٢٠٠١ الصادر عن صندوق النقد الدولي وضع إطار لنشر بيانات الموازنة العامة يجمع بيانات التدفقات والأرصدة ويوجه الاهتمام نحو نشر البيانات على أساس الاستحقاق وإعداد الميزانيات العامة ، وهذا الإطار مؤهل كذلك لنشر بيانات الشراكات ، رغم أنه لا يوفر حاليا تغطية شاملة لمثل تلك العمليات .

وتتضمن الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص تكوين علاقة تعاونية بين شريك أو أكثر من الجهات الحكومية ، وشريك أو أكثر من القطاع الخاص ، كما أن الشراكة قد تكون من خلال تنظيم الأدوار بين الدولة

والقطاع الخاص بحيث يكون لكل شريك دور خاص به ولكن يكمل بعضهما الآخر في إطار تنموي واحد . ولا يوجد أسلوب موحد لتحقيق الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص بالمشروعات التنموية يمكن تطبيقه على جميع الحالات ، ولكن يمكن الوصول إلى الأسلوب الأمثل في كل حالة علي حدة وذلك اعتمادا على الظروف الاجتماعية والسياسية السائدة في كل دولة . وأيضا تتنوع أساليب الشراكة مع القطاع الخاص ودرجة مساهمته ومسئوليته فيها طبقا لكل أسلوب ، حيث تتدرج تلك الأساليب بدءا بعقود الخدمات التي تقوم الدولة فيها بتحمل المسؤولية الكاملة في التمويل والمخاطر واستثمارات التنفيذ ، وانتهاء بالخصخصة الكاملة أو البيع والتي يقوم القطاع الخاص فيها بتحمل كافة مسئوليات البناء والتشغيل والإدارة بكاملها ، بالإضافة إلى الملكية المطلقة له لأصول المشروع . (Polackova.2005) وتتعدد أساليب الشراكة مع القطاع الخاص في تقديم المشروعات الخدمية عامة ودرجة مساهمته فيها على النحو التالي (www.Theclimategoup.com) :

عقود الخدمة ، عقود الإدارة ، عقود الإيجار ، عقود الامتياز ، والبناء والتشغيل ونقل الملكية BOT Build, Operate, Transfer ، و البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية Build, Own, Operate, Transfer BOOT ، والبناء والتملك والتشغيل Build, Own, Operate BOO ، وأيضا البيع ( البيع المباشر أو من خلال بيع الأسهم في الأسواق المالية أو البيع للعاملين والإدارة ) .

أ- عقود الخدمة Service Contracts : يعتبر عقد الخدمة من أنواع الاتفاقات الملزمة بين الطرفين ، ويتم بين هيئة حكومية لها الصلاحيات اللازمة وشركة أو أكثر من القطاع الخاص ليقوم الأخير ببعض المهام المحددة نظير مقابل يتم الاتفاق عليه . وتكون مدة هذا النوع من العقود محددة وقصيرة وهي تتراوح ما بين ستة شهور إلى سنتين ، وتستخدم هذه النوعية من العقود على نطاق واسع في دول كثيرة مثل ماليزيا ، والهند ، وتشيلي وغيرها لتقديم خدمات عديدة مثل إصلاح وصيانة وإحلال

وتجديد شبكات مياه الشرب أو أعمال تشغيل وصيانة محطات رفع مياه الصرف الصحي وغير ذلك .

وتتميز هذه العقود بتوفير الفرص لدخول عنصر المنافسة من خلال التعاقد مع أكثر من شريك من القطاع الخاص والاستفادة من خبرة القطاع الخاص في النواحي الفنية ، مما يجعل المرفق يقوم بالتركيز على مهامه الأساسية . ولأن فترة العقد تكون قصيرة يزداد التنافس بين المقاولين مما يشجع على العمل على تحقيق كفاءة الأداء وتخفيض تكاليف العقود .

([www.nedb.lv](http://www.nedb.lv))

**ب- عقود الإدارة Management Contracts :** عقد الإدارة هو اتفاق تتعاقد من خلاله هيئة أو مؤسسة حكومية مع شركة خاصة لإدارة هذه المؤسسة. وفي هذه الحالة تتحول فقط حقوق التشغيل إلى الشركة الخاصة وليس حقوق الملكية . وتحصل الشركة الخاصة على رسوم مقابل خدماتها ، وبالإمكان ربط هذه الرسوم بأرباح الشركة أو بأدائها ، كما تبقى المؤسسة الحكومية مسئولة عن نفقات التشغيل والاستثمار ، وتتراوح مدة هذا النوع من العقود ما بين ثلاثة إلى خمس سنوات . وتستخدم هذه الطريقة في الحالات التي تريد فيها الدولة تنشيط شركات خاسرة وذلك بإدخال طرق إدارة القطاع الخاص من أجل رفع قيمة هذه الشركات وأسعارها حين تعرض للبيع .

**ج- عقود الإيجار:** عقد الإيجار هو عقد يمنح من خلاله مالك الأصول ( الحكومة ) شركة خاصة حق استخدام هذه الأصول والاحتفاظ بالإرباح لفترة متفق عليها ( ٦ - ١٠ سنوات ) مقابل دفع إيجار. وعلى العكس من طريقة عقد الإدارة تتحمل الشركة الخاصة المخاطر التجارية مما يحفزها على تخفيض النفقات والحفاظ على قيمة الأصول ، ولكن الدولة تبقى مسئولة عن الاستثمارات الثابتة وخدمة الديون . ومن بين المزايا التي يقدمها التأجير للدولة توفير نفقات التشغيل بدون التخلي عن الملكية ، وكذلك الحصول على دخل سنوي بدون التعرض لمخاطر السوق علاوة على وقف الدعم والتحويلات المالية الأخرى . كما يسمح التأجير بجذب

مهارات تقنية وإدارية متطورة مما يساهم في استخدام أصول الشركة بدرجة أكبر من الكفاءة (Ludger 2005) .

**د- عقود الامتياز Concession Contracts :** عندما تمنح الحكومة عقود امتياز للقطاع الخاص فإنها تحول حقوق التشغيل والتطوير إلى الجهة المستفيدة أي الشركة الخاصة . وقد يتضمن عقد الامتياز كل مواصفات التأخير بالإضافة إلى النفقات الرأسمالية والاستثمارات التي تقع على عاتق صاحب الامتياز .

وترجع الأصول إلى الحكومة عند نهاية فترة الامتياز التي عادة ما تتراوح ما بين ١٥ إلى ٣٠ عاما وذلك حسب الحياة الافتراضية للاستثمارات . وتحدد إيرادات صاحب الامتياز بشكل يضمن له تغطية نفقات التشغيل وخدمة الديون واستهلاك استثمارات . وقد استخدمت هذه الطريقة بنجاح في بعض الدول مثل الأرجنتين حيث طبقت في مجال النقل والمواصلات ( السكك الحديدية ) . وعلى المستوى الدولي مثلت عقود الامتياز في مشاريع الخدمات حوالي ٨٠٪ من إجمالي عقود الامتياز في فترة الثمانينات. (Hart, Robert 1997)

تكمن الميزة الأساسية لهذه الطريقة في أن صاحب الامتياز يبقى المسئول عن النفقات الرأسمالية والاستثمارات مما يخفف الأعباء المالية عن الدولة . ولكن ولنفس السبب تواجه الكثير من الدول صعوبات في إيجاد مستثمرين نظرا للحجم الكبير لبعض الاستثمارات التي يتطلبها هذا النوع من العقود . والفكرة الأساسية في هذا الامتياز هي قيام شركة خاصة بتمويل وبناء وتشغيل مشروع خدمي جديد في مجال ( الاتصالات ، الكهرباء ، المياه والري ، النقل وغيرها ) لفترة محدودة ترجع عند نهايتها الأصول للدولة ، كما تقوم الدولة خلال فترة الامتياز تلك بتنظيم ومراقبة العملية الاستثمارية والجودة والأسعار (Patrinis 2006) .

**هـ- البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) Build operate Transfer :** يعتبر هذا الأسلوب شكلاً من أشكال تقديم الخدمات تمنح بمقتضاه الحكومة أو جهة حكومية - لفترة محدودة من الزمن - أحد

الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها اسم شركة المشروع الحق في تصميم وبناء وتشغيل وإدارة مشروع معين تقترحه الحكومة بالإضافة إلى حق الاستغلال التجاري لعدد من السنوات يتفق عليها تكون كافية لتسترد شركة المشروع تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عادات المشروع أو أية مزايا أخرى تمنح للشركة ضمن عقد الاتفاق . وتنقل ملكية المشروع وفقا لشروط التعاقد أو الاتفاق إلى الجهة المانحة دون مقابل أو بمقابل تم الاتفاق عليها ( د. إسماعيل حسين ، د. شكري العشماوي ٢٠٠٧ ) .

ويمتاز هذا الأسلوب بتحويل مخاطر البناء والتشغيل والإدارة إلى القطاع الخاص بالإضافة إلى ذلك فإن الحكومة تستفيد من خبرة القطاع الخاص في إدارة وصيانة المشروعات وفي نقل التكنولوجيات المتقدمة . ويُنتقد هذا الأسلوب للشركات لكونه يتطلب هذا النوع من الشركات عناية خاصة بتصميم مستندات العطاءات ، ويمكن أن تكون عمليات الطرح والإرساء طويلة ومعقدة نسبيا عن باقي أنواع العقود ، وهو ما يؤثر على أعداد الخطط التنموية المتعلقة بتنفيذ تلك الشراكة. كما أن عيوب هذا الأسلوب أنه يتطلب استقرارا سياسيا واقتصاديا ملائما ، وبيئة قانونية وتنظيمية محددة ، وتوافر الاستقرار النقدي وغير ذلك من العوامل الملائمة للاستثمار الأجنبي ، وكلها متطلبات غير ثابتة ومتغيرة طبقا للظروف الدولية والإقليمية والمحلية. وهناك عدة أشكال لهذا الأسلوب أهمها :

**أ - البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية :**

### **Build Own , Operate , Transfer (BOOT)**

في ظل هذا الأسلوب تقوم الدولة أو إحدى أجهزتها الحكومية بمنح مستثمر القطاع الخاص الحق في إقامة أحد المشروعات الخدمية وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أصوله وتشغيل المشروع وصيانته وتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد أعباء التمويل وتحقيق فائض ربح مناسب لمدة زمنية متفق عليها على أن تؤول ملكية أصول المشروع للدولة في نهاية تلك الفترة الزمنية . ويختلف هذا الأسلوب عن أسلوب BOT حيث يعتبر نظام



BOOT تطبيقا بارزا لنظام المشروعات الخاصة ذات المنفعة العامة ، حيث تكون ملكية الأصول خلال مدة المشروع خالصة للقطاع الخاص وهو الأمر الذي لا يتحقق في أنواع العقود السابق الإشارة إليها . ( أمل البشيشي ٢٠٠٤ ) .

#### ب- البناء والتملك والتشغيل ( BOO ) Build, Own, Operate :

يعتبر هذا الأسلوب من أساليب الخصخصة الكاملة ، والتي يتم فيها إعطاء القطاع الخاص مسئوليات البناء والتشغيل والإدارة بكاملها ، بالإضافة إلى الملكية المطلقة لأصول المشروع . ولا يكون التشغيل أو الإدارة بهذا الأسلوب مرتبطين بمدة زمنية محددة ، كما لا يكون هناك التزاما على القطاع الخاص بنقل الأصول إلى الدولة . ويستخدم هذا الأسلوب للمشروعات الجديدة التي لم تنشأ بعد . يمتاز هذا الأسلوب مثل أسلوب BOOT بتحويل مخاطر البناء والتشغيل والإدارة إلى القطاع الخاص بالإضافة إلى تلك فان مخاطر الاستثمار والتمويل تقع على عاتق القطاع الخاص بكاملها . وهو بذلك لا يشكل أعباء استثمارية على الدولة ، ويقوم بتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية . ( أمل البشيشي ٢٠٠٤ ) .

#### ج- البيع Sale :

يمكن أن تتم الخصخصة عن طريق البيع من خلال عدة صور هي : البيع المباشر أو من خلال بيع الأسهم في الأسواق المالية أو البيع للعاملين والإدارة . وفي كل الأحوال يكون هذا الأسلوب لمشروعات قائمة بالفعل ، ويتحمل القطاع الخاص ( ممثلا في الأفراد أو الشركات أو العاملين ) مخاطر التمويل والإدارة والتشغيل والصيانة وغيرها من المخاطر بالإضافة إلى ذلك فان أصول المشروع لا تعود للدولة بعد ذلك . ( Machin and Wilson, 2005 ) ، ويأخذ طريقة البيع المباشر Direct Sale لأصول الدولة ( المشروعات أو الشركات ) أشكالا مختلفة من خلال طلب عروض أو مزاد علني لمستثمر وطني أو أجنبي . وتتميز تلك الطريقة بالشفافية حيث أن آليتها واضحة وتقديم العروض مفتوح لكل المستثمرين الذين يرغبون في المنافسة على شراء الشركة والذين يستوفون الشروط من

قبل . والميزة الأخرى هي عدم وجود وسطاء بين الدولة والمشتري مما يمكن الدولة من المقارنة بين مختلف العروض واختيار المشتري الذي يعرض أعلى سعر .

وتعرض طريقة بيع الأسهم في الأسواق المالية أسهم ( الأصول أو الشركة ) للبيع للجمهور بهدف توسيع قاعدة الملكية لتشمل أكبر عدد من المواطنين عادة ما تستخدم هذه الطريقة لبيع الشركات التي ذات الوضع المالي الجيد . وتعتبر الميزة الرئيسية لطريقة بيع الأسهم في الأسواق المالية هي قاعدة الملكية خاصة عندما تضع الدولة قيوداً على كمية الأسهم التي يمكن لكل مستثمر شراؤها . ومن عيوب هذه الطريقة أنها تعتمد بشكل كبير على حجم السوق بالنسبة لحجم عملية طرح أسهم الشركات فإذا كان حجم السوق صغيراً فإنه يؤثر على سعر السهم مما يستلزم معه طرح الأسهم على دفعات حتى يتمكن السوق من استيعابها وبالتالي مزيد من الوقت .

وتعتبر طريقة البيع للعاملين والإدارة عملية تملك داخلية حيث يحصل العاملون والإدارة على كل الشركة أو على نسبة معينة منها . تتمتع هذه الطريقة بعدد من المزايا منها أنها تتميز بدعم سياسي وشعبي حيث لا تحتاج الحكومة إلى الدخول في مفاوضات مع المشتري لكي تحصل على ضمانات حول مستقبل العمالة ونترك هذه القضية للعاملين والإدارة كما أنها تعتبر الطريقة المناسبة لتحويل ملكية الشركات التي يصعب بيعها بأي من الطرق الأخرى كما أنها تمثل حافز كبير لرفع الإنتاجية وتخفيض التكاليف كما أنها تعتبر أداة فعالة لتوسيع قاعدة الملكية . غير أنها تتقد بسبب سوء تقدير القيمة المالية لأصول الشركة لعدم وجود المنافسة في عملية البيع ومن السليبات الأخرى المحتملة عدم تحسن أداء الشركة ورفع كفاءتها لعدم قدرة العاملين المادية على إدخال تكنولوجيا حديثة في عمليات الإدارة . (UGaz 2003) .

### ٣ - الشراكة في مصر .

يتيح برنامج الشراكة في مصر مصدراً جديداً للاستثمار في مشروعات البنية التحتية المطلوبة والحد من اقتراض الدولة وكافة ما يلحق ذلك من

مخاطر ، وخلق سوق محلي جديد للتمويل طويل الأجل ، بالإضافة إلى خلق سوق جديد للقطاع الخاص لإدارة أصول تلك المشروعات ، وتنمية الاقتصاد وخلق فرص عمل بالإضافة إلى زيادة الكفاءة للخدمات العامة المقدمة إلى الأفراد . كذلك يتيح نظام الشراكة مع القطاع الخاص استخدام أساليب ونظم إدارة القطاع الخاص المتطورة في تقديم الخدمات العامة . وتشير خبرات الدول الأخرى إلى انه بدمج مهارات الدولة والقطاع الخاص تحصل الدولة على ميزات هامة فيما يختص بالتكلفة وجودة الخدمات المقدمة . وتهدف مشاركة القطاع الخاص إلى تحسين جودة الخدمات المقدمة إلى الأفراد وإيجاد فرص عمل ، وتحفيز الاستثمارات والاستهلاك وبالتالي تعزيز النمو وجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة وغير ذلك من المنافع الأخرى . ولا تؤثر الشراكة مع القطاع الخاص على قدرة الدولة على تقديم الخدمات العامة بتكلفة اقل من تكلفتها الحقيقية فهذا أمر منفصل تعالجه الدولة على مستوى القطاع أو المشروع ، حيث يمكن تنفيذ صفقات ناجحة للشراكة مع القطاع الخاص سواء قدمت الخدمات بتكلفتها أو أقل من تكلفتها من خلال استخدام آليات دعم صريحة أو ضمنية ، حيث تقوم الحكومة بتحمل فروق الجدوى الاقتصادية والرأسمالية . وخلال أي من مشروعات الشراكة ، تحتفظ الحكومة بسيطرة كاملة على المستوى المحدد للخدمات المقدمة أما بالنسبة لتقديم الخدمات الأساسية الاجتماعية ( التعليم والرعاية الصحية ) إلى الأفراد يتم الاحتفاظ بتنفيذها من قبل الدولة . وبالتالي تتيح مشروعات الشراكة الفرصة أمام المقاولين المحليين وقطاعات التمويل بما في ذلك صغار المقاولين والمتوقع لهم تحقيق مكاسب من وراء تطبيق هذا البرنامج . (محمد متولي دكروري ٢٠٠٩)

### ١-٣ : الصعوبات التي واجهت مصر في مجال الشراكة

أكدت عدد من الدراسات ( وزارة الاستثمار ، إستراتيجية الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص ) أن مصر تواجه مجموعة من الصعوبات لتفعيل آليات الشراكة بين القطاع الخاص وتمثلت في ثلاث أنواع من

الصعوبات ([www.investment.gov.eg](http://www.investment.gov.eg)) هي القصور التشريعي وعدم وجود إطار مؤسسى لها وضعف الوعي العام بأهميتها ، وسنشير إلى كل منها باختصار على التوالى :

وتتمثل مظاهر القصور التشريعي فى الآتى :

أ- الافتقار إلى وجود قواعد وأحكام خاصة باختيار المستثمر وأفضل العروض وغياب أسس التقييم التي تتفق مع طبيعة هذه المشروعات من النواحي المالية والفنية والتشغيلية فالأسس التي يتضمنها قانون المناقصات والمزايدات الحالي رقم ( ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ) لا تصلح للتطبيق على هذا النوع من المشروعات .

ب- تتضمن بعض التشريعات السارية كقانون التزام المرافق العامة العديد من القواعد التي لا تلاءم المبادئ التمويلية والاقتصادية المعاصرة والتي تتعارض مع طبيعة المشروعات والمرافق العامة الاقتصادية في تطبيقاتها الحديثة . بل وتعد هذه التشريعات في جانب منها طاردة للاستثمار الخاص في مجال المرافق العامة ومشروعات البنية الأساسية وهو الأمر الذي أدى بالمشروع إلى إصدار قوانين خاصة تنظم الاستثمار الخاص في بعض القطاعات الاقتصادية الخدمية كقطاع الكهرباء والاتصالات والمطارات مما نتج عنه تعددية تشريعية غير مبررة ومزيد من التعارض بين التشريعات واللوائح السارية .

ج- لا يتعرض التنظيم التشريعي إلى كافة صور شراكة القطاع الخاص وهو الأمر الذي القي بكثير من الغموض حول أشكال الشراكة الخاصة التي يمكن تطبيقها في ظل القانون المصري .

ويرجع عدم وجود إطار مؤسسى للشراكة للسببين الآتيين :

١ - غياب رؤية إستراتيجية موحدة على المستوى المركزي عند معالجة شراكة الاستثمار الخاص في تمويل وتشغيل تلك النوعية من المشروعات وذلك بالإضافة إلى تعدد الجهات المسئولة عن تنظيم هذه الشراكة وتعدد الموافقات والتراخيص اللازمة بشكل مبالغ فيه وحال ذلك بالطبع دون إتمام العديد من المشروعات .

٢ - افتقار العديد من القطاعات الاقتصادية المعنية من الخبرة الفنية والمالية والقانونية اللازمة لطرح تلك المشروعات على المستثمرين وتنظيم هذه الشراكة كما افتقرت هذه القطاعات إلى التخطيط الاستراتيجي لاحتياجاتها وأولوياتها ، وجدوى هذه المشروعات من النواحي الاجتماعية والاقتصادية على حد سواء .

ويتمثل ضعف الوعي العام فيما يتعلق بأهمية ومزايا الشراكة في تمويل وتطوير وتشغيل مثل هذه المشروعات وما لهذه الشراكة من آثار إيجابية على التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، هذا فضلاً عن ضعف هذا الوعي بالأشكال المختلفة للشراكة في مثل هذه المشروعات والاعتقاد السائد بأن المشاركة الخاصة تقتصر فقط على الخصخصة .

### ٢-٣ : أدوات الشراكة في مصر

بدءاً من العام ٢٠٠٤ تم تنفيذ عدة إصلاحات من قبل الحكومة المصرية وهذه الإصلاحات أتت ثمارها لتثبيت النمو الاقتصادي بنسبة ٧- ٨ ٪ في المستقبل تحتاج مصر إلى استثمار أكبر في البنية التحتية من المتوقع أن تقوم مصر بتوزيع ما بين ٥,٥ إلى ٧ ٪ من عائد الناتج المحلي الإجمالي السنوي لتغطية احتياجات البنية التحتية ما بين ( استثمار جديد وصيانة ) بما يمثل تقريباً مبلغ ١٣ مليار دولار سنوياً إن التحدي الرئيسي هو تغطية الفجوة المالية عن طريق تحريك القطاع الخاص لضخ استثمارات رأسمالية .

وتشير الخبرات العالمية إلى أن ما بين ١٠ - ٣٠ ٪ من احتياجات رأس مال المشاريع البنية التحتية تضخ من خلال القطاع الخاص عن طريق مشروعات الشراكة وذلك في حالة وضع إطار رقابي وتشريعي ملائم بالإضافة إلى نظم حيوية ومؤثرة أخرى. وفعلياً من المتوقع أن تقوم مصر باستهداف حوالي ١٠ - ١٥ ٪ من احتياجات البنية التحتية عن طريق مشروعات الشراكة وقد تمثلت وسائل تفعيل آليات الشراكة في مصر في : ( وزارة المالية ، ٢٠٠٧ ) .

## ٢-١ : إنشاء الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص :

تمثل هذه الوحدة مركزاً للخبرة مكلفاً بمهمة تقديم ونشر سياسة الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتطوير الممارسات الخاصة بتنفيذ المشروعات ولعب دور حيوي في تقديم المشروعات الأولى . بالإضافة إلى دورها في الدراسة والتطبيق والتنسيق مع الوزارات المعنية والقطاع الخاص لتطوير برنامج الشراكة . وتمثل أهدافها ودورها وانجازاتها حتى الآن فيما يلي :

**الأهداف :** ترويج مبادرة الشراكة القومية إلى المستثمرين والمستفيدين داخل الحكومة والقطاع الخاص وغير ذلك من القطاعات ، تحديد وإيجاد حلول للمعوقات القانونية والمؤسسية وذلك من خلال جميع الخطوط التنفيذية لمشروعات الشراكة ، إيجاد أفضل الوسائل والنماذج والمعايير لتطبيق مشروعات الشراكة ، توثيق وتفعيل عروض مشروعات الشراكة ، بناء كوادر داخل الدولة لتحديد وتحليل وطرح التعاقد على رقابة مشروعات الشراكة الناجحة ، مساعدة الجهات المعنية بمشروعات البنية التحتية والاستشاريين للتأكد من جودة وتوافق الإجراءات الموضوعية ، تقديم المساعدة إلى الجهات العامة المعنية في عملية اختيار الشريك من القطاع الخاص في إطار من الشفافية والمنافسة .

**الأدوار:** يتضح أن الدور الأساسي للوحدة هو :

- العمل كواجهة أساسية للمبادرة القومية للشراكة في مصر .
  - تأسيس سياسة قومية لإطار تطبيقات الشراكة .
  - وضع إرشادات حول مشروعات الشراكة ونظم التنفيذ اللازمة لها في مصر .
  - مساعدة الوزارات المعنية لتحديد مشروعات الشراكة المزمع القيام بها لجزء من الخطة الخمسية الإستراتيجية .
- وتتمثل انجازات وحدة الشراكة المركزية هي :

- وضع مسودة قانون الشراكة لتفعيل وتوضيح الإطار التشريعي لمشروعات الشراكة ووضع الإرشادات المؤسسية داخل الدولة لتنفيذ

السياسة المعتمدة وتم تقديم مسودة القانون إلى مجلس الوزراء للحصول على موافقته وتم ذلك بالفعل.

- تأسيس وحدة تابعة للشراكة في الوزارات المعنية وتم توجيه موارد مستقلة إلى مشروعات الشراكة الخاصة بالهيئات التابعة .
- وضع وتنفيذ برنامج تدريبي وأنشطة لبناء الكوادر وذلك لتوفير الكفاءات من موظفي الدولة والهيئات العامة وكذلك لتنمية دراية القطاع الخاص بمشروعات الشراكة واتجاهات الدولة .
- إصدار الدليل الإرشادي التطبيقي لمشروعات الشراكة وتم توزيعه على الجهات المختصة لتوضيح الإجراءات اللازمة للمؤسسات المعنية في الدولة وعلى وجه الخصوص وزارات البنية التحتية ووحدات الشراكة التابعة لهم والهيئات المختصة وأقسامها لتحضير وتطوير مشروعات الشراكة .
- وقد تم تخصيص الموقع الإلكتروني التالي للوحدة ( باللغتين العربية والإنجليزية ) : ( [www.ppcentralunit.gov.eg](http://www.ppcentralunit.gov.eg) )

٢٠٢٠٣ : الإطار التشريعي :

تشير التجربة الدولية إلى اهتمام دول العالم بوجود تشريع مستقل يتضمن الأحكام المنظمة لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص حتى في ظل وجود تشريع قائم في تلك الدول لتنظيم المشتريات الحكومية أو تنظيم منح حقوق الامتياز للمرافق العامة، وذلك نظراً لاختلاف كل منهم في طبيعة الأحكام المنظمة له. ومن الجدير بالذكر أن تطوير عدد من الدول للإطار القانوني الذي تعمل في ظله منظومة الشراكة بين القطاعين العام والخاص ساهم بشكل أساسي في الدفع بالمزيد من الثقة في المشروعات العامة المقامة وفقاً لهذا النظام .

واستقرأً لتجارب الدول السابقة في تطبيق نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص فضلاً عن مراجعة أحدث التشريعات الصادرة لتنظيم عقود المشاركة طويلة الأجل بينهما جاء القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات العامة

أخذا بأفضل الممارسات الدولية في هذا السياق فقد تضمن مشروع القانون الأحكام التي أثبتت تشريعات الدول أهميتها في هذا المجال على النحو التالي : ( لجنة الخطة والموازنة ، الشؤون الاقتصادية ، أبريل ٢٠١٠ )

**أولاً - الإطار المؤسسي لمشروعات الشراكة :** ينظم مشروع القانون الإطار المؤسسي المنوط به إبرام واعتماد عقود المشاركة ومتابعة تنفيذها حيث يقضي بالآتي :

- إنشاء اللجنة العليا للمشاركة برئاسة مجلس الوزراء وعضوية الوزراء المعنيين بحيث تكون هي الجهة المسئولة عن رسم السياسات القومية وإصدار التعليمات والمعايير العامة للمشاركة واعتماد العقود النموذجية والدراسات واقتراح الآليات لدعم وتمويل مشروعات المشاركة ومتابعة إجراءات توفير المخصصات المالية وكذلك متابعة المشروعات .

- إنشاء الوحدة المركزية للمشاركة بوزارة المالية والتي يناط بها تقديم الدعم الفني المرتبط بمشروعات المشاركة ومتابعة إجراءاتها قبل وأثناء وبعد الطرح والترسيه وحتى تمام تنفيذ العقود كما تقوم الوحدة بإصدار دليل تطبيق هذه التعاقدات وتصميم نماذج نمطية لها وتحديد المستندات المطلوبة لدراسات الجدوى وطلب التقدم للعطاءات وتوزيع المخاطر وغيرها .

**ثانياً - إجراءات الطرح والترسيه :** تتضمن الأحكام المنظمة لإجراءات الطرح والترسيه في القانون ما يلي :

- تنظيم عملية اختيار المستثمرين المؤهلين ، والتي تتم بناء على قرار من " لجنة التأهيل المسبق " التي يتم تشكيلها من خبرات فنية ومالية وقانونية داخل الجهة الإدارية الراغبة في إبرام عقود المشاركة ، على أن يكون من حق أي مستثمر الاعتراض على عدم أدراجه ضمن قائمة المستثمرين المؤهلين .

- الدعوة إلى عقد لقاءات تمهيدية مع المستثمرين المؤهلين لمناقشة المواصفات المتعلقة بالمشروعات والشروط التمهيدية ، مع الاحتفاظ



بحق المستثمرين ثم اشتراط عدم إفشاء سرية البيانات خلال هذه المرحلة التمهيديّة ، والتي تستهدف بالأساس إفساح المجال أمام الجهات الإدارية لتعديل مواصفات وشروط المشروع للوصول إلى أفضل المواصفات في ضوء ما يتبين لها خلال المناقشات التمهيديّة .  
(Grimsey 2002)

**ثالثاً - إنشاء شركة المشروع :** يتضمن القانون عدد من الضمانات التي تكفل تحصيل المشروع والحفاظ عليه خلال فترة عقد الشراكة ، وذلك كالتالي :

- يلتزم صاحب العطاء الفائز بتأسيس "شركة المشروع" يكون غرضها الوحيد هو تنفيذ المشروع المعلن عنه ، وهو الأمر الذي من شأنها عدم تحميل شركة المشروع بأية التزامات أو أعباء تتحملها الشركة أو تحالف الشركات صاحبة العطاء الفائز .

- تلتزم "شركة المشروع" بعرض مشروعات العقود التي ترغب في إبرامها مع شركات أخرى لتنفيذ الأعمال والحصول على خدمات ترتبط بعقد الشراكة ، فضلا عن اتفاقات المساهمين في شركة المشروع ؛ بحيث يتسنى للجهة الإدارية وقف التعاقدات إذا ثبت لها عدم صلاحية تلك الشركات للأسباب التي ينص عليها القانون .
- لا يجوز حل شركة المشروع أو تغيير الشكل القانوني لها أو تخفيض رأسمال ألا بعد موافقة السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة .
- لا يجوز رهن أسهم شركة المشروع لغير أغراض التمويل .
- لا يجوز لشركة المشروع إن تتنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق أو الالتزامات ألا لغرض التمويل وبعد الحصول على موافقة كتابية من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة .

**رابعاً - آلية تعديل العقود :** يشتمل القانون على الأحكام المنظمة لحق الجهة الإدارية في تعديل ما تم الاتفاق عليه في عقد الشراكة مع الاحتفاظ بحق شركة المشروع في التعويض ، وذلك على النحو التالي :

- يحق للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وما يرتبط بتنفيذ الأعمال أو الخدمات محل العقد .

- يحق للجهة الإدارة تعديل قواعد تشغيل واستغلال المشروع وأسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات ، بشروط أن يكون ذلك في حدود المتفق عليه في عقد الشراكة وبعد الحصول على موافقة اللجنة العليا للمشاركة ، على أن تسري التعديلات في الأسعار أو مقابل الخدمة بأثر مباشر .
- يجوز تعديل عقد الشراكة إذا طرأت ظروف غير متوقعة وقت إبرام العقد .

وقد استهدفت هذه الأحكام بالأساس أن يعطي التشريع المرونة الكافية للسلطات المختصة لتعديل بعض المواصفات والاشتراطات التي قد تصبح غير مجدية أو مكلفة بدرجة تفوق درجة الاستفادة التي تحققها هذه الاشتراطات أو المواصفات . كما أن العقود طويلة الأجل قد تواجه بتغيرات يصعب التنبؤ بها خلال مرحلة الإعداد للمشروع وإبرام العقود ، وهو الأمر الذي يستلزم وجود المرونة الكافية لتعديل العقود إذا طرأت أية ظروف استثنائية أو غير متوقعة . ([www.thechimategroup.org](http://www.thechimategroup.org))

#### خامساً - تنظيم الحق في الإنهاء المبكر للمشروع :

يشمل القانون على حكم يقضي بأنه من حق الجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لإدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً في حالة عدم قيام شركة المشروع بإصلاح الخلل فضلاً عن عدم تدخل جهة التمويل لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد الشراكة بدءاً من تاريخ أخطارها بذلك ، مع الاحتفاظ بحق الجهة الإدارية في الحصول على تعويض عن الإضرار الناجمة عن هذا الإخلال .

سادساً - آليات فض المنازعات : ينظم القانون المعروض آليات فض المنازعات ؛ حيث يقضي بالآتي :

تشكيل لجنة للتنظيمات برئاسة وزير المالية ، تختص بنظر تظلمات المستثمرين فيما يتعلق بعمليات الطرح وإبرام وتنفيذ عقود الشراكة ،

تخضع عقود الشراكة لأحكام القانون المصري، يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقود المشاركة بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية، وذلك وفقاً لما يتم الاتفاق عليه في عقد الشراكة وبعد الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة.

### ٣-٢: تطور مشروعات الشراكة وضرورتها الاقتصادية

#### ٣-١: تطور مشروعات الشراكة:

لقد كانت الحكومة المصرية هي المسئولة عن تمويل وإقامة وتشغيل مشاريع البنية الأساسية خلال العقود الماضية، ولكن مع الزيادة السكانية المتنامية والنمو الاقتصادي وزيادة الالتزامات المالية؛ أصبح القطاع الحكومي غير قادر على تحمل عبء إقامة مشاريع البنية الأساسية وحده. وتؤكد أيضاً عدم قدرة القطاع الحكومي على الاستمرار في القيام وحده بهذا الدور من خلال الحالة السيئة لمشاريع البنية الأساسية التي يتم تمويلها بواسطة هذا القطاع وعدم قدرتها على مقابلة الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تسعى إليها الدولة.

ويوضح الجدول رقم (٣) وكذلك الشكل رقم (٣) عدد وقيمة المشروعات بنظام الشراكة مع القطاع الخاص في القطاعات المختلفة خلال الفترة (١٩٩٠-٢٠٠٧) حيث شيدت مشاريع جديدة في أربعة قطاعات للبنية الأساسية هي الطاقة، الاتصالات، النقل، المياه والصرف الصحي حيث أقيم ٢٢ مشروعاً بإجمالي استثمارات بلغت ١٥,٣٥٢ مليار دولار مع استحواذ قطاع الاتصالات على النصيب الأكبر من هذه الاستثمارات بقيمة ١١,٨٩٥ مليار دولار ونسبة ٧٧٪ إلى إجمالي الاستثمارات.

ويعتبر المشروع القومي للإسكان أحد النماذج الناجحة للشراكة بين القطاع الخاص والقطاع الحكومي في مصر ويسهم في علاج مشكلة من أهم المشكلات التي تواجه المجتمع المصري، ويستهدف بناء (٥٠٠,٠٠٠) وحدة سكنية خلال (٦) سنوات ولتحقيق ذلك فإن الدولة تقوم بتقديم

الأراضي كاملة المرافق للمستثمرين بأسعار منخفضة ؛ وذلك في المدن الجديدة بكافة أنحاء الجمهورية، لإقامة وحدات سكنية متوسطة للشباب محدودي الدخل . كما قامت الدولة بعقد بروتوكول مع البنك الأهلي وبنك مصر وبنك الإسكان والتعمير لتقديم قرض قدره ( ٣٠٠٠٠ ج ) لكل وحدة سكنية .

وفي ظل اهتمام الحكومة المصرية تجاه الإدارة والحماية البيئية ، وإدراكاً منها لأهمية دور القطاع الخاص في هذا الصدد ، تقوم وزارة الدولة لشئون البيئة مع جهازها التنفيذي بتقديم الدعم المستمر للقطاع الخاص للشراكة في تقديم الخدمات البيئية . ويعتمد هذا الدعم على عدد من الضوابط تشمل التزام الحكومة المصرية بتطبيق القوانين البيئية ، وتنفيذ المشروعات الإرشادية وتشجيع نقل التكنولوجيا ، وتبادل الخبرات مع القطاع الخاص الأجنبي . وفي هذا الإطار تم التركيز على تطوير آليات مالية لتشجيع الشراكة بين القطاع الخاص الأجنبي والقطاع الخاص الوطني في مجال الخدمات البيئية . ويهدف هذا الإجراء إلى إيجاد بيئة ملائمة لنقل المعلومات والخبرات ومن أمثلة هذه المبادرة ما يجري حالياً من إعداد آلية خاصة بالتعاون مع الحكومة الهولندية لتقديم الدعم المالي لشراكة القطاع الخاص المصري والهولندي في مجال الخدمات البيئية . كما أن هناك بروتوكولات تعاون بين وزارة البيئة واتحاد الصناعات المصرية ومدينة العاشر من رمضان لدعم الشراكة مع القطاع الخاص لتنفيذ مبادرات الإدارة البيئية المتكاملة في مجال الصناعة . ( إيمان عبد المحسن ، نوفمبر ٢٠٠٩ ) .

جدول رقم (٣)

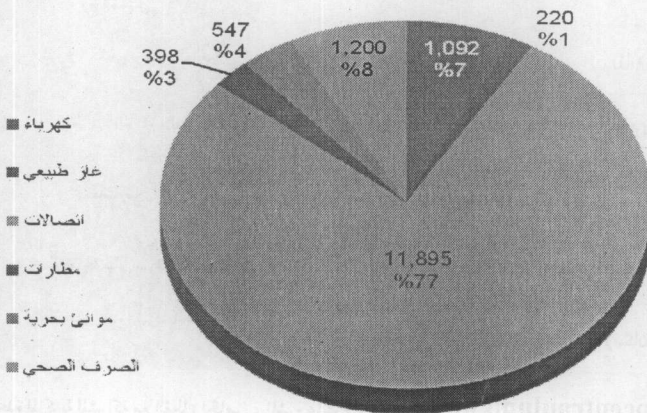
عدد وقيمة المشروعات بنظام شراكة القطاع الخاص في البنية التحتية وفقا للقطاع في مصر

خلال الفترة ١٩٩٠-٢٠٠٧

النسبة إلى إجمالي الاستثمارات (%)	حجم الاستثمارات	عدد المشروعات	القطاع
٨٠,٥			(١) قطاع الطاقة
٧,١	١,٠٩٢	٣	كهرباء
١,٤	٢٢٠	١	غاز طبيعي
			(٢) قطاع الاتصالات
٧,٧	١١,٨٩٥	٧	اتصالات
٦			(٣) النقل
٢,٥	٣٩٨	٧	مطارات
٣,٥	٥٤٧	٣	موانئ بحرية
			(٤) الصرف الصحي
٧,٨	١,٢٠٠	١	الصرف الصحي
١٠٠	١٥,٣٥٢	٢٢	الإجمالي

المصدر : بوابة الاستثمار من مصر ، الشراكة مع القطاع الخاص . [www.investment.gov-eg](http://www.investment.gov-eg)

شكل رقم ( 3 ) : قيمة المشروعات بنظام شراكة القطاع الخاص في البنية التحتية وفقا للقطاع



وقد اعتمدت مصر إستراتيجية جديدة للشراكة بدءاً من العام ٢٠٠٨ وبالتوازي مع العمل على تكوين اطر تشريعية وتنظيمية للشراكة. وامتدت الشراكة حالياً لتشمل قطاع التعليم ، الصحة والصرف الصحي والنقل وقطاعات أخرى . ويوضح الجدول رقم ( ٤ ) القطاعات المختلفة التي تغطي الشراكة في مصر وتوصيف للمشروعات المدرجة ضمن نظم الشراكة سواء الحالية أو المستقبلية .

#### جدول رقم (٤)

#### المشاريع المدرجة لنظم الشراكة في مصر

رقم	اسم المشروع	تاريخ المشروع	القطاع	جهة التعاقد	حالة المشروع
١	محطة معالجة مياه الصرف الصحي القاهرة الجديدة	٢٧ مايو ٢٠٠٩	محطات الصرف الصحي		حالي
٢	محطة معالجة مياه الصرف الصحي ٦ أكتوبر		محطات الصرف الصحي	الإسكان والمرافق	حالي
٣	مشروع محور روض الفرج		الطرق والمخارر	الجهاز المركزي للتنظيم	حالي
٤	محطة معالجة مياه الصرف الصحي غرب الإسكندرية		محطات الصرف الصحي	الإسكان والمرافق	تحت الإنشاء
٥	بناء مستشفيات جامعة الإسكندرية		التعليم العالي	جامعة الإسكندرية	حالي
٦	محطة معالجة مياه الصرف الصحي ابورواش		محطة معالجة المياه	وزارة الإسكان والمرافق	حالي
٧	مشروع الشراكة لبناء المدارس		المدارس	الهيئة العامة للأبنية التعليمية	تحت الإنشاء
٨	محطة تمكّن مياه الفردقة ، وشمال ميناء ، وج السويس		محطة معالجة المياه	الإسكان والمرافق	تحت الإنشاء
٩	مشروع مستشفى بولاق والعباسية		المستشفيات	وزارة الصحة	تحت الإنشاء
١٠	طريق حجاج الجلالة		الطرق والمخارر	وزارة النقل	تحت الإنشاء
١١	مجمعات إنتاج الخبز		قطاعات أخرى	وزارة الضمان الإجمالي	تحت الإنشاء
١٢	محطة معالجة مياه الصرف الصحي	٢٦ ديسمبر ٢٠٠٨	محطات الصرف الصحي	الإسكان والمرافق	تحت الإنشاء
١٣	محطة معالجة مياه الصرف الصحي حلوان		محطات الصرف الصحي	الإسكان والمرافق	تحت الإنشاء

المصدر : الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص ، المشروعات - eg- www-pppcentraulunit.mof.gov

٢-٣-٢ : الضرورة الاقتصادية للشراكة في مصر (لجنة الغطة والموازنة، ٢٠١٠) :

على الرغم من زيادة الاستثمارات الحكومية من نحو ٢٣ مليار جنيه في عام ٢٠٠٤/٢٠٠٥ إلى أكثر من ٤٣ مليار جنيه في عام ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ، فإن الزيادة الحقيقية في مستويات التنفيذ العيني لتلك الاستثمارات لا تتناسب مع طموح المجتمع وتطلعاته التنموية . فالقيمة الحقيقية في استثمارات السنة المالية ٢٠٠٨/٢٠٠٩ لا تتعدى ٣٠ مليار جنيه فقط بأسعار ٢٠٠٤/٢٠٠٥ . هذا فضلا عن أن الجانب الأعظم من الزيادة في الاستثمارات الحكومية في الأعوام الأخيرة تم توجيهها إلى قطاع مياه الشرب والصرف الصحي ، حيث تضاعفت استثمارات هذا القطاع خمس مرات خلال السنوات الخمس الأخيرة ؛ لتصل إلى ٤٠ مليار جنيه على مدار تلك السنوات ، منها حوالي ٣٠ مليار جنيه في عامي ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ، ٢٠٠٩/٢٠١٠ .

وبالتالي فإن القطاعات الأخرى للبنية الأساسية والمرافق العامة لا تزال في حاجة ماسة إلى جهد استثماري أكبر في الأجل المنظور ، وبما يرفع سقف النمو في المجتمع ويحقق النقلة النوعية المطلوبة في مستوى معيشة الأفراد. ويأتي على رأس القطاعات التي تحتاج إلى زيادة استثماراته بشكل جوهري ما يلي :

**أولاً - قطاع النقل والطرق :** يعد تطوير قطاع النقل والطرق من أهم العناصر الحاكمة لحركة التنمية والعمران في المجتمع . وفي هذا الشأن هناك ضرورة استكمال وتحديث منظومة النقل والطرق في المجتمع وبما يسهم في خلق شرايين جديدة للتنمية . وهناك عدة عوامل تؤكد الضرورة الاقتصادية في الإسراع بأحداث نقلة كبيرة في حجم الاستثمارات الموجهة لقطاع النقل . ويأتي على رأس تلك العوامل ما يلي :

- حتمية إحداث نقلة نوعية كبيرة في حجم الاستثمارات الموجهة لقطاع الطرق ، وبما يستوعب الزيادة الهائلة في عدد السيارات ووسائل النقل الأخرى ، ويحد من التزايد المستمر في الكثافة والاختناقات المرورية

الملحوظة حاليا ، ليس في المدن الكبرى فحسب وفي الطرق بين عواصم المحافظات والمراكز أيضا . حيث يمكن رصد ما يلي :

- حدوث زيادة كبيرة في عد السيارات الملاكي في مصر ، بيانات الجهاز المركزي للتعبة العامة والإحصاء تشير إلى زيادة تلك السيارات بنسبة ٤٨,٦ ٪ خلال الفترة ( ٢٠٠٥ - ٢٠٠٩ ) . فلدينا الآن ٢٠٤ مليون سيارة ملاكي مرخصة ، منها أكثر من ٢٣٠ ألف سيارة تم ترخيصها خلال عام ٢٠٠٩ فقط . وتؤكد البيانات أن هذه الزيادة في السيارات الملاكي في عديد من المحافظات الريفية أعلى من المتوسط العام على مستوى الجمهورية ، حيث أن نسبة الزيادة في السيارات الملاكي خلال هذه الفترة في محافظة الشرقية وصلت ٦٧,٥ ٪ ، والسويس ٧٣,٨ ٪ وسوهاج ٦٥,١ ٪ والمنيا ٦٧,٧ ٪ والغربية ٨٢ ٪ .

- زيادة عدد سيارات النقل في مصر بنسبة ١٥ ٪ خلال الفترة ( ٢٠٠٥ - ٢٠٠٨ ) ، فضلا عن زيادة عد سيارات الأجرة خلال تلك الفترة بشكل كبير في معظم محافظات الجمهورية . ففي محافظة بني سويف زاد عدد سيارات الأجرة خلال تلك الفترة بنسبة ٤٦ ٪ ، وفي محافظة سوهاج بنسبة ٣٥ ٪ ، وفي محافظة بور سعيد بنسبة ٤١ ٪ ، وفي محافظة المنيا بنسبة ٤٧ ٪ . وكذلك زيادة عدد السيارات السياحية من حوالي ٨٠٧٨,٧ ألف سيارة في عام ٢٠٠٥ إلى ٢٣,٧ ألف سيارة في عام ٢٠١٠ ، بنسبة ١٧٠ ٪ .

- الحاجة التي تبني خطة مستدامة للإنفاق الاستثماري في الهيئة القومية للسكك الحديدية لأحداث التطور المطلوب في هذا المرفق الحيوي على الرغم مما شهده الإنفاق الاستثماري لهيئة السكة الحديد من تطور نسبي في السنتين الأخيرتين . ففي عام ٢٠٠٩/٠٨ بلغ هذا الإنفاق نحو ٣,٢ مليار جنية في مقابل ٣,٤ مليار جنية في عام ٢٠٠٨/٠٧ ، ونحو ١,٠ مليار جنية في المتوسط خلال الفترة من ٢٠٠٥ / ٠٤ - ٢٠٠٧ / ٠٦ . ومع هذا لا يزال هذا المرفق الحيوي يحتاج إلى جهد استثماري أكبر . لدينا ٧٠٥ محطة تم تطوير ٥٣ منها و ٢٦٥٠ عربة



عادية لا زالت في حاجة إلى مزيد من التطور. لدينا أيضا ١٢٦١ مزلقان ، تم الانتهاء من تطوير ٣٤٥ مزلقان منها فقط كما يحتاج مرفق السكك الحديدية إلى جهد أكبر لرفع معدلات الأمان ، وتحسين المظهر العام ومستوى النظافة به .

- أهمية استكمال حركة التطوير بالموانئ والمطارات المصرية ، وإنشاء محطات متطورة للحاويات ، وتوفير الثلاجات اللازمة لحفظ السلع الغذائية المعدة للتصدير ، وتطوير أرصفة للخدمات .
- ضرورة العمل على الانتهاء من المرحلتين الأولى والثانية للخط الثالث لمترو الإنفاق وتوفير الاستثمارات المطلوبة لأحداث التطوير المطلوب في قطاع النقل النهري .

**ثانياً - قطاع الزراعة والري :** قطاع الزراعة والري قطاع حيوي يرتبط بشكل مباشر بمصالح سكان الريف والذي يمثلون أكثر من ٥٥ ٪ من سكان مصر ، فضلا عن دوره المحوري في خلق فرص العمالة وتحقيق العديد من الأهداف القومية والتنمية . وسد نحو إحداث النهضة المطلوبة في هذا القطاع تستهدف الحكومة ضخ ما يزيد على ١٤٠ مليار جنية من الاستثمارات العامة والخاصة لتهيئة البنية التحتية ودفع منظومة الإنتاج الزراعي .

**وفي هذا الشأن تشير البيانات التقديرية للموازنة العامة إلى ما يلي :**

- تراجع استثمارات قطاع الري من نحو ٢,٦ مليار جنية في عام ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥ إلى نحو ٢,٠ مليار جنية فقط في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ . وبالتالي تراجع القيمة الحقيقية للتنفيذ العيني لاستثمارات هذا القطاع من نحو ٢,٦ مليار جنية في عام ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥ إلى نحو ١,٤ مليار جنية فقط في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ .
- التراجع الحاد في استثمارات هيئة مشروعات التعمير والتنمية الزراعية والنموط بها تهيئة البنية الأساسية لقطاع الزراعة . فقد بلغت تلك الاستثمارات حوالي ٨٦ مليون جنية في المتوسط خلال السنوات (

٢٠٠٤ / ٢٠٠٥ - ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩) في مقابل نحو ٤٣٠ مليون جنية في عام ١٩٩٩ / ٩٨ فقط .

وهناك عدة تعديلات وأولويات ملحة في قطاع الزراعة والري تستوجب توجيه جهد استثماري أكبر لتحقيق التطوير المطلوب في هذا القطاع ومن أهمها :

- تحديث وإعادة هيكلة هيئة مشروعات التعمير والتنمية الزراعية لتقوم بدورها في تطوير البنية التحتية لقطاع الزراعة .
- الاستمرار في عمليات الصرف المغطى واستكمال برنامج تطوير أنظمة الري في الأراضي القديمة بأجمالي ٥,٥ مليون فدان .
- وضع حلول جذرية لمشكلة وصول المياه إلى نهائيات الترع والتي يعاني منها جموع الفلاحين من خلال تطوير عمليات التكريك ، وتطهير الترع والمجاري المائية ؛ بهدف تحقيق الانتظام والانسيابية في عمليات الري .
- التوسع في استخدام أنظمة التسوية بالليزر في أراضي الدلتا وتوصيل هذه الخدمة للمساحات الصغيرة بهدف الحفاظ على الموارد المائية ورفع الكفاءة الإنتاجية للأراضي الزراعية .
- تفعيل التوجه نحو إقامة مجمعات زراعية صناعية متكاملة لزيادة القيمة المضافة للحاصلات الزراعية وتحسين إنتاجية الفلاح وزيادة دخله .
- استكمال تنفيذ مشروع قناة جونجلي بجنوب السودان بهدف إتاحة نحو ٢ مليار متر مكعب إضافي فضلا عن تفعيل التوجه نحو إنشاء مركز متخصص في أبحاث تكنولوجيات معالجة المياه .

**ثالثاً - قطاع التعليم :** التعليم هو بوابة المستقبل . بالرغم مما يشهده قطاع التعليم من تطوير واضح ، خاصة في قطاع التعليم قبل الجامعي ، فإن استكمال منظومة تطوير هذا القطاع تتطلب ضخ مزيد من الإنفاق الاستثماري ، حيث هناك عدة عناصر يجب التركيز عليها تتمثل في :

- أهمية أن تشهد السنوات القليلة القادمة مضاعفة الإنفاق على البعثات التعليمية بما يوازي خمسة أضعاف مستوى الإنفاق الحالي ، بهدف

الاستمرار في رفع كفاءة العنصر البشري وأحداث النهضة المطلوبة في المجتمع المصري .

- ضرورة رفع مستويات التنفيذ العيني في خطة بناء المدارس لتتواءم مع استمرار الزيادة السكانية في المجتمع المصري ، وتحقيق الخفض المستهدف في كثافة الفصول وقد بدأت بالفعل فعلى الرغم من أن عدد سكان في الفئات العمرية أقل من عشرين سنة ( أي في مرحلة التعليم قبل الجامعي ) يمثلون حالياً ما يقارب ٤٥ ٪ من جملة السكان ، فإن هناك تراجع واضح في القيمة الحقيقية للتنفيذ العيني لخطة بناء المدارس . ففي عام ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥ وصل حجم الإنفاق الاستثماري لهيئة الأبنية التعليمية إلى حوالي مليار جنية . وبالرغم من زيادة قيمة هذا الإنفاق إلى نحو ١,٣ مليار جنية في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ فإن القيمة الحقيقية لهذا الإنفاق تنخفض إلى ٠,٩ مليار جنية فقط بأسعار سنة ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥ .

- الحاجة لزيادة الإنفاق الاستثماري لقطاع المستشفيات الجامعية التابع لوزارة التعليم العالي . فالمستشفيات الجامعية تمثل المستوى الأول من الخدمة الصحية والتعليمية في مصر . ألا أن الملاحظ حدوث انخفاض في حجم الإنفاق الاستثماري لتلك المستشفيات هذا الإنفاق المنخفض من نحو ١٨٠ مليون جنية في عام ٢٠٠٥ / ٢٠٠٦ إلى نحو ١٥٩ مليون جنية في ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ ورغم زيادته إلى ٥٤٠ مليون جنية في ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ إلا أنه عاود الانخفاض في موازنة ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ ليصل إلى نحو ٤٠٠ مليون جنية فقط . وبالتالي أن التحديات التي تواجهها تلك المستشفيات ونسب الإشغال بها تتطلب جهد استثماري أكبر لتمكينها من القيام بدورها المحوري على المستويين الصحي والتعليمي .

**رابعا - قطاع التنمية الصناعية :** تقوم هيئة التنمية الصناعية بدور حيوي في تطوير قطاع الصناعة في مصر من خلال : توفير المعلومات والتخطيط الصناعي وإجراء البحوث والدراسات الفنية وإنشاء وتنمية المناطق الصناعية ودعم نقل التكنولوجيا وتعميق التصنيع المحلي وترشيد الطاقة .

وكذلك حاجة الهيئة لتوجيه مزيد من الإنفاق الاستثماري للتوسع في عمليات التدريب وتخطيط وتنمية المناطق الصناعية وترشيد استخدام المياه في الأغراض الصناعية ، وغير ذلك .

**خامساً - قطاع التجارة الداخلية :** يأتي تطوير البنية التحتية لقطاع التجارة الداخلية على رأس أولويات الحكومة . وبالتالي لا بد من زيادة الاستثمارات الموجهة لهذا القطاع بهدف :

- الاستثمار في إنشاء المراكز التجارية المتطورة ومراكز البيع بالتجزئة والأسواق المتكاملة للمنتجات الغذائية .. فهذه المراكز والأسواق تعمل على توفير السلع المطلوبة للمواطنين في عواصم المحافظات المختلفة بأسعار مناسبة ، فضلا عن أنها تتيح مزيدا من فرص العمل والتشغيل.
- التوسع في توفير الصوامع ومنافذ بيع المحاصيل الزراعية بالقرب من مناطق زراعتها وفضلا عن الاستثمارات المطلوبة للقطاعات السابق الإشارة إليها وغيرها ، وبالتالي هناك أهمية للاستمرار في توجه الحكومة نحو إحداث زيادة مستمرة في حجم الاستثمارات الموجهة لقطاع مياه الشرب والصرف الصحي . فعلى الرغم من الطفرة الكبيرة في استثمارات هذا القطاع في السنوات الأخيرة يلاحظ أن نسبة القرى المتصلة حاليا بشبكة للصرف الصحي لا تتعدى ٨ ٪ فقط ، ناهيك عما سيسفر عنه التطور الواضح في حركة العمران من توسع في مساحة القرى القائمة ، ونشأة قرى وتجمعات عمرانية جديدة .

ومما سبق يتضح أن حجم الجهد الاستثماري المطلوب لقطاعات البنية الأساسية والمرافق العامة يتخطى بكثير سقف الموارد العامة للدولة ، خاصة في ظل التنامي المستمر في حجم الإنفاق الجاري والحتمي ، والذي يستوعب حاليا نحو ٨٠ ٪ من حجم الإنفاق العام للدولة .

- ٧٦ مليار جنية تحملتها الموازنة العامة لدفع أجور العاملين بالدولة في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ ، ومن المتوقع إن يصل حجم هذا الإنفاق إلى ٩٥ مليار جنية في مشروع الموازنة الجديدة ٢٠١٠ / ٢٠١١ ، وبما يوازي نحو ٢٥ ٪ من حجم الإنفاق العام في الموازنة الجديدة . ومن

التوقع إن يستحوذ الإنفاق على الأجور على نصيب متزايد من الإنفاق العام في السنوات القادمة مع البدء في ضم العلاوات ذات النسب المرتفعة التي تم إقرارها في السنوات الأخيرة .

- ٢١ مليار جنية تحملتها الموازنة لدعم السلع التموينية في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ ، في مقابل ١١ مليار جنية في عام ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥ .
- ٦٢ مليار جنية حجم الإنفاق على دعم المنتجات البترولية في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ ، في مقابل مليار جنية فقط في عام ١٩٩٩ / ٩٨ .
- هناك حاجة مجتمعية ضرورية إلى الاستمرار في توسيع مظلة الضمان الاجتماعي في السنوات القادمة مع الاستمرار في رفع قيمة هذا المعاش فضلا عن الاستمرار في برامج الدعم الأخرى مثل دعم الإسكان محدودي ودعم الأدوية ولبن الأطفال والعلاج على نفقة الدولة ودعم النقل العام والسكك الحديدية وغيرها .

تعتمد رؤية مصري الشراكة على استمرار التوسع الحتمي في الإنفاق الجاري من ناحية وسقف الاقتراض السنوي واعتبارات الحفاظ على السلامة للدولة من ناحية أخرى ، وتشير البيانات أن نسبة الاستثمارات الحكومية للإنفاق العام تشهد تراجع مستمر بالرغم من الزيادة المهمة في حجم الاستثمارات الحكومية في الفترة الأخيرة في إطار برنامج الحفز المالي ، حيث انخفضت تلك النسبة من ١٣٪ في عام ٢٠٠٤ / ٢٠٠٥ إلى ١١,٧٪ فقط في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ . وتشير المؤشرات الأولية لمشروع موازنة ٢٠١١ / ١٠ إلى إن حجم الاستثمارات الحكومية سوف ينخفض بما لا يقل عن ١٠ مليار جنية عن قيمة الاستثمارات الفعلية في عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ والبالغة ٤٣ مليار جنية ، وهو الأمر الذي يشير إلى ما ستشهده الموازنة الجديدة ٢٠١٠ / ٢٠١١ والموازنات القادمة من تباطؤ أكبر في معدلات التنفيذ العيني للعديد من المشروعات والمرافق العامة كنتيجة للتزايد المستمر في حجم الفجوة السنوية بين الاعتمادات الاستثمارية التي تطلبها الجهات والاعتمادات التي ترصدها لها وزارة المالية في مشروع الموازنة ، فقد وصلت هذه الفجوة إلى أكثر من ٥٣٪ من حجم

الاعتمادات المطلوبة من هيئة الأبنية التعليمية في موازنة ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ ، ووصلت إلى ٣٤٪ من حجم الاعتمادات المطلوبة من وزارة الإسكان والمرافق في موازنة ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ وذلك بعد إضافة نحو ١٠ مليار جنية زيادة في اعتمادات الوزارة تم إقرارها خلال السنة في إطار برنامج التحفيز المالي ، وهو ما يوضحه الجدول رقم (٥) .

جدول رقم (٥)

الاعتمادات الاستثمارية المطلوبة والمدرجة من بعض جهات الموازنة

خلال الفترة (٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ / ٢٠١٠)

القيمة بالمليون جنية

الوزارة / الجهة	موازنة ٢٠٠٩/٢٠٠٨		موازنة ٢٠٠٨/٢٠٠٧		موازنة ٢٠١٠/٢٠٠٩		موازنة ٢٠٠٩/٢٠٠٨	
	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية	الاعتمادات التي رصدتها وزارة المالية
وزارة الإسكان والمرافق	١٦٠٠٠,٠	٢٤٣٠٠,٠	٨٣٠٠,٠	١٦٩٣٠,٠	٢٥٧٧٠,٠	١٥٧٧٠,٥	٢٢١٠,٠	٣٦٠٠,٠
الهيئة العامة للطرق والكباري	٣٥٠٠,٠	٤٠٠٠,٠	٥٠٠,٠	٩٧٧,٠	٢٢٨١,٠	١٣٠٤,٠	١٥٠٠,٠	٢٨٣٢,٠
وزارة الزراعة وإستصلاح الأراضي	٦٧٣,٠	١٤٠٠,٠	٧٧٧,٠	٦٦٣,٦	٩٠٥,٤	٢٤١,٨	٣٢١,٧	١١٦٨,٥
وزارة الموارد المائية والري	٤١٢٦,٠	٥٥٩٢,٠	١٤٦٦,٠	٥٢٢,٥	٦٦٢,٥	١٤٠,٠	١٨٤٩,٦	٢٦١٤,١٨
هيئة الأبنية التعليمية	١١٢٢,٧	٢٤٠٣,٨	١٢٨١,١	١٠٣٧,٣	١٢٨٧,٣	٤٠٠,٠	٩٤٩,٤	١٦٩٧,٨
وزارة الصحة والسكان	٢٦٦٤,٢	٣٢٠٠,٠	٥٣٥,٨	١٩٩٣,٦	٤٧٠٩,٠	٣١١٥,٤	١٠٨٥,٠	١٤٩٤,٠

المصدر: مجلس الشعب، تقرير لجنة الخطة والموازنة، التقرير الرابع، أبريل ٢٠١٠ ص ١٣  
كما سبق تبليور الرؤية العامة لتفعيل شراكة القطاع الخاص في  
مشروعات البيئة الأساسية والمرافق العامة في مصر في تحقيق ما يلي :

- ضرورة الإسراع في تنفيذ تلك المشروعات، بمعدلات تتخطى سقف الاقتراض والموارد العامة وتتناسب مع طموحات المجتمع وتطلعاته .
- تمكين الحكومة منتوجه جانب أكبر من مواردها العامة للأفناق الجاري والحتمي والذي يصعب إجراء أية مقايضة بشأنه . وتركيز جهدها الاستثماري في المشروعات العامة الإستراتيجية وغير الجاذبة للقطاع الخاص ، وبما يحدث النقلة النوعية المطلوبة في حجم الاستثمارات القومية ويرفع معدل النمو والتوظيف في المجتمع .

### ٤-٣ : الرؤية المستقبلية للشراكة في مصر

تتضمن الرؤية المستقبلية للشراكة في مصر كما حدثها وزارة المالية إنشاء ثلاثة كيانات مالية وتنظيمية لتحسين كفاءة وفعالية نظم الشراكة وخلق مؤسسات سوقية لنمو مشروعات الشراكة وتمثل هذه الكيانات في صندوق التحضير لمشروعات الشراكة ، وصندوق تمويل البنية التحتية ، وصندوق فروع الجدوى لمشروعات البنية الأساسية وسنشير إلى كل منها باختصار على التوالي : ( الجديد عن البرنامج القومي للشراكة ٢٠٠٩ )

نظرا لكون إجراءات التحضير والطرح لمشروعات الشراكة ذات إجراءات مركبة ومكلفة عن مثلتها من المشروعات التي تطرح بالطرق التقليدية ، كما أن تكلفة طرح مشروعات الشراكة تشكل عبئا كبيرا على ميزانية الوزارات المعنية وانطلاقا من ذلك اقترح إنشاء صندوق التحضير لمشروعات الشراكة ( ppf ) ، ويهدف هذا الصندوق في المقام الأول إلى تمويل أتعاب مستشاري الطرح . ومن الغني عن الذكر أن تحضير قائمة من المشروعات المستقبلية تحت مظلة الشراكة يعد شيئا حيويًا لمصر . ورغم من أن الحكومة المصرية قد لا تنفق مبالغ كبيرة في مرحلة تحديد وتحضير وطرح مشروعات البنية التحتية التي تطرح بنظام الطرح العام . إلا أن التوفير في تكلفة التحضير أو البحث النافي للجهالة لمشروعات الشراكة يؤدي إلى ارتفاع قيمة العطاءات التي يتم تقديمها من القطاع الخاص وبالتالي ارتفاع تكلفة مشروعات الشراكة وسوف تتمثل أهداف الصندوق في :

- تنمية أفضل لمشروعات الشراكة من قبل الهيئات العامة .

- يتم اتخاذ القرارات من قبل الحكومة المصرية بناء على دراسات جدوى عالية الجودة .
  - تقوم الحكومة المصرية بمشروعات شراكة يمكن تنفيذها وتمويلها من قبل القطاع الخاص.
  - التأكد من أن كافة المشروعات التي يتم تمويل أتعاب استشاريها من قبل صندوق التحضير لمشروعات الشراكة تتم بناء على أفضل التطبيقات وإرشادات الوحدة المركزية للشراكة .
  - مساعدة إدارة المشروعات والكفاءات الفنية التابعة للهيئات العامة في تنمية كفاءتها لطرح مشروعات الشراكة .
  - التأكد من أن صندوق التحضير لمشروعات الشراكة يوفر تغطية مالية جزئية من مشروعات الشراكة كلما يصبح ذلك ممكنا .
  - تنمية سوق الخدمات الاستشارية لمشروعات الشراكة في مصر .
  - توفير الإلية للمنظمات المانحة وذات الأغراض المتعددة للمشاركة في التمويل والتوسع في تحقيق الأهداف .
- ولاشك أن اقتراح تأسيس صندوق تمويل البنية التحتية بالعملية المحلية ضرورة لتمكين المستثمرين في تلك المشروعات من تخفيف مخاطر فروق وتحويل العملة. وعلى الرغم من أن السوق المصرفي في مصر تتوافر لديه السيولة إلا أنه بات من الصعب على المشاريع الممولة محليا الحصول على تمويل طويل الأجل نتيجة للعوامل الآتية :
- انخفاض قدرة البنوك لتقييم مشاريع البنية التحتية للشراكة.
  - عدم إصدار الحكومة لأذون الخزانة أو السندات الحكومية بصورة دورية لأمد طويل لتمكين البنوك من تسعير المخاطر طويلة الأجل .
  - وبناء على ذلك فإن إنشاء صندوق تمويل البنية التحتية يلعب دورا محوريا في تنمية القروض طويلة الأجل لأغراض تمويل مشروعات البنية التحتية بمعرفة القطاع الخاص . وسيتم إنشاء هذا الصندوق كمؤسسة غير بنكية بمساهمات حكومية تمثل الأقلية وتشغيله كجهة تجارية تعمل طبقا لقواعد الهيئة العامة لسوق المال وسيعتمد هذا الصندوق على رفع رأس



ماله من رأس المال المحلي والعالمي وسيستفيد من الضمانات الممنوحة من الحكومة المصرية . سيشكل هيكل المساهمين في هذا الصندوق من البنوك المحلية وهيئات المعاشات المحلية وهيئات استثمار عالمية . يحتاج هيكل الحكومة لهذا الصندوق إلى مزيد من التطوير عن طريق مساعدات فنية سيتم تحديدها في المستقبل . سيوفر البنك الدولي المساعدات الفنية إلى صندوق تحضير مشروعات الشراكة وصندوق تسهيل وتمويل البنية التحتية . تحتاج الحكومة المصرية إلى إنشاء صندوق خاص لتوفير الدعم الرأسمالي اللازم لتحويل مشروعات الشراكة إلى مشاريع ليست لها جدوى تجارية فقط بل يكون لها مردود اقتصادي أيضاً . والمقترح من قبل البنك الدولي إنشاء صندوق فروق الجدوى لمشروعات البنية الأساسية لتوفير المساعدة المالية في شكل منح أو طرح مشروعات البنية التحتية ذات الجدوى الاقتصادية بهدف تحويلها إلى مشروعات ذات جدوى مالية . ويؤسس إطار العمل الخاص بهذا الصندوق على المحاور الرئيسية التالية :

- الاعتماد على العروض المتنافسة التي تعتمد على دعم محدود .
- استخدام نماذج العقود التي تم صياغتها من قبل الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص .
- وضع حد أقصى لنسب التكاليف التي يتعين تغطيتها عن طريق الدعم .

#### ٤- التوصيات

نظراً لأهمية الشراكة حالياً وبخاصة بعد الأزمة الحالية العامة يتطلب الأمر من الحكومات أن تصيغ وتنفذ حزمة من السياسات والبرامج وذلك على محورين أساسيين : الأول يرتبط بتشجيع مشروعات الشراكة بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص ودعمها مادياً إذا أدت الحاجة إلى ذلك واتخاذ الإجراءات المالية والضريبية لمساعدة القطاع الخاص على تخطي الأزمة الحالية ؛ حتى يتمكن من ممارسة دوره في إدارة النشاط الاقتصادي بفاعلية . أما المحور الثاني فيتمثل في وضع ضوابط عامة تمثل عهداً جديداً للشراكة مع القطاع الخاص للحد من مخاطر الفساد والاحتكار وغياب المسؤولية الاجتماعية والتركيز على تحقيق الإرباح على حساب الصالح

العام . وتعتبر المبادئ والأسس التي يقوم عليها تطبيق الحكم الجيد أو الحكم الرشيد القائم على الشراكة الحقيقية بين جميع أطراف المجتمع من منظمات حكومية ومواطني ومنظمات المجتمع المدني بجميع أنواعها في إدارة شئون الدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة من أهم المدخل التي تساعد في تفعيل الشراكة مع القطاع الخاص وذلك بالتركيز على العناصر التالية :

#### ١- توفير الإطار التشريعي للشراكة مع القطاع الخاص :

من الضروري وجود إطار تشريعي صالح وداعم للاستثمار المشترك مع القطاع الخاص وهو ما يتطلب إصدار قانون موحد لتنظيم الشراكة مع القطاع الخاص في تمويل وإقامة وتشغيل المشروعات المشتركة وإزالة جميع القيود التي تواجه القطاع الخاص في تلك المشروعات وتحديد السلطات المركزية والمحلية التي يحق لها التعاقد والجهات التي تختص بإصدار التراخيص المتعلقة بالمشاركة الخاصة .

وذلك الأمر سوف يؤدي إلى خلق البنية التشريعية الملائمة لاختيار المستثمرين الجادين من خلال إجراءات تنافسية ذات فاعلية تتفق مع طبيعة هذه المشروعات ووضع القواعد المنظمة للاستثمار الخاص في كافة القطاعات الاقتصادية والخدمية والمرافق العامة دون استثناء وتوفير أسس التقييم التي تتفق مع طبيعة هذه المشروعات من النواحي المالية والفنية والتشغيلية .

#### ٢- تمكين ومشاركة كافة أطراف المجتمع :

يجب ألا تكون الشراكة مقصورة على القطاع الخاص فحسب ، بل يتطلب الأمر مشاركة جميع الأطراف المتأثرة بالقرارات التي تتخذ في هذا الشأن وان يكون من حق كل متأثر بهذه القرارات المشاركة في صياغتها ؛ لذا لا بد للحكومات من إيجاد الآليات المناسبة لمشاركة باقي قطاعات المجتمع المدني ، ومنها الأحزاب والنقابات والجمعيات الأهلية ونحوها ، بما يحقق المواطنة الفعالة القائمة على المساواة في الفرص والحقوق ويؤدي إلى بناء الثقة بين المواطنين والقطاع الخاص وزيادة الوعي العام بأهمية

ومزايا الشراكة خاصة في تمويل وتطوير وتشغيل مشروعات البنية الأساسية وما لهذه الشراكة من آثار إيجابية على التنمية المستدامة بما يؤدي إلى بناء دولة المؤسسات .

### ٣- الرقابة من الأجهزة الحكومية :

تعتبر الأجهزة الرقابية الحكومية أداة مهمة من أدوات المساءلة لمنظمات القطاع الخاص عن تصرفاتها وقراراتها الاقتصادية لضمان التزامها بالضوابط القانونية المحددة ، والإجراءات الإدارية المنظمة للنشاط الاقتصادي كالأسواق المالية وأجهزة التسوية وحل المنازعات ويجب أن تتمتع هذه الأجهزة بالاستقلالية والحيادية وأن تزود بكفاءات إدارية وفقا للمعايير الموضوعية للحد من الفساد ومحاربة الاحتكار وحماية حقوق المستهلك والمحافظة على البيئة ، وذلك بالإضافة إلى إعطاء الحق للجمعيات الأهلية والنقابات العمالية في الرقابة على القطاع الخاص ومساءلته عن تصرفاته وتضمن هذه الأجهزة توفير بيئة أعمال مستقرة جاذبة للاستثمار .

### ٤- الشفافية والإفصاح المحاسبي :

يقصد بالإفصاح المحاسبي أن تفصح القوائم المالية الختامية والتقارير المحاسبية لمنظمات القطاع الخاص عن السياسات والمعلومات بصورة كاملة وواضحة ودقيقة ، مع عرض نقاط القوة التي تتمتع بها المنظمة ونقاط الضعف في أدائها المالي بمتى الصراحة ، وذلك بهدف تمكين أصحاب المصالح من المواطنين وحملة الأسهم والشركاء من حسن إصدار القرارات وإعطائهم الحق في مساءلة القائمين على الإدارة عن مدى التزامهم بالمعير المالية والمحاسبية ؛ مما يدعم الثقة في إدارة الاعتمادات المالية بطريقة رشيدة ويعمل على تقديم نظام عادل لنقل المعلومات بين الإدارة وجميع الأطراف الداخلية والخارجية التي تتعامل معها المنظمة .

### ٥- تطبيق المعايير الدولية للأداء :

لنجاح الشراكة مع القطاع الخاص يجب أن تلتزم منظمات القطاع الخاص بالمؤشرات والمعايير الدولية في أدائها ؛ إذا تركز على جودة السلع

والخدمات التي يتم إنتاجها ، ويأتي ذلك نتاج للعولمة وتوحد الأسواق حيث زاد اهتمام المنظمات الدولية ، مثل الأمم المتحدة والبنك الدولي وصندوق النقد الدولي ومنظمة حقوق الإنسان بوضع معايير يتم بناء عليها تقييم أداء الدولة في جميع المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ومن ثم يتم إعداد تقارير ومؤشرات دولية يتم في ضوءها الحكم على توافر البنية الأساسية والمناخ الاقتصادي والاجتماعي الداعم للاستثمار الأجنبي والتعاون الاقتصادي في جميع المجالات ؛ لذا يجب على القطاع الخاص تأكيد الالتزام بالمعايير الدولية للأداء باعتباره من أهم عناصر المنظومة داخل الدولة .

#### ٦- الالتزام بالمسئولية الاجتماعية :

يعتبر الربح هو الهدف الأول لمنظمات القطاع الخاص ، ومع ذلك فإن أحداث التوازن بين المسئولية الاجتماعية وتحقيق الربح يعد أمراً ضرورياً لنجاح وبناء دولة المؤسسات القائمة على الشراكة الحقيقية بين القطاعين الخاص والحكومي ، ويتم ذلك من خلال دمج القطاع الخاص في برامج التنمية الاجتماعية وحل مشكلات المجتمع في مجالات التعليم والصحة والكفالة الاجتماعية ومحاربة الفقر والبطالة وحماية المستهلك والبيئة . وبذلك يتغير مفهوم الشراكة مع القطاع الخاص إلى شراكة مجتمعية بالتركيز على البعد الاجتماعي أكثر من تحقيق الأرباح .

#### ٧- المردود على التنمية الحضرية :

وضع الخطوط العريضة والأهداف الإنمائية المرجوة من عملية الشراكة مع القطاع الخاص ليس فقط على المستوى الاقتصادي أو تحسين أداء الخدمات العامة ولكن من حيث المردود على التنمية الحضرية بشكل عام وعلاقة تلك الشراكة بتحسين ظروف الأفراد المعيشية .

#### ٨- ضرورة توفير قاعدة بيانات :

هناك ضرورة لتوفير قاعدة بيانات عن المشروعات المدرجة للشراكة ، ووضع برامج زمنية تتوافق مع الخطط الإنمائية الاقتصادية والحضرية للدولة ، مع ضرورة الاستفادة من التجارب الناجحة التي خاضتها الدول الأخرى في مجال الشراكة وتقييمها للاستفادة من إيجابياتها وتلافي السلبيات الناتجة عنها .

## المراجع:

### أولاً - المراجع العربية:

- ١- إبراهيم القرعة مانللي، أنظمة إدارة تشغيل وصيانة مشاريع البنية التحتية، المجلس الوطني للتطوير الاقتصادي، ليبيا. [www.nedb.ly](http://www.nedb.ly)
- ٢- د. أمل البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل، المعهد العربي للتخطيط، ٢٠٠٤.
- ٣- د. إسماعيل حسين، د. شكري العشاوي، تمويل وإدارة البنية الأساسية، الدار الجامعية ٢٠٠٧.
- ٤- إيمان عبد المحسن زكي، نظرة مستقبلية للشراكة بين القطاع الحكومي و القطاع الخاص ( ما بعد الأزمة المالية، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية، معهد الإدارة العامة السعودية ، نوفمبر ٢٠٠٩).
- ٥- الجديد عن البرنامج القومي للشراكة مع القطاع الخاص، الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص، بوزارة المالية المصرية، يونيو ٢٠٠٩.
- ٦- د. عادل محمود الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٦.
- ٧- د. عبد الله شحاته خطاب، المشاركة بين القطاعين العام والخاص وتقديم الخدمات العامة، كلية الاقتصاد والعلوم والسياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٨- محمد متولي دكروري، الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية، الإدارة العامة للبحوث المالية، قطاع مكتب الوزير، وزارة المالية المصرية، ٢٠٠٩.
- ٩- مؤتمر الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، المملكة الأردنية الهاشمية، ٢٠٠٩.
- ١٠- مجلس الشعب المصري، لجنة الخطة و الموازنة والشؤون الاقتصادية، التقرير الرابع، أبريل ٢٠١٠.
- ١١- وزارة المالية ٢٠٠٧، كتيب الوحدة المركزية لشراكة القطاع العام والخاص، شبكة المعلومات الدولية، [www.mof.gov.eg](http://www.mof.gov.eg).

- 1- Center For Civil Governance, *Public Private Partnerships, A Resource Guide*, Columbia Institute, Second Edition, June 2009.
- 2- De Bettignies, J., and Th. Ross. 2004. *The Economics of Public-Private Partnerships. Canadian Public Policy – Analyse de Politiques*. Vol, xxx, No. 2.
- 3- Grimsey, D., and M.K. Lewis. 2002. *Evaluating the Risks of Public Private Partnerships for Infrastructure Projects. International Journal of Project Management* 20:107-18.
- 4- Hans Christiansen – The OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructre, International Seminar of Strenghtening Public Inverstment and managing Fiscal Risks for Publci-Private Partnerships Budapest, Hungary-March 7-8, 2007.
- 5- Hart, O., A. Shleifer, and Robert Vishny, 1997. *The Proper Scope of Government; Theory and Application to Prisons. The Quarterly Journal of Economics*, 1127-1161.
- 6- *IMF (International Monetary Fund)*. 2004. *Public – Private Partnerships*. Prepared by the Fiscal Affairs Department in consultation with other departments, the World Bank, and the Inter-American Development Bank, Washington, D.C.
- 7- Irwin, Timothy. 2006. *Five Ways Governments can Control Spending Commitments in Public-Private Partnerships*. Presented to international seminar on Strengthening Public Investment and managing Fiscal Risk for Public-Private Partnerships, Budapest, Hungary March 7-8, 2007.
- 8- Jutting, J. 1999. *Public- Private Partneship and Social Protection in Developing Countries : The Case of the Health Sector*. Paper presented at the ILO workshop on the extension of social protection, Geneva.
- 9- Loevinsohn, B., and A. Harding. 2005. Buying results? contracting for health services delivery in developing countries. *The Lancet*, Vol. 366, p.676-681.

- 10- Ludger, V. 2005. *Public-Private Partnerships in Schooling : Cross-Country Evidence on their Effectiveness in Providing cognitive skills*. IFO Institute for Economic Research, University of Munich, Germany.
- 11- Machin, S. and J. Wilson. 2005. *Public and Private Schooling Initiatives in England*. A paper presented at the conference on : Mobilizing the Private Sector for Public Education, October 5-6, Harvard University.
- 12- Manchidi T. E., and A. Merrifield. 2001. *Public-Private Partnership, Public Infrastructure investment and prospects for economic growth in South Africa*. In *Empowerment through economic transformation*, (ed. MM. Khosa), African Millennium Press, Durban, South Africa.
- 13- Mora, J. G. 2005. *Public – Private Partnerships in Latin America : A Review based on four case studies*, Presented at the conference entitled "Mobilizing the Private Sector for Public Education" Harvard University, available at [www.ksg.harvard.edu/pepg/conferences/MPSPEpapers.htm](http://www.ksg.harvard.edu/pepg/conferences/MPSPEpapers.htm).
- 14- Patrinos. Harry Anthony. 2006. *Public-Private Partnerships : Contracting education in Latin America*. Washington, D.C. : The World Bank .
- 15- Philippe Marin, *Public-Private Partnerships For Urban Water Utilities*, World Bank. 2009.
- 16- Polackova, H. N. Budina, and T. Irwin. 2005. *Public-Private Partnerships, Fiscal Risks, and Fiscal Institutions in the EU*. World Bank Working Paper. Washington, D.C. : the World Bank.
- 17- *Public –Private Partnership: Local Initiative*. (2007). Available at [www.theclimategoup.org](http://www.theclimategoup.org)
- 18- Renda, A., and L. Schrefler. 2006. *Public – Private Partnerships, National Experiences in the European Union*, Centre for European Policy Studies, Briefing Note IP/A/IMCO/SC/2005-160, Brussels.
- 19- Ugaz. C. 2003. *Approaches to Basic Service Delivery : Privatization, Decentralization and Equity*, paper

- prepared, for workshop on New Approaches to Decentralized Service Delivery, Chile.
- 20- United Nations Economic Commission For Europe, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, New York, 2008.
  - 21- Vaziri, M. 2005. *A Robust Solution for Urban Transportation Infrastructure and Services Development : Private Sector Participation*, Asian Journal of Civil Engineering, (Building and Housing) Vol. 6, No.3.
  - 22- 2006a. World Bank PPI Database.
  - 23- [www.thechimategroup.org](http://www.thechimategroup.org)
  - 24- [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)
  - 25- [www.investment.gov.eg/MOIPPortal/ar-EG/Investment/PPP+Strategy](http://www.investment.gov.eg/MOIPPortal/ar-EG/Investment/PPP+Strategy)
  - 26- [www.adb.org](http://www.adb.org) Public-Private Partnership (PPP) Handbook.
  - 27- [www.capmas.gov.eg](http://www.capmas.gov.eg)



---

## *La notion juridique de la régulation*

د. رحيمه نمديلي

*Nemdili Rahima, Maître assistante*

*Faculté de droit*

*Université Ferhat abbessse –Sétif-Algérie*

---

### Résumé :

La régulation est une nouvelle fonction de l'état comme le service public et la police administrative, visant de garantir des besoins collectifs de la société dans un environnement de la jurisprudence.

Cette conception, est une notion économique de la concurrentiel, et cette fonction est exercée par des autorités administratives indépendantes. Sous le contrôle régulation, par ce qu'elle apparaît pour l'équilibre des facteurs de l'économie, mais en plus est une notion juridique, car elle exerce par des instruments organisés par le droit

ملخص

الضبط هو وظيفة جديدة للدولة مثل المرفق العام و البوليس الإداري، الهدف منه هو ضمان المتطلبات الجماعية للمجتمع في بيئة تنافسية و يمارس من طرف إدارة مستقلة تحت رقابة القضاء.  
هذا المفهوم هو مفهوم اقتصادي للضبط، لأنه ظهر من أجل تحقيق التوازن بن العوامل الاقتصادية. كما أنه قانوني لأنه يمارس بوسائل ينظمها القانون.

## *Introduction*

Parmi, les multiples manifestations de ce qu'il est convenu d'appeler la mondialisation, l'une des plus significatives, parce qu'elle touche au rôle même de l'état ; « est l'introduction des mécanismes de marché et de la concurrence dans des fonctions ou des activités jusqu'alors placées sous le contrôle de l'état »<sup>1</sup>

Par conséquent, l'institution du service public s'accompagne traditionnellement de l'éviction du marché dans les activités auxquelles il s'applique, la généralisation du marché, selon les cas, à la redéfinition, à la marginalisation ou à l'abandon du service public.

Tous les pays n'ont pas admis dans leur système juridique la notion de service public. Mais aujourd'hui on constate la diffusion presque universelle de la notion de régulation.

Toutefois, ce mot est devenu à la mode, on le trouve dans des ouvrages d'économie ; et il consiste un enjeu du discours politique, et il tend aussi à prendre de plus en plus de place en droit ou travaux récents y font référence, que l'on songe par exemple à l'ouvrage de B. du Marais.<sup>2</sup> et au rapport remis par monsieur STAFFAES Christiane au ministre des affaires européennes<sup>3</sup> qui s'interroge notamment sur la prise en charge de la dimension de service universel face à la politique de libre concurrence, et en fin, au collègue réalisé à l'école nationale de

---

<sup>1</sup> - Marcou(G): "régulation et service public" ; colloque « **droit de la régulation, service public, et intégration régionale**, université Paris I, 29-30 Avril 2004, p11.

<sup>2</sup> - Du Marais(B) : **droit public de la régulation économique**, (Dalloz, Paris, 2004), p130

<sup>3</sup> - STAFFAES(CH) : **service public, question d'avenir**, (la documentation française, Paris, 1995), p127-129.

l'administration et certains des centres de recherches soit en droit public comme en droit privé.<sup>1</sup>

Par conséquent, la notion juridique de la régulation a des interprétations différentes selon les pays, et pour distinguer entre eux on partage ce thème en trois parties. la première sera consacrée à les définitions législatives de la régulation que l'on peut trouver dans les droits positifs, et dans la seconde partie, on présentera les définitions jurisprudentielles de la régulation, et en fin on cité les définitions des juristes et chercheurs en droit public et droit privé.

### I- Les définitions législatives de la régulation :

En Allemagne, le paragraphe 2 de la nouvelle loi sur les télécommunications (telekommunikationsgesetz) du 22 Juin 2004.<sup>2</sup> donne une définition de la régulation (Regullierung) : « c'est une mission de puissance publique (Hoheitliche Aufgabe) de la fédération répondant à des objectifs précisément définis par la loi qu'elle doit concilier. il s'agit essentiellement de concilier l'établissement d'une concurrence loyale et efficace avec certain nombre d'autre objectifs d'intérêt général qui peuvent être contradictoires, et dont la liste a été étendue par la loi de 2004.

cette mission est éclairée par le paragraphe 1 de la loi de 2004 relative aux télécommunications, qui on énoncé le but, stimuler la concurrence et garantir des services suffisants sur tous le territoire<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - FRIER (P-L) : "la régulation comme fonction, propos introductifs", colloque « service public et intégration régionale, Paris 1, 29-30, Avril 2004, p67.

<sup>2</sup> - La loi de la télécommunication du 22 juin 2004 en Allemagne

<sup>3</sup> - Marcou(G) : op-cit, p15

Donc, la régulation -comme le résumé Martin Bullinger- accompagne le passage prestataire à l'état gérant des services essentiels et cette mission exercée par l'autorité de régulation des télécommunications qui est en placée par le ministère fédérale de l'économie et de la technologie, et le ministre a le pouvoir de lui adresser des instructions <sup>1</sup>.

La législation française comprend aussi une définition dans l'article l-32-1 du code des postes et des communications électroniques(CPCE): « la fonction de la régulation est indépendante de l'exploitation des réseaux c'est de la fourniture des services de communications électroniques...et exercée au nom de l'état par le ministre chargé des télécommunications électroniques et par l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes et télécommunications(ARCEP).<sup>2</sup>le paragraphe I de la loi de 2008 citée les objectifs de la régulation comme l'exercice au bénéfice des utilisations d'une concurrence effective et loyale .

et contrairement a Allemagne l'ARCPE(ou l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes et télécommunication) a assurée une indépendance en France, et elle ne prévoit pas la possibilité pour ministre d'adresser des instructions ou des directives. <sup>3</sup>

en Algérie l'article 3 paragraphe de la loi 08\_12 de 25 juin 2008 de la concurrence est définie la régulation comme « toute mesure quelque soit sa nature prise par toutes institution publique et visant notamment à renforcer et à garantir l'équilibre des forces du marché et le jeu de la libre

<sup>1</sup> - Bullinger(M) : "droit de la régulation, service publique et intégration régionale en Allemagne", université de Paris I, 29-30 avril 2004, p143-148.

<sup>2</sup> - la loi n° 2005-516 du 20/05/2005 sur la régulation des activités postales

<sup>3</sup> - l'article L-130 et S de la loi n°2005-516 du 09/05/2005 sur la régulation des activités postales. (JO n°117 du 21/05/2005) en France

concurrence, à lever les obstacles pouvant entraver son accès et son bon fonctionnement ainsi qu'à permettre l'allocation économique optimale des ressources du marché entre ses différents acteurs conformément aux dispositions de la présente ordonnance »<sup>1</sup>.

En conclure donc, qu'il existe une approche matérielle de la régulation c'est-à-dire, qu'elle est une fonction de puissance publique pour faire l'équilibre entre les forces du marché et établir une concurrence loyale et efficace. et une approche institutionnelle par-ce-qu' elle puisse en exercée par une institution publique au nom de l'état.

## **II- Les définitions jurisprudentielles :**

En Angleterre, un arrêt de la cour d'appel du 10 juillet 2002, dans une affaire opposant les administrateurs judiciaires de RAILTRACK exploitant des infrastructures ferroviaires menacée de faillite, et la rail régulatrice établie par la loi de 2000 sur les transports.<sup>2</sup>

Le ministre avait obtenu en justice la nomination d'administrateurs judiciaires de RAILTRAC, au motif que cette société ne pouvait plus faire face à ses engagements bien que nommés sur la base de la loi sur les entreprises en difficultés de 1986. mais la cour d'appel donne raison au régulateur sur les administrateurs judiciaires pour des motifs qui méritent d'être résumé. Elle considère que le régulateur n'est ni un juge ni un arbitre, et que sa mission ne se situe pas sur le même plan que celle des administrateurs judiciaires.

---

<sup>1</sup> - La loi 08-12 du 25/06/2008 portant de la loi concurrence en Algérie (JO n°36 du 02/07/2008).

<sup>2</sup> - Winsor V. special railway administrators of railtrack plc (2002)EWCA civ 955(10/07/2002)(www.lawreports.co.uk)

Pour la cour, les premiers juges en sous-estimé la nature réglementaire et le fait que la régulation doit prendre en compte des considérations étrangères à l'intérêt des parties .Elle ajoute : « while the desirability of not interfering with administration is revelant to the issue we hate to determine, more important is the broader public interest role of the RAIL REGULATOR. which goes beyond the interest of even the administration of a rail company as important as RAILTRACK » .et elle aussi considère que « the Rail Regulatory is better placed to make an overall assessment of what is in the interest of rail net work than the Railway administators or even the court »<sup>1</sup>

Dans cette arrêt, on voit que le régulateur est le gardien d'un intérêt public définie par la loin ,il s'agit non seulement d'assurer le droit d'accès au réseau , mais aussi ,d'assurer la continuité des services ferroviaires, et cette intérêt publique est supérieur aux intérêts dont la sauvegarde est confiée aux administrateurs judiciaires ,par-ce-que le régulateur est une autorité administrative qui se distingue, par sa mission comme par les procédures aux quelles obéissent ses décisions, à la fois des cours de justice et des tribunaux.

En Belgique, le conseil d'état a exprimé sa définition dans un avis du 05 juin 2002 sur l'avant projet de loi sur le statut du régulateur des postes et télécommunications, il utilise le mot de « régulation » dans un sens étroit, et il s'agit de «la prise de décisions particulières par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, par opposition à la réglementation, qui recouvre traditionnellement dans la terminologie interne , les seules normes générales abstraites »<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - Marcou(G) : op-cit, p 17

<sup>2</sup> - Marcou(G) : " La notion juridique de la régulation", AJDA, (20/02/2006), p349.

En France , le conseil d'état, dans son premier rapport consacré aux autorités administratives indépendantes(A.A.I) en1983 a caractérisé leur mission par « la régulation quelque chose intermédiaire entre le choix des politiques , qui n'appartient aux autorités élues ou directement contrôlées par les élus, et la gestion des services qui est l'affaire des administrations, placées sous le pouvoir hiérarchique ou la tutelle des premiers . »

Il ajoute aussi que la régulation « est une tache qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun de type d'équilibre voulu par la loi »<sup>1</sup>

Après 20 ans, le second rapport du conseil d'état sur les autorités administratives indépendantes développe cette conception dans un contexte économique. et politique très différent, et il considère que l'autorité de régulation est l'intermédiaire entre le pouvoir qui fixe les règles et les opérateurs sur le terrain, se consacre essentiellement au respect des textes ou c'est l'interactivités entre le droit et le fait. Toutes fois, le conseil d'état n'oppose pas le marché et l'état, la régulation doit -au contraire-encadrer la concurrence et mettre celle-ci au service d'objectifs politiques conciliant efficacité et équité »<sup>2</sup>

### **III- Les définitions doctrinales :**

La régulation est un thème très présent dans les débats juridiques doctrinaux depuis près de vingt-ans, et on peut toutes fois distinguer parmi eux deux grandes tendances, selon la première, à dominante économique, la régulation est une notion

---

1 - Conseil d'état, "rapport publique 1983", études et documents. 1983,(1984, n°35), p20

2 - Conseil d'état, "rapport publique2001", étude et documents (2001.n°52), p278

économique et descriptive de l'évolution de l'état, à laquelle il convient de rattacher certaines évolutions juridiques, et pour la seconde, une notion propre juridique.

bien entendu, la distinction de ces conceptions constitue une simplification de ce mot<sup>1</sup>. Mais avant tous cas, les anciens juristes ont eu tendance à assimiler la régulation et les modes d'action des autorités administratives indépendantes, comme AUTIN JEAN LOUIS, « l'action des (A.A.I) « autorités administratives indépendantes » réalise dans certains secteurs un mode de régulation que la justice administrative n'est plus en mesure de réaliser et elle produit un nouveau type de droit.<sup>2</sup>

Et pour COLLY CATHERINE TEITGEN « La fonction de régulation constitue la mission fondamentale des autorités administratives indépendantes et elle encadre un secteur de la vie sociale, dans le respect de l'équilibre entre les intérêts voulus par le législateur et qui peut appeler un arbitrage entre ces intérêts. »<sup>3</sup>

Aujourd'hui, et après le rapport public de conseil d'état de 2001 sur les (A.A.I), les conceptions sont descriptives, les premiers à dominante économique, permettant de rendre compte des nouveaux rapports entre la puissance publique et le marché et par exemple, pour PIERRE DEVOLVE « La régulation est une police spéciale de la concurrence »<sup>4</sup> et pour GAUDMET YVES, il s'agit en fait « d'une police économique ayant pour objectif l'ouverture de la concurrence »<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - Marcou(G) : op-cit, p32

<sup>2</sup> - Autin(J-L) : "du juge administratif aux autorités administratives indépendantes", RDP, (1988),n°5,p1214.

<sup>3</sup> - Teitgen-colly (C) : les autorités administratives indépendantes,(PUF, ;,Paris ;1988),p,26

<sup>4</sup> - Delvové (P) : le droit public de l'économie, (Dalloz ,Paris, 1988) p561

<sup>5</sup> - Gaudmet (Y) : "la concurrence des modes et des niveaux de régulation", RFDA, (2004), N°109,P14



Plus récemment BERTRAND DU MARAIS et STEPHANE RODRIGUEZ<sup>1</sup> donnent des définitions à partir de l'introduction du marché et la concurrence, selon la conception anglo-saxonne ou sous l'influence du droit communautaire et qu'ils apparaissent des nouveaux principes du service public.

Pour les deuxièmes conceptions à dominante juridique GERARD TIMISIT propose une notion indépendante de régulation dans le champ de la théorie du droit, elle correspond au " passage d'un droit abstrait générale et désincarné à un droit concret et ancré dans la réalité la plus physique et la plus sensible de la société " <sup>2</sup>

Donc ce phénomène se manifeste alors -pour TIMISIT- en particulier dans nouveaux rapports juridiques qui naissent de l'introduction de la concurrence dans les secteurs jusqu'alors contrôlés par l'état, et donc l'élargissement de la sphère du marché.

Par conséquent, M.A FRISON ROCHE, a développé cette notion et estimé qu'une nouvelle branche du droit qui est en train de se former: « le droit de la régulation » et « qui regroupe l'ensemble des règles affectées à la régulation qui ne peuvent engendrer leurs équilibre par eux même »<sup>3</sup>. Et pour FRISON ROCHE, l'objet de droit est le secteur régulé et la méthode est l'objectif équilibré ou la construction du marché, qui se distingue par le droit de la concurrence et produit des principes à partir des solutions particulières: impartialité, transparence, proportionnalité, et enfin ces institutions, sont: les autorités de

---

<sup>1</sup> - Rodriguez (S): "apport du droit communautaire au droit de la régulation des services publics", (colloque, **droit de la régulation ,service public ;et intégration régionale**); université Paris,29-30 Avril; 2004,p119.

<sup>2</sup> - Timsit (G): "les deux corps du droit", **RFAP**, (1996), n°78, p375\_384.

<sup>3</sup> - Frison Roche (M-A):**le droit de la régulation**, (Daloz; Paris, 2001).p610.

régulation, et l'élaboration de l'inter-régulation conduisant à la juridictionnalisation de régulation et à la concentration des pouvoirs.

Cette approche est critiquée par LAURENCE BOY, qui considère que le droit de régulation est une notion à la fois trop large et trop-étroite aussi. par-ce-qu' elle est opposée par le droit de concurrence, et la régulation est définitive par le fait de l'état n'a plus les moyens de conserver dans sa sphère le secteur en cause, et encore les dimensions européenne et internationale qui ne sont pas prise en compte. <sup>1</sup>

en résumé, on ne peut pas parler d'une nouvelle branche de droit comme le dit FRISON ROCHE, mais on peut dire aujourd'hui, que la place la plus importante de la régulation de l'économie par le droit formée ou fondée le droit de la régulation .et le sens le plus souvent utilisé est le sens politique où dans les revues ou la régulation est la fonction de la puissance publique utilisée soit par l'état ou par les autorités administratives indépendantes . pour l'équilibre de la concurrence et du marché

### **Conclusion :**

Après l'analyse des approches législatives et juridictionnelles et doctrinales de la régulation, on ne peut pas dire qu'il y a une conception homogène et complète ;a cause des multiples facteurs comme le marché, la concurrence, les services publics, les intérêts collectifs, le droit et l'état.

Cela signifie, que la régulation est une conception incontournable dont lesquels le discours politique, le discours sociale, le discours économique, et parfois le discours philosophique, serait considéré comme incomplet.

---

<sup>1</sup>- Boy (L):"Réflexion sur le droit de la régulation", Dalloz (.chro, 379,p3031-3038\_

Et de plus, la régulation est une nouvelle fonction de la puissance publique comme le service public et la police, et elle était créée en tant qu'instrument de l'état qui n'offre plus lui-même un service d'intérêt générale, mais garantit que les intérêts publics essentiels seront respectés par les entreprises publiques et les entreprises privées en concurrence.

Enfin, nous pouvons ainsi proposer la définition de la régulation, qu'elle est un instrument de passage, de l'état prestataire des services publics à l'état qui les garantit et celle-ci appliquée par une autorité administrative indépendante, ou on peut dire que la régulation est une fonction de la puissance publique visant à la satisfaction des besoins collectifs dans un environnement concurrentiel entre les entreprises privées et les entreprises publiques.

## **BIBLIOGRAPHIE :**

### **LES OUVRAGES GENEREAUX :**

- Delvové (P) : **le droit public de l'économie**, (Dalloz ,Paris,
- Du Marais(B) : **droit public de la régulation économique**, (Dalloz, Paris, 2004).
- Frison Roche (M-A): **le droit de la régulation**, (Dalloz ; Paris, 2001)..
- STAFFAES(CH) : **service public, question d'avenir**, (la documentation française, Paris, 1995),.
- Teitgen-colly (C) : **les autorités administratives indépendantes**,(PUF, ;;Paris ;1988).

## LES ARTICLES :

- Autin(J-L) : "du juge administratif aux autorités administratives indépendantes", **RDP**, (1988),n°5.
- Boy (L):"Réflexion sur le 1988) . droit de la régulation", **Dalloz** (.chro, 37.
- Bullinger(M) : "droit de la régulation, service publique et intégration régionale en Allemagne", université de Paris I, 29-30 avril 2004.
- FRIER (P-L) : "la régulation comme fonction, propos introductifs", colloque « **service public et intégration régionale**, Paris 1, 29-30, Avril2004.
- Gaudmet (Y) : "la concurrence des modes et des niveaux de régulation", **RFDA**, (2004), N°109.
- Marcou(G):"régulation et service public" ; colloque « **droit de la régulation, service public, et intégration régionale**, université Paris I, 29-30 Avril 2004.
- Marcou(G) : " La notion juridique de la régulation", **AJDA**, (20/02/2006).
- Rodriguez (S):"apport du droit communautaire au droit de la régulation des services publics" , (colloque, **droit de la régulation ,service public ;et intégration régionale**) ; université Paris,29-30 Avril ; 2004.
- Timsit (G) : "les deux corps du droit", **RFAP**, (1996), n°78.

## **LES RAPPORTS :**

- Conseil d'état, "rapport publique 1983", **études et documents 1983**,(1984, n°35)
- Conseil d'état, "rapport publique 2001", **étude et documents** (2001 .n°52)

## **LES LOIS :**

- La loi de la télécommunication du 22 juin 2004 en Allemagne
- la loi n°2005-516 du 09/05/2005 sur la régulation des activités postales. (JO n°117 du 21/05/2005) en France
- La loi 08-12 du 25/06/2008 portant de la loi concurrence en Algérie (JO n°36 du 02/07/2008)

## **INTERNET :**

- Winsor V. special railway administrators of railtrack plc (2002) EWCA civ 955 (10/07/2002) (www. lawreports. co.uk)



---

# النقل التأديبي المقنع

## في ضوء أحكام الفقه والقضاء الإداري

### د. مصطفى عبد العزيز الطراونة

#### كلية الدراسات القانونية العليا

#### جامعة عمات العربية للدراسات العليا - الأردن

---

### المقدمة:

شهد القرن العشرين تطوراً وتعدداً كبيراً في وظائف الدولة تمثل في ولوجها المجالات الاقتصادية والاجتماعية التي كانت خاضعة لنشاط الأفراد، وكان من نتاج ذلك توسع وازدياد ملحوظ في عدد الموظفين لدى الدولة، الأمر الذي اقتضى وجود قوانين وأنظمة مختلفة للوظيفة العامة تحدد الحقوق والواجبات وليس هذا فحسب. بل أن تطور مفاهيم الديمقراطية التي تمخضت عن التطورات الدستورية منذ القرن التاسع عشر، كان له دور واضح في بروز المبادئ القانونية التي شكلت معالم بارزة في تطور المدنيات الحديثة كمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سيادة القانون "مبدأ المشروعية"، وبالطبع شكلت هذه المبادئ سياق منيع من الضمانات للحريات والحقوق العامة التي بصدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ تجاوزت الإطار الوطني لتكون موضوعاً دولياً يهم الدول جميعها صغيرها وكبيرها، هذا ولم تكن الوظيفة العامة في منأى عن هذه التطورات، بل كان لذلك تأثير في اهتمام الدول بالقواعد القانونية المتعلقة بالوظيفة العامة والموظف العام.

ويسعى الموظف العام في الغالب الأعم للحياة حياة وظيفية مستقرة، فالاستقرار الوظيفي يمثل هدف وغاية غالبية موظفي الدولة، فإذا أمكن تصور قبول الموظف لفكرة تغيير المهمات الموكولة إليه داخل الدائرة الحكومية التي ينتمي إليها، فإنه من الصعب تصور قبوله فكرة تغيير مكان العمل، بمعنى أن ينتقل نقلاً مكانياً، اللهم إلا إذا كان له في ذلك مصلحة مادية أو معنوية، فالموظف لا يتقبل بسهولة قراراً يستوجب

تغيير مكان عمله خصوصاً إذا كان قد رتب ونظم حياته الخاصة بصورة نهائية.

وإذا كان ذلك مهماً وأساسياً لقيام الموظف العام بالمهام الوظيفية الموكولة إليه، فإن هذا الأمر لا يحرم الإدارة العامة من حقها في توزيع العاملين لديها بصورة تضمن لها تحقيق الفعالية الإدارية، ومن سير الجهاز الإداري، عن طريق الاستفادة من قدرات وكفاءات الموظف العام العلمية والعملية، ولن يتحقق هذا الهدف الإداري النبيل والسامي إلا إذا منحت الإدارة صلاحية نقل الموظفين.

### إشكالية الدراسة:

يقابل رغبات وطموح الموظفين في الاستقرار الوظيفي مسؤولية الرؤساء الإداريين عن حسن العمل الإداري، لذلك يجب أن يكون بمقدرتهم نقل الموظفين التابعين لهم نقلاً نوعياً أو نقلاً مكانياً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، فالمصلحة العامة هي عنوان ورائد ممارسة سلطة نقل الموظفين فنياً ومكانياً.

ويحدث في بعض الأحيان أن يجانب الرؤساء الإداريون هدف وغاية النقل، ويسعوا من وراء ذلك إلى عقاب الموظفين العموميين، وقد تنبه القضاء الإداري وخصوصاً حكمة العدل العليا الأردنية لعدم مشروعية هذا التصرف الإداري الرئاسي وخطورته على الاستقرار الوظيفي المشروع والمصلحة العامة معاً.

وتأسيساً على ذلك، ولأهمية هذا الموضوع من الناحيتين النظرية والتطبيقية وتأثيره على حسن سير أداء الموظف العام، وكذلك لتأثيره على الاستقرار الوظيفي له، كان لنا اختيار موضوع هذا البحث، الذي جاء تحت عنوان "النقل التأديبي المقنع في ضوء أحكام الفقه والقضاء الإداري".

ومن خلال التقسيم التالي :

**المبحث الأول:** النقل التأديبي المقنع وتمييزه عن النقل الوظيفي.

**المبحث الثاني:** دور القضاء الإداري في إثبات استخدام صلاحيات النقل الوظيفي لغايات تأديبية.



## المبحث الأول

### النقل التأديبي المقنع وتمييزه عن النقل الوظيفي

إذا كان دوام عمل المرفق العام بانتظام واضطراد يعتبر مبدأ مستقر وهام من المبادئ التي تحكم المرافق العامة ، فإن ارتكاب الموظفين العموميين لأعمال تشكل خرقاً لمضمون هذا المبدأ يستوجب أن توقع عليهم الجزاءات الإدارية المناسبة وأن يحاسبوا عن أي مخالفات مسلكية يقومون بارتكابها بأن توقع عليهم الجزاءات الإدارية المناسبة، وذلك درأً لمنع تكرار مثل هذه الأعمال ، ولضمان أن يبقى المرفق العام يعمل بانتظام واضطراد.

وإن عدم قيام الموظف العام بالأعمال التي يتوجب عليه القيام بها أو قيامه بالأعمال المحظور عليه القيام بها ، يستوجب أن توقع عليه عقوبات تأديبية تخضع لمبدأ شرعية العقوبة التأديبية وتعدد وتنوع العقوبات التأديبية حسب درجة جسامة الفعل المرتكب من قبل الموظف ، ومع ذلك فإن الإدارة العامة قد تستغل ارتكاب الموظف لمثل هذه الأفعال لكي تتوارى وراءها لتوقع عليه عقوبة تأديبية مقنعة هي النقل ، بحجة أن النقل كان للمصلحة العامة ولغايات تنظيم العمل مع أنها تكون قد قصدت من ذلك أن توقع على الموظف العام عقوبة تأديبية مقنعة.

وعلى ذلك ، سأتناول هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

#### المطلب الأول

##### ماهية العقوبة التأديبية

سأتناول هذا المطلب من خلال الفروع التالية :

#### الفرع الأول

##### تعريف العقوبة التأديبية

لا تعرف قوانين وأنظمة الخدمة المدنية عادة ، ومنها نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٤ العقوبات التأديبية ، وحتى الفقه الإداري نجد أنه لم يتفق على تعريف محدد لها. حيث يذهب الدكتور علي

خطار إلى تعريف العقوبة التأديبية بأنها: "إجراء إداري يستهدف أساساً حسن سير المرفق العام الذي ينتمي إليه الموظف مرتكب المخالفة المسلكية، وبمعنى آخر توقيع العقاب وردع مخالفة الواجبات المسلكية"<sup>(١)</sup>.

وهناك من يعرف العقوبة التأديبية بالنظر إلى طبيعتها ودورها الخاص بالقول بأنها: "ذلك الجزاء المادي أو الأدبي الذي يصيب الموظف في مركزه الوظيفية فيؤدي إلى حرمانه من بعض الامتيازات الوظيفية، كما يؤدي إلى المساس بسمعته الوظيفية، ولكن دون أن يؤدي إلى المساس بجزائه أو ملكيته الخاصة"<sup>(٢)</sup>، بل ويذهب الدكتور محمد مختار محمد عثمان إلى تعريف العقوبة التأديبية بالنظر إلى الهدف المراد تحقيقه منها بالقول بأنها: "ذلك التصرف الذي يتم اتخاذه بهدف المحافظة على حسن سير العمل وانتظامه داخل المرفق، أي بمعنى أنها وسيلة لفرض الاحترام والتقدير اللازمين للسلطة الإدارية من قبل موظفيها"<sup>(٣)</sup>.

وتعرف العقوبة التأديبية من حيث نظام تطبيقها فيذهب إلى أن العقوبة التأديبية هي جزاء مادي وأدبي في وقت واحد مستقر في النظام الوظيفي، ولا يسري في مواجهة الموظفين الذين سبق لهم ترك الخدمة بسبب الاستقالة أو إنها مدد عقودهم أو إحالتهم إلى التقاعد، بل وذهب البعض إلى تعريفها من حيث الأفعال المسببة لها بالقول بأنها ذلك الجزاء الذي يفرض على الموظف نتيجة إخلاله بواجباته الوظيفية أثناء أو بمناسبة قيامه بمهامه الوظيفية"<sup>(٤)</sup>.

(١) شطناوي، علي خطار، دراسات في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٨ - ١٩٩٩، ص ٢٧٨.

(٢) حسن، عبد الفتاح، التأديب في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٦٥.

(٣) أشار إلى هذا التعريف: الطبطبائي، عادل، النقل.. متى يعتبر عقوبة تأديبية مقنعة" تعليق على حكم دائرة التمييز لمحكمة الاستئناف العليا قضية رقم ١٢٩/١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٧، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة السادسة، مارس ١٩٨٢، ص ١٦٣.

(٤) الطبطبائي، مرجع سابق، ص ١٦٣.

ونعتقد أن التعريف الصحيح للعقوبة التأديبية هو الذي يحاول أن يأخذ بنظر الاعتبار كافة العناصر التي قامت عليها التعريفات السابقة، وبذلك يمكننا أن نعرف العقوبة التأديبية بأنها ذلك الجزاء الذي توقعه السلطة المختصة على الموظف نتيجة إخلاله بواجباته الوظيفية العامة، أو مقتضياتها، قاصدة بذلك حماية النظام الوظيفي بوجه عام.

ويتضح لنا من هذا التعريف السابق للعقوبة التأديبية إنها ترتبط ارتباطاً تاماً بالوظيفة العامة وتدور معها وجوداً وهدماً، بحيث لا يمكن القول بوجود عقوبة تأديبية إذا لم تكن هنالك وظيفة عامة، لأن الجزاءات التأديبية، لا تفرض على الموظف إلا نتيجة لخطأ وظيفي ارتكبه مما يؤدي إلى حرمانه من بعض المزايا الوظيفية، وبذلك تختلف العقوبة الجنائية عن العقوبة التأديبية، فالعقوبة الأولى قد تصيب الموظف في حريته الشخصية وملكيته، في حين أن العقوبة الثانية يقتصر أثرها على حرمان الموظف مما قد تقررره الوظيفة العامة لشاغلها من مزايا.

## الفرع الثاني

### مبدأ شرعية العقوبة التأديبية

إذا كانت المخالفات المسلكية غير محددة على سبيل الحصر ولا تخضع لمبدأ شرعية الجريمة المعمول به جنائياً، فإن العقوبات التأديبية يحكمها المبدأ الذي يكرسه قانون العقوبات العام والقائل بأنه "لا عقوبة إلا بنص"، أي بمعنى آخر يطبق مبدأ شرعية العقوبات في ميدان التأديب الوظيفي، ولكن بتطبيق مختلف ومغاير لتطبيقه في الميدان الجنائي، فإذا كانت العقوبات التأديبية تخضع لمبدأ الشرعية ويعد المشرع هو الجهة القانونية المختصة بإحداث العقوبات التأديبية أو الترخيص بإحداثها، فإن السلطة التأديبية لا تملك إيقاع عقوبات تأديبية غير تلك العقوبات المنصوص عليها في القانون من حيث الطبيعة والمدة والمقدار<sup>(١)</sup>.

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٧٩ - حسن، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه : (تملك السلطة التأديبية قانوناً إيقاع عقوبة غير إحدى تلك العقوبات المحددة بالقانون إذا حدد العقوبات التي يجوز إيقاعها في حالة الخطأ التأديبي أو مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية)<sup>(١)</sup>. ومفاد ذلك أنه يخطر على السلطة التأديبية أن توقع عقوبات غير العقوبات المحددة على سبيل الحصر بواسطة النص التشريعي ، وبمقتضى ذلك أن العقوبات التي توقعها السلطة التأديبية أيأ كانت يجب أن تكون من بين العقوبات التي ورد النص عليها في القانون على سبيل الحصر مع ملاحظة عدم إمكان توقيع عقوبة من غير العقوبات المنصوص عليها ولو كانت أكثر ملائمة للمخالفة المرتكبة<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان مبدأ شرعية العقوبة يطبق في القانون التأديبي والجنائي معاً، ويقترّب العقاب التأديبي من هذه الناحية من العقاب الجنائي ، فهناك اختلاف جوهري وأساسي بينهما إذ لا يوجد في ميدان التأديب الوظيفي مقابلة بين المخالفات المسلكية والعقوبات التأديبية على نمط وقرار قانون العقوبات ، ويضاف إلى ذلك أن الوظيفة الأساسية للعقوبة التأديبية تتمثل في ضمان حسن سير المرافق العامة ، ويمكن تحقيق هذه الغاية الإدارية السامية عن طريق الردع العام الذي يؤدي إلى تقليل وتخفيض عدد المخالفات المسلكية التي يمكن أن يرتكبها زملاء الموظف العام ، وأما عن طريق الردع الخاص الذي يؤدي إلى منع الموظف المخطئ من تكرار ارتكاب غيرها أو معاودة ارتكاب ذات المخالفة المسلكية<sup>(٣)</sup>.

وتطبيق مبدأ شرعية العقوبة في ميدان التأديب الوظيفي يرتب نتيجتين هما : عدم جواز عقاب ذات الشخص عن الفعل مرتين ومبدأ عدم الرجعية ، ويقضي المبدأ الأول بأن لا يعاقب ذات الشخص عن الفعل الواحد إلا مرة واحدة فلا يجوز أن يكون الشخص ملاحقاً تأديبياً

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١١/٢٤/١٩٨٢ ، مشار إليه في : شطناوي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ .

(٢) حسن ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ .

(٣) شطناوي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ .

عن ذات المخالفة المسلكية أكثر من مرة واحدة، ومعاقباً تأديبياً بأكثر من عقوبة واحدة، ويعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها العقاب، ويجد تبريره وسنده في مصلحة المجتمع ذاته وفي اعتبارات العدالة الطبيعية، فليس من العدل في شئ أن يعاقب الموظف العام المخطئ بأكثر من عقوبة تأديبية واحدة سواءً فرض معاً وفي آن واحد أو بالتتابع وعن ذات الأفعال المادية وعينها<sup>(١)</sup>.

أي بمعنى آخر لا يجوز اتخاذ إجراءات تأديبين بسبب نفس الجريمة، إذ طالما استنفذت السلطة التأديبية اختصاصها بمعاقبة الموظف عن الجريمة التي ارتكبها، فإنه لا يجوز أن تعيد استخدام هذه السلطة مرة أخرى بالنسبة لنفس الجريمة، فإذا عوقب الموظف مثلاً بالإنداز عن مخالفة تأديبية ارتكبها، فإن أي قرار يصدر بعد ذلك بمعاقبته بعقوبة أخرى كالحسم من الراتب يكون معيباً لمخالفته هذا المبدأ. ولا يتعارض مع هذا المبدأ توقيع عقوبة ثانية بسبب الاستمرار في المخالفة التي سبق أن عوقب عنها، إذ أن هذه العقوبة الثانية لا تصيب إلا القدر من المخالفة اللاحقة على توقيع العقوبة الأولى، كأن يخالف الموظف أوامر الرؤساء ثم يستمر رغم ذلك في جموحة، إلا أن صحة العقوبة الثانية مشروطة بأن يكون الموظف قد استمر حقيقة في المخالفة، أما إذا لم يظهر ذلك فإن العقوبة الثانية تكون باطلة لانعدام السبب وهي الاستمرار في المخالفة<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن ينطوي الفعل الذي ارتكبه الموظف العام على جريمة جنائية وتأديبية في آن واحد كالاختلاس والتزويد، فيؤدي ذات الفعل المادي إلى دعوتين جنائية وتأديبية وعقوبات مختلفتان جنائية والأخرى تأديبية، ودون أن يشكل ذلك إخلالاً بمبدأ عدم جواز الجمع بين العقوبات<sup>(٣)</sup>. أي بمعنى أن العقوبة الجنائية تختلف عن العقوبة التأديبية فالعقوبة الأولى قد تصيب الموظف في حريته الشخصية وملكيته في حين أن

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

(٢) حسن، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٣) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨١.

العقوبة التأديبية يقتصر أثرها على الحرمان مما قد تقرره الوظيفة العامة لشاغلها من مزايا<sup>(١)</sup>.

أما المبدأ الثاني والمتفرع عن مبدأ شرعية العقوبة التأديبية فهو مبدأ عدم الرجعية، والذي يعد أحد المبادئ الأساسية العامة التي يقوم عليها القانون العام، ويجد هذا المبدأ أساسه وسنده في العديد من النصوص التشريعية ذات المرتبة الدستورية. فقد نصت عليه المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ ويطبق مبدأ عدم الرجعية على القرارات الإدارية على حد سواء، مثلاً يجوز أن يكون للعمل القانوني أثر رجعي، أي لا يجوز أن ينتج العمل القانوني أثراً قانونية قبل تاريخ نفاذه القانوني، وتلتزم الإدارة باحترام هذا المبدأ الذي يتمتع بقيمة القانون العادي دون حاجة لنص تشريعي صريح عليه، فهناك العديد من الاعتبارات العملية والقانونية التي تقتضي احترام هذا المبدأ في القانون الإداري وخصوصاً في ميدان التأديب الوظيفي، حيث تعد ضرورة استقرار المراكز القانونية إحدى المبررات العملية الأساسية لمبدأ عدم الرجعية وضرورة احترام قواعد توزيع الاختصاص من حيث الزمان إحدى مبرراته القانونية المهمة<sup>(٢)</sup>. وبذلك يجوز أن يترد أثر العقوبة إلى تاريخ المخالفة التأديبية مهما كانت خطورتها، بل أن حتى في الحالات التي تلغى فيها العقوبة لعيب في الشكل لا يجوز عند توقيعها من جديد إعطاءه أثراً رجعياً يترد إلى تاريخ توقيع العقوبة الملغاة، وعلى ذلك فإنه إذا تضمن القرار الصادر بالعقوبة أثراً رجعياً يترد إلى تاريخ توقيع العقوبة الملغاة كان باطلاً فيما تضمنه من أثر رجعي<sup>(٣)</sup>.

(١) الطبطاى، مرجع سابق، ص ١٦٣ - ١٦٤.

(٢) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(٣) حسن، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

## الفرع الثالث

### أنواع العقوبات التأديبية

إذا كانت العقوبات التأديبية محددة على سبيل الحصر على نمط وقرار العقوبات الجنائية إلا أن هناك خلافاً جوهرياً بين الوضعين، إذ لا توجد مقابلة بين المخالفات المسلكية والعقوبات التأديبية، فلم يحدد المشرع عقوبة تأديبية معينة لكل مخالفة مسلكية كما هو الحال في قانون العقوبات، لهذا تتمتع السلطة التأديبية بصلاحيّة تقديرية واسعة لتقدير جسامة المخالفة المسلكية، وتحديد العقوبة التأديبية المناسبة لها من بين قائمة العقوبات التأديبية، فلها اختيار العقوبة التي تترأى لها ملائمة بجسامة الفعل، ولكن التساؤل هنا عن إمكانية إقامة نوع من التقابل بين المخالفات المسلكية والعقوبات التأديبية، حيث يرى جانب من الفقه إمكانية تحقيق تلك المقابلة المنشودة شريطة توافر شرطين اثنين هما: ضرورة تحديد المخالفات المسلكية على سبيل الحصر وتصنيفها في فئات متصاعدة حسب درجة مساحتها، وثانيهما تقليل وتخفيض عدد العقوبات التأديبية التي يمكن إيقاعها بحق الموظفين المخالفين.<sup>(١)</sup>

إلا أن أستاذنا الدكتور علي خنّار يرى أن تحقيق المقابلة العامة بين المخالفات المسلكية والعقوبات التأديبية مستحيلة التحقيق، فإذا كان بالإمكان تحقيق الشرط الثاني اللازم لتلك المقابلة يستحيل تحقيق الشرط الأول الخاص بتحديد المخالفات المسلكية على سبيل الحصر، ناهيك عن أن الغاية التي تستهدف تلك المقابلة تحقيقها تضيق مدى الصلاحيّة التقديرية التي تمتع بها السلطات التأديبية في اختيار العقوبة المناسبة قد حققها القضاء الإداري بفضل قضاء الغلو أو الخطأ الظاهر في التقدير الذي أصبح بمقتضاه يستلزم وجود حد أدنى من التناسب بين مساحة الأفعال المنسوبة للموظف ونوع ومقدار العقوبة المفروضة.<sup>(٢)</sup>

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٢) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

وقد حدد المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية رقم ٥٥ سنة ٢٠٠٢<sup>(١)</sup>، العقوبات التأديبية التي تفرض على الموظف المرتكب للمخالفة المسلكية، وسأتناول في هذا الفرع بيان العقوبات الأصلية التي تفرض على الموظف العام<sup>(٢)</sup>، وكذلك العقوبات التبعية أو التكميلية، تاركاً بيان العقوبات التأديبية المقنعة إلى المطلب الثاني من هذا البحث. وفي النقاط التالية :

### أولاً: العقوبات التأديبية الأصلية

سميت هذه العقوبات بالعقوبات التأديبية الأصلية لأنها توقع على الموظف عند تحقيق مسئولته عن الخطأ التأديبي دونما أن يكون توقيعها معلق بجزء آخر<sup>(٣)</sup>. ويمكن تصنيف العقوبات التأديبية الأصلية إلى طائفتين: الأولى منها العقوبات الأدبية كالإنذار والتنبيه، وتشمل الطائفة الثانية العقوبات التي تنطوي على مساس بالوظيفة التي يشغلها الموظف المخطئ، ويمكن تصنيف العقوبات التأديبية بالنظر لجسامتها إلى ثلاث فئات، تنظم الفئة الأول العقوبات التأديبية الخفيفة أو البسيطة التي لا تستحق وصف العقوبة كالإنذار والتنبيه، وتشمل الطائفة الثانية العقوبات التأديبية الأكثر جساماً من العقوبات السابقة، وتتمثل في مساسها بالامتيازات المادية التي يكتسبها الموظف العام من الوظيفة، وتنظم الفئة

(١) المنشور على الجريدة الرسمية، تاريخ ٢٠٠٢/٦/٤، عدد ٤٥٥، ص ٢٦٣٤.

(٢) حيث نصت المادة ١٤٢ / أ من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٥٥ سنة ٢٠٠٢ بأنه : "إذا ارتكب الموظف مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها في الخدمة المدنية أو تطبيقها، أو أقدم على عمل أو تصرف من شأنه الإخلال بالمسؤوليات والصلاحيات المنوط به، أو عرقلتها، أو الإساءة إلى أخلاقيات الوظيفة، وواجبات الموظف وسلوكه فتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية التالية:

١. التنبيه. ٢. الإنذار. ٣. الحسم من الراتب الشهري الأساسي بما لا يتجاوز نصفه.
٤. تأخير الزيادة السنوية لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات. ٥. تخفيض العلاوات كلياً أو جزئياً لمدة لا تزيد على سنة واحدة وتستثنى العلاوة الشخصية والعائلية من هذه العقوبة. ٦. تنزيل الراتب. ٧. تنزيل الدرجة. ٨. الاستغناء عن الخدمة. ٩. العزل."

(٣) الطبطايني، مرجع سابق، ص ١٦٤ - حسن، مرجع سابق، ص ٧٢.



الثالثة العقوبات التي تصل إلى حد حرمان الموظف من الوظيفة كالاستغناء عن الخدمة والعزل<sup>(١)</sup>.

ويمكن تصنيف العقوبات التأديبية بالنظر إلى الآثار التي ترتبها على الموظف المخطئ إلى أربع فئات، تظم الأولى العقوبات الأدبية أو المعنوية والثانية العقوبات المالية التي تصيب المزايا المادية، والثالثة العقوبات المهنية التي تمس ممارسة المهنة وتظم الرابعة العقوبات التي تمثل مساساً بالحرية الفردية خصوصاً العقوبات التأديبية التي توقع بحق الموظفين العسكريين<sup>(٢)</sup>.

وفي نظام الخدمة المدنية الأردني هنالك العديد من العقوبات ذات الأثر المالي كالحسم من الراتب أو الحرمان من العلاوات أو تنزيل الراتب أو الدرجة وهي عقوبات متقدمة ومعيبة. إذ أن هذه العقوبات تعتبر جسيمة وثقيلة على الموظفين الذي يعتمدون في حياتهم الاجتماعية والعائلية على الراتب، ضد مصدر رزقهم الوحيد، وبذلك يمكن أن يصل تأثير هذه العقوبات إلى أسرة الموظف المخطئ وأبناءه مما يعد مساساً بمبدأ المساواة أمام العقوبات التأديبية، علاوة على أن تأثير هذه العقوبات ليس متساوياً فتزداد شدتها ووطئتها بخصوص الموظفين المثقلين بالأعباء العائلية والذي يعد الراتب مصدر رزقهم الوحيد مقارنةً بالموظفين الأغنياء القادرين والذي لا يشكل الراتب في موازنتهم الأسرية إلا جزءاً يسيراً<sup>(٣)</sup>.

ويرى الدكتور على خطار بأن: "التأديب الوظيفي لا يستهدف من عقاب الموظفين بدرجة أساسية بل يستهدف اكتشاف أوجه الخلل والقصور في الجهاز الإداري والتشريعات الإدارية ومعالجتها لمنع وقوع المخالفات المسلكية مستقبلاً. لهذا حتى ولو افترضنا أن التأديب الوظيفي يستهدف عقاب المخطئ، فإن أثر العقوبات المالية لا يقتصر في معظم

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٦ - ٢٨٧. - حسن، مرجع سابق، ص ٧٢ - ٧٣.

(٢) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٧. - الطبطبائي، مرجع سابق، ص ١٦٤ - ١٦٥.

(٣) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

الأحيان عليه ، بل يمتد إلى أفراد أسرته مما يشكل مخالفة لمبدأ شخصية العقوبة لهذا نفضل استبعاد هذه الطائفة من العقوبات المالية على أقل تقدير بالنسبة للموظفين المتزوجين<sup>(١)</sup>.

### ثانياً : العقوبة التأديبية المنقعة أو التكميلية:

ويقصد بها تلك التي تستهدف تكميل العقوبة الأساسية لضمان تحقيق أفضل تأديب ممكن بهدف تحقيق أفضل تيسير ممكن للمرفق الذي ينتمي إليه الموظف المخطئ ، وهي بذلك العقوبات التي رتبها المشرع على الموظف الذي أدين بعقوبة تأديبية أصلية ، وتوقع بحق الموظف المخطئ وبقوة القانون ودون حاجة لأن تنطق بها السلطة التأديبية المختصة<sup>(٢)</sup>. وهناك العديد من النصوص التشريعية الفرنسية التي تنص على بعض العقوبات التكميلية التي توقع بجانب العقوبة التأديبية الرئيسية ، ولذا يمكن وفق أحكام المادة ٦٦ من القانون رقم ٨٤ - ١٦ الصادر بتاريخ ١١/١/١٩٨٤ إصدار قرار بالشطب من قائمة الترقية باعتبارها عقوبة تكميلية لإحدى العقوبات الواردة في المجموعة الثانية والثالثة من العقوبات التأديبية ، ويتعين لإيقاع هذه العقوبة التكميلية توافر شرطين هما : أن تكون العقوبة الرئيسية هي إحدى العقوبات الواردة في المجموعة الثانية أو الثالثة ، وأن يتضمن القرار التأديبي الصادر إشارة صريحة لتلك العقوبات التكميلية ، وتتضمن الفقرة ٢ من المادة ٤٦ من المرسوم الصادر في ٢٢/١٢/١٩٥٨ النقل كعقوبة تكميلية يمكن أن يوقع بجانب إحدى العقوبات الواردة في قائمة العقوبات التأديبية وهي العقوبات رقم (٣ و ٤ و ٥)<sup>(٣)</sup>.

وفي سبيل بيان العقوبات التأديبية المنقعة تبين محكمة العدل الأردنية بأنه : ( أما القول بأنه لا يجوز فرض عقوبتين على فعل واحد خلافاً للقواعد العامة والمبادئ الجزائية وأن هنالك غلواً في إيقاع العقوبة

(١) شطناوي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧ - ٢٨٨ .

(٢) حسن ، مرجع سابق ، ص ٨٦ - ٨٧ . - الطببائي ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

(٣) شطناوي ، مرجع سابق ، ص ٢٩٢ . -

فغير وارد ذلك لأن قرار حجب الزيادة السنوية عن القاضي صدر بمقتضى المادة ١٢٠ فقرة ب من قانون استقلال القضاء والتي أجازت إصدار قرار حجب الزيادة عند فرض إحدى العقوبات المذكورة في الفقرات (أ، ب، ج) من المادة أ من قانون استغلال القضاء من المجلس التأديبي، إذ أن هذا المجلس سبق وأن فرض عقوبة الإنذار وفق أحكام الفقرة ب المذكورة فإن من حقه أن يقرر حجب الزيادة السنوية عن القاضي تبعاً لعقوبة الإنذار وهو إجراء تستقل بملاءمته الإدارة ولا نجد فيه غلواً في إيقاع العقوبة<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### ماهية النقل التأديبي "القوية التأديبية المنقعة"

سأقوم بتناول هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى الفروع التالية:

#### الفرع الأول

##### التعريف بالنقل الإداري

لم تتعرض الأنظمة والقوانين التي تنظم الوظيفة العامة، ومنها نظام الخدمة المدنية الأردني لتعريف نقل الموظفين العموميين، وترك الأمر للفقه والقضاء الإداريين، وقد حاول الفقه الفرنسي تقديم تعريفات متعددة لنقل الموظفين، لكنها متجانسة تقريباً في مضمونها وتدور حول فكرة واحدة حتى لو اختلفت التعبيرات المستعملة، فذهبت أحدهم إلى القول بأن النقل هو تمييز العمل أو مكان الإقامة التي تفرضه الإدارة على الموظف بإرادتها المنفردة. ويعرفه آخر بأنه كل تغيير في العمل الإداري<sup>(٢)</sup>.

ويذهب الدكتور علي الخطار إلى القول: "إن التعريفات السابقة تتركز بصفة أساسية على الآثار القانونية المترتبة على نقل الموظفين، ولا تعد بالتالي تعريفاً دقيقاً لسلطة النقل، لذا فإننا نرى بأنه يجب التركيز أولاً بصفة أساسية على طبيعة هذه الصلاحية المخولة للرؤساء الإداريين لنقل مرؤوسيه، وبناء على هذا فإنه يمكن تعريف النقل بأنه سلطة تقديرية

(١) عدل علياً أردنية، صادر بتاريخ ١٩٨٥/٧/٩، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٥، ص ١٩٤٢.

(٢) أنظر هذه التعريفات: شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٠.

تتمتع بها السلطة الإدارية المختصة تمكنها من إجراء تنقلات بين موظفيها بغية الاستفادة من قدرات وخبرات ومؤهلات الموظف العام على أفضل صورة ممكنة، ومما لا شك فيه أن يترتب على ممارسة هذه السلطة التقديرية تغيير في عمل الموظف المنقول نوعياً أو تغيير مكانة.. ولكن ذلك الأثر هو نتيجة لممارسة هذه الصلاحية فقط" (١).

ويعرف الدكتور نواف كنعان النقل كوضع وظيفي ينصرف إلى قيام الإدارة باستبدال الوظيفة المسندة للموظف بوظيفة شاغرة من نفس النوع والمرتبة في دائرة أخرى (٢)، وقد عرفت محكمة العدل العليا الأردنية النقل بقولها: (إن النقل بمعناه القانوني هو فك ارتباط الموظف من الدائرة المنقول منها وربطه بالدائرة المنقول إليها بحيث يصرف راتبه وتصدر القرارات المتعلقة به من هذه الدائرة) (٣). ويكون النقل بقرار من السلطة المختصة بالتعيين في الجهة الحكومية المنقول إليها بعد موافقة نفس السلطة في الجهة الحكومية المنقول منها، وحفظاً لحق الموظف وعدم إفساح المجال للإضرار به فقد اشترط المشرع أن يكون النقل إلى وظيفة شاغرة من نفس درجته وظيفته وفي مجموعة الوظائف الرئيسية التي تندرج فيها هذه الوظيفة وعليه لا يجوز نقل الموظف من وظيفته الفنية إلى أخرى إدارية، لأن القانون لا يبيح النقل إلا إلى وظيفة شاغرة من نفس درجة وظيفته على أن تكون من نفس المجموعة الرئيسية التي تندرج فيها هذه الوظيفة (٤). والنقل إما أن يكون نقلاً مكانياً أو نقلاً نوعياً، بالنظر إلى طبيعة النقل ذاتها، فيوصف النقل بأنه نقلاً نوعياً إذا ما نقل الموظف إلى عمل جديد يتضمن تغييراً في مهمات الوظيفة وذلك حينما ينقل الموظف إلى وظيفة ذات مهام ومسؤوليات جديدة مغايرة لمهام ومسؤوليات الوظيفة السابقة وينفس الدرجة بصرف النظر عن مكان العمل، ومثاله

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٠ - ١٤١.

(٢) كنعان، نواف، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٢٣.

(٣) عدل عليا أردنية رقم ٥/٢٧، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٦٧، ص ١٤.

(٤) الطبطبائي، مرجع سابق، ص ١٦٨.

نقل الموظف من وظيفة تخصصية "فنية" إلى وظيفة إدارية في نفس الدرجة<sup>(١)</sup>

ومقتضى ذلك أن النقل النوعي يتضمن أن تكون الوظيفة المنقول إليها الموظف ماثلة للوظيفة المنقول منها من الناحيتين المادية والأدبية، أي أن تتفق الوظيفتان من حيث الطبيعة، فتكونان من نفس المجموعة الوظيفية التي تنتمي إليها درجته كما يجب أن تتفق الوظيفتان من حيث شروط التعيين، فإذا كانت الوظيفة التي نقل إليها الموظف تغاير من حيث الطبيعة أو شروط التعيين أو الوظيفة التي كان يشغلها قبل النقل، فإن النقل في هذه الحالة يجب أن يحوز قبوله ورضائه. وأما النوع الثاني فهو النقل الذي لا يتضمن تغييراً في مهمات الوظيفة ومسؤولياتها وإنما يقتصر التغيير على تغيير مكان أداء العمل فقط، أي بمعنى نقل الموظف من وظيفة إلى أخرى وبنفس درجته أو بدرجة أقل وسواء أكان ذلك داخل الدائرة أو المؤسسة التي يعمل فيها الموظف العام أو خارجها<sup>(٢)</sup>.

ولا يشترط في قرارات النقل المكاني قبول الموظف لها، إذ يجوز نقله من مكان إلى آخر، دون أن يتوقف ذلك على رضائه، أو وجوده الفعلي في الوظيفة وقت صدور قرار النقل، كأن يكون في إجازة خاصة، وإذا لم يكن المشرع قد نظم عملية النقل المكاني بقواعد تنظيمية، فإن النقل يكون من السلطات التقديرية المتروكة للإدارة، حسبما يكون متفقاً مع الصالح العام، وأن كان عليها هنا مراعاة مبدأ تكافؤ الفرص بين الموظفين في هذا الشأن<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثاني

### ماهية النقل التأديبي المقنع وغايته

يقصد بالعقوبات التأديبية المقنعة إجراءات إدارية تستهدف الإدارة من اتخاذها إيقاع عقوبات تأديبية بحق الموظف العام من خلال إجراءات

- (١) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٣ - كنعان مرجع سابق، ص ١٢٤.
- (٢) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٣ - كنعان، مرجع سابق، ص ١٢٣.
- (٣) الطبطبائي، مرجع سابق، ص ١٦٩ - ١٧٠.

إدارية لا يجوز اتخاذها إلا لتحقيق المصلحة العامة ولكن الإدارة اتخذتها لعقاب الموظف، أي أنها انحرفت في استخدام صلاحية إدارية لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي يريد المشرع تحقيقه<sup>(١)</sup>.

وتتميز العقوبات التأديبية المقنعة دوماً بعنصر شخصي يتمثل في نية مصدرها في إيقاع جزاء معين بحق الموظف، وعنصر موضوعي يتمثل في أن الإجراء يترتب عليه آثار قانونية مماثلة أو متقاربة للعقوبة التأديبية نظراً لما يمثله من مساس بمركز الموظف الوظيفية، بمعنى أنه يحرم الموظف أو يقيد تمتعه بالحقوق الوظيفية التي يستمدّها من مركزه الوظيفي، ويتعين على القضاء الإداري إذا طعن بعدم مشروعية إجراء إداري معين لانطوائه على عقوبة تأديبية مقنعة أن يوفق بين اعتبارات الطاعة الرئاسية مع ضرورات ومقتضيات حماية الموظف من احتمال مخاطر الانحراف والتعسف، وإنما نقطة توازن بين الاعتبار السابقة المختلفة والمتباينة<sup>(٢)</sup>.

ويذهب الدكتور عادل الطبطبائي في معرض تعليقه على العقوبات التأديبية المقنعة إلى أنها: "تصرفات تتخذها الإدارة ضد الموظف، وتحاول أن تضي عليها صفة المشروعية، مستندة وراء بعض الإجراءات التي يجيز لها القانون اتخاذها كالتدابير الداخلية. ولكنها في حقيقة الأمر تهدف من اتخاذها توقيع عقوبة تأديبية لا يجيزها القانون. ولا يعني لجوء الإدارة إلى استخدام أسلوب العقوبات التأديبية المقنعة، عدم ارتكاب الموظف خطأ في كل الأحوال، بل قد يكون العكس هو الصحيح، كما لو ارتكب الموظف خطأين في حقه، ولكنها رأت أن إتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون لتوقيع عقوبة تأديبية عليه قد يستغرق وقتاً طويلاً، في حين أن مصلحة العمل والحرص على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تقتضي اتخاذ إجراء سريع بحق الموظف المخطئ. وقد تلجأ الإدارة إلى الأسلوب التأديبي المقنع كذلك بغية التخلص من موظفيها

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٢) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

غير الأكفاء على الرغم من عدم ارتكابهم لأي خطأ يمكن محاسبتهم عليه<sup>(١)</sup> .

### الفرع الثالث

#### التمييز بين العقوبة التأديبية المقننة والنقل الإداري

يستهدف نقل الموظفين العموميين تحقيق مصلحة العمل عن طريق الاستفادة من خدمات الموظفين العموميين بأفضل صورة ممكنة وبأقل نفقة ممكنة، فيجب على الجهة الإدارية المختصة مراعاة مصلحة العمل، وحسن سير الجهاز الإداري، والنفقات المادية عند إجراء التنقلات بين موظفيها، لذلك يجب أن يستهدف النقل دوماً تحقيق مصلحة العمل حتى لو فقد الموظف بعض المزايا والامتيازات المادية فقرينة المشروعية لصيقة بقرارات النقل فكل قرار نقل يفترض فيه أن يستهدف تحقيق المصلحة العامة حتى يثبت عكس ذلك<sup>(٢)</sup> .

وإن النقل يستهدف تحقيق مصلحة العمل، إذ يستهدف ملء المراكز والوظائف الشاغرة وتحسين توزيع العمل داخل المرفق العام، ويبدو أن النقل أحياناً وسيلة ضرورية لفض سوء تفاهم بين الرئيس الإدارية الأعلى وأحد مرءوسيه أن ينطوي على إجراء تأديبي مقنع بحق الموظف العام، فالمصلحة العامة تقتضي دوماً أن يسوء العمل الإداري جو من الود والتفاهم بين الرئيس الأعلى ومرءوسيه، وأن تقوم العلاقات الوظيفية والإدارية على اعتبارات المصلحة العامة، واعتبارات الود والاحترام المتبادل، لذا يمكن استخدام النقل وسيلة لفض سوء تفاهم ووسيلة لمنع تفاهمه بين الرئيس الإداري الأعلى وأحد مرءوسيه<sup>(٣)</sup> .

أما إذا جانبت السلطة المختصة تحقيق الهدف من النقل، فيكون قرارها معيباً بعبء الانحراف في استعمال السلطة، إذ يولي القضاء الإداري أهمية بالغة للهدف الذي يستهدفه مصدر القرار، فإذا تبين له أن الإدارة

(١) الطبطبائي، مرجع سابق، ص ١٧٠ - ١٧١ .

(٢) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٧ .

(٣) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٧ - ١٤٨ .

استعملت إجراء النقل بدل الإجراء التأديبي فإنه يعيد التكييف القانوني لهذا القرار ويضفي عليه التكييف القانوني السليم، ويخضعه للقانون الذي يحكم الطائفة التي ينتمي إليها حقيقة إذ العبرة في تكييف الإجراء الإداري هو للوصف الذي يعطيه له التشريع وليس للتعبير الذي تستعمله الإدارة التي لا تملك صلاحية تغيير التكييف القانوني<sup>(١)</sup>.

والفرقة بين العقوبات التأديبية والإجراءات الإدارية تتمثل فيما يلي :  
أولاً : تعتبر العقوبات التأديبية محددة على سبيل الحصر لا تملك السلطة التأديبية توقيع غيرها، في حين لا تخضع الإجراءات الإدارية لمثل هذا أو ذلك التحديد.

ثانياً : تختلف العقوبات التأديبية عن الإجراءات الإدارية في الأساس القانوني، إذ يشمل الأساس القانوني للعقوبات التأديبية، وبالضرورة في ارتكاب الموظف العام للمخالفة مسلكية تتنافى مع صفته كموظف. وهكذا تعد مخالفة الواجبات الوظيفية شرطاً أساسياً لتحريك الإجراءات التأديبية بحق الموظف، في حين تقتضي الإجراءات الإدارية وجود مصلحة عامة تقتضيها، ولذا يختلفان عن بعضهما البعض في الأسباب التي تقوم وتبنى عليهما.

ثالثاً : تتميز العقوبات التأديبية بمسامتها ووطأتها، إذ تقتضي نية ويواضع عقابية وتستهدف عقاب مخالفة الواجبات الوظيفية، بينما لا تستهدف الإجراءات الإدارية غاية عقابية، فلا يتمثل محل هذه الإجراءات في إيقاع عقوبة إذ إنها تبرر بالاعتبارات ذات المصلحة العامة، هكذا تختلفان عن بعضهما البعض في الغايات التي تستهدفهما.

رابعاً : لا يجوز إيقاع العقوبات التأديبية بحق الموظف المخطئ إلا بعد احترام كافة الضمانات التأديبية، إذ أن المشرع يحيطها بتلك الضمانات التي تكفل وتوفر للموظف إبداء أوجه دفاعه كاملة في حين لا يستلزم ولا

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٨.



يستوجب المشرع لإصدار الإجراءات الإدارية استيفاء شكليات إجرائية معينة<sup>(١)</sup>.

والقاعدة عند بحث مدى صحة وسلامة قرار النقل أن يثبت أنه لم يتضمن تنزيلاً في وظيفة العامل أو اعتداء على حقوقه القانونية في جهة عمله المنقول منها وأن يبين من الأوراق أن النقل استهدف مصلحة العمل وأن النقل لا يعدو أن يكون نقلاً مكانياً لا شبهة للتأديب فيه، فإنه متى ثبت ذلك لا يهم أن يكون النقل قد تم بمناسبة ما ينسب إلى العامل سواء انتهى فيها التحقيق إلى مجازاته أو عدم مجازاته، طالما أن الجهة الإدارية قد راعت في إجراءاته وجه المصلحة العامة ابتغاء البعد عن كل ما يمس حسن سير العمل وانقطاعه، ومتى ثبت ذلك فإن الجهة الإدارية تكون قد مارست سلطتها التقديرية في نقل الموظفين دون انحراف ولا ينطوي الأمر على جزاء<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثاني

#### دور القضاء الإداري في إثبات استخدام صلاحيات النقل

#### الوظيفي لغايات تأديبية

إذا كان الأصل هو حرية الإدارة في الاستفادة من خدمات موظفيها في الأماكن التي تحتاجهم فيها، مما يعني حقها في نقل موظفيها بين مختلف الإدارات التابعة لها، بحيث يعتبر مثل هذا النقل من الإجراءات أو التدابير الداخلية التي تدخل في نطاق اختصاصها، ولذلك فإن النقل الذي يتم تحقيقاً لمصلحة المرفق العام لا يعتبر كإجراء تأديبي، إلا أن الإدارة قد تستخدم أسلوب النقل كعقوبة مقننة بحق بعض موظفيها، كما لو قامت وزارة التربية بنقل أحد مدرسيها إلى مدرسة في منطقة نائية مع أن المدرسة لديها فائض من المدرسين ممن يعملون في تخصص المدرس

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ٢٨٨ - ٢٨٩.

(٢) صادق، سمير، قرارات وأحكام التأديب في ميزان الإدارية العليا، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٨٩ - ٩٠.

المنقول، فلا شك أن الوزارة في هذه الحالة إنما قصدت معاقبة الموظف بنقله إلى مكان بعيد، وتحميله مشقة الوصول إليه.

غير أن الكشف عن القصد الحقيقي لجهة الإدارة من إجراء النقل لا يكون سهلاً في كل الأحوال، ولذلك اتجه القضاء إلى الاعتماد على بعض المعايير التي بواسطتها يحاول فهم قصد الإدارة والكشف عن حقيقة الإجراء المتخذ من قبلها.

وعلى ذلك، سأتناول بيان هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

### المطلب الأول

**إثبات الانحراف في استخدام صلاحيات النقل الوظيفي**

**نقاط تآديبية في القضاء المصري**

سأتناول بيان هذا المطلب من خلال الفروع التالية :

### الفرع الأول

**المقصود بالانحراف في استخدام صلاحيات النقل الوظيفي نقاط تآديبية**

يقتضي هذا الفرع تعريف الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية؛ إذ إن الانحراف في استعمال إجراءات النقل ما هو إلا حالة تطبيقية أو مظهر من مظاهر الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية، فقد تعددت تعريفات الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية، فكل فقيه يعرف الانحراف ويستعمل تعبيرات وألفاظاً متنوعة على الرغم من أن جوهر هذه التعريفات واحدة إذا نجد أن جميع التعريفات تدور حول فكرة واحدة تتمثل في استعمال الإدارة إجراء إدارياً يهدف تحقيق هدف لا يمكن تحقيقه إلا باستعمال إجراء إداري آخر. ويعرف الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية حسب رأي بعض المختصين بأنه استعمال السلطة الإدارية إجراءً إدارياً غير ذلك الإجراء الذي كان يجب عليها استعماله<sup>(١)</sup>. ولكي يعتبر القرار الإداري بمثابة الجزاء التأديبي المقنع يكفي أن تبين المحكمة من ظروف الأحوال وملابساتها أن نية الإدارة اتجهت إلى

(١) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٤٩.

عقاب الموظف، فإذا صدر القرار بسبب تصرف معين ينطوي على إخلال الموظف بواجبات وظيفته كان القرار قراراً تأديبياً، مثال: إذا كان قرار نقل الموظف قد أفصح عن سبب إصداره وهو تأخير الموظف في تجهيز الحسابات الختامية فإن هذا القرار يكون تأديبياً صدر مخالفاً للقانون، وأساس ذلك أن هذا القرار صدر دون إتباع الإجراءات والأوضاع المقررة للتأديب<sup>(١)</sup>.

ومثال ذلك أيضاً: صدور قرار نقل للموظف بسبب الجزاء التأديبي الموقع بحقه. وخاصة إذا ما كان استناداً إلى نتيجة التحقيقات التي صدر من أجلها صدر الجزاء، ودون إفصاح الإدارة عن الوظيفة المنقول إليها أو تحري مدى احتياجات العمل المنقول إليه أو التناسب في الدرجة بين الوظيفة المنقول منها والوظيفة المنقول إليها، فإنه إزاء هذه الظروف والملابسات لا يعتبر القرار متضمناً نقلاً مكانياً وإنما يستر في الواقع جزاء تأديبياً، وكذلك صدور قرار النقل المكاني من رئيس إداري مختص بالتأديب دون النقل استناداً إلى ذات أسباب مجازاة الموظف بالحسم من راتبه يؤكد أن القرار يستر جزاء تأديبياً<sup>(٢)</sup>.

ويرى الدكتور علي الخطار إن الانحراف في استعمال إجراءات النقل يمكن تعريفه بأنه: "عبارة عن استعمال الإدارة لهذا الأجراء الإداري بغية تحقيق هدف معين لا يمكن تحقيقه إلا باستعمال إجراء إداري آخر"<sup>(٣)</sup>. ويشترط لتحقيق الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية توافر العديد من الشروط<sup>(٤)</sup>، لعل من أهمها:

الشرط الأول: يجب أن يكون هنالك إجراءات إداريات على الأقل، فهذا الشرط منطقي وبديهي طالما أن الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية هو استعمال إجراء إداري بدلاً من الآخر.

(١) صادق، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) عفيفي، مصطفى، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، رسالة دكتورا، ١٩٧٦، ص ٩٨.

(٣) شطناوي، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٤) أنظر في هذه الشروط تفصيلاً: شطناوي، مرجع سابق، ص ١٥٠.

الشرط الثاني : أن يترتب على هذين الإجراءين الإداريين الآثار القانونية نفسها، أو آثار قانونية مقاربة على الأقل، لذا يقال بهذا الخصوص بأنه يفترض لتحقيق الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية وجود تشريعات متماثلة تسمح في بعض الأحيان بتحقيق الآثار القانونية نفسها، ولكن بواسطة إجراءات إدارية مختلفة.

وبموجب هذا الشرط ينظر مجلس الدولة الفرنسي إلى معنى الآثار الناجمة عن قرار النقل، ومقدار الضرر الذي يلحق بالموظف المنقول، ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي لا يسبغ الصفة التأديبية على قرار النقل إلا إذا توافرت درجة معينة من الجسامة له. تتمثل في فقد بعض المزايا المادية للوظيفة، ويشترط في هذه المزايا أن تكون حقيقية غير إضافية، كما لو تم تخفيض حقيقي في المرتب أو جرى نقل الموظف من وظيفة أعلى في السلم الإداري إلى وظيفة أدنى<sup>(١)</sup>.

الشرط الثالث : أن تكون شكليات الإجراء الذي استعملته الإدارة بدلاً من الإجراء القانوني السليم أقل تعقيدا، فمما لا شك فيه أن إجراءات إصدار قرار النقل أقل تعقيدا من الإجراءات والضمانات التأديبية "كحقوق الدفاع" اللازمة والواجبة الإحترام لإصدار القرار التأديبي، لذلك نجد أن الإدارة تتصرف وتتبع هذا المسلك الإداري الشائن، إما بهدف تجنب احترام بعض الشكليات المعقدة، وإما بهدف كسب الوقت، وإما بهدف التحايل على قواعد توزيع الاختصاص أو حتى الاقتصاد في النفقات.

وفي إثبات الانحراف في استخدام صلاحيات النقل الوظيفي لغايات تأديبية يحاول القضاء الفرنسي أن يقوم بفحص الأسباب التي أدت إلى صدور الإجراء سواء أكانت هذه الأسباب واقعية أم قانونية، وبيان ما إذا كانت من طبيعة تأديبية، فإن الإجراء المتخذ ثبت له الصفة التأديبية في هذه الحالة، أو أن يكون مجرد إجراء تنظيمي داخلي، إذا كان من طبيعة رئاسية فإذا كان قرار النقل قد صدر استنادا إلى وقائع سابقة تبين إدانة

(١) عقيقي، مرجع سابق، ص ١٠١.

الموظف منها، أو كان محلاً للمساءلة التأديبية عنها فإن الصفة التأديبية تثبت له، وعلى العكس من ذلك يعتبر قرار النقل مجرد إجراء تنظيمي إذا صدر استجابة لأسباب تنظيمية داخلية يقتضيها العمل في المرفق، ولو تم النقل في غير مصلحة الموظف<sup>(١)</sup>.

الشرط الرابع: سوء نية الإدارة، ويقصد بهذا الشرط أن تختار الإدارة بمحض إرادتها القيام بهذا العمل تحايلاً على القانون وأن يلجأ مختارة لاستبدال الإجراء الإداري القانوني بالإجراء غير القانوني، لذلك يقال بأن الإدارة تستهدف من هذه الانحراف التحلل والتخلص من الشكليات التي تعقد عملها وتحقق غاية أخرى، وبمحض إدارتها تختار الإجراء الإدارية الأكثر بساطة، ولكننا نعتقد أنه لا يشترط تحقق هذا الشرط الرابع المتمثل في سوء نية الإدارة إذ يستوي في هذا المجال حسن سوء نية الإدارة، ويكفي بالتالي توافر الشروط الثلاثة الأولى.

وبذلك لا يلزم لاعتبار القرار الإداري بمثابة الجزاء التأديبي المقنع أن يكون متضمناً عقوبة من العقوبات التدريبية المعينة في القانون وإنما يكفي أن تتبين المحكمة من ظروف الأحوال أن نية الإدارة اتجهت إلى عقاب الموظف، والنقل المكاني في حد ذاته للإدارة الحق في إجرائه حسبما يكون متفقاً مع الصالح العام، فليس يكفي للقول بوجود عيب انحراف الجهة الإدارية وإساءة استعمال سلطتها أو أحدهما أن قرار النقل صدراً معاصراً لقرار الجزاء أو بعده. فقد يكشف قرار الجزاء من اعتبارات من المصلحة العامة تحتم إجراء النقل، وكما أن للجهة الإدارية الحرية في توزيع موظف المرافق العامة بحسب احتياجات هذه المرافق فيجب أن تكون لها هذه الحرية في ضوء صلاحية هؤلاء الموظفين واستعدادهم وكفائتهم في الجهة التي ينقلون منها والتي ينقلون إليها كما يتضح ذلك من شهادات رؤسائهم وتقاريرهم عنهم أو من المخالفات التي تقع منهم<sup>(٢)</sup>.

(١) الطبطبائي، مرجع سابق، ص ١٧٤ - عفيف، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٢) صادق، مرجع سابق، ص ٩٢.

وقد يصدر قرار بنقل الموظف أو ندية من وظيفة مقرر لها بدل طبيعة عمل إلى وظيفة أخرى لا تستحق هذا البديل، فإذا أنصب طعن الموظف في قرار نقلة أو ندية بوصفة قراراً تأديبياً مقنعاً قصد به حرمانه من بدل طبيعة العمل، فإن هذا القرار مشوب بالتعسف والكيده له. وعلى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: (إذا تبين للمحكمة أن صدور القرار بالنقل أو الندب ابتغاء تحقيق مصلحة عامة وفي حدود القواعد القانونية المقررة، ولم يمس المركز القانوني للعامل بأي وجه من الوجه وتم الندب بذات درجته ومرتبته فلا تأثير لكون الندب تم من وظيفة مقرر لها بدل طبيعة عمل إلى وظيفة غير مقرر لها مثل هذا البديل) (١).

وكذلك قضت ذات المحكمة بأنه: (متى كان الثابت أن العامل خالف توجيهات رئيسه المباشر وتخطاه إلى رئيسه الأعلى دون إحالته بما أشار به رئيسه المباشر إمعاناً في التحدي وخروجاً على ما تفرضه واجبات الوظيفة من احترام الرؤساء، فإن التجاء الرئيس المتخصص بسلطته التقديرية إلى نقل الموظف باعتبار أن سلوك الموظف يتنافى مع بقائه في موقعه فإن الرئيس يكون قد باشر مسؤولياته في حدود القانون ودون ثمة انحراف حتى ولو ترتب على النقل تفويت الدور علي الموظف في الترقية، ولا يعتبر قرار النقل المكاني في مثل هذه الحالة منطوياً على جزاء) (٢).

بل وذهبت دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا الكويتية في بيان مضمون الانحراف باستخدام إجراءات النقل الوظيفي لغايات تأديبية إلى القول: (لما كان ذلك وكان الثابت ما سلف بيانه من الأسباب - إن الحكم المطعون فيه قد وضح أن النقل من وظيفة إلى أخرى في البنك المركزي لا يدخل ضمن الإجراءات والجزاءات التأديبية التي عدتها على سبيل الحصر المادة ٥٦ من قرار نظام الموظفين في البنك، والتي اشترطت المادة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٢٢ الصادر بجلسة

١٤ نوفمبر سنة ١٩٨١، مشار إليه في: صادق، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٧، الصادر بتاريخ

١٩٥٦/٥/٢، مشار إليه في: عفيفي، مرجع سابق، ص ١١١.

٥٧ لتوقيتها صدور توجيه من لجنة شؤون الموظفين في هذا الشأن، وكان قرار النقل في ذاته وفقاً لهذه المادة لا يعد جزءاً تأديبياً ما دام لم يقترن به تنزيل في درجة الطاعن الوظيفية أو - تخفيض مخصصاته المالية وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على ذلك أن قرار النقل يكون على هذا النحو مبرئاً من عيب مخالفة القانون وعدم الاختصاص فإنه بذلك كون قد صدر صحياً لا عيب فيه أما نعي الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة الثابت من الأوراق مردود بأن مفاد ما أورده - الحكم وعلى ما سلف بيانه من أسباب أن الطاعن - وإن وصف قرار نقله بأنه إجراء تأديبي - إلا أنه لم يدع أن هذا النقل يدخل ضمن الجزاءات التأديبية الواردة حصراً بالمادة ٥٦ من نظام الموظفين إلى نعي صفة الجزاء التأديبية عنه، فإن هذا النعي يغدو - وأياً كان وجه الرأي فيه - غير منتج وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

الانحراف في استخدام صلاحيات النقل الوظيفي لغايات تأديبية في ضوء أحكام

### القضاء المصري

أخذ القضاء المصري في بداية الأمر بمعيار شكلي للتمييز بين النقل كعقوبة مقننة أو كونه مجرد إجراء تنظيمي داخلي، حيث كان مجلس الدولة المصري بموجب هذا المعيار يعتبر الإجراء المتخذ من قبل الإدارة بمثابة عقوبة تأديبية إذا كان ضمن قائمة العقوبات التأديبية الواردة على سبيل الحصر في القانون، أما إذا لم يكن الإجراء ضمن هذه العقوبات، كان مجرد إجراء تنظيمي داخلي<sup>(٢)</sup>.

حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية استناداً إلى هذا المعيار إلى اعتبار أن قرارات النقل المكاني والنوعي من قبيل الإجراءات التنظيمية، حين قضت: (إن قرارات النقل المكاني والنوعي من قبيل

(١) حكم دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا الكويتية رقم ١٢٩/١٩٨٠، صادر بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٧، مشار إليه في: الطبطائي، مرجع سابق، ص ١٦٠ - ١٦١.

(٢) عفيفي، مرجع سابق، ص ١١٠ - حسن، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

الإجراءات التنظيمية والداخلية التي يقصد بها ضمان حسن سير العمل وتنظيمه في المرفق، وذلك لعدم ورود قرارات النقل ضمن قائمة العقوبات التأديبية الواردة على سبيل الحصر في القانون<sup>(١)</sup>.

ولا شك في أن هذا الاتجاه يعبر عن نظرة ضيقة لطبيعة الإجراءات التي يمكن أن تتخذها الإدارة في حق موظفيها، كما أنه يطلق يد الإدارة في اتخاذ إجراءات ضارة بحق موظفيها تصل بأثارها السلبية إلى نفس درجة العقوبات التأديبية، مع عدم التزام الإدارة في هذه الحالة بالشروط والإجراءات التي يتطلبها القانون لفرض العقاب التأديبي، وبذلك يفتح المجال أمام الإدارة إلى إضفاء الإجراء الداخلي على العقوبات التأديبية التي توقعها على موظفيها، دون التزام منها بالضمانات التأديبية التي يتطلبها المشروع عند توقيع العقاب، وتبدو خطورة هذا الاتجاه أكثر إذا علمنا أن الإجراءات التنظيمية الداخلية لا تدخل تحت أي حصر، مع عدم ورود أي إشارة إليها في قائمة العقوبات التأديبية<sup>(٢)</sup>.

إلا أنه ونتيجة للانتقادات التي وجهت للمعيار السابق، ما لبث مجلس الدولة المصري أن هجر المعيار الشكلي وتبنى المعيار الموضوعي في مجال بيان الانحراف في استخدام صلاحيات النقل لغايات تأديبية وتمييزه عن النقل الإداري أو الإجراء التنظيمي الداخلي، وبموجب هذا المعيار يتأكد القاضي من هدف الإجراء المتخذ في حق الموظف وما إذا كان يقصد به تحقيق مصلحة المرفق وحسن تنظيمه وإدارته، أم مجرد توقيع جزاء تأديبي بحق الموظف، وبذلك يحاول القضاء سبر غور الإدارة في سبيل كشف قصدها الحقيقي، مستعيناً لذلك بالظروف والملابسات المحيطة بالإجراء المتخذ والأسباب التي أسند إليها<sup>(٣)</sup>.

(١) حكم المحكمة الإدارية المصري، صادر بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢، مشار إليه في: عفيفي،

مرجع سابق، ص ١١١.

(٢) الطبطنائي، مرجع سابق، ص ١٧٥ - عفيفي، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) الطبطنائي، مرجع سابق، ص ١٧٥ - حسن، مرجع سابق، ص ٢٧٧.



وتطبيقاً لذلك اتجه القضاء إلى الاعتماد على بعض القرائن والظروف والملابسات لاتخاذ إجراء النقل للكشف عن الإدارة الحقيقية، فقد اعتبر القضاء معاصرة قرار النقل لعقوبة تأديبية تم توقيعها على الموظف قرينة على أن النقل قد نظر إليه كعقوبة تكميلية، ولا يقصد به تحقيق مصلحة العمل، كما تدعى الإدارة، وقد تكتشف المحكمة من الظروف المحيطة باتخاذ قرار النقل أنه صدر بدون أي سبب مصلحي يدعو إليه وإنما كان القصد منه التثفي والانتقام من الموظف، وذلك بنقله من وظيفة أعلى في السلم الإدارية إلى وظيفة أدنى درجة<sup>(١)</sup>.

وبينت المحكمة الإدارية العليا المصرية عناصر المعيار الموضوعي الذي تبنته في حكم لها بالقول بأنه: (لا يلزم لكي يعتبر القرار الإداري بمثابة الجزاء التأديبي المقنع أن يكون متضمناً عقوبة من العقوبات التأديبية المعينة وإلا كان جزاءً تأديبياً صريحاً. وإنما يكفي أن تبين المحكمة من ظروف الأحوال وملابساتها أن نية الإدارة قد اتجهت إلى عقاب الموظف بغير إتباع الإجراءات والأوضاع المقررة لذلك، فانخرقت بسلطتها في القرار لتحقيق هذا الغرض المستتر فيكون القرار بمثابة الجزاء التأديبي المقنع ويكون عندئذ مشوباً بعين إساءة استعمال هذا الغرض الخفي، وإنما استعملتها فقط في تحقيق المصلحة العامة التي أعد لها القرار كان سليماً ومطابقاً للقانون)<sup>(٢)</sup>.

ويتضح لنا من خلال الأحكام السابقة أن المعيار الموضوعي الذي تبناه القضاء الإداري المصري هو في الحقيقة تجميع للشروط - التي سبق ذكرها - التي يشترط توافرها لتحقيق الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية لإيقاع عقوبات تأديبية مقنعة، ولا شك في أن هذا المعيار نجده يوفر ضمان أكبر للموظفين عن طريق فحص القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة والبحث عن القصد الحقيقي من وراء إصدارها، مما يرتب على

(١) عفيفي، مرجع سابق، ١١٥ - الطبطباي، مرجع سابق، ص ١٧٥ - ١٧٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية المصري، صادر بتاريخ ١٩٧١/١٢/٥، مشار إليه في: الطبطباي، مرجع سابق، ص ١٧٦.

الإدارة أن تمتنع عن اتخاذ إجراءات تأديبية بحق موظفيها دون إتباع القواعد التي يتطلبها المشرع في هذا المجال ، وذلك خوفاً من بسط رقابة القضاء على المصدر الحقيقي من وراء عقوبات الإدارة التأديبية المقنعة.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بأنه : (على أن مجرد صدور القرار بالنقل معاصراً لقرار مجازاة العامل لا يعيب قرار مجازاة العامل لا يعيبه قرار النقل لو يجعله منظوياً على جزاء تأديبي مقنع - ذلك أن قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ (مادة ٥٤) أجازت نقل العامل من وحدة إلى أخرى من الوحدات التي تسري عليها أحكامه ، كما أجازت نقله إلى الهيئات العامة والأجهزة الحكومية ذات الموازنة الخاصة بها ووحدات القطاع العام والعكس وذلك إذا كان النقل لا يفوت عليه دورة في الترقية بالأقدمية . كما أجازت المادة ٥٢ من قانون العاملين بالقطاع العام رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ - لدواعي العمل نقل العامل إلى وظيفة مماثلة أو تتوافر فيه شروط شغلها داخل الشركة . فالنقل يعتبر من الصلاحيات التي ترخص فيها جهات العمل حسبما تقدره للصالح العام ، طالما أن النقل تم إلى وظيفة في ذات المستوى ولم يفوت على العامل دورة في الترقية )<sup>(١)</sup>.

ويعلق المستشار سمير صادق على هذا الحكم بقوله : ( ونرى أن الفیصل هنا هو الا يكون القصد هو حرمان عضو السلك الدبلوماسي من العمل بالخارج أما مجرد الأرجاء لمدة شهر أو شهرين فأمر يمكن تصوره من مقتضيات الصالح العام . فإذا تبين من ظروف إصدار القرار لن مجلس السلكين الدبلوماسي والقنصلي وضع في اعتباره تقارير قدمت إليه عن عضو السلك الدبلوماسي وما وصل إليه من تحريات فانه مع قيام هذه الملابس والظروف يكون قرار أرجاء النظر في النقل قصده في الواقع حرمانه من النقل للعمل بالخارج وإذا لم تتخذ إجراءات التحقيق وسماع

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٢٣ ق ، الصادر بجلسة ١٤/١/١٩٨٠ ، مشار إليه في صادق ، مرجع سابق ، ص ٩١ .

(٥٦٦) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الأول ٢٠١١

دفاع العضو فإن القرار يكون قد قصد به التأديب وبالتالي يعتبر جزءاً مقنعاً<sup>(١)</sup>.

ويرى المستشار سمير صادق بان الأمور لا تؤخذ حسب الظاهر عند البحث في تحديد الانحراف في استخدام إجراءات النقل الوظيفي لغايات تأديبية ، حين يذهب إلى القول (ونرى هنا أيضاً أن الأمور لا تؤخذ في مثل هذه الأحوال بحسب الظاهر وكقاعدة عامة بمعنى أن النقل من الوظائف الإدارية العليا إلى الوظائف الفنية العليا جائز قانوناً ولا يعد النقل بين هذه الوظائف وتلك تنزيل في الوظيفة بل أن واجب المحكمة هو تقصي قصد مصدر القرار فان الطاعن انما يبغي طعنه على ما يستشفه من قصد الجهة الإدارية من إصدار قرارها وليس بمجرد أن القرار جائز أو غير جائز قانوناً . فإذا كانت الإدارة قصدت من نقل نائب رئيس أكاديمية البحث العلمي هو القرار يكون منطويماً على جزء مقنع ولو أن النقل تم إلى وظيفة مناظرة وبالرغم من أن النقل جائز قانوناً)<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### إثبات الانحراف في استخدام صلاحيات النقل الوظيفية لغايات تأديبية

#### في ضوء أحكام محكمة العدل العليا الأردنية

سنقوم بشرح وتفصيل هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين :

#### الفرع الأول

#### قضاء محكمة العدل العليا الأردنية ودورها في إثبات الانحراف باستخدام صلاحيات

#### النقل الوظيفي لغايات تأديبية

أن عبء إثبات الانحراف في استعمال إجراءات النقل يقع على كاهل الموظف العام وذلك حسب قواعد الإثبات المنصوص عليها في قوانين اصول المحاكمات وخصوصاً قاعدة البينة على من ادعى . بمعنى يجب على من يدعي شيئاً أن يقدم البيان التي تدعمه وتسد ادعاءاته . فعدم عدالة هذه القاعدة في مجال المنازعات الإدارية أمر ظاهر ، إذ تتمتع

(١) صادق ، مرجع سابق ، ص ٩٤ .

(٢) صادق ، مرجع سابق ، ص ٩٤ - ٩٥ .

الإدارة بامتيازات قانونية متعددة ومتنوعة تجعل مهمة الموظف المدعي الانحراف في استعمال إجراءات النقل شاقة ، وان كانت غير مستحيلة ، خصوصا أن القاضي الإداري يقف مكتوف الأيدي في مجال إثبات الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية وإذا كان الانحراف في استعمال الإجراءات الإدارية يتعلق بالنية والغاية التي استهدفتها الإدارة من القرار الإداري ، وهو أمر يصعب إثباته فان هنالك العديد من المظاهر الخارجية التي تظهر في الصورة وتحيط بإصدار القرار وتجعل مهمة الإثبات سهلة ويسيرة في كثير من الأحيان فمن هذه العناصر الموضوعية والمظاهر الخارجية يستشف ويستخلص الهدف التي سعت الإدارة إلى تحقيقه<sup>(١)</sup>.

وفي قانون محكمة العدل العليا الأخير أصبحت قارات النقل تخضع للطعن أمام المحكمة وشأنها في ذلك شأن سائر القرارات الوظيفية الأخرى وباستقرار قضاء محكمة العدل العليا الأردنية نلاحظ أنها أصدرت العديد من الأحكام القضائية في موضوع الانحراف في استعمال إجراء النقل وإنها تعتمد أسلوب تحليل ومقارنة الإجراءات في سبيل إثبات انحراف الإدارة فهي تقوم ببحث جميع الظروف المحيطة بإجراءات النقل لتحديد الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه وصولا لاستظهار نية الإدارة بمعنى معرفة هل استهدفت عقاب الموظف العام أم لا؟<sup>(٢)</sup>.

وذلك فان محكمة العدل العليا الأردنية وفي سبيل إثبات الانحراف في استخدام إجراءات النقل لغايات تأديبية فإنها تستوجب توافر الشروط التالية للقول بوجود الانحراف المطلوب ، وهي كالتالي :

الشرط الأول : ارتكاب الموظف أفعالا معينة تعد عادة مخالفات مسلكية تستحق العقاب التأديبي .

حيث أن صدر قرار نقل الموظف عقب ارتكابه أفعالا معينة تعد عادة مخالفات مسلكية تعتبره محكمة العدل العليا الأردنية يوجب العقاب . ودليل ذلك أن الإدارة عند نقلها للموظف تكون قد استهدفت عقابه

(١) شطناوي ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ - ١٥٣ .  
(٢) شطناوي ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ ، كنعان ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ - ١٢٤ .

وليس تحقيق مصلحة العمل واستهدفت بالتالي استخدام سلطة النقل لغايات تأديبية ، فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية في أحد أحكامها: ( ... وعلى اثر هذا التقدير قام مدير الكلية بصفته المباشرة للمستدعي باتخاذ الإجراءات التمهيدية لنقل المستدعي من وظيفته الأساسية كما هو واضح من العبارات الواردة في كتاب المدير الموجه إلى لجنة التحقيق في المسلسل رقم (٦٨) من ملف المستدعي المكتوب بما يقطع بان نية الإدارة اتجهت إلى معاقبة المستدعي بغير اتباع الإجراءات المقررة مما يجعل النقل ينطوي على إجراء تأديبي مقنع )<sup>(١)</sup>.

وقضت أيضا محكمة العدل العليا الأردنية في أحد أحكامها: ( أن اسناد قرار نقل المستدعي من مدير مدرسة إلى مدرس في مدرسة أخرى إلى كتاب مدير مكتب التربية والتعليم الذي اسند فيه للمستدعي عدم لياقته للقيام بوظيفة مدير مدرسة بسبب ضعف شخصيته وتعدد المخالفات المتعلقة بواجبات الموظف . مخالفاته المتكررة لواجبات الوظيفة وسوء إدارته وتصرفه وعدم تقيده باللدوام الرسمي وسوء تصرفه بالأمر المالية ومخالفته اصول المخاطبات الرسمية لرؤسائه مما ينطوي على الإخلال بواجبات الوظيفة ويدل على أن الإدارة اتجهت إلى عقاب الموظف بغير اتباع الإجراءات التأديبية )<sup>(٢)</sup>.

### الشرط الثاني

#### أن يترقب عن النقل اختلاف واضح بين الوظيفتين .

أخذت محكمة العدل العليا الأردنية بمعايير ومؤشرات لإثبات أن هنالك اختلافا واضحا بين الوظيفتين لكي ينطوي قرار النقل على إجراء تأديبي مقنع ، حيث يمكن للمحكمة أن تستخلص من ذلك هدف الإدارة

(١) عدل عليا أردنية ، تاريخ ١٠/٧/١٩٨٥ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ص ١٧٧٢

(٢) عدل عليا أردنية ، تاريخ ٢٧/٩/١٩٥٥ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ص ١٧٧٢ .

لعقاب الموظف دون اتباع الإجراءات واحترام الضمانات التأديبية ، وهذه المعايير يمكن تلخيصها بما يلي :

### أولا : معايير مستوى الوظيفة من حيث الصلاحيات والمسؤوليات .

استقر قرار محكمة العدل العليا الأردنية على اعتبار الاختلاف والتباين بين الوظيفتين من حيث صلاحياتها ومسؤولياتها قرينه على انحراف الإدارة في استخدام صلاحياتها في نقل الموظفين<sup>(١)</sup> . وفي ذلك نذهب محكمة العدل العليا الأردنية إلى التأكيد على ذلك حينما تقضي بأنه : (نجد في الظرف والملابس التي أحاطت بصدور القرار المطعون فيه أن نقل المستدعي الأول من وظيفة مدير مدرسة الريه الزراعية إلى وظيفة نقل عنها في المستوى وهي وظيفة رئيس قسم اللوازم في مديرية التربية والتعليم بما ينطوي على عقوبة تأديبية مقنعة لم يقصد فيها الصالح العام وبالتالي فإن قرار نقل المذكور مشوب بعين إساءة استعمال السلطة)<sup>(٢)</sup> .

وقضت أيضا بأنه : ( إذا كان مستوى وظيفته مهندس في قسم الكهرباء اقل بكثير من مستوى رئيس قسم الصناعة فيكون نقل الموظف في الوظيفة الثانية إلى الأولى منوطا على إجراء تأديبي مقنع إذا كانت الوظيفة التي يشغلها الموظف هي مدير دائرة مستقلة مرتبطة رأسا بالوزير وكانت الوظيفة التي نقل منها هي عضو في مجلس رئسيه وكيل وزارة فتكون الوظيفة التي نقل منها من مستوى ومرتبة ومسولة الوظيفة التي نقل إليها وهي من مستوى ومرتبة وميوله الوظيفة التي كان يشغلها ويكون قرار نقله حقيقية إجراء تأديبيا)<sup>(٣)</sup> .

وقد نصت المادة ٨٤ من نظام الخدمة المدنية الأردنية رقم ٥٥ سنة ٢٠٠٢ على انه : ( أ - يجوز نقل الموظف أو انتدابه من وظيفة إلى أخرى في الدائرة نفسها أو إلي وظيفة في دائرة أخرى أو إعارته وفقا لاحكام هذا

(١) شطناري ، علي خطار ، موسوعة القضاء الإداري "الجزء الثاني" الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ ص ٦٨٠ .

(٢) عدل عليا أردنية ، تاريخ ١٢/٣/١٩٩٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥ ص ٣٢٦٩ .

(٣) عدل عليا أردنية ، تاريخ ٢٢/٣/١٩٧٣ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٣ ص ٣٩٣ .

النظام على أن لا يؤثر نقل الموظف أو انتدابه درجته أو دقته فيها أو على الراتب الذي يستحقه). وكذلك فإن نص المادة ٦٦ من نظام الخدمة المدنية السابقة رقم ١٤ سنة ١٩٩٧ تنص على أن : (تنظم أمور نقل الموظفين بصرف النظر عن ماهية الوظائف التي ينقلون إليها) .

وبالاستناد إلي هذه النصوص يمكن تقرير انه لا يكون قرار نقل الموظف ينطوي على إجراء تأديبي ما دام قد تم نقله بنفس درجته وراتبه ، وتكون الإدارة قد استعملت حقها المنصوص عليه في نظام الخدمة المدنية وهذا أما دفع محكمة العدل العليا الأردنية إلى العدول عن هذا المعيار والأخذ بغيره من المعايير ومنها معيار الراتب والمزايا المالية .

### ثانياً: معيار الراتب والمزايا المالية الأخرى .

اعتبرت محكمة العدل العليا الأردنية الراتب الذي يتقاضاه الموظف والامتيازات المالية معياراً لاكتشاف وتحديد نية الإدارة من وراء استخدامها لإجراءات النقل من معرفة مدى الاختلاف في الراتب والامتيازات المالية للوظيفتين<sup>(١)</sup> .

وفي ذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية : ( لا يصح تقييم وظيفة المفتش في الخط الحجازي الأردني على أساس مدى صلاحية هذه الوظيفة ، إذ لم يرد في قانون ونظام الخط بوظيفة مفتش أو تحديد لمدى صلاحيتها . وإنما ينبغي تقييم وظيفة المفتش بمقدار الراتب المرصد لها في الموازنة ومقارنة ذلك بالراتب المخصص لوظيفة رؤساء الأقسام وحيث أن الرواتب المخصصة في الموازنة لمعظم رؤساء الأقسام تزيد على الراتب المخصص للمفتش كما أم راتب رئيس قسم الحركة لا يقل عن راتب المفتش فإن نقل المستدعي من وظيفة مفتش إلى رئيس قسم الحركة لا يقل ينطوي على إجراء تأديبي مقنع ، لان الوظيفة التي نقل إليها لا يقل مستواها عن مستوى وظيفته الأصلية ، سيما دون الراتب الذي حصل عليه بعد نقله يزيد على مقدار الراتب الذي كان يتقاضاه قبل النقل )<sup>(٢)</sup> .

(١) شطناوي ، الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص ١٥٦ .

(٢) عدل علياً أردنية ، تاريخ ١٩٦٩/٢/٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٩ ص ٧٣ .

ومع عدم صمود هذا المعيار وصحته انطلاقاً من أن الرواتب والامتيازات المالية لا تصلح معياراً لتحديد الاختلاف الواضح بين الوظيفتين ، فلذلك عدلة محكمة العدل العليا الأردنية عن هذا المعيار ولم تأخذ به الا في اليسير من أحكامها .

### ثالثاً : معيار الدرجة .

توجب المادة ٨٣ من نظام الخدمة المدنية الأردني أن ينقل الموظف إلى وظيفة أخرى دون أن يؤثر ذلك على درجته أو أقدميته فيها أو على الراتب الذي يستحقه ، وتنص كذلك المادة ٨٤ من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ على انه : ( لا يجوز انتداب الموظف إلى أي دائرة أخرى في الدائرة نفسها ويشترط في الانتداب إلى دائرة أخرى أن يكون لمدة لا تزيد على خمسة سنوات مجتمعة أو متفرقة خلال مدة عمل الموظف في الخدمة المدنية ) . وكذلك فإن المادة ٣٦ من نظام الخدمة المدنية الأردني القديم رقم ١ لسنة ١٩٨٨ تنص على أنه : ( وفي جميع الأحوال لا يجوز نقله أو انتدابه إلى وظيفة تقل درجتها عن درجة وظيفته الأصلية ) . وتضيف المادة (٦٧) من النظام نفسه أنه : ( لا يؤثر نقل الموظف في لي حالة من حالات النقل على أقدميته في الدرجة أو على الراتب الذي يستحقه ) .

وأخذت محكمة العدل العليا بمعيار الدرجة (درجة الوظيفتين المنقول منها والمنقول إليها ) لإثبات سوء نية الإدارة وانحرافها في استعمال إجراءات النقل . فإذا تبين للمحكمة أن هناك اختلاف في درجة الوظيفتين تحكم بإلغاء قرار النقل لانطوائه على إجراء تاديبى مقرر . فقد قضت بما يلي : ( ولهذا فان نقل المستدعي من وظيفة إلي وظيفة أخرى معادلة لها في الدرجة وضمن الدائرة الواحدة لا ينطوي على إجراء تاديبى بقطع النظر عن ماهية الوظيفة التي نقل إليها . عدل عليا : ١٦/٥/١٩٧٠ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٠ ، ص ٤١٥ ، وتقول في حكم آخر : " يتبين أن الدرجة المخصصة لوظيفة سكرتير المجلس البلدي هي الدرجة التاسعة وأن الدرجة المخصصة لوظيفة مراقب أبنية ومفتش لحوم هي الدرجة التاسعة



أيضا . وحيث لا يوجد في نظام موظفي البلديات نص يمنع نقل الموظف من وظيفة إلى وظيفة أخرى ماثلة لها بالدرجة فإن قول المستدعي أن النقل مخالف لاحكام القانون بحجة أن ينطوي على إجراء تأديبي مقنع هو قول غير وارد ولا يستند إلى أساس (١).

ويشير الدكتور علي خطار - وفي معرض تعليقه على هذا الحكم - بأنه : (يجب التنويه هنا إلى أن كل نقل ينطوي على تنزيل درجة الموظف لا يعتبر عقوبة تأديبية مقنعة ، خصوصا إذا جاء عقب عقوبة تنفيذية يقتضي تنفيذها تنزيل درجة الموظف ، فعلى الرغم من أننا نجد أن تنزيل درجة المستدعي نتيجة الإجراء التأديبي هو ابتداء قد أوجب وضعه من عدم التوافق بين درجته الجديدة التي نزل إليها ووظيفته السابقة ، مما يتطلب التصحيح عن طريق النقل ، وهذا يرجع لدينا أن الباعث على إصدار قرار النقل يعود لاعتبارية إدارية ، كما جاء في أسباب القرار وليس بدوافع الانتقام والانحراف بالسلطة كما يدعي المستدعي (٢).

وهذا ما تقضي به محكمة العدل العليا الأردنية أيضا - وفي حكم حديث لها نسبيا - حين تبين انه : (إن قرار نقل الموظف من مدير تحرير رسالة مجلس الأمة إلى العمل في مديرية المراجع والقوانين بوظيفة منسق معلومات وتوثيق على أن يتم تعديل مسمى في جدول تشكيلات الوزارات والدوائر الحكومية لعام ١٩٩٧ أي انه بتاريخ صدور القرار لم يكن هناك أي وجود للوظيفة المنقول إليها في جدول الوزارات والدوائر الحكومية ، فيكون القرار المطعون فيه غير قائم على أساسا من القانون وهو حقيق بالإلغاء) (٣).

(١) عدل عليا أردنية ، صادر بتاريخ ١٩٧٠/٥/٦ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٠ ، ص ٤١٥ .

(٢) شطناوي ، مرجع سابق ، ص ١٥٧ .

(٣) عدل عليا أردنية ، صادر بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٥ ، قرار رقم ٩٧/٢٩١ في قضية رقم ٤٣ " حكم غير منشور " .

## الفرع الثاني

### النتائج المترتبة على الانحراف في استخدام إجراءات النقل

#### الوظيفي لغايات تأديبية

يرتب القضاء الإداري على الانحراف في استخدام إجراءات النقل الوظيفي لغايات تأديبية عدة نتائج بمجرد ثبوت هذا الانحراف للمحكمة ، منها أنها تقوم بإعادة تكييف القرار الصادر عن الإدارة ، وبالتالي يصبح لها الاختصاص بنظر مشروعية هذا القرار ، وأخيرا الحكم ببطلانه أو الغاءه . وسأوضح ذلك على النحو التالي :

#### أولا : إعادة تكييف قرار النقل

ترى محكمة العدل العليا الأردنية ، وبحق أنها غير ملزمة بالتكييف القانوني الذي تسبغه الإدارة على القرار الإداري ، ومنحت نفسها حق إعادة تكييف القرار وإضفاء التكييف القانوني السليم ، فالعبرة في وصف القرار الإداري يعود للتكييف القانوني الصحيح وليس للوصف الذي تضيفه الإدارة على القرار<sup>(١)</sup>.

**ثانيا : اختصاص محكمة العدل العليا بنظر مشروعية هذه القرارات وفقا للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٢ .**

استنادا لنص المادة ٩ من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٤ لسنة ١٩٩٢<sup>(٢)</sup> يتبين أن المحكمة أصبحت مختصة بنظر طعون القرارات الإدارية الخاصة بالنقل شأنها في ذلك شأن الأوضاع الوظيفية الأخرى ، دون حاجة لما جرى عليه العمل في السابق من تكييف قرارات النقل على أنها قرارات تعيين لتصبح مختصة فيها ، وذلك لعدم ذكر قرارات النقل من قبل القرارات الخاضعة للطعن أمام هذه المحكمة في ظل القانون رقم ١١ لسنة ١٩٨٩<sup>(٣)</sup>. حيث قضت المحكمة في أحد أحكامها - وفي ظل التشريع

(١) شطناوي ، الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص ١٥٧ .

(٢) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٢/٣/٢٥ ، من العدد ٣٨١٣ ، صفحة

(٣) كنعان ، مرجع سابق ، ص ١٢٤ .

السابق - بأنه : (يتبين أن نقل المستدعي من عمان إلى منطقة الأغوار هو نقل مكاني وقد استقر الاجتهاد على أن قرارات النقل المكاني غير قابلة للطعن أمام هذه المحكمة لأنها لا تدخل في عداد القرارات الصادرة بحق الموظفين التي أجازت الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية الطعن بها بدعوى الإلغاء) (١).

وإن كانت محكمة العدل العليا الأردنية غير مختصة - قبل صدور قانونها الحالي - بنظر مشروعية قرارات النقل إلا أنها كانت تعطي نفسها الحق ينظر مشروعيتها إذا انطوى النقل على عقوبة تأديبية مقنعة (٢). وفي ذلك ذهب محكمة العدل العليا الأردنية إلى القول : (قد استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن قرارات النقل تكون خاضعة للطعن أمامها إذا انطوت على عقوبة تأديبية مقنعة يتبين بالنسبة للدفع بعد اختصاص المحكمة أن المستدعي ادعى بان القرار المشكوك منه هو إجراء تأديبي مقنع . وقد استقر قضاء هذه المحكمة والقضاء الإداري بصورة عامة على أن قرارات النقل تكون خاضعة للطعن إذا كان القرار ينطوي على جزاء أو إجراء تأديبي مقنع) (٣).

### ثالثاً : بطلان القرار الإداري الصادر بحق الموظف

من المنطقي أن يحكم القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري الصادر إذا تبين وثبت له بالبحث أن الإدارة قد انخرفت في استعمال إجراءات النقل فلم يقبل القضاء الإداري هذا التحايل الإداري على النصوص والأحكام التشريعية ولم تجامل محكمة العدل العليا الإدارة في هذا المسلك الإداري غير المشروع . وعبرت المحكمة مرات عديدة جداً عن عدم رضائها عن هذا السلوك الإداري الشائن ، حيث تبين في أحد

(١) عدل عليا أردنية ، صادر بتاريخ ١١/٢٦/١٩٧٧ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨ ، ص ٢٣ .

(٢) شطناوي ، الوظيفة العامة ، مرجع سابق ، ص ١٥٨ - ١٥٩ . - كنعان ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ - ١٢٤ .

(٣) عدل عليا أردنية ، صادر بتاريخ ١٩/٥/١٩٧٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩ ، ص ٩٩ .

أحكامها بأنه : ( أن الإدارة تقرر أن التنبيه الذي وجهته بتاريخ ١٠/١٠/١٩٨٥ إلى المستدعية كان بسبب حجب طلبي النقل المقدمين من المتعاملين دون إعلام الدائرة وقيامها بنقل المستدعية بعد ذلك التنبيه بتاريخ ١٩٨٥/١١/٥ كل ذلك يدل على أن نية الإدارة من هذا النقل اتجهت إلى عقاب الموظفة المستدعية بغير اتباع الإجراءات التأديبية وعليه تقرر بالأكثرية إلغاء القرار المطعون فيه لانطوائه على إجراء تأديبي مقنع<sup>(١)</sup>.

### الخاتمة

في نهاية المطاف ، نجد أنه إذا ما طعن بعدم مشروعية إجراء أداري معين لانطوائه على عقوبة تأديبية معينة ، فإن القضاء الإداري يعمل على التوفيق بين اعتبارات الطاعة الرئاسية مع ضرورات ومقتضيات حماية الموظف ضد الانحراف والتعسف ، لإيجاد نقطة توازن بين الاعتبارات السابقة المختلفة ، وصولاً إلى تقدير إمكانية جود أو عدم وجود عقوبة تأديبية مقنعة قد أوقعت على موظف ما ، وعليه فالعقوبات التأديبية تنطوي على انحراف في استعمال الإجراءات الإدارية ، ويعد بذلك قرار النقل هذا - في نظر الفقه والقضاء الإداريين - قراراً غير مشروع لانطوائه على عقوبة تأديبية مقنعة .

وإن النظام التأديبي في الأردن والأنظمة التأديبية المقارنة يأخذ بمبدأ شرعية العقوبة التأديبية ، فالعقوبات التأديبية يحكمها المبدأ الذي يكرسه قانون العقوبات العام والقائل بأنه لا عقوبة إلا بنص ، ويطبق مبدأ شرعية العقوبات في ميدان التأديب الوظيفي ، ولكن بتطبيق مختلف ومغاير لتطبيقه في الميدان الجنائي ، فإذا كانت العقوبات التأديبية تخضع لمبدأ الشرعية ويعد المشرع هو الجهة القانونية المختصة بإحداث العقوبات التأديبية أو الترخيص بإحداثها ، فإن السلطة التأديبية لا تملك إيقاع عقوبات تأديبية غير تلك العقوبات المنصوص عليها في القانون من حيث

(١) عدل علياً أردنية ، صادر بتاريخ ١٢/٥/١٩٨٦ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧ ، ص ٤٦ .

الطبيعة والمدة والمقدار ، ومنها العقوبات التأديبية المقنعة والتي أبرزها النقل الذي يعد أهم تطبيقاتها .

وأخيرا ، وجدنا أن القضاء الإداري المصري يميل إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد مفهوم العقوبة التأديبية المقنعة من خلال تحديد مفهوم الانحراف في استخدام إجراءات النقل لغايات تأديبية ، وكذلك الحال فإن قضاء محكمة العدل العليا الأردنية قد أستقر على دراسة الظروف والملايسات المحيطة بالإجراء المتخذ ودراسة الأسباب التي استند إليها مصدر قرار النقل ، ولا شك في أن كلا المعيارين يوفران ضمانات أكبر للموظفين عن طريق فحص القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة والبحث عن البصد الحقيقي من وراء إصدارها، مما يرتب على الإدارة أن تمتنع عن اتخاذ إجراءات تأديبية بحق موظفيها دون إتباع القواعد التي يتطلبها المشرع في هذا المجال ، وذلك خوفاً من بسط رقابة القضاء على البصد الحقيقي من وراء إصدارها.

## المراجع

### أولاً : الكتب القانونية

- ١- شطناوي، علي خطار، دراسات في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٨ - ١٩٩٩.
- ٢- شطناري، علي خطار، موسوعة القضاء الإداري "الجزء الثاني" الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤.
- ٣- حسن، عبد الفتاح، التأديب في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
- ٤- الطبطبائي، عادل، النقل.. متى يعتبر عقوبة تأديبية مقنعة "تعليق على حكم دائرة التمييز لمحكمة الاستئناف العليا قضية رقم ١٢٩/١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٧"، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة السادسة، مارس ١٩٨٢.
- ٥- كنعان، نواف، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ٦- صادق، سمير، قرارات وأحكام التأديب في ميزان الإدارية العليا، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٥.
- ٧- عفيفي، مصطفى، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، ١٩٧٦.

### ثانياً : القوانين والأنظمة

- قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١١ لسنة ١٩٨٨.
- قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٤ لسنة ١٩٩٢.
- نظام الخدمة المدنية رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢.

### ثالثاً : الأحكام القضائية

- بعض من أحكام مجلس الدولة الفرنسي.
- بعض من أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية.
- بعض من أحكام محكمة العدل العليا الأردنية.

**التنظيم التشريعي للمركز القانوني للمجنى عليه في  
تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في البلاد العربية  
وتأثير بروتوكول الأمم المتحدة بشأن منع وقمع  
ومعاقبة الاتجار بالبشر  
(بروتوكول باليرمو) عام ٢٠٠٠  
الأستاذ الدكتور  
فايز محمد حسين محمد  
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية**

**مقدمة:**

تأخذ مشكلة الاتجار بالبشر (Human trafficking) (الاتجار بالأشخاص Trafficking in persons) قدراً كبيراً من الاهتمام على كافة المستويات الدولية والإقليمية والداخلية. وتتركز البحوث حول دراستها من كافة النواحي، إذ تعكف المنظمات على المستوى الدولي والداخلي بالإضافة إلى الحكومات ومنظمات حقوق الإنسان ومنظمات المجتمع المدني على رصدها.

والأمر الذي لا جدال فيه إن بروتوكول الأمم المتحدة (بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة ٢٠٠٠ المعروف ببروتوكول باليرمو ٢٠٠٠ والذي دخل حيز النفاذ في عام ٢٠٠٣، قد أحدث تطوراً كبيراً في المواجهة التشريعية Legislative Response، لظاهرة الاتجار بالبشر في النظم القانونية الداخلية<sup>(١)</sup>.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن مشروع الحماية بجامعة جونز هوبكنز - كلية الدراسات الدولية المتقدمة - واشنطن، عقد مؤتمراً عن

(The US Trafficking Victims Protection act) and the un Trafficking Protocol: ten yeary later)

وذلك في الثاني من نوفمبر ٢٠١٠ في جامعة جونز هوبكنز - واشنطن العاصمة.  
أنظر:

<http://www.protectionproject.org/?q=content/calls-papers>

وجدير بالذكر لقد استفدت كثيراً من حضورى فى واشنطن - هذا الاحتفال - فى جامعة جونز هوبكنز - مشروع الحماية - واشنطن، وذلك بناء على دعوة من الأستاذ الدكتور / محمد مطر - الأستاذ بجامعة جونز هوبكنز - كلية الدراسات الدولية المتقدمة، والمدير التنفيذى لمشروع الحماية يوم ٢/١١/٢٠١٠ بواشنطن.

## Protocol to Prevent Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime.

وتتمثل فكرة هذا البحث فى إيضاح تأثيرات البروتوكول فى السياسة التشريعية العربية فى مجال تنظيم المركز القانونى للمجنى عليه (ضحية الاتجار بالبشر). وبما أننا نتكلم عن السياسة التشريعية فإن حديثنا سوف يركز على التأثيرات فى مجال التنظيم التشريعى فى السياسة التشريعية، فى البلاد العربية فى مجال مكافحة الاتجار بالبشر فقط، دون الدخول فيما يتعلق بالسياسات والخطط الاستراتيجية التى وضعتها هذه الدول لمكافحة الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

ويقول آخر، تقوم فكرة هذا البحث حول رصد انعكاسات بروتوكول الأمم المتحدة بشأن منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال الصادر عام ٢٠٠٠ على التنظيم القانونى لمركز المجنى عليه (الضحية) فى تشريعات الاتجار بالبشر فى البلاد العربية. وتبدو أهمية البحث فى أن ظاهرة الاتجار بالبشر لم تقلت منها دولة فى العالم. إذ رصدت فى كافة دول العالم هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، نجد هناك خصوصية بالنسبة للدول العربية، حيث إنه من الثابت أن هناك تنوع أدوار الدول العربية بالنسبة لظاهرة الاتجار بالبشر، ما بين دول مصدرة، ودول مستوردة ودول عبور (ترانزيت) أو دول تقوم بأدوار مزدوجة؛ فالدول المستوردة (بلدان الخليج - لبنان). ودول الترانزيت (مصر - الأردن - الجزائر - المغرب - لبنان). والدول المصدرة (الجزائر - تونس - ... الخ).

وإعمالاً لهذا؛ فقد أشار الميثاق العربى لحقوق الإنسان إلى مكافحة الاتجار بالبشر على مستويين المستوى الأول عن طريق الإشارة إلى

(١) ولذا يمكن النظر إلى هذه المقالة على أنها دراسة لبعض أوجه مظاهر تأثيرات القانون الدولى (وخصوصاً فى مجال الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان) على التشريعات الداخلية.



الكثير من الأمور التي تمثل اعتداء على بعض الحقوق والحريات التي تشكل تتصل ببعض صور الاتجار بالبشر. وعلى المستوى الثاني: فقد أشار إلى جريمة الاتجار بالبشر صراحة في بعض نصوصه حيث جاء في البند العاشر حظر الرق والإضرار بالأفراد والسخرة والاتجار بالأفراد من أجل الدعارة والاستغلال الجنسي واستغلال دعارة الغير أو أى شكل آخر أو استغلال الأطفال فى النزاعات المسلحة. ويلاحظ أيضاً أنه ركز على تأكيد ما ورد فى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

ومن جهة أخرى، نجد أن هناك مشكلة كبرى بالنسبة لدول الخليج العربى، حيث أصبحت هذه الدول أهم مقاصد الاتجار بالبشر للوافدين من دول جنوب شرق آسيا - شرق أوروبا - آسيا الصغرى - وسط آسيا<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على ما سبق، نجد أن الكثير من الدول العربية قد أصدرت تشريعات متعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، وهى (الإمارات العربية المتحدة - عمان - الأردن - سوريا - السعودية - البحرين - مصر). وهناك دول أدخلت تعديلات على قانون العقوبات كدولة الجزائر وأضافت فصلاً عن جريمة الاتجار بالبشر. وبالإضافة إلى ما سبق، فهناك بعض الدول التى أدخلت تعديلات على قوانين العمل والأطفال والعقوبات لتكون متفقة مع الحركة التشريعية فى نطاق مكافحة الاتجار بالبشر (على سبيل المثال مصر، حيث أدخلت تعديلات على قانون الطفل وقانون العقوبات وقانون العمل).

وسوف نأخذ فى هذا البحث بالتهج التحليلى والتأصيلى والمقارن فى أن واحد. وسيكون ذلك بهدف الوصول إلى رصد انعكاسات بروتوكول الأمم المتحدة الخاصة بمنع وقمع ومكافحة الاتجار بالأشخاص

(١) أنظر: صلاح الدين الخرشى، قطر والمبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية العاملة فى مجالات مكافحة الاتجار بالبشر، قطر، الدوحة، ٢٢ - ٢٣ مارس ٢٠١٠، ص ١.

(٢) أنظر قطر والمبادرة العربية لبناء القدرات الوطنية العاملة فى مجالات مكافحة الاتجار بالبشر، قطر، الدوحة، ٢٢ - ٢٣ مارس ٢٠١٠.

عام ٢٠٠٠ فى السياسة التشريعية التى انتهجتها البلاد العربية فى تشريعاتها المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر فى نطاق التنظيم القانونى لمركز المبنى عليه - ضحية - الاتجار بالبشر فى الدول العربية أصدرت تشريعات متعلقة بمكافحة الاتجار بالأشخاص.

وعن طريق استعمال المنهج الاستقرائى والمنهج التحليلى المقارن للتشريعات المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر فى البلاد العربية ولأحكام البروتوكول، يمكن الوصول إلى انعكاسات المحاور الأساسية للأحكام الواردة فى البروتوكول على التنظيم القانونى لمركز المبنى عليه Victim فى البلاد العربية فى نطاق جريمة الاتجار بالبشر.

ودون أدنى شك - فمن الملاحظ أن التنظيم القانونى للمركز القانونى للمبنى عليه فى البروتوكول، قد كان موجهاً أساسياً للمشرع الوطنى (فى الدول العربية وغيرها) عن صياغته لقانون مكافحة الاتجار بالبشر. وكما قيل بحق<sup>(١)</sup>:

(... Since the adoption of the UN Protocol - the first international document providing for comprehensive measures to prevent trafficking, prosecute traffickers, and protect Victims - Significant Strides have been made in ant - trafficking legislation around the world ..... In spearheading this legislative movement, the UN protocol made some important strides in guiding ant - trafficking legislation toward a more comprehensive direction).

(١) أنظر:

**Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of Violence against women: Implications for more comprehensive strategy in legislation on the elimination of violence against women. United Nations Office on Drugs and Crime, 19 May 2008, P. 2.**

Available at the protection project website:  
<http://www.protectionproject.org/publications/>

وخطتنا هنا هي إيضاح المعالم الأساسية لتأثيرات الأحكام التي وردت في البروتوكول على التنظيم القانوني لمركز المجنى عليه في تشريعات الاتجار بالبشر في البلاد العربية من التقسيم الآتي:

المطلب الأول: المقصود بالمجنى عليه في جريمة الاتجار بالبشر في القانون الدولي والتشريعات الداخلية.

المطلب الثاني: بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠ ومشكلة الاتجار بالبشر.

المطلب الثالث: بروتوكول الأمم المتحدة والنظم القانونية الداخلية.

المطلب الرابع: تحديد ماهية الاتجار بالبشر طبقاً للبروتوكول وتأثيره في التشريعات العربية.

المطلب الخامس: عدم الاعتداد برضاء المجنى عليه.

المطلب السادس: المساعدة القانونية.

المطلب السابع: الحماية اللاحقة والوقائية للمجنى عليه.

### المطلب الأول

المقصود بالمجنى عليه في جريمة الاتجار بالبشر

في القانون الدولي والتشريعات الداخلية

المجنى عليه Victim (أو الضحية) في جرائم الاتجار بالبشر له معنى خاص. ولقد تعرض القانون الدولي لتعريف المجنى عليه أو الضحية في أكثر من مناسبة أهمها ما ورد من تعريف للمجنى عليه في إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة - نوفمبر ١٩٨٥ حيث جاء به ما يلي:

١- يقصد بمصطلح "الضحايا" الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردياً أو جماعياً، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم

الأساسية، عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة.

٢- يمكن اعتبار شخص ما ضحية بمقتضى هذا الإعلان، بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل قد عُرف أو قبض عليه أو قوضى أو أدين، وبصرف النظر عن العلاقة الأسرية بينه وبين الضحية. ويشمل مصطلح "الضحية" أيضاً، حسب الاقتضاء، العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو معاليها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محتهم أو لمنع الإيذاء. وجاء أيضاً في المواثيق الدولية بخصوص ماهية المجنى عليه ما يلي<sup>(١)</sup>:

8- For purposes of this document, victims are persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that constitute gross violations of international human rights law, or serious violations of international humanitarian law. Where appropriate, and in accordance with domestic law, the term "victim" also includes the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization.

9- A Person shall be considered a victim regardless of whether the perpetrator of the violations is identified,

(١) أنظر:

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Right Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, C. H. R. res. 35/2005, Un. N. Doc. E/CN.4/2005 L. 10 Add. 11 (19 April 2005).

apprehended, prosecuted, or convicted and regardless of the familial relationship between the perpetrator and the victim.

أما عن موقف التشريعات الداخلية من مفهوم المجنى عليه. فجدير بالذكر أن الكثير من التشريعات المتعلقة بالاتجار بالبشر قد صاغت تعريفاً للمجنى عليه ضحية الاتجار بالبشر.

فطبقاً لقانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ يقصد بالمجنى عليه: (الشخص الطبيعي الذي تعرض لأي ضرر مادي أو معنوي، وعلى الأخص الضرر البدني أو النفسي أو العقلي أو الخسارة الاقتصادية، وذلك إذا كان الضرر أو الخسارة ناجماً مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون).

واستخدم المرسوم التشريعي السوري رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ (منع الاتجار بالأشخاص) مصطلح الضحية، وعرف الضحية بأنه (شخص وقع عليه فعل الاتجار أو كان محلاً له).

ونظراً لأن الاتجار بالأطفال Child trafficking يختلف عن الاتجار بالبشر Human trafficking من حيث أنه لا يشترط لوقوع الاتجار بالأطفال توافر عنصرى القوة أو الخداع لإثبات وقوع حالة اتجار بالأطفال، ويستند هذا الفرق إلى عدم قدرة الطفل على اتخاذ قرار مستنير<sup>(١)</sup>، حيث أنه كما جاء في نص المادة ٣/ج من البروتوكول (يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو تنقيه أو إيواؤه أو استقباله لغرض الاستغلال "اتجاراً بالأشخاص"، حتى إذا لم ينطو على استعمال أى من الوسائل المبينة فى

(١) مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة: دليل الإسعافات الأولية الموجه إلى أوائل المتدخلين من موظفى أنفاذ القانون لمواجهة حالات الاتجار بالبشر، د.ت، ص ٥، وأنظر فيما يتعلق بالاتجار بالأطفال:

Silvia Scarpa: special issue: fourth annual world congress on family law and children's rights: child trafficking: internationalk instruments to protect the most vulnerable victims 44, Family court Review, 429; Virginia Garrad: Sad Stories: Trafficking in Children – Unique Situations Requiring New Solutions, 35 Georgia Journal of International and Comparative Law, 145, 2006.

الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة وتبعاً لهذا، من ناحية، وإهداء بما ورد في بروتوكول الأمم المتحدة المكمل لاتفاقية الذى ورد به تعريف للمقصود بالطفل من ناحية ثانية<sup>(١)</sup>.

فقد جاء فى العديد من التشريعات الداخلية المتعلقة بالاتجار بالبشر (أو الاتجار بالأشخاص) نصاً أو فقرة من نص لتحديد المقصود بالطفل<sup>(٢)</sup>.

(١) عرف البروتوكول - الطفل - فى المادة ٣/ د على النحو الآتى: (يقصد بتعبير "طفل" أى شخص دون الثامنة عشرة من العمر).

(٢) ومن أمثلة التشريعات التى ورد بها تعريف للمقصود بالطفل نذكر: قانون اتحادى فى شأن مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ - المادة الأولى (الطفل أى شخص لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره). المرسوم التشريعى السورى بشأن منع الاتجار بالأشخاص - المادة ١/٣ (الطفل: كل ذكر أو أنثى لم يتم الثامنة عشرة من عمره). مرسوم سلطانى رقم ١٢٦ / ٢٠٠٨ بإصدار قانون مكافحة الاتجار بالبشر - المادة (الحدث: كل ذكر أو أنثى لم يبلغ الثامنة عشرة من العمر وتحسب السن وفقاً للتقويم الميلادى). نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودى ١٤٣٠ هـ - المادة ١ / ٤ (الطفل من لم يجاوز الثامنة عشرة من عمره).

أما قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص فى البحرين رقم ١ / ٢٠٠٨ فقد نص على ما يلى: (يفترض علم الجانى بالسن الحقيقية للمجنى عليه الذى لم يبلغ من العمر ثمانى عشرة سنة) فهذا النص يدل على أن الطفل هو لم يبلغ سن الثامنة عشرة. وفى نفس الوقت يقيم قرينة قانونية مفادها افتراض علم الجانى بسن المجنى عليه الطفل، حتى لا يدفع بعذر جهله بسن المجنى عليه. فهذا النص بصياغته الحالية، يدرأ دفع الجانى بجهله بالسن الحقيقية للمجنى عليه، ولذا يقدم هذا النص حماية للمجنى عليه الطفل وفى نفس الوقت مكافحة فعالة للاتجار بالأطفال.

ولم يرد بالقانون المصرى رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص تعريفاً للطفل، على اعتبار أن المقصود بالطفل قد ورد فى قانون الطفل ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨، حيث عرف الطفل فى المادة الثانية المعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ على النحو التالى: (يقصد بالطفل فى مجال الرعاية المنصوص عليها فى هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة. وتثبت السن بموجب شهادة الميلاد أو بطاقة الرقم القومى أو أى مستند رسمى آخر. فإذا لم يوجد المستند الرسمى أصلاً قدرت السن بمعرفة إحدى الجهات التى يصدر بتحديددها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة).

ولكن من ناحية أخرى فقد جاء فى قانون مكافحة الاتجار بالبشر بشأن الطفل، نص يوضح خصوصية جريمة الاتجار بالأطفال، وهو نص المادة الثالثة والتي نصت على =

## المطلب الثاني

### بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠ ومشكلة الاتجار بالبشر

الأمر الذى لا مراء فيه هو أن بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنظمة ٢٠٠٠، يعتبر حدثاً فريداً فى تاريخ المواجهة التشريعية فى مكافحة الاتجار بالبشر. صحيح أن هناك الكثير من الاتفاقيات والمعاهدات والإعلانات التى صدرت لمكافحة الاتجار بالبشر أو لبعض صورته سواء كانت متعلقة بالاتجار بالبشر مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. إلا أن البروتوكول، قد قام - بحق - بحركة كبرى فى توجيه السياسة التشريعية الدولية نحو منع وقمع ومكافحة الاتجار بالبشر.

أولاً: الاتجار بالبشر وتحديات حقوق الإنسان:

الاتجار بالبشر (Human trafficking) (Trafficking in person) يعتبر من أهم التحديات التى تواجه حقوق الإنسان فى الوقت المعاصر. فهو - بلا شك - يعتبر اعتداءً كبيراً وصارخاً للإنسانية<sup>(١)</sup> فجريمة الاتجار بالبشر هى بحق جريمة ضد الإنسانية بالمعنى الدقيق.

فالثابت إن جرائم الاتجار بالبشر من الجرائم ضد الإنسانية Crime against humanity، وأكدت هذا المادة ١/٧ من نظام روما الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨<sup>(٢)</sup> والتى تنص على ما يلى:

(١) = ..... ولا يشترط لتحقق الاتجار بالطفل أو عديمى الأهلية أية وسيلة من الوسائل المشار عليها، ولا يعتد فى جميع الأحوال برضائه أو برضاء المستول عنه أو متوليه). ولقد أشارت إلى هذا العديد من الصكوك الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر. فعلى سبيل المثال أشارت اتفاقية مجلس أوربا بشأن مكافحة الاتجار بالبشر Council of Europe convention on against trafficking in human Being 2005 إلى ذلك صراحة فى الديباجة حيث جاء فيها:

(Considering that trafficking in human beings constitutes a violation of human rights and an offence to the dignity and the integrity of the human being).

(٢) أشار إلى هذا:

١ - لغرض هذا النظام الأساسى، يشكل أى فعل من الأفعال التالية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب فى إطار هجوم واسع النطاق أو منهجى موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم:

ج- الاسترقاق؛ ز- الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسى، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسرى، أو التعقيم القسرى، أو أى شكل آخر من أشكال العنف الجنسى على مثل هذه الدرجة من الخطورة،

ك- الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التى تتسبب عمداً فى معاناة شديدة أو فى أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية؛

٢- لغرض الفقرة ١: (ج) يعنى "الاسترقاق" ممارسة أى من السلطات المترتبة على حق الملكية، أو هذه السلطات جميعها، على شخص ما، بما فى ذلك ممارسة هذه السلطات فى سبب الاتجار بالأشخاص، ولا سيما النساء والأطفال، و- يعنى "الحمل القسرى" إكراه المرأة على الحمل قسراً وعلى الولادة غير المشروعة بقصد التأثير على التكوين العرقى لأية مجموعة من السكان أو ارتكاب انتهاكات خطيرة أخرى للقانون الدولى. ولا يجوز بأى حال تفسير هذا التعريف على نحو يمس القوانين الوطنية المتعلقة بالحمل).

ولما كان الهدف الأول للقانون والنظم القانونية هو حماية حقوق الإنسان Protection of Human rights بل أن الأهداف الأخرى كالعدالة Justice والصالح العام Common good – public interests والاستقرار القانونى Legal stability والأمن القانونى Legal security والحفاظ على قيم الجماعة .. الخ.

---

=Mohamed Matter: Trafficking in persons. Especially women and children, in countries of the middle east: the scope of the problem and the appreciate legislative responses, 26 Fordham international law Journal, 3 March 2003, P. 721.



ففى واقع الأمر أن كل هذه الأهداف، داخلية فى فكرة حقوق الإنسان Human rights؛ ولذا فالفكرة المحورية، لكل تنظيم قانونى هى فكرة حماية حقوق الإنسان Protection of human rights. ولما كان الاتجار بالبشر يشكل اعتداءً صارخاً لحقوق الإنسان، فمن هنا بدأت المواجهة التشريعية legislative responses له فى كافة الأنظمة القانونية، ولكن بطرق مختلفة.

وتحظى مكافحة الاتجار بالبشر، اهتماماً كبيراً، على المستوى المحلى والإقليمى والدولى. فعلى المستوى المحلى نجد أن كثيراً من الدول أصدرت تشريعات لمكافحة الاتجار بالبشر، أما تلك التى لم تصدر تشريعات لمكافحة الاتجار بالبشر، فقد قامت بتعديل قواعد قانون العقوبات بها وأضافت نصوصاً للمعاقبة على الاتجار بالأشخاص والبعض الآخر سن تشريعات لتجريم بعض صور الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

ولقد ساعدت حركة العولمة Globalization بكافة مظاهرها فى ازدياد ظاهرة الاتجار بالبشر، وخصوصاً مع انخفاض معدلات الدخول فى الكثير من الدول. ولقد أدت العولمة إلى إضفاء الطابع العالمى على هذه الظاهرة.

ففى واقع الأمر - وكما يقال - إن الاتجار بالبشر، مشكلة عالمية، لا تغفل منها دولة مهما كانت.

**Trafficking in persons is truly a global problem. It is unfortunately a fair assessment to say that every country in**

(١) حيث أنه طبقاً لتقارير ٢٠١٠ نجد أن ٦٧ دولة فقط هى التى وضعت تشريعات خاصة بالاتجار بالبشر، وأن ٦٦ دولة عاجلت جريمة الاتجار فى قانون العقوبات، وأن ٢٩ دولة يوجد فى قانونها الجنائى تجريم لبعض صور الاتجار بالبشر. وأن ٩ دول بها تشريعات لمكافحة الاتجار بالأطفال، وأن هناك ٤ دول يوجد لديها مشروعات صياغة قوانين لمكافحة الاتجار بالبشر.

**Mohamed Mattar: The protection project review of the trafficking in persons report June 2010, See: Remarks of Dr Mohamed Mattar, executive director of the Protection Project, In: P. 3.**

the world is affected by human trafficking as a country of origin, transit or destination<sup>(١)</sup>.

ولكن الأمر الذي لا شك فيه هو أن الحركة التشريعية العالمية في مكافحة الاتجار بالبشر، قد نهضت، بعد صدور بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقوع ومعاقة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال عام ٢٠٠٠.

ويلا شك أن صدور هذا البروتوكول، قد أثر تأثيراً في السياسة القانونية في البلاد العربية Countries Legal policy in Arab، حيث قامت بعض هذه الدول بإصدار تشريعات لمكافحة الاتجار بالبشر. والبعض منها قام بإدخال تعديلات على القوانين المتعلقة بالعمل والأطفال وقانون العقوبات.

ولقد جاء في توصيات الأمم المتحدة بشأن الخطة العالمية لمواجهة الاتجار بالبشر، ضرورة إصدار تشريعات لمكافحة الاتجار بالبشر وكذلك التشريعات المتعلقة بالعمل والأطفال وكل ما يتصل بالاتجار بالبشر<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً: المنهجية التشريعية في مجال التشريع في الاتجار بالبشر في النظم القانونية المقارنة:**

انعكست فلسفة السياسة القانونية Legal Policy في النظم القانونية الداخلية على منهجية التشريع method Legislative في مجال مكافحة الاتجار بالبشر Combating Human Trafficking. ويوجه

(١) أنظر:

Mohamed Mattar: Global Trafficking in Women Modern day Slavery and Movement to End It International Women's Day – Bradley University Mach 8, 2004; Francis T. Miko Trafficking in women and children the US and international response, CRS Report for Congress, July 2003 (Trafficking in persons affects virtually every country in the world P. 10).

(٢) أنظر:

United nations Global plan of action against Trafficking in Persons, Sixty – Forth – Agenda itm 104 – Crime prevention and criminal justice, New York, July 29, 2010.

عام فقد اتخذت النظم القانونية ما يلي في مجال التشريع في الاتجار بالبشر وهما على النحو التالي<sup>(١)</sup>:

**المنهج الأول:** وضع تشريعات خاصة لمكافحة الاتجار بالبشر  
Enacting human trafficking laws: فبعض الدول أصدرت تشريعات خاصة بمكافحة الاتجار بالبشر وهذه الدول هي (الإمارات العربية المتحدة، سوريا، الأردن، مصر، البحرين، عمان، السعودية).

**المنهج الثاني:** إدخال تعديلات على قانون العقوبات Amended penal code: فبعض الدول أدخلت تعديلات أحكام قانون العقوبات فقط، دون أن تضع تشريعاً خاصاً بمكافحة الاتجار بالبشر مثل الجزائر، حيث أدخلت باباً في قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

**المنهج الثالث:** وضع تشريعات لمكافحة الاتجار بالأطفال Child Human trafficking

بالإضافة إلى ما سبق، فبعض الدول - ويوجه خاص مصر - قبل صدور قانون مكافحة الاتجار بالبشر، قد أدخلت تعديلات على قوانين العمل Labor law والطفل Child law وقانون العقوبات Penal code والإجراءات الجنائية Criminal law procedures.

### المطلب الثالث

#### بروتوكول الأمم المتحدة والنظم القانونية الداخلية

**أولاً: السمات المنهجية العامة للبروتوكول:**

تتمثل السمات المنهجية العامة للبروتوكول منع وقمع ومكافحة الاتجار بالأشخاص ٢٠٠٠ فيما يلي:

(١) أنظر في هذا:

The protection project: The protection project review of the trafficking in persons report, Hune 2010, available at: <http://www.protectionproject.org/publications/>.

(٢) وهو القسم الخامس مكرر الاتجار بالأشخاص - قانون رقم ٩ - ١ في ٢٥/٢٠٠٩.

١ - يتكون البروتوكول من ديباجة و ٢٠ مادة مقسمة على أربعة أقسام على النحو التالي :

**القسم الأول:** أحكام عامة<sup>(١)</sup> :

وتتعلق مواد هذا القسم بإيضاح العلاقة بين البروتوكول واتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة. وإيضاح أهداف البروتوكول بالإضافة إلى التعريف ببعض المصطلحات ونطاق انطباق البروتوكول وأسس التجريم.

**القسم الثاني:** حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص<sup>(٢)</sup> :

تناول البروتوكول في هذا القسم أسس وقواعد حماية ضحايا الاتجار بالبشر من حيث المساعدة والحماية والأوضاع القانونية من ناحية الإقامة بالإضافة إلى إعادة الضحايا إلى أوطانهم.

**القسم الثالث:** المنع والتعاون والتدابير الأخرى<sup>(٣)</sup> :

تناول هذا القسم السياسات الواجب على الدول إتباعها لمنع الاتجار بالأشخاص بالإضافة إلى أسس وقواعد تبادل المعلومات والتدريب للأفراد العاملين في المجالات المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر. بالإضافة إلى أسس التعاون الدولي في مجال مكافحة الاتجار بالبشر في مجال تبادل المعلومات. والتدابير الحدودية والتنظيم القانوني للوثائق المتعلقة بضحايا الاتجار بالبشر.

**القسم الرابع:** أحكام ختامية<sup>(٤)</sup> :

وفى هذا القسم أشار البروتوكول إلى قواعد تطبيق الأحكام الواردة في البروتوكول وعلاقتها بالاتفاقيات الدولية الأخرى وأحكام القانون الإنساني الدولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان وقواعد تفسير أحكام البروتوكول. بالإضافة إلى قواعد التوقيع والتصديق والقبول

(١) أنظر البروتوكول المواد: (المواد من ١ - ٥).

(٢) أنظر البروتوكول المواد: (المواد ٦ - ٨).

(٣) أنظر البروتوكول المواد: (المواد ٩ - ١٣).

(٤) أنظر البروتوكول المواد: (المواد ٣٤ - ٢٠).

والانضمام والإقرار والانضمام للبروتوكول وبدء نفاذه وتعديله  
والانسحاب منه والملحقات الرسمية للبروتوكول.

**ثانياً: السياسة التشريعية الوطنية في مكافحة الاتجار بالبشر وفلسفة العلاقة بين  
القانون الدولي والقانون الداخلي:**

ترتبط السياسة التشريعية الوطنية في مكافحة الاتجار بالبشر  
والقانون الدولي، بعدة أمور أساسية هي: العلاقة بين القانون الدولي  
والداخلي، أثر المعاهدات في النظام القانوني الداخلي، الالتزام الدولي  
باحترام حقوق الإنسان ومسئولية الدولة، والتعاون الدولي في مجال  
مكافحة الإجرام المنظم وبلا شك أن الموضوعات السابق الإشارة إليها  
تمثل أهم محاور دراسات القانون الدولي، ولقد أفاض فقهاء القانون  
الدولي فيه عرضها وتحليلها وتأصيلها كثيراً.

وفي إطار دراستنا عن السياسة التشريعية الوطنية في مكافحة  
الاتجار بالبشر والقانون الدولي، فهو جد لصيق بقضية حقوق الإنسان في  
كل دولة وأثر انضمامها لبعض الاتفاقيات على نظامها القانوني الداخلي.  
والسؤال المطروح هو - كما ذكره الأستاذ الدكتور المرحوم / محمد  
سامي عبد الحميد: (هل تعتبر المعاهدة الدولية بذاتها مصدراً لقواعد  
القانون المطبقة في الأنظمة الداخلية للدول الأطراف؟ في واقع الأمر لقد  
ثار خلاف كبير بين فقهاء القانون الدولي بشأن هذا كثيراً. إذ يتجه جانب  
كبير من الفقه إلى أن المعاهدة لا تعتبر بذاتها مصدراً. من مصادر القاعدة  
الداخلية في الدول. وأن التزام الدول بها يحتاج إلى تصرف قانوني خاص  
تصدره الدولة بمقتضاه تبني الدولة المعاهدة وتدمجها في نظامها القانوني  
الداخلي. وهناك اتجاه آخر يرى أن المعاهدة بمجرد التصديق عليها ودخولها  
دور النفاذ تصبح مصدراً للقواعد الدولية والقواعد الداخلية على حد  
سواء، وأن سريانها في مجال الأنظمة القانونية الداخلية لا يحتاج إلى إجراء  
خاص يحوله إلى قانون داخلي<sup>(١)</sup>.

(١) راجع: د/ محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - ج ٢ - القاعدة  
الدولية - ط ٩ - ٢٠٠١ - ص ٢٥٢.

وجدير بالذكر الإشارة إلى موقف النظام القانوني والنظام الدستوري المصري من نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي. فقد استقر الرأي الراجح والمؤيد بموقف القضاء إلى أن (النظام القانوني المصري يأخذ بمبدأ وحدة القانون الدولي والداخلي، وإلى أن المعاهدة الدولية تعتبر نافذة في النظام القانوني المصري بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، وبالتالي تكون سارية وملزمة للسلطات المصرية المختصة<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما سبق، فبروتوكول الأمم المتحدة بشأن منع وقمع ومكافحة الإتجار بالأشخاص - طبقاً لهذا الرأي يعتبر ملزماً للسلطات المصرية المختصة.

في واقع الأمر، أنه بالنسبة لبروتوكول منع وقمع مكافحة الاتجار بالأشخاص المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ٢٠٠٠، نجد أنه يعتبر مصدراً مادياً بالنسبة لتشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في العالم العربي (وكذلك الأجنبي). ولذا فهو قد قام بدور أساسي في توجيه الجانب الموضوعي في السياسة التشريعية في البلاد العربية في مجال التشريع في الاتجار بالبشر. ويعتبر هذا هو الأثر المباشر للبروتوكول لئیس على مستوى التشريعات العربية بل أيضاً على التشريعات العالمية.

**خامساً: الاتجار بالبشر أم الاتجار بالأشخاص وتسمية القوانين في البلاد العربية وصور التشريعات العربية:**

استخدم البروتوكول مسمى (الاتجار بالأشخاص Trafficking in persons) بدلاً من مصطلح الاتجار بالبشر Human trafficking، ولكن بمراجعة مسميات القوانين المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر التي صدرت في البلاد العربية لغاية عام ٢٠١٠. فقد استخدمت التشريعات العربية مصطلحين فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي في مجال مكافحة الاتجار

(١) د/ أبو الخير عطية: نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٣، ص ١٠١ وما بعدها، والمراجع التي يشير إليها.

بالأشخاص أو البشر. فبعض التشريعات، استخدمت اصطلاح (الاتجار بالأشخاص) وبعض التشريعات استخدمت مصطلح (الاتجار بالبشر). ونوضح فيما يلي بياناً بالقوانين التي صدرت في البلاد العربية لغاية عام ٢٠١٠ والمتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر:

- ١- القانون المصري ٦٤ لسنة ٢٠٢٠.
  - ٢- المرسوم السلطاني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ - عمان - قانون مكافحة الاتجار بالبشر.
  - ٣- المرسوم التشريعي السوري رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ - منع الاتجار بالأشخاص.
  - ٤- قانون منع الاتجار بالبشر رقم ٩ لسنة ٢٠٠٨ - الأردن.
  - ٥- قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص ١ لسنة ٢٠٠٨ - البحرين.
  - ٦- نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص ٧/٢١ لسنة ١٤٣٠ هـ - السعودية.
  - ٧- القانون الاتحادي الإماراتي لعام ٢٠٠٦.
  - ٨- القانون الجزائري (قانون العقوبات - القسم الخامس مكرر - الاتجار بالأشخاص قانون رقم ١ - ٩ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٩).
- وبمجرد الإطلاع على مسمى القوانين السابق الإشارة إليها. نجد أن المشرع في مصر والإمارات العربية المتحدة والأردن وعمان، قد استعمل مصطلح الاتجار بالبشر. أما المشرع في سوريا والسعودية، قد استخدم مصطلح الاتجار بالأشخاص.
- ونحن من جهتنا نؤيد استخدام مصطلح الاتجار بالبشر بدلاً من مصطلح الاتجار بالأشخاص. لأن مصطلح الشخص في القانون، قد يكون شخصاً طبيعياً (الإنسان) وقد يكون شخصاً اعتبارياً (الدولة والشركات ...) ومن الثابت قانوناً أن جريمة الاتجار بالبشر، لا تقع إلا على إنسان (شخص طبيعي).

## المطلب الرابع

تعدد ماهية الاتجار بالبشر طبقاً للبروتوكول

وتأثيره في التشريعات العربية

أولاً: الأهداف العامة للبروتوكول وانعكاساتها على المنهجية التشريعية في البلاد العربية:

أشارت المادة الثانية من البروتوكول صراحةً إلى الهدف من صدوره. وبمراجعة تشريعات الاتجار بالبشر في البلاد العربية، نجد أن انعكاسات هذه المادة كان على مستويين: المستوى الأول: مستوى الصياغة القانونية: ويتمثل في أن بعض التشريعات تضمنت نصاً يحدد صراحةً الهدف من التشريع على نمط مماثل لما ورد في المادة الثانية من البروتوكول. المستوى الثاني: المعالجة الموضوعية.

ويلاحظ أن تأثيرات البروتوكول على التنظيم الموضوعي في مكافحة الاتجار بالبشر في التشريعات العالمية، أمر ليس محل شك لكل من يستقرأ الحركة التشريعية العالمية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر بعد عام ٢٠٠٠.

فقد أشار البروتوكول إلى أن الغرض منه هو منع ومكافحة وحماية الضحايا - في مجال الاتجار بالأشخاص وبوجه خاص النساء والأطفال - ومساعدتهم وتعزيز التعاون الدولي في مواجهة هذه الجريمة النكراء. الاتجار بالأشخاص، مع إيلاء اهتمام خاص للنساء والأطفال. ولقد أكدت ما سبق صراحةً المادة الثانية والمتعلقة (بيان

الأغراض) من البروتوكول والتي جاء نصها على النحو التالي:

أغراض هذا البروتوكول هي:

- ١- منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص، مع إيلاء اهتمام خاص للنساء والأطفال.
- ٢- حماية ضحايا ذلك الاتجار ومساعدتهم مع احترام كامل لحقوقهم الإنسانية.
- ٣- تعزيز التعاون بين الدول الأطراف على تحقيق تلك الأهداف.



وجدير بالذكر الإشارة إلى أن هذا البروتوكول قد وجه الحركة التشريعية العالمية فى التشريعات الوطنية نحو محاور وأسس المواجهة الفعالة للاتجار بالبشر، والتي تتمثل فى: الوقاية، الحماية، الملاحقة. بحيث أن كل مشرع وطنى عندما يهتم بوضع تشريع متعلق بالاتجار بالبشر، فيجب عليه أن يتضمن المحاور السالف الإشارة إليها وكما قيل بحق<sup>(١)</sup>:

(It May be said that the legislative movement following the adoption of the UN Protocol in 2000 has reflected an increasingly strong commitment to covering the 3 p's of trafficking in persons: prevention, protection, prosecution in domestic legislation).

**ثانياً: تأثير المادة الثانية من البروتوكول على تشريعات البلاد العربية على مستوى الصياغة التشريعية:**

عن طريق استعمال المنهج التحليلى المقارن للتشريعات العربية المتعلقة بالاتجار بالبشر (أو الاتجار بالأشخاص) يمكن الوصول مباشرة إلى تأثيرات المادة الثانية من البروتوكول فيها.

وبوجه عام، نوضح فيما يلى تأثيرات المادة الثانية من البروتوكول على مستوى الصياغة التشريعية - بوجه عام - فى البلاد العربية على النحو التالى:

١- فى القانون السورى مرسوم رقم ٢ لسنة ٢٠١٠ قانون منع الاتجار بالأشخاص:

أشار قانون منع الاتجار بالأشخاص السورى رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ صراحةً إلى الأهداف من صدوره صراحةً<sup>(٢)</sup>. وجدير بالذكر الإشارة إلى أن هذه الأهداف تتوافق مع ما جاء فى نص المادة الثانية من البروتوكول. حيث نصت المادة الثانية من قانون منع الاتجار بالأشخاص السورى على ما يلى:

(١) أنظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against women P. 5.

(٢) قانون منع الاتجار بالأشخاص، المادة الثانية.

يهدف هذا المرسوم التشريعي إلى:

- ١- منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص وإبلاء اهتمام خاص للنساء والأطفال ضحايا هذا الاتجار.
  - ٢- حماية ضحايا الاتجار ومساعدتهم وتقديم الدعاية المناسبة لهم واحترام كامل حقوقهم الإنسانية.
  - ٣- تعزيز التعاون الدولي في مواجهة مرتكبي جرائم الاتجار بالأشخاص.
  - ٤- إيجاد أساس تشريعي لثقافة اجتماعية تسهم في الوقاية من هذه الجريمة وتحسن التعامل مع آثارها.
- بدون أدنى شك، يتضح من مقارنة صياغة المادة السابقة بصياغة المادة الثانية من البروتوكول، يتضح التأثير المباشر من البروتوكول على صياغة المادة الثانية من القانون السوري.

#### ٢- القوانين العربية الأخرى والمادة الثانية من البروتوكول:

فيما عدا القانون السوري السابق الإشارة إليه، نجد أن القوانين العربية الأخرى المتعلقة بمكافحة الاتجار بالأشخاص (الاتجار بالبشر) قد اقتبست المضمون العام والفكرة الجوهرية للمادة الثانية من البروتوكول في سياق النصوص القانونية، دون أن تخصص مادة في النصوص محددة لأهداف القانون.

#### ثالثاً: تعريف الاتجار بالبشر بين البروتوكول والتشريعات العربية:

جاء نص المادة الثالثة من البروتوكول متعلقاً ببيان المقصود ببعض المصطلحات المستخدمة فيه ومنها بوجه خاص المصطلحات الآتية: الاتجار بالأشخاص والطفل.

ولقد وضح تأثير نص المادة الثالثة البروتوكول في التشريعات العربية، بالإضافة إلى التشريعات العالمية المتعلقة بالاتجار بالبشر في إن هذه التشريعات قد اتخذت التعريف الذي ورد في البروتوكول بالنسبة للاتجار

بالبشر والطفل أساساً لها<sup>(١)</sup> ولكن بعض التشريعات أضافت صوراً جديدة، لم ترد في نص البروتوكول.

فطبقاً للمادة الثالثة من البروتوكول يقصد بالاتجار بالأشخاص (تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أعمال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال بكاراة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء).

ونوضح فيما يلي نماذج من التشريعات العربية المتعلقة بالاتجار بالبشر ومدى تأثيرها بالتعريف الوارد في نص المادة الثالثة من البروتوكول:

#### ١- القانون السوري:

تأثر مفهوم الاتجار بالبشر<sup>(٢)</sup> في القانون السوري بما ورد في نص المادة الثانية من البروتوكول. ويتضح هذا من خلال صياغة المادتين الرابعة والخامسة من القانون السوري وهما المادتان اللتان أشارتا إلى مفهوم الاتجار بالأشخاص.

نص المادة الرابعة: مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أى قانون آخر، يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المواد التالية بالعقوبات المقررة لها.

(١) أنظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against Women, P. 3 – 4.

(٢) قانون منع الاتجار بالأشخاص، المادة الرابعة والمادة الخامسة.

نص المادة الخامسة: يعاقب كل من ارتكب جريمة الاتجار بالبشر بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن الخمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر.

٢- قانون البحرين:

ولقد اقتبس القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص في البحرين<sup>(١)</sup> تعريف الاتجار بالبشر الموجود في نص المادة الثالثة من البروتوكول<sup>(٢)</sup>:

أ- في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالاتجار بالأشخاص، تجنيد شخص أو نقله أو تنقيله أو إيوائه أو استقباله بغرض إساءة الاستغلال، وذلك عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة أو باستغلال غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

وتشمل إساءة الاستغلال، استغلال ذلك الشخص في الدعارة أو في أى شكل من أشكال الاستغلال أو الاعتداء الجنسي، أو العمل أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

ب- يعتبر تجاراً بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تنقيلاً أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشرة أو من هم في حالة ظرفية أو شخصية لا يمكن معها الاعتداد برضايتهم أو حرية اختيارهم، متى كان ذلك بغرض إساءة استغلالهم ولو لم يقترن الفعل بأى من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

٣- نظام مكافحة الاتجار بالبشر السعودي ١٤٢٠ هـ:

لقد حدد نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي الصادر في رقم ٤٠ لسنة ١٤٣٠ هـ مفهوم الاتجار بالأشخاص<sup>(٣)</sup> على نحو مماثل لما ورد في المادة الثالثة من البروتوكول.

(١) قانون منع الاتجار بالأشخاص المادة الأولى.

(٢) أنظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against Women, P. 20.

(٣) المادتان: الأولى والثانية.

فمن ناحية لقد نصت المادة الأولى / ١ على أن: الاتجار بالأشخاص استخدام شخص أو إلحاقه، أو نقله أو إيواؤه، أو استقباله، من أجل إساءة الاستغلال.

ومن ناحية أخرى فقد نصت المادة الثانية على: (يحظر الاتجار بأى شخص بأى شكل من الأشكال، بما فى ذلك إكراهه أو تهديده أو الاحتيال عليه أو خداعه أو خطفه، أو استغلال الوظيفة أو النقود، أو إساءة استعمال سلطة ما عليه أو استغلال ضعفه، أو إعطاء مبالغ مالية أو مزايا أو تلقيها لنيل موافقة شخص له سيطرة على آخر من أجل الاعتداء الجنسى، أو العمل أو الخدمة قسراً، أو التسول، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد، أو نزع الأعضاء، أو إجراء تجارب طبية عليه).

#### ٤. القانون الاتحادي الإماراتى ٥١ لسنة ٢٠٠٦ وتعريف الاتجار بالبشر:

يتضح تأثير تعريف الاتجار بالأشخاص الوارد فى البروتوكول جلياً فى المادة الأولى من قانون مكافحة الاتجار بالبشر الإماراتى رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٦ حيث عرفت المادة الأولى الاتجار بالبشر على أنه (تجنيد أشخاص أو نقلهم أو ترحيلهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخدع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة الضعف أو إعطاء أو تلقى مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال.

ويشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسى أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء).

#### ٥. القانون العماني ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ وتعريف الاتجار بالبشر:

اقتبس قانون مكافحة الاتجار بالبشر فى عمان رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ المعالم الأساسية للتعريف الوارد فى البروتوكول.

فقد عرف القانون العُماني - الإتجار بالبشر على النحو التالي<sup>(١)</sup> :  
القيام بأى فعل من الأفعال الواردة فى المادة (٢) من هذا القانون.  
ونصت المادة الثانية على : (بعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل شخص  
يقوم عمداً بغرض الاستغلال :

أ- استخدام شخص أو نقله أو إيوائه أو استقباله عن طريق الإكراه أو  
التهديد أو الحيلة أو باستغلال الوظيفة أو النفوذ أو باستغلال حالة  
استضعاف أو باستعمال سلطة ما على ذلك الشخص أو بأية وسيلة  
أخرى غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

ب- استخدام حدث أو نقله أو إيوائه أو استقباله ولو لم تستخدم  
الوسائل المنصوص عليها فى البند السابق.

٦- قانون منع الاتجار بالبشر الأردنى رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ :

طبقاً لقانون منع الاتجار بالبشر الأردنى رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ يقصد  
بالإتجار بالبشر ما يلى<sup>(٢)</sup> :

أ- لمقاصد هذا القانون تعنى عبارة (جرائم الاتجار بالبشر) :

١- استقطاب أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بغرض  
استغلالهم عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير  
ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع  
أو استغلال السلطة أو استغلال حالة ضعف أو إعطاء أو  
تلقى مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على  
هؤلاء الأشخاص.

٢- استقطاب أو نقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة  
عشرة متى كان ذلك بغرض استغلالهم ولو لم يقترن هذا  
الاستغلال بالتهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من  
الطرق الواردة فى البند (١) من هذه الفقرة.

(١) القانون العُماني : المادة الأولى - المادة الثانية.

(٢) المادة الثالثة.

ب- لغايات الفقرة (أ) من هذه المادة، تعنى كلمة (الاستغلال) استغلال الأشخاص فى العمل بالسخرة أو العمل قسراً أو الاسترقاق أو نزع الأعضاء أو فى الدعارة أو أى شكل من أشكال الاستغلال الجنسى.

ج- تعتبر الجريمة ذات طابع (غير وطنى فى أى من الحالات التالية:

- ١- إذا ارتكبت فى أكثر من دولة.
- ٢- إذا ارتكبت فى دولة وتم التحضير أو الإعداد أو التخطيط لها أو الإشراف عليها فى دولة أخرى.
- ٣- إذا ارتكبت فى أى دولة عن طريق جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية فى أكثر من دولة.
- ٤- إذا ارتكبت فى دولة وامتدت آثارها إلى دولة أخرى.

ويتضح من سياق المادة الثالثة فى الفقرتين أ، ب مدى تأثير تعريف الاتجار بالبشر الوارد فى البروتوكول عليهما.

٧. قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ المصرى بشأن مكافحة الاتجار بالبشر:

اقتبس المشرع المصرى فى القانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر ما جاء فى البروتوكول من خلال التعريف الذى أورده القانون فى المادة الثانية. والتي عرفت الاتجار بالبشر على النحو التالى: (يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة فى شخص طبيعى بما فى ذلك البيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواء فى داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية - إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقى مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه - وذلك كله - إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أياً كانت صورته بما فى ذلك الاستغلال فى أعمال الدعارة وسائر المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو

الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو التسول أو استئصال الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو جزء منها).

ويلاحظ أن التعريف الذى جاء فى القانون المصرى لمكافحة الاتجار بالبشر فى مصر ٦٤ لسنة ٢٠١٠ هو يعتبر أفضل القوانين العربية، لأنه:

- أشار فى التعريف إلى عناصر جريمة الاتجار بالبشر هى الاستغلال والوسائل والمظاهر. ورد به كافة مظاهر الاتجار بالبشر.
- أدخل صوراً كثيرة للاتجار بالبشر، بالمقارنة للصور الواردة بنص المادة ٣ من بروتوكول الأمم المتحدة المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام ٢٠٠٠ والخاص بمنع الاتجار بالأشخاص وكذلك بعض التشريعات المقارنة. كالتسول واستئصال الأعضاء والأنسجة البشرية أو استئصال جزء منها.
- بالإضافة إلى أنه يعتبر تعريفاً جامعاً مانعاً للاتجار بالبشر، بالمقارنة للتعريفات الواردة فى التشريعات العربية المقارنة كالتشريع الأردنى والإماراتى والسورى والعمانى ونظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودى.

**رابعاً: المادة ١٩ من القانون السورى وتطبيق الاتفاقيات الدولية فى مجال الاتجار بالبشر:**

نصت المادة ١٩ من المرسوم التشريعى رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ مرسوم تشريعى بمنع الاتجار بالأشخاص على: (فى جميع الحالات التى لم يرد عليها نص فى هذا المرسوم التشريعى تراعى الأحكام الموضوعية ذات الصلة الواردة فى القوانين والاتفاقيات الدولية النافذة فى سوريا).

يعتبر ما ورد فى المادة ١٩ سالف الإشارة إليها، تحديثاً فى القوة الإلزامية للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بالنسبة للمشروع الداخلى. إذ بصريح المادة، تعتبر الأحكام الموضوعية المتعلقة بالاتجار بالبشر مكتملة للتنظيم القانونى الوطنى السورى. فالقانون الدولى الاتفاقى فى مجال مكافحة الاتجار بالبشر يعتبر مكملاً للنقص التشريعى فى القانون السورى.



وجدير بالذكر الإشارة من ناحية ثانية، أنه لا يوجد نص مماثل في كافة تشريعات الاتجار بالبشر التي صدرت في البلاد العربية، لهذا النص. وإنما تخضع العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي للأحكام العامة التي ترد في الدساتير، في النصوص المتعلقة بسريان الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي.

### المطلب الخامس

#### عدم الاعتداد برضاء المجنى عليه

تعتبر حماية المجنى عليه هي محور الاهتمام الدولي بشأن جريمة الاتجار بالبشر، لأن الشخص الذي تم استغلاله على نحو مناف لكيانه ووجوده الإنساني، إذ - بفعل الاتجار به - اعتدى على الكثير من حقوقه الإنسانية.

ولذا جاء في الإطار العامة للخطة العالمية ضد الاتجار بالبشر ٢٠١٠ ما يلي<sup>(١)</sup>:

**(Stress the need to promote and protect the rights of victims of trafficking in persons and to reintegrate victims into community .... Ensure that victims of trafficking in persons are treated as victims of crime and that national legislation effectively criminalizes all forms of trafficking).**

نصت المادة ٣/ ب من البروتوكول على ما يلي "لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال المقصود المبين في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استخدم فيها أى من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ).

طبقاً للنص السالف الذكر، لا يعتد برضاء المجنى عليه **Victime of the crime** ضحية جريمة الاتجار بالبشر. ويلا شك أن هذا النص يشير

(١) أنظر:

**United nations Global Plan of action against Trafficking in Persons, Sixty - Forth - Agenda itm 104 - Crime prevention and criminal justice, New York, July 29, 2010.**

إلى أول معالم المركز القانوني للمجنى عليه ضحية الاتجار بالبشر وعدم الاعتراف بالرضاء الصادر منه يمثل ضماناً كبيراً له.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو الأساس القانوني لعدم الاعتراف برضاء المجنى عليه؟ بصدد الإجابة عن هذا السؤال قيل أن الأساس القانوني لعدم الاعتراف برضاء المجنى عليه هو أما الاستناد إلى توافر عنصر الإكراه (ويسمى هذا Duress Model) وأما إلى معيار السببية (ويسمى هذا Causation Model) <sup>(١)</sup>.

وباستقراء التشريعات العربية المتعلقة بالاتجار بالبشر نجد أن البعض منها قد أشار صراحةً إلى هذه الضمانة المقررة للمجنى عليه. والتي تمثل – كما قلنا أول معالم المركز القانوني الخاص للمجنى عليه (الضحية) في جريمة الاتجار بالبشر من ناحية. ومن ناحية ثانية، فهي من أهم ملامح تأثير البروتوكول في التشريعات العربية.

ونسرد فيما يلي ما جاء في التشريعات العربية:

١- قانون ٩ لسنة ٢٠٠٩ الأردن (قانون منع الاتجار بالبشر):

جاء بالقانون الأردني ما يلي: "لا يعتد برضا المجنى عليهم أو المتضررين من جرائم الاتجار بالبشر لغايات تخفيض أى من العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون" <sup>(٢)</sup>.

٢- قانون منع الاتجار بالبشر السوري لسنة ٢٠١٠:

نصت المادة ٣/٤ على "في جميع الحالات لا يعتد بموافقة الضحية".

٣- في قانون العقوبات الجزائري (قانون رقم ٢٠٠٩/١/٩ القسم الخامس مقرر في قانون العقوبات الجزائري):

جاء بالقانون الجزائري على ما يلي <sup>(٣)</sup>:

(١) أنظر:

UNODC: Combating trafficking in persons, A hand book for Parliamentarians, No 16, 2009, P. 43 – 46.

(٢) المادة ١٣.

(٣) المادة ٣٠٣ مكرر ١٢.

"لا يعتد برضاء الضحية من استخدام الفاعل أياً من الوسائل المبينة في المادة ٣٠٣ مكرر ٤ (الفقرة الأولى من هذا القانون)".  
٤ القانون العماني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ بشأن مكافحة الاتجار بالبشر:  
جاء بالقانون ما يلي<sup>(١)</sup>:

"لا يعتد برضاء المجنى عليه في أى حالة من الحالات الآتية:  
أ- إذا استخدمت أى من الوسائل المبينة.  
ب- إذا كان المجنى عليه حدثاً.  
ج- إذا كان المجنى عليه في حالة ظرفية أو شخصية لا يمكن معها الاعتداد برضائه أو حرية اختياره.

ويلاحظ من النص أن المشرع العماني قد حددت حالات على سبيل الحصر لا المثال لا يعتد فيها برضاء المجنى عليه (الضحية) في جريمة الاتجار بالبشر.  
فإذا انتفت الحالات المنصوص عليها صراحةً يكون رضاء المجنى عليه عديم الأثر.

وبناء على ما سبق نجد أن المشرع العماني بالرغم من توافقه فيما يتعلق بمسألة الاعتداد برضاء المجنى عليه، إلا أنه قد قيد من إطلاق النص الوارد في البروتوكول.  
٥ قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠ مكافحة الاتجار بالبشر في مصر:

نصت المادة ٣ على "لا يعتد برضاء المجنى عليه على الاستغلال في أى من صور الاتجار بالبشر، متى استخدمت فيها أية وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة ١٢ من هذا القانون.  
يتضح من سياق النص السالف ذكره مدى تأثره بما جاء في نص المادة من البروتوكول.

٦- المادة الخامسة من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي:

نصت المادة الخامسة من نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص في السعودية على (لا يعتد برضاء المجنى عليه في أى جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام).

(١) المادة ٣٠ من القانون.

## ٧- موقف القانون الإماراتي والبحريني:

ولكن لم يشر القانون الإتحادي الإماراتي ٥١ لسنة ٢٠٠٦، وكذلك القانون البحريني ١ لسنة ٢٠٠٨ إلى عدم الاعتداد برضاء المجنى عليه.

وجدير بالذكر - أن مسألة عدم الاعتداد برضاء المجنى عليه - وبالتالي عدم معاقبته عما صدر منه من أفعال نتيجة الاتجار به، هو أمر تركز عليه الكثير من التشريعات الوطنية. ولقد أكدت عليه أيضاً خطة الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالبشر، حيث جاء بها ما يلي<sup>(١)</sup>:

(Urge government to take all appropriate measures to ensure that identified victims of trafficking in persons are not penalized for being trafficked and that they do not suffer from victimization as a result of actions taken by government authorities).

وجاء أيضاً في الاتفاقية الأوربية  
Convention on Action against Trafficking in Human Beings  
بشأن النص على مبدأ عدم معاقبة المجنى عليه، حيث نصت المادة ٢٦ على ما يلي<sup>(٢)</sup>:

(Each Party shall, in accordance with the basic principles of its legal system, provide for the possibility of not imposing penalties on victims for their involvement in unlawful activities, to the extent that they have been compelled to do so).

(١) أنظر:

United nations Global of action against Trafficking in persons, sixty - Forth - Agenda Itm 104 - Crime prevention and criminal justice, New York, July 29, 2010.

(٢) نفذت هذه الاتفاقية بداية من الأول من فبراير ٢٠٠٨.

## المطلب السادس المساعدة القانونية

يعتبر الحق فى المساعدة القانونية Legal Aid حق من حقوق الإنسان. وبلا شك أن جريمة الاتجار بالبشر، تعتبر من أهم صور الاعتداء على حقوق الإنسان وحرياته؛ ولذا فإنه من الضرورى كفالة (المساعدة القانونية) للمجنى عليه (ضحية) جريمة الاتجار بالبشر.

ولقد أهتم بروتوكول منع وقمع ومكافحة الاتجار بالبشر الصادر من الأمم المتحدة عام ٢٠٠٠ بهذا الأمر اهتماماً كبيراً.

وبالإطلاع وباستقراء وتحليل ما ورد فى نصوص البروتوكول، بشأن تقديم المساعدة القانونية للمجنى عليه (ضحية الاتجار بالبشر) نجد أن البروتوكول قد أشار إلى معالم صور المساعدة القانونية التى يجب أن تقدمها الدول إلى المجنى عليه (ضحية) جريمة الاتجار بالبشر.

ونسرد فيما يلى لأهم معالم المساعدة القانونية المقررة فى البروتوكول، حتى نحدد فيما بعد تأثير هذا على التشريعات العربية المتعلقة بالاتجار بالأشخاص (الاتجار بالبشر).

لقد أشار البروتوكول إلى أهم صور المساعدة القانونية التى يمكن تقديمها للمجنى عليه على النحو التالى<sup>(١)</sup>:

- ١- الحق فى الحصول على المعلومات الخاصة بالإجراءات القضائية والإدارية التى لها علاقة بالاتجار بالبشر.
- ٢- مساعدة المجنى عليه على عرض رأيه دون إخلال بحقوق الدفاع.
- ٣- تقديم المشورة والمعلومات المتعلقة بمركزه القانونى. وذلك بلغة مفهومة للمجنى عليه.

وبناء على ما سبق، فمصدر التزام الدول، بواجب تقديم أوجه المساعدة القانونية لضحايا جريمة الاتجار بالبشر هو من ناحية الالتزام الدولى على عاتق الدول أعضاء المجتمع الدولى بحماية واحترام وكفالة حقوق الإنسان. بالإضافة إلى ما جاء فى نصوص البروتوكول المشار إليه.

(١) البروتوكول: المواد ٢، ٦، ٧، ٨.

والآن السؤال الذى يطرح نفسه هو: ما هى تأثيرات ما جاء فى البروتوكول بشأن المساعدة القانونية الواجب تقديمها للمجنى عليه ضحية الاتجار بالبشر على التنظيم القانونى للمركز القانونى للمجنى عليه فى التشريعات العربية؟.

فى واقع الأمر، لقد أثرت النصوص الواردة بالبروتوكول والسابق الإشارة إليها والمتعلقة بالمساعدة القانونية لضحايا الاتجار بالبشر على التشريعات العربية تأثيراً كبيراً.

ولقد عرفنا سابقاً أن البروتوكول قد أوجب على التشريعات الداخلية ضرورة أن يكفل نظامها القانونى والإدارى حق المجنى عليه (الضحية) فى جرائم الاتجار بالبشر على الحصول على المعلومات المتعلقة بالإجراءات القضائية والإدارية ذات الصلة بمركزه القانونى. وقد تقرر هذا - كما قلنا سابقاً - بمقتضى نص المادة ١/٢ من البروتوكول والتي جاء نصها على النحو التالى:

تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانونى أو الإدارى الداخلى على تدابير توفر لضحايا الاتجار بالأشخاص فى الحالات التى تقتضى ذلك ما لى:

- أ- معلومات عن الإجراءات القضائية والإدارية ذات الصلة.
  - ب- مساعداتهم لتمكينهم من عرض لآرائهم وشواغلهم وأخذها بعين الاعتبار فى المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية ضد الجناة، بما لا يمس بحقوق الدفاع.
  - ج- المشورة والمعلومات، خصوصاً فيما يتعلق بحقوقهم القانونية بلغة يمكن لضحايا الاتجار بالأشخاص فهمها.
- وجدير بالذكر الإشارة إلى ما جاء فى إعلان ضحايا الجريمة ١٩٨٥ بخصوص المساعدة القانونية، تحت عنوان (الوصول إلى العدالة والمعاملة المنصفة).

فمن ناحية نصت المادة الرابعة على (ينبغى معاملة الضحايا برأفة واحترام لكرامتهم. ويحق لهم الوصول إلى آليات العدالة والحصول على

الإنصاف الفورى وفقاً لما تنص عليه التشريعات الوطنية فيما يتعلق بالضرر الذى أصابهم).

ومن ناحية ثانية، نصت المادة الخامسة على: (ينبغى إنشاء وتعزيز الآليات القضائية والإدارية، حسب الاقتضاء، لتمكين الضحايا من الحصول على الإنصاف من خلال الإجراءات الرسمية أو غير الرسمية العاجلة والعادلة وغير المكلفة وسهلة المنال. وينبغى تعريف الضحايا بحقوقهم فى التماس الإنصاف من خلال هذه الآليات).

ومن ناحية ثالثة، نجد أن المادة السادسة قد تناولت الآليات المتعلقة بالمساعدة القانونية للضحايا فنصت على (ينبغى تسهيل استجابة الإجراءات القضائية والإدارية لاحتياجات الضحايا باتباع ما يلى:

أ- تعريف الضحايا بدورهم وبنطاق الإجراءات وتوقيتها وسيرها، وبالطريقة التى يبت بها فى قضاياهم، ولا سيما حيث كان الأمر يتعلق بجرائم خطيرة وحيثما طلبوا هذه المعلومات.

ب- إتاحة الفرصة لعرض وجهات نظر الضحايا وأوجه قلقهم وأخذها فى الاعتبار فى المراحل المناسبة من الإجراءات القضائية، حيثما تكون مصالحهم عرضة للتأثر وذلك دون إجحاف بالمتهمين وبما يتمشى ونظام القضاء الجنائى الوطنى ذى الصلة.

ج- توفير المساعدة المناسبة للضحايا فى جميع مراحل الإجراءات القانونية.

د- اتخاذ تدابير ترمى إلى الإقلال من إزعاج الضحايا إلى أدنى حد وحماية خصوصياتهم، عند الإقتضاء، وضمان سلامتهم فضلاً عن سلامة أسرهم والشهود المتقدمين لصالحهم من التخويف والانتقام.

هـ- تجنب التأخير الذى لا لزوم له فى البت فى القضايا وتنفيذ الأوامر أو الأحكام التى تقضى بمنح تعويضات للضحايا.

وإذا كان ما سبق، هو موقف القانون الدولي لحقوق الإنسان - فيما يتعلق بضحايا جريمة الاتجار بالبشر. فما هو إذن موقف التشريعات الداخلية في البلاد العربية؟.

ما سبق سنعرفه من خلال عرض وتحليل للنصوص القانونية الواردة في التشريعات العربية المختلفة بخصوص المساعدة القانونية على النحو الآتي:

### أولاً: في القانون المصري:

بادئ ذي بدء لقد تميز القانون المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ بتخصيص فصل كامل من نصوص القانون جمع بين دفتيه حماية المجنى عليه في جريمة الاتجار بالبشر، وذلك في المواد (٢ - ١٨).

ومن ناحية أولى، فيما يتعلق بالحق في المساعدة القانونية. فقد ورد ذكرها في المادتين ٢٣، ٢٤ على النحو التالي:

١- نص المادة ٢٣ جاء فيها (يراعى فى جميع مراحل الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة فى جرائم الاتجار بالبشر العمل على التعرف على المجنى عليه وتصنيفه والوقوف على هويته وجنسيته وعمره لضمان إبعاد يد الجناة عنه.

كما يراعى كفالة الحقوق الآتية للمجنى عليه: ج- الحق فى تبصيره بالإجراءات الإدارية والقانونية والقضائية ذات الصلة، وخصوله على المعلومات المتعلقة بها. د- الحق فى الاستماع إليه وأخذ آرائه ومصالحه بعين الاعتبار وذلك فى كافة مراحل الإجراءات الجنائية وبما لا يمس حقوق الدفاع. هـ - الحق فى المساعدة القانونية، وعلى الأخص الحق فى الاستعانة بمحام فى مراحل التحقيق والمحاكمة، فإذا لم يكن قد اختار محامياً وجب على النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال أن تندب له محامياً، وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية بشأن ندب محام للمتهم.

### ثانياً: القانون السوري:

أشار القانون السوري رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ الخاص بمنع الاتجار بالأشخاص إلى ضرورة تقديم المساعدة القانونية لضحايا الاتجار بالأشخاص وقد جاء ذلك على مستويين:



**المستوى العام:** وهو ما قرره المادة الثانية من المرسوم التشريعي والتي بينت أهداف المرسوم بوجه عام حيث جاء نص الفقرة الثانية - المادة الثانية على النحو التالي: (٢- حماية ضحايا الاتجار ومساعدتهم وتقديم الرعاية المناسبة لهم واحترام كامل حقوقهم الإنسانية).

**المستوى الخاص:** ويتمثل هذا فيما ورد في الفصل الرابع من القانون والمخصص لرعاية الضحايا وحماية الشهود<sup>(١)</sup>. بالإضافة إلى ما جاء في نص المادة ٢/١٥/د والتي جاء منطوقها على ما يلي (تقديم المشورة والمعلومات خصوصاً فيما يتعلق بحقوقهم القانونية وبلغة مفهومة للضحية).

### **ثالثاً: المساعدة القانونية لضحايا الاتجار بالبشر في القانون العماني:**

نصت المادة الخامسة من قانون مكافحة الاتجار بالبشر الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ في عمان على ما يلي:

تتخذ عند التحقيق أو المحاكمة في جريمة الاتجار بالبشر الإجراءات التالية: أ- تعريف المجنى عليه بحقوقه القانونية بلغة يفهمها وإتاحة الفرص له لبيان وضعه القانوني والجسدي والاجتماعي.

يتضح من نص المادة أنها أشارت إلى ضرورة تقديم المساعدة القانونية للمجنى عليه (الضحية) في جريمة الاتجار بالبشر وذلك بلغة يفهمها، حيث يجب توضيح مركزه القانوني من حيث حقوقه كضحية جريمة اتجار بالبشر.

### **رابعاً: نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي:**

أوجب نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص السعودي تقديم المساعدة القانونية والمتمثلة في إعلام المجنى عليه (الضحية) بحقوقه النظامية (القانونية) وذلك باللغة التي يفهمها. وكذلك إتاحة الفرصة له لبيان مركزه القانوني والجسدي والنفسي والاجتماعي<sup>(٢)</sup>.

(١) المواد: ١٤ - ١٦.

(٢) المواد: ١٤ - ١٦.

خامساً: قانون مكافحة الاتجار بالبشر في البحرين لسنة ٢٠٠٨ والمساعدة

القانونية Legal Aid:

أشار قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص في البحرين رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ إلى واجب تقديم المساعدة القانونية للمجنى عليه (الضحية) في جرائم الاتجار بالأشخاص وذلك في المادة الخامسة التي تنص على:  
"تتخذ الإجراءات الآتية في مرحلة التحقيق أو المحاكمة بشأن جريمة الاتجار بالأشخاص:

- ١- إفهام المجنى عليه بحقوقه القانونية بلغة يفهما.
- ٢- تمكين المجنى عليه من بيان وضعه باعتباره ضحية بجريمة اتجار بالأشخاص وكذلك وضعه القانوني والجسدي والنفسي والاجتماعي.

ويتضح من سياق النص أن المساعدة القانونية المقررة في القانون البحريني تتمثل فقط في إفهام المجنى عليه في جريمة الاتجار بالبشر بحقوقه القانونية ومركزه القانوني باعتباره ضحية وذلك عن طريق استعمال لغة يفهما.

ويلاحظ أنه بمقارنة القوانين العربية المتعلقة بالاتجار بالبشر ما

يلي:

١- أن القانون السوري والعماني والمصري ونظام مكافحة الإتهجار بالأشخاص السعودي، فقد نصوا على تقديم مساعدة قانونية للمجنى عليه (الضحية) وذلك في صورة إعلامه بحقوقه ومركزه القانوني كمجنى عليه في جريمة الاتجار بالبشر، وذلك عن طريق لغة يفهما.

٢- أن القانون المصري ٦٤ لسنة ٢٠١٠ هو القانون المدني الوحيد الذي يقدم حماية أكبر للمجنى عليه من حيث أنه بالإضافة إلى اشتراطه ضرورة إعلام المجنى عليه بحقوقه ومركزه القانوني، فهو قد أشار صراحة إلى ضرورة توفير محام Attorneys Lawyer للمجنى عليه

فى جريمة الاتجار بالبشر وذلك فيما ورد فى نص المادة ٢٤ / هـ  
والتى جاء فيها صراحة ما يلى:

"الحق فى المساعدة القانونية، وعلى الأخص الحق فى الاستعانة  
بمحام فى مرحلة التحقيق والمحكمة، فإذا لم يكن قد اختار محامياً واجب  
على النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال أن تندب له محامياً وذلك  
طبقاً للقواعد المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية بشأن ندب محام  
للمتهم".

وجدير بالذكر الإشارة إلى ما جاء فى المادة ٩٣ من قانون المحاماة  
المصرى ١٧ / ١٩٨٣ والتى تنص على: (تقوم مجالس النقابات الفرعية  
بتشكيل مكاتب تابعة لها لتقديم المساعدات القضائية لغير القادرين من  
المواطنين فى دائرة اختصاص كل منها. وتشمل هذه المساعدات القضائية  
رفع الدعاوى والحضور فيها وفى تحقيقات النيابة العامة وإعطاء المشورة  
القانونية وصياغة العقود...).

وجاءت المادة ٦٤ من قانون المحاماة لتقرر: (على المحامى تقديم  
المساعدة القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص  
عليها هذا القانون، وعليه أن يؤدى واجبه عن مندب للدفاع عنه بنفس  
العناية التى يبذلها إذا كان موكلاً. ولا يجوز للمحامى المنتدب للدفاع أن  
يتنحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع  
أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره).

### المطلب السابع

#### الحماية اللاحقة والوقائية للمجنى عليه

أشارت نصوص البروتوكول إلى بعض أوجه الحماية اللاحقة  
والوقائية للمجنى عليه - الضحية - فى جرائم الاتجار بالبشر. ولقد  
اقتبست الكثير من التشريعات العربية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، بهذه  
الأوجه.

ومن ناحية ثانية، فقد أشار إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة  
لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة - إلى مجموعة من صور الحماية

اللاحقة لضحايا جرائم الاتجار بالبشر. فقد جاء به ما يوجب على الدولة تقديم رعاية صحية ومادية ونفسية واجتماعية للضحايا. مع مراعاة ذوى الاحتياجات الخاصة. ويتم هذا من خلال المشاركة بين المؤسسات الحكومية وغير الحكومية<sup>(١)</sup>.

ونحاول أن نرصد هنا أهم ملامح أوجه الرعاية اللاحقة والوقائية للمجنى عليه كما جاء فى البروتوكول ثم نرصد تأثيرها فى تشريعات البلاد العربية.

**أولاً: معالم الرعاية اللاحقة والوقائية للمجنى عليه طبقاً لأحكام البروتوكول:**

تمثل أهم معالم الرعاية اللاحقة والوقائية للمجنى عليه فى جرائم الاتجار بالبشر طبقاً للأحكام الواردة فى البروتوكول فيما يلى:

**لـ الرعاية الطبية والنفسية والمادية والعلامة البليغية:**

ولقد تأكد هذا من خلال ما جاء فى نص المادة السادسة من البروتوكول التى تنص على:

١- تمركز كل دولة طرف، فى الحالات التى تقتضى ذلك ويقدر ما يتيح قانونها الداخلى، على صون الحرمة الشخصية لضحايا

- 
- (١) فقد جاء فى إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة - ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥:
- ١٤- ينبغى أن يتلقى الضحايا ما يلزم من مساعدة مادية وطبية ونفسية واجتماعية من خلال الوسائل الحكومية والطوعية والمجتمعية والمحلية.
- ١٥- ينبغى إبلاغ الضحايا بمدى توفر الخدمات الصحية والاجتماعية وغيرها من المساعدات ذات الصلة، وأن يتاح لهم الحصول على هذه الخدمات بسهولة.
- ١٦- ينبغى أن يتلقى موظفو الشرطة والقضاء والصحة والخدمة الاجتماعية وغيرهم من الموظفين المعنيين تدريباً لتوعيتهم باحتياجات الضحايا، ومبادئ توجيهية لضمان تقديم المعونة المناسبة والفورية.
- ١٧- ينبغى لدى تقديم الخدمات أو المساعدة إلى الضحايا، ومبادئ توجيهية لضمان تقديم المعونة المناسبة والفورية.
- ١٨- ينبغى لدى تقديم الخدمات أو المساعدة إلى الضحايا إيلاء اهتمام لمن لهم احتياجات خاصة بسبب طبيعة الضرر الذى أصيبوا به أو بسبب عوامل كالتى ذكرت فى الفقرة ٣ أعلاه.

الاتجار بالأشخاص وهويتهم، بوسائل منها جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك الاتجار سرية.

٢- تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانوني أو الإداري الداخلي على تدابير توفير لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضى ذلك، ما يلي:

٣- تنظر كل دولة طرف في تنفيذ تدابير تتيح التعافى الجسدى والنفسانى والاجتماعى لضحايا الاتجار بالأشخاص، بما يشمل، فى الحالات التى تقتضى ذلك، التعاون مع المنظمات غير الحكومية وسائر المنظمات ذات الصلة وغيرها من عناصر المجتمع المدنى، وخصوصاً توفير ما يلى:

أ- السكن اللائق؛

ب- المساعدة الطبية والنفسانية والمادية؛

ج- فرص العمل والتعليم والتدريب.

٤- تأخذ كل دولة طرف بعين الاعتبار، لدى تطبيق أحكام هذه المادة، سن ونوع جنس ضحايا الاتجار بالأشخاص واحتياجاتهم الخاصة، ولا سيما احتياجات الأطفال الخاصة، بما فى ذلك السكن اللائق والتعليم والرعاية.

٥- تحرص كل دولة طرف على توفير السلامة البدنية لضحايا الاتجار بالأشخاص أثناء وجودهم داخل إقليمها.

٦- تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانونى الداخلى على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار التى تكون قد لحقت بهم.

ب- الإقامة الدائمة أو المؤقتة:

ولقد تأكد ما سبق من خلال ما جاء فى المادة السابعة والتي نصت

على ما يلى: ١- بالإضافة إلى اتخاذ التدابير المبينة فى المادة ٦ من هذا البروتوكول، تنظر كل دولة طرف فى اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير

أخرى مناسبة تسمح لضحايا الاتجار بالأشخاص، في الحالات التي تقتضى ذلك، بالبقاء داخل إقليمها بصفة مؤقتة أو دائمة.

ج- توفير الإيواء الأمن للمجنى عليه:

ولقد تأكد هذا في المادة السابعة التي نصت على:

١- تحرص الدولة الطرف التي يكون ضحية الاتجار بالأشخاص من رعاياها أو التي كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله إقليم الدولة الطرف المستقبلية، على أن تيسر وتقبل عودة ذلك الشخص دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول، مع إبطاء الاعتبار الواجب لسلامة ذلك الشخص.

٢- عندما تعيد دولة طرف ضحية اتجار بالأشخاص إلى دولة طرف يكون ذلك الشخص من رعاياها أو كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله إلى الدولة المستقبلية، يراعى فى إعادة ذلك الشخص إيلاء الاعتبار الواجب لسلامته، وإحالة أى إجراءات قانونية تتصل بكون الشخص ضحية للاتجار. ويفضل أن تكون تلك العودة طوعية.

٣- بناء على طلب من دولة طرف مستقبلية، تتحقق الدولة الطرف متلقية الطلب أن تتحقق دون إبطاء لا مسوغ له أو غير معقول مما إذا كان الشخص الذى هو ضحية للاتجار بالأشخاص من رعاياها، أو كان له حق الإقامة الدائمة فى إقليمها وقت دخوله إلى إقليم الدولة الطرف المستقبلية.

٤- تسهياً لعودة ضحية اتجار بالأشخاص لا توجد لديه وثائق سليمة، توافق الدولة الطرف التي يكون ذلك الشخص من رعاياها أو التي كان يتمتع بحق الإقامة الدائمة فيها وقت دخوله الدولة الطرف المستقبلية على أن تصدر، بناء على طلب الدولة الطرف المستقبلية، ما قد يلزم من وثائق سفر أو أذون أخرى لتمكين ذلك الشخص من السفر إلى إقليمها أو معاودة دخوله.

- ٥- لا تمس أحكام هذه المادة بأى حق يُمنح لضحايا الاتجار بالأشخاص بمقتضى أى قانون داخلى للدولة الطرف المستقبلية.
- ٦- لا تمس هذه المادة بأى اتفاق أو ترتيب ثنائى أو متعدد الأطراف منطبق يحكم كلياً أو جزئياً عودة ضحايا الاتجار بالأشخاص.

#### المادة التاسعة:

- ١- تضع الدول الأطراف سياسات وبرامج وتدابير أخرى شاملة من أجل: ب- حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، من معاودة إيذائهم.
- ٢- تسعى الدول الأطراف إلى القيام بتدابير، كالبحوث والمعلومات والحملات الإعلامية والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية، لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص.
- ٣- تشمل السياسات والبرامج والتدابير الأخرى التى توضع وفقاً لهذه المادة، حسب الاقتضاء، التعاون مع المنظمات غير الحكومية أو غيرها من المنظمات ذات الصلة وسائر عناصر المجتمع المدنى.
- د تسهيل عودة المجنى عليه إلى بلده، من خلال إصدار وثائق السفر فى وقت معقول:
- ١- التعاون مع المنظمات الحكومية وغير الحكومية ومؤسسات المجتمع المدنى فى مجال مكافحة الاتجار بالبشر.
- ٢- الدعوة إلى وضع سياسات لمنع إيذاء المجنى عليه.
- ٣- صون الحرمة الشخصية للمجنى عليه عن طريق اعتماد السرية فى الإجراءات القانونية.

**ثانياً: تأثير البروتوكول على تشريعات الاتجار بالبشر فى مجال الرعاية اللاحقة والوقائية للمجنى عليه:**

بالإطلاع على التنظيم القانونى للمركز القانونى للمجنى عليه - وبوجه خاص - فى مجال الرعاية اللاحقة والوقائية، فى التشريعات العربية، نجد أن هذه التشريعات قد تأثرت إلى حد كبير بما جاء فى البروتوكول.

وتتمثل أهم معالم هذا التأثير في مجال الرعاية اللاحقة والوقائية للمجنى عليه فيما يلي:

### أ- تقديم الرعاية الطبية والنفسية والمادية والسلامة البدنية والتأهيل:

أشارت بعض تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في البلاد العربية إلى تقديم الرعاية الطبية والنفسية والمادية وضمن السلامة البدنية للمجنى عليه (ضحية) الاتجار بالبشر.

#### ١- في القانون المصري:

ورد النص على ضرورة تقديم رعاية طبية للمجنى عليه في نص المادة ٢٢ والتي نصت على: (تكفل الدولة حماية المجنى عليه وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لمساعدته ورعايته صحياً ونفسياً وتعليمياً واجتماعياً...). وأكدت ما سبق المادة ٢٣ والتي نصت على: (.... كما يراعى كفالة الحقوق الآتية للمجنى عليه: ب- الحق في صوت حرمة الشخصية وهويته. وكذلك أشار القانون إلى ما يلي<sup>(١)</sup>:

"تقوم السلطات المختصة بتوفير برامج رعاية وتعليم وتدريب وتأهيل للمجنى عليهم المصريين سواء من خلال المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية".

#### ٢- القانون الأردني:

أشار القانون الأردني إلى الرعاية الصحية والشخصية للمجنى عليه، إذ جاء بالنص الآتي<sup>(٢)</sup>:

"لمجلس الوزراء بناء على تنسيب اللجنة إنشاء أو اعتماد دار واحدة أو أكثر لإيواء المجنى عليهم والمتضررين من جرائم الاتجار بالبشر على أن تحدد أسس الدخول إليها والخروج منها وبرامج التعافي الجسدي والنفسى والاجتماعى المقدمة لنزلاتها...".

ويتضح من منطوق النص، أن القانون الأردني جعل من واجبات اللجنة التى سوف ينشئها مجلس الوزراء ضرورة إنشاء دار للإيواء أو أكثر

(١) قانون مكافحة الاتجار بالبشر: المادة ٢٦.

(٢) القانون الأردني: المادى السابعة.



تقدم خدمات للمجنى عليهم فى جرائم الاتجار بالبشر، ومن هذه الخدمات تقديم الرعاية الصحية للمجنى عليهم.

### ٣- القانون الاتحادى الإماراتى:

لم يشر القانون الإماراتى إلى واجب تقديم رعاية صحية للمجنى عليه فى جرائم الاتجار بالبشر. ولكنه أشار إلى ضمانات لحماية المجنى عليه وصون حرمة الشخصية. وهذه الضمانات هى سرية المعلومات. إذ جاء النص على النحو التالى:

"تلتزم الجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون بسرية المعلومات التى تحصل عليها تنفيذاً لأحكامه، ولا تكشف سريتها إلا بالقدر الذى يكون ضرورياً لذلك"<sup>(١)</sup>.

### ٤- القانون السورى:

بالإضافة إلى ما جاء فى المادة الثالثة من الالتزام برعاية المجنى عليهم فى جرائم الاتجار بالبشر. فقد نص القانون السورى صراحةً على تقديم الرعاية الصحية للمجنى عليهم، إذ جاء النص على النحو الآتى<sup>(٢)</sup>:

"تتخذ السلطات المعنية التدابير الكفيلة بتوفير الحماية المناسبة لضحايا الاتجار وتؤمن لهم متطلبات المساعدة على التعافى الجسدى والنفسى والاجتماعى بالتعاون عند المقتضى مع المؤسسات الرسمية والمنظمات الشعبية والنقابات والجمعيات الأهلية ذات الصلة".

### ٥- القانون العُمانى:

أشار القانون العُمانى إلى ما يلى:

"تتخذ عند التحقيق أو المحاكمة فى جريمة الاتجار بالبشر الإجراءات التالية: ب- عرض المجنى عليه، إذا كان بحاجة على رعاية معينة أو سكن، على الجهة المختصة، ويودع - بحسب الحال - أحد

(١) قانون اتحادى بشأن مكافحة الاتجار بالبشر ٥١ لسنة ٢٠٠٦: المادة ١٤.

(٢) المادة ١/١٥.

مراكز التأهيل الطبية أو النفسية أو دور الرعاية أو أحد المراكز المخصصة للسكنى<sup>(١)</sup>.

٦- نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي:

عالج النظام هذه المسألة على النحو التالي<sup>(٢)</sup>:

- ١- تتخذ الإجراءات الآتية فى مرحلة التحقيق أو المحكمة فى شأن المجنى عليه فى جريمة الاتجار بالأشخاص.
  - ٢- إتاحة الفرصة له لبيان وضعه بما يتضمن كون ضحية اتجار بالأشخاص وكذلك وضعه النظامى والجسدى والنفسى والاجتماعى.
  - ٣- عرضه على الطبيب المختص إذا تبين أنه بحاجة إلى رعاية طبية أو نفسية، أو إذا طلب ذلك.
  - ٤- إيداعه أحد مراكز التأهيل الطبية أو النفسية أو الاجتماعية إذا تبين أن حالته الطبية أو النفسية أو العمرية تستدعى ذلك.
- ولكن تحفظت المملكة العربية السعودية على المادة ٣/٦ - د من البروتوكول والتي تقرر التزام الدولة بتوفير (فرص العمل والتعليم والتدريب) لضحايا الاتجار بالبشر<sup>(٣)</sup>. وتحفظت أيضاً دولة قطر على نفس المادة<sup>(٤)</sup>.

(١) ٥ / ب.

(٢) المادة ٢/١٥، ٣ من نظام مكافحة الأشخاص السعودى.

(٣) وجاء تحفظ المملكة السعودية على المادة ١/٧ (بالإضافة إلى تحفظها على المادة ٢/١٥ والمادة ٣/٦ - د).

The Kingdom .... It makes reservations regarding the contents of paragraph 3d of Article Six and paragraph 1 of Article 7 of the sais protocol.

(٤) وجاء تحفظ دولة قطر على المادة ٣/٦ - د على النحو الآتى:

First - Ther State of Qatar has reservations on the following: 1. Paragraph 3 (d) of Article 6, Which reads: "Employment, educational and training opportunities". ...

## ٧- قانون البحرين:

أشار قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص رقم ٢٢٢ لسنة ٢٠٠٨ في البحرين إلى واجب تقديم رعاية طبية ونفسية ومعنوية وتأهيل المجنى عليه. وقد تقرر هذا صراحةً في سياق على النحو التالي<sup>(١)</sup>:

"تتخذ الإجراءات الآتية في مرحلة التحقيق أو المحاكمة بشأن جريمة الاتجار بالأشخاص: ٣- عرض المجنى عليه على طبيب مختص إذا طلب ذلك، أو إذا تبين أنه بحاجة إلى رعاية طبية أو نفسية. ٤- إيداع المجنى عليه أحد مراكز التأهيل أحد مراكز التأهيل الطبية أو النفسية أو دور الرعاية إذا تبين أن حالته الطبية أو النفسية أو العمرية تستدعي ذلك. ب- توفير الإيواء الأمن للمجنى عليه:

إعمالاً لأحكام البروتوكول فقد أشارت بعض التشريعات العربية إلى توفير إيواء للمجنى عليه في جرائم الاتجار بالبشر. ا- في القانون المصري:

لقد تقرر ما سبق في المادة ٢٤ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر، إذ جاء النص على النحو التالي:

"توفر الدولة أماكن مناسبة لاستضافة المجنى عليهم في جرائم الاتجار بالبشر تكون منفصلة عن تلك المخصصة للجناة، وبحيث تسمح باستقبالهم لذويهم ومحاميهم وممثلي السلطات المختصة، وذلك كله بما لا يخل بسائر الضمانات المقررة في هذا الشأن في قانون الطفل أو أى قانون آخر."

## ٢- في القانون السوري:

نصت المادة ١٤ من المرسوم التشريعي بمنع الاتجار بالأشخاص على ما يلي:

١- تحدث وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل دوراً لرعاية ضحايا الاتجار بالأشخاص.

(١) المادة الخامسة.

٢- ترصد الاعتمادات اللازمة لهذه الغاية في موازنة وزارة الشئون الاجتماعية والعمل.

٣- تضع وزارة الشئون الاجتماعية والعمل النظام الداخلى لدور الرعاية وتولى الإشراف عليها.

٣- فى القانون العماني:

نصت المادة ٥ / ب من قانون مكافحة الاتجار بالبشر ٢٠٠٨/٢

على ما يلى:

"تتخذ عند التحقيق أو المحاكمة فى جريمة الاتجار بالبشر الإجراءات التالية .. ب- عرض المجنى عليه، إذا كان بحاجة إلى رعاية معينة أو سكن، على الجهة المختصة، ويودع - بحسب الحال - أحد مراكز التأهيل الطبية أو النفسية أو دور الرعاية أو أحد المراكز المختصة للسكنى".

٤ فى نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودى:

أشارت المادة ١٥ فى الفقرتين الخامسة والسابعة على ضرورة توفير إيواء للمجنى عليهم فى جرائم الاتجار بالأشخاص. فقد نصت المادة ١٥ على ما يلى:

"تتخذ الإجراءات الآتية فى مرحلة التحقيق أو المحاكمة فى شأن المجنى عليه فى جريمة الاتجار بالأشخاص: ..... ٥- إيداعه أحد المراكز المتخصصة إذا كان بحاجة إلى مأوى. ٧- إذا كان المجنى أجنبياً وكانت هناك ضرورة لبقائه فى المملكة أو العمل أثناء السير فى إجراءات التحقيق أو المحاكمة فللدعاء العام أو المحكمة المختصة تقدير ذلك".

٥- قانون البحرين:

نصت المادة الخامسة على ما يلى:

"تتخذ الإجراءات الآتية فى مرحلة التحقيق أو المحاكمة بشأن جريمة الاتجار بالأشخاص: ٤- إيداع المجنى عليه أحد المراكز المختصة للإيواء أو التأهيل أو لدى جهة معتمدة تتعهد بتوفير سكن له إذا تبين أنه بحاجة على ذلك".

ونصت المادة التاسعة على "يصدر وزير التنمية الاجتماعية قراراً بتنظيم مراكز إيواء المجنى عليهم فى جرائم الاتجار بالأشخاص ، وتحديد ضوابط ومعايير اعتماد الجهاد التى تتعهد بتوفير السكن لهم ، وضوابط إجراء التفتيش على مراكز إيواء وأماكن سكن المجنى عليهم فى تلك الجرائم".

### ج - الإقامة الدائمة أو المؤقتة:

لقد أشار البروتوكول إلى مسألة الإقامة الدائمة أو المؤقتة فى المادة ١٧/١<sup>(١)</sup>. بلا شك مسألة منح إقامة مؤقتة أو دائمة لضحايا الاتجار بالبشر الأجنبى فى إقليم الدولة التى وقعت فيها الجريمة ، مسألة بالغة الحساسية ، لارتباطها بقواعد متعلقة بالأمن القومى لكل دولة ، واعتبارات كثيرة ، أحياناً قد تفوق اعتبارات احترام الحقوق الإنسانية المقررة للمجنى عليهم ضحايا الاتجار بالبشر.

ولقد اختلفت التشريعات المقارنة ، فيما يتعلق بمنح المجنى عليه ضحية جريمة الاتجار بالبشر الحق فى الإقامة الدائمة أو الإقامة المؤقتة. فبعضها منح المجنى عليه ، إقامة دائمة وبعضها منح المجنى عليه حماية مؤقتة.

ولكن القدر الثابت هو أن القليل من الدول التى قررت فى تشريعها هذا الحق للمجنى عليهم<sup>(٢)</sup>.

(١) نصت المادة ١٧/١ من البروتوكول على "بالإضافة إلى اتخاذ التدابير المبينة فى المادة ٦ من هذا البروتوكول ، تنتظر كل دولة طرف فى اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مناسبة تسمح لضحايا الاتجار بالأشخاص ، فى الحالات التى تقتضى ذلك بالبقاء داخل إقليمها بصفة مؤقتة أو دائمة".

(٢) أنظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against women: Implications for more comprehensive strategy in legislation on the elimination of violence against women, UNODOP, Experts group on good practices in legislation on violence against women, 26 – 28/ May, 2008, p. 12, He states that (Unfortunately, few states have legislated for the issuance of a residency permit ....): This article available at Available at The protection Project website: <http://www.protectionproject.org/>

وفيما يتعلق بموقف التشريعات العربية من منح إقامة دائمة أو مؤقتة للمجنى عليهم في ضحايا الاتجار بالبشر نجد ما يلي:

لم يشر القانون المصري (قانون مكافحة الاتجار بالبشر) والقانون الأردني والقانون السوري والقانون الإماراتي إلى منح الإقامة الدائمة أو المؤقتة للمجنى عليه.

أما القانون البحريني فقد أشار إلى ما يلي<sup>(١)</sup>:

"مخاطبة رئيس اللجنة المنصوص عليها في المادة السابعة من هذا القانون إذا كان المجنى عليه أجنبياً وتبين أنه بحاجة إلى العمل، وذلك لإزالة ما قد يعترضه في هذا الشأن".

ونص نظام مكافحة الاتجار بالأشخاص السعودي على:

"إذا كان المجنى عليه أجنبياً وكانت هناك ضرورة لبقائه في المملكة، أو العمل أثناء السير في إجراءات التحقيق أو المحاكمة، فللادعاء العام أو المحكمة المختصة تقدير ذلك". وذلك بالرغم من أن المملكة السعودية تحفظت على المادة ١/٧ من البروتوكول<sup>(٢)</sup>.

ونص القانون العماني على:

"السماح للمجنى عليه أو الشاهد بالبقاء في السلطنة إذا اقتضى ذلك التحقيق أو المحاكمة وذلك بناء على أمر من الإدعاء العام أو المحكمة بحسب الأحوال"<sup>(٣)</sup>.

وجدير بالذكر أن المادة ١/٧ من البروتوكول كانت محل تحفظات من قبل بعض الدول. فمثلاً تحفظت عليها سوريا<sup>(٤)</sup> ودولة قطر<sup>(١)</sup>.

(١) القانون البحريني - المادة ٧/٥.

(٢) وجاء تحفظ المملكة السعودية على المادة ١/٧ (بالإضافة إلى تحفظها على المادة ٢/١٥ والمادة ٣/٦ - د).

The Kingdom does .... It makes reservations regarding the contents of paragraph 3d of Article Six.

(٣) المادة ٥ / د.

(٤) وجاء تحفظ سوريا على المادة ١/٧ (بالإضافة إلى تحفظها على المادة ٢/١٥) بالعبارات الآتية صراحة:

وجدير بالذكر أن قانون العقوبات الجزائري وطبقاً لتعديل ٢٠٠٩ قد أخذ موقفاً آخر، فهو وإن لم يمنح المجنى عليه الإقامة الدائمة أو المؤقتة. فهو - وبوجه عام - لم يتضمن الإشارة إلى ضمانات كثيرة للمجنى عليه ضحية الإتجار بالبشر، إلا أنه أشار في المادة ٣٠٣ مكرر / ٨ إلى حرمان الجاني من الإقامة، إذا كان أجنبياً نهائياً أو لمدة عشر سنوات.

د - تسهيل العودة للوطن:

إذا كان المجنى عليه أجنبياً، في جريمة الاتجار بالبشر، فأثار الجريمة تعتبر أكثر عمقاً، وبالتالي يحتاج إلى رعاية أكبر. فمن ناحية يحتاج إلى رعاية متعلقة بالماوى كما عاجلناها سابقاً. ومن ناحية ثانية يحتاج إلى رعاية متعلقة بالإقامة، بالإضافة إلى حاجته نحو الرجوع لوطنه.

أما فيما يتعلق بموقف تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في البلاد العربية فهو على النحو التالي:

---

=The Syrian Arab Republic expresses reservations with respect to the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, article 7, paragraph 1, and article 15, paragraph 2.

(١) وجاء تحفظ دولة قطر على المادة ١/٧ (بالإضافة إلى تحفظها على المادة ٢/١٥ والمادة ٣/٦ - د) على النحو الآتى:

(Reservations: First – The State of Qatar has reservations on the following:

- 1- Paragraph 3 (d) of Article 6, which reads: “Employment, educational and training opportunities”.
- 2- Paragraph 1 of Article 7, which states that: “each State Party shall consider adopting legislative or other appropriate measures that permit victims of trafficking in persons to remain in its territory, temporarily or permanently, in appropriate cases”.

Second – The State of Qatad declares that it does not consider itself bound by the provisions of Paragraph 2 of Article 15 which deals with the issue of settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Protocol.

نصت المادة ٢٥ من القانون المصري على ما يلي:

"تتولى وزارة الخارجية من خلال بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية بالخارج تقديم المساعدات الممكنة للمجنى عليهم من المصريين فى جرائم الاتجار بالبشر، وذلك بالتنسيق مع السلطات المختصة فى الدول المعتمدة لديها، وعلى الأخص إعادتهم إلى جمهورية مصر العربية وعلى نحو آمن وسريع، كما تتولى وزارة الخارجية بالتنسيق مع السلطات المعنية فى الدول الأخرى تسهيل الإعادة الآمنة السريعة للمجنى عليهم الأجانب إلى بلادهم الأصلية".

ثالثاً: تعويض المجنى عليه:

١- أحكام تعويض المجنى عليه فى البروتوكول:

أشار البروتوكول إلى ضرورة قيام الدول بكفالة تعويض المجنى عليهم Right to Compensation عن الأضرار التى لحقت بهم من جريمة الاتجار بهم. وتركت لكل دولة حرية وضع الآلية المناسبة لأعمال هذا الأمر. ولقد جاء ما سبق فى البروتوكول على النحو الذى "تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانونى الداخلى على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار التى تكون قد لحقت بهم"<sup>(١)</sup>.

فالملاحظ فى هذا النص أنه أشار إلى إقرار مبدأ تعويض المجنى عليه. وترك لكل دولة حرية التنظيم ومنهجية التطبيق وآلية التفعيل طبقاً لأنظمتها القانونية الداخلية.

ولكننا نرى إعمالاً لمبدأ ضرورة تكامل وتلاحم وتفعيل النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، على أساس أنها التى تتضمن المعايير الدولية لحماية حقوق الإنسان والواجب على الدول مراعاتها. فىجب ربط النص السابق بما جاء من أحكام فى إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة ١٩٨٥<sup>(٢)</sup> وذلك لتكامل منظومة المعايير الدولية لحقوق الإنسان، والتزام الدول بها.

(١) بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠، المادة السادسة ...

(٢) فقد نص إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة (١٩٨٥) على ما يلى بالنسبة لتعويض المجنى عليهم ضحايا الجريمة.=



## ٢- طرق تعويض المجنى عليه في التشريعات المقارنة:

فى مجال مكافحة الاتجار بالبشر، وطبقاً للمعايير الدولية،  
للمجنى عليه الحق فى التعويض Right to compensation for  
damages. ولقد تنوعت طرق تعويض المجنى عليه فى التشريعات  
المقارنة<sup>(١)</sup>.

=فمن ناحية، نصت المادة الرابعة على (ينبغى معاملة الضحايا برأفة واحترام  
لكرامتهم. وبحق لهم الوصول إلى آليات العدالة والحصول على الإنصاف الفورى  
وفقاً لما تنص عليه التشريعات الوطنية فيما يتعلق بالضرر الذى أصابهم) ومن ناحية  
ثانية، نصت المادة الثامنة على "ينبغى أن يدفع المجرمون أو الغير مسئولون عن  
تصرفاتهم، حشماً كان ذلك مناسباً، تعويضاً عادلاً للضحايا أو لأسرهم أو لمعاليتهم.  
وينبغى أن يشمل هذا التعويض إعادة الممتلكات ومبلغاً لجبر ما وقع من ضرر أو  
خسارة، ودفع النفقات المتكبدة نتيجة للإيذاء، وتقديم الخدمات ورد الحقوق".  
ومن ناحية ثالثة، قررت المادة ١١ مسئولية الدولة عن التعويض إذا صدرت المخالفة  
من موظفيها، حيث نصت على "عندما يقوم الموظفون العموميون وغيرهم من  
الوكلاء الذين يتصرفون بصفة رسمية أو شبه رسمية بمخالفة القوانين الجنائية  
الوطنية، ينبغى أن يحصل الضحايا على تعويض من الدولة التى كان موظفوها أو  
وكلاؤها مسئولين عن الضرر الواقع. وفى الحالات التى تكون فيها الحكومة التى  
حدث العمل أو التقصير الاعتدائى بمقتضى سلطتها قد زالت من الوجود، ينبغى  
للدولة أو الحكومة الخلف أن تقوم برد الحق للضحايا".  
ومن ناحية رابعة، نصت المادة ١٢ "حشماً لا يكون من الممكن الحصول على تعويض  
كامل من المجرم أو من مصادر أخرى، ينبغى للدول أن تسعى إلى تقديم تعويض مالى  
إلى:

أ- الضحايا الذين أصيبوا بإصابات جسدية بالغة أو باعتلال الصحة البدنية أو  
العقلية نتيجة لجرائم خطيرة.

ب- أسر الأشخاص المتوفين أو الذين أصبحوا عاجزين بدنياً أو عقلياً نتيجة  
للإيذاء، وبخاصة من كانوا يعتمدون فى إعالتهم على هؤلاء الأشخاص.  
وبالإضافة إلى ما سبق، فقد أشارت ١٣ إلى فكرة إنشاء صندوق مخصص لتقديم  
التعويض لضحايا الجريمة. وهى الفكرة التى أخذت بها قوانين الكثير من الدول بشأن  
تعويض ضحايا الاتجار بالبشر، مثل القانون المصرى ٦٤ لسنة ٢٠١٠.

(١) وجدير بالذكر الإشارة، أن إذاعة الأمم المتحدة أعلنت فى ٢٠١٠/١١/٤ فى مؤتمر  
صحفى عن إنشاء صندوق الأمم المتحدة لمساعدة ضحايا الاتجار بالبشر ولا سيما  
النساء والأطفال. وهو من ضمن عناصر خطة الأمم المتحدة العالمية الجديدة بشأن  
مكافحة الاتجار بالبشر. ويهدف هذا إلى تقديم المساعدات الإنسانية والقانونية =

= والمالية للمضحايا وتقع إدارة الصندوق ضمن مسئوليات مكتب الأمم المتحدة المعنى  
للمخدرات والجريمة.  
أنظر:

<http://www.unmultimedig.org/arabic/radio/detail/50111.html>

ومرجعية إنشاء هذا الصندوق كما يلي:

**The United Nations has launched a fund to provide humanitarian, legal and financial aid to victims of trafficking in persons through established channels of assistance (the implementing partners, Such as governmental, intergovernmental and non – governmental organizations, The Fund was established in accordance with resolution A/RES/64/293 Article 38 of the General Assembly on 12 August 2010 – United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons. Article 38 states: Establish the United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons. Article 38 states: Establish the United Nations Voluntary Trust Fund for Victims of Trafficking in Persons, Especially the United Nations Voluntary The Fund for Victims of Trafficking in Persons, Especially Women and Children, to provide humanitarian, legal and financial aid to victims of trafficking in persons through established channels of assistance, such as governmental, intergovernmental and non – governmental organizations, which shall operate as governmental, intergovernmental and non – governmental organizations, which shall operate as a subsidiary fund of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Fund managed by the United Nations Office on Drugs and Crime, and shall be administered in accordance with the Financial Regulations and Rules of the United Nations and other relevant provisions, with the advice of a board of trustees composed of live person with relevant experience in the field of trafficking in persons who shall be appointed with due regard to equitable geographical distribution by the Secretary – General in consultation with Member States and the Executive Director of the United Nations office on Drugs and Crime.**

**To ensure efficient, transparent, and accountable Fund administration and to support uniform and consolidated reporting, UNODC is designated as the Fund Manager for the=**

ويوجه عام، فقد استقر الشراح على أن طرق تعويض المجنى عليه عن الضرر، في جرائم الاتجار بالأشخاص هي: التعويض الإجباري Confiscation of Mandatory restitutions، مصادرة الممتلكات، إنشاء صندوق حكومي لتقديم التعويض State fund، assestes، التعويض عن طريق الدعوى المدنية Civil action، التعويضات الجزائية Punitive damages<sup>(١)</sup>.

وباستقراء تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر (أو الاتجار بالأشخاص) في الأنظمة القانونية الداخلية، نجد أن بعضها أخذ بفكرة

---

=Fund. UNODC will administer the Fund, with the advice of a Board of Trustees appointed by the Un Secretary – General, in accordance with the Financial Regulations and Rules of the United Nations and the relevant policies and procedures promulgated by the Secretary – General.

Contributions to the Fund may be accepted from governments, intergovernmental for non governmental organizations, private – sector organizations and the public at large, in accordance with the United Nations Financial Regulations and Rules, Acceptance of funds from the private sector will be guided by criteria stipulated in the Un Secretary – General’s guidenlines on cooperation between the NU and Business Community.

Contributions may be accepted in United States dollars or any fully convertible currency. Such contributions shall be deposited into the UNODC bank account and recorded under the Fund created for this purpose by the Fund Manager, as per the banking information provided herewith.

المصدر:

<http://www.unodc.org/unodc/human/trafficking/fund.html>.

(١) أنظر في هذا: مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة: مكافحة الاتجار بالأشخاص – كتيب إرشادي للبرلمانيين، الترجمة العربية، ص ٥٣ وما بعدها. أنظر:

The Protection project website:

<http://www.protectionproject.org/wp-content/uploads/2010/09/Un-Handbook-engl-core-low.pdf>.

الصندوق الحكومي (على سبيل المثال في مصر قانون ٦٤ لسنة ٢٠١٠  
وبعض الدول أخذت بالدعوى المدنية<sup>(١)</sup>.

(١) وجدير بالذكر هنا الإشارة إلى ما نص عليه قانون غانا ٢٠٠٥ إذا ورد به ما يلي:  
**GHANA: HUMAN TRAFFICKING ACT**, Available at the  
protection Project website:

[http://www.protectionproject.org/wp-content/2010/09/Ghana\\_Human\\_Trafficjing\\_Act\\_2005.pdf](http://www.protectionproject.org/wp-content/2010/09/Ghana_Human_Trafficjing_Act_2005.pdf).

19- (1) A Person convicted of the offence of trafficking shall be ordered by the court to pay compensation to the victim of the traddicking.

(2) A Person Who causes injury to a person in pursuit of trafficking shall beordered by the court to pay compensation to eht injured person.

(3) The Payment of compensation shall be in addition to any other punishment.

Source of money for the fund

21- The Moneys for the Fund include:

(a) voluntary contributions to the Fund from individuals, Organisation and the private sector.

(b) the amount of money that Parliament may approve for payment into the Fund.

(c) grants from bilateral and multilateral sources,

(d) proceeds from the confiscation of prpperty connected with trafficking, and

(e) money from and other source approved by the Minister responsible for Finance.

Objective of the Fund

22- The moneys of the Fund shall be applied as follows:

(a) towards the basic material support of victims of trafficking;

(b) for the skiills training of victims of trafficking;

(c) for tracing the families of victims of trafficking;

(d) for and matter connected with the rescue, rehabilitation and reintegration of victims of trafficking in their best interest;

(e) towards the construction of repection shelters for trafficked persons in the districts; and

(f) for training and capacity building to persons connected with rescue, rehabilitation and reintegration:

## ٢- المادة ٢٧ من قانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري وإنشاء صندوق لتعويض ضحايا الاتجار بالبشر:

إذا كانت الحركة التشريعية العالمية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر قد نشطت بعد بروتوكول ٢٠٠٠ واهتمت التشريعات العالمية المتعلقة بالاتجار بحماية المجنى عليه، ولقد تفاوتت التشريعات المقارنة فيما بينها فيما يتعلق بقدر الحماية التي قررتها للمجنى عليه.

ولكن الجدير بالذكر الإشارة إلى ما قرره قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر ٦٤ لسنة ٢٠١٠، حيث قضى بضرورة إنشاء صندوق حكومي State Fund، لرعاية ضحايا الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

ولقد تقرر إنشاء هذا الصندوق بمقتضى نص المادة ٢٧ من القانون والتي تنص على:

"ينشأ صندوق لمساعدة ضحايا الاتجار بالبشر، تكون له الشخصية الاعتبارية العامة، يتبع رئيس مجلس الوزراء، ويتولى تقديم المساعدات المالية للمجنى عليهم ممن لحقت بهم أضرار ناجمة عن أى من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون".

وباستقراء التشريعات العربية المتعلقة بالاتجار بالبشر، لا يوجد بها نص مماثل للمادة ٢٧ من القانون المصري. ويعتبر ما قرره المادة ٢٧ من إنشاء صندوق لتقديم مساعدات مالية لضحايا الاتجار بالبشر، سمة مميزة من سمات القانون المصري بالمقارنة للتشريعات المقارنة العربية وبعض التشريعات الأجنبية.

---

(١) وجدير بالذكر إن ما ورد في نص المادة ٢٧ من القانون المصري يتوافق مع المعايير الدولية المتعلقة بتعويض ضحايا الجريمة، ويوجه خاص يتوافق مع جاء في إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة ١٩٨٥، والتي نص في المادة ١٣ على:

"ينبغي تشجيع إنشاء وتعزيز وتوسيع الصناديق الوطنية المخصصة لتعويض الضحايا. ويمكن أيضاً، عند الاقتضاء، أن تنشأ صناديق أخرى لهذا الغرض، بما في ذلك الحالات التي تكون فيها الدولة التي تنتمي إليها الضحية عاجزة عن تعويضها عما أصابها من ضرر".

ويمكن القول أن ما قرره القانون المصرى من إنشاء صندوق لتقديم مساعدات لضحايا الاتجار بالبشر، يتوافق مع ما قرره بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص ٢٠٠٠ والتي نصت على:

"تكفل كل دولة طرف احتواء نظامها القانونى الداخلى على تدابير تتيح لضحايا الاتجار بالأشخاص إمكانية الحصول على تعويض عن الأضرار التى تكون قد لحقت بهم"<sup>(١)</sup>.

بمقتضى النص السالف ذكره، يجب على الدول أن تكفل تقديم تعويض للمجنى عليه ضحية الاتجار بالبشر، وذلك فى تشريعاتها. ولكن يلاحظ أن النص أشار فقط إلى هذا الالتزام، دون أن يحدد من يكون محملاً بالتعويض هل الدولة ذاتها أو الجانى أم ماذا.

وإعمالاً لعمومية النص فإن كل دولة لها الخيار فى تقدير من يكون مسئولاً عن تقديم التعويض للمجنى عليه، وأسس تقدير هذا التعويض. ولكن بلا شك هذا الأمر يثير أموراً عديدة مثل هل الدولة هى المسئولة عن التعويض أم الجانى وما هى قواعد تقدير هذا التعويض، وما نوع الأضرار التى يجب التعويض عنها، مع ملاحظة الفرق بين مفهوم المجنى عليه والمضروب والضحية فى النظم الجنائية، وكذلك العلاقة بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية، وقواعد التعويض عن الضرر الأدبى والضرر المادى والضرر المباشر والضرر غير المباشر. وبلا شك كل هذه الأمور بحاجة إلى دراسات متخصصة.

وقد يكون التفسير السابق - الذى قدمناه - مقبولاً إذا احتوى النظام القانونى للجنة التى نص عليها القانون (اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر) على تقديم تعويضات للضحايا من الموارد المالية للصندوق، حيث إن القانون قد أسند لهذه اللجنة مهمة التنسيق على المستوى الوطنى بين السياسات والخطط والبرامج الموضوعية لمكافحة الاتجار بالبشر وحماية المجنى عليهم وتقديم الخدمات وحماية الشهود.

(١) المادة ٦/٦.

فيمكن اعتبار تقديم تعويضات لهم من صور الخدمات التي يمكن تقديمها للمجنى عليهم ضحايا الاتجار بالبشر<sup>(١)</sup>.

### الخاتمة

خلاصة الأمر، إن تأثير بروتوكول الأمم المتحدة ٢٠٠٠ في الحركة التشريعية العربية في نطاق مكافحة الاتجار بالبشر يعتبر تأثيراً ملحوظاً ومؤثراً. وإن كانت هذه المقالة حاولت التركيز فقط حول مدى تأثير البروتوكول في التنظيم القانوني لحماية المجنى عليه في التشريعات العربية، إلا أن هناك جوانب أخرى كثيرة من التأثير ملحوظة الأثر في هذه التشريعات.

فبروتوكول ٢٠٠٠ قد بين للمشرع في الدول العربية (والأجنبية) الاتجاه الصحيح في السياسة التشريعية إزاء ظاهرة الاتجار بالبشر. وذلك انطلاقاً من أن البروتوكول كما قيل قد قام بما يلي<sup>(٢)</sup>:

(.. The Un protocol made some important strides in guiding antitrafficking legislation toward a more comprehensive direction).

فالمحاور الأساسية لحماية المجنى عليه (ضحية الاتجار بالبشر) التي تضمنتها التشريعات العربية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر، تتفق في الكثير من جوانبها مع المحاور الأساسية لحماية المجنى عليه التي نص عليها البروتوكول، والمعايير الدولية لحماية حقوق الإنسان.

(١) في المادة ٢٨ حيث نصت المادة على ما يلي:

"نشأ لجنة وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر تتبع رئيس مجلس الوزراء تختص بالتنسيق على المستوى الوطني بين السياسات والخطط والبرامج الموضوعية لمكافحة الاتجار بالبشر وحماية المجنى عليهم وتقديم الخدمات لهم وحماية الشهود ويصدر بتنظيم هذه اللجنة وتحديد اختصاصاتها الأخرى وتشكيلها قرار من رئيس مجلس الوزراء".

(٢) أنظر:

Mohamed Mattar: Legal approaches to trafficking as a form of violence against women, op P. 2/

<http://www.protectionproject.org/publications/>.

ولكن بالرغم من أن التشريعات العربية قد اتفقت على تقديم حماية للمجنى عليه في جريمة الاتجار بالبشر، إلا أنها تفاوتت في قدر هذه الحماية. إذا وصلت هذه الحماية حدها الأقصى في قانون مكافحة الاتجار بالبشر في مصر ٦٤ لسنة ٢٠١٠، ووصلت إلى حدها الأدنى في القانون الاتحادي الإماراتي ٥١ لسنة ٢٠٠٦.

ولقد تميز قانون مكافحة الاتجار بالأشخاص السوري بما تضمنته المادة ١٩ عن قوانين مكافحة الاتجار بالبشر في البلاد العربية، حيث إن منطوق المادة ١٩ يجعل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاتجار بالبشر تسري في حالة غياب النصوص التشريعية السورية<sup>(١)</sup>.

ومن الثابت أن مكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر تتطلب (ما يطلق عليه Five P's) ويقصد بهذا: الملاحقة Proecution والحماية Protection والتشريع Provision والمنع Prevention والمشاركة<sup>(٢)</sup> Participation.

والملاحظ من خلال استقراء التشريعات العربية المتعلقة بالاتجار بالبشر، إنها قد ركزت على المحاور السابقة - وفي إطار حماية المجنى عليه نجد امتثال التشريعات العربية لهذه المحاور - ولكن بدرجات مختلفة.

---

(١) نصت المادة ١٩ من المرسوم التشريعي رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ مرسوم تشريعي بمنع الاتجار بالأشخاص على:

"في جميع الحالات التي لم يرد عليها نص في هذا المرسوم التشريعي تراعى الأحكام الموضوعية ذات الصلة الواردة في القوانين والاتفاقيات الدولية النافذة في سوريا".

(٢) أنظر:

USAID: Assessment on the status of trafficking in persons in Egypt, August, 2007, P.2;



موقف الشريعة الإسلامية من عملية الخصم  
التي تجريها البنوك على الأوراق التجارية  
دراسة فقهية مقارنة  
أ. د/ فاضل أحمد إبراهيم النشوي  
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن - بكلية الشريعة والقانون  
فرع جامعة الأزهر بطنطا

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله على نعمه وآلائه أحمده سبحانه  
والتوفيق لنحمد من نعمه، وأشكره كفيلاً بالمزيد من فضله وكرمه  
وقسمه، وأتوب إليه من الذنوب التي توجب زوال نعمه وحلول نقمه،  
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له كلمة قامت بها الأرض  
والسموات، وأشهد أن محمد عبده ورسوله وخيرته من خلقه وحجته على  
عباده وأمينه على وحيه، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه والتابعين  
وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين وعنى معهم بفضلك وجودك يا أكرم  
الأكرمين،  
أما بعد:

فإن المال هو عصب الحياة وضرورة من ضروراتها، وقد أولاه  
الإسلام عناية فائقة فقرر أنه زينة الحياة، وقد حث الإسلام على حفظ  
المال وتنميته واستثماره بأفضل وأكفأ الوسائل والأساليب المشروعة.  
ولقد شرع الله سبحانه وتعالى لتداول المال نظاماً محكماً يعرف  
لدى الفقهاء بنظام المعاملات. فقد نزل التشريع الإسلامى والناس  
يتعاملون على أساس المنفعة، ولو كان ذلك يلحق الضرر بالآخرين،  
فأخذ ينظم معاملاتهم، فحرم منها ما حرم وأحل منها ما أحل، وعدل  
منها ما عدل، فأحل البيع وحرم الربا ووضع البيع والشراء قواعد عامة  
وشروطاً وضوابط وأخلاقيات للعقود والتعامل التجارى، ليعود النفع  
على البائع والمشتري معاً.

ولعل الأوراق التجارية من أهم المجالات المستحدثة فى التعامل  
والتي تشمل جميع القنوات التي ينساب فيها المال، فالأوراق التجارية  
أوراق مالية لها صفة القبول والتداول فى عالم التجارة، وهى ليست  
محصورة فى أوراق معينة، لأن الفكر التجارى مرن مرونة الحركة التجارية  
العالمية، فالعمليات التجارية تتسم بطابع السرعة والمرونة وتتميز أيضاً  
بالقسوة فى منح المدين مهلة للوفاء.

ولهذا انفردت الأوراق التجارية بقواعد وأحكام تختلف تماماً عما  
هو منصوص عليه فى القانون المدنى وأن موضوع الأوراق التجارية يعتبر  
بمثابة العمود الفقري فى العمل التجارى بشكل عام والعمل المصرفى  
بشكل خاص.

والأوراق التجارية مليئة بالقضايا المتعلقة بالأوراق التجارية،  
ولعل أهم هذه القضايا قضية تحدث عنها فقهاء القانون التجارى فى كتبهم  
وأولوها عناية خاصة لما لها من أهمية واقعية وعلمية ألا وهى قضية  
(خصم الأوراق التجارية).

ولأهمية هذه القضية رأيت أن أتناول موضوع متعلق بهذه القضية  
قضية خصم الأوراق التجارية أبين فيه تعريف الأوراق التجارية  
وخصائصها، وتعريفاً لخصم الأوراق التجارية وبيان التكييف الفقهي لها  
والبدائل الإسلامية المقترحة لعملية الخصم التجارى وقد استعنت الله عز  
وجل على كتابة هذا الموضوع والذى عنونت له بعنوان (موقف الشريعة  
الإسلامية من عملية الخصم التي تجريها البنوك على الأوراق التجارية).

والله أسأل أن يرزقنى العون فيه وأن أصيب الحق فيما أذهب إليه  
وما توفيقى إلا باللهم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

### خطة البحث:

يشتمل هذا البحث على مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:

أما المقدمة: فقد تناولت فيها بيان أهمية التعامل بالأوراق التجارية.

وأما المباحث الأربعة فهى:

المبحث الأول: التعريف بالأوراق التجارية وبيان خصائصها.  
المبحث الثاني: التعريف بعملية خصم الأوراق التجارية.  
المبحث الثالث: التكيف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية.  
المبحث الرابع: البدائل الإسلامية المقترحة لعملية الخصم التجارى  
الواقعة على الأوراق التجارية.  
وأما الخاتمة: فقد بينت فيها مكانة الشريعة الإسلامية فى تنظيمها  
للمعاملات المالية.

### المبحث الأول

#### التعريف بالأوراق التجارية وبيان خصائصها

ويتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: التعريف بالأوراق التجارية.
- المطلب الثانى: خصائص التعامل بالأوراق التجارية.
- المطلب الثالث: نشأة الأوراق التجارية ومراحل تطورها.

#### المطلب الأول

##### التعريف بالأوراق التجارية

الناظر فى كتب القانون الوضعى يجد أن القانونيين ذكروا أن  
المشروع لم يضع تعريفاً محدداً للأوراق التجارية بل اكتفى بذكر أنواعها  
فقط، ومع ذلك فإننا نجد الفقه والقضاء قد تعرضا لتعريف الأوراق  
التجارية وذكروا لهذا المصطلح تعاريف عدة نذكر طرفاً منها بإيجاز وذلك  
على النحو التالى:

- أ- عرف بعض فقهاء القانون الأوراق التجارية بأنها عبارة عن (عدد من  
الوثائق المكتوبة وفق اشتراطات شكلية، وتتضمن تعهداً أو أمر بدفع  
مقدار من النقود عند الإطلاع على الوثيقة أو فى موعد معين أو قابل  
للتعيين).

ب- وعرفها البعض الآخر بأنها (محرر مكتوب قابل للتداول بالطرق التجارية (التظهير أو التسليم) ويمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود ويستحق الوفاء بمجرد الإطلاع أو فى أجل معين ويجرى العرف على قبوله كأداة للوفاء بدلاً من النقود).

فبالنظر فى هذين التعريفين للأوراق التجارية نجد أن شراح القانون قد حددوا الإطار العام للأوراق التجارية وبينوا أن هذه الأوراق الهدف منها هو حفظ أموال الغير وأدائها إلى أصحابها فى أوقاتها المحددة والمنصوص عليها بين الدائن والمدين ، وعليه فإنى أستطيع أن أقول أن الأوراق التجارية عبارة عن (صكوك تمثل حقاً نقدياً واجب الدفع فى ميعاد معين وقابلة للتداول بالطرق التجارية على أن يستقر العرف على قبولها كأداة وفاء بدلاً من النقود)<sup>(٢)</sup>.

تلك هى حقيقة الأوراق التجارية ذكرناها بشئ من الإيجاز لتوضح هذه الفكرة لدى القارئ الكريم ، هذا ومصطلح الأوراق التجارية مصطلح قانونى أوروبى لم يستعمله فقهاء الشريعة الإسلامية فى كتبهم بهذا الاسم ، وإنما استعملوه بمسميات أخرى كالصك والسفتجة والحوالة إلى غير ذلك من المسميات التى ذكرها فقهاء الشريعة فى كتبهم والهدف منها حفظ الحقوق وإيصالها لأصحابها وهذا المسلك من فقهاء الشريعة لا يعد قصوراً فى الشريعة الإسلامية كما يظن البعض ويدعى ذلك بل يعد تمييزاً لها عن الشرائع الأخرى الوضعية فلكل شرع طابعه وإطاره الخاص به الذى يميزه عن غيره<sup>(٣)</sup>.

(١) الأوراق التجارية أ.د/ سميحة القليوبى ص ٦ وما بعدها ط: دار النهضة العربية الطبعة الأولى (١٩٨٧م)، الأوراق التجارية أ.د/ عبد الفضيل محمد أحمد ص ١، ط مكتبة الجلاء الجديدة بالمتصورة الطبعة الأولى (١٩٩٧م)، الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية أ.د/ محمد أحمد سراج، تقديم أ.د/ حسين حامد حسان ص ٤٣ ط: دار الثقافة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى (١٩٨٨م).

(٣) الوكالة فى الفقه الإسلامى وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة د/ عمر نجدات محمد ص ٢٣٧ ط: دار المكتبي، دمشق الطبعة الأولى (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م) الأعمال=

## المطلب الثاني

### خصائص التعامل بالأوراق التجارية

ذكر فقهاء القانون التجارى مجموعة من الخصائص للأوراق التجارية وهى على النحو التالى:

١- الكفاية الذاتية للأوراق التجارية:

وبيان ذلك أن هذه الأوراق لها طبيعة خاصة واستقلال ذاتى فلا بد وأن تكون البيانات المدونة بهذه الأوراق محددة فى إطار خاص بحيث لا تلتبس هذه الأوراق بغيرها وبناء على هذا الاستقلال الذاتى أنه لا يكفى لاعتبار المحرر ورقة تجارية أن تتضمن البيانات المطلوبة قانوناً بل يجب أن يكون هذا المحرر كافياً لبيان مدى الالتزام الثابت به وأوصافه بحيث تكفى مجرد النظرة إليه لتحديد الحقوق التى يتضمنها المحرر ومداها.

٢- أن الأوراق التجارية هى صكوك بها بيانات معينة ومعنى ذلك أن الصك المادى ليس مشروطاً فقط لإثبات الالتزام الثابت فيه بل هو شرط وجود مما دفع الشراح إلى القول أن الورقة التجارية تصرف شكلياً، ولذلك لا تنطبق أحكام القانون الخاصة بالأوراق التجارية ما لم تكن هناك ورقة متضمنة للبيانات المطلوبة قانوناً ولو ثبت مضمون الورقة بديل آخر كالإقرار.

٣- الأوراق التجارية هى صكوك مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير:

تمثل الورقة التجارية ديناً مستحق الدفع بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير كثلاثة أو ستة أشهر مثلاً.

٤- الأوراق التجارية هى صكوك تمثل حقاً نقدياً.

---

= المصرفية والإسلام تأليف: مصطفى عبد الله الهمشرى ص ١٨٣، ط الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م)، القانون التجارى (الأوراق التجارية - العقود التجارية - عمليات البنوك) د/ غلى البارودى ص ٩ ط: منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الأولى (١٩٧٥ م)، الأوراق التجارية د/ على حسن يونس ص ٣ وما بعدها ط: بدون ذكر اسم مطبعة وتاريخ طبع.

تمثل الأوراق التجارية دائماً حقاً بمبلغ من النقود ولذلك لا يعد سند الشحن البحري وتذكرة النقل البري أو الجوي من الأوراق التجارية لأنها وإن كانت قابلة للتداول بطريق التظهير أو التسليم بحسب ما إذا كانت إذنية أو لحاملها إلا أنها لا تمثل حقاً نقدياً بل تمثل البضائع المنقولة.

٥ - الأوراق التجارية هي صكوك قابلة للتداول.

الأوراق التجارية قابلة للتداول إما بطريق التظهير إذا كانت إذنية وإما بطريق التسليم إذا كانت لحاملها وهذان الطريقتان أكثر بساطة وسرعة من طريق حوالة الحق المدنية والقابلة للتداول وهي التي تميز الأوراق التجارية عن الفواتير التي تحصل بياناً بقيمة البضائع التي اشتراها التاجر.

٦ - رعاية حقوق حامل الورقة التجارية وأخذ المدين فيها بأحكام أشد منها في القواعد العامة.

٧ - محل الورقة التجارية الوفاء بمبلغ من النقود.

تقوم الأوراق التجارية مقام النقود في الوفاء ولذلك وجب أن تتوفر فيها الثقة التي تتوفر في النقود ولا اعتبار هذه الخصوصية فإنه لا بد من الأمور التالية :

أ - يجب أن يكون محل الورقة التجارية الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد استحقاق معين أو قابل للتعين ففي هذه الحالة يكون من السهل على الناس قبول الأوراق التجارية في الوفاء بما لهم من حقوق ما دام أنهم مطمئنون إلى الحصول على القيمة الثابتة فيها في ميعاد الاستحقاق.

ب - لما كانت الورقة التجارية ترد على مبلغ من النقود فقد استتبع ذلك جواز خصمها لدى أحد البنوك والحصول على قيمتها دون انتظار ميعاد الاستحقاق في مقابل التنازل عن فائدة يسيرة يخصمها البنك من أصل قيمة الورقة بسبب تعجيل الوفاء ويقوم البنك بعملية الخصم بسبب أن الورقة التجارية تمثل ديناً نقدياً وأن هذا الدين له قيمة ثابتة.

أما إذا كان الصك يمثل قيمة نقدية متغيرة فإنه لا يعتبر من قبيل الأوراق التجارية كما هو الحال بالنسبة للأسهم والسندات إذ يكون لها سعر في البورصة ولكنه لا يكون بمثابة قيمة نقدية ثابتة بل يكون عرضة

للاارتفاع والانخفاض بسبب ظروف التعامل وشأن السهم أو السند شأن  
أى سلعة أخرى، ولذلك لا يصلح أن يكون أداة وفاء ولا تقبل البنوك  
إخضاعه لنظام الخصم الذى يسرى على الأوراق التجارية.

ج- كذلك تعتبر الورقة التجارية أداة وفاء وتقوم فى ذلك مقام  
النقود وحتى تبلغ الورقة التجارية هذه الدرجة فقد وجب أن يجرى العرف  
على قبولها فى تسوية الديون فإذا ثبت للصك كل خصائص الورقة  
التجارية ولم يجر العرف رغم ذلك على قبوله فى الوفاء بالديون فلا يعتبر  
من قبيل الأوراق التجارية ولا يخضع للقواعد التى تسرى عليها.  
تلك هى أبرز وأهم خصائص الأوراق التجارية ذكرناها بشئ من  
التفصيل<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### نشأة الأوراق التجارية ومراحل تطورها

بعد أن بينت فى المطلبين السابقين حقيقة الأوراق التجارية  
وخصائصها أبين هنا فى هذا المطلب التطور التاريخى للعمل بالأوراق  
التجارية فأقول:

عرفت البشرية ثلاثة وسائل للتبادل التجارى وهى المقايضة  
والنقود والائتمان، وقد تميزت المرحلة الأولى باستخدام المقايضة التى  
تقوم على مبادلة سلعة بأخرى، وقد كانت تواجه صعوبات عديدة منها:  
كيفية استبدال السلع الكبيرة الحجم بالسلع الصغيرة الحجم، والسلع  
الغالية الثمن بالسلع المنخفضة الثمن، كما أن الاختلاف كان يحدث دائما

(١) يراجع فيما تقدم: الأوراق التجارية أ.د/ على جمال الدين عوض - ص ٨ وما  
بعدها ط/ دار النهضة العربية الطبعة الأولى (١٩٨٦م)، السفتجة فى الفقه  
الإسلامى وعلاقتها بالتطبيقات المصرفية د/ شافى سفر الهاجرى ص ١٢٤ وهى  
رسالة منسوخة على الآلة الكاتبة قدمت إلى جامعة أم القرى بمكة المكرمة سنة  
(١٤١٥هـ)، مبادئ القانون التجارى أ.د/ مصطفى كمال طه ص ٤١٠ ط/ مؤسسة  
الثقافة الجامعية الطبعة الأولى (١٩٧٩م)، الأوراق التجارية أ.د/ على حسن يونس  
ص ٢٣: ص ٢٥، فقرة ٢١، الأوراق التجارية أ.د/ سميحة القليوبى ص ٨: ص  
١٢.

حول معدل الاستبدال خاصة وأن هناك سلعاً غير قابلة للتجزئة ومن هنا ظهرت الحاجة إلى إيجاد شئ له في ذاته قيمة يقوم مقام السلع التي كانوا يشترون بها ما يحتاجون إليه فاستعانوا بالنقدين الذهب والفضة وجعلوهما المعيار لتقويم السلع وسبكوا منهما قطعاً صغيرة سهلة الحمل والتداول التجارى ولكنها مع ذلك لم تف بالحاجة التي يتطلبها سرعة التعامل التجارى داخلياً وخارجياً مع الاطمئنان على سلامتها وسهولة نقلها من بلد إلى آخر ومن هنا وجد التعامل بالأوراق التجارية لتلبية تلك الحاجة<sup>(١)</sup>.

وتأسيساً على ذلك اختلف المؤرخون القانونيون في بدء التعامل بالأوراق التجارية، ويمكن إبراز هذا الخلاف في الاتجاهات الخمسة التالية وبيانها على النحو التالي:

الاتجاه الأول: وهو لبعض الباحثين المعاصرين ويرون أن أول من اكتشف التعامل بالأوراق التجارية (حمورابي)، وقالوا إن القانون الشهير المسمى باسمه قد تضمن بعض النصوص المتعلقة بها.

الاتجاه الثاني: ويرى أصحابه أن أول من تعامل بالأوراق التجارية هم الإغريق وهذا ما اتجه إليه بعض الباحثين القانونيين القدامى.

الاتجاه الثالث: ويرى أصحابه أن أول من تعامل بالأوراق التجارية هم الرومان وهذا ما اتجه إليه بعض الباحثين.

---

(١) الأوراق التجارية لمحمود محمد بابلي ص ٧، ط: بدون ذكر اسم مطبعة (١٣٩٧هـ) قانون المعاملات التجارية السعودي لمحمود مختار بريري ج ٢ ص ٣ وما بعدها ط: معهد الإدارة العامة الرياض، الطبعة الأولى (١٤٠٢هـ)، مذكرات في النقود والبنوك د/ إسماعيل هاشم ص ١٠ ط دار النهضة العربية بيروت (ن.ت)، الأوراق التجارية في النظام التجارى السعودي د/ إلياس حداد ص ٧ طبع ونشر جامعة الملك سعود، الرياض (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م)، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامى د/ سعد بن تركى بن محمد الخثلان ص ٢١ ط: دار ابن الجوزى للنشر والتوزيع الطبعة الأولى (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م).



الاتجاه الرابع: ويرى أصحابه أن أول من تعامل بالأوراق التجارية هم الفرس وهذا ما اتجه إليه بعض الباحثين القانونيين.  
الاتجاه الخامس: ويرى أصحابه أن أول من تعامل بالأوراق التجارية هم الصينيين وهذا ما اتجه إليه بعض الباحثين.

وبالتأمل في هذه الاتجاهات الخمسة نجد أن أصحابها حينما ذكروا هذه الاتجاهات ذكروها بدون أدلة، وهو ما يجعل الباحث لا يستطيع أن يحدد تاريخاً معيناً لاكتشاف الأوراق التجارية بقواعدها المعروفة في الوقت الحاضر، وإنما كانت وليدة جهود مشتركة ساهمت فيها عدة أمم على اختلاف مناهجها، وقد نشأت نشأة عرفية فهي من ابتكار التاجر وليست من صنع المنظم الذي ما اقتصر دوره عند بدء مرحلة التقنين على تكريس وتفصيل الأعراف التجارية وحماية التعامل بالأوراق التجارية، ويذكر كثير من الباحثين<sup>(١)</sup> أن الأوراق التجارية وإن كان قد اختلف في أساسها التاريخي إلا أنه من المؤكد أنها ظهرت وشاع استعمالها منذ القرن الثاني عشر الميلادي، حيث استخدمت الكميالة، وهي أقدم الأوراق التجارية منذ أوائل القرن الثاني عشر كأداة لتنفيذ عقد الصرف المسحوب لدرء مخاطر نقل النقود وكان يشترط في الكميالة أن تكون مستحقة الدفع في مكان يختلف عن مكان سحبها، ثم استعملت بعد ذلك بفترة للوفاء وأصبح من الجائز استعمالها داخل البلد الواحد، أما السند الأدنى، فقد ظهر في القرن السابع عشر الميلادي، وقد استخدم لتنفيذ عقد القرض، وظهر بعده في أواخر هذا القرن الشيك بعد إنشاء مصرف إنجلترا عام ١٦٩٤م، وقد شاع استعمال الشيك في إنجلترا منذ ذلك الحين ومنها انتقل

(١) المبسوط لشمس الدين أبي بكر محمود بن أحمد بن سهل السرخسي المتوفى سنة (٤٩٠هـ) ج ١٤ ص ٣٦ ط: دار المعرفة، بيروت الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ) - (١٩٨٩م).

إلى سائر البلدان وإذا كانت الأوراق التجارية قد برزت وشاع استخدامها منذ ذلك الزمن فإن أصولها كانت معروفة لدى المسلمين فقد عرفت المجتمعات الإسلامية التعامل بما يشبه السفاتج منذ عصر الصحابة، والدليل على ذلك ما ذكره الإمام السرخسى فى مبسوطه حيث قال (وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم إلى الكوفة بها) <sup>(١)</sup>.

وعرفت المجتمعات الإسلامية كذلك ما يسمى بصكوك البضائع منذ عصر الصحابة أيضاً.

والدليل على ذلك: ما أخرجه الإمام مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة أنه قال لمروان (أحللت بيع الربا فقال مروان ما فعلت فقال أبو هريرة: أحللت بيعه الصكك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى قال فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها، قال سليمان فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس) <sup>(٢)</sup>.

وهذه الصكوك التى خرجت فى زمن مروان عبارة عن أوراق تصدر من ولى الأمر بالرزق لمستحقه بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام وغيره، وقد كانت الدولة تدفع هذه الصكوك لجنودها وعمالها فى

- (١) المصنف للحافظ الكبير أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١ هـ تحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمى ج ٨ ص ١٤٠ كتاب البيوع باب السفاتج حديث رقم ١٤٦٤٢ ط المكتب الإسلامى - بيروت الطبعة الثانية (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م) ما صح من آثار الصحابة فى الفقه لذكربيا بن غلام قادر البكستاني ج ٢ ص ٩٢١ وما بعدها، باب السفاتج ط: دار الخراز بالملكة العربية السعودية، دار ابن حزم بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م)، المغنى لموفق الدين أبى محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى الحنبلى المتوفى سنة (٦٣٠ هـ) تحقيق د/ محمد شرف الدين خطاب، د/ السيد محمد السيد، أ/ سيد إبراهيم صادق ج ٦ ص ١٦ ط: دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى سنة (١٤١٨ هـ - ١٩٩٦ م).
- (٢) صحيح مسلم لأبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ ج ٣ ص ١١٦٢ كتاب البيوع باب سبطلان بيع المبيع قبل القبض حديث رقم عام ١٥٢٨ خاص ٣٩ ط: دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م).

مقابل روايتهم المستحقة لهم فكان بعض الناس يتبايعون تلك الصكوك قبل قبض الطعام فكان إنكار زيد بن ثابت وأبى هريرة على مروان لأجل ذلك لا من أجل مجرد كتابة تلك الصكوك<sup>(١)</sup>.

وهذه الصكوك تشبه ما يسمى فى الوقت الحاضر بسندات البضائع أو سندات الشحن<sup>(٢)</sup> التى تتوفر فيها أكثر خصائص الأوراق التجارية (والصكوك) جمع (صك) وقد نقل من هذا المصطلح: المصطلح القانونى (شيك) وهذا مما يؤكد القول أن أصول الأوراق التجارية كانت معروفة لدى المسلمين<sup>(٣)</sup>.

وعرفت المجتمعات الإسلامية كذلك ما يسمى بقرع الصيارفة، وهى عبارة عن قرع يصدرها الصيارفة لمن يدفع قيمتها من النقود الذهبية والفضية فكان يتعامل بها كثير من الناس فى ذلك الوقت لسهولة حملها

(١) شرح صحيح مسلم لمحيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى المتوفى سنة (٦٧٦ هـ) تحقيق / عصام الصبايطى، حازم محمد عماد عامر ج ٥ ص ٤٣٣ ط: دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى (١٤١٠ هـ - ١٩٩٤ م)، شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقانى المصرى الأزهرى المالكي المتوفى سنة ١١٢٢ هـ ج ٣ ص ٣٦٩ ط: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة الأولى (١٤١١ هـ - ١٩٩٠)، الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية أ.د/ محمد أحمد سراج ص ٣٢ وما بعدها، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٦.

(٢) سند الشحن (سند البضائع) هو سند إثبات عقد النقل البحرى، وقد كان فى أصل نشأته مجرد إيصال يصدره الريان فى النقل بمشاركة إيجار استلام البضاعة وشحنها فحسب، ثم استقل تدريجياً وأصبح يستخدم بذاته لإثبات عقد النقل البحرى كما أصبح يقوم بتمثيل البضاعة المنقولة بسبب قابليته للتداول، فتعد حيازته بمثابة حيازة للبضائع ذاتها وتتوفر فى سندات الشحن أكثر خصائص الأوراق التجارية ولكنها مع ذلك لا تعتبر من قبيل الأوراق التجارية المعروفة فى الوقت الحاضر، وذلك لكون موضوعاتها ومحملها ليس مبالغ تقدية.

يراجع فيما تقدم: أساسيات القانون التجارى والبحرى أ.د/ مصطفى طه، على البارودى - مراد فهم ص ٣٦٠ وما بعدها، طبع ونشر منشأة المعارف، الإسكندرية سنة ١٩٨٣ م.

(٣) الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية أ.د/ محمد أحمد سراج ص ٣٩، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٦ وما بعدها.

وخفة وزنها، وقلة الأخطار المتعلقة بحفظها، والثابت أن التعامل بتلك الرقاع كان شائعاً منذ القرن الخامس الهجرى، ويرى بعض المستشرقين أن انتشار التعامل بتلك الرقاع وما حظيت به من رواج بين الناس بعكس مدى اعتماد الاقتصاد الإسلامى على الأوراق التجارية فى ذلك الوقت<sup>(١)</sup> وتختلف رقاع الصيارفة عن السفاتج والصكوك فى أن الرقاع تعهد بالدفع للحامل أو لشخص معين باسمه وطرفاه مما الصيرفى والمستفيد الذى من حقه أن يظهره لمستفيد آخر وهى بهذا تشبه ما يسمى فى الوقت الحاضر بالسند الإذنى الذى لا يشترط لتحويله للغير رضا محرره أو إذنه.

وتأسيساً على ما تقدم: نستطيع أن تلمس هنا حقيقة واضحة وهذه الحقيقة هى أن المسلمين الأوائل قد عرفوا فكرة التعامل بالأوراق التجارية، وليس معنى هذا أن المسلمين هو المبتكرون لها لعدم وجود ما يؤكد ذلك، وعليه فإن المسلمين الأوائل كأمة صاحبة حضارة عريقة عرفت ما عرفه الآخرون وفتته تفتيناً شرعياً بحيث يأتى موافقاً للنصوص الشرع، ونستطيع أن نقرر هنا أيضاً أن المسلمين عرفوا أصول الأوراق التجارية وتعاملوا بها، وتكلم فقهاء المسلمين عن أحكامها قبل أن تعرفها المجتمعات الغربية، والدليل على ذلك ما نراه فى كتاب الفقهاء من حيث مطول عن السفتجة وأحكامها.

وهذا المعنى قد أشار إليه بعض الباحثين المعاصرين حيث قالوا (وليس من قبيل المبالغة القول بتأثر التشريعات التجارية الأوروبية فى صياغتها لأحكام السفاتج بقواعد الفقه الإسلامى وأعراف التعامل التجارى السائدة بين التجار المسلمين، وقد تبنى وجهة النظر هذه بعض الباحثين الغربيين، خلافاً لوجهة النظر الغائبة والقاضية بأن القوانين قد

---

(١) يقول المستشرق جويتاين (لا يظهر اعتماد الاقتصاد الإسلامى على الأوراق بالنظر إلى السفاتج بقدر ما يظهر فى تداول رقاع الصيارفة).  
يراجع فيما تقدم: الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامىة أ. د/ محمد أحمد سراج ص ٣٠.

بلورت أحكام التعامل بالسفاتج فى سياق تطورها الخاص بها، ولم تستفد من اجتهادات الفقهاء المسلمين فى هذا الصدد. وقد دافع عن وجهة النظر هذه كل من هوفلين وهولدزورث وحجة هولدزورث على دعواه إنما تنفيها ذلك أنه يرى أن القوانين التجارية الغربية قد بدأت صياغة أحكام السفاتج والاعتراف بقابليتها للتداول فى القرن الثالث عشر فى إيطاليا وفى القرن السادس عشر فى إنجلترا، ومرت على ذلك بمراحل تطويرية عديدة حتى وصلت إلى الاعتراف الكامل بتداولها، وهو ما قد سبق إليه العالم الإسلامى منذ القرن الثامن الميلادى، وينتهى من ذلك إلى استبعاد تأثير الفقه الإسلامى فى هذه القوانين وإلا لاستمدت أحكام التعامل بهذه الأوراق على وجه مباشر، ولما مر هذا الاعتراف بهذه المراحل التطورية ولا تنهض هذه الحجة لإثبات مقصود صاحبها فإن الاستمداد من أى فكر تشريعى آخر بحاجة إلى وقت لزرع المفاهيم الجديدة فى البناء القانونى العام، وتفسير مواد هذا البناء على نحو يؤدى إلى إقامة نوع من التوازن بينه وبين المبادئ الجديدة، وقد أنشأ مفهوم الحوالة فى القوانين الأوربية الناشئ بدوره من عدم هذا المفهوم فى القانون الرومانى صعوبة فى قبول هذه القوانين لمبدأ تداول السفتجة غير أن العرف التجارى فى المجتمعات الأوربية قد أجبر القانونيين على قبول هذا المبدأ، وعلى الاستجابة مقتضيات هذا العرف المتأثر بالأعراف التجارية للمسلمين على نحو مباشر أو غير مباشر، وقد مضى وقت طويل قبل أن يصل الصراع إلى نهايته وتستقر المبادئ الجديدة فى الكيان القانونى العام، ولا ينبئ اختلاف مراحل تطور التعامل بالسفتجة بين المجتمعات الإسلامية وبين التشريعات الغربية عن استقلال هذه التشريعات فى صياغتها لأحكام السفتجة بقدر ما يدل على اختلاف الظروف والمفاهيم، ولا شك فى أن غياب مفهوم الحوالة فى هذه التشريعات كان ذا أثر فى ضعف استجابة هذه التشريعات للأعراف التجارية المؤيدة لاستمداد الصياغة الفقهية لهذه الأحكام ويجب النظر إلى قضية تأثير الفقه الإسلامى فى القوانين الغربية فى إطار منهج عام يتألف من أمرين :

أولهما: إدراك الصلة التاريخية، الثاني: متابعة أوجه الاستمداد الواضحة التي لا يمكن أن تكون من قبيل توارد الاجتهادات، كاعتماد مصطلحات معينة أو مفاهيم خاصة لم يسبق إليها الفقه الإسلامي، كمفهوم الحوالة، والمضاربة التي أباحها التشريع الإنجليزي عام ١٣٩١م استثناء من الأصل العام القاضى بأن التقود لا تلد تقوداً على أساس مفهوم الضمان ووقوع مخاطر الخسارة على صاحب المال، وقد فرضت إنجلترا في حياة صلاح الدين الأيوبي قانوناً للعشور إضافة إلى اسم هذا البطل المسلم، مما يدل على القبول العام للاستمداد المباشر من الفقه الإسلامى فيما يذكره هولدرزورث نفسه، ولا مجال للشك لهذا في إثبات الأصل الفقهي للتعامل بالسفاتيح في التشريعات الغربية.

وتأسيساً على هذا، فإنه لا يصح من الناحية المنهجية تناول أحكام التعامل فى الأوراق التجارية باعتبارها أنماطاً حديثة فى المعاملات لم تعرفها المجتمعات الإسلامية ولم يتعرض لها الفقهاء المسلمون، وأهم ما يستفاد من العرض التاريخى السابق أن الفقهاء المسلمين قد تأملوا التعامل بهذه الأوراق وعبروا عن وجهة نظرهم فى إلحاقها بقواعد الشريعة ومبادئها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر<sup>(١)</sup>.

الأوراق التجارية والاتفاقات الدولية:

فى القرن التاسع عشر الميلادى تيسرت سبل المواصلات ووسائل الاتصالات بشكل كبير، وأخذت التجارة شكلاً دولياً، وأصبح التاجر يتعامل مع تجار من مختلف الجنسيات، وشعر التجار بما فى اختلاف قوانين الأوراق التجارية من أضرار كبيرة تعرقل الأعمال وقف عقبة فى سبيل إطراد العلاقات التجارية المتزايدة بين الناس، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى توحيد قوانين الأوراق التجارية، فعقدت عدة مؤتمرات لأجل تحقيق هذا الغرض، ومن أبرز تلك المؤتمرات مؤتمر لاهاى عام ١٩١٠م وحضره ممثلو ٣٢ دولة، وقد وضع المؤتمر مشروع معاهدة مكونة من ٢٦ مادة،

(١) الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية د/ محمد أحمد سراج ص ٢٨ وما بعدها، ص ٤٠، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٧ وما بعدها.

ومشروع قانون موحد للكمبيالة والسند الإذني مكوناً من ٨٧ مادة، وقد قرر المؤتمر عرض هذين المشروعين على الدول لدراستهما وإبداء ملاحظتها عليهما حتى يمكن الوصول إلى مشروع تتفق عليه الدول ليعرض في مؤتمر آخر، وفي عام ١٩١٢م انعقد المؤتمر مرة أخرى في لاهاي وطرح مشروع المعاهدة، ومشروع القانون الموحد للكمبيالة والسند الإذني مع تلافى الاعتراضات التي أثارها بعض الدول إلا أنه مع ذلك لم يحصل الاتفاق على ذلك المشروع، وبذلك فشل توحيد الأوراق التجارية وركدت فكرة توحيد الأوراق التجارية بعد ذلك بسبب قيام الحرب العالمية الأولى، وما أن انتهت الحرب حتى تجددت الجهود في سبيل توحيد الأوراق التجارية، وأدى ذلك إلى عقد مؤتمر جنيف عام ١٩٣٠م وانتهى المؤتمر إلى الاتفاق على ثلاث معاهدات:

المعاهدة الأولى: وتتضمن تعهد الدول الموقعة إدخال أحكام القانون الموحد في أنظمتها الداخلية وأرفق بهذه المعاهدة ملحقان: الملحق الأول: ويتضمن نصوص القانون الموحد لقواعد الكمبيالة والسند الإذني.

الملحق الثاني: ويتضمن تحفظات لمسائل تعذر اتفاق الدول عليها فترك فيها لكل دولة حرية تنظيمها.

المعاهدة الثانية: وتتضمن اتفاقية خاصة بأحكام تنازع القوانين بالنسبة للكمبيالة والسند الإذني.

المعاهدة الثالثة: وتتضمن اتفاقية خاصة بتوحيد أحكام رسوم الطابع لكل من الكمبيالة والسند الإذني، حتى لا يترتب سقوط الحق إذا أهمل وضعها، والاكتفاء بتقديم جزاءات مالية في تلك الحال.

وفي عام ١٩٣١م انعقد مؤتمر آخر في جنيف لتوحيد قواعد الشيك وانتهى الأمر إلى الاتفاق على ثلاث معاهدات على النمط نفسه للمعاهدات الخاصة بالكمبيالة والسند الإذني وقد تابعت الدولة لتسقط من أحكام التنظيم الموحد ما يتناسب مع أوضاعها وعدلت نظمها على أساسه، وقد قدرت الدول العربية هذا التطور فقامت اللجنة القانونية

التابعة لجامعة الدول العربية عام ١٩٤٨ م بإعداد مشروع لتنظيم الأوراق التجارية مستمد في جملته من التنظيم الموحد الذي انتهى إليه مؤتمر جنيف، وقد أصبح هذا التنظيم معمولاً به في كثير من الدول العربية<sup>(١)</sup>.  
الأوراق التجارية في التشريع الفرنسي:

الناظر في التشريع الفرنسي يجد أن التشريع الصادر في ١٦٧٣ م قد تأثر باعتبار الكميالة أداة لتنفيذ الصرف المسحوب بين بلدين فاستلزم أن تكون الكميالة مستحقة الدفع في مكان يختلف عن مكان سحبها، كذلك التقنين الفرنسي الصادر في ١٨٠٧ م والذي أورد قواعد قانون ١٦٧٣ م بغير اختلاف كبير، ثم لما تأكد دور الكميالة كأداة وفاء صدر في فرنسا قانون ٧ يونية ١٨٩٤ م الذي ألغى هذا الشرط فأصبح من الجائز أن يكون مكان السحب هو نفس مكان الاستحقاق<sup>(٢)</sup>.  
الأوراق التجارية في التشريع المصري:

تكلمت المجموعة التجارية المصرية عن الأوراق التجارية في الفصل السادس والسابع والثامن من الباب الثاني (المواد من ١٠٥ : ١٩٤) وقد جعلت الكميالة أمودجاً لبحث قواعد قانون الصرف (الفصل السادس مواد من ١٠٥ / ١٨٨) ثم أحالت إلى قواعدها عندما تكلمت في الفصل السابع عن السندات تحت إذن والسندات لحاملها وغيرها من الأوراق التجارية (مواد ١٨٩ : ١٩٣) وقد تكلمت في المواد من (١٩١ : ١٩٣) من (أوراق الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الإطلاع عليها والأوراق

---

(١) الأوراق التجارية محمد صالح بك ص ٢١ : ٢٣ ط مطبعة جامعة فؤاد الأول الطبعة الأولى (١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م) الأوراق التجارية د/ سميحة القليوبى ص ٢٤ وما بعدها، تنازع الأوراق التجارية لعكاشة عبد العال ص ١٤ وما بعدها، ط/ الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨ م، السندات التجارية لأحمد محمد محرز ص ١٢ وما بعدها، ط خاصة للمؤلف ١٩٩٥ م، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركي ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) القانون التجاري د/ علي البارودي ص ٢٠، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحد والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية د/ أكرم ياملكى ص ١٤ ط/ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى (١٩٩٩ م).



المتضمنة أمراً بالدفع) والرأى مجمع على أن المشرع يقصد الشيك، ولم يشأ المشرع أن يغلّق الباب دون أوراق تجارية جديدة يدخلها العرف التجارى، فأضاف فى المادة (١٩٤) بعد هذه الأوراق الأربعة وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية، ومن الملاحظ أن القانون التجارى المصرى عام (١٨٨٣م) مقتبس من القانون الفرنسى عالم (١٨٠٧م) ولكنه استفاد إلى حد ما من فارق الزمن بينهما فتجنب بعض العيوب التى تكتشف عند تطبيق المجموعة الفرنسية، ولكن المشرع المصرى تجمد بعد ذلك فلم يتابع منذ عام ١٨٨٣م حركة التطوير فى قواعد قانون الصرف ولم يدخل قانون جنيف الموحد فى التشريع الداخلى كما فعلت دول كثيرة<sup>(١)</sup>. إلا بعد مرور تسع وستين سنة عندما أُلغى فى عام ١٩٩٩م قانون التجارة القديم واستبدل به قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م الذى بدأ العمل به فى أول أكتوبر عام ١٩٩٩م، ولقد أفرد المشرع الباب الرابع من القانون الجديد للأحكام الخاصة بالأوراق التجارية فخصص لها المواد من ٣٧٨ إلى ٥٤٩ تناول فيها الكميالة والسند لأمر والشيك واتخذ المشرع من الكميالة نموذجاً للأوراق التجارية وأساساً لأحكامها وقواعدها باعتبارها تنطوى على جميع العمليات الخاصة بالأوراق التجارية فى حين أن الأوراق الأخرى لا تتضمن إلا بعضها فقط، ولقد أفصح المشرع عن إرادته هذه عندما نص فى المادة ٤٧٠ من التقنين الجديد على أن (تسرى على السند لأمر أحكام الكميالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع ماهيته) وفى المادة ٤٧٢ منه على أنه (فى المسائل التى لم ترد بشأنها نصوص خاصة فى هذا الفصل تسرى على الشيك أحكام الكميالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعته)<sup>(٢)</sup>.

(١) الأوراق التجارية د/ أكرم ياملكى ص ١٧، الأوراق التجارية د/ على البارودى ص ٢١ وما بعدها.

(٢) الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م د/ على البارودى، د/ محمد فريد العرنى ص ١٨ وما بعدها، ط: دار الجامعة الجديدة م.٢٠٠٤.

تلك كانت كلمة موجزة عن حقيقة الأوراق التجارية ذكرناها بشئ من الإيجاز لارتباطها بموضوع البحث هذا وما تجدر إليه الإشارة هنا أن فقهاء القانون حينما تحدثوا عن الأوراق التجارية تحدثوا عنها حديثاً مطولاً أشتمل على جوانب متعددة ومن أهم هذه الجوانب قضية العصر وهذه القضية هي قضية الخصم الواقع على هذه الأوراق والتي تقوم بها البنوك.

وبالرجوع إلى ما قاله فقهاء القانون وكذا فقهاء الشريعة نجد أنهم قد ذكروا كلاماً كثيراً وبالتأمل فيما قالوه نجد أن القانونيين قد أباحوا هذه العملية وأجازوها فأحييت أن أدلوا بدلوى فى هذه القضية وأبين ما قاله فقهاء الإسلام فيها وهذا ما أتناوله بالتفصيل فى المباحث الثلاثة التالية.

### المبحث الثانى

#### التعريف بعملية خصم الأوراق التجارية

#### والتكييف القانونى لهذه العملية

ويتضمن هذا المبحث مطلبين :

المطلب الأول : التعريف بعملية خصم الأوراق التجارية.

المطلب الثانى : التكييف القانونى لعملية خصم الأوراق التجارية.

#### المطلب الأول

#### التعريف بعملية خصم الأوراق التجارية

ويتضمن هذا المطلب ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التعريف بعملية خصم الأوراق التجارية.

الفرع الثانى : أهمية خصم الأوراق التجارية.

الفرع الثالث : عائد البنك من عملية الخصم.

#### الفرع الأول

#### التعريف بعملية خصم الأوراق التجارية

الناظر فى كتب القانون التجارى يجد أن فقهاء هذا القانون

وشراحه قد عرفوا الخصم بأكثر من تعريف ومن جملة هذه التعاريف ما

يلى :

١- عرف البعض الخصم بأنه (عقد به ينقل ملكية هذه الورقة إلى البنك الذي يلتزم أن يعجل له قيمتها بعد خصم ما يمثل فائدة المبلغ حتى تاريخ الاستحقاق ويتعهد به الحامل (مقدم الورقة للخصم) برد القيمة الاسمية للورقة إذا لم تدفع عند موعد استحقاقها)<sup>(١)</sup>.

٢- وعرفه البعض الآخر بأنه (اتفاق يعجل به البنك الخاصم لطالب الخصم قيمة ورقة تجارية أو سند قابل للتداول أو مجرد حق آخر مخصوصاً منها مبلغاً يتناسب مع المدة الباقية حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق وذلك مقابل أن ينقل طالب الخصم إلى البنك هذا الحق على سبيل التملك وأن يضمن له وفاءه عند حلول أجله)<sup>(٢)</sup>.

٣- وعرفه بعض ثالث بأنه (أن يدفع البنك قيمة الورقة التجارية قبل موعد استحقاقها وبعد خصم مبلغ معين يمثل فائدة من القيمة المذكورة بالورقة عن المدة الواقعة بين تاريخ الخصم وموعد الاستحقاق وذلك بالإضافة إلى عمولة البنك ومصاريف التحصيل ويطلق على سعر الفائدة التي تخصم الورقة بمقتضاه اسم (سعر الخصم)<sup>(٣)</sup>.

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د/ علي جمال الدين عوض ص ٤٥٩ ، ط / دار النهضة العربية ١٩٨١ م.

(٢) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة د/ مبارك بن سليمان بن حمد آل سليمان ج ١ ص ٣٠١ ط كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م)، عمليات البنوك من الوجهة القانونية د/ علي جمال الدين عوض ص ٤٥٩.

(٣) الموسوعة الاقتصادية د/ راشد البراوي ص ٢٤١ ط مكتبة النهضة المصرية الطبعة الثانية (١٤٢٧ هـ - ١٩٨٧ م)، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، أ.د/ محمد عثمان بشير ص ٢٤٩ ط / دار النفائس للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م).

## الفرع الثاني

### أهمية خصم الأوراق التجارية

تظهر أهمية خصم الأوراق التجارية بالنسبة لكل من المصرف من ناحية والخاصم من ناحية أخرى، وبيان هذه الأهمية على النحو التالي:  
أولاً: أهمية خصم الأوراق التجارية بالنسبة للمصرف:  
تظهر أهمية خصم الأوراق التجارية بالنسبة للمصرف في الأمور التالية:

- ١- أنه يمثل حقلاً هاماً من حقول الاستثمار قصير الأجل والقابل للتصفية التلقائية.
- ٢- آجال الأوراق التجارية لا تزيد في الغالب عن ستة أشهر على الأكثر.
- ٣- أنها موزعة على مدينتين مختلفين مما يسهل أمر تحصيلها عند الاستحقاق.
- ٤- كما أنه بمقدور المصرف أن يعيد خصمها إذا بقيت لديه، لدى المصرف المركزي.

### ثانياً: أهمية خصم الأوراق التجارية بالنسبة للخاصم:

أما أهمية خصم الأوراق التجارية بالنسبة للخاصم فتتمثل فيما تقدمه له من مساعدة بتيسير حصوله على المال اللازم فعلاً بما قد لا يكون متوافراً لديه منه للوفاء بحاجاته ذلك أن هناك كثيراً من أنواع التجارة والمنتجات الصناعية لا تباع نقداً بل تباع بالأجل الذي هو في المتوسط يكون لمدة ١٢٠ يوماً ويقوم المشتري بتوقيع أوراق تجارية محررة لأمر البائع حيث يحدد فيها تاريخ استحقاق كل منها، فإذا احتاج التاجر أو الصانع بعض الأموال للاستمرار في تجارته أو تسديد نفقاته فإنه يقوم باللجوء إلى المصرف لينقل إليه ملكية بعض السندات المحررة لأمره ويقبض قيمتها مطروحاً منها الفوائد والعمولات التي يقطعها المصرف حسب الاتفاق<sup>(١)</sup>.

(١) دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستخدمة / د/ محمد مصطفى أبوه الشنيطي، ج ١ ص ٣٤٨ وما بعدها ط مكتبة العلوم والحكم بالسعودية الطبعة الثانية (١٤٢٢ هـ =

## الفرع الثالث

### عائد البنك من عملية الخصم

عندما يقوم البنك بخصم الأوراق التجارية لصالح أحد عملائه فإن البنك يتقاضى مقابل قيامه بهذه العملية الأمور التالية:

١- الفائدة:

ويتحدد سعر الفائدة على أساس سعر الخصم الذى يحدده البنك المركزى مع زيادة نسبة تتراوح ما بين ١٪، ٢٪ حتى يستطيع البنك التجارى أن يعيد خصم هذه الأوراق التجارية لدى البنك المركزى عند الحاجة وبذلك يحقق البنك التجارى لنفسه ربحاً بمقدار هذا الفرق عند إعادة الخصم، ويلاحظ أن الفائدة تحسب عن المدة من تاريخ الخصم حتى تاريخ الاستحقاق للكميالة زائداً يوماً واحداً إذا كانت مستحقة الدفع بالإسكندرية، ويومين إذا كانت بالقاهرة، وخمسة إذا كانت بالمدن الأخرى، وقد جرت عادة البنوك فى مصر على احتساب فوائد ستة أيام فى الشيكات المسحوبة على إنجلترا وثمانية أيام للشيكات المسحوبة على بلدان أوروبا وعشرة أيام للشيكات المسحوبة على أمريكا.

- ويلاحظ أن تعيين سعر الفائدة للعميل يخضع لعاملين مهمين هما:
- أ- اعتبارات ترجع إلى شخصية العميل ومركزه من حيث الثقة فيه وأهمية الورقة المخصومة، وحركة حساب العميل.
- ب- سهولة إعادة خصم الورقة فى البنك المركزى.

### ٢- العمولة:

وهى تقابل الخدمات التى يتحملها البنك فى عمليات الخصم أو تحصيل الورقة التجارية فى تاريخ الاستحقاق وتحدد تلك العمولة عادة

---

= (٢٠٠١م)، الشامل فى المعاملات وعمليات المصارف الإسلامية د/ محمود عبد الكريم أحمد رشيد ص ٢٠٢ ط: دار النفائس الأردن الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د/ سامى حسن أحمد محمود ص ٢٨٢، ط/ مكتبة دار التراث، القاهرة الطبعة الثالثة (١٤١١ هـ - ١٩٦١م).

على أساس نسبة مئوية من القيمة الإسمية للورقة، وبعبارة أخرى العمولة هي المقابل الذي يتقاضاه البنك من العميل نظير الخدمات التي يؤديها بمناسبة فتح الحساب ومسكه.

٣- المصاريف:

وهي مصاريف التحصيل كمصاريف الانتقال وإرسال الإخطارات بطلب الدفع في البريد وغيره، وتؤخذ على أساس نسبة مئوية أو في الألف من القيمة الأسمية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### التكليف القانوني لعملية خصم الأوراق التجارية

ويتضمن هذا المطلب فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالتكليف.

الفرع الثاني: التكليف القانوني لعملية خصم الأوراق التجارية.

#### الفرع الأول

##### التعريف بالتكليف

ويتضمن هذا الفرع مقصدين:

المقصد الأول: التعريف بالتكليف الفقهي عند الباحثين المعاصرين.

المقصد الثاني: التعريف بالتكليف الفقهي عند القانونيين.

#### المقصد الأول

##### التعريف بالتكليف الفقهي عند الباحثين المعاصرين

الناظر في كتب الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه يجد أن فقهاءنا القدامى لم يذكروا لنا تعريفاً للتكليف الفقهي اعتماداً منهم على وضوح المعنى اللغوي للفظ التكليف إلا أن الباحثين المعاصرين بقراءتهم

(١) الأعمال المصرفية والإسلام لمصطفى الهمشري ص ١٨٦ وما بعدها ط الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ - = ١٩٨٥) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركي ص ٢٢٦، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة د/ محمد مصطفى أبوه الشنيطي ج ١ ص ٣٤٩، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار ص ١٣٩، ط/ دار الوطن بالرياض - الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ.

لكتب الفقه القديمة استخلصوا لنا عبارات وجمل وضعوا من خلالها تعريفاً للتكييف الفقهي. وسأذكر طرفاً مما قالوه في هذا المقام، وذلك على النحو التالي:

١- عرف الشيخ على الخفيف التكييف الفقهي بأنه (إلحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطى العقد الملحق الحكم الذي رتبته الفقهاء على العقد الملحق به، من صحة أو بطلان وفساد، وذلك بالنظر في الأركان والشروط)<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل في هذا التعريف الذي ذكره فضيلة الشيخ على الخفيف يلاحظ عليه أنه قصر التكييف الفقهي على المعاملات المالية من عقود وتصرفات، ولم يشتمل على بقية فروع الفقه من زواج وطلاق ولعان وظهار وغير ذلك، كما لا يشتمل على المستجدات الفقهية التي تحتاج إلى تكييف فقهي، مثل: التلقيح الاصطناعي والاستنساخ وغير ذلك، فهو تعريف غير جامع، لكن قد نلتمس للشيخ عذراً في ذلك، وهو أن تعريفه جاء في سياق بحث في المعاملات المالية المعاصرة، ولم يقصد تعريف التكييف الفقهي بمعناه العام<sup>(٢)</sup>.

٢- وعرفه بعض الباحثين المعاصرين فقالوا: التكييف الفقهي للمسألة هو (تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر)<sup>(٣)</sup>.

وبالنظر في هذا التعريف يلاحظ عليه: أنه استخدم لفظ (تحرير) وهو لفظ غير واضح في تحديد المراد بعملية التكييف الفقهي، فلو استعمل لفظ تحديد طبيعة المسألة أو حقيقتها لكان أولى، وكذلك بالنسبة

(١) بحث في حكم الشريعة على شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاث تطبيقاً للقواعد الفقهية العامة والأصول الشرعية للمعاملات للشيخ/ علي الخفيف ص ١١ وما بعدها ط/ مطابع الأوقاف بشركة الإعلانات الشرقية (١٤١٧ هـ)، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية د/ محمد عثمان شبير ص ٢٧ ط/ دار القلم دمشق الطبعة الأولى (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م).

(٢) التكييف الفقهي د/ محمد عثمان شبير ص ٢٧.

(٣) معجم لغة الفقهاء أ.د/ محمد رواس قلجعي ص ١٢٣ ط/ دار الفينانس، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).

لاستعمال لفظ (معتبر) فإنه موهم، لأنه قد يراد به الاعتبار الحكمى، وهو ما يأخذ حكم مسألة ما، وقد يراد به الاعتبار الشرعى، وهو الوصفى الشرعى للحكم بالجواز أو عدمه، والأولى أن تكون التعريفات بعيدة كل البعد عن الألفاظ الموهمة، هذا بالإضافة إلى تقييد الأصل الذى يخرج عليه الفرع بالاعتبار الشرعى يخرج به الأصل غير المعتبر، وهو الذى حرمه الشارع، مثل الربا والغرر والقمار وغير ذلك، وهذا يجعل التعريف غير جامع<sup>(١)</sup>.

٣- وعرفه الدكتور / محمد جبر الألفى بأنه (العملية التى تبين حقيقة المعاملة محل النزاع بحيث يمكن تطبيق الحكم المناسب).

وبالتأمل فى هذا التعريف يلاحظ عليه أنه تعريف غير جامع وبيان ذلك أن هذا التعريف قصر التكييف الفقهى على المعاملات المالية التى تحتاج إلى حكم شرعى دون غيرها<sup>(٢)</sup>.

٤- وعرفه طائفة أخرى من الباحثين المعاصرين بأنه (تحديد طبيعة المسألة التى يتنازع بشأنها لوضعها فى نطاق المسائل التى خصها الشرع بوصف معين)<sup>(٣)</sup>.

٥- وعرفه الدكتور / محمد صلاح الصاوى بأنه (رد العمليات المعاصرة إلى أصولها الشرعية وإدراجها تحت ما يناسبها من العقود التى تولى الفقه الإسلامى صياغتها وتنظيم أحكامها ليكون ذلك منطلقاً للإصلاح والتقويم)<sup>(٤)</sup>.

وبالتأمل فى هذا التعريف يلاحظ عليه أنه قصر التكييف الفقهى على المعاملات المالية من عقود وتصرفات فىكون بذلك غير جامع لكثير من القضايا المستجدة التى تحتاج إلى تكييف فقهى، لكن قد نلتمس له

(١) التكييف الفقهى أ. د / محمد عثمان شبير ص ٢٨.

(٢) التكييف الفقهى أ. د / محمد عثمان شبير ص ٢٩.

(٣) التكييف الشرعى لشركات المضاربة الإسلامية لصفية الشراوى ص ٦٥، ط / دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩١ م.

(٤) مشكلة الاستثمار د / محمد صلاح الصاوى ص ٤٢٤، ط / دار المجتمع بجنده، دار الوفاء بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م.



عذراً في ذلك، وهو أن تعريفه جاء في سياق البحث في المعاملات المالية المعاصرة ولم يقصد تعريف التكييف الفقهي بمعناه العام<sup>(١)</sup>.

٦- وعرفه الدكتور/ يوسف القرضاوى بأنه (تطبيق النص الشرعى على الواقعة العملية)<sup>(٢)</sup>.

وبالتأمل في هذا التعريف يلاحظ عليه أنه تعريف غير جامع لأفراد المعرف وبيان ذلك: أن هذا التعريف يقصر التكييف الفقهي على الاجتهاد التنزيلي للنصوص الشرعية من قرآن أو سنة، ولا يدخل فيه التخريج الفقهي، وهو تخريج الفروع على كل من أصول الإمام ونصوصه<sup>(٣)</sup>.

٧- وعرفه الدكتور/ عبد الناصر أبو البصل بأنه (إعطاء الوصف الفقهي للتصرفات محل البحث ويكون ذلك بالنظر إلى حقيقتها ومجانستها لما يماثلها من التصرفات التي منحت أوصافاً فقهية)<sup>(٤)</sup>.

وبالتأمل في التعاريف السابقة للتكييف الفقهي نستطيع أن نستخلص منها تعريفاً جامعاً له، فنقول: التكييف الفقهي عبارة عن (تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامى بأوصاف فقهية بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمثابته بين الأصل والواقعة المستجدة فى الحقيقة)<sup>(٥)</sup>.

فالتأمل والناظر فى هذا التعريف يجد أنه قد اشتمل على عناصر أربعة وبياناها على النحو التالى:

- (١) التكييف الفقهي أ.د/ محمد عثمان شبير ص ٢٩.
- (٢) الفتوى بين الانضباط والتسيب د/ يوسف القرضاوى ص ٦٧، ط/ مكتبة وهبة، مطبعة المدني، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
- (٣) التكييف الفقهي أ.د/ محمد عثمان شبير ص ٢٨.
- (٤) التكييف الفقهي أ.د/ محمد عثمان شبير ص ٢٩.
- (٥) التكييف الفقهي أ.د/ محمد عثمان شبير ص ٣٠.

## ١- الواقعة المستجدة:

هي الحادثة التي تحتاج إلى حكم شرعى وهى عامة لا تقتصر على نوع معين من أنواع الفقه الإسلامى وإنما تشمل العبادات والمعاملات المالية والقضايا السياسية والقضايا الاجتماعية والقضايا الطيبة وغير ذلك<sup>(١)</sup>.

## ٢- الأصل الفقهي:

هو المحل الذى وردت فيه الأحكام الشرعية والذى يبنى عليه التكيف. وهو إما نص شرعى فى القرآن الكريم، أو السنة النبوية، أو إجماع أو قاعدة كلية عامة، أو نص فقهي لفقهاء معتبرين، فكما يصح التكيف على أصل ثابت بالنص يصح أيضاً التكيف على ثابت بالإجماع وأصل اجتهادى لإمام من أئمة الفقه المعتبرين.

## ٣- أحكام الأصل الفقهي:

الأحكام التى تتعلق بالأصل الفقهي كثيرة منها: الحكم التكليفي للأصل من جواز وعدمه. ومنها الأركان والشروط التى ينبغى أن تتوفر فى بعض التصرفات، ومنها الضوابط الشرعية التى ينبغى مراعاتها فى بعض الأمور.

## ٤- التحقق من المجانسة والمثابته بين الأصل والواقعة المستجدة:

فالفقيه الذى يقوم بعملية التكيف عليه أن يجرى مجانسة أو مثابته فى طبيعة كل من الأصل الفقهي، والواقعة المستجدة، فعليه أن يتحقق من وجود مجانسة أو مثابته فى طبيعة كل منهما، وذلك لإلحاق الواقعة بالأصل الفقهي الذى خصه الشرع بأوصاف فقهية وإنزال تلك الأوصاف على الواقعة المستجدة<sup>(٢)</sup>.

## المقصد الثانى

### التعريف بالتكيف الفقهي عند القانونيين

ويتضمن هذا المقصد مسألتين:

المسألة الأولى: التعريف بالتكيف الفقهي عند القانونيين.

(١) التكيف الشرعى لشركات المضاربة الإسلامية لصفية الشراوى ص ٦٥.

(٢) التكيف الفقهي أ. د/ محمد عثمان شبير ص ٣١.

المسألة الثانية: علاقة التكييف الفقهي بالتكييف القانوني.

### المسألة الأولى

#### التعريف بالتكييف الفقهي عند القانونيين

الناظر في كتب القانون يجد أن القانونيين قد عرفوا التكييف القانوني بتعاريف عدة وسأذكر طرفاً من هذه التعاريف وذلك على النحو التالي:

أ- عرف بعض القانونيين التكييف الفقهي بأنه (تحديد طبيعة موضوع النزاع وإعطائه الوصف الملائم عن طريق إسناده إلى مجموعة من قواعد قانونية تنظم موضوع النزاع)<sup>(١)</sup>.

فالمأمل في هذا التعريف يجد أنه تعريف غير جامع، وبيان ذلك أن هذا التعريف قد قصر التكييف القانوني على قضايا النزاع الدولي الخاص والتكييف الفقهي القانوني يتناول جميع فروع القانون دون استثناء.

ب- وعرفه طائفة أخرى من القانونيين بأنه (تحديد طبيعة العلاقة القانونية لإدخالها في نظام قانوني معين) أو (تحديد القاضى الطبيعية القانونية للعلاقة ذات العنصر الأجنبي المعروضة أمامه، بغية إخضاعها لقاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق بالنسبة لها) وبعبارة أخرى: (أن نسبغ الحياة القانونية على شخص، أى شئ أو واقعة، لتعين مكانه أو مكانها في القانون)<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر في هذا التعريف والتأمل في مدلوله نجد أنه تعريف غير جامع وبيان ذلك: أن هذا التعريف قد قصر التكييف القانوني على قضايا

(١) تكييف الجرائم لحسين عبده على ص ٧ (بتصرف) ط / إصدار جامعة عدن، الطبعة الأولى ١٩٩٣ م.

(٢) التكييف لمحمد صالح القويزي ص ١١ وهو بحث منشور بمجلة القضاء العراقية، السنة الرابعة والعشرون، العدد الثاني حزيران (١٩٦٩ م) معجم مصطلحات الشريعة والقانون لعبد الواحد كرم ص ١٣٠، ط / الطبعة خاصة بالمؤلف (ن.ت)، التكييف الفقهي أ.د / محمد عثمان شبير ص ٢٣.

المحاكم المعروضة على القاضى، ولم يشتمل على القضايا الاجتهادية التى تحتاج إلى حكم<sup>(١)</sup>.

ج- وعرفه طائفة ثالثة من القانونيين بأنه (إعطاء العقد وصفة القانونى بالنظر إلى الآثار التى يقصد أطرافه إلى ترتيبها)<sup>(٢)</sup>.

وبالتأمل فى هذا التعريف أيضاً نجد أنه تعريف غير جامع، وبيان ذلك: أن هذا التعريف قصر التكييف القانونى على مسائل القانون المدنى من العقود والتصرفات دون غيرها من فروع القانون المتعددة فهو لا يتناول القانون العام ومستجداته ولا القانون الدولى ومستجداته فيكون التعريف قاصراً على شئ معين وتعريف هذا شأنه يكون تعريفاً غير جامع لأفراد المعرف<sup>(٣)</sup>.

### المسألة الثانية

#### علاقة التكييف الفقهى بالتكييف القانونى

الناظر فى حقيقة كل من التكييف الفقهى والتكييف القانونى يجد أن بينهما علاقة وثيقة، ويمكننا توضيح هذه العلاقة فى الأمور التالية:

١- لتقاء التكييف القانونى مع التكييف الفقهى فى ضرورة تحرى الدقة فى إجراء عملية التكييف، لأن الخطأ فى إجراء العملية يترتب عليه الخطأ فى ترتيب الأحكام على القضية، لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره، هذا مع مراعاة أن الحكم فى التكييف الفقهى يستند إلى نصوص الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء المعتبرة، أما الحكم فى التكييف القانونى فيستند إلى القواعد القانونية المدونة فى القانون المعمول به.

٢- لتقاء التكييف القانونى مع التكييف الفقهى فى الهدف منه، فهو يهدف إلى إعطاء حكم قضية منصوص عليها لقضية معروضة،

(١) التكييف الفقهى أ.د/ محمد عثمان شبير ص ٢٣.

(٢) معجم مصطلحات الشريعة والقانون لعبد الواحد كرم ص ١٢١.

(٣) التكييف الفقهى أ.د/ محمد عثمان شبير ص ٢٤ (بتصرف).

تحتاج إلى وصف فقهي أو قانوني ، وذلك بالنظر إلى العناصر الأساسية في كل من القضيتين.

٣- التقاء التكيف القانوني مع التكيف الفقهي في إجراءات عملية التكيف ويمكن إبراز هذه الإجراءات في الأمور التالية :

أ- رد القضية المعروضة إلى الأصل الفقهي أو القانوني وذلك بإعطائها حكم الأصل الذي رتبته العلماء : من صحة أو جواز أو بطلان أو فساد أو غير ذلك ، ويتم بنظر العالم المتخصص والمتمرس في مدى تحقق عناصر الأصل وضوابطه في القضية المعروضة.

ب- تحديد طبيعة القضية المعروضة وحقيقتها وذلك ببيان عناصرها وأجزائها والآثار المترتبة عليها وقصد أطراف القضية من تنفيذها.

ج- البحث عن الأصل الذي يمكن أن تلحق به القضية المعروضة والتأكد من مجانستهما في العناصر المنصوص عليها في الفقرة السابقة<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### التكيف القانوني لعملية خصم الأوراق التجارية

بالرجوع والنظر في كتب القانون التجاري نجد أن فقهاء هذا القانون وشراحه لم تتفق كلمتهم حول التكيف القانوني لخصم الأوراق التجارية ، ولعل السبب في اختلافهم هذا راجع إلى اختلافهم في فهم طبيعة الخصم ، وفيما يلي عرض لآراء فقهاء القانون وشراحه في الطبيعة القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية.

#### الرأى الأول:

ويرى أصحابه أن الخصم عملية مركبة جمعت بين القرض والحوالة والكفالة فهي والأصل قرض يقدم من المصرف إلى المستفيد مع

(١) التكيف الفقهي أ.د/ محمد عثمان شبير ص ٢٤.

تحويل ذلك المصرف من قبل المستفيد على المدين بهذه الورقة، ثم يتعهد المستفيد بالوفاء عند حلول الأجل إذا تخلف المدين عن السداد فبحكم القرض يصبح المستفيد مالكا للمبلغ الذي خصم به المصرف الورقة وبحكم الحوالة يصبح المصرف دائنا للمدين بهذه الورقة، وبحكم الكفالة يحقق للمصرف أن يطالب المستفيد بالوفاء إذا تخلف المدين عن السداد<sup>(١)</sup>.

**الرأى الثانى:**

ويرى أصحابه أن الخصم تظهير للورقة التجارية ترتبت عليه آثاره من جهة المظهر، والمظهر له، وليس هناك داع لتخريج الخصم على عقد من العقود المدنية.

وبناء على ذلك يكون للمصرف كافة الحقوق والضمانات المقررة للمظهر إليه<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يناقش أصحاب هذا الرأى فيقال لهم: أن هذا الرأى يقصر النظر على الوسيلة والشكل وحدهما، أى أن عملية الخصم مجرد تظهير عادى مثل أى تظهير للورقة التجارية دون النظر إلى قصد الطرفين وموضوع العملية.

وفى ذلك يقول الدكتور جمال الدين عوض ما نصه: (ويعيب هذه النظرية كذلك أنها ضيقة أحيانا لأنها لا تشمل خصم الحقوق غير الثابتة فى أوراق التجارية قابلة للتظهير كما هو الشأن فى السند لحامله، وهى أحيانا واسعة بمعنى أن هناك عمليات أخرى كثيرة غير الخصم تتم بتظهير ناقل لورقة تجارية كإعطاء الورقة لتحصيلها فهو قد يتم بتظهير تام،

---

(١) تطوير الأعمال المصرفية د/ سامى حمود ص ٢٨٣، البنك اللاروى فى الإسلام د/ محمد باقر الصدر ص ١٥٦، ط دار التعارف للمطبوعات بيروت (١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م)، مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية د/ محمد صلاح الصاوى ص ٤٦٢.

(٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د/ على جمال الدين عوض ص ٤٦٣، أحكام الأوراق النقدية والتجارية فى الفقه الإسلامى تأليف/ ستر بن ثواب الجعيد ص ٣٣٩ وهى رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى (١٤٠٥ هـ - ١٤٠٦ هـ).

ثم إن هذه النظرية تركز على التظهير وحده دون النظر إلى اتفاق الطرفين الكائن وراءه لمعرفة دور التظهير، وهو تركيز غير منتج ولذلك فإن هذه النظرية تفقد كثيراً من قيمتها<sup>(١)</sup>.

### الرأى الثالث:

ويرى أصحابه أن خصم الأوراق التجارية من قبيل القرض بالمصرف يقرض العميل المبلغ الذى يعجله له عندما يظهر الأخير الورقة إليه، وتقديم العملي الورقة للمصرف لأجل رهنها ضمناً لحق المصرف المقرض<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يناقش أصحاب هذا الرأى فيقال لهم: أن خصم الأوراق التجارية يؤدي إلى نقل ملكيتها إلى المصرف والتظهير الذى تتم به تظهيراً ناقلاً للملكية، ولو كان على سبيل الضمان لكان التظهير تظهيراً تأمينياً.

وفى بيان ذلك يقول الدكتور على جمال الدين عوض ما نصه: (تعرض نظرية القرض فى صورها المختلفة لنقد عام، فهى تتجاهل إرادة الطرفين، إذ أن العميل لا يقصد أنه يقوم بدور المقترض من البنك طالما أنه يقدم إليه فوراً مقابل ما يقبضه منه، كما أنه كثيراً ما ينقله ملكية الورقة إليه قبل قبض ما يطلبه، فكيف يقال إن إعطاء الورقة وفاء لدين لم ينشأ بعد؟<sup>(٣)</sup>).

### الرأى الرابع:

ويرى أصحابه أن خصم الأوراق التجارية يعد من قبيل حوالة الحق فيحيل المستفيد فى الورقة التجارية حقه الذى يملكه على المصرف عن طريق خصم تلك الورقة<sup>(٤)</sup>.

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د/ جمال الدين عوض ص ٤٦١.

(٢) الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية أ. د/ أحمد أحمد سراج ص ١٠٢، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٢٧.

(٣) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د/ على جمال الدين عوض ص ٣٦٣.

(٤) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد ص ٣٢٩، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٢٨.

ويمكن أن يناقش أصحاب هذا الرأي فيقال لهم: إن عملية خصم الأوراق التجارية لا تنطبق عليها قواعد حوالة الحق<sup>(١)</sup>.

### الرأي الخامس:

ويرى أصحابه أن خصم الأوراق التجارية يعد من قبيل بيع العميل ورقته التجارية بأقل من قيمتها مقابل تعجيل المصرف المشتري دفع قيمتها وتظهيرها له تظهيراً كاملاً<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يناقش أصحاب هذا الرأي فيقال لهم: إن عملية خصم الأوراق التجارية لا تنطبق عليها قواعد البيع ثم إن العميل يعتبر مدبناً للمصرف حتى يسترد المصرف ما عجله، فكيف يقال إن هذه العملية أنها بيع<sup>(٣)</sup>.

### الراجع:

بعد عرض آراء الفقهاء فى التكييف القانونى لعملية خصم الأوراق التجارية ومناقشة ما أمكن مناقشته نرى أن الراجع هو الرأى الأول القائل بأن خصم الأوراق التجارية عملية مركبة جمعت بين القرض والحوالة والكفالة إذ أن هذا الرأى هو الأقرب لواقع عملية الخصم ولأنه قد روعى فيه الجمع بين موضوع عملية الخصم وأسلوب تنفيذها.

وفى بيان هذا الترجيح بقول الدكتور / محمد صلاح الصاوى ما نصه: "لو تأملنا فى عملية الخصم وفيما يجرى عليه الواقع العملى لعمليات الخصم فى المصارف لأدركنا أن هذا التخريج هو أضبط ما قيل فى تكييف هذه العملية فالهدف الحقيقى لهذه العملية بصرف النظر عن الشكل الذى تفرغ فيه هو الغرض. والأسلوب هو التظهير والعمليتان مرتبطتان بحيث لا يمكن الفصل بينهما والمصرف لم يقصد أن يكون مشترياً

- (١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د/ على جمال الدين عوض ص ٤٦٢ وما بعدها، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٢٨.
- (٢) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٢٧.
- (٣) الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية أ. د/ محمد أحمد سراج ص ١٠٢٣، عمليات البنوك من الوجهة القانونية أ. د/ على جمال الدين عوض ص ٤٦٢ وما بعدها، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٢٧ وما بعدها.



للحق الثابت فى الورقة ولا أن يكون محالاً به وإنما قصد الإقراض فقبل انتقال ملكية الورقة المخضومة إليه على سبيل الضمان فإذا حل ميعاد استحقاقها ولم يدفع أى من الملتزمين قيمتها فإن المصرف يعود على الخاصم بالقيمة والمستفيد لا ينفذ يده من الأمر بمجرد تسليم الورقة وتسلم المبلغ بل يعد ضماناً للوفاء ويرجع إليه المصرف ويطالبه بقيمة الورقة إذا تخلف المدين عن السداد وعند حلول الأجل<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

#### التكليف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية

سبق القول بأن ما يعود على المصرف من عملية الخصم يتمثل فى مصاريف التحصيل والعمولة إضافة إلى الفائدة المحددة التى يتم خصمها مقدماً، أما بالنسبة للمصاريف التى يتقاضاها المصرف على هذه العملية فلا يظهر أن هناك مانعاً شرعياً من القول بجوازها إذ أن المصرف إنما يتقاضى تلك المصاريف مقابل خدمات حقيقية يقدمها المصرف فهى أشبه بالعمولة التى يتقاضاها المصرف مقابل تحصيل الورقة التجارية، وأما بالنسبة للعمولة التى يأخذها المصرف فإن كانت مقابل خدمة حقيقية وعمل أداة للعميل كأجرة كتابة الدين وفتح الحساب والخدمة فحكمها حكم المصاريف، وأما إذا كان تقدير العمولة مبالغاً فيه ولا يستند إلى مجهود أو عمل فعلى تحيلاً على الفائدة التى يعتبرها المصرف غير كافية فإن ما زاد عما يقابل الخدمة الحقيقية من المصرف حكمة حكم الفائدة التى يأخذها المصرف على عملية الخصم والتى هى نقطة الخلاف فى هذه العملية.

وبناء على ما تقدم بيانه فإننا نجد أن الباحثين المعاصرين فى الاقتصاد الإسلامى اختلفوا اختلافاً كبيراً فى التكليف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية، وسأتناول فى هذا المبحث ما قاله العلماء المعاصرون فى هذه القضية بالتفصيل فأقول: إن الخصم الذى يتم على

(١) مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية د/ محمد صلاح الصاوى ص ٣٦٣.

الأوراق التجارية إما أن يكون من جهة المصرف المدين وإما أن يكون من جهة غير المصرف المدين، ولكل منهما حكمه الخاص به، وعليه فأنى أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التكيف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية على المصرف المدين.

المطلب الثانى: التكيف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية على المصرف غير المدين.

### المطلب الأول

#### التكيف الفقهي لعملية خصم الأوراق

##### التجارية على المصرف المدين

المقصود بخصم الأوراق التجارية على المصرف المدين هو: أن المصرف المدين بورقة تجارية أو أوراق تجارية يأتى إليه المستفيد فى تلك الورقة أو الأوراق ويطلب منه تعجيل سدادها وهى لم تحل بعد، نظير خصم مبلغ معين.

وبالتأمل فى هذه الحقيقة نجد أن الباحثين المعاصرين حينما تعرضوا للحديث عن هذه المسألة لم تكن وجهتهم واحدة، بل كانت مختلفة فمنهم من قال بجواز هذه العملية، ومنهم من قال بمنعها وسبب اختلافهم فى هذه المسألة راجع إلى مسألة خلافية فقهية قديمة تحدث عنها الفقهاء فى كتبهم، وهذه المسألة هى مسألة (ضع وتعجل).

فمن رأى من الباحثين المعارين جواز مسألة وضع وتعجل، قال بجواز هذه العملية، ومن رأى منع هذه المسألة وأنها غير صحيحة قال ببطان عملية خصم الأوراق التجارية.

وحتى يتضح الأمر جلياً فى هذه القضية رأيت من المناسب هنا أن أتحدث أولاً عن مسألة (ضع وتعجل) ثم بعد ذلك نذكر التكيف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية من جهة المصرف المدين فأقول:

الناظر فى كتب الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه يجد أن فقهاء المذاهب المختلفة تحدثوا حديثاً مطولاً عن مسألة وضع وتعجل ، وقبل أن نبين آراء الفقهاء فى حكم التعامل بها نذكر حقيقة فتقول :  
عرف الفقهاء قاعدة (ضع وتعجل) بأنها (أن يتفق الدقائن والمدين على إسقاط حصة من الدين بشرط أن يعجل المدين الباقي)<sup>(١)</sup> .  
فشرط هذا الدين أن يكون أجلاً فإن كان عاجلاً لم يدخل فى مسألة (ضع وتعجل).

وهذه المسألة تحدث عنها الفقهاء فى أكثر من موضع ، من هذه المواضع الربا والصلح وذلك عند حديثهم عن حكم الصلح على الدين المؤجل بإسقاط شئ منه وتعجيل الباقي ، وبالتأمل فيما قاله الفقهاء فى هذه المسألة نجد أن لهم فيها اتجاهات ثلاثة ويانها على النحو التالى :  
الاتجاه الأول :

ويرى أصحابه أن التعامل بمسألة (ضع وتعجل) أمر غير جائز شرعاً ، وهذا ما اتجه إليه كثير من الصحابة والتابعين والأئمة والمجتهدين فمن الصحابة عمر بن الخطاب<sup>(٢)</sup> . وزيد بن ثابت<sup>(٣)</sup> وعبد الله بن

(١) كفاية الطالب الربانى للإمام أبى الحسن على بن محمد بن محمد بن محمد بن خلف المبرى المتوفى سنة ٩٣٩ هـ على رسالة ابن أبى زيد القيروانى للإمام أبى محمد عبد الله أبى زيد عبد الرحمن القيروانى المتوفى سنة ٣٨٩ هـ ج ٣ ص ١٧ ، ط مكتبة ومطبعة محمد على صبيح وأولاده (ن.ت).

(٢) جامع المسانيد (أحاديث وآثار الإمام أبو حنيفة) جمع : محمد بن محمود الخوارزمى ج ٢ ص ٦٠ ، طبع ونشر / المكتبة الإسلامية ، باكستان (ن.ت) ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضى الله عنه المتوفى سنة ٢٣ هـ ، أ.د / محمد رواس قلجى ص ٤٠٠ ، ط / دار النفائس - بيروت ، الطبعة الرابعة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

(٣) أحكام القرآن للإمام أبى بكر أحمد الرازى الجصاص المتوفى سنة (٣٧٠ هـ) ج ١ ص ٤٦٧ ط : دار الفكر (ن.ت) ، الموطأ للإمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس المتوفى سنة (١٧٩ هـ) تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ج ٢ ص ٦٧٢ ط / مطبعة إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابى الحلبي (ن.ت) ، المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧١ ، شرح مشكل الآثار للإمام أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى المتوفى سنة (٣٢١ هـ) تحقيق شعيب الأرنؤوط ج ١١ ص ٦٢ ط / مؤسسة الرسالة =

عمر<sup>(١)</sup> والمقداد بن الأسود<sup>(٢)</sup>، ومن التابعين عمر بن عبد العزيز<sup>(٣)</sup> وسعيد بن المسيب<sup>(٤)</sup>.....

=الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) شرح السنة للإمام المحدث الفقيه الحسين بن مسعود البغوي المتوفى سنة (٥١٦ هـ) تحقيق: شعيب الأرنؤوط ج ٨ ص ١١٤ ط / المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة الثانية (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م)، الإشراف على مذاهب أهل العلم لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي المتوفى سنة (٣٠٩ هـ) تقديم / عبد الله عمر البارودي ج ٢ ص ٦٩ ط / دار الفكر - بيروت الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م)، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير لشمس الدين أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة (٦٨٣ هـ) ج ٦ ص ٢٦٦، ط / دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م)، وهو مطبوع بهامش المغني، موسوعة فقه زيد بن ثابت رضى الله عنه المتوفى سنة (٤٥ هـ) أ.د / محمد رواس قلعجي ص ١١٥ ط / دار النفائس بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦٧، الموطأ للإمام مالك ج ٢ ص ٦٧٢، المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧١، شرح مشكل الآثار للطحاوي ج ١١ ص ٦١، الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير ج ٦ ص ٢٦٦، وهو مطبوع بهامش المغني لابن قدامة.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١.

(٣) السنن الكبرى للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة (٤٥٨ هـ) ج ١٠ ص ٣٣٥، ط دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م)، موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز أ.د / محمد رواس قلعة ج ٢ ص ٤٣٤ ط / مطبعة جامعة الكويت (٢٠٠١ م).

(٤) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧١ وما بعدها، المنتقى شرح هوطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي المتوفى سنة (٤٩٤ هـ) ج ٥ ص ٦٥ ط : دار الكتاب الإسلامي، القاهرة الطبعة الثانية (ن.ت)، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأى والآثار للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المتوفى سنة (٤٦٣ هـ) تعليق سالم محمد عطا، محمد علي معوض ج ٦ ص ٤٩٠، ط دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م) الإشراف ج ٢ ص ٦٩، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير ج ٦ ص ٢٦٦، وهو مطبوع بهامش المغني.

وسالم بن عبد الله بن عمر<sup>(١)</sup> والحسن البصري<sup>(٢)</sup> وحماد بن أبي سليمان<sup>(٣)</sup> الحكم بن عتيبة الكندي<sup>(٤)</sup> وسفيان الثوري<sup>(٥)</sup> وسفيان بن عيينة<sup>(٦)</sup> وهشام بن عروة بن الزبير<sup>(٧)</sup> وابن عليه<sup>(٨)</sup> وإسحاق بن راهوية<sup>(٩)</sup> ومحمد بن سيرين<sup>(١٠)</sup> والشعبي<sup>(١١)</sup> وسعيد بن جبير<sup>(١٢)</sup> والقاسم بن

- (١) الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير ج ٦ ص ٢٦٦، وهو مطبوع بهامش المغنى.
- (٢) المصنف لابن أبي شيبة للإمام أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العباسي الكوفي المتوفى سنة (٢٣٥ هـ) تحقيق / محمد عوامة ج ١١ ص ٣٩١ ط / شركة دار القبلة، جدة المملكة العربية السعودية، مؤسسة علوم القرآن، سوريا، دار قرطبة، بيروت الطبعة الأولى (١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م)، الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير ج ٦ ص ٢٦٦، وهو مطبوع بهامش المغنى.
- (٣) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١.
- (٤) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦٧، المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٤، الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٩١، الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩.
- (٥) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦٧، الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٩٠، الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠.
- (٦) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٢، الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٨٩ وما بعدها، الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير ج ٦ ص ٢٦٦، وهو مطبوع بهامش المغنى.
- (٧) الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩.
- (٨) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١.
- (٩) الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير ج ٦ ص ٢٦٦، وهو مطبوع بهامش المغنى.
- (١٠) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧١، المصنف لابن أبي شيبة ج ١١ ص ٣٩١، الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٩٠، فقه الإمام محمد بن سيرين المتوفى سنة (١١٠ هـ) أ.د / أحمد بن موسى السهلي ج ٢ ص ٤٧٥، ط / مكتبة دار البيان الحديثة، الطائف الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- (١١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦٧، المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٤، الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٩١، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠.
- (١٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦٧.

محمد<sup>(١)</sup>، ومعمر بن راشد الأزدي<sup>(٢)</sup> ومن الأئمة المجتهدين الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد، كما نقل ذلك عنهم الإمام محمد بن الحسن الشيباني في روايته للموطأ<sup>(٣)</sup> والطحاوي في شرح مشكل الآثار<sup>(٤)</sup> والإمام مالك وأصحابه<sup>(٥)</sup> والإمام الشافعي وسائر أئمة مذاهبه<sup>(٦)</sup>....

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢٩٠، الشرح الكبير ج ٦ ص ٢٦٦، وهو مطبوع بهامش المغنى.

(٢) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧١.

(٣) موطأ الإمام مالك لأبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي عالم المدينة المتوفى سنة ١٧٩ هـ، رواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق عبد الوهاب عبد اللطيف ص ٢٧١، ط المكتبة العلمية، الطبعة الثانية (ن.ت).

(٤) شرح مشكل الآثار للطحاوي ج ١١ ص ٦٣ وما بعدها.

(٥) المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص ٦٤ وما بعدها، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي المتوفى سنة (٤٢٢ هـ) تحقيق حميش عبد الحق ج ٢ ص ١١٩٢ وما بعدها / دار الفكر، بيروت الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م)، شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل لأبى عبد الله محمد الخرشى المتوفى سنة (١١٠١ هـ) ج ٦ ص ٣، ط دار الكتاب الإسلامى لإحياء ونشر التراث الإسلامى، القاهرة (ن.ت).

(٦) ذكر بعض المحققين من أهل العلم أن الإمام المزنى ذكر في هذه المسألة قولين للإمام الشافعى وهو نقل غير صحيح كما أشار إلى ذلك الإمام الماوردى في الحاوى الكبير حيث جاء فيه ما نصه: (مسألة قال المزنى: قال الشافعى رحمه الله (ولو عجل له بعض الكتابة على أن يبرئه من الباقي لم يبرز ورد عليه ما أخذ، ولم يعتق لأنه أبرأ بما لا يبرأ منه) قال الماوردى: وهذا صحيح إذا كان على المكاتب ألف درهم إلى سنة فشرط أن يعجل له خمسمائة على أن يبرئه من الباقي لم يبرز، لأنه يضارع الربا لأن ربا الجاهلية أن يزيد في المال ليزيد في الأجل فيعطى خمسمائة معجلة بألف إلى سنة، وهذا نقص في المال لنقصان الأجل فبذل ألفاً إلى سنة بخمسمائة معجلة فاستويا في حكم الربا والتجريم، وإذا ثبت فساده بما ذكرنا بطل التعجيل وكان باقى الكتابة إلى أجله، وإذا بطل التعجيل بطل الإبراء لأن الإبراء فى مقابل التعجيل فصار باطلين، ولو ابتدأ المكاتب وعجل من الألف خمسمائة وأبرأ السيد من غير شط من باقىها وهو خمسمائة كان هذا جائزاً كما لو أقرضه خمسمائة فرد على ألفاً من غير شرط جاز بخلاف ما لو كان عن شرط، فأما المزن فإنه اشتبه عليه ما قاله الشافعى فقد قال الشافعى فى هذا الموضوع (وضع وتعجل لا يجوز) وأجازه فى موضع آخر فتوهم أن الشافعى اختلف قوله فى الإبراء على شرط والتعجيل وليس الجواب مختلفاً كما توهمه المزنى، وإنما أجاز التعجيل والإبراء بغير شرط وأبطلهما مع الشرط فاختلف جوابه لاختلاف الشرط لا لاختلاف القول). =

## والإمام أحمد في صحيح مذهبه<sup>(١)</sup> وابن حزم الظاهري<sup>(٢)</sup> والزيدية<sup>(٣)</sup> ...

=يراجع فيما تقدم:

الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة (٤٥٠ هـ) تحقيق محمد مسطرجي، د/ ياسين ناصر، محمود الخطيب، د/ عبد الرحمن شميلا الأهدل، د/ أحمد حاج، محمد شيخ ماضي ج ٢٢ ص ٢٦٧، وما بعدها ط/ دار الفكر، بيروت الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ تحقيق الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ج ٥ ص ٨٩ ط/ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين لمحي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ إشراف مكتب البحوث والدراسات ج ٣ ص ٤٨٥، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت الطبعة الأولى (١٤١٩ هـ - ١٩٩٥ م)، أسنى الطالب شرح روض الطالب للقاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي سنة ٩٢٦ هـ تجريد/ العلامة محمد بن أحمد الشوبري ج ٢ ص ٢١٦ ط: دار الكتاب الإسلامي القاهرة (ن.ت)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري المتوفى سنة (٩٢٥ هـ) ج ١ ص ٢٠٩ ط/ شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة (١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ هـ).

(١) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، الفروع لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣ هـ، ج ٤ ص ٢٦٤ ط/ مكتبة ابن تيمية (ن.ت)، المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤ هـ ج ٤ ص ٢٧٩، ط/ المكتبة الإسلامية بيروت (١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي المتوفى سنة ٨٨٥ هـ تحقيق محمد حامد الفقي ج ٥ ص ٢٣٦ ط: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي بيروت الطبعة الثانية (ن.ت).

(٢) المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة (٤٥٦ هـ) تحقيق أحمد محمد شاكر ج ٨ ص ٨٣ وما بعدها مسألة رقم ١٢٠٤ ط/ دار التراث القاهرة (ن.ت).

(٣) الأحكام في الحلال والحرام للإمام يحيى بن الحسين بن القاسم المتوفى سنة ٢٩٨ - جمعة علي بن أحمد ابن أبي جريصة ج ٢ ص ١٦٨، ط مكتبة التراث الإسلامية اليمن الطبعة الثالثة (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ تحقيق عبد الله محمد الصديق، عبد الحفيظ سعد عطية ج ٦ ص ٩٥، ط مؤسسة الرسالة - بيروت، دار الكتاب الإسلامي القاهرة (ن.ت).

والإمامية في أحد القولين عندهم<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه الثاني:

ويرى أصحابه أنه يجوز التعامل بقاعدة (ضع وتعجل) ولا شئ في هذا من جهة الشرع وهذا ما اتجه إليه خير الأمة وترجمان القرآن عبد الله بن عباس<sup>(٢)</sup> وإبراهيم النخعي<sup>(٣)</sup> وأبو ثور<sup>(٤)</sup> وسعد بن المسيب في رواية مرجوحه عنده<sup>(٥)</sup> وابن سيرين في رواية مرجوحه عنده أيضاً، كما نقل ذلك ابن عبد البر في استذكاره<sup>(٦)</sup> وزفر من فقهاء الحنفية، كما نقل

(١) مفتاح الكرامة للعلامة المحقق السيد محمد جواد الحسيني العاملي المتوفى في حدود سنة ١٢٢٦ هـ، تحقيق علي أصغر مرواريد ج ١٢ ص ٨٣ ط/ دار التراث، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م).

(٢) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٢ وما بعدها، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٨، الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٨٩، كنز العمال في سنن الأفعال والأفعال للعلامة علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي البرهان فوري المتوفى سنة ٩٧٥ هـ تحقيق الشيخ/ بكرى حياتي، الشيخ/ صفوة السقا ج ٤ ص ٢٠١ ط/ مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الخامسة (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م)، الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، موسوعة فقه عبد الله بن عباس أ.د/ محمد رواس قلعجي ج ١ ص ٤٧٨ ط جامعة أم القرى بالسعودية (ن.ت).

(٣) الآثار لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري المتوفى سنة ١٨٢ هـ، تصحيح وتعليق أبو الوفا ص ١٨٥، ط دار الكتب العلمية، بيروت (ن.ت) عنيت بنشرة لجنة إحياء المعارف النعمانية بمحيدر آباد الركن الهندي، المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٨٣، الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٩٠، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، ج ٦ ص ٢٩٠.

(٤) الإشراف لابن المنذر ج ٢ ص ٦٩، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١، فقه الإمام أبي ثور إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان البغدادي المتوفى سنة ٢٤٠ هـ، لسعدى حسين علي جبر ص ٥٩٦ ط: دار الفرقان، عمان، مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).

(٥) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ج ٣ ص ٤٠٩، فقه الإمام سعيد بن المسيب المتوفى سنة ٩٣ هـ، إعداد د/ هاشم جميل عبد الله ج ٣ ص ٣٣ ط/ مطبعة الإرشاد الطبعة الأولى (١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م).

(٦) الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٩٠.



ذلك عنه الإمام الطحاوى فى شرح مشكل الآثار<sup>(١)</sup> والإمام أحمد فى رواية عنده، كما نقل عنه ذلك صاحب الفروع والإنصاف<sup>(٢)</sup>.

وقد اختار هذه الرواية شيخ الإسلام ابن تيمية كما نقل ذلك عنه البعلى فى اختياراته<sup>(٣)</sup> وابن القيم فى إعلام الموقعين<sup>(٤)</sup> وبمن اتجه إلى هذا الاتجاه أيضاً ابن القيم كما ذكر ذلك صراحة فى كتابه إعلام الموقعين<sup>(٥)</sup> والشوكانى من أئمة الزيدية كما نص على ذلك فى كتابه السيل الجرار<sup>(٦)</sup> والإلمة فى رأى مرجوح عندهم<sup>(٧)</sup>.

### الاتجاه الثالث:

ويرى أصحابه أنه لا يجوز التعامل (بضع وتعجل) إلا فى صورة واحدة وهذه الصورة هى (صلح المكاتب عن دين المكاتب) وهذا ما اتجه إليه الحنفية فى رواية عندهم<sup>(٨)</sup> والحنابلة فى رواية ثالثة فى

- (١) شرح مشكل الآثار للطحاوى ج ١١ ص ٦٤.
- (٢) الفروع لابن مفلح ج ٤ ص ٢٦٤، الإنصاف للمرداوى ج ٥ ص ٢٣٦.
- (٣) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية واختارها الشيخ/ علاء الدين أبو الحسن البعلى الدمشقى المتوفى سنة ٨٠٣ هـ، وعليها تعليقات فضيلة الشيخ/ محمد حامد الفقى ص ١٥٢، ط/ دار الاستقامة، القاهرة الطبعة الأولى (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م).
- (٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين لشيخ الإسلام أبى عبد الله محمد بن أبى بكر الدمشقى الشهير بان قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ تحقيق وتعليق / عصام الدين الصبايى ج ٣ ص ٢٩١ ط/ دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).
- (٥) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٩١.
- (٦) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ تحقيق / محمود إبراهيم زايد، محمود أمين النواوى ج ٣ ص ١٥٢ وما بعدها ط/ وزارة الأوقاف المصرية، المجلس الأعلى للبحوث الإسلامية، القاهرة الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م).
- (٧) الحدائق الناضرة فى أحكام العشرة الطاهرة للشيخ/ يوسف البحرانى المتوفى سنة ١١٨٦ هـ، ج ٢١ ص ١١٤، طبع ونشر مؤسسة النشر الإسلامى التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، إيران الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ)، مفتاح الكرامة ج ١٢ ص ٨٣٠ وما بعدها.
- (٨) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى المتوفى سنة ٧٤٣ هـ، ج ٥ ص ٤٣ ط/ دار الكتاب الإسلامى الطبعة الثانية (ن.ت)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة الشيخ/ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن =

ولكن ما سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة؟

للإجابة على هذا أقول: إن سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يتمثل في معارضة القياس للنص، أما القياس فهو قياس هذه المسألة على مسألة الزيادة في مقابل التأخير وأما النص فهو الحديث الذي أخرجه الإمام الدار قطنى والبيهقى في سننهما واللفظ للدار قطنى قال عن عكرمة عن ابن عباس قال: لما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخرج بنى النضير قالوا: يا رسول الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل، قال (ضعوا وتعجلوا)<sup>(٢)</sup>.

فمن أخذ بالقياس قال بعدم جواز ضع وتعجل، ومن أخذ بالحديث المذكور قال بجواز هذه المعاملة<sup>(٣)</sup>.

#### الأدلة:

لقد استدل أصحاب هذه الاتجاهات الثلاثة بأدلة عدة نذكر طرفاً منها مبينين جهة الدلالة منها ومناقشين ما يمكن مناقشته وذلك على النحو التالي:

= محمد بن بكر الشهير بابن نعيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ، ط/ دار الكتاب الإسلامى الطبعة الثانية (ن.ت)، الدار المنتقى فى شرح الملتقى لمحمد بن على بن محمد بن على الملقب بعلاء الدين الحصكى الدمشقى المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ ج ٢ ص ٣١٥ ط/ دار إحياء التراث العربى (ن.ت)، وهو مطبوع بهامش مجمع الأنهر.

(١) المحرر فى الفقه للشيخ/ مجد الدين أبى البركات المتوفى سنة (٦٥٢ هـ) ج ١ ص ٣٤٢، ط/ مكتبة المعارف بالرياض، الطبعة الثانية (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م) كشف القناع عن متن الإقناع للشيخ العلامة/ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١ هـ راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحى مصطفى هلال ج ٣ ص ٣٩٢، ط دار الفكر بيروت (١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م).

(٢) سنن الدار قطنى لشيخ الإسلام علي بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٧٥ هـ تحقيق الشيخ السيد عبد الله هاشم يمانى المدنى ج ٣ ص ٤٦ كتاب البيوع حديث رقم ١٩٣، ١٩٢ ط/ دار المعرفة، بيروت الطبعة الأولى (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م) السنن الكبرى للبيهقى ج ٦ ص ٢٨ كتاب البيوع باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله قبله ووضع عنه طيبة به.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ تحقيق/ رضوان جامع رضوان ج ٢ ص ١٧٣ بتصرف ط/ مكتبة الإيمان بالمنصورة، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م).

أولاً: أدلة من قال بعدم جواز (ضع وتعجل):

استدل أصحاب هذا الاتجاه على إثبات مدعاهم بالكتاب والسنة والآثار والقياس.

أولاً: استدلالهم بالكتاب:

أما استدلالهم من الكتاب فقد استدلوا بما يلي:

أ- قال الله تعالى "وأحل الله البيع وحرم الربا"<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة:

هو أن (أل) في الربا للاستغراق وهي تشمل كل ربا، وكذلك قوله تعالى: "أتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين"<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى "وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم"<sup>(٣)</sup>.

وقد استدل الجصاص بهما على تحريم هذا الأصل: (إنه معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل فأبطله الله تعالى محرماً. وقال "وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم"<sup>(٤)</sup> وقال تعالى: "وذروا ما بقى من الربا"<sup>(٥)</sup> قال: حذر أن يؤخر لأجل عوض فإذا كانت عليه ألف درهم مؤجلة فوضع عنه على أن يعجله فإنما جعل الحظ بمخاء الأجل، فكان هذا هو معنى الربا الذي نص تعالى على تحريمه)<sup>(٦)</sup>.

ب- قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>(٧)</sup>.

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٨.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٩.

(٤) سورة البقرة الآية ٢٧٩.

(٥) سورة البقرة الآية ٢٧٨.

(٦) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٦٧، بحث مقارن في المعاملات المصرفية والبديل عنها في الشريعة الإسلامية د/ رمضان حافظ عبد الرحمن ص ١٠٨ وما بعدها، ط/ دار الهدى للطباعة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٨ م.

(٧) سورة النساء الآية ٢٩.

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة :

هو أن الله سبحانه وتعالى نهى عباده المؤمنين عن أكل أموال بعضهم بالباطل بأى صورة كانت، والصورة التى معنا تعد من أكل أموال الناس بالباطل فتكون داخلة فى النهى المذكور.  
فإن قيل إن الله تعالى قال: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (وضع وتعجل) فيها تراض واتفاق بين الدائن والمدين فتكون خارجة عن دائرة النهى.

قلنا: إن التراضى بين الدائن والمدين فى معاملة (ضع وتعجل) فيه شائبة وهذه الشائبة هى أن الدائن لا يصل إلى حقه إلا بالإسقاط فتكون مجبوراً عليه فيصبح الرضا أمراً متوهماً فى هذه المعاملة، وعليه تكون المعاملة المذكورة داخلة فى النهى الوارد فى الآية الكريمة.  
ثانياً: استدلالهم من السنة:

أما استدلالهم من السنة فقد استدلوا بما يلى:

أ- أخرج الإمام البيهقى فى سننه عن المقداد بن الأسود قال: (أسلفت رجلاً مائة دينار ثم خرج سهمى فى بعث بعثة رسول الله ﷺ فقلت له عجل لى تسعين دينار وأحط عشرة دنانير فقال نعم فذكر ذلك ﷺ فقال: (أكلت ربا يا مقداد وأطعمته) (١).

فهذا الحديث يفيد بجلاء ووضوح أن المعاملة (بضع وتعجل) تعد صورة من صور الربا، والربا منهى عنه شركاً فتكون هذه الصورة منهيّة عنها بمقتضى التحريم الوارد فى هذا الحديث.  
والدليل على هذا التحريم إجابة النبى ﷺ على المقداد حينما قال له أكلت ربا يا مقداد وأطعمته.

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث من قبل المخالفين لأصحاب هذا الاتجاه فقالوا: لا نسلم لكم صحة الاستدلال بهذا الحديث عن إثبات المدعى لأنه حديث ضعيف وسبب ضعفه أن فى إسناده يحيى بن يعلى

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٦ ص ٢٨ كتاب البيوع باب لا خير فى أن يعجله بشرط أن يضع عنه.

الأسلمى وهو متروك الحديث لأنه متهم بالتشيع ومتهم بالاضطراب فى روايته، من أجل هذا ترك العلماء روايته وعليه يكون الحديث غير صالح لإثبات المدعى<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يرد على هذه المناقشة فيقال: سلمنا لكم ضعف يحيى بن يعلى الأسلمى لكن لا نسلم لكم ضعف الاستدلال بهذا الحديث لأن له شاهد يقويه، وهذا الشاهد أخرجه الإمام الطبرانى فى المعجم الكبير وابن حجر الهيثمى فى مجمع الزوائد عن أبى المعارك (أن رجلاً من غافق كان له على رجل من مهرة مائة دينار فى زمن عثمان فغنموا غنيمة حسنة، فقال المهري: أعجل لك سبعين ديناراً على أن تمحوا على المائة، وكانت المائة مستأخرة، فرضى الغافقى بذلك، فمر بهما المقداد فأخذ بلجام دابته ليشهده فلما قص عليه الحديث قال: كلا كما قد أذن بحرب من الله ورسوله<sup>(٢)</sup>.

- (١) التاريخ الكبير لأبى عبد الله إسماعيل بن إبراهيم الجعفى البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ج ٨ ص ٣١١ رقم ٣١٣٨، ط: دار الكتب العلمية، بيروت (ن.ت)، الجرح والتعديل للإمام الحافظ شيخ الإسلام أبى محمد عبد الرحمن بن أبى حاتم محمد بن إدريس بن المنذر التميمى الحنظلى الرازى المتوفى سنة ٣٢٧ هـ، ج ٩ ص ١٩٦ رقم ٨٢٠ / ط: مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بميدان أباد الركن الهندى، دار إحياء التراث العربى، بيروت الطبعة الأولى (١٣٧٣ هـ - ١٩٥٣ م)، ميزان الاعتدال فى نقد الرجال للإمام الحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ، تحقيق الشيخ على محمد عوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، إشراف أ.د/ عبد الفتاح أبو سنة ج ٧ ص ٢٢٥ رقم ٩٦٦٥ ط/ دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م)، الكاشف فى معرفة من له رواية فى الكتب الستة للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد الذهبى الدمشقى المتوفى سنة (٧٤٨ هـ) تحقيق محمد عوامة، أحمد محمد عمر الخطيب ج ٢ ص ٣٧٩ رقم ٦٢٧٢، ط/ دار القبلة للثقافة الإسلامية، مؤسسة علوم القرآن، جدة الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م)، تهذيب التهذيب لشيخ الإسلام شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ج ٦ ص ١٩٢ رقم ٨٨٥٤ ط/ مؤسسة التاريخ العربى، دار إحياء التراث العربى الطبعة الثانية (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).
- (٢) المعجم الكبير للحافظ أبى القاسم سليمان بن أحمد الطبرانى المتوفى سنة ٣٦٠ تحقيق/ حمدى عبد المجيد السلفى ج ٢٠ ص ٢٥٢ حديث رقم ٥٩٧ ط/ الوطن العربى الطبعة الأولى (١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م)، مجمع الزوائد ومنيع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ ج ٤ ص ١٣٠ باب فيمن أراد أن يتمجّل أخذ دينه ط/ دار الريان، دار الكتاب العربى (ن.ت).

ومثل هذا لا يقال من قيل الرأى بل لابد أن يكون المقداد رضى الله عنه قد سمعه النبى ﷺ فيكون له حكم المرفوع وبهذا ينجر ضعف الحديث الذى رواه البيهقى عن المقداد ويكون حسنا لغيره إن لم نقل: بأنه صحيح لغيره.

ويمكن أن يرد على هذا الشاهد بأمرين:

أحدهما: أن هذا الأثر لا يصلح أن يكون شاهد للحديث المذكور لأنه أثر ضعيف، وسبب ضعفه أن فى إسناده أبى المعارك وهو راوى مجهول لا يعرف عنه شئ كما قال ذلك صاحب مجمع الزوائد<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يرد على هذا الأمر فيقال:

سلمنا للمعترض ما قال لكن يبقى من الأثر بانضمامه إلى الحديث المذكور شاهد يقويه لأن بقية رجال الأثر المذكور رجال الصحيح كما قرر ذلك صاحب مجمع الزوائد<sup>(٢)</sup>.

ثانيهما: قال المخالفون لأصحاب هذا الاتجاه سلمنا لكم صحة الاستدلال بالأثر المذكور وأنه شاهد جيد لحديث المقداد لكن مع هذا لا يصلح لإثبات المدعى لأنه قول صحابى.

والاحتجاج بقول الصحابى أمر مختلف فيه، والقاعدة أنه لا يجوز إثبات المختلف فيه بالمختلف فيه.

ويمكن أن يرد على هذا الأمر فيقال:

إن اختلاف علماء الأصول فى الأخذ بقول الصحابى منوط بالمسائل التى لا أدلة لها سوى أقوال الصحابة ومسألتنا ليست كذلك فتكون خارجة عن محل النزاع.

ب- كما استدلو بما أخرجه البيهقى فى كشف الأستار ومجمع الزوائد عن ابن عمر رضى الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن الشغار وعن بيع الحجر وعن بيع الغرر وعن بيع كالى بكالى وعن بيع أجل بعاجل. قال: والمجر: ما فى الأرحام والغرر: أن تبيع ما ليس عندك، وكالى

(١) مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٣٠.

(٢) مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٣٠.

بكالئ: دين بدين. والآجل بالعاجل: أن يكون لك على الرجل ألف درهم فيقول رجل: أعجل لك خمسمائة، ودع البقية، والشغار أن ينكح المرأة بالمرأة ليس بينهما صداق<sup>(١)</sup>.

فهذا الحديث قد دل دلالة واضحة على بطلان المعاملة (بضع وتعجل) لورود النهى الصريح عنها من النبي ﷺ.

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث من قبل المخالفين فقالوا: لا نسلم لكم صحة الاستدلال بهذا الحديث لأنه حديث ضعيف وسبب ضعفه أن في إسناده موسى بن عبيدة الرزدي وهو متروك الحديث قال عنه الإمام أحمد لا تحل الرواية عنه. وقال غيره إنه يروى المناكير. من أجل هذا ترك أكثر أهل العلم الأخذ عنه<sup>(٢)</sup>.

وعليه يكون الحديث المذكور غير صالح للاستدلال، ويمكن أن يرد على هذه المناقشة فيقال: سلمنا لكن ضعف موسى بن عبيدة الرزدي لكن لا نسلم لكم عدم صحة الاستدلال بهذا الحديث لأن هذا الحديث بانضمامه إلى الحديث السابق بالإضافة إلى الأثر يقوى بعضهم بعضاً، بالإضافة إلى أن هذه المسألة إثباتها لا يقف على هذه الأحاديث فقط بل ثبت حكمها بآيات القرآن كما سبق بيان ذلك<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: استدلالهم بالآثار:

أما الآثار فقد استدلووا بمجموعة كبيرة من الآثار عن الصحابة والتابعين وهي في جملتها تفيد تحريم (نضع وتعجل) وسأذكر طرفاً من هذه الآثار وذلك على النحو التالي:

(١) كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة للحافظ نور الدين علي بن أبي البيهقي المتوفى سنة (٨٠٧ هـ) تحقيق الشيخ/ حبيب الرحمن الأعظمي ج ٢ ص ٩١ وما بعدها، كتاب البيوع باب ما نهى عنه من البيوع حديث رقم ١٢٨٠ ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت (١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م)، مجمع الزوائد ج ٤ ص ٨٠ وما بعدها باب ما نهى عنه من البيوع.

(٢) ميزان الاعتدال ج ٦ ص ٥٥١ رقم ٨٩٠٢، الكاشف ج ٢ ص ٣٠٦ رقم ٥٧١٥، تهذيب التهذيب ج ٥ ص ٥٧١: ص ٥٧٣ رقم ٨١١٤، تقريب التهذيب لأحمد بن علي بن بحر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ تحقيق/ مصطفى عبد القادر عطا ج ٢ ص ٢٢٦٥ رقم ٧٠١٥ ط/ دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م).

(٣) ص من البحث.

أ- أخرج الإمام مالك في موطأه وعبد الرزاق في مصنفه والبيهقي في سننه واللفظ لعبد الرزاق عن الزهري عن ابن المسيب وابن عمر قالوا: (من كان له حق على رجل إلى أجل معلوم فتعجل بعضه وترك له بعضه فهو ربا، قال معمر: ولا أعلم أحد قبلنا ألا وهو يكرهه)<sup>(١)</sup>.

ب- أخرج الإمام مالك في موطأه وعبد الرزاق في مصنفه والبيهقي في السنن الكبرى واللفظ له عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن أبي صالح مولى السفاح أنه قال (بعث بزا من أهل السوق إلى أجل ثم أردت الخروج إلى الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم وينقدونني فسأل عن ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه فقال لا أمرك أن تأكل هذا ولا تؤكله)<sup>(٢)</sup>.

ج- أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن قيس مولى ابن يامين. قال (سألت ابن عمر فقلت: إنا نخرج بالتجارة إلى أرض البصرة وإلى الشام فنبيع بنسيئة ثم نريد الخروج، فيقولون: ضعوا لنا وننقدكم فقال: إن هذا يأمرني أن أفتيه أن يأكل الربا ويطعمه، وأخذ بعضدي ثلاث مرات فقلت: إنما أستفتيك قال: فلا)<sup>(٣)</sup>.

د- أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن إسماعيل بن أبي خالد قال: قلت للشعبي: (إن إبراهيم قال في الرجل يكون له الدين على

(١) موطأ مالك ج ٢ ص ٦٧٣، كتاب البيوع باب ما جاء في الربا في الدين حديث رقم ٨٢، المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧١، كتاب البيوع باب الرجل يضع من حقه ويتعجل حديث رقم ١٤٣٥٤، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٨ كتاب البيوع باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه.

(٢) موطأ مالك ج ٢ ص ٦٧٢ كتاب البيوع باب ما جاء في الربا في الدين حديث رقم ٨١، المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧١ كتاب البيوع باب الرجل يضع من حقه ويتعجل حديث رقم ١٤٣٥٥، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ٢٨ كتاب البيوع باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه.

(٣) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٤ كتاب البيوع باب الرجل يضع من حقه ويتعجل رقم ١٣٤٦٨.



الرجل فيضع له بعضاً ويعجل بعضاً: إنه ليس به بأس، وكره الحكم بن عتيبة. فقال الشعبي: أصاب الحكم وأخطأ إبراهيم<sup>(١)</sup>.

هـ- أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن الربيع عن الحسن وابن سيرين: (إنهما كرهما في المكاتب أن يقول: عجل وأضع عنك)<sup>(٢)</sup>.

فبالتأمل في هذه الآثار المروية عن الصحابة والتابعين نجد أنها تفيد في جملتها تحريم التعامل بمسألة (ضع وتعجل) وهذا هو المطلوب إثباته.

وقد ناقش المخالفون أصحاب هذا الاتجاه في الاستدلالهم بهذه

الآثار فقالوا:

لا نسلم لكم صحة الاستدلال بهذه الآثار لأنها أقوال صحابة والاحتجاج بأقوال الصحابة أمر مختلف فيه بين العلماء، وقد قرر كثير من العلماء أنه لا يجوز إثبات المختلف فيه بالمختلف فيه.

وقد رد أصحاب هذا الاتجاه على هذه المناقشة فقالوا:

إن ما ذكرتموه من مناقشة مسلم به إذا كانت المسألة ليس فيها دليل من القرآن أو السنة، أما إذا كانت المسألة فيها دليل من القرآن أو السنة فإنه يجوز الأخذ بأقوال الصحابة لأنها حينئذ تكون مؤكدة للقرآن والسنة ومسألتنا من هذا القبيل فتكون خارجة من المناقشة المذكورة.

**رابعاً: استدلالهم بالقياس:**

أما استدلالهم بالقياس فقد قاسوا الإسقاط في التعجيل على الزيادة في التأجيل بجامع أن كلا منهما فيه أكل لأموال الناس بالباطل. وقد بين هذا القياس كثير من العلماء في المذاهب الفقهية المختلفة.

قال الإمام مالك رحمه الله (والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا: أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل، فيضع عنه الطالب،

(١) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٤ كتاب البيوع باب الرجل يضع من حقه ويتعجل حديث رقم ١٣٤٦٩.

(٢) المصنف لابن أبي شيبة ج ١١ ص ٣٩١ كتاب البيوع والأقضية باب في المكاتب يقول لمواليه: أعجل لك وتضع عنى حديث رقم ٢٢٦٦٤.

ويعجله المطلوب ، وذلك عندنا بمنزلة الرجل الذى يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ، ويزيده الغريم فى حقه فهذا الربا بعينه لا شك فيه<sup>(١)</sup> .

وقال الحافظ ابن عبد البر رحمه الله (قد بين مالك - رحمه الله - أن من وضع من حق له لم يحل أجله يستعجله ، فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله لزيادة يزدادها من غريمة لتأخيره ، ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو : أن يكون بإزاء الأمد : الساقط ، والزائد بدل و عوض يزداده الذى يزيد فى الأجل ويسقط عن الذى يعجل الدين قبل محله فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر فهما مجتمعان فى المعنى الذى وصفنا)<sup>(٢)</sup> .

وقال ابن القيم - رحمه الله - فى معرض بيانه لوجه أصحاب هذا القول (وأما المعنى فإنه إذا تعجل البعض وأسقط الباقي فقد باع الأجل بالقدر الذى أسقطه ، وذلك عين الربا ، كما لو باع الأجل بالقدر الذى يزيده إذا حل عليه الدين فقال : زدنى فى الدين وأزيدكم فى المدة فأى فرق بين أن تقول حط من الأجل وأحط من الدين أو تقول : زدنى الأجل وأزيدك فى الدين ؟ قال زيد بن أسلم : كان ربا جاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق إلى الحق ، فإذا حل الحق قال لغريمه : أتقضى أم ترى ؟ فإن قضاها أخذه ، وإلا زاده فى حقه وآخر عنه الأجل<sup>(٣)</sup> ، وهذا الربا مجمع على تحريمه وبطلانه ، وتحريمه معلوم من دين الإسلام كما يعلم تحريم الزنا والسرقه ، قالوا : فنقص العوض كزيادته فى مقابل نقص العوض كزيادته فى مقابل زيادته ، فكما أن هذا ربا فكذلك الأجل)<sup>(٤)</sup> .

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المخالفين فقالوا :

لا نسلم لكن صحة الاستدلال بهذا القياس وبيان ذلك : أن القياس المذكور قياس مع الفارق : وذلك لأن الربا فى الأصل : الزيادة ،

(١) الموطأ ج ٢ ص ٦٧٣ .

(٢) الاستذكار لابن عبد البر ج ٦ ص ٤٨٨ .

(٣) الموطأ ج ٢ ص ٦٧٢ كتاب البيوع باب ما جاء فى الربا فى الدين رقم (٨٣) .

(٤) إغائة اللهفان من مصائد الشيطان للإمام الحافظ أبى عبد الله محمد بن أبى بكر الشهير بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ ، تحقيق محمد حامد الفقى ج ٢ ص ١٢ ط / مكتبة عاطف بالقاهرة (ن. ت) .

فهو يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل فإن الزيادة منتفية هنا، بل في ذلك براءة ذمة المدين من الدين، وتعجيل الدين لصاحبه وانتفاعه بذلك التعجيل مع إسقاطه بعض ذلك الدين عن المدين فكل منهما يحصل له الانتفاع من غير ضرر، وليس في ذلك ربا لا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً<sup>(١)</sup>.

وقد أشار ابن القيم إلى هذه المناقشة ما حصله: (إن الذين حرموا ذلك إنما قاسوه على الربا ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله: إما أن تربي وإما أن تقضى، وبين قوله: عجل لى وأهب لك مائة، فأين أحدهما من الآخر، فلا نص في تحريم ذلك ولا إجماع، ولا قياس صحيح)<sup>(٢)</sup>.  
ثانياً: أدلة أصحاب الاتجاه الثانى: الذين قالوا بجواز التعامل (بضع وتعجل).

استدل أصحاب هذا الاتجاه على إثبات مدعاهم بالسنة والآثار والمعقول.

#### أولاً: استدلالهم من السنة:

أما السنة فقد استدلوا بأحاديث عدة نذكر طرفاً منها وذلك على النحو التالى:

أ- أخرج الإمامان البخارى ومسلم فى صحيحيهما واللفظ للبخارى عن الزهري عن بد الله بن كعب بن مالك عن كعب أنه تقاضى ابن أبى حنبل ديناً كان له عليه فى المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو فى بيته فخرج إليهما حتى كشف سجد حجرتة فنادى (يا كعب قال لبيك يا رسول الله فقال: ضع من دينك هذا، وأوماً إليه أى الشطر قال لقد فعلت يا رسول الله قال: قم فأفضه)<sup>(٣)</sup>.

(١) إغاثة اللهفان ج ٢ ص ١٣، إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٩٠، ومسألة (ضع وتعجل) آراء العلماء فيها وضوابطها أ. د/ محمد عبد الغفار الشريف ص ١٠٦ وهو بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد (٣٤) سنة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م)، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٤٣.

(٢) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩٠.

(٣) صحيح البخارى لأبى عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفى البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ج ١ ص ١١٧ كتاب الصلاة باب التقاضى والملازمة=

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي ﷺ قد أشار على كعب أن يتنازل عن نصف دينه ويقبض الباقي في مجلسه مع مدينه، وهذا دليل صريح على جواز ضم وتعجل.

قال الإمام الشوكاني مبيناً وجه الدلالة من الحديث المذكور ما نصه: (قوله: ويصح شرط حظ البعض، أقول: إذا حصل التراضي على هذا، فليس في ذلك مانع من شرع ولا عقل لأن صاحب الدين قد رضى ببعض ماله، وطابت نفسه عن باقيه، وهو يجوز أن تطيب نفسه عن جميع ذلك المال وتبرأ ذمة من هو عليه، فالبعض بالأولى، وقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ سمع رجلين يتخاصمان في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما، وكانت تلك الخصومة في دين لأحدهما على الآخر فأشرف عليهما النبي ﷺ وأشار بيده إلى من له الدين أن يضع الشطر فوضعه<sup>(١)</sup>، فكان هذا دليلاً على جواز التعجيل بشرط حظ البعض)<sup>(٢)</sup>.

ب- كما استدلووا بما أخرجه الإمام الدار قطنى والبيهقى في سنتهما واللفظ للدار قطنى قال: عن عكرمة عن ابن عباس قال: لما أراد رسول الله ﷺ أن يخرج بنى النضير، قالوا يا رسول الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل، قال: (ضعوا وتعجلوا)<sup>(٣)</sup>.  
وجه الدلالة من هذا الحديث :

واضحة وظاهرة وتتمثل في أن النبي ﷺ لما سئل عن الديون التي لم يحل أجلها أمر بإسقاط البعض وتعجيل الباقي، وفي هذا أوضح دلالة

---

=في المسجد حديث رقم ٤٥٧ ص ١٢١ باب رفع الصوت في المسجد حديث رقم ٤٧١ ط / دار الكتب العلمية بيروت (ن.ت)، صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٩٢ كتاب المساقاة باب استحباب الوضوع من الدين حديث رقم عام ١٥٥٨ خاص ٢٠، ٢١.

(١) هذا الحديث سبق تخريجه ص ٦٦ من البحث.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ج ٣ ص ١٥٢ وما بعدها، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية د/ نزيه حماد ص ٦٣، ط دار القلم دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ص ٥٣.

على إثبات المدعى وهو جواز التعامل بضع وتعجل.  
وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث من قبل المانعين بمناقشات عدة  
نذكر طرفاً منها وذلك على النحو التالي:

١- لا نسلم لكم صحة الاستدلال بهذا الحديث لأنه حديث  
ضعيف، وسبب ضعفه أن فى إسناده مسلم بن خالد الزنجى وهو  
ضعيف، وسبب ضعفه سوء حفظه، من أجل هذا لا يصح الاستدلال  
بهذا الحديث.

وقد رد المجيزون على هذه المناقشة فقالوا: سلمنا لكن ضعف  
الزنجى، لكن هذا التضعيف ليس قولاً لجميع أهل العلم بل هو قول  
لبعضهم. من أجل هذا قرر كثير من العلماء أنه لا يجوز إثبات المختلف فيه  
بالمختلف فيه وما نحن بصده كذلك<sup>(١)</sup>.

٢- قال المانعون للمجيزين: سلمنا لكم صحة الحديث بناءً  
على توثيق الزنجى، بناءً على قول من قال بذلك، لكن لا نسلم لكم  
صحة الاستدلال بالحديث على جواز (ضع وتعجل) لأنه ليس فى  
الحديث نص على المشاركة بين الدائن والمدين على الوضع.

قال الإمام البيهقى، وهذا فيمن وضع طيبة به نفسه من غير شرط  
ولا خير فى أن يعجله بشرط أن يضع عنه<sup>(٢)</sup>.

والدليل على هذا الفهم المستنبط حديث كعب مع ابن أبى حرد  
حيث قال النبى ﷺ لكعب (يا كعب، قال لبيك يا رسول الله، فأشار بيده

---

(١) التاريخ الكبير ج ٧ ص ٢٦٠ رقم ١٠٩٧، الجرح والتعديل ج ٨ ص ١٨٣ رقم  
٨٠٠، سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان النهبى المتوفى  
سنة ٧٤٨ هـ تحقيق / شعيب الأرنؤوط وآخرون ج ٨ ص ١٧٦، ص ١٧٨ رقم ٢٢  
ط / مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الحادية عشرة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م)، تقريب  
التهذيب ج ٢ ص ١٧٨ رقم ٦٦٤٦، تهذيب التهذيب ج ٥ ص ٤٢٨ رقم ٧٧٠٨.  
(٢) السنن الصغرى لأبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ تحقيق عبد  
الله عمر ج ١ ص ٥٠١ ط / دار الفكر الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م)،  
شرح مشكل الآثار للحاوى ج ١١ ص ٦٣.

أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله قال: قم فأقضه<sup>(١)</sup>.

قال ابن بطلال - رحمه الله - فيه الحض على الوضع على المعسر<sup>(٢)</sup>.

وقال النووي - رحمه الله - وفيه الشفاعة إلى أصحاب الحقوق وقبول الشفاعة في الخير<sup>(٣)</sup>.

والشفاعة والحض ليسا بواجبين ولا موجبين ولا يكونان على وجه الاشتراط<sup>(٤)</sup>.

٣- قال المانعون للمجيزين: سلمنا لكن صحة الاستدلال بهذا الحديث على جواز (ضع وتعجل) لكن هذا محمول على ما قبل تحريم الربا، أما بعد تحريم الربا فليس في الحديث حجة على جواز التعامل بهذه المسألة، وقد أشار الإمام الطحاوي إلى هذا المعنى في كتابه شرح مشكل الآثار فقال ما نصه: (أنه لا حجة فيه عندنا لمن ذهب إلى إطلاق ذلك على من ذهب إلى كراهيته لأنه قد يجوز أن يكون قد كان من رسول الله ﷺ ما كان منه من ذلك قبل تحريم الله عز وجل الربا، ثم حرم الربا بعد ذلك فحرمت أسبابه، وهذه مسألة في الفقه جليلة المقدار منه يجب أن تتأمل حتى يوقف على الوجه فيها إن شاء الله)<sup>(٥)</sup>.

وقد ارتضى هذا الجواب واختاره الإمام السرخسي كما ذكر ذلك في مبسوطه<sup>(٦)</sup>.

(١) هذا الحديث سبق تخريجه ص ٦٥ من البحث.

(٢) شرح صحيح البخاري لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال المتوفى سنة ٤٤٩ هـ تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم ج ٢ ص ١٠٦ بتصريف يسير ط / مكتبة الرشد، الرياض الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م).

(٣) شرح صحيح مسلم للنووي ج ٥ ص ٤٨٦.

(٤) بحث مسألة وضع وتعجل د / محمد عبد الغفار الشريف ص ١١١.

(٥) شرح مشكل الآثار للطحاوي ج ١١ ص ٦٣.

(٦) المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١٢٦.

٤- قال المانعون للمجوزين: سلمنا لكن صحة الاستدلال بهذا الحديث على جواز (ضع وتعجل) ولكن هذا محمول على إسقاط الربا في الديون المتعامل بها بينهم، والدليل على ذلك ما ذكره الواقدي في مغازية في قصة بنى النضير حيث قال: (فأجلاهم - أى بنى النضير - رسول الله ﷺ من المدينة وولى إخراجهم محمد بن مسلمة فقالوا: إن لنا ديوناً على الناس إلى أجل فقال رسول الله ﷺ تعجلوا وضعوا، فكان لأبى رافع سلام بن أبى الحقيق على أسيد بن حضير عشرون ومائة دينار إلى سنة فصالحه على أخذ رأس ماله ثمانين ديناراً وأبطل ما فضل)<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل في هذه الرواية التى ذكرها الواقدي: نجد أن الموضوع من الديون هو الربا وعليه يكون الحديث المذكور ليس فيه ما يدل على الجواز المطلق للعمل (بضع وتعجل)، ومما يؤيد هذا المعنى ويؤكد ما ذكره بعض المحققين من تعليقات على صحة ما ذكرناه.

ويمكن إجمال هذه التعليقات فى الأمور التالية:

- أ- ضعف إسناد حديث (ضع وتعجل) كما سبق بيان ذلك مفصلاً<sup>(٢)</sup>.
- ب- كثرة الاحتمالات الواردة على الحديث المذكور وقد قرر علماء الأصول أن كثرة الاحتمالات للدليل تبطل الاستدلال به<sup>(٣)</sup>.

(١) المغازى للإمام محمد بن عمر الواقدي المتوفى سنة ٢٠٧ هـ، تحقيق مارسدن جونس ج ١ ص ٣٧٤، ط عالم الكتب، بيروت (ن.ت).

(٢) يراجع: ص ٦٨ من البحث.

(٣) قول العلماء الدليل إذا تطرق به الاحتمال سقط به الاستدلال كلام نص عليه علماء الأصول ويعد قاعدة من قواعد هذا العلم، وبيان ذلك أن الدليل لا يسقط بمجرد الاحتمال إليه، وقول العلماء الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال مرادهم بذلك الاحتمال القوى الذى احتفت به القرائن واعتضد بالاعتبارات لا بأى احتمال لأنه ما من دليل إلا ويتطرق إليه الاحتمال ولو فتح باب الاحتمال لم يبق شئ من الأدلة إلا وسقط الاستدلال به أى على تعين ذلك الوجه المراد الاستدلال به من الدليل لا أن الاستدلال بالدليل يسقط جملة وتفصيلاً والدليل على ذلك ما أخرجه الإمامان البخارى ومسلم فى صحيحهما عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت: (كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلا فى قبلته، فإذا سجد غمرنى فقبضت رجلى، وإذا قام بسطتها) فهذا الحديث يدل على أن لمس المرأة لا ينعقض الوضوء، واعترض عليه باحتمال الخصوصية أو أن اللمس كان بمائل =

وقد أشار الإمام الشافعي إلى هذا المعنى فقال رضى الله عنه قضايا الأحوال إذا تطرق إليها الاجتمال كساها ثوب الإجمال فبطل بها الاستدلال<sup>(١)</sup>.

ج- أن هذا الحديث مخالف لمقاصد الشريعة فى المعاملات والقواعد العامة<sup>(٢)</sup>.

قال الشاطبى رحمه الله (فإذا ثبت بالاستقراء قاعدة كلية ثم أتى النص على جزئى يخالف القاعدة بوجه من وجوه المخالفة فلا بد من الجمع فى النظر بينهما، لأن الشارع لم ينص على ذلك الجزئى إلا مع الحفاظ على ذلك القواعد إذ كلية هذه معلومة ضرورة بعد الإحاطة بمقاصد الشريعة فلا يمكن والحالة هذه أن تحرم القواعد بإلغاء ما اعتبره الشارع)<sup>(٣)</sup>. وقد أيضاً (كل دليل شرعى إما أن يكون قطعياً أو ظنياً فإن كان قطعياً فلا إشكال فى اعتباره، وإن كان ظنياً فلما أن يرجع إلى أصل قطعى أولاً، فإن رجع إلى قطعى فلا إشكال فى اعتباره، وإن كان ظنياً فإما أن يرجع إلى أصل قطعى فلا إشكال فى اعتباره، وإن كان ظنياً فإما أن يرجع

=يراجع فيما تقدم:

صحيح البخارى ج ١ ص ١٠١ كتاب الصلاة، باب الصلاة على الفراش حديث رقم ٣٨٢، صحيح مسلم ج ١ ص ٣٦٦، كتاب الصلاة باب الاعتراض بين يدى المصلى حديث رقم عام ٥١٢ خاص ٢٦٧، أصول الفقه على منهج أهل الحديث لذكرياء بن علام قادر الباكستانية ج ١ ص ٢٤ ط / دار الخراز، الطبعة الأولى (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م)، تعريف الطلاب بأصول الفقه فى سؤال وجواب تأليف الشيخ بن راشد السعيدان ج ١ ص ٥٦ ط / بدون ذكر اسم مطبعة (ن. ت).

(١) الأشباه والنظائر لمحمد بن عمر بن مكى بن عبد الصمد بن المرحل أبى عبد الله صدر الدين المعروف بابن الوكيل المتوفى سنة ٧١٦ هـ تحقيق د / أحمد بن محمد العتقرى ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها ط : مكتبة الرشد، الرياض الطبعة الثانية (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).

(٢) مسألة ضع وتعجل آراء العلماء فيها وضوابطها د / محمد عبد الغفار الشريف ص ١١٢.

(٣) الموافقات فى أصول الشريعة لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطى المالكى أبو إسحاق الشاطبى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ تحقيق الشيخ / عبد الله دراز ج ٣ ص ٩ وما بعدها ط / دار المعرفة بيروت (ن. ت).



إلى أصل قطعى أو لا ، فإن رجع إلى قطعى فهو معتبر أيضاً وإن لم يرجع  
 وجب التثبت فيه ولم يصح إطلاق القول بقبوله ولكنه قسماً : قسم  
 يضاد أصلاً ، وقسم لا يضاده ولا يوافقه ، فالجميع أربعة أقسام : فأما  
 الأول : يعنى القطعى فلا يفتقر إلى بيان ، وأما الثانى : وهو الظنى الراجع  
 إلى أصل قطعى فإعماله أيضاً ظاهر ، وعليه عامة أخبار الأحاد فإنها بيان  
 للكتاب ، وأما الثالث : وهو الظنى المعارض لأصل قطعى ولا يشهد له  
 أصل قطعى فمردود بلا إشكال ، ومن الدليل على ذلك أمران : أحدهما :  
 أنه مخالف لأصول الشريعة ، ومخالف أصولها لا يصح لأنه ليس منها ، وما  
 ليس من الشريعة كيف يعد منها؟ والثانى : أنه ليس يشهد له ما يشهد  
 بصحته وما هو كذلك ساقط الاعتبار ، ثم قال : وللمسألة أصل فى  
 السلف الصالح ، وسرد بعض الحوادث فى رد السلف الجزئيات المخالفة  
 لقواعد الشريعة العامة<sup>(١)</sup> ، وأما الرابع : وهو الظنى الذى لا يشهد له أصل  
 قطعى ولا يعارض أصلاً قطعياً ، فهو فى محل النظر ، وبابه باب المناسب  
 الغريب فقد يقال : لا يقبل ، لأنه إثبات شرع على غير ما عهد فى مثله ،  
 والاستقراء يدل على أنه غير موجود ، وهذان يوهنان التمسك به على  
 الإطلاق ، لأنه فى محل الريبة<sup>(٢)</sup> .

ومن الأصول الشرعية المعتبرة فى باب المعاملات إلغاء الربا ،  
 والوسائل المؤدية إليه لقوله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما  
 بقى من الربا إن كنتم مؤمنين )<sup>(٣)</sup> .

وقد أشار شيخ الإسلام ابن تيمية إلى هذا المعنى فقال ما حاصله :  
 ( القاعدة الثانية : فى المعاهد حلالها وحرامها ، والأصل فى ذلك أن الله  
 حرم فى كتابه أكل أموالنا بيننا بالباطل ، وهذا يعم كل ما يؤكل بالباطل  
 فى المعاوضات والتبرعات ، وما يؤخذ بغير رضا المستحق والاستحقاق .

(١) الموافقات للشاطبى ج ٣ ص ١٥ : ص ٢٠ .

(٢) الموافقات للشاطبى ج ٣ ص ٢٥ وما بعدها .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٨ .

وأكل المال بالباطل فى المعاوضة نوعان ذكرهما الله فى كتابه هما: الربا والميسر، والربا تحريمه فى القرآن أشد، ولهذا قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله"<sup>(١)</sup>، وذكر النبى ﷺ فى الكبائر كما خرجاه فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه<sup>(٢)</sup>.

ثم إن النبى ﷺ حرم أشياء مما يخفى فيها الفساد لإفضائها إلى الفساد المحقق، كما حرم قليل الخمر، لأنه يدعو إلى كثيرها<sup>(٣)</sup> مثل ربا الفضل.

إذا تبين ذلك، فأصول مالك فى البيوع أجود من أصول غيره، فإنه أخذ عن سعيد ابن المسيب الذى كان يقال: هو أफقه الناس فى البيوع. ولهذا كان أحمد موافقاً له فى الأغلب، فإنهما يجرمان الربا ويشددان فيه حق التشديد، لما تقدم من شدة تحريمه، وعظم مفسدته، ويمنعان الاحتيال له لكل طريق، حتى يمنعا الذريعة المفضية إليه، وإن لم تكن حيلة<sup>(٤)</sup>.

(١) سورة البقرة الآيتان ٢٧٨، ٢٧٩.

(٢) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٩٥ كتاب الوصايا باب قول الله تعالى "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيراً". سورة النساء الآية ١٠ حديث رقم ٢٧٦٦، صحيح مسلم ج ١ ص ٩٢ كتاب الإيمان باب بيان الكبائر وأكبرها حديث رقم عام ١٤٥ خاص ٨٩.

(٣) وهذا المعنى هو ما أشار إليه النبى ﷺ فى الحديث الذى أخرجه الإمام أحمد فى مسنده عن سالم بن عبد الله عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ (كل مسكر حرام ما أسكر كثيره فقليله حرام).

يراجع فيما تقدم:

مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١ هـ تحقيق/ جماعة من العلماء بإشراف د/ عبد الله بن عبد المحسن التركى، الشيخ/ شعيب الأرنؤوط ج ٩ ص ٤٦٤ وما بعدها، حديث رقم ٥٦٤٨ ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).

(٤) القواعد النورانية الفقهية اسمها الصحيح (القواعد الكلية) لشيخ الإسلام أبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ تحقيق/ محسن بن عبد الرحمن المحسن ص ٢٢٢: ص ٢٣٢ بتصرف ط/ مكتبة التوبة، الرياض، الطبعة الأولى (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م).

تلك هى أهم وأبرز المناقشات التى وردت على حديث ابن عباس  
أوردناها بشئ من التفصيل لأهميتها وخطورتها وحتى نزيل اللبس فى  
الفهم لهذه القضية.

### ثانياً: استدلالهم من الآثار:

أما استدلالهم من الآثار فبالرجوع إلى كتب السنة المختلفة لم  
أعثر فيها إلا على أثر واحد لعبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما،  
جاء بألفاظ مختلفة وهى تفيد معنى واحد وهو جواز التعامل (بضع  
وتعجل) وهذا الأثر المروى بألفاظ مختلفة رواه عبد الرزاق فى مصنفه  
ونصه: عن ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس: (سئل عن الرجل يكون  
له الحق على الرجل إلى أجل، فيقول: عجل لى وأضع عنك فقال: لا  
بأس بذلك)<sup>(١)</sup>.

فهذا الأثر المروى عن ابن عباس يفيد بجلاء ووضح أن وضع  
وتعجل أمر جائز شرعاً لا شئ فيه ومما يؤيد هذا المعنى ويؤكد ما روى  
عن ابن عيينة أنه قالك أخبرنى غير واحد عن ابن عباس أنه قال: (إنما  
الربا آخر لى وأنا أزيدك وليس عجل لى وأضع عنك)<sup>(٢)</sup>.

وقد ناقش المانعون المجيزون لاستدلالهم بهذا الأثر بمناقشات عدة  
نذكر طرفاً منها وذلك على النحو التالى:

١- أن قول ابن عباس هذا يعد مخالفة صريحة لحديث رسول الله  
ﷺ الذى تضمن النهى عن بيع أجل بعاجل.

قال ابن القيم - رحمه الله - (والذى ندين الله به ولا يسعنا غيره  
أن الحديث إذا صح عن رسول الله ﷺ ولم يصح عنه حديث آخر ينسخه،  
أن الفرض علينا وعلى الأمة الأخذ بحديثه، وترك ما خالفه ولا نتركه  
لخلاف أحد من الناس كائناً من كان لا رواية: لا غيره إذ من الممكن أن  
ينسى الراوى الحديث ولا يحضره وقت الفتيا أو لا يتفطن لدلالته على

(١) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٢ كتاب البيوع باب الرجل يضع من حقه ويتعجل  
حديث رقم ١٤٣٦٠.

(٢) المصنف لعبد الرزاق ج ٨ ص ٧٢ وما بعدها كتاب البيوع باب الرجل يضع من حقه  
ويتعجل حديث رقم ١٤٣٦٢.

تلك المسألة أو يتأول فيه تأويلاً مرجوحاً أن يكون فلي ظنه ما يعارضه، ولا يكون معارضاً في نفس الأمر، أو يقلد غيره في فتواه بخلافه لاعتقاده أنه أعلم منه، وأنه إنما خالفه لما هو أقوى منه، ولو قدر انتفاء ذلك كله - ولا سبيل إلى العلم بانتفائه ولا ظنه - لم يكن الراوي معصوماً ولم توجب مخالفته لما رواه سقوط عدالته حتى تغلب سيئاته حسناته ومخلاف هذا الحديث الواحد لا يحصل له ذلك<sup>(١)</sup>.

وبناء على هذا النص المنقول عن ابن القيم يجب عليه اتباع الحديث بعد ثبوت صحته وترك رأيه والأخذ بمقتضى الحديث لأنه موافق أيضاً لقواعد الشريعة.

ومما يؤكد هذا المعنى ويؤكد ما ذكره ابن القيم نفسه في أعلام الموقعين تحت عنوان (الأصول التي بنيت عليها فتاوى أحمد) حيث قال ما نصه: (الأصل الأول النصوص فإذا وجد النص أفنى بموجبه، ولم يلتفت إلى ما خالفه ولا من خالفه كائناً من كان ولهذا لم يلتفت إلى خلاف عمر في الميتة)<sup>(٢)</sup>.

أما ابن عباس رضي الله عنه ومن وافقه من أهل السلف فلعل عذرهم في مخالفة الحديث عن إطلاعهم عليه أو إطلاعهم عليه وعدم حضوره وقت الفتيا، أو لعل من قال بإباحة (ضع وتعجل) ممن بعد الصحابة فقد قلد ابن عباس في فتياه<sup>(٣)</sup>.

من أجل هذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية (وليعلم أنه ليس أحد من الأئمة المقبولين عند الأمة قبولاً عاماً يعتمد مخالفة رسول الله ﷺ في شيء من سنته دقيق ولا جليل فإنهم متفقون اتفاقاً يقينياً على وجوب اتباع الرسول، وعلى أن كل أحد من الناس يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول

(١) قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للإمام محمد جمال الدين القاسمي المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ تحقيق محمد بهجة البيطار ص ٨٧ ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي (ن. ت).

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٣٦.

(٣) قواعد التحديث للقاسمي ص ٨٧ بتصرف، مسألة ضع وتعجل أ. د/ محمد عبد الغفار الشريف ص ١١٥ وهو بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات العدد ٣٤.

الله ﷺ، ولكن إذا وجد لواحد منهم قول قد جاء حديث صحيح بخلافه، فلا بد له من عذر في تركه).  
وجميع الأعداء ثلاثة أصناف:

أحدها: عدم اعتقاده أن النبي ﷺ قال.  
الثاني: عدم اعتقاده إرادة تلك المسألة بذلك القول.  
الثالث: اعتقاده أن ذلك الحكم منسوخ.  
وهذه الأصناف الثلاثة تنفرع إلى أسباب متعددة.

#### السبب الأول:

أن لا يكون الحديث قد بلغه ومن لم يبلغه الحديث لم يكلف أن يكون عالماً بموجبه وإذا لم يكن قد بلغه وقد قال في تلك القضية بموجب ظاهر آية أو حديث آخر، أو بموجب قياس، أو بموجب استصحاب فقد يوافق ذلك الحديث تارة ويخالفه أخرى، وهذا السبب هو الغالب على أكثر ما يوجد من أقوال السلف مخالفاً لبعض الأحاديث فإن الإحاطة بحديث رسول الله ﷺ لم تكن لأحد من الأمة) ثم قال:

#### السبب الثاني:

أن يكون الحديث قد بلغه لكنه لم يثبت عنده إما لأن محدثه أو محدث محدثه أو غيره من رجال الإسناد مجهول عنده، أو متهم، أو سئ الحفظ، وإما لأنه لم يبلغه مسنداً، بل منقطعاً، أو لم يضبط لفظ الحديث مع أن ذلك الحديث قد رواه الثقات لغيره بإسناد متصل بأن يكون غيره يعلم من المجهول عنده الثقة أو يكون قد رواه غير أولئك المجهولين عنده أو قد اتصل من غير الجهة المنقطعة، وقد ضبط ألفاظ الحديث بعض المحدثين الحفاظ، أو لتلك الرواية من الشواهد والمتابعات ما يبين صحتها ثم قال: بعض المحدثين الحفاظ، أو لتلك الرواية من الشواهد والمتابعات ما يبين صحتها ثم قال:

#### السبب الثالث:

اعتقاد ضعف الحديث باجتهاد قد خالفه فيه غيره مع قطع النظر عن طريق آخر سواء كان الصواب معه أو مع غيره أو معهما عند من يقول كل مجتهد مصيب ثم قال:

#### السبب الرابع:

اشتراطه في خبر الواحد العدل الحافظ شروطاً يخالفه فيها غيره مثل اشتراط بعضهم عرض الحديث على الكتاب والسنة واشتراط بعضهم أن يكون المحدث فيها إذا خالف قياس الأصول واشتراط بعضهم انتشار الحديث وظهوره إذا كان فيما تعم به البلوى إلى غير ذلك مما هو معروف في مواضعه.

#### السبب الخامس:

أن يكون الحديث قد بلغه، وثبت عنده لكن نسيه وهذا يرد في الكتاب والسنة، مثل الحديث المشهور عن عمر رضى الله عنه أنه سئل عنه الرجل يجنب في السفر فلا يجد الماء؟ فقال: لا يصلى حتى يجد الماء، فقال له عمار: يا أمير المؤمنين أما تذكر إذ كنت أنا وأنت في الإبل فأجنبنا، فأما أنا فتمرغت كما تمرغ الدابة، وأما أنت فلم تصل، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: (إنما يكفيك هكذا، وضرب يديه الأرض فمسح بها وجهه وكفيه)<sup>(١)</sup>.

فقال له عمر: اتق الله يا عمار فقال: إن شئت لم أحدث به، فقال بل نوليك من ذلك ما توليت، فهذه سنة شهدها عمر ثم نسيها حتى أفتى بخلافها وذكره عمار فلم يذكر وهو لم يكذب عماراً، بل أمره أن يحدث به ثم قال:

#### السبب السادس:

عدم معرفته بدلالة الحديث، تارة لكون اللفظ في الحديث غريباً عنده مثل: لفظ المزابة والمحاقلة، والمخابرة والملامسة والمنابذة والغرر إلى غير ذلك من الكلمات الغريبة التي قد يختلف العلماء في تفسيرها.

(١) صحيح البخارى ج ١ ص ٩٠ وما بعدها كتاب التيميم باب التيميم ضربة رقم ٣٤٧، صحيح مسلم ج ١ ص ٢٨٠ كتاب الحيض باب التيميم حديث رقم عام ٣٦٨ خاص ١١٠، سنن أبى داود للحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق د/ السيد محمد سيد، د/ عبد القادر عيد الخير، أ/ سيد إبراهيم ج ١ ص ١٦٩ وما بعدها كتاب الطهارة باب التيميم حديث رقم ٣٢١ ط/ دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)، مسند الإمام أحمد بن حنبل ج ٣٠ ص ٢٧٢ رقم ١٨٣٢٨.

ثم قال: وتارة لكون معناه فى لغته وعرفه غير معناه فى لغة النبى ﷺ وهو يحمله على ما يفهمه فى لغته، بناء على أن الأصل بقاء اللغة، كما سمع آثاراً فى الرخصة فى التبيذ فظنوه بعض أنواع المسكر، لأنه لغتهم، وإنما هو ينبذ لتحلية الماء قبل أن يشتد فإنه جاء مفسراً فى أحاديث كثيرة صحيحة.

ثم قال: وتارة لكون اللفظ مشتركاً أو مجملاً أو متردداً بين حقيقة ومجاز، فيحمله على الأقرب عنده، وإن كان المراد هو الآخر، كما حمل جماعة من الصحابة فى أول الأمر الخيط الأبيض والخيط الأسود على الحبل، ثم قال: وتارة لكون الدلالة من النص خفية، فإن جهات دلالات الأقوال متسعة جداً، يتفاوت الناس فى إدراكها، وفهم وجوه الكلام بحسب منح الحق سبحانه ومواهبه، ثم قد يعرفها الرجل من حيث العموم ولا يتفطن لكون هذا المعنى داخلاً فى ذلك العام. ثم قد يتفطن له تارة ثم ينسأه بعد ذلك.

ثم قال:

**السبب السابع:**

اعتقاده أن لا دلالة فى الحديث والفرق بين هذا وبين الذى قبله أن الأول لم يعرف جهة الدلالة والثانى عرف جهة الدلالة، لكن أعتقد أنها ليست دلالة صحيحة بأن يكون له من الأصول ما يرد تلك الدلالة سواء كانت فى نفس الأمر صواباً أو خطأ مثل أن يعتقد أن العام المخصوص ليس بحجة، وأن المفهوم ليس بحجة، وأن العموم الوارد على سبب مقصور على سببه، أو أن الأمر المجرد لا يقتضى الوجوب أو لا يقتضى الفور أو أن المعرف باللام لا عموم له أو أن الأفعال المنفية لا تنفى ذاتها، ولا جميع أحكامها، أو أن المقتضى لا عموم له، فلا يدعى العموم فى المضمرات والمعانى إلى غير ذلك.

ثم قال:

## السبب الثامن:

اعتقاده أن تلك الدلالة قد عارضها ما دل على أنها ليست مرادة مثل معارضة العام بخاص. أو المطلق بمقيد أو الأمر المطلق بما ينفي الوجوب، أو الحقيقة بما يدل على المجاز على أنواع المعارضات.

ثم قال:

## السبب التاسع:

اعتقاده أن الحديث معارض بما يدل على ضعفه أو نسخه أو تأويله إن كان قابلاً للتأويل بما يصلح أن يكون معارضاً بالإتفاق مثل آية أو حديث آخر أو مثل إجماع، وهذا نوعان:

أحدهما: أن يعتقد أن هذا المعارض راجح في الجملة، فيتعين أحد الثلاثة من غير تعيين واحد منها.

وتارة يعين أحدها بأن يعتقد أنه منسوخ أو أنه مؤول ثم قد يغلط في النسخ فيعتقد المتأخر متقدماً، وقد يغلط في التأويل بأن يحمل الحديث على ما لا يحتمله لفظه أو هناك ما يدفعه، وإذا عارضه من حيث الجملة فقد لا يكون ذلك المعارض دالاً، وقد لا يكون الحديث المعارض في قول الأول إسناداً أو متناً، وتجيئ هنا الأسباب المتقدمة وغيرها في الحديث الأول، والإجماع المدعى في الغالب إنما هو عدم العلم بالمخالف.

ثم قال:

## السبب العاشر:

معارضة ما يدل على ضعفه أو نسخه أو تأويله، مما لا يعتقده غيره أو جنسه معارض، أو لا يكون في الحقيقة معارضاً راجحاً كمعارضة كثير من الكوفيين الحديث الصحيح بظاهر القرآن واعتقادهم أن ظاهر القرآن من العموم ونحوه مقدم على نص الحديث، ثم قد يعتقد ما ليس بظاهر ظاهراً لما في دلالات القول من الوجوه الكثيرة<sup>(١)</sup>.

(١) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة الحرانی المتوفى سنة ٧٢٨ هـ اعتنى بها/ مروان كجك جـ ٢٠ ص ١٦٥ : ص ١٧٧ ط / مطبعة المدني، القاهرة، نشر وتوزيع، دار الكلمة الطيبة الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).



٢- رأى ابن عباس رضى الله عنهما هذا مبنى على مذهب المعروف أنه كان لا يرى الربا إلا فى النسئة، وقد صح رجوعه إلى قول الجمهور من الصحابة فلا حجة فيه.

والدليل على رجوع ابن عباس إلى قول الجمهور حديثاً أخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير عن أبى الزبير قال: سمعت أبا أسيد الساعدى وابن عباس يفتى بالدينار بالدينارين، فقال أبو أسيد وأغلظ له القول، فقال ابن عباس: ما كنت أظن أن أحداً يعرف قرابتى من رسول الله ﷺ يقول لى مثل هذا يا أبا أسيد، فقال أبو أسيد: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: (الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم وصاع حنطة بصاع حنطة وصاع شعير بصاع شعير وصاع ملح بصاع ملح لا فضل بين شئ من ذلك) فقال ابن عباس: هذا شئ كنت أقوله برأى ولم أسمع فيه شيئاً<sup>(١)</sup>.  
فهذا دليل واضح يفيد أن ابن عباس رضى الله عنهما رجع عن قوله وعلى فرض أنه لم يرجع عن قوله فهو قول صحابى والاحتجاج بقول الصحابى أمر مختلف فيه بين العلماء إذا لم يوجد فى المسألة غيره، ومسألتنا هذه قد وجد فيها نصوص من القرآن والسنة فمن ثم يكون قوله هنا ليس بحجة باتفاق جميع العلماء، والله أعلم بالصواب.

### ثالثاً: استدلالهم بالمعقول:

أما استدلالهم بالمعقول فقد استدلوا بوجوه ثلاثة:  
أحدها: أن مسألة (ضع وتعجل) ضد الربا فإن ذلك يتضمن الزيادة فى الأجل والدين وذلك إضرار محض بالغريم، ومسألتنا تتضمن براءة ذمة الغريم من الدين، وانتفاع صاحبه بما يتعجله، فكلاهما حصل له الانتفاع من غير ضرر بخلاف الرضا المجمع عليه، فإن ضرره لاحق بالمدين، ونفعه مختص برب الدين، فهذا ضد الربا صورة ومعنى.

(١) المعجم الكبير للطبرانى ج ١٩ ص ٢٦٨ وما بعدها حديث رقم ٥٩٥، مجمع الزوائد للهيثمى ج ٤ ص ١١٤ كتاب البيوع باب بيع الطعام بالطعام.

ثانيها: أن مقابلة الأجل في الربا ذريعة إلى أعظم الضرر، وهو أن يصير الدرهم الواحد ألوفاً مؤلفة، فتشتغل الذمة بغير فائدة، وفي الوضع والتعجيل تتلخص ذمة هذا من الدين، ويتنفع ذلك بالتعجيل له. ثالثها: الشارع له تطلع إلى براءة الذمم من الديون، وسمى الغريم المدين أسيراً، ففي براءة ذمته تخليص له من الأسر، وهذا ضد شغلها بالزيادة مع الصبر<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال من قبل المخالفين فيقال:

إن قول المجيزين بأن (ضع وتعجل) ضد الربا صورة ومعنى ليس بصحيح لأن صورة الربا تتحقق في (ضع وتعجل) حيث إن من عجل ما لم يجب عليه يعد مقرضاً ثمانية عاجلة، ليقضى من نفسه عشرة عند الأجل، فهو قرض جر نفعاً وكذلك يتحقق فيه معنى الربا، لأن المعنى الجامع بينهما هو أن الفرق بين المبلغين يقابل المدة الزمنية المزیدة أو المسقطه وكذلك تتحقق حكمة تحريم الربا فيه، حيث إن المرابي يستغل حاجة المدين وهنا المدين يستغل حاجة أخيه الدائن، الذي أحسن إليه عند عسرته<sup>(٢)</sup>.

**ثالثاً: أدلة أصحاب الاتجاه الثالث القائل بجواز (ضع وتعجل) في بدل الكتابة دون غيرها.**

بالنظر فيما قاله أصحاب هذا الاتجاه نجد أن أدلتهم على إثبات مدعاهم مكونة من شقين:

الشق الأول: أدلتهم على عدم جواز (ضع وتعجل) في غير بدل الكتابة.

الشق الثاني: أدلتهم على جواز (ضع وتعجل) في بدل الكتابة.

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٢٨٩ وما بعدها، إغاثة اللهفان لابن القيم ج ٢ ص ١٣.

(٢) بحث (مسألة ضع وتعجل) د/ محمد عبد الغفار الشريف ص ١١٧ وما بعدها، مجلة الشريعة الكويت، العدد ٣٤.

أما الشق الأول: وهو أدلتهم على عدم جواز (ضع وتعجل) في غير بدل الكتابة فقد سبق ذكرها مفصلة مقرونة بالمناقشات الواردة عليها في أدلة أصحاب الاتجاه الأول فمن ثم لا ادعى لذكرها مرة أخرى لعدم الإطالة.

أما الشق الثاني: وهو أدلتهم على جواز (ضع وتعجل) في بدل الكتابة، فقد استدلو بما يلي:

- أ- أخرج ابن شيبه في مصنفه عن عطاء بن السائب عن طاووس (أنه كان لا يرى بأساً أن يقول المكاتب لمولاه حط على وأعجل لك)<sup>(١)</sup>.
  - ب- وأخرج أيضاً ابن أبي شيبه في مصنفه حدثنا وكيع قال: حدثنا سفيان عن عطاء بن السائب أن طاووس قال: (لا بأس أن يقول لمكاتبه عجل لي وأضع عنك)<sup>(٢)</sup>.
  - ج- وأخرج أيضاً ابن أبي شيبه في مصنفه عن الزهري (أنه قال: في الرجل يكاتب غلامه على دراهم إلى أجل مسمى فيقول له قبل محل الأجل عجل لي وأضع عنك لم يرى به بأس)<sup>(٣)</sup>.
  - د- وأخرج أيضاً ابن أبي شيبه في مصنفه عن ابن عباس (قال: في الرجل يقول لمكاتبه عجل لي وأضع عنك قال لا بأس به)<sup>(٤)</sup>.
- فهذه الآثار في جملتها تفيد جواز (ضع وتعجل) في بدل الكتابة دون غيرها.

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذه الآثار فيقال للمستدل بها لا نسلم لكم صحة الاستدلال بها على صحة المدعى، لأنها أقوال صحابة

- 
- (١) المصنف لابن أبي شيبه ج ١١ ص ٣٩١ كتاب البيوع والأقضية باب في المكاتب يقول لمواليه أعجل لك وتضع عنى حديث رقم (٢٢٦٦٠).
  - (٢) المصنف لابن أبي شيبه ج ١١ ص ٣٩١ كتاب البيوع والأقضية باب في المكاتب يقول لمواليه أعجل لك وتضع عنى حديث رقم (٢٢٦٦١).
  - (٣) المصنف لابن أبي شيبه ج ١١ ص ٣٩١ كتاب البيوع والأقضية باب في المكاتب يقول لمواليه أعجل لك وتضع عنى رقم (٢٢٦٦٣).
  - (٤) المصنف لابن أبي شيبه ج ١١ ص ٣٩٢ كتاب البيوع والأقضية باب في المكاتب يقول لمواليه أعجل لك وتضع على رقم (٢٢٦٦٥).

وتابعين ، والاحتجاج بهذه الأقوال والأخذ بها أمر مختلف فيه بين العلماء إذا كانت المسألة خالية من أدلة القرآن والسنة ، أما المسألة التي فيها أدلة من القرآن والسنة فالاحتجاج فيها بالقرآن والسنة مقدم على غيره كالمسألة التي معنا.

هذا بالإضافة إلى أن ما قيل في أثر ابن عباس من ردود يقال هنا. هـ - كما استدلوا بالمعقول وحاصله أن (ضع وتعجل) في بدل الكتابة أمر فيه إرفاق ورحمة بمن عليه الدين ، لأن معنى الإرفاق فيما بين الدائن والمدين في مسألتنا هذه أظهر من معنى المعاوضة ، فلا يكون هذا من مقابلة الأجل ببعض المال ، ولكنه إرفاق من المولى بحط لبعض البدل ، وهو مندوب إليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقى قبل حلول الأجل ليتوصل به إلى شرف الحرية وهو أيضاً مندوب إليه في الشرع<sup>(١)</sup> . والمتأمل في هذا الاستدلال يجد أنه استدلال محل نظر لأنه اجتهاد في مقابلة النص إذ النص الشرعي اعتبر (ضع وتعجل) أمر غير جائز شرعاً ، ولم يفرق بين صورة وصورة فهذا الدليل والآثار التي ذكرت قبله لا تقوى ولا تنهض على تخصيص الأدلة القاضية بالمنع ، والله أعلم بالصواب.

#### بيان الرأي الراجح:

بعد هذا العرض المفصل لما قاله أهل العلم في مسألة (ضع وتعجل) أرى أن نقف أولاً على الأمور التالية:

- ١ - عدم سلامة أدلة الاتجاهات الثلاثة سالفة الذكر كما سبق بيان ذلك.
- ٢ - القائلين بتحريم (ضع وتعجل) أكثر من القائلين بجوازها.
- ٣ - رد معظم المناقشات الواردة على أدلة المانعين.

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ٤٣ ، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية عرض منهجي مقارنة أ. د/ نزيه حماد ص ٦٢ .

٤- تحريم (ضع وتعجل) إذا كان أمراً متفق عليه سلفاً بين الدائن والمدين.

٥- القول بتحريم (ضع وتعجل) يتفق مع كثير من القواعد الشرعية منها (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)<sup>(١)</sup>. وهذه القاعدة هي نص صريح لحديث صحيح عن رسول الله ﷺ ومنها (أن الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه)<sup>(٢)</sup> وهذه القاعدة أيضاً نص صريح لحديث صحيح عن رسول الله ﷺ ومنها أيضاً قاعدة (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)<sup>(٣)</sup>.

(١) هذا جزء من حديث صحيح أخرجه الإمام الترمذى فى سنته عن أبى الحوراء السعدى قال: قلت للحسن بن على ما حفظت من رسول الله ﷺ قال: حفظت من رسول الله ﷺ (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب رية). يراجع فيما تقدم:

الجامع الكبير المعروف بث (سنن الترمذى) للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن محمد بن عيسى الترمذى المتوفى سنة (٢٧٩ هـ) تحقيق د/ بشار عواد معروف ج ٤ ص ٢٨٦ أبواب صفة القيامة والرقائق والورع حديث رقم ٢٥١٨ وقال عنه هذا حديث صحيح ط: دار الغرب الإسلامى، بيروت الطبعة الثانية (١٩٩٨م).

(٢) يراجع فى تخريج هذا الحديث: صحيح البخارى ج ١ ص ١٩ كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه حديث رقم (٥٢) ج ٣ ص ٤ كتاب البيوع باب الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات حديث رقم (٢٠٥١) صحيح مسلم ج ٣ ص ٢١٩ كتاب المسافاة باب أخذ الحلال وترك الشبهات حديث رقم عام (١٥٩٩) خاص (١٠٧).

(٣) هذا الحديث جاء بألفاظ مختلفة عن عدد من الصحابة منهم: عبادة بن الصامت وابن عباس وأبى سعيد الخدرى، وأبى لبيبة وثعلبة بن مالك وجابر بن عبد الله = وعائشة غيرهم، وله طرق متعددة تزيد على العشرة، وقد تكلم فيها العلماء، لكن مجموع هذه الطرق يجعله حديثاً صحيحاً لا سيما وأن له شواهد تقويه. يراجع فى تخريج هذا الحديث والحكم عليه: سنن ابن ماجه ج ٤ ص ٢٧ كتاب البيوع باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره حديث رقم (٢٣٤٠، ٢٣٤١)، سنن الدار قطنى ج ٤ ص ٢٢٧ كتاب الأفضية والأحكام حديث رقم ٨٣: ٨٦، السنن الكبرى للبيهقى ج ٦ ص ٦٩ وما بعدها كتاب الصلح باب لا ضرر ولا ضرار حديث رقم ١١٣٨٤.

ومما لا شك فيه أن إسقاط المدين لجزء من دينه يعد ضرراً صريحاً للدائن.

وبالتأمل في هذه الأمور الخمسة نستطيع أن نصل إلى الرأي الراجح في هذه المسألة بدون تعب أو تعصب، وعليه فإنى أرى أن الراجح فى (ضع وتعجل) هو ما اتجه إليه أصحاب الاتجاه الأول الذين قالوا بتحريم (ضع وتعجل) لقوة أدلتهم وضعف ما تمسك به المخالفون، ومع هذا الترجيح أرى من أنه لا مانع فى بعض الأحيان من أن يسقط الدائن جزء من دينه إذا رأى مدينه معسراً أو فقيراً وأن هذا العمل يعد من باب البر والإحسان، وقد أمرنا الله تعالى بذلك فى قرآنه حيث يقول تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى)<sup>(١)</sup> ويقول أيضاً (وأفعلوا الخير لعلكم تفلحون)<sup>(٢)</sup>.

من أجل هذا كله كان ما اتجه إليه أصحاب الاتجاه الأول هو الراجح.

بعد هذا البيان ننتقل إلى التكييف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية على المصرف المدين فنقول:

اختلف الباحثون المعاصرون فى حكم الخصم الواقع على الورقة التجارية على المصرف المدين، ويمكن إبراز هذا الخلاف فى اتجاهين:  
**الاتجاه الأول:**

وهو لطائفة من الباحثين المعاصرين، ويرون أن عملية خصم الأوراق التجارية على المصرف المدين أمر جائز شرعاً لا شئ فيه بناء على القول بجواز (ضع وتعجل)، وحجتهم فى ذلك اعتمادهم على مسألة المصالحة عن الدين المؤجل ببعضه حالاً، وهى ما تعرف بمسألة (ضع وتعجل) باعتبار أن المستفيد فى الورقة التجارية يمثل الدائن والمصرف (المسحوب عليه) يمثل المدين، فالدائن الذى هو المستفيد يضع بعض

(١) سورة المائدة الآية (٢).

(٢) سورة الحج الآية (٧٧).

الدين ، والمدين الذى هو المصرف يعجل إعطاءه ذلك الدين بعد إسقاط جزء من ذلك الدين نظير تعجيله<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه الثانى:

ويرى أصحابه أن عملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية على جهة المصرف المدين أمر غير جائز شرعاً لأن هذه العملية تعد قرضاً بفائدة، وعللوا عدم جواز هذا بأمرين:

أحدهما: قياساً على (ضع وتعجل) فإنها غير جائزة.

ثانيهما: أنها مخالفة (لضع وتعجل) جملة وتفصيلاً، لذا يقول

بعض الباحثين المعاصرين (صورة مسألة (ضع وتعجل) لا تنطبق على عملية خصم الأوراق التجارية (على المصرف المدين) ذلك لأن مسألة (ضع وتعجل) عند القائلين بجوازها - نجد أن الدائن فيها هو الذى يملى شروطه - ويعرض المقدار الذى يضعه من الدين بينما ينعكس الأمر فى عملية الخصم لأن المدين (المصرف) هو الذى يملى الشروط ويحدد مقدار الخصم ذلك لأن المبلغ المخصوم من هذه الورقة خاضع لحساب معروف فى النظم المحاسبية، فالمصرف يأخذ فى عملية الخصم فائدة معلومة عن مدة الانتظار تزيد وتنقص حسب طول المدة وقصرها، وهذا يوضح بجلاء أن عملية الخصم فى جوهرها إنما هى عملية قرض بفائدة، فهى إذا لم تكن محرمة لذاتها كما يقول المذهب القائل بحرمة (ضع وتعجل) فهى محرمة لأن المقصود منها هنا هو: التوصل إلى الربا)<sup>(٢)</sup>.

وقد رد المجيزون على هذا التعليل فقالوا:

(١) الربا والمعاملات المصرفية فى نظر الشريعة الإسلامية د/ عمر بن عبد العزيز المترك المتوفى سنة ١٤٠٥ هـ تحقيق/ بكر بن عبد الله أبو زيد ص ٣٩٦ ط: دار العاصمة السعودية الطبعة الثانية (١٤١٨ هـ).

(٢) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الرازق رحيم جدى الهيتى ص ٣٢١ ط: دار أسامة للنشر والتوزيع الأردن الطبعة الأولى (١٩٩٨م)، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٤٤.

إن هذا التعليل غير صحيح لأمرين :

أحدهما: أن القول بأن المصرف هو الذى يملى شروطه على المستفيد (الدائن) لا يسلم به ، لأن المستفيد (الدائن) فى واقع الأمر هو الذى يذهب للمصرف باختياره ويملى عليه شروطه فى قبول الخصم أو يطلع على نظام المصرف فإن أعجبه ذلك وإلا انتظر إلى حين حلول موعد الوفاء.

ثانيهما: إذا سلمنا بأن المصرف هو الذى يملى شروطه ويحدد المقدار الذى يضعه من الدين فإن ذلك ليس بمسوغ للقول بأن هذه المسألة لا تنطبق عليها مسألة (ضع وتعجل) فأى فرق بين أن يكون الدائن هو الذى يملى شروطه أو يكون المدين هو الذى يملى شروطه ما دام أن النتيجة واحدة وهى تعجيل الدين المؤجل نظير إسقاط جزء منه، وظاهر كلام الفقهاء - رحمهم الله - يدل على هذا.

ومما يدل على هذا المعنى ما ذكره ابن قدامة فى المغنى عند حديثه عن مسألة (ضع وتعجل) حيث قال ما نصه: (فصل إذا كان عليه دين مؤجل فقال لغريمه: ضع عنى بعضه، وأعجل لك بقيته لم يجز، كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن والحكم وحماد والشافعى ومالك والثورى وهشيم وابن عليه وإسحاق وأبو حنيفة، وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك: كلا كما قد أذن بحرب من الله ورسوله، وروى عن ابن عباس أنه لم يربه بأساً، وروى ذلك عن النخعى وأبى ثور لأنه أخذ لبعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالاً<sup>(١)</sup>).

وبالتأمل فى هذا النص الذى ذكره ابن قدامة نجد أن القائل والطالب فيها هو المدين وليس الدائن، فالمدين هو الذى يقول لغريمه: ضع عنى وأعجل لك، وهذا ينقض القول بأن المدين إذا كان هو الطالب

(١) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠١.



والمملى لشروطه على الدائن فإن المسألة لا تعتبر من قبيل (ضع وتعجل) التي تكلم عنها الفقهاء.  
**بيان الرأي الراجح:**

بعد هذا العرض الوجيز لما قاله الباحثون المعاصرون من تكييف فقهي لعملية الخصم التجاري إذا كان على جهة مصرف مدين، أرى أن الراجح في هذه المسألة هو ما اتجه إليه أصحاب الاتجاه الثاني الذين قالوا بعدم جواز هذه العملية وأنه لا يجوز اعتبار الخصم التجاري من باب الصلح على الدين المؤجل وتعجيله مع إسقاط جزء منه وذلك لأن المصرف الذي وصف بأنه مدين بالورقة التجارية ليس مديناً في حقيقة الأمر وقت الخصم بهذه الورقة، وإنما سيكون مديناً للساحب بقيمتها عندما يحل وقت وفاتها، ولو كان مديناً للساحب وقت الخصم لما احتاج الساحب لأن يحرر له ورقة تجارية لا تحل إلا بعد أجل، وإنما سيحرر له شيئاً أو كمبيالة تدفع لدى الإطلاع.

وبناء على ذلك فاعتبار المصرف مديناً بالورقة وقت الخصم غير صحيح وحيثئذ فلا فرق بين المصرف غير المدين بالورقة التجارية المراد خصمها وبين المصرف الذي وصف بأنه مدين بالورقة المراد خصمه إذ أنه في حقيقة الأمر غير مدين بها.

وبناء على ما تقدم فحكم خصم الأوراق التجارية على المصرف الذي وصف بأنه مدين أمر غير جائز شرعاً<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### التكييف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية

##### على المصرف غير المدين

بعد أن بينت في المطلب السابق التكييف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية على المصرف المدين، أبين هنا في هذا المطلب التكييف الفقهي لعملية خصم الأوراق التجارية على المصرف غير المدين.

(١) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركي ص ٢٤٦.

## أولاً: صورة هذه العملية:

هى أن يأتى المستفيد الذى حررت له ورقة تجارية أو أوراق تجارية يحل موعد سدادها بعد أجل معين إلى مصرف غير المصرف المدين بتلك الورقة أو الأوراق، ويطلب منه تعجيل سدادها وهى لم تحل بعد نظير خصم مبلغ معين.

## ثانياً: التكييف الفقهى لهذه العملية:

الناظر فى حقيقة صورة الخصم الواقع على الأوراق التجارية على المصرف غير المدين يجد أن هذه الصورة تنطوى على عقود متعددة. من أجل هذا اختلف الباحثون المعاصرون فى تكييف هذه العملية، ويمكن إبراز هذا الخلاف الفقهى المعاصر فى اتجاهات سبعة ويانها على النحو التالى:

### الاتجاه الأول:

ويرى أصحابه أن عملية الخصم التى تقع على الأوراق التجارية تعد من قبيل البيع وبقيان ذلك أن تكييف هذه العملية تقوم على أساس أن مسألة الخصم تتضمن بيعاً للدين بأقل منه، وذلك أن المستفيد الذى تقدم للمصرف طالباً خصم الورقة التجارية قبل حلول أجلها يعتبر بائعاً لتلك الورقة على المصرف بأقل من قيمتها الإسمية، ويملك المصرف بموجب هذا البيع الدين الذى كان يملكه المستفيد ليستوفيه عند حلوله من المدين به.

ويرى أصحاب هذا التكييف أن بيع الدين بأقل منه جائز شرعاً إذا لم يكن من الذهب أو الفضة والورقة التجارية ما هى إلا وثيقة بأوراق نقدية فيجوز بيعها بأقل منها.

ويعلق صاحب كتاب (البنك اللارىوى فى الإسلام) على هذا التكييف فيقول: (هناك اتجاه فقهي إلى تكييف عملية الخصم على أساس البيع، وذلك بافتراض أن المستفيد الذى تقدم إلى البنك طالباً خصم الورقة يبيع الدين الذى تمثله الورقة - وهو مثلاً ١٠٠ دولار بـ: ٩٥ دولار حاضرة - فيملك البنك بموجب هذا البيع: الدين الذى كان المستفيد يملكه

فى ذمة محرر الكميالة لقاء الثمن الذى يدفعه فعلاً إليه فيكون من بيع الدين بأقل منه).

وعلى أساس هذا التكييف لعملية الخصم يتجه كثير من الفقهاء إلى جوازه شرعاً إذا لم يكن الدين من الذهب أو الفضة أو مكيل أو موزون آخر، ونظراً إلى أن الدين المباع بأقل منه بعمليات الخصم ليس من الذهب والفضة وإنما هو دين بأوراق نقدية فيجوز بيعها بأقل منها، وإذا أمكن تكييف الخصم على أساس البيع فيمكن تكييف مسئولية المستفيد عن وفاء الدين أمام البنك عند عدم وفاء محررة الكميالة على أساس أن المستفيد إلى جانب بيعه للدين متعهد بوفائه أيضاً، أو على أساس أن البنك اشترط عليه فى عقد شراء الدين منه أن يوفيه عند حلوله إذا طالبه البنك بذلك، والأساس الأول أى التعهد يجعل المستفيد مسئولاً عن وفاء الدين عند تخلف المدين عن تسديده البنك، والأساس الثانى أى الشرط يمكن أن يجعل المستفيد ملزماً بوفاء الدين حتى إذا رجع البنك عليه ابتداءً وطالبه بذلك قبل أن يتبين تخلف المدين عن وفاء الدين<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يناقش هذا التكييف بمناقشتين وبيانهما على النحو التالى:

أ- إن الورقة التجارية وثيقة بأوراق نقدية، وأن من أبرز خصائص الورقة التجارية أنها تمثل دائماً حقاً موضوعة مبلغ معين من النقود، وأنه إذا لم يكن محل الصك نقوداً فإنه لا يعتبر ورقة تجارية فهى تمثل الأوراق النقدية وتقوم بوظائفها، ولذلك فإن بيع الورقة التجارية بنقد أقل من قيمتها الإسمية ما هو إلا بيع نقد أجل بنقد حاضر أقل منه، وبيع النقد بالنقد مع التفاضل والنسأ يجتمع فيه ربا الفضل والنسيئة<sup>(٢)</sup>.

(١) البنك اللاروى فى الإسلام د/ محمد باقر الصدر ص ١٥٨ وما بعدها، أحكام

الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٢)- أحكام الأوراق النقدية والتجارية فى الفقه الإسلامى لستر بعد الجعيد ص ٣٦٠،

أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٥٩.

ب- إن بيع الدين لمن هو عليه أو لغير من هو عليه يتضمن صوراً عديدة، وأكثر تلك الصور محل نزاع بين الفقهاء<sup>(١)</sup> ومن أجازها من الفقهاء إنما أجازها بشروط، ومن أبرز تلك الشروط أن الدين إذا كان نقوداً وأريد شراؤه بجنسه من النقود فإنه لا يجوز إلا متساوياً ولم نر أحداً من الفقهاء أجاز ذلك البيع أو الشراء بأقل منه البتة وحيث إن خصم الأوراق التجارية لا يتحقق فيه شرط التساوي فإن تكييفه على ما ذكر تكييف غير صحيح.

وقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية ما نصه: (ولا تصح - أي عملية الخصم - على سبيل بيع الدين بالدين لغير من هو عليه عند من يصححه، لأن العوضين هنا من النقود، ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل، وعند اختلاف الجنس يجب التقابض)<sup>(٢)</sup>.

#### الاتجاه الثاني:

ويرى أصحابه أن عملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية تكييف على أنها قرض بفائدة وبيان ذلك: أن تكييف عملية الخصم على أنها قرض بفائدة تقوم على أساس أن مسألة الخصم تمثل قرضاً من المصرف للعميل (المستفيد) على أن يستوفى المصرف قيمة ذلك القرض مضافاً إليها سعر الخصم الذي يمثل في حقيقة الأمر الفائدة المأخوذة على ذلك القرض والتي تخلفت تبعاً لقيمة الورقة التجارية وموعد استحقاقها،

(١) بيع الدين في الفقه الإسلامي له صور متعددة ومجمل القول في هذه الصور هو أن بيع الدين إما أن يكون ممن هو عليه، وإما أن يكون لغيره، وسواء هذا أو ذاك إما أن يكون بشمن معجل أو بشمن مؤجل، فيكون مجموع هذه الصور أربعة. وبالتأمل في هذه الصور الأربعة نجد أن الفقهاء لم تكن كلمتهم واحدة، فمنهم من أجاز البعض ومنع البعض الآخر ومنهم من أبطل الجميع ومن أراد الوقوف على هذه الصور فليرجع إلى بحثنا في هذا الموضوع (بيع الدين) دراسة في فقه الشريعة الإسلامية، الفصل الثاني من ص ٩٢ / ١٦٣ ط / دار الفكر الجامعي، الإسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

(٢) الموسوعة الفقهية الصادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، النموذج الثالث ص ٢٤٣، الطبعة التمهيدية.

ويؤيد هذا التكييف طبيعة عمل المصارف، فإن الأصل فى استثمار المصارف هو الاتجار بالنقود بل إن كثيراً من المصارف تعتبر مسألة خصم الأوراق التجارية من عمليات الاستثمار قصير الأجل، ولذلك فإن بعض المصارف تخصص قسماً من المصرف مهمته الاستثمار عن طريق الأوراق التجارية<sup>(١)</sup>.

يقول الدكتور سامى حمود (المصرف لم يقصد أن يكون مشترياً للحق الثابت فى الورقة ولا أن يكون محالاً به، وإنما يقصد الإقراض قبل انتقال ملكية الورقة المخصوصة إليه على سبيل الضمان فإذا حل ميعاد استحقاقها ولم يدفع أى من الملتزمين قيمتها فإن المصرف يعود على الخاصم بالقيمة)<sup>(٢)</sup>.

ويقول الدكتور/ على السالوس (عملية الخصم لا تعد أن تكون عملية تسليف متخذة صورة عملية الخصم وتفضل البنوك هذا الوضع لاقتطاع الفوائد مقدماً، والإفادة من الضمانات القانونية التى يحيط بها القانون الأوراق التجارية، ومن هنا نرى أن خصم الأوراق التجارية عملية ربوية واضحة ولو أن البنك اكتفى بأخذ العمولة لكان هذا أجراً نظير قيامه بالتحصيل وكان دفع القيمة قبل الموعد من باب القرض الحسن الذى لا تعرفه البنوك الربوية، أما الفائدة التى يأخذها البنك فهى نظير الإقراض، ولذلك تختلف تبعاً لقيمة الورقة التجارية وموعد الاستحقاق فإذا افترضنا أن الورقة التجارية قيمتها ألف وموعد السداد بعد شهر واحتاج صاحبها إلى قيمتها فى الحال فإن البنك يعطيه تسعمائة وخمسين

(١) تعتبر عملية خصم الأوراق التجارية هى العملية المثلثى فى كثير من البنوك التجارية فى العالم وتعتبر كذلك هى العملية الأولى فى نشاط تجارى التصدير والاستيراد. يراجع فيما تقدم:

البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الله الطيار ص ١٤٠، أحكام الأوراق التجارية فى الفقه الإسلامى د/ سعد بن تركى ص ٢٦٨ هامش (١).

(٢) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د/ سامى حسن أحمد حمود ص ٢٨٤، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٦٨.

محتسباً فائدة قدرها خمسين فكأنه أقرضه تسعمائة وخمسين ويسترد البنك دينه بعد شهر بزيادة خمسين وهي بلا شك زيادة ربوية محرمة<sup>(١)</sup>.

وهذا المعنى قد أشار إليه أحد الكتاب المعاصرين حيث يقول ما نصه: (الهدف الحقيقي لعملية الخصم بصرف النظر عن الشكل الذى تتفرع فيه - هو: القرض والأسلوب هو التظهير، والبنك لا يقصد شراء الورقة التجارية وإنما يقرض المستفيد مبلغاً من المال بضمان هذه الورقة على أن يتقاضى دينه من المدين بهذه الورقة فإن نكل عن الوفاء رجع إلى المستفيد واستوفى منه حقه، والبنك لا يكلف نفسه بملاحقة الملتزمين حتى نهاية المطاق بل يرجع إلى المستفيد فى الغالب، وفى ظل هذا الواقع الملموس يصبح تخريج عملية الخصم على أساس القرض هو الأضبط والأقرب إلى مجريات التعامل فى الواقع، وإذا كان الأمر كذلك كان ما يقتطعه المصرف من الفوائد لقاء عملية الخصم هو من الربا المحرم بلا جدال)<sup>(٢)</sup>.

ومما يؤيد ويؤكد صحة هذا التكييف لهذه العملية ما ثار من خلاف بين القانونيين حينما تحدثوا عن التكييف القانونى لعملية الخصم وكان أرجح الأقوال فى هذا الخلاف هو اعتبار هذه العملية قرضاً يقدم من المصرف إلى المستفيد مع تحويل ذلك المصرف من قبل المستفيد على المدين بهذه الورقة وتعهد المستفيد بالوفاء عند حلول الأجل وتخلف المدين عن السداد<sup>(٣)</sup>.

(١) دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة د/ محمد مصطفى الشنقيطى ج ١ ص ٣٥٠ وما بعدها، الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة أ. د/ عبد الله محمد بن حسن السعيدى ج ١ ص ٦٣٧، ص ٦٤٠، ط دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الثانية (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م)، موقف الشريعة الإسلامية من المضاربات المعاصرة د/ عبد الله العبادى ص ٣٨، د/ دار السلام للطباعة والنشر القاهرة الطبعة الثانية (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م).

(٢) مشكلة الاستثمار فى البنوك الإسلامية د/ محمد صلاح الصاوى ص ٤٦٣ وما بعدها.

(٣) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٧٠ (بتصرف).

ويرى أصحابه أن عملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية تكيف على أنها إبراء وإسقاط على وجه الصلح.

وبيان ذلك: أن هذا التكيف يقوم على اعتبار أن عملية الخصم تدخل في المصالحة عن الدين المؤجل ببعضه حالاً فالعميل (المستفيد) عندما يتقدم للمصرف لأجل خصم الورقة التجارية والتي تعتبر وثيقة بدين مؤجل - قد رضى بأخذ مبلغ أقل من المبلغ المحرر في الورقة التجارية نظير تعجيل قيمة تلك الورقة له قبل حلول موعد استحقاقها (بعد خصم جزء منها) فهو نظير المصالحة عن الدين المؤجل ببعضه حالاً وهو ما يعرف بمسألة (ضغ وتعجل) وهي جائزة في قول عند بعض العلماء كما سبق بيان ذلك مفصلاً في المطلب السابق<sup>(١)</sup>، وهذا التكيف قد مال إليه بعض الباحثين وفي مقدمتهم الدكتور / مصطفى الهمشري، حيث يقول في كتابه الأعمال المصرفية والإسلام ما نصه: (ويعتمد هذا التخريج على جواز أخذ أقل نسبة من قيمة ما يستحق بعقد المدائنة ويكون الفرق متنازلاً عن على سبيل الإبراء والإسقاط، وفي كتب الفقه أمثلة على ذلك: (الصلح عما استحق بعقد المدائنة مثل البيع نسيئة ومثل الإقراض أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي، وصورته: رجل له على آخر ألف درهم فصالحه عنها على خمسمائة جاز ويجعل مستوفياً لنصف حقه ومبرئاً له عن النصف الآخر لا معاوضة لأنه يكون ربا وتصحيح تصرف المسلم واجب ما أمكن وقد أمكن بما ذكرنا)<sup>(٢)</sup> فالتنازل عن طريق المعاوضة حرام، وعلى سبيل الهبة والإبراء صحيح ومباح، فلم لا تجوز عملية الخصم بناء على هذا التصوير ونكون بذلك صححنا تصرفاً شائعاً

(١) أنظر ص ٤٦ وما بعدها من البحث.

(٢) شرح العيني على كنز الدقائق المسمى (رمز الحقائق) للإمام المحدث بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥ هـ اعتنى بإخراجه / نعيم أشرف نور أحمد ج ٢ ص ٢٣٥، طبع ونشر / إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.

من تحريمه ما دام فى فقهننا فسحه ، ويكون العميل عندما يقدم الكمبيالة للخصم قد رضى بأخذ أقل من القيمة الإسمية المدونة فيها وتنازل عن الباقي على سبيل الإبراء والمعاوضة والإسقاط ومظاهر الإبراء ظاهرة ، فالعميل هو الذى يذهب إلى البنك باختياره ويرتضى بدفع (الأجيو) وكان من الممكن أن ينتظر ميعاد استحقاق الكمبيالة ويطالب بنفسه وبهذا تكون عملية الخصم لا ربا فيها وأميل إلى هذا التخريج إذا عدلت صيغ بنود (الأجيو) وعندئذ لا أجد فى نفسى حرجاً فى قبوله<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يناقش أصحاب هذا الاتجاه فيما قالوه فيقال لهم ما

حاصله :

إن مسألة خصم الأوراق التجارية على غير المصرف المدين هى من قبيل المصالحة عن الدين المؤجل ببعضه حالاً أو ما يعرف بمسألة (ضع وتعجل) ، وهذا محل نظر ، فإن بين المسألتين فرقاً كبيراً مؤثراً فى الحكم ، وذلك أن مسألة (ضع وتعجل) يتقدم فيها المدين إلى الدائن الأسمى فيعطيه بعض حقه قبل حلول أجله ويسقط عنه الدائن الباقي ، أو أن الدائن هو الذى يتقدم للمدين فيطلب منه بعض حقه قبل حلول أجله ويتنازل له عن الباقي ، أما فى عملية خصم الأوراق التجارية فإنه لو كان الخصم على المصرف المدين نفسه لصح التخريج على مسألة (ضع وتعجل) كما تقدم بيان ذلك مفصلاً فى المطلب السابق<sup>(٢)</sup>.

ولكن البحث هنا فى حكم الخصم على غير المصرف المدين ، وفى هذا النوع من الخصم يتقدم المستفيد (الدائن) إلى غير المصرف المدين بقيمة الورقة التجارية فيقبل منه ذلك المصرف ورقته التجارية التى لم يحل بعد موعد وفائها ، ويعطيه قيمتها بعد أن يقطع جزء منها ثم بعد ذلك يأخذ قيمتها كاملة من المسحوب عليه ، وواضح من هذا أنه لا يوجد مداينة بين العميل والمصرف الخاصم وإنما المداينة بين المستفيد من الورقة

(١) الأعمال المصرفية والإسلام د/ مصطفى الهمشرى ص ٢٠٢ وما بعدها ، أحكام

الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٦٠ وما بعدها .

(٢) أنظر ص ٤٥ : ٦٠ من البحث .



التجارية (الدائن) والمسحوب عليه (المدين) أو المحرر للورقة التجارية، وينشأ بسبب عملية الخصم عقد آخر بين المستفيد والمصرف الخاصم فضلاً عن عقد المدائنة السابق، وهذا العقد يتمثل في اقتراض العميل مبلغ الورقة من المصرف مقتطعاً منه المبلغ الذي يتم خصمه مقدماً على أن يقوم المصرف الخاصم بتحصيل قيمة تلك الورقة عند حلول موعد وفائها، مع ضمان العميل لذلك الوفاء، أي أنه لو لم يتم السداد للمصرف لرجع على العميل بقيمة الورقة التجارية.

وتأسيساً على ما تقدم: فإنه لا يصح تكييف خصم الورقة التجارية على غير المصرف المدين على أنه إبراء وإسقاط على وجه الصلح<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الأمر كذلك كانت عملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية بعيدة عن الإبراء والإسقاط جملة وتفصيلاً وليس لها علاقة بالصلح، وبيان ذلك: أن الخصم التجاري يفارق الصلح من عدة جوانب من أبرزها ما يلي:

١- إن الصلح لا يكون إلا من خصومة كما جرى على ذلك الفقهاء في تعريفهم للصلح ومن ذلك ما عرفه به صاحب رمز الحقائق إذ قال: (الصلح عقد يرفع النزاع من بين المدعى والمدعى عليه ويقطع الخصومة)<sup>(٢)</sup>.

وعرفه بمثل هذا التعريف الشرييني في شرحه على المنهاج<sup>(٣)</sup> وذكر النووى فى المنهاج ما نصه: (ولو قال من غير سبق خصومة صالحنى عن

---

(١) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الرزاق البيهتي ص ٣٢٣، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد ص ٣٧٤ وما بعدها، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٦١ وما بعدها.

(٢) رمز الحقائق ج ٢ ص ٢٢٩.

(٣) معنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج شرح الشيخ / محمد الخطيب الشرييني - المتوفى سنة ٩٧٧ هـ ج ٢ ص ٢٤١ ط / دار الفكر بيروت الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م).

إدراك بكذا فالأصح بطلانه<sup>(١)</sup>.

وعرفه صاحب شرح منتهى الإرادات بأنه: (معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بن مختلفين)<sup>(٢)</sup>.

وعد أنواع الصلح قائلًا (والصلح خمسة أنواع ... والرابع بين متخاصمين في غير مال، والخامس بين متخاصمين فيه)<sup>(٣)</sup>.

ومما تقدم نستبين أن الصلح لا يكون إلا من خصومة، ولا خصومة بين المصرف والخاصم لنعتر الخضم صلحاً.

٢- إن من أركان الصلح والمصالح عنه، والمصالح عليه، ومعلوم أن عملية الخضم هي (تطهير الورقة التجارية التي لم يحل أجلها بعد إلى المصرف تظهيراً ناقلاً للملكية في مقابل أن يعجل المصرف قيمتها للمظهر بعد أن يخصم منها مبلغاً يتناسب مع الأجل الذي يحل عنده موعداً استحقاقها)<sup>(٤)</sup>.

وعليه فعملية الخضم تتركب من مجموع أمرين:

أ- التنازل عن الكميالة للمصرف من خلال تظهيرها تظهيراً ينقل ملكيتها له.

ب- تعجيل المصرف قيمتها للمظهر بعد أن يحسم منها سعر الخضم (الفائدة).

وعلى فرض أنم سعر الخضم (الفائدة) هو المصالح عليه فأين المصالح عنه؟ فإن قيل المصالح عنه هو ما قدمه المصرف لمظهر الكميالة من

(١) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ص ٦٠ ط / شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي (ن.ت).

(٢) شرح منتهى الإرادات (دقائق أولى النهى لشرح المنتهى) للشيخ / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي ج ٣ ص ٤٠٧ ط / مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).

(٣) شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٤٠٧.

(٤) العقود وعمليات البنود التجارية أ. د/ على البارودي ص ٣٩٧، ط / منشأة المعارف، الإسكندرية (ن.ت).

مبلغها مخصوماً منه سعر الخصم (الفائدة) قلنا: هذا غير مستقيم إذ تقديم مبلغ الكميالة لمظهرها والخصم منها كلاهما عملية واحدة، وهما أمران لا ينفصل أحدهما عن الآخر إذ بمجموعهما تتم عملية الخصم فلا اعتبار سعر الخصم والذي هو أحد شطري عملية الخصم مصالحاً عليه فإنه لا بد أن يتقدمه حق لمظهر الكميالة على المصرف يكون هذا الحق مصالحاً عنه، ويتخلفه يتخلف ركن من أركان الصلح فلا تكون عملية الخصم صلحاً بل هي أشبه بقرض اشترطت فيه الزيادة، ولما لم يكن لمظهر الكميالة (الخاصم) حق على المصرف سابق عملية الخصم، ولما لم تقع خصومة بين المصرف والمظهر في حق مالى سابق يصطلح عنه على عملية الخصم، فإن عملية الخصم تفارق الصلح لهذين السببين<sup>(١)</sup>.

ولو افترضنا عدم وجود الفارق بين الخصم التجارى والصلح فلا يصح أيضاً إلحاق الخصم التجارى بالصلح لأن الصلح يتخرج على عقود عدة، كأن يكون بيعاً أو إجارة أو هبة أو غبراء، ثم إنه يأخذ حكم ما تخرج عليه، وفي هذا يقول الكاسانى فى بدائعه: (وإن كان ديناً فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين: إما أن صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها، فإن صالح منها على خلاف جنسها فإن صالح منها على عين جاز، لأن الصلح عليها فى معنى بيع الدين بالعين وأنه جائز ولا يشترط القبض وإن صالح منها على دين سواء لا يجوز، لأنه بائع ما ليس عنده (لأن الدراهم والدنانير أثمان أبداً، وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح فى هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع) وأنه منهى عنه.

ثم قال: (ولو صالح على أكثر من حقه قدرأ ووصفاً بأن صالح من ألف مبهرجة على ألف وخمسائة جيات، أو صالح على ألف

(١) الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة د/ عبد الله السعيدى ج ١ ص ٦٥٣ : ٦٥٥.

وخمسمائة مبهرجة لا يجوز لأنه ربا لأنه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض (وإسقاط الباقي) <sup>(١)</sup>.

ثم قال: (جملته أن المدعى لو كان داراً وبدل الصلح والدنانير، وغيرهما فإن كان الصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لأنه في معنى البيع من الجانبين فيوجب حق الشفعة) <sup>(٢)</sup>.

وقال الدردير في الشرح الكبير ما نصه: (الصلح ثلاثة أقسام عن إقرار وسكوت أو إنكار وهو إما بيع أو إجارة أو هبة) <sup>(٣)</sup>.

ثم قال: (وإن صالح من له حق بمؤخر من جنسه أو غيره عن مستهلك من عرض أو حيوان أو طعام لم يجوز لأنه فسخ دين في دين إذ باستهلاك الشيء لزم قيمة المستهلك فأخذ عنها مؤخرًا، ومعلوم أن فسخ الدين في الدين إنما يمتنع في غير جنسه أو في جنسه بأكثر فإن سلم من ذلك جاز كما أفاده بالاستثناء في قوله إلا أن يصلح بدراهم مؤخرة وهي كقيمتها فأقل فيجوز إذ حاصله أن أنظره بالقيمة، وهو حسن اقتضاء أو على ذهب كذلك أي قدر قيمة المستهلك فأقل مؤخرًا فيجوز ولو قال إلا بنقد كقيمتها فأقل لكان أخصر فإن كان أكثر من قيمته منع لأنه سلف جر نفعاً) <sup>(٤)</sup>.

وقال الخطيب الشربيني في معنى المحتاج ما نصه: (وهو نوعان: أحدهما: صلح على إقرار فإن جرى على عين غير المدعاة كما إذا ادعى

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الخنفي المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ضبط نصه وحققه د/ محمد محمد تامر، السعيد الزيني، وجه محمد على ج ٧ ص ٤٦٩ وما بعدها، ط: دار الحديث القاهرة (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م).

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٩٥.

(٣) الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ج ٣ ص ٣٠٩ ط/ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه (ن. ت) وهو مطبوع بهامش حاشية الدسوقي.

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٢٣ وما بعدها، وهو مطبوع بهامش حاشية الدسوقي.

عليه داراً فأقر له بها وصالح عنها بمعين كثوب فهو بيع للعين المدعاة من المدعى للمدعى عليه بلفظ الصلح ويسمى صلح المعاوضة، تثبت فيه أحكامه أى البيع كالشفعة والرد بالعيب ومنع تصرفه فى المصالح عليه قبل قبضه واشتراط التقابض إن اتفقا، أى المصالح عنه والمصالح عليه فى علة الربا وغير ذلك من أحكامه كاشتراط التساوى إذا كان جنساً ربوياً واشتراط القطع فى بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف عند الاختلاف وفساده بالغرر والشرط الفاسد والجهل لأن حد البيع يصدق على ذلك).  
ثم قال: (أو جرى الصلح من العين المدعاة على منفعة لغير العين المدعاة كخدمة عبد مدة معلومة فإجارة تثبت أحكامها أى الإجارة فى ذلك حد الإجارة يصدق على ذلك، أما إذا صالح على منفعة العين المدعاة فإنها إجارة تثبت أحكامها)<sup>(١)</sup>.

وقال البهوتى فى شرح منتهى الإرادات: (النوع الثانى من قسمى الصلح على إقرار أن يصالح على غير جنسه بأن أقر له بعين أو دين ثم صالحه عنه بغير جنسه فهو معاوضة ويصح بلفظ الصلح كسائر المعاوضات بخلاف ما قبله لأن المعاوضة عن الشئ يبعثه محظورة، فالصلح بنقد عن نقد بأن أقر له بدينار فصالحه عنه بعشرة دراهم مثلاً أو عكسه فهو صرف يعتبر فيه التقابض قبل التفرق والصلح عن نقد بأن أقر له بدينار فصالحه عنه بعرض كثوب يبيع أو صالحه عنه أى عن عرضه أقر له به كفرس بنقد ذهب أو فضة يبيع أو صالحه عن عرض كثوب بعرض يبيع يشترط له شروطه كالعلم به والقدرة على التسليم والتقابض بالمجلس إن جرى بينهما ربا نسيئة والصلح عن نقد أو عرض مقر به بمنفعة كسكنى دار وخدمة قن معينين إجارة فيعتبر له شروطها)<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ما تقدم إيراده من نصوص، فإن الصلح إذا كان يمكن رده إلى ما يشبهه من العقود ثم إنه يأخذ حكمه فإن الخصم أشبه القرض

(١) معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤١ وما بعدها.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ٤١٢ وما بعدها.

المشروطة الزيادة فيه وإذا كان الأمر كذلك فإنه باطل لأنه يأخذ حكم ما يخرج عليه من عقد كما تقدم قبل قليل نقله عن الفقهاء.

أما ما ذهب إليه الدكتور/ الهمشرى من حمل التنازل فى عملية الخصم على أنه على سبيل الإبراء والإسقاط لا المعاوضة إذ يقول ما نصه (ويكون العميل عندما يقدم الكمبيالة للخصم قد رضى بأخذ أقل من القيمة الإسمية المدونة فيها وتنازل عن الباقي على سبيل الإبراء والمعاوضة والإسقاط، ومظاهر الإبراء ظاهرة فالعميل هو الذى يذهب إلى البنك باختياره ويرتضى بدفع (الأجيو) وكان من الممكن أن ينتظر ميعاد استحقاق الكمبيالة ويطلب بنفسه وبهذا تكون عملية الخصم لا ربا فيها)<sup>(١)</sup>.

فهو كلام غير مسلم به ويرد عليه بما يلى :

١- إن المثال الذى استشهد به وبنى عليه قوله هذا، المتنازل فيه المقرض، وقد تنازل لحفظ المقترض فتنفى شبهة الربا حيثئذ إذ لا منفعة للمقترض بهذا التنازل.

٢- إن حملة سعر الخصم (الفائدة) على أنه تنازل من المظهر (الخاصم) للمصرف على سبيل الإبراء والإسقاط لا المعاوضة ينفى الواقع لأمرين :

أ- أن سعر الخصم (الفائدة) تشترطها المصارف وغرضها منها المعاوضة إذ ذلك طبيعة عملها وهى المتاجرة بالتقود وقد خصصت المصارف لذلك قسماً يعتمد على الإتجار بالأوراق التجارية وقوامه سعر الخصم.

ب- أن هذه الزيادة (الفائدة) ليست متروكة لاختيار المظهر فإن شاء تركها للمصرف وإن شاء أخذها بل إن المصرف وهو المقرض يشترطها واشترط المصرف هذه الزيادة لصالحه إنما

(١) الأعمال المصرفية والإسلام د/ مصطفى الهمشرى ص ٢٠٣.

هو بقصد المعاوضة لا الإسقاط بخلاف ما لو كانت لحظ  
المقترض (المظهر).

وفى هذا يقول الكاسانى مفرقاً بين الصورتين (ولو صالح على  
أقل من حقه قدرأً ووصفاً بأن صالح من الألف جياد على خمسمائة  
لبهجة يجوز أيضاً، ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلاً والإبراء  
عن الباقي أصلاً ووصفاً).

ثم قال: (ولو صح على أكثر من حقه قدرأً ووصفاً بأن صالح من  
ألف نبهجة على ألف وخمسمائة جياد، أو صالح على أكثر من حقه قدرأً  
لا وصفاً بأن صالح من ألف جياد على ألف وخمسمائة نبهجة لا يجوز  
لأنه ربا (لأنه) يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حملة على استيفاء البعض  
ولإسقاط الباقي)<sup>(١)</sup>.

وقد يقال إن ما نحن فيه يتفق مع ما تقدم نقله عن العيني  
والكاسانى إذ الخاصم صالح المصرف على أقل من حقه فإذا كانت قيمة  
الكمبيالة ألفاً مثلاً أخذ منها تسعمائة وأربعين ويتنازل للمصرف عن الباقي  
قلت هذا مردود بما يلي:

أولاً: إن ما ذكره الكاسانى ومثله ما نقله عن العيني واعتمد عليه  
فى تخريجه هذا موضوعه الصلح فى الدين إن كان من دراهم على دراهم،  
ولهذا فقد صدره الكاسانى بقوله: (وإن كان ديناً فإن كان دراهم أو دنانير  
فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين: إما أن صالح منها على خلاف  
جنسها أو على جنسها)، ثم قال: (وإن صالح منها على جنسها فإن صالح  
من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن صالح على  
مثل حقه وإما أن صالح على أقل من حقه وإما أن صالح على أكثر من  
حقه)<sup>(٢)</sup>.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٧٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦٩.

ومثل هذا ذكر العيني إذ يقول . (الصلح عما استحق بعقد المداينة مثل البيع نسيئة ومثل الإقراض أخذ لبعض حقه وإسقاط الباقي)<sup>(١)</sup> .  
وإذا كان موضوع الصلح ديناً ، والصلح من دراهم على دراهم ،  
وإذا كان أصحاب هذا التخريج هذا ما قصدوه بدليل ما استشهدوا به  
واعتمدوا عليه مما تقدم عن العيني فإن تنزيل الخصم على هذا يحتاج إلى  
تحقيق مسألتين :

أولهما : تحديد الدائن والمدين في عملية الخصم .

ثانيهما : تحديد الدين (الحق) في عملية الخصم كذلك .

أما الدائن فهو المصرف بدليل أنه قدم نقوداً للخاصم على أن  
يسترده مثلها بعد أجل مسمى إضافة إلى ما أخذه مقدماً من زيادة ، وأما  
الحق الذي يمكن أن يصطلح على أقل منه أو أكثر منه فهو القرض الذي  
استقرضه الخاصم من المصرف ولم يرد بدله بعد ، أما مبلغ الكمبيالة فلا  
يصلح أن يعتبر الحق المصطلح على أقل منه ذلك أن الدين الثابت  
بالكمبيالة ليس طرفاه الخاصم والمصرف ليصطلحا فيه ، لكن طرفاه  
الخاصم والمسحوب عليه فلو تم الصلح بينهما أى بين الخاصم والمسحوب  
عليه على أن يأخذ الخاصم أقل من قيمتها لكان صحيحاً ، ولو وقع  
الصلح بين المصرف بعد تظهير الكمبيالة له وبين المسحوب عليه على أن  
يأخذ المصرف أقل من مبلغها لكان صحيحاً إذ المصرف بعد تظهير  
الكمبيالة إليه أصبح دائناً للمسحوب عليه بقيمة الكمبيالة ، وعلى فرض  
أن الخاصم مدين للمصرف بمبلغ الكمبيالة بموجب التضامن بين الموقعين  
عليها - حسبما يقتضيه النظام - والخاصم موقع عليها فيكون ضامناً  
للمصرف الوفاء بقيمتها ، ومن ثم يكون مديناً له بحكم هذا الضمان ،  
وموضوع الدين مبلغ الكمبيالة ، وعليه يمكن اعتباره المصالح عنه ، فإن  
الصلح غير مستقيم على هذا الفرض لأن الدائن صالح على أكثر من حقه  
فيكون ربا ، وهو ما تقدم نقله عن الكاساني قبل قليل ، وقد اجتمع هاهنا  
رينا الفضل والنسيئة ، أما الفضل فللزيادة مع اتحاد الجنس ، وأما النسيئة

(١) رمز الحقائق للعيني ج ٢ ص ٢٣٥ .



فلأن مبالغ الكمبيالة ليس حالاً لكنه مؤجل بأجل يحل عنده، وقد يقال إن الزيادة التي حصل عليها المصرف من الخصم هي من قبيل حسن القضاء، وهو أمر مندوب إليه شرعاً لما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه. واللفظ له قال: عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ قال: استسلف رسول الله ﷺ بكرةً بمثله غير أنه قال: (فإن خير عباد الله أحسنهم قضاء)<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يرد على هذا الحديث فيقال:

إن هذا الحديث محمول على الزيادة غير المشروطة أما المشروطة فهي ربا للحديث (كل قرض جر منفعة فهو ربا)<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أنه لا حق للخصم على المصرف ليرثه منه أو يسقط عنه بعضه أو كله، بل الخصم هو المدين للمصرف، وإذا كان ذلك كذلك فإن حمل سعر الخصم (الفائدة) على أنه إبراء للمصرف غير مستقيم لأن ذمة المصرف غير مشغولة أصلاً بمبلغ الكمبيالة لأنه ليس المدين بها لكنه الدائن فكيف يبرأ من شئ لم يثبت في ذمته أصلاً؟<sup>(٣)</sup>.

#### الاتجاه الرابع:

ويرى أصحابه أن التكييف المناسب لعملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية هو إلحاقه بالوكالة وبيان ذلك:

إن مسألة الخصم مسألة مركبة من شيئين:

- ١- قرض بضمان الأوراق التجارية.
- ٢- توكيل بأجرة من العميل للمصرف لاستيفاء قيمة هذا القرض وتخصم الأجرة مقدماً من القرض المضمون الذي يسحبه العميل من المصرف.

(١) صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٢٤، كتاب المساقاة باب من استسلف شيئاً ف قضى خيراً منه حديث رقم عام ١٦٠٠ خاص ١١٨.

(٢) كنز العمال للمتقى الهندي ج ٦ ص ٢٣٨ حديث رقم ١٥٥١٦.

(٣) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة د/ عبد الله السعيدى ج ١ ص ٦٦٣ وما بعدها.

ويوضح الدكتور / مصطفى الهمشري وجه هذا التخريج فيقول:  
(العملية بهذا التصور ليس فيها بيع يؤدي إلى محذور شرعى والإسلام يقر  
القرض بضمان، كما يقر الوكالة بأجر، وبهذا تكون عملية الخصم من  
الممكن اعتبارها حلالاً شرعاً، ويوزع ما يؤخذ على الخصم باسم  
(الأجيو) على نفقة القرض - الذى أخذه العميل بضمان الورقة التجارية  
- وعلى مصاريف التحصيل من الانتقال وإرسال الإخطارات، وعلى  
أجر الوكالة لاستيفاء المبلغ).

وتوضيح ذلك:

أن (الأجيو) مكون من ثلاثة عناصر وهى: الفائدة والعمولة  
والمصروفات، وفى تخريجنا هذا سيحصل البنك على عائد يتكون من ثلاثة  
أشياء: نفقة القرض، أجر الوكالة، مصاريف التحصيل.

ويستأنس لهذا التخريج بأنه توكيل لاستيفاء واستيثاق فى القرض  
بما ذكره ابن القيم - رحمه الله - تحت الحيل المباحة حيث قال: (إذا أحاله  
بدينه على رجل فخاف أن يتوى ماله على المحال عليه فلا يتمكن من بدينه  
على رجل فخاف أن يتوى ماله على المحال عليه فلا يتمكن من الرجوع  
على المحيل لأن الحوالة تخول الحق وتنقله فله ثلاثة حيل: (إحداها) أن  
يقول أن لا أحتال ولكن أكون وكيلاً لك فى قبضه فإذا قبضه واستنفقه  
ثبت له ذلك فى ذمة الوكيل، وله فى ذمة الموكل نظيره فيتقاضان فإن  
خاف الموكل أن يدعى الوكيل ضياع المال من غير تفريط فيعود فيطالبه  
بحقه فالحيلة له: أن يأخذ إقراره بأنى متى ثبت قبضه منه فلا شئ، له على  
الموكل، وما يدعى عليه بسبب هذا الحق أو من جهته فدعواه باطلة وليس  
هذا إبراء معلقاً بشرط حتى يتوصل إلى إبطاله بل هو إقرار بأنه لا يستحق  
عليه شيئاً فى هذه الحالة<sup>(١)</sup>. وهذا التصور يقترب منه ما يصنعه البنك مع  
عميله فى عملية الخصم فالعميل يوكل البنك بأجر، والبنك يستوثق  
لنفسه من عملية بتظهير الكمبيالة لأمر البنك.

(١) إعلام الموقعين ج ٤ ص ٣١ وما بعدها.

وبناء على هذا التصور يكون ما يأخذه البنك فى عملية الخصم باسم (الأجيو) جائز شرعاً، وتوزع عناصر الأجيو الثلاثة على أجر الوكالة ونفقة الاقتراض والمصاريف التى يتحملها، وبهذا يسلم هذا التخريج من الاعتراض اللهم إلا الغلو فى أخذ نفقة القرض وتسمية الأشياء بغير أسمائها حيث أطلقنا لفظ (الفائدة) وأردنا به نفقة القرض وصولاً إلى الحل والإباحة وخروجاً من الحرمة والمنع<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يناقش هذا التكييف الفقهى لعملية الخصم فيقال للقائلين به لا نسلم لكم صحة التكييف المذكور لأنه تكييف غير صحيح وبيان ذلك: أنه تكييف يؤدي إلى مخالفات شرعية عدة، وكل ما كان كذلك لا يصح الأخذ به، وإنما كان التكييف غير صحيح لأمرين:

أحدهما: إن هذا التكييف لا يصدق على حقيقة الخصم إذ أن تظهير الورقة التجارية للمصرف الخاص ينقل ملكيتها إليه، وقد سبق القول بأن حقيقة الخصم هي أنه (تظهير الورقة التجارية التى لم يحل أجلها بعد إلى المصرف تظهيراً ناقلاً للملكية فى مقابل تعجيل المصرف قيمتها للمظهر بعد أن يخصم منها مبلغاً يتناسب مع الأجل الذى يحل عنده موعد استحقاقها).

فالتظهير هنا تظهير ناقل للملكية وليس تظهيراً توكليلاً، وهذا لا يتفق مع ما ذكره فى التخريج من أن العميل يوكل المصرف بأجر فى تحصيل قيمة الورقة التجارية واستيفاء ما أقرضه إياه من ذلك. ومما يدل على ذلك: أن المصرف الخاص بإمكانه أن يخصم الورقة التجارية لدى المصرف المركزى أو أى مصرف آخر، والخصم ناقل للملكية فلا يصح تخريجه على أنه توكيل.

(١) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٥٢ وما بعدها، الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة د/ عبد الله السعيدى ج ١ ص ٦٤٠، الأعمال المصرفية والإسلام د. مصطفى الهمشرى ص ٢٠٠ وما بعدها، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد ص ٣٦٩ وما بعدها.

ومما يوضح ذلك: أن المظهر إليه تظهيراً توكليلاً لا يمكنه إعادة تظهير الورقة التجارية إلا على سبيل التوكيل فقط، وليس له تظهير الورقة التجارية تظهيراً ناقلاً للملكية، وإذا خالف ذلك فإن التظهير الصادر منه يعتبر تظهيراً توكليلاً، ولا يترتب عليه تظهير الدفع، وبذلك يظهر الفرق الكبير بين حقيقة الخصم والتوكيل، وأنه لا يصح تخريج الخصم على أنه توكيل مطلقاً<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: إن غرض هذا التكييف هو الوصول إلى القول بحل ما يأخذه المصرف من الزيادة على القرض بدعوى أن ذلك من قبيل التوكيل بأجر، وأنه جائز شرعاً، وذلك محل نظر، فإنه على التسليم بتخريج الخصم على أنه قرض بضمان مع توكيل بأجرة فإنه يتضمن محظوراً شرعياً، وهو الجمع بين عقد تبرع ومعاوضة، فإن القرض يعتبر من عقود التبرعات والتوكيل بأجر فيه نوع معاوضة كما لا يخفى، وقد ورد النهى عن الجمع بين عقد التبرع والمعاوضة وهذا النهى أشار إليه النبي ﷺ في الحديث الذي أخرجه أبو داود والترمذى فى سننهما واللفظ لأبى داود عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع، ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك)<sup>(٢)</sup>.

وقد علق شيخ الإسلام ابن تيمية على هذا الحديث بكلام طيب فقال ما نصه (فنهى ﷺ عن أن يجمع بين سلف وبيع فإذا جمع بين سلف وإجارة فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله، وكل تبرع يجمعه إلى البيع والإجارة مثل الهبة والعارية والعربة والمحابة فى المساقاة والمزارعة وغير ذلك: هى مثل القرض، فجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضة

(١) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٥٣، وما بعدها، الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة، عبد الله السعيدى ج ١ ص ٦٤٠ وما بعدها.  
(٢) سنن أبى داود ج ٣ ص ١٥١٨ وما بعدها، كتاب البيوع باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم ٣٥٠٤، سنن الترمذى ج ٢ ص ٥١٥ أبواب البيوع باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك حديث رقم ١٢٣٤، وقال هذا حديث حسن صحيح.

وتبرع، لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً فيصير جزءاً من العوض، فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض جمعاً بين أمرين متنافيين، فإن من أقرض رجلاً ألف درهم وباعة سلعة تساوي خمسمائة بألف: لم يرض بالإقراض إلا بالثمن الزائد للسلعة، والمشتري لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد إلا لأجل الألف التي اقترضها، فلا هذا باع يبعأ بألف، ولا هذا أقرض قرضاً محضاً<sup>(١)</sup>.

وقال ابن القيم أيضاً تعليقاً على هذا الحديث ما نصه: (وأما السلف والبيع: فلأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثم باعه ما يساوي خمسين بمائة: فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي بموجبه رد المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك)<sup>(٢)</sup>.  
وأما قول الدكتور / الهمشري (والإسلام يقر القرض بضمان كما يقر الوكالة بأجر، وبهذا تكون عملية الخصم من الممكن اعتبارها حلالاً شرعاً)<sup>(٣)</sup>.

فيجاب عنه: بأن كلاً من القرض بضمان، والوكالة بأجر لا ينافيان في اعتبار كل منهما حلالاً بمفرده، ولكن ليس من لازم ذلك اعتبارهما حلالاً مجتمعين، ويدل لذلك ما تقدم من النهي عن الجمع بين سلف وبيع، بل النهي عن الجمع بين عقد تبرع ومعاوضة عموماً على الرغم من أن كلاً منها حلالاً بمفرده متى استوفى شروطه.  
وأما قوله: (ويوزع ما يؤخذ على الخصم باسم (الأجيو) على نفقة القرض الذي أخذه العميل بضمان الورقة التجارية، وعلى مصاريف التحصيل كالاتقال وإرسال الإخطارات، وعلى أجر الوكالة لاستيفاء المبلغ).

- (١) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٥٠.
- (٢) تهذيب السنن لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ تحقيق / محمد حامد الفقى ج ٥ ص ١٤٩، ط المطبعة العربية بباكستان، الناشر / مكتبة السنة، توزيع مكتبة ابن تيمية الطبعة الثانية (١٣٩٩ هـ - ١٩٥٩ م) وهو مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذرى.
- (٣) الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢٠١.

وتوضيح ذلك: أن (الأجيو) مكون من ثلاثة عناصر وهى الفائدة والعمولة، والمصروفات، وفى تخريجنا هذا سيحصل البنك على عائد يتكون من ثلاثة أشياء: نفقة القرض، أجر الوكالة، مصاريف التحصيل. فيجاب عن ذلك بأن عائد المصرف من عملية الخصم يرجع إلى ثلاثة أمور:

١- بدل المصاريف التى ينفقها المصرف لأجل المطالبة بقيمة الورقة فى الوقت المحدد للوفاء وسبق تقرير القول بجواز أخذه إذا كان مقابل خدمات حقيقية.

٢- العمولة التى يتقاضاها المصرف من مسألة الخصم، وسبق تقرير القول بأنها إذا كان مقابل خدمات حقيقية فحكمها حكم بدل المصاريف، أما إذا كانت مبالغاً فيها ولا يستند إلى أى مجهود أو عمل يؤديه المصرف للعميل فحكمها حكم الفائدة المسماة بـ (سعر الخصم).

٣- الفائدة المسماة بـ (سعر الخصم) والتى تؤخذ عن قيمة الورقة التجارية من موعد الخصم إلى موعد الاستحقاق، والقول بتوزيع ما يؤخذ على الخصم على نفقة القرض وأجر الوكالة ومصاريف التحصيل لا يسلم به، لأن عائد المصرف من عملية الخصم يفوق كثيراً ما يقدم للعميل من خدمات حقيقية مع أجره الوكالة كما لا يخفى، والبنوك نفسها تصرح بذلك، بل تقدر الحد الأعلى لمقدار الفائدة المسماة بسعر الخصم، وهذه الفائدة غير العمولة وبدل المصاريف فكيف يقال بعد ذلك بأن ما يأخذه المصرف يوزع على مصاريف التحصيل وأجر الوكالة؟.

وقد علق صاحب كتاب (الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة) على هذا التكييف فقال ما نصه: (إن الحكم على الأشياء ينبغى أن يكون مبناه النظر فى حقائق الأمور ومقاصدها، أما تتبع خطوات المصارف خطوة خطوة والعمل على إلباس كل خطوة منها ما يضىء عليها الشرعية بعيداً عن الاعتبارات السابق ذكرها فإنه أمر يباعد النظر الصحيح، وهو خطأ فى المنهج لا بد أن يترتب عليه خطأ فى النتيجة، وقد كان إذ أصبح القانونيون أشد محاذرة للربا من بعض من ينتسبون إلى الفقه فى الشريعة، ذلك أن القانون الفرنسى يتشدد فى مسألة العمولة ويعتبرها فائدة ما لم تكن مقابلة بخدمة للعميل المقترض، وكذا الشأن فى القضاء المختلط فى مصر<sup>(١)</sup>).

بقي ما نقله الدكتور / الهمشرى نقلاً عن الإمام ابن القيم رحمه الله استثناءً لذلك التكييف فيقال:

قياس ما ينطوى عليه هذا التكييف من حيلة على ما ذكره ابن القيم من حيلة قياس مع الفارق، وذلك أن ما ذكره ابن القيم إنما هو فى الوكالة الخالية من الأجر فلا شبهة فى اقترانها بالسلف، إذ كل منهما تبرع، وهذا بخلاف ما ذكر فى هذا التكييف من الوكالة بأجرة، والتى فيها نوع معاوضة مقترنة بالسلف، وتعود المسألة إلى الجمع بين عقد معاوضة وتبرع، وهو منهى عنه وبالجملة فهذا الترخيص ناقش مسألة الخصم بعيداً عن حقيقتها ومقصودها ويعيداً عن النظر فى مقاصد الشريعة<sup>(٢)</sup>.

#### الاتجاه الخامس:

ويرى أصحابه أن التكييف الفقهي المناسب لعملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية هو تبادل بين القيمة الإسمية والقيمة الحالية للورقة

(١) الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة د/ عبد الله السعيدى ج ١ ص ٦٤٥، تطوير الأعمال المصرفية د/ سامى حمود ص ٢٨٨.

(٢) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٥٧، الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة د/ عبد الله السعيدى ج ١ ص ٦٤٥ وما بعدها، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد ص ٣٧٠ وما بعدها.

التجارية، وبيان ذلك أن خصم الورقة التجارية يمثل تبادلاً بين القيمة الإسمية والقيمة الحالية للورقة التجارية وأن الزيادة التي يحصل عليها المصرف بسبب ذلك التبادل من قبيل ربا الفضل، وربا الفضل إنما حرم لأجل سد الذريعة لربا النسبته فيجوز منه ما تدعو الحاجة إليه كما قرر ذلك العلامة ابن القيم - رحمه الله - حيث يقول ما نصه: (وأما ربا الفضل فأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة كالعرايا فإن ما حرم ما سداً للذريعة أخفه مما حرم تحريم المقاصد) ثم قال: (يوضحه أن تحريم ربا الفضل إنما كان سداً للذريعة كما تقدم بيانه، وما حرم سداً للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل، وكما أبيحت ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر والعصر، وكما أبيع النظر للخاطب والشاهد والطبيب المعامل من جملة النظر المحرم، وكذلك تحريم الذهب والحريز على الرجال وحرم لسد ذريعة التشبيه بالنساء الملعون فاعله، وأبيع منه ما تدعو إليه الحاجة، وكذلك ينبغي أن يباح بيع الحلية المصوغة صياغة مباحة بأكثر من وزنها، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك وتحريم التفاضل إنما كان سداً للذريعة، فهذا محض القياس ومقتضى أصول الشرع ولا تتم مصلحة الناس إلا به)<sup>(١)</sup>.

يقول أحد الباحثين موضحاً وجه هذا التكييف ومعلقاً على كلام ابن القيم (الخصم في الواقع هو الفرق بين القيمة الإسمية للكميالة وقيمتها الحالية، ففي هذه الصفقة تستبدل القيمة الإسمية للكميالة بالقيمة الحالية، فهو بهذا تبادل بين قيمتين نقديتين، ولهذا كانت صفقات الخصم عبارة عن صفقات بيع، فمن يقدم الكميالة للبنك لصرفها نقداً عليه أن يقبل ما هو أقل من قيمتها الإسمية، والزيادة التي يكسبها البنك هي بلا شك عن ربا، ولكنه يتعلق بصفقات بيع، لهذا فهو ربا فضل يصح - طبقاً لرأى ابن القيم - مباحاً بسبب حاجات الجمهور، وبناء على رأى ابن القيم يؤكد خبراء البنوك أن الخصم بما أنه صفقة بيع لا يمكن

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٣٧ وما بعدها.



أن يندرج تحت تعريف الربا من نوع النسبته وهو المحرم قطعاً بنص القرآن، وعلاوة على ذلك هم يشيرون إلى حالة العرايا، والتي أباحها النبي ﷺ في حالة حاجة الناس للحصول على الرطب، وعلى هذا القياس يقول هؤلاء الخبراء إن استبدال القيم النقدية كما هو في حالة الذهب والفضة يجب أن يسمح به، فما ينطبق ويصح على حالة التمر يجب أن يسرى أيضاً لنفس السبب استجابة لحاجة الناس في حالة الأشياء المماثلة من نفس النوع مثل الذهب الفضة اللذين لهما قيم نقدية وبهذه الطريقة فهم يعتقدون أن استبدال القيمة الإسمية للكيميالة بالقيمة الحالية لها مسموح به وزيادة على ذلك فهم يشيرون إلى كلمة (نسبته) التي تعنى التأخير الممنوح للمدين ويذكرون أن علة الحكم أو السبب الذي من أجله حرم الربا تكمن في النسبته، لأن التأخير قد منح للمدين نظير زيادة في المبلغ المقرض - وكما لاحظ ابن القيم - فإنه أعطى فرصة للدائن للاستمرار في زيادة مبلغه حتى وصل مبلغ المائة إلى الآلاف وكانت النتيجة أن المدين قد منى كلية بالحرب، ويقولون إن هذا لا يحدث في الخصم<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يناقش هذا التكييف فقال لأصحابه إن ما ذكرتموه من تكييف فقهي لعملية الخصم يعد تكييفاً غير صحيح وذلك للأمر التالي:

١ - يقوم هذا التكييف على أساس أن حقيقة خصم الورقة التجارية إنما هي تبادل بين القيمة الإسمية والقيمة الحالية، وذلك لتبادل يعنى في حقيقة الأمر البيع، فيقال أولاً: يسلم بأن مسألة الخصم بيع، إذ أن حقيقة البيع لا تنطبق على مسألة الخصم في واقع الأمر، وثانياً: يقال لو سلم بذلك فيرد عليه ما سبق إيرادها على التكييف الأول (وهو تكييف عملية الخصم على أنها بيع) من أن الورقة التجارية وثيقة بأوراق نقدية

(١) يراجع فيما تقدم: بيانه المراجع التالية: أعمال البنوك والشريعة الإسلامية لمحمد مصلح الدين ص ١٤٨ وما بعدها، ط: دار البحوث العلمية بالكويت، الطبعة الأولى ١٩٧٦م، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي د/ ستر الجعيد ص ٣٦٦ وما بعدها، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي د/ سعد بن تركي ص ٢٦٣ وما بعدها.

وبيعها بأقل من قيمتها الاسمية يعنى بيع نقد أجل بنقد حاضر أقل منه ، فيجتمع فى ذلك ربا الفضل والنسيئة ، كما أن الدين إذا كان نقوداً فلا يجوز بيعه أو شرائه بجنسه من النقود من التفاضل ، وفى الخصم تباع (بناء على هذا التكييف) القيمة الاسمية للورقة التجارية ، التى تمثل وثيقة بأوراق نقدية - بالقيمة الحالية التى هى بطبيعة الحال أقل من القيمة الاسمية.

٢- القول بأنه يجوز التعامل بربا الفضل إذا دعت الحاجة إليه ليس بصحيح بل هو قول باطل ، إذ يلزم منه إباحة ربا الفضل عند قيام الحاجة إليه ، وهذا لم يقل به أحد من العلماء المعتبرين قديماً أو حديثاً ، ومعظم المتعاملين بالربا يدعون حاجتهم إليه .

أما كلام ابن القيم رحمه الله الذى نقل عنه صاحب التكييف فقد فهم على غير مراده فلم يرد ابن القيم أنه يجوز التعامل بربا الفضل إذا دعت الحاجة إليه ، وإنما أراد التماس بعض الحكم فى إباحة الشارع لبيع العرايا مع تحقق علة ربا الفضل فيه لوجود التفاضل بين الرطب والتمر ، فبين أن من تلك الحكم حاجة الناس إليهن ولذلك فإنه لا يجوز بيع العرايا إذا لم يكن المشتري بحاجة إلى الرطب<sup>(١)</sup> . وهكذا ما ذكره من قوله إن ما حرم سداً للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة ، وما مثل به من إباحة بيع العرايا من ربا الفضل لكون ربا الفضل إنما حرم سداً للذريعة فلم يقصد ابن القيم إباحة ربا الفضل للمصلحة الراجحة إنما أراد أن من الحكم فى إباحة بيع العرايا واستثنائها من ربا الفضل وجود مصلحة راجحة فى ذلك وهو حاجة الناس إليها .

٣- إن قياس خصم الورقة التجارية على العرايا يرد عليه بأن كثيراً من العلماء يمنع من القياس على المستثنى من قاعدة القياس<sup>(٢)</sup>

(١) الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٦٨ ، وهو مطبوع بهامش المغنى .

(٢) القياس على المستثنى من قاعدة القياس محل خلاف بين العلماء ، وقد ذهب الموفق ابن قدامة إلى أنه يصح القياس على المستثنى من قاعدة القياس إذا كانت العلة معقولة المعنى ، ومثل لذلك بالعرايا فقال (من ذلك استثناء العرايا للحاجة لا يبعد=

والعرايا من هذا القبيل<sup>(١)</sup> ثم إنه قياس مع الفارق، فالحاجة فى العرايا ظاهرة، ولذلك فإنه لا يجوز بيع العرايا إذا لم يكن المشتري بحاجة إلى الرطب، أما فى خصم الورقة التجارية فإن الحاجة فيه حاجة موهومة لا وجود لها، ثم لو أخذ بهذا المبدأ وهو جواز خصم الورقة التجارية لأجل الحاجة إليه لأدعى كل متعامل بالربا حاجته إليه، وأما ما نسب فى التكييف لخبراء البنوك من أن استبدال القيم النقدية كما هو فى حالة الذهب والفضة - يجب أن يسمح به وما ينطبق ويصح على حالة التمر يجب أن يسرى أيضاً لنفس السبب - استجابة الناس فى حالة الأشياء المماثلة من نفس النوع مثل الذهب والفضة اللذين لهما قيم نقدية وأن استبدال القيمة الأسمية للكيميالية - بهذه الطريقة - بالقيمة الحالية لها مسموح به فلا أدري أولاً: من المقصود بخبراء البنوك؟ ولم يوضح فى التكييف من هم على وجه التحديد، وبكل حال فقد اشتمل الكلام المنسوب لهم على مغالطات كثيرة كما سبق بيان ذلك قريباً، وما ذكروه من قياس القيم النقدية - الذهب والفضة - على العرايا (وهو ما عبر عنه بحالة التمر) قياس غير صحيح كما تقدم - والذهب والفضة - كانت موجودة فى عهد النبى ﷺ وكان الناس يتعاملون بالدنانير والدرهم ولم ينقل أن النبى ﷺ رخص فى استبدال الدنانير بمثلها أو الفضة بمثلها عند الحاجة، بل المنقول عن النبى ﷺ فى الأحاديث الصحيحة الكثيرة المشهورة التشديد فى ذلك.

= أن نقيس العنب على الرطب إذا تبين أنه فى معناه) وذكر محمد الأمين الشنقيطى أن هذا القسم قد خالف فيه كثير من العلماء.  
يراجع فيما تقدم:

روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى الدمشقى المتوفى سنة ٦٢٠هـ، ج ٢ ص ٣٣١ وما بعدها ط: مكتبة الكليات الأزهرية (ن.ت)، مذكرة فى أصول الفقه لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطى المتوفى سنة ١٣٩٣ هـ ص ٣٠٥ وما بعدها ط/ دار البصيرة بالإسكندرية (ن.ت).

(١) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد ص ٣٦٧ وما بعدها، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ١٦٤: ص ٢٦٦.

ومما يدل على هذا المعنى ويؤكدده ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد)<sup>(١)</sup>.

وفى رواية أخرى عند البخاري ومسلم واللفظ للبخاري عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز)<sup>(٢)</sup>.

فهذا الحديث روايته وما جاء في معناه يدل على تشديد الشارع في مسألة التساوي في بيع الأموال الربوية ببعضها إذا كانت من جنس واحد، وقد أكد النبي ﷺ ذلك بعدة صيغ: (مثلاً بمثل - وزناً بوزن - سواء بسواء) فكيف يقال بعد ذلك يجواز التفاضل عند استبدال الذهب والفضة بجنسها استجابة لحاجة الناس؟

وبالجمله فهذا التكييف اشتمل على مغالطات كثيرة وتحميل الكلام العلماء ما لا يحتمل من أجل إضفاء الشرعية على هذه المسألة نظراً لانتشارها وشيوعها، والذي ينبغي السعى لإيجاد البديل من المعاملات المباحة وهي كثيرة - بدلاً من التكلف والتبرير غير المقنع لمعاملات يشوبها الربا<sup>(٣)</sup>.

#### الاتجاه السادس:

ويرى أصحابه أن التكييف الفقهي المناسب لعملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية هو اعتبارها حوالة.

- (١) صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢١٠ وما بعدها، كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق فقدأ حديث رقم عام ١٥٨٧ خاص ٨٠، ٨١.
- (٢) صحيح البخاري ج ٣ ص ٣٠ كتاب البيوع باب بيع الفضة بالفضة حديث رقم ٢١٧٧، صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٠٨، وما بعدها كتاب المساقاة باب الربا حديث رقم عام ١٥٨٤ خاص ٧٥، ٧٦، ٧٧.
- (٣) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركي ص ٢٦٧.

وبيان ذلك أن تكييف هذه العملية على الحوالة يقوم على أساس أن مسألة الخصم حوالة بأجر من المظهر (المستفيد) للمصرف الخاص على المسحوب عليه.

يقول الدكتور: الهمشري في بيان هذا التكييف (يعتمد هذا التخريج على أن مسألة الخصم ليست مبنية على أنها بيع وإنما هي في القياس أشبه بالحوالة بأجر ومفهوم الحوالة يتضمن أحد معنيين:

١- بيع دين بدين.

٢- استيفاء.

وحيث إن عملية البيع توقعنا في المحظورات الشرعية فلم لا تعتبر مسألة الخصم عملية استيفاء بأجر وهو أحد مفهومات الحوالة ونعتبر الأجر ما اصطلاح البنك عن تسميته بـ (الأجيو)؟<sup>(١)</sup>

وبالتأمل فيما قاله أصحاب هذا الاتجاه من تكييف فقهي نجد أنه تكييف محل نظر لعدم دقته، ومن أجل هذا وردت عليه عدة ملاحظات ومفادها أن هذا التكييف بعد الخصم حوالة بأجر باعتبار الحوالة عملية استيفاء، ويحسن بنا قبل مناقشته أن نستبين المقصود بالاستيفاء أولاً ثم نعود إلى مناقشته ثانياً.

وتتم إجراء عملية الخصم على أنها حوالة، وعلى أن الحوالة استيفاء كما تقدم تقريره، وإذا كان ذلك كذلك فإن الدين الذي للمصرف على المظهر هو ما عجله له من قيمة الكمبيالة محسوماً منها (سعر الخصم) فإذا قلنا بجواز أخذ المصرف (الدائن) زجراً نظير تحوله من المظهر إلى المدين بالكمبيالة (المسحوب عليه) ليستوفى حقه منه بدلاً من أن يستوفيه من المظهر فإن ذلك يرد عليه بما يلي:

١- إن ذلك يؤدي إلى قرض جر نفعاً، إذ المصرف أقرض المظهر مبلغاً من المال وأسترد أكثر منه وهذا هو الربا.

(١) الأعمال المصرفية والإسلام د/ مصطفى الهمشري ص ١٩٧ وما بعدها، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركي ص ٢٤٩.

٢- أنه ينافى مقصود الشارع إذ مقصوده تضيق مسالك الربا وسد ذرائعه ومنع الاحتيال عليه وفي هذا جاء النهى عن الجمع بين سلف وبيع ونحوه كما تقدم<sup>(١)</sup>، كيلا يحتال به على الربا، وهذا التكييف وقوع فى النهى عنه إذ هو احتيال على الربا، ففيه منافاة المقصود الشارع الحكيم من هذا الوجه، ذلك أنه تبعاً لهذا التكييف ونحوه لا يمتنع على من أراد الربا أن يقرض شخصاً مبلغاً من المال، ثم يحتال به على آخر لياخذ زيادة على القرض على أنها أجر على الاحتيال.

٣- على أن الاحتيال - يعنى قبول الحوالة ليس محلاً للمعاوضة فيما أعلمه بل إن الفقهاء حمل بعضهم الأمر فى حديث الحوالة على الوجوب، وعلى هذا كيف يعترض على أمر واجب.

هذا وقد أشار الهمشرى إلى أن محمد رشيد رضا قد سبقه إلى مثل هذا التصور<sup>(٢)</sup> ومن ثم وافقه فى إمكان إباحة العمولة (الأجر) وكذا المصارف لأن كلا منهما مقابل خدمات حقيقية قدمها البنك، فالعمولة مقابل فتح الحساب ومسكه والمصاريف مقابل ما أنفقه وتكبده ولكنه خالفه فى إباحة الفائدة<sup>(٣)</sup>.

والذى يظهر لى والله تعالى أعلم منع ذلك كله فإن هذا الثنائى أعنى (العمولة، والمصاريف) يتكرر فى أعمال البنوك ومقصود البنوك منه التكسب من أى عملية تنفذها قابل ذلك عملاً وجهداً حقيقياً، أو لم يقابله، ولئن أمكن التسليم به فى بعض الأعمال فإنه لا يمكن التسليم به فى بعضها خاصة مما له صلة منها بالربا، فإن دعوى الجهد والتعب والعمل سهلة الإطلاق لكنها تضيق عند التحقيق وقد علم من الشارع

(١) أنظر ص: ١١٦ من البحث.

(٢) الفتاوى للشيخ محمد رشيد رضا المتوفى سنة ١٣٥٤ هـ جمع وتحقيق / صلاح الدين المنجد، يوسف خورى ج ٢ ص ٥٢٧، ط: دار الكتاب الجديد، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٠ هـ، الأعمال المصرفية والإسلام لمصطفى عبد الله الهمشرى ص ١٩٨، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لسترين الجعيد ص ٣٧٢.

(٣) الأعمال المصرفية والإسلام لمصطفى عبد الله الهمشرى ص ٢٠٠.

الحكيم محاربة الربا وسد ذرائعه فكان الألتصق بهذه المقاصد القول بمنع ذلك كله<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه السابع:

ويرى أصحابه أن التكييف الفقهي المناسب لعملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية هو اعتبارها جعالة وبيان ذلك: أن هذا التكييف يقوم على أساس أن مسألة الخصم تتضمن توكيلاً من العميل المستفيد من الورقة التجارية المراد خصمها للمصرف الخاصم لكي يقوم بتحصيل الدين الذي تتضمنه الورقة، مقابل جعل محدد المصرف لقيامه بعملية التحصيل وذلك بأن يقرض ذلك المصرف - الموكل بالتحصيل المستفيد من الورقة التجارية مبلغاً مساوياً لمبلغ الدين الذي تتضمنه الورقة التجارية مخصوصاً منه مقدماً لجعل الذي تم الاتفاق عليه مع العميل (المستفيد) وعند حلول أجل الدين يحصل المصرف لحساب صاحب الورقة ثم يأخذه سداداً لدينه فإذا تعذر عليه تحصيل الدين بكافة الوسائل الممكنة - كإفلاس المدين - عاد المصرف على الدائن (المستفيد) بقيمة القرض فقط ولم يستحق مبلغ الجعل<sup>(٢)</sup>.

### وصورة هذا التكييف على النحو التالي:

يقدم الدائن الكميالة بدينه المؤجل لشخص آخر وقد يكون بنكاً يتفق معه على مبلغ يتركه من الدين جعلاً له على التحصيل ويأخذ منه باقى الدين قرضاً بلا فائدة، وعند حلول الأجل يحصل ذلك الشخص لحساب الدائن ويأخذه سداداً لدينه وللجعل الذي التزمه له الدائن، وله اتخاذ جميع الإجراءات التي تكفل سداد الدين على حساب الدائن فإن تعذر تحصيل الدين حتى الإجراءات القانونية كان أفلس المدين عاد ذلك

(١) الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة د/ عبد الله السعيدى ج ١ ص ٦٤٨ : ٦٥١ ، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٥٠ وما بعدها، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لسرتين الجعيد ص ٣٧٢ : ٣٧٤ .

(٢) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق لعبد الرزاق الهيمى ص ٣٢٥ ، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الله الطيار ص ١٤٠ ، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٤٧ .

الشخص على الدائن بقيمة القرض فقط ولم يستحق الجعل وعلى هذا النظام يكون القطع على الكمبيالة جائزاً شرعاً إذ مرجعه إلى أنه تحصيل للدين نظير جعل على هذا التحصيل مع دفع باقى الدين قرصاً بلا فائدة<sup>(١)</sup>.

وقد استأنس أصحاب هذا الاتجاه على اعتبار تكييفهم هذا بما ذكره فقهاء المالكية فى كتبهم حيث جاء فى التاج والإكليل للمواق ما نصه (ولم يختلف قول مالك فى الرجل يكون له على الرجل مائة دينار فيقول ما اقتضيت من شئ من دينى فلك نصفه أنه لا يجوز هما سواء) ثم قال: (والمجاعة على اقتضاء الدين بالجزء مما يقتضى فأشهب لا يميزه والأظهر أنه جائز إذ لا فرق بين أوله وآخره فى العناء فى اقتضائه)<sup>(٢)</sup>.  
فيكون القطع على الكمبيالة على هذا النظام جائز على مذهب مالك رضى الله عنه<sup>(٣)</sup>.

ومما يؤيد هذا المعنى ويؤكد ما جاء فى شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل حيث قال ما نصه: (من شروط صحة الجعل أن لا يشترط النقد فيه فإن اشترط النقد فيه فسد العقد سواء حصل نقد بالفعل أم لا؟ لدوران الجعل بين الثمنية إن وجد الأبق وأوصله إلى ربه والسلفية إن لم يوصله إلى ربه بأن لم يجده أصلاً أو وجده وهرب منه فى الطريق)<sup>(٤)</sup>.  
مناقشة هذا التكييف الفقهي:

---

(١) المبادئ الاقتصادية فى الإسلام د/ على عبد رب الرسول ص ٢٢٣، ط/ دار الفكر العربى، الطبعة الثانية ١٩٨٠م أحكام الأوراق النقدية والتجارية لسترين الجميد ص ٣٤٦.

(٢) التاج والأكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف ابن أبى القاسم العبدى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ ج ٥ ص ٤٥٢، ط/ دار الفكر، الطبعة الثانية (١٤١٢هـ - ١٩٨٦م) وهو مطبوع بهامش مواهب الجليل.

(٣) المبادئ الاقتصادية فى الإسلام د/ على عبد رب الرسول ص ٢٢٣.

(٤) شرح الخرشي ج ٧ ص ٦٢.



بالتأمل فى هذا التكييف الذى ذكره أصحاب هذا الاتجاه نجد أنه تكييف لم يسلم من المآخذ والظعن ويمكن إجمال المآخذ الواردة عليه فى الأمور التالية:

١- إن الجعل لا يستحق إلا بعد تمام العمل وشرط النقد قبله يفسد عقد الجعالة، جاء فى متن خليل (ولا نقد مشترط)<sup>(١)</sup>.

قال الخرشي تعليقا على هذه العبارة (يعنى من شروط صحة الجعل أن لا يشترط النقد فيه فإن اشترط النقد فيه فسد العقد سواء حصل نقد بالفعل أم لا؟ لدوران الجعل بين الثمنية إن وجد الأبق وأوصله إلى ربه والسلفية إن لم يوصله إلى ربه)<sup>(٢)</sup>.

٢- إن هذا التكييف فيه نوع من التكلف وتنزيل القول المحكى عن مالك وغيره عليه فيه بعد، ذلك أن مراد مالك أن الرجل يأتى إلى الآخر ويطلب منه أن يستوفى له دينه الذى على شخص آخر بجزء من ذلك الدين الذى لم يستوف بعد وليس كذلك الخصم وليس فيما نقل عن مالك أن الطالب لتحصيل دينه يقرض من يقوم بالتحصيل، كما أن النص المنقول عن الخرشي ليس فيه الإشارة إلى فرض بل الكلام فيه عن الجعالة بجزء من الدين الذى لم يستوفى، أما المصرف فلا يخصم الورقة التجارية إلا لأنها فى حكم الوفاء ويحيط بها ضمانات تجعلها فى حكم النقد فهو يقرض نقدا ويأخذ أكثر منه<sup>(٣)</sup>.

٣- إن الجعالة لا تحديد فيها بينما الورقة التجارية محددة الأجل يقول أحد الباحثين فى معرض نقده لهذا التكييف: ثم إن هذا الارتباط العضوى الذى لا فكاك منه بين عملية التوكيل على اقتضاء الدين وتحصيله عند حلول أجل وبين تقديم القرض بقيمته فى نفس الوقت

(١) مختصر خليل فى فقه الإمام مالك لخليل بن إسحاق بن موسى المالكي المتوفى سنة ٧٧٦ هـ ص ٢٢٣ ط/ مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى (١٣٤١ هـ - ١٩٢٢ م).

(٢) شرح الخرشي ج ٧ ص ٦٢.

(٣) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر بن الجعيد ص ٣٤٧.

مخصوصاً منها جعالة أو عمولة على التحصيل مقدماً يجعل المسألة في حقيقتها قرضاً موجلاً بفائدة ربوية وإن سميت جعالة أو عمولة<sup>(١)</sup>.

٤- و خلاصة القول أن الخصم التجاري لا يمكن إلحاقه ولا تكييفه على الجعالة لوجود الفارق الشاسع بينهما وبيان ذلك أن الجعالة عند الفقهاء هي (التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول) ومن شروطها لدى جمهور الفقهاء (ألا تكون محددة الأجل)<sup>(٢)</sup> وخصم الورقة التجارية محدد بأجل استحقاقها كما أنه لدى جمهور الفقهاء (لا يستحق شئ من الجعل إلا بعد تمام العمل)<sup>(٣)</sup>، وفي خصم الورقة التجارية يؤخذ المبلغ المخصوص (العمولة) مقدماً وقبل القيام بأي عمل وفضلاً عن ذلك وكما يقول أحد الباحثين (هذا الارتباط العضوي الذي لا فكاك منه بين عملية التوكيل على اقتضاء الدين وتحصيله عند حلول أجله، وبين تقديم قرض بقيمته في نفس الوقت مخصوصاً منه جعالة أو عمولة على التحصيل مقدماً يجعل المسألة في حقيقتها، كما كانت - قرضاً موجلاً بفائدة ربوية وأن سميت جعالة أو عمولة فالتسمية لا تغير من حقيقة الأمر شيئاً لأن العبرة في الشريعة بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني كما هو مقرر في القواعد الفقهية)<sup>(٤)</sup>.

- (١) الدائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د/ حسن عبد الله الأمين ص ٣٠٠ وما بعدها، ط: دار الشروق، مجلة، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر بن الجعيد ص ٣٤٧.
- (٢) هذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بجواز تعليق الأجل بمدة معلومة.
- يراجع فيما تقدم: بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨١، روضة الطالبين ج ٤ ص ٤٣٥، المبدع في شرح المقنع ج ٥ ص ٢٦٩.
- (٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨١، روضة الطالبين ج ٤ ص ٤٣٥، المبدع في شرح المقنع ج ٥ ص ٢٦٩.
- (٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر المتوفى سنة ١٩٣٥ هـ تعريب المحامي: فهمى الحسيني ج ١ ص ١٨ ط دار الكتب العلمية، بيروت (ن.ت)، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ص ٤٩، القواعد الفقهية أ.د/ عبد العزيز محمد عزام ص ٣٧٠ ط دار الحديث القاهرة (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م) أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي د/ سعد بن تركي ص ٢٤٨ وما بعدها.

## الاتجاه الثامن:

ويرى أصحابه أن التكييف المناسب لعملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية هو اعتبار عملية الخصم مركبة من عملية عقود جائزة. وهذه العقود الجائزة هي المراجعة، الشركة، المضاربة، وبيان ذلك: أن بعض الباحثين يقترح أن الحل الأمثل لكى ننفى عملية الخصم من الربا هو إخضاع العملية لأحد العقود الجائزة ولكن لم يشرح لنا كيفية تطبيق تلك العقود على عملية الخصم.

يقول الدكتور/ الأمين (يبدو أن الحل الأمثل هو ما قاله به أصحاب هذا الاتجاه أنفسهم فى مكان آخر وهو العمل تحت مظلة العقود الشرعية الصحيحة كعقد المضاربة والشراكة وبيع المراجعة)<sup>(١)</sup>.

وقد اعتبر باحث آخر أن عقد المراجعة للأمر بالشراء يغنى عن عملية الخصم التى تستخدمها المصارف الربوية<sup>(٢)</sup>.

ويوضح أحد الباحثين أحد الوجوه لتنقية الخصم من الربا فيقول: وفى هذا الصدد يذكر البعض أن المصرف الإسلامى يستطيع أن يعالج الكمبيالة كاملة ويتفق مع المدين على أن يكون المبلغ الذى قام البنك بسداده بمثابة تمويل يشارك المدين فى ناتجه على شروط أحد العقود الجائزة<sup>(٣)</sup>. وهذا يلتقى مع رأى الدكتور الأمين السابق.

وإذا أردنا أن نتمعن فى هذه التخريجات لنحدد مجال تطبيق العقد المقترح هل هو ما يقدمه المصرف للمستفيد من الورقة التجارية فى سبيل أن يتنازل عن ملكيتها للمصرف أم أن العقد المقترح يطبق على قيمة الورقة التجارية الذى لم يمن موعد وفائها؟

- (١) الودائع المصرفية النقدية واستثمارها فى الإسلام د/ الأمين ص ٣٠٣.
- (٢) الوديعة المصرفية فى ضوء الشريعة الإسلامية لأحمد حسن الحسنى ص ١٢٢ وهى رسالة ماجستير بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى (١٤٠٢ هـ - ١٤٠٣ م).
- (٣) المدخل إلى النظرية الاقتصادية فى المنهج الإسلامى د/ أحمد النجار ص ١٦٧ وما بعدها، ط: دار الفكر، الطبعة الأولى (١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م)، النقود والمصارف فى النظام الإسلامى أ.د/ عوف محمود الكفراوى ص ١٤٠، ط دار الجامعات المصرية، الإسكندرية (ن. ت).

فإذا قلنا بأن العقد المقترح يطبق على ما يأخذه المستفيد من المصرف ونعتبره قراضاً أو شركة فكيف نفسر تنازل المستفيد عن الورقة التجارية إلى المصرف وهل هناك شركتان بينهما كل منهما يقدم رأس مال للآخر.

على أن نفى القرض المبلغ الذى يتسلمه المستفيد من المصرف فيه بعد إلا إذا انفصلت عملية الأخذ للمبلغ عن التظهير.

وإذا اعتبرنا أن رأس مال المضاربة أو الشركة هو قيمة الورقة التجارية الذى لم يحن موعد وفائها فهل يسوغ ذلك؟ لأن هذه وثيقة بدين وكيف يتصرف المصرف فى رأس المال مع أنه يقبضه قبضاً حقيقياً، فهل يصح أن يكون رأس المال ديناً؟ والظاهر أن الأوراق التجارية المؤجلة وإن كان يحاط بها ضوابط تدعم الثقة فيها لكن لا يعتبر قابضها قابضاً لرأس المال حقيقة.

وإذا اعتبرها المال الذى يتسلمه المستفيد قرضاً ورأس المال هو قيمة الورقة التجارية الذى لم يحن موعد وفائه فإن ذلك يعتبر قرضاً يجر نفعاً ويكون منهيأ عنه لأجل ذلك.

وكل هذه إشكالات تقوم فى وجه الباحث عند محاولة إدخال العقود السابقة فى الخصم والظاهر أن المضاربة أو الشركة ينبغى أن تكون من الجهتين، أما عقد المراجعة للأمر بالشراء فإن عملية الخصم قد تفترق عن ذلك حينما يأتى على المصرف من قد حرر الورقة التجارية وهو يرغب فى سيولة نقدية ويحمل معه ورقة تجارية مسحوبة على جهة معينة. أما عقد المراجعة للأمر بالشراء فيمكن تطبيقه على العملية قبل أن تنشأ أما إذا نشأت وحررت الورقة جاء حاملها يطلب خصمها فكيف تتعامل معه وفق الشريعة الإسلامية؟

لأن تحرير الورقة التجارية وإنشائها لا محذور فيه وإنما المحذور حينما يعطى حامل الورقة التجارية أقل من قيمة ورقته التجارية وليس هناك مانع من أن يكون الحل ينبع من الأساس بإنشاء عقد جديد للمعاملة

من البداية لكن المصرف أيضاً لا بد أن يتعامل مع الذين يتقدمون إليه، ومنهم من جاء بورقة تجارية محررة وأراد خصمها؟.

وإذا نجح المصرف على اعتبار المسألة من القرض الحسن واستطاع أن يضع ضوابط عن طريق الشروط تضمن له رجوع ماله في الوقت المطلوب كما يأمن من النقص في السيولة فيها ونعمت وإن لم يستطع فلا بد من البحث عن عقود أخرى يتعامل المصرف بها مع طالب الخصم وسأحاول أن أبين آراء ما أراه حلاً لهذا الموضوع إن شاء الله فيما بعد<sup>(١)</sup>.

بيان الرأي الراجح:

بعد هذا العرض المفصل للاتجاهات الفقهية لعملية التكييف الواقعة على عملية خصم الأوراق التجارية وذكر المناقشات الواردة على الاتجاهات المتعددة أرى:

أولاً: أن الخصم التجاري الواقع على الأوراق التجارية بنوعيه يعد ريباً صريحاً سواء كان هذا الخصم على جهة المصرف المدين أو كان على جهة أخرى.

ثانياً: بالتأمل في الاتجاهات سالفة الذكر نجد أن أقرب تكييف لعملية الخصم هو اعتبارها قرضاً بفائدة وتأسيساً على ذلك نستطيع أن نقرر هنا بجلاء ووضوح القول بعدم مشروعية عملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية لوجود الربا الصريح فيها وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن التعامل بالربا والنهي يقتضى التحريم قال تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"<sup>(٢)</sup> وقد توعد الله تبارك وتعالى المتعاملون بالربا بمحق أموالهم ونزع البركة منها قال تعالى "يمحق الله الربا ويربى الصدقات"<sup>(٣)</sup>.

من أجل هذا كله وجب على الأمة الإسلامية أن يوجدوا البديل لهذه المعاملة حتى لا يقع الإثم على الجميع، والقول أن عملية الخصم

(١) يراجع في تقرير هذا التكييف والملاحظات الواردة عليه: أحكام الأوراق النقدية والتجارية لسنتين الجعيد ص ٣٤٨ : ٣٥٠.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٧٥).

(٣) سورة البقرة الآية (٢٧٦).

ضرورة اقتصادية قول غير صحيح مهما أطلق عليها أى اسم من الأسماء، ومهما بررت بأى تبرير من المبررات، وإتماماً للفائدة هنا أذكر بدائل مقترحة لعملية الخصم حتى نخرج من الحرج وحتى نرد على الطاعنين على الشريعة الغراء وهذا ما نتناوله فى البحث التالى، والله أعلم بالصواب.

#### البحث الرابع

### البدائل الإسلامية المقترحة لعملية الخصم التجارى

#### الواقعة على الأوراق التجارية

بعد أن بينت فى البحثين السابقين حقيقة الخصم الواقع على الأوراق التجارية وبينت أهميته والتكييف الفقهي والقانوني لهذه العملية ورجحت القول بأن هذه العملية تعتبر قرضاً بفائدة والقرض بفائدة أمر محرم شرعاً لأنه ربا وعليه تكون هذه المعاملة غير صحيحة شرعاً. وبناء على ذلك رأيت أن أخصص مبحثاً خاصاً أبين فيه البدائل الإسلامية المتاحة لهذه العملية فأقول:

ذكر الباحثون المعاصرون المتخصصون فى الاقتصاد الإسلامى بدائل إسلامية عدة تقوم مقام عملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية وسأذكر طرفاً من هذه البدائل فى هذا البحث مبيناً مدى مطابقتها لقواعد الشرع الخفيف وذلك على النحو التالى:

١- يرى بعض الباحثين أن البديل الإسلامى المقترح لعملية الخصم هو استبدال الخصم بالقرض الحسن لمن له حساب جار فى المصرف.

وبيان ذلك: أن عملية خصم الأوراق التجارية يمكن استبدالها على أساس القرض الحسن ويكون ذلك فيما إذا كان المستفيد فى الورقة التجارية له حساب جار فى المصرف وأراد تعجيل صرف ما يعادل قيمة الورقة التجارية قبل حلول موعد استيفائها.

ويرى أصحاب اختيار هذا البديل المقترح أن على المصرف فى هذه الحالة أن يصرف للمستفيد قيمة الورقة التجارية دون أن يخصم منها

مقدار الفائدة عن مدة الانتظار ويقولون ليس فى هذا أى ظلم أو غبن للمصرف، لأن المصرف مستفيد من الحساب الجارى للعميل وذلك أن المصرف يستثمر ما يضعه العميل فى حسابه لديه من غير أن يدفع المصرف للعميل أى فوائد عن هذا الاستثمار فلا أقل من أن يفرض ذلك المصرف عميله - الذى قد فتح حساباً عنده - قرضاً حسناً يعادل قيمة الورقة التجارية التى لم يحل موعد وفائها بعد من غير أن يخصم من قيمتها شيئاً على أن يستوفى قيمتها من المدين بها عند موعد استحقاقها، ويكون إقراض المصرف لعملية بقيمة الورقة التجارية من باب رد المعروف أو بعض المعروف له بفتح حساب له عنده<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل فى هذا البديل المقترح نرى أن أصحابه الذين اختاروه بديلاً وضعوا له ضوابط معينة ويمكن إبراز هذه الضوابط فى الأمور التالية:

- أ- أن يكون حامل الورقة التجارية له حساب فى المصرف.
  - ب- أن لا يقل الحساب فى المتوسط السنوى عن ثلث أو نصف قيمة الورقة التجارية.
  - ج- أن يرفق الورقة التجارية المستند (الفاتورة) الذى يدل على موضوعها لمنع الأوراق التجارية التى تصدر مجاملة<sup>(٢)</sup>.
- وبالتأمل فى هذا البديل المقترح نجد أنه لم يسلم من المآخذ مع أنه جاء موافقاً لقواعد الشرع إلى حد كبير.

(١) النقود والمصارف فى النظام الإسلامى د/ عوف محمود الكفراوى ص ١٤٠، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الله الطيار ص ١٤٣، أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٧٣ وما بعدها.

(٢) البنوك الإسلامية د/ شوقى إسماعيل شحاته ص ٢٢، ط: دار الشروق، جدة، الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ، النقود والمصارف فى النظام الإسلامى د/ عوف الكفراوى ص ١٤١، محاضرات فى النظم الإسلامية، المعاملات المصرفية المعاصرة ورأى الإسلام فيها د/ محمد عبد الله العربى ص ٤٧، ط/ مطبعة مخيمر، الطبعة الأولى ١٣٨٦ هـ، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لسترين الجعيد ص ٣٤٨.

وبيان ذلك أن هذا الحل وإن كان لا يرد عليه مأخذ من الناحية الشرعية فى نظرى إلا أنه يبقى حلاً نظرياً قاصراً، أما كونه نظرياً فلأن المصرف - سواء كان إسلامياً أو غير إسلامى - مؤسسة استثمارية ربحية فبعيد أن تقبل المصاريف بمثل هذا الحل، ولو قبلته فى حالات خاصة فلن تقبله فى جميع الحالات، فهذا الحل وإن كان جيداً نظرياً إلا أنه يصعب تطبيقه فى الواقع، وأما كونه قاصراً فلأنه اقتصر على إيجاد الحل فيمن يحمل الورقة التجارية وله حساب جار فى المصرف ويرغب فى الحصول على قيمتها قبل موعد استحقاقها من المصرف نفسه، ولم يذكر الحل فيمن يحمل الورقة التجارية وليس له حساب جار ويرغب فى الحصول على قيمتها قبل موعد استحقاقها.

وقد أورد أحد الباحثين إشكالاً من الناحية الشرعية على هذا الحل مفاده: أن اشتراط وجود حساب جار للعميل فى المصرف لإقراضه ما يعادل قيمة الورقة التجارية يجعل المسألة من قبيل القرض الذى يجر نفعاً، ومن المقرر عند العلماء أن كل قرض جر نفعاً فهو ربا.

وفى نظرى أن هذا الإشكال غير وارد، إذ لا يوجد نفع مباشر هنا وإنما هو قرض حسن، وكون هذا العميل قد فتح حساباً لديه لا يعتبر هذا من قبيل النفع المحرم المرتبط بالقرض، إذ أن المروءة والفطرة السليمة تقتضى تلبية طلب من كان ذا معروف وإحسان على الإنسان بإقراضه، ولو اعتبر المعروف والإحسان السابق للقرض من قبيل النفع المحرم لأنسد باب القرض، إذ أن غالب الناس لا يقرضون إلا من كان ذا معروف وإحسان عليهم، وقد جرت عادة الناس أنهم لا يقرضون من لا يعرفونهم ومن ليس بينهم وبينه علاقة سابقة، فكون المصرف لا يقرض إلا من فتح حساباً لديه فأصبح من عملائه لا يجعل ذلك القرض من قبيل القرض الذى جر نفعاً، ثم إنه ليس كل قرض تضمن نفعاً يكون محرماً، إذ ما من قرض إلا ويتضمن نفعاً كما قال أبو محمد بن حزم رحمه الله (ليس فى العالم سلف (أى قرض) إلا وهو يجر منفعة وذلك انتفاع المسلف بتضمين ماله فىكون مضموناً تلف أو لم يتلف مع شكر المستقرض إياه وانتفاعه



بمال غيره مدة فعلى قولهم (أى أن كل سلف جر منفعة فهو ربا) يكون كل سلف حراماً وهذا فيه ما فيه<sup>(١)</sup>.

وبناء على ذلك فعلى تقدير أن القرض فى هذا الحل المقترح يتضمن نفعاً فإنه لا يكون من قبيل النفع المحرم ولكن يبقى هذا الحل نظرياً وقاصراً كما تقدم<sup>(٢)</sup>.

٢- يرى بعض الباحثين المعاصرين أن البديل المقترح لعملية الخصم هو جعل هذه العملية مضاربة إسلامية.

وبيان ذلك أن يقدم المصرف للعميل مبلغ الورقة ك رأس مال استثمارى يقوم العميل باستثماره باعتباره عاملاً فى المضاربة، والربح الناتج يقتسمه بينهما حسب ما يتفقان عليه.

وفى نظرى أن هذا البديل وإن كان فيه مخرج من الوقوع فى المحذور الشرعى إلا أنه يبقى حلاً نظرياً غير عملى وبإمكان العميل الاتفاق مع المصرف والعمل معه تحت مظلة أحد العقود الصحيحة من غير ارتباط بمسألة الأوراق التجارية أصلاً، ثم إن هذا الحل هو فى الحقيقة حل خارجى عن إطار المسألة فى نظرى<sup>(٣)</sup>.

٣- يرى بعض الباحثين أن البديل الأمثل المقترح لعملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية هو أنه إذا أردنا أن نلغى من مسألة خصم الورقة التجارية ما ينافى الشريعة الإسلامية فيجب أن نلغى ما يخصمه المصرف من قيمة الورقة، إلا ما كان لقاء خدمته فقط، ونستبدل الخصم الذى أُلغيناه بأسلوب القرض المماثل، وذلك بأن يشترط المصرف على

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٨٧.

(٢) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستربن الجعيد ص ٣٤٨ وما بعدها، الودائع المصرفية والنقدية د/ الأمين ص ٣٠٢، أحكام الأوراق التجارية فى الفقه الإسلامى د/ سعد بن تركى ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٣) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الرزاق البيهسى ص ٣٣٢ وما بعدها، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ١٤٥، أحكام الأوراق التجارية د/ سعيد بن تركى ص ٢٧٦، أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستربن الجعيد ص ٣٤٨ : ٣٥٠.

صاحب الورقة المخصوصة أن يقدم له قرضاً يساوى الفائدة الملقاة بأجل يتفقان عليه، وقد يمتد إلى خمس سنوات مثلاً، وبذلك يحصل المصرف على مبلغ مساوٍ لما ألغاه من الفائدة لكنه لا يملكه بل يعيده إلى أصحابه بعد انتهاء المدة المتفق عليها، بعد أن يكون المصرف قد استفاد منه من خلال استثماراته الكثيرة وعاد إليه ربح يفوق غالباً الفائدة التى ألغاه، ويرى أصحاب هذا البديل أنه ليس فى ذلك أى مانع شرعى لأنه ليس من الربا<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل فى هذا البديل المقترح نجد أنه بديل لا يحقق الغرض لأنه جاء على صورة تخالف الشرع، وهذه المخالفة هى (القرض الذى جر منفعة) وبيان ذلك:

يقوم هذا البديل المقترح على أساس أن المستفيد من خصم الورقة التجارية يقدم للمصرف الخاص قرضاً طويلاً الأجل لكى يستطيع المصرف من خلال استثماره لهذا القرض أن يحقق عائداً مالياً يساوى المبلغ الذى تخصصه المصارف الأخرى فى عملية الخصم أو يزيد عليه.

ولكن هذا البديل الذى أراد به مقترحه التخلص من المحظور الشرعى لم يسلم من الوقوع فى المحظور وذلك أن هذا النوع من التعامل يدخل فى القرض الذى يجر نفعاً من جهة أن العميل (المستفيد) لم يكن ليقدم للمصرف هذا القرض لولا أن المصرف قد حقق له منفعة بتعجيله لمبلغ الورقة التجارية وتسديده له.

وبناء على هذا البديل المقترح يعتبر هذا الإقراض من قبيل القرض الذى يجر نفعاً لأن المصرف لم يكن ليعجل له صرف ما يعدل قيمة الورقة التجارية إلا لأنه اشترط على العميل أن يقرضه فيما يعد مبلغاً يتمكّن من خلال استثماره تعويض الفائدة الملقاة، ومن المتفق عليه بين العلماء أن كل قرض جر نفعاً فهو ربا، وهذا المعنى قد أشار إليه ابن قدامة فى المعنى

(١) البنك اللاروى فى الإسلام ص ٧١ وما بعدها، ص ١٥٧ وما بعدها، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ١٤١، أحكام الأوراق التجارية، د/ سعد بن تركى ص ٢٧٢.

حيث قال ما نصه: (وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف)<sup>(١)</sup>.

كما أشار إلى هذا المعنى أيضاً ابن المنذر حيث قال في إجماعه ما نصه: (وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط عشر السلف هدية أو زيادة فأسلفه على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا)<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن قدامة أيضاً (وقد روى عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرضاً جر منفعة، ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة...).

ثم قال (وإن شرط القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقرض مرة أخرى لم يجز لأن النبي ﷺ: (نهى عن بيع وسلف)<sup>(٣)</sup>، ولأنه شرط عقداً في عقد فلم يجز)<sup>(٤)</sup>.

وبذلك يتبين أن هذا البديل المقترح عن الخصم لا يمكن قبوله لكونه لم يسلم من الوقوع في المحذور الشرعي، والله تعالى أعلم<sup>(٥)</sup>.

٤- يرى بعض الباحثين أن البديل الأمثل لعملية الخصم الواقعة على الأوراق التجارية هو أن يقوم المستفيد ببيع الورقة التجارية على ذلك المصرف بعوض غير نقدي كسلعة من السلع أو عرض من العروض ويكون ذلك من قبيل: بيع الدين لغير من هو عليه بالعين وهو جائز عند طائفة من أهل العلم.

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٥.

(٢) الإجماع لمحمد بن إبراهيم بن المنذر المتوفى سنة ٣١٠ هـ تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم أحمد، الشيخ/ عبد الله بن زيد آل محمود ص ١٦٤ رقم ٥٠٨ ط، مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية، الطبعة الأولى (١٤١١ هـ - ١٩٩١ م).

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ص ١١٦ من البحث.

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٦ وما بعدها.

(٥) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركي ص ٢٧٢ وما بعدها.

وَمَنْ قَالَ بِجَوَازِهِ مُطْلَقاً الْإِمَامَ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ اخْتَارَهَا طَائِفَةٌ مِنْ مُحَقِّقِي الْمَذْهَبِ وَرَجَّحَهَا شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ<sup>(١)</sup> وَتَلْمِيزُهُ ابْنَ الْقَيْمِ<sup>(٢)</sup> وَتَلْمِيزُهُ ابْنَ الْقَيْمِ وَالْإِمَامِيَّةَ فِي الْمَشْهُورِ عِنْدَهُمْ<sup>(٣)</sup> وَمَنْ قَالَ بِجَوَازِ ذَلِكَ بِقَيْودٍ مَعِيْنَةٍ: الْمَالِكِيَّةَ<sup>(٤)</sup>..... وَالشَّافِعِيَّ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ عِنْدَهُ<sup>(١)</sup>. وَمَنْ قَالَ بِجَوَازِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنَ الصَّحَابَةِ: عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

- (١) مجموعة فتاوى ابن تيمية ج ٢٩ ص ٣٨٦.
- (٢) إعلام الموقعين ج ٤ ص ٥.
- (٣) مفتاح الكرامة ج ١١ ص ٣٤، ص ١١٠ الخدائق الناضرة ج ٢٠ ص ١٥٨.
- (٤) بالرجوع إلى كتب فقه المالكية وجدنا أن فقهاء هذا المذهب يجوزون هذا البيع بقيود ثمانية ويمكن إجمالها على النحو التالي:

  - ١- أن يكون المدين ممن تنطبق عليه الأحكام.
  - ٢- أن يكون المدين حاضراً في بلد العقد ليعلم حالة من فقر أو غنى ومن عسر أو يسر لأن عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين فلا بد من حضوره ليتمكن تقدير قيمة الدين في حالة عدم كونه مقوماً والمبيع لا يصح أن يكون حاضراً.
  - ٣- أن يكون المدين مقراً بالدين، حتى لا يستطيع إنكاره بعد ذلك حسماً للخصومات.
  - ٤- أن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة لثلا يتسلط عليه لإضراره.
  - ٥- أن يباع بثمن مقبوض أى بأن يجعل المشتري الثمن.
  - ٦- أن يكون الثمن من غير جنس الدين أو من جنسه مع التساوى حذراً من الوقوع في الربا.
  - ٧- أن لا يكون الثمن ذهباً حيث يكون الدين فضة أو العكس لثلا يؤدي إلى بيع النقد بالنقد غير مناجزة لاشتراط التقابض لصحة هذا البيع.
  - ٨- أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه كأن يكون من قرض أو نحوه لا من بيع طعام لأنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه.

يراجع فيما تقدم بيانه من قيود المراجع التالية:

المنتقى للبايجي ج ٥ ص ٧٦، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ ج ٤ ص ٣٦٨ ط: دار الفكر، الطبعة الثالثة (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م)، شرح الخرشى ج ٥ ص ٧٧، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل للشيخ/ محمد عليش المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ ج ٥ ص ٤٥، ط دار الفكر، بيروت الطبعة الأولى (١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ/ محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي المالكي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ، ج ٣ ص ٦٣ ط/ دار إحياء الكتب =

= العربية عيسى البابى الحلبي (ن.ت) البهجة فى شرح التحفة لأبى الحسن على بن عبد السلام التسولى المتوفى سنة ١٢٥٨ هـ ج ٢ ص ٨٩ وما بعدها ط / دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ج ٤ ص ١٢٦ : ص ١٢٨ ، ط / مطبعة عيسى البابى الحلبي (ن.ت).

(١) هذه المسألة من المسائل التى اختلف النقل فيها عن الإمام الشافعى فبعض محققى المذهب نقلوا أن الأظهر فى هذه المسألة هو عدم الجواز والظاهر هو القول بالجواز. ونقل الإمام النووى فى روضة (أن الأظهر عنده فى هذه المسألة هو القول بالجواز وأياً كان الترجيح فى هذه المسألة فإن الذين نقلوا القول بالجواز فى هذه المسألة قيده بقيود ثلاثة وهناك بيانها:

- ١- أن يقبض مشتري الدين ممن عليه ويقبض البائع العوض فى المجلس فإن تفرقاً قبل قبض أحدهما بطل العقد لأنه إذا لم يتم التقابض حيثئذ تكون المعاملة ربوية، والربا أمر منهى عنه شرعاً قال تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) سورة البقرة الآية (٢٧٥)، من أجل هذا اشترط فقهاء المذهب التقابض فى المجلس من الطرفين.
- ٢- أن يكون المدين مليئاً ومقرأً بالدين أو عليه بينة لا كلفة فى إقامتها وذلك لتفادى الوقوع فى الغرر الذى يمكن أن ينشأ عن عدم القدرة على بتسليم الدين إلى المشتري.
- ٣- أن يكون الدين مستقراً وذلك حتى يخرج دين المسلم فلا يجوز بيعه لعدم استقراره.

يراجع فى كل ما تقدم بيانه:

المهذب فى فقه الإمام الشافعى للإمام أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ج ١ ص ٣٤٩ ط / مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي، الطبعة الثالثة (١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م)، التهذيب فى فقه الإمام الشافعى للإمام أبى محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوى المتوفى سنة ٥١٦ هـ، تحقيق الشيخ / عادل عبد الموجود، الشيخ / على محمد معوض ج ٣ ص ٤١٧، ط دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م)، وهو من منشورات محمد على بيضون، العزيز شرح الوجيز للرافعى ج ٤ ص ٣٠٤، روضة الطالبين ج ٣ ص ٢٢٤، وما بعدها، المجموع شرح المهذب للشيرازى للإمام أبو زكريا يحيى الدين بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ تحقيق وتعليق محمد نجيب الطيغى ج ٩ ص ٣٣٢ الكويت الطبعة الأولى (١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م) أسنى المطالب ج ٢ ص ٨٥. الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ تحقيق طه عبد الروؤف سعد، عماد البارودى ص ٥٤٨ وما بعدها ط / دار البيان =

كما نقل ذلك عنه الإمام البعلی فی اختیاراته<sup>(١)</sup>.

بینما یرى طائفة من الفقهاء عدم جواز هذه المسألة وعللوا عدم الجواز بعدم القدرة على التسليم، وسأذكر طائفة من النصوص الفقهية التي تبين وجهة الفقهاء فی هذه المسألة:

أ- جاء فی بدائع الصنائع للإمام الكاساني ما نصه: (وأما بیع هذا الديون من غير من عليه، والشراء بها من غير من عليه فينظر: فإن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجوز بأن يقول لغيره: بعث منك الدين الذي فی ذمة فلان بكذا، أو يقول: اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي فی ذمة فلان، لأن ما فی ذمة فلان غير مقدور على التسليم فی حقه، والقدرة على التسليم شرط لانعقاد العقد)<sup>(٢)</sup>.

---

=العربی الطبعة الأولى (ن.ت)، فتح الجواد شرح الإرشاد لشيخ الإسلام أبی العباس أحمد شهاب الدين أبن حجر الهيتمي المكي الشافعي المتوفى سنة ٨٧٣ هـ ج ١ ص ٤١٩، ط شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية (١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م).

(١) هذا ويرى الخنفة والشافعي فی القول الآخر عنده الإمام أحمد فی الرواية الثانية عنده والظاهرية والزيدية وبعض الإمامية، عدم جواز التعامل بهذه المسألة وهو قول إسحاق بن راهوية والثوري.

ويراجع فی كل ما تقدم بيانه المراجع التالية:

الحجة على أهل المدينة للإمام أبی عبد الله محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ، تحقيق السيد مهی حسن الكيلاني القادري ج ٢ ص ٦٩٩ وما بعدها، ط / عالم الكتب، الطبعة الثالثة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، المبسوط للسرخسي ج ١٤ ص ٢٢، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٨، المجموع للنووي ج ٩ ص ٣٣٢، روضة الطالبين ج ٣ ص ٢٢٤ وما بعدها، المحرر ج ١ ص ٣٣٨، الشرح الكبير ج ٥ ص ٧٦٥، وهو مطبوع بهامش المغني، الاختيارات الفقهية للبعلی ص ١٤٩، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٠٧، المحلى لابن حزن ج ٩ ص ٦ مسألة رقم (١٥١٠)، البحر الزخار ج ٤ ص ١١٧ وما بعدها، مفتاح الكرامة ج ١١ ص ٣٤.

ويراجع فی هذه المسألة أيضاً: بحثنا (بيع الدين دراسة فی فقه الشريعة الإسلامية) ص ١١٩: ١٤٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٤٢.

ب- جاء فى نهاية المحتاج للملى ما نصه: (وبيع الدين غير المسلم فيه بعين لغير من هو عليه باطل فى الأظهر بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو لأنه لا يقدر على تسليمه وهذا ما فى المحرر والشرحين والمجموع هنا وجزم به الرافعى فى الكتابة والثانى يصح، وصححه فى زوائد الروضة ونقل أن المصنف أفتى به، وهو الموافق لكلام الرافعى فى آخر الخلع واختاره السبكى وحكى عن النص وهو المعتمد)<sup>(١)</sup>.

ج- وجاء فى المبدع لابن مفلح ما نصه: (ولا يجوز - أى بيع الدين - لغيره أى لغير من هو فى ذمته لأنه غير قادر على تسليمه أشبهه ببيع الآبق)<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ من هذه العبارات أن الفقهاء يعللون للقول بعدم صحة بيع الدين لغير من هو عليه بعدم القدرة على التسليم، ويقيسون ذلك على بيع العبد الآبق ومنهم من يقيسه على بيع الطير فى الهواء. وحيث أن الأوراق التجارية يحيط بها ضمانات كبيرة بحكم ارتباطها بقانون الصرف والذى من أبرز خصائصه: الحزم والشدة فى تنفيذ الالتزام المصرفى لأجل تمكين الورقة التجارية من أداء وظيفتها الاقتصادية والتجارية على أكمل وجه.

وإذا كانت الأوراق التجارية تحيط بها تلك الضمانات الكبيرة فإن الاحتمال الذى خشى منه الفقهاء القائلون بعدم صحة بيع الدين بالعين لغير من هو عليه وهو: عدم القدرة على التسليم، يبدو ضعيفاً مع تلك الضمانات الكبيرة، ويظهر ذلك جلياً عند المقارنة بين قياس الفقهاء القائلين بالمنع ذلك على بيع الآبق وبيع الطير فى الهواء وبيع الضمانات الكبيرة المحيطة بالأوراق التجارية.

(١) نهاية المحتاج إلى المنهاج من الفقه على مذهب الإمام الشافعى لشمس الدين محمد بن أبى العباس الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ج ٤ ص ٩٢ ط / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأخيرة (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).

(٢) المبدع لابن مفلح ج ٤ ص ١٩٩.

ولذلك فإنه حتى على القول بعدم جواز بيع الدين بالعين لغير من هو عليه يمكن تكييف بيع الأوراق التجارية بالعروض على وجه صحيح ، وذلك أن العلة في المنع هي عدم القدرة على التسليم ، وهذه العلة تكاد تكون منتفية مع الضمانات الكبيرة التي تحيط بالأوراق التجارية ، على أن القول الصحيح في المسألة هو القول بجواز بيع الدين بالعين لغير من هو عليه<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل في هذا البديل الذي ذكره بعض الباحثين نجد أنه محل نظر لأنه يؤدي إلى حيلة التعامل بالربا ، وبيان ذلك : أن هذا البديل المقترح وهو بيع الورقة التجارية بعرض من العروض ثم بيع ذلك العرض بنقود ما هو إلا حيلة على الوقوع في الربا إذ أن غرض حامل الورقة التجارية هو الحصول على نقد حاضر قبل حلول موعد وفاء تلك الورقة ، فبدلاً من أن يبيع تلك الورقة بنقود ويحصل على النقود مباشرةً باعها بعروض ثم باع تلك العروض بنقود وبذلك يكون قد حقق غرضه وهو الحصول على نقد حاضر ، فيشبه أن يكون هذا التفاضل على الربا وحيلة على الوقوع فيه .

**ويمكن أن يرد على هذه المناقشة فيقال :**

لا نسلم للمعتز أن هذا البديل يعد حيلة للوصول إلى الربا بل هو بديل صحيح خالي من الحيلة تماماً ، ولهذا البديل نظائر كثيرة في الأحكام الشرعية التي وقعت على عهد رسول الله ﷺ ومنها : حكم شراء الجنيب من التمر بالردئ منه .

وهذه الواقعة مشهورة في كتب الصحاح فقد أخرج الإمامان البخاري ومسلم في صحيحهما واللفظ للإمام البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير فجاءه بتمر حبيب فقال رسول الله ﷺ (أكل تمر خبير هكذا قال : لا والله يا رسول الله

(١) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركي ص ٢٧٦ وما بعدها.



إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله ﷺ لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيهاً<sup>(١)</sup> .  
 وفى رواية أخرى عند الإمام مسلم عن ابن أبى كثير قال :  
 سمعت عقبة ابن عبد الغافر يقول سمعت أبا سعيد يقول : (جاء بلال بتمر برنى فقال له رسول الله ﷺ من أين هذا؟ فقال بلا تمر كان عندنا ردى فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ عند ذلك (أوه عين الربا) لا تفعل ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر ثم اشتريه)<sup>(٢)</sup> .

فالحديث بروايته تضمن نهياً من النبي ﷺ عن بيع التمر من النوع الردى بالتمر من النوع الجيد مع التفاضل ، وأرشد إلى المخرج الشرعى من ذلك بقوله (بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيهاً) فأرشد النبي ﷺ إلى بيع التمر من النوع الردى بالدرهم ، ثم الشراء بتلك الدراهم تمراً من النوع الجيد وبذلك يسلم الوقوع فى الربا ، ولم يعتبر النبي ﷺ ذلك من قبيل التحايل على الربا مع أن النتيجة فى النهاية واحدة ، ومع ذلك فقد اعتبر النبي ﷺ ذلك مخرجا من الوقوع فى الربا مع الحصول على ما أرادته من التمر من النوع الجيد .

وهكذا يقال فى الأوراق التجارية فيبيع الورقة التجارية بعرض ، ثم يبيع ذلك العرض بنقود لا يعتبر من قبيل التحايل على الربا ، بل هو مخرج شرعى ، وهو نظير المخرج الشرعى الذى أرشد إليه النبي ﷺ فى بيع التمر من النوع الردى بالتمر من النوع الجيد .

فيكون البديل المذكور هنا قد سلم من المناقشات وأصبح لا بأس بالأخذ به شرعاً وهو ما أرجحه وأميل إليه ، والله أعلم بالصواب<sup>(٣)</sup> .

- (١) صحيح البخارى ج ٣ ص ٣٤ وما بعدها ، كتاب البيوع باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه حديث رقم (٢٢٠١ ، ٢٢٠٢) ، صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢١٥ كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل حديث رقم عام ١٥٩٣ خاص ٩٤ ، ٩٥ .
- (٢) صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢١٥ وما بعدها كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل حديث رقم عام ١٥٩٤ خاص ٩٦ .
- (٣) أحكام الأوراق التجارية د/ سعد بن تركى ص ٢٨١ وما بعدها .

## الغائمة

الحمد لله العلى العظيم الخليم الكريم الغفور الرحيم ، الحمد لله فاطر السموات والأرض جاعل الملائكة رسلا ، وباعث الرسل مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل إذا لم يخلقهم عبثاً ، ولم يتركهم سدى ، الحمد لله الذى رضى من عباده باليسير من العمل وتجاوز لهم عن الكثير من الزلل.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له إلهاً جل عن المثيل والنظير وتعالى عن الشريك والظهير فليس كمثلته شئ وهو السميع البصير. وأشهد أن محمد عبده ورسوله وخيرته من خلقه ، ختم الله به النبيين وختم برسالاته الرسالات ، وفتح برسالاته أعيناً عمياً وأذناً صماً وقلوباً غلفاً ، فصلى الله وملائكته وأنبيأؤه ورسوله وعباده المؤمنون عليه كما وجه الله وعرف ودعا إليه وعليه السلام ورحمه الله وبركاته ...  
أما بعد :

فإننى أحمد الله عز وجل أن أعاننى ووفقنى فى إتمام هذا البحث المتواضع الذى لم يبلغ غايته ، وأعترف بأننى لم أقض منه كل لبناتى ، ففى النفس منه بقيات ، والحق أن هذا منى مبلغ العلم وجهد المقل وقدر الوسع ، ومدى الوقت ، وغاية الطاقة.

وقد جاء هذا البحث مشتملاً على حقيقة الأوراق التجارية وخصائص التعامل بالأوراق التجارية ونشأة ومراحل تطور الأوراق التجارية ، والتعريف بعملية خصم الأوراق التجارية ، وأهمية خصم الأوراق التجارية ، والعائد البنكى من عملية الخصم ، والتكليف الفقهى لعملية خصم الأوراق التجارية على المصرف المدين وغير المدين.

وقد أوضحت وبينت فى التكليف الفقهى لعملية الخصم التجارى ثم رجحت القول بأن هذه العملية تعتبر قرضاً بفائدة والقرض بفائدة أمر محرم شرعاً لأنه ربا ، ولذلك فإن هذه المعاملة إلا وهى "خصم الأوراق التجارية" غير صحيحة شرعاً.

وكان لابد من إيجاد بعض البدائل التى تحمل محل خصم الأوراق التجارية" غير صحيحة شرعاً.

وكان لابد من إيجاد بعض البدائل التي تحل محل خصم الأوراق التجارية، ولذلك فقد خصصت المبحث الرابع من هذا البحث، لذكر البدائل المقترحة لعملية الخصم التجارى وقد ناقشت هذه البدائل مناقشة علمية إلى أن انتهيت فى آخر بحثى هذا إلى البديل الذى يجوز الأخذ به شرعاً بدلاً من عملية خصم الأوراق التجارية.

**وختاماً:**

فهذا ما يسره الله لى بمنه وكرمه جمعه فى هذا البحث معتذراً عن خطأ وقع أو نسيان حدث، فالصواب من الله والخطأ والزلل منى ومن الشيطان والله ورسوله منه براء.

وأسأل الله أن ينفع بهذا البحث الأخوة والأخوات وأن يجعل له القبول وأن يجعله لى ذخراً ينفعنى به يوم ألقاه فهو سبحانه المستول المرجو أنه سيمع الدعاء وأهل الرجاء وهو حسبنا ونعم الوكيل.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وسلم  
تم بتوفيق الله تعالى هذا البحث فى ظهر الخميس الموافق ٢٨ من شوال عام ١٤٣١ هـ الموافق: ٧ من أكتوبر عام ٢٠١٠م.

## فهارس المصادر العلمية

### أ- كتب التفسير:

- ١- أحكام القرآن للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ط: دار الفكر (ن.ت).
- ٢- أحكام القرآن للإمام عماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكنيا الهرسي المتوفى سنة ٤٠٥ هـ، ط دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م).
- ٣- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١ هـ، تحقيق أ. د/ محمد إبراهيم الحفناوي، د/ محمود حامد عثمان ط: دار الحديث القاهرة، الطبعة الثانية (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).
- ٤- فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير للإمام محمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ، تحقيق د/ عبد الرحمن عميرة، ط/ دار الوفاء المنصورة، الطبعة الثانية (١٤١٨ هـ - ١٩٩١ م).

### ب- كتب الحديث وعلومه:

- ١- الآثار لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري المتوفى سنة ١٨٢ هـ تصحيح وتعليق أبو الوفاء، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت (ن.ت) عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية بمحدر آباد الركن الهند.
- ٢- تهذيب السنن لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ، تحقيق/ محمد حامد الفقى، ط/ المطبعة العربية بباكستان، الناشر مكتبة السنة، توزيع/ مكتبة ابن تيمية الطبعة الثانية (١٣٩٩ هـ - ١٩٥٩ م).
- ٣- الجامع الكبير المعروف بـ (سنن الترمذى) للإمام الحافظ محمد ابن عيسى بن محمد بن عيسى الترمذى المتوفى سنة ٢٧٩ هـ تحقيق د/ بشار عواد معروف، ط/ دار الغرب الإسلامى، بيروت الطبعة الثانية.
- ٤- جامع المسانيد (أحاديث وآثار الإمام أبي حنيفة) جمع/ محمد بن محمد الخوارزمى ط/ المكتبة الإسلامية، باكستان (ن.ت).

- ٥- سنن أبي داود للحافظ / سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المتوفى سنة ٢٧٥ هـ، تحقيق د/ السيد محمد سيد، د/ عبد القادر عبد الخير، أ/ سيد إبراهيم ط/ دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م).
- ٦- سنن الدار قطنى لشيخ الإسلام على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٧٥ هـ تحقيق / السيد عبد الله هاشم يماني المدني ط/ دار المعرفة، بيروت الطبعة الأولى (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).
- ٧- السنن الصغرى لأبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ تحقيق / عبد الله عمر ط/ دار الفكر، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).
- ٨- السنن الكبرى لأبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ط/ دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م).
- ٩- شرح الزرقانى على موطأ الإمام مالك لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقانى المصرى الأزهرى المالكى المتوفى سنة ١١٢٢ هـ ط: دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى (١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م).
- ١٠- شرح السنة للإمام المحدث الفقيه الحسين بن مسعود البغوى المتوفى سنة ٥١٦ هـ، تحقيق / شعيب الأرنؤوط ط: المكتب الإسلامى، بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).
- ١١- شرح صحيح البخارى لأبى الحسن على بن خلف بن عبد الملك ابن بطلال المتوفى سنة ٤٤٩ هـ، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط مكتبة الرشد الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م).
- ١٢- شرح صحيح مسلم لمخى الدين أبوزكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ تحقيق / عصام الصابطى، حاز محمد عماد عامر، ط/ دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٠ هـ - ١٩٩٤ م).
- ١٣- شرح مشكل الآثار للإمام / أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى المتوفى سنة ٣٢١ هـ، تحقيق / شعيب الأرنؤوط، ط: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م).

- ١٤- صحيح البخارى لأبى عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفى البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ط: دار الكتب العلمية، بيروت (ن.ت).
- ١٥- صحيح مسلم لأبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ، ط/ دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م).
- ١٦- قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للإمام/ محمد جمال الدين القاسمى المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ، تحقيق/ محمد بهجة البيطار، ط/ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي (ن.ت).
- ١٧- كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة للحافظ نور الدين على بن أبى بكر البيهيمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ، تحقيق الشيخ/ حبيب الرحمن الأعظمى ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الأولى (١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م).
- ١٨- كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال للعلامة/ علاء الدين على المتقى بن حسام الدين الهندى البرهان فورى المتوفى سنة ٩٧٥ هـ، تحقيق الشيخ/ بكرى حيانى، الشيخ/ صفوة السقا ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م).
- ١٩- ما صح من آثار الصحابة فى الفقه لزكريا غلام قادر الباكستاني ط/ دار الخراز المملكة العربية السعودية، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- ٢٠- مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١ هـ تحقيق/ جماعة من العلماء بإشراف د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشيخ/ شعيب الأرنؤوط، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).
- ٢١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبى بكر البيهيمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ ط: دار الريان، دار الكتاب العربى (ن.ت).
- ٢٢- المصنف لابن أبى شيبة لأبى بكر عبد الله بن محمد بن أبى شيبة العيسى الكوفى المتوفى سنة ٢٣٥ هـ، تحقيق محمد عوامة ط/ شركة دار القبلة جدة، المملكة العربية السعودية، مؤسسة علوم

القرآن، سوريا، دار قرطبة بيروت الطبعة الأولى (١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م).

٢٣- المصنف للحافظ الكبير أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١ هـ، تحقيق الشيخ / حبيب الرحمن الأعظمي ط / المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة الثانية (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).

٢٤- المعجم الكبير للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني المتوفى سنة ٣٦٠ هـ، تحقيق / حمدي عبد المجيد السلفي ط / الوطن العربي، الطبعة الأولى (١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م).

٢٥- المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة، سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ط / دار الكتاب الإسلامي، القاهرة الطبعة الأولى (ن. ت).

٢٦- الموطأ لإمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ط / مطبعة إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابي الحلبي (ن. ت).

### ج- كتب اللغة:

١- معجم لغة الفقهاء أ. د / محمد رواس قلعجي ط / دار الفطرس، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).

٢- معجم مصطلحات الشريعة والقانون لعبد الواحد كرم ط / طبعة خاصة بالمؤلف (ن. ت).

٣- الموسوعة الاقتصادية د / راشد البراوي ط / مكتبة النهضة المصرية الطبعة الثانية (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م).

٤- النهاية في غريب الحديث والأثر للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري بن الأثير المتوفى سنة ٦٠٦ هـ، تحقيق / طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، ط : دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي (ن. ت).

٥- الوجوه والنظائر لألفاظ كتاب الله العزيز لأبي عبد الله الحسين بن محمد الدامغاني المتوفى سنة ٤٧٨ هـ، تحقيق / محمد حسن أبو العزم الزرقي ط / مطابع الأهرام التجارية، قليوب مصر، الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م).

- ١٩٩٢م)، وهو من إصدارات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية التابع لوزارة الأوقاف المصرية.

#### د- كتب أصول الفقه:

- ١- أصول الفقه على منهج أهل الحديث لذكرى بن علام قادر الباكستاني ط / دار الخراز، الطبعة الأولى (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢م).
- ٢- تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، تأليف الشيخ / وليد بن رشاد السعيدان ط / بدون ذكر اسم مطبعة (ن. ت).
- ٣- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى الدمشقى المتوفى سنة ٦٢٠ هـ ط / مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة (ن. ت).
- ٤- مذكرة في أصول الفقه لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطى المتوفى سنة ١٣٦٣ هـ ط / دار البصيرة بالإسكندرية (ن. ت).
- ٥- المستصفى من علم الأصول للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ، ط / دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية (ن. ت).
- ٦- المعتمد فى أصول الفقه لأبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى المعتزلى المتوفى سنة ٤٣٦ هـ، تحقيق الشيخ / خليل الميس، ط دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى (١٤٠٢ هـ - ١٩٨٣م).
- ٧- الوجيز فى أصول التشريع الإسلامى د/ محمد حسين هيتو ط / مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩م).

#### هـ- كتب الفقه العام والقواعد:

- ١- الإجماع لمحمد بن إبراهيم بن المنذر المتوفى سنة ٣١٠ هـ، تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم أحمد، الشيخ / عبد الله بن زيد آل محمود، ط / مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية، الطبعة الأولى (١٤١١ هـ - ١٩٩١م).
- ٢- الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان للشيخ / زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٩ هـ، تحقيق / عبد العزيز محمد الوكيل ط / مؤسسة الحلبي وشركاه، الطبعة الأولى (١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨م).



- ٣- الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام (جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ تحقيق / طه عبد الرؤوف سعد، عماد البارودى، ط / دار البيان العربى الطبعة الأولى (ن.ت).
- ٤- الأشباه والنظائر لمحمد بن عمر بن مكى بن عبد الصمد بن المرحل أبى عبد الله صدر الدين المعروف بابن الوكيل المتوفى سنة ٧١٦ هـ، تحقيق د/ أحمد بن محمد العنقرى، ط مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).
- ٥- الإشراف على مذاهب أهل العلم لأبى بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابورى الشافعى المتوفى سنة ٣٠٩ هـ، تقديم/ عبد الله عمر البارودى ط / دار الفكر بيروت الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).
- ٦- إعلام الموقعين عن رب العالمين لشيخ الإسلام أبى عبد الله محمد بن أبى بكر الدمشقى الشهير بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ، تحقيق وتعليق/ عصام الدين الصبابطى ط / دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).
- ٧- البهجة فى شرح التحفة لأبى الحسن علي بن عبد السلام التسولى المتوفى سنة ١٢٥٨ هـ ط / دار الفكر، بيروت الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م).
- ٨- القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ هـ ط / دار المعرفة، بيروت (ن.ت).
- ٩- القواعد الفقهية أ.د/ عبد العزيز محمد عزام، ط / دار الحديث القاهرة (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م).
- ١٠- القواعد النورانية الفقهية اسمها الصحيح (القواعد الكلية) لشيخ الإسلام أبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيميمة المتوفى سنة ٧٢٨ هـ، تحقيق/ محسن بن عبد الرحمن المحسن ط / مكتبة التوبة، الرياض، الطبعة الأولى (١٣٢٤ هـ - ٢٠٠٢ م).
- ١١- المشور من القواعد لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشى الشافعى المتوفى سنة ٧٩٤ هـ، تحقيق د/ تيسير فائق أحمد محمود ط / وزارة الأوقاف بدولة الكويت الطبعة الأولى (١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م).

١٢- الموافقات فى أصول الشريعة لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطى  
المالكي أبو إسحاق الشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠هـ، تحقيق الشيخ / عبد  
الله دراز ط / دار المعرفة، بيروت (ن. ت).

### وكتب الفقه الحنفي:

- ١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة الشيخ / زين الدين بن إبراهيم  
بن محمد بن محمد بن بكر الشهير بابن نجم المتوفى سنة ٩٧٠هـ ط / دار  
الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية (ن. ت).
- ٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر ابن مسعود  
الكاسانى الحنفى المتوفى سنة ٥٨٧هـ، ضبط نصه وحققه د / محمد  
محمد تامر، محمد السعيد الزينى، وجيه محمد على  
ط / دار الحديث القاهرة (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥م).
- ٣- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى  
الحنفى المتوفى سنة ٧٤٣هـ ط: دار الكتاب الإسلامى الطبعة الثانية (ن.  
ت).
- ٤- الحجة على أهل المدينة للإمام أبى عبد الله محمد بن الحسن الشيبانى  
المتوفى سنة ١٨٩هـ تحقيق / السيد مهدي حسن كيلانى القادري ط /  
عالم الكتب، الطبعة الثالثة (١٤٣١ هـ - ١٩٨٣م).
- ٥- الدر المنتقى فى شرح الملتقى لمحمد بن على بن محمد بن على الملقب  
بعلاء الدين الحصكفى الدمشقى المتوفى سنة ١٠٨٨هـ ط: دار إحياء  
التراث العربى (ن. ت) وهو مطبوع بهامش مجمع الأنهر.
- ٦- درر الحكام مجلة الأحكام لعلى حيدر المتوفى سنة ١٩٣٥هـ تعريب  
المحامى / فهمى الحسينى، ط / دار الكتب العلمية، بيروت (ن. ت).
- ٧- رمز الحقائق (شرح العين على كنز الدقائق) للإمام المحدث بدر الدين أبى  
محمد محمود بن أحمد العينى المتوفى سنة ٨٥٥هـ اعتنى بإخراجه / نعيم  
أشرف نور أحمد، طبع ونشر / دار القرآن والعلوم الإسلامية الطبعة  
الأولى (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م).
- ٨- المبسوط لشمس الدين أبى بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسى  
المتوفى سنة ٤٩٠هـ ط / دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٩ هـ  
- ١٩٨٩م).

## ز كتب الفقه المالكي:

- ١- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأى والآثار للإمام الحافظ أبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المتوفى سنة ٤٦٣ هـ، تعليق سالم محمد عطا، محمد على معوض، ط / دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- ٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ، تحقيق / رضوان جامع رضوان، ط / مكتبة الإيمان بالمنصورة، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م).
- ٣- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف ابن أبى القاسم العبدى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ ط / دار الفكر، الطبعة الثانية (١٤١٢ هـ - ١٩٨٦ م) وهو مطبوع بهاشم مواهب الجليل.
- ٤- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للشيخ / محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكي المتوفى سنة ١٢٣ هـ، ط / دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي (ن. ت).
- ٥- شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل لأبى عبد الله محمد الخرشي المتوفى سنة ١١٠١ هـ، ط / دار الكتاب الإسلامى لإحياء ونشر التراث الإسلامى القاهرة (ن. ت).
- ٦- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ط / مطبعة عيسى البابى الحلبي (ن. ت).
- ٧- الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ط / دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي وشركاه (ن. ت) وهو مطبوع بهامش حاشية الدسوقى.
- ٨- كفاية الطالب الربانى للإمام أبى الحسن على بن محمد بن محمد بن محمد بن خلف المصرى المتوفى سنة ٩٣٩ هـ على رسالة ابن أبى زيد القيروانى للإمام أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى المتوفى سنة ٣٨٩ هـ ط / مكتبة ومطبعة محمد على صبيح وأولاده (ن. ت).

- ٩- مختصر خليل في فقه الإمام مالك لخليل بن إسحاق بن موسى المالكي المتوفى سنة ٧٧٦ هـ ط / مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى (١٣٤١ هـ - ١٩٢٢ م).
- ١٠- المعونة على مذهب عالم المدينة للإمام مالك بن أنس القاضي عبد الوهاب البغدادي المتوفى سنة ٤٢٢ هـ، تحقيق / حميش عبد الحق ط / دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥).
- ١١- منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل للشيخ / محمد عيش المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ ط / دار الفكر، الطبعة الأولى (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م).
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
- ١- أسنى المطالب شرح روض الطالب للقاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي المتوفى سنة ٩٢٦ هـ تجريد العلامة محمد بن أحمد الشويري ط / دار الكتاب الإسلامي، القاهرة (ن.ت).
- ٢- التهذيب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود ابن محمد بن الفراء البغوي المتوفى سنة (٥١٦ هـ) تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ / على محمد معوض ط / دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) وهو من منشورات محمد علي بيضون.
- ٣- الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ تحقيق / محمود مسطرجي، د / ياسين ناصر، محمود الخطيب، د / عبد الرحمن شميلة الأهدل، د / أحمد حاج، محمد شيخ ماحي ط / دار الفكر، بيروت الطبعة الأولى (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م).
- ٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين لمحي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ إشراف / مكتب البحوث والدراسات ط / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٥ م).
- ٥- العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القرويني المتوفى سنة ٦٢٣ هـ، تحقيق / الشيخ على محمد عوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط / دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م).

٦- فتح الجواد شرح الإرشاد لشيخ الإسلام أبي العباس أحمد شهاب الدين ابن حجر الهيتمي المكي الشافعي المتوفى سنة ٩٧٣ هـ ط / شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأولى (١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م).

٧- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٥ هـ ط / شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة (١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م).

٨- المجموع شرح المهذب للشيرازي للإمام أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ تحقيق وتعليق محمد نجيب الطبعي ط / مكتبة الإرشاد جدة، المملكة العربية السعودية (ن. ت).

٩- معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح الشيخ / محمد الخطيب الشربيني المتوفى سنة ٩٧٧ هـ ط / دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م).

١٠- منهاج الطالبين وعمدة المنتين في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي كريا يحيى بن شرف النووي الشافعي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، ط شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي (ن. ت).

١١- المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ط / مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثالثة (١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م).

١٢- نهاية المحتاج إلى المنهاج من الفقه على مذهب الإمام الشافعي لشمس الدين محمد ابن أبي العباس الشهرير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ، ط / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأخيرة (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).

#### ط كتب الفقه الحنبلي:

١- الاختيار الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية أختارها الشيخ / علاء الدين أبو الحسن البعلبي الدمشقي المتوفى سنة ٨٠٣ هـ، وعليها تعليقات فضيلة الشيخ / محمد حامد الفقى ط / دار الاستقامة، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م).

٢- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام / علاء الدين أبي الحسن علي بد سليمان

- المرداوى، المتوفى سنة ٨٨٥ هـ، تحقيق / محمد حامد الفقى، ط / دار إحياء التراث العربى، مؤسسة التاريخ العربى، بيروت الطبعة الثانية (ن. ت).
- ٣- الشرح الكبير لشمس الدين أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٣ هـ، ط / دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م)، وهو مطبوع بهامش المغنى.
- ٤- شرح منتهى الإرادات (دقائق أولى النهى لشرح المنتهى) للشيخ / منصور بن يونس بن إدريس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١ هـ، تحقيق د / عبد الله بن عبد المحسن التركى ط / مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- ٥- الفروع لشمس الدين المقدسى أبى عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٦٧٣ هـ ط / مكتبة ابن تيمية (ن. ت).
- ٦- كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ العلامة / منصور بن يونس ابن إدريس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١ هـ، ط / دار الفكر، بيروت (١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م).
- ٧- المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤ هـ، ط / المكتب الإسلامى، بيروت (١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م).
- ٨- مجموعة فتاوى شيخ الإسلام تقى الدين أحمد بن تيمية الحرانى المتوفى سنة (٧٢٨ هـ) أعتنى بها / مروان كجك ط / مطبعة المدنى، القاهرة، نشر وتوزيع / دار الكلمة الطيبة، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).
- ٩- المحرر فى الفقه لمجد الدين أبى البركات المتوفى سنة ٦٥٢ هـ ط / مكتبة المعارف بالرياض الطبعة الثانية (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).
- ١٠- المغنى لموفق الدين أبى محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسى الحنبلى المتوفى سنة ٦٣٠ هـ، تحقيق د / محمد شرف الدين خطاب، د / السيد محمد السيد، أ / سيد إبراهيم صادق ط / دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٦ م).

## د. كتب الفقه الظاهري:

- ١- المحلى لأبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المتوفى سنة ٤٥٦ هـ تحقيق / أحمد محمد شاكر ط / دار التراث القاهرة (ن.ت).

## لد. كتب الفقه الزيدي:

- ١- الأحكام في الحلال والحرام للإمام / يحيى بن الحسين بن القاسم المتوفى سنة ٢٩٨ هـ، جمعه على بن أحمد ابن أبي حريصة ط / مكتبة التراث الإسلامي، اليمن الطبعة الثالثة (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).
- ٢- البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى ابن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ، تحقيق عبد الله محمد الصديق، عبد الحفيظ سعد عطية ط / مؤسسة الرسالة، بيروت دار الكتاب الإسلامي، القاهرة (ن.ت).
- ٣- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ، تحقيق / محمود إبراهيم زايد، محمود أمين النواوي ط / وزارة الأوقاف المصرية، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م).

## لد. كتب الفقه الإمامي:

- ١- الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة للشيخ / يوسف البحراني المتوفى سنة ١١٨٦ هـ، طبع ونشر / مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، إيران، الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ).
- ٢- مفتاح الكرامة للعلامة المحقق السيد محمد جواد الحسيني العاملي المتوفى في حدود سنة (١٢٢٦ هـ)، تحقيق / علي أصغر مرواريد ط / دار التراث، بيروت الطبعة الأولى (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م).

## د. كتب التاريخ والتراجم:

- ١- التاريخ الكبير لأبي عبد الله إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ط / دار الكتب العلمية - بيروت (ن.ت).
- ٢- تقريب التهذيب لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ تحقيق / مصطفى عبد القادر عطا ط / دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثانية (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م).

- ٣- تهذيب التهذيب لشيخ الإسلام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ط / مؤسسة التاريخ العربي دار إحياء التراث العربي الطبعة الثانية (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).
- ٤- الجرح والعديل للإمام الحافظ شيخ الإسلام أبي محمد عبد الرحمن ابن أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الحنظلي الرازي المتوفى سنة ٣٢٧ هـ ط / مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بجبلد آباد الركن الهندي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - الطبعة الأولى (١٣٧٣ هـ - ١٩٥٣ م).
- ٥- سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ تحقيق / شعيب الأرنؤوط وآخرون ط / مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الحادية عشرة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م).
- ٦- الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة للإمام / شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي الدمشقي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ، تحقيق / محمد عوامة ، أحمد محمد نعيم الخطيب ط / دار القبلة للثقافة الإسلامية ، مؤسسة علوم القرآن ، جدة ، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م).
- ٧- المغازي للإمام محمد بن عمر الواقدي المتوفى سنة ٢٠٧ هـ تحقيق / مارسدن جونس ط / عالم الكتب بيروت (ن.ت).
- ٨- ميزان الاعتدال في نقد الرجال للإمام الحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ، تحقيق الشيخ / علي محمد معوض ، الشيخ / عادل أحمد عبد الموجود ، إشراف أ.د / عبد الفتاح أبو سنة ط : دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).

#### ن- كتب الأبحاث الفقهية المعاصرة:

- ١- أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي د/ سعد بن تركي بن محمد الخثلائي ، ط / دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م).



- ٢- أحكام الأوراق النقدية والتجارية فى الفقه الإسلامى تأليف / سترابن ثواب الجعيد، وهى رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى (١٤٠٥ هـ - ١٤٠٦ هـ).
- ٣- أحكام الأوراق النقدية والتجارية فى الفقه الإسلامى لسترابن ثواب الجعيد ط / مكتبة الصديقى، الطائف، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).
- ٤- أحكام التعامل فى الأسواق المالية المعاصرة د/ مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، ط / كنوز إشييليا للنشر والتوزيع بالملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م).
- ٥- أعمال البنوك والشريعة الإسلامية لمحمد مصلح الدين ط / دار البحوث العلمية بالكويت، الطبعة الأولى (١٩٧٦ م).
- ٦- الأعمال المصرفية والإسلام د/ مصطفى عبد الله الهمشرى، ط / الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، الطبعة الأولى (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م).
- ٧- الاقتصاد الإسلامى والقضايا الفقهية المعاصرة أ. د/ على بن أحمد السالوس ط / مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).
- ٨- الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية أ. د/ محمد أحمد سراج تقديم أ. د/ حسين حامد حسان، ط / دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى (١٩٨٨ م).
- ٩- بحث فى حكم الشريعة على شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاث تطبيقاً للقواعد الفقهية العامة والأصول الشرعية للمعاملات للشيخ / على الخفيف ط / مطابع الأوقاف بشركة الإعلانات الشرقية (١٤١٧ هـ).
- ١٠- بحث مقارنة فى المعاملات المصرفية والبديل عنها فى الشريعة الإسلامية د/ رمضان حافظ عبد الرحمن، ط / دار الهدى للطباعة (١٣٩٩ هـ - ١٩٧٨ م).
- ١١- البنك اللاربوى فى الإسلام د/ محمد باقر الصدر، ط / دار التعارف للمطبوعات بيروت (١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م).
- ١٢- البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار ط / دار الوطن بالرياض، الطبعة الثانية (١٤١٤ هـ).

- ١٣- البنوك الإسلامية د/ شوقي إسماعيل شحاته ط/ دار الشروق، جدة، الطبعة الأولى (١٣٩٧ هـ).
- ١٤- بيع الدين دراسة فى فقه الشريعة الإسلامية للمؤلف ط/ دار الفكر الجامعى الإسكندرية، الطبعة الأولى (٢٠٠٧ م)..
- ١٥- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د/ سامى حسن أحمد جمود، ط/ مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الثالثة (١٤١٨ هـ - ١٩٩٩ م).
- ١٦- التكيف الشرعى لشركات المضاربة الإسلامية لصفية الشراوى ط/ دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٩١ م).
- ١٧- التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية د/ محمد عثمان شبير، ط/ دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م).
- ١٨- دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستجدة، د/ محمد مصطفى أبوه الشنقيطى، ط/ مكتبة العلوم والحكم بالسعودية الطبعة الثانية (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م).
- ١٩- الربا فى المعاملات المصرفية المعاصرة أ. د/ عبد الله محمد بن حسن السعيدى ط/ دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الثانية (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- ٢٠- الربا والمعاملات المصرفية فى نظر الشريعة الإسلامية للشيخ/ عمر بن عبد العزيز المتوفى سنة ١٤٠٥ هـ تحقيق/ بكر بن عبد الله أبو زيد، ط/ دار العاصمة، السعودية، الطبعة الثانية (١٤١٨ هـ).
- ٢١- السفتجة فى الفقه الإسلامى وعلاقتها بالتطبيقات المصرفية د/ شافى سف الهاجرى، وهى رسالة منسوخة على الآلة الكاتبة قدمت إلى جامعة أم القرى بمكة (١٤١٥ هـ).
- ٢٢- الشامل فى المعاملات وعمليات المصارف الإسلامية، د/ محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، ط/ دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).
- ٢٣- عقد الصلح فى الشريعة الإسلامية د/ نزيه حماد، ط/ دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).

- ٢٤- الفتاوى للشيخ / محمد رشيد رضا المتوفى سنة ١٣٥٤ هـ، جمع وتحقيق / صلاح الدين المنجد، يوسف خورى، ط / دار الكتاب الجديد، بيروت، الطبعة الأولى (١٣٩٠ هـ).
- ٢٥- الفتوى بين الانضباط والتسيب أ. د/ يوسف القرضاوى ط / مكتبة وهبة، مطبعة المدنى، الطبعة الأولى (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م).
- ٢٦- فقه الإمام أبى ثور إبراهيم بن خالد بن خالد بن أبى اليمان البغدادى المتوفى سنة ٢٤٠ هـ، لسعدى حسين على جبر ط / دار الفرقان، عمان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).
- ٢٧- فقه الإمام محمد بن سيرين المتوفى سنة ١١٠ هـ، د/ أحمد بن موسى السهلى ط / مكتبة دار البيان الحديثة، الطائف، الطبعة الأولى (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- ٢٨- المبادئ الاقتصادية فى الإسلام د/ على عبد رب الرسول، ط / دار الفكر العربى، الطبعة الأولى (١٩٨٠ م).
- ٢٩- محاضرات فى النظم الإسلامية والمعاملات المصرفية المعاصرة ورأى الإسلام فيها د/ محمد عبد الله العربى، ط / مطبعة مخيمر الطبعة الأولى (١٣٨٦ هـ).
- ٣٠- المدخل إلى النظرية الاقتصادية فى المنهج الإسلامى د/ أحمد النجار، ط / دار الفكر الطبعة الأولى (١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م).
- ٣١- مسألة ضلع وتعجل، آراء العلماء فيها وضوابطها أ. د/ محمد عبد الغفار الشريف، وهو بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، العدد ٣٤ لسنة (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م).
- ٣٢- مشكلة الاستثمار د/ محمد صلاح الصاوى، ط / دار المجتمع بجددة، دار الوفاء بالقاهرة، الطبعة الأولى (١٩٩٠ م).
- ٣٣- المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د/ عبد الرازق رحيم جدى الهيتى ط / دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى (١٩٩٨ م).
- ٣٤- المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامى د/ محمد عثمان شبير، ط / دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة - (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م).

٣٥- المعاملات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها لسعود بن سعد بن دريب ط / ونشر مطابع نجد التجارية، الرياض، الطبعة الأولى (١٣٨٧ هـ).

٣٦- موسوعة فقه زيد بن ثابت المتوفى سنة ٤٥ هـ، د / محمد رواس قلعجي ط / دار النفائس، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).

٣٧- موسوعة فقه عبد الله بن عباس أ. د / محمد رواس قلعجي ط / جامعة أم القرى بالسعودية (ن. ت).

٣٨- موسوعة فقه عمر بن الخطاب المتوفى سنة ٢٣ هـ، أ. د / رواس قلعجي ط / دار النفائس، بيروت، الطبعة الرابعة (١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م).

٣٩- موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز أ. د / محمد رواس قلعجي ط / مطبعة جامعة الكويت (٢٠٠١ م).

٤٠- للموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت الطبعة التمهيدية.

٤١- النقود والمصارف في النظام الإسلامي أ. د / عوف محمود الكفراوي، ط / دار الجامعات المصرية، الإسكندرية (ن. ت).

٤٢- الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د / حسن عبد الله الأمين، ط / دار الشروق، جدة، الطبعة الأولى (١٤٠٣ هـ).

٤٣- الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة د / محمد نجدان المحمد ط / دار المكتبي، دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧ م).

#### من كتب علمة:

١- إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان للإمام الحافظ / أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ، تحقيق / محمد حامد الفقى ط / مكتبة عاطف بالقاهرة (ن. ت).

#### ظ - كتب القانون:

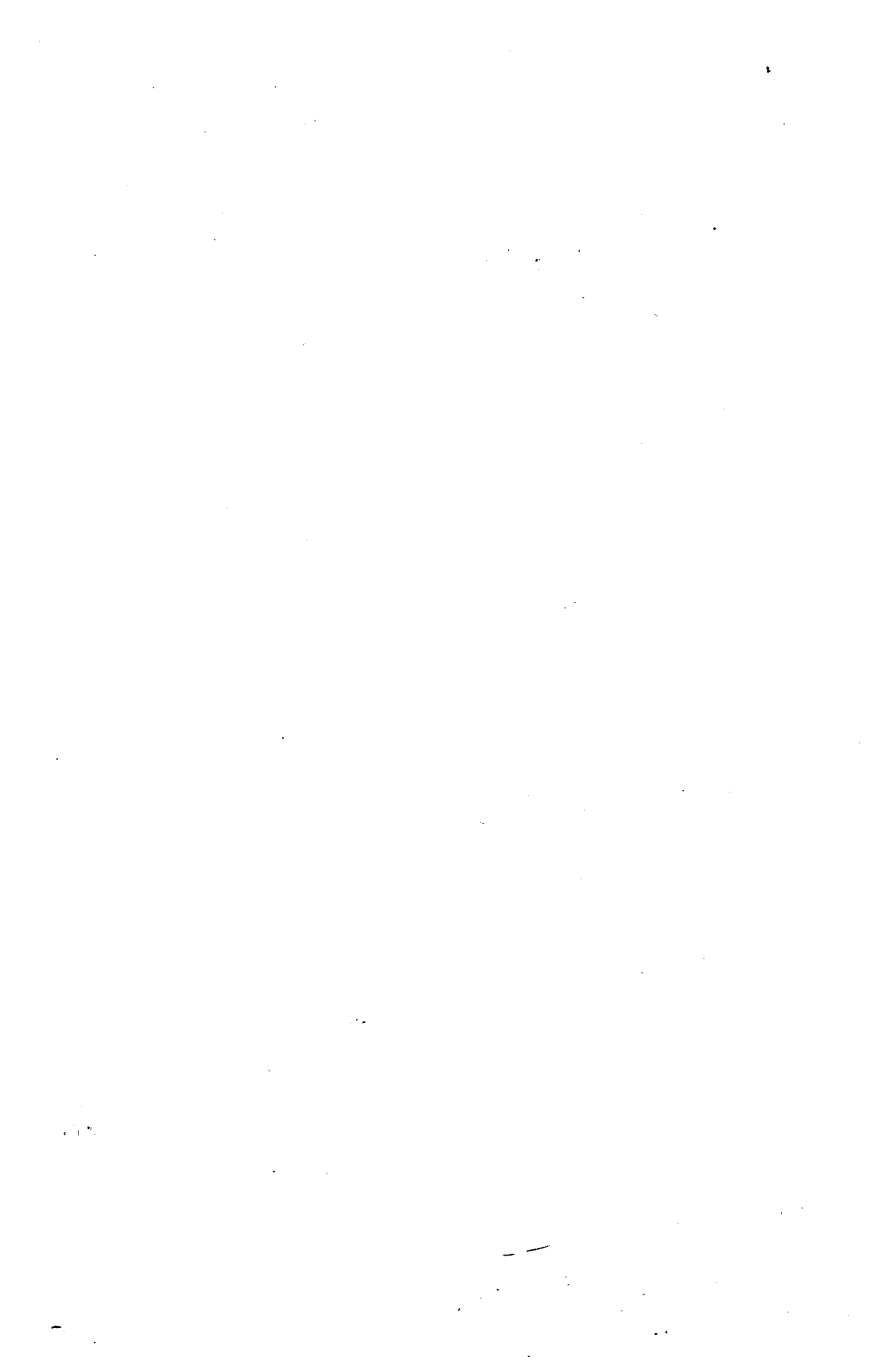
١- أساسيات القانون التجارى والبحرى، د / مصطفى كمال طه، على البارودي، مراد فهميم ط / منشأة المعارف الإسكندرية (١٩٨٣ م).

٢- الأوراق التجارية أ. د / سميحة القليوبى ط / دار النهضة العربية الطبعة الأولى (١٩٨٧ م).

٣- الأوراق التجارية أ. د / عبد الفضيل محمد أحمد ط / مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الأولى (١٩٩٧ م).

٤- الأوراق التجارية أ. د / على جمال الدين عوض ط / دار النهضة العربية الطبعة الأولى (١٩٨٦ م).

- ٥- الأوراق التجارية أ.د/ على حسن يونس ط / بدون ذكر اسم مطبعة (ن. ت).
- ٦- الأوراق التجارية فى النظام التجارى السعودى لإلياس حداد ط /معهد الإدارة العامة ، الرياض (١٤٠٧ هـ).
- ٧- الأوراق التجارية لمحمد صالح بك ط / مطبعة جامعة فؤاد الأول ، الطبعة الأولى (١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م).
- ٨- الأوراق التجارية لمحمود محمد بابلى ط / بدون ذكر اسم مطبعة الرياض ، (١٣٩٧ هـ).
- ٩- الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م.أ.د/ على البارودى ، ط / محمد فريد العرينى ط / دار الجامعة الجديدة (٢٠٠٤ م).
- ١٠- الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحد والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية أ.د/ إكرام ياملكى ط / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى (١٩٩٩ م).
- ١١- تكييف الجرائم لحسين عبده على ط / إصدار جامعة عدن الطبعة الأولى (١٩٩٣ م).
- ١٢- التكييف لمحمد صالح القويرى وهو بحث منشور بمجلة القضاء العراقية السنة الرابعة والعشرون ، العدد الثانى حزيران (١٩٦٩ م).
- ١٣- تنازع الأوراق التجارية لعائشة عبد العال ط / الدار الجامعية ، بيروت (١٩٨٨ م).
- ١٤- السندات التجارية لأحمد محمد محرز ط / خاصة بالمؤلف (١٩٩٥ م).
- ١٥- عمليات البنوك من الوجهة القانونية أ.د/ على جمال الدين عوض ط / دار النهضة العربية (١٩٨١ م).
- ١٦- القانون التجارى (الأوراق التجارية - العقود التجارية - عمليات البنوك أ.د/ على البارودى ط / منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الأولى (١٩٧٥ م).
- ١٧- قانون المعاملات التجارية السعودى لمحمود مختار بريرى ط / معهد الإدارة العامة بالرياض ، الطبعة الأولى (١٤٠٢ هـ).
- ١٨- مبادئ القانون التجارى أ.د/ مصطفى كمال طه ، ط / مؤسسة الثقافة الجامعية ، الطبعة الأولى (١٩٧٩ م).
- ١٩- مذكرات فى النقود والبنوك د/ إسماعيل محمد هاشم ط / دار النهضة العربية بيروت (ن. ت).



نظرة إلى موضوع القانون التجارى وأثره على البيئته  
«دراسة تحليلية مقارنة»  
الدكتور

محمد إبراهيم موسى  
أستاذ وقائم بعمل رئيس قسم القانون التجارى  
كلية الحقوق - جامعة طنطا

بسم الله الرحمن الرحيم  
﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي  
عَمَلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾<sup>(١)</sup>

(صدق الله العظيم)

مقدمة

يعد موضوع القانون التجارى من الموضوعات الشائكة التى  
أثارت، وما زالت تثير، جدلاً فقهيًا واسعاً، لاسيما بعد التعديل  
التشريعى لقوانين التجارة فى معظم النظم الوضعية<sup>(٢)</sup>. ولا شك أن هذه  
الأهمية وذلك الجدل يرجعان إلى أن موضوع القانون التجارى يمثل أساس  
تطبيق قواعد هذا الأخير على ما يدخل فى نطاق تطبيقه من أعمال، فعلى  
هدها يمكن التعرف على الحدود الفاصلة بين القانون التجارى والقانون  
المدنى<sup>(٣)</sup>.

(١) آية ٤١/الروم.

(٢) راجع القانون المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، القانون الإماراتى رقم ١٨ لسنة  
١٩٩٣م، القانون الكويتى رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م، القانون الأردنى رقم ١٢ لسنة  
١٩٦٦م، وقانون التجارة الفرنسى، لاسيما الكتاب الأول (Du commerce  
en général)، والذى يبدأ بنص المادة 110 L، والتى تعرف الأعمال التجارية  
De l'acte de commerce وتمثل لها أيضاً.

(3) LEFEBURE D.: La spécificité du droit commercial,  
Réflexion sur la place tenue, en droit privé par le droit  
commercial, par rapport du droit civil, Rev. tr. dr. com,  
1976, p. 285 et s.

فى الحقيقة يذهب فقهاء القانون التجارى إلى القول بأن هذا الموضوع يتحدد وفقاً لأحد أساسين أو كلاهما، الأول مادى ويكمن فى نظرية الأعمال التجارية، والثانى شخصى ويدور حول نظرية التاجر<sup>(١)</sup>. هذا وإن كان الأساس الثانى لا يتحدد إلا بناءً على الأول، باعتبار أن التاجر، كما تقضى المادة العاشرة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، هو من يحترف القيام بالأعمال التجارية<sup>(٢)</sup>. فهذه الأخيرة هى المحور الذى تدور حوله أحكام القانون التجارى<sup>(٣)</sup>، خاصة وأن ربط القانون التجارى بالمهنة التجارية يتطلب تعداداً للحرف التجارية التى يتم على هداها تحديد صفة التاجر، وهو أمر يصعب القول به فى ظل التطور المستمر للحياة التجارية وما يصاحبه دائماً من تغيير. فما يعد من قبيل الحرف التجارية فى وقت معين، قد لا يصبح كذلك فى وقت آخر. وما لا

(1) **MERCADAL B.:** Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales, Rev. tr. dr. com, 1982, p. 511, et s ; **JAUFFRET A. & MESTRE J. :** Droit commercial, L.G.D.J., 22ème, 1995, no 27 et s, p. 21 et s ; **HOUTCIEFF D. :** Droit commercial, Armand Colin, 2005, no 2, p.2.

(٢) راجع كذلك نص المادة الثانية من المجلة التجارية التونسية الصادرة بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٥٩ بتاريخ ٥ أكتوبر ١٩٥٩م، حيث تقرر أنه «يُعد تاجراً كل شخص اتخذ له حرفاً من أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط... على العكس من ذلك راجع نص المادة الثالثة من قانون التجارة الكويتى الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م، حيث تقرر أن الأعمال التجارية هى الأعمال التى يقوم بها الشخص بقصد المضاربة، ولو كان غير تاجر. من الواضح أن هناك اختلافاً جوهرياً بين نص المادتين، فبينما تحدد المادة الثالثة من القانون الكويتى مفهوم الأعمال التجارية بمعزل عن احترافها، توضح المادة الثانية من القانون التونسى أن يبان المشرع للأعمال التجارية لم يكن إلا بقصد تحديد مفهوم التاجر.

(٣) د/ فايز نعيم رضوان، مبادئ القانون التجارى طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠١، بند ٣٢؛ د/ ثروت على عبد الرحيم، شرح القانون التجارى المصرى الجديد، الجزء الأول (الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجارى - الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، ط٣، ٢٠٠٠، بند ٤٣، ص ٣٧؛

**JAUFFRET A.:** Actes de commerce, Dalloz, 1972, p.2 et s.



يعد حرفة تجارية فى مجتمع معين ، قد يعد من قبيلها فى مجتمع آخر نظراً لاختلاف الفلسفة التى ينتهجها كل مجتمع. كذلك فإن الأخذ بالأساس الشخصى على وجه الإطلاق يؤدى إلى سيطرة الحرفة التجارية على حياة التاجر ، بما فيها من أمور خاصة ، لدرجة يصعب معها القول بإخضاعها للتنظيم الخاص بالتجار. هذا فضلاً عما يؤدى إليه هذا الأساس من حرمان طائفة غير التجار من الاستفادة بالقواعد الخاصة التى يقررها القانون التجارى ، على الرغم من قيامهم فى بعض الأحوال بأعمال مماثلة لما يقوم به التاجر دون أن يرقى مثل هذا القيام إلى مرتبة الاحتراف. ومن ثم إذا كان أعمال الأساس المادى يؤدى إلى تطبيق القانون التجارى على التجار وغير التجار ، فإنه يتعين تحديد هذا الموضوع على نحو دقيق باعتباره الحد الفاصل للتمييز بين القانون التجارى والقانون المدنى من ناحية ، وما يرتبط بهذا التحديد من أهمية بالغة ، لاسيما على البيئة التى يعيش فيها الإنسان من ناحية أخرى. ولعل تلك الأهمية هى التى دفعت معظم التشريعات الوضعية إلى تبنى هذا الأساس عند بيانها لنطاق القانون التجارى.

فاستقراء نصوص التشريعات المقارنة يظهر بما لا يدع مجالاً للشك اعتناقها للمذهب المادى كأساس عند تحديدها لنطاق القانون التجارى. فلقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا الأساس رغبة منه فى التخلص من فكرة الطائفية التى سيطرت على القانون التجارى قبل قيام الثورة الفرنسية. فبعد قيام تلك الثورة سيطرت مبادئ الحرية والمساواة على الأفكار والمعتقدات ، مما نتج عنه تراجع لفكرة الطائفية ، وهو ما يستشف من إلغاء المشرع التجارى لنظام الطائفية والامتيازات التى تمتع بها التجار. وعليه أصبح بمقدور أى شخص القيام مباشرة الأعمال التجارية دون اشتراط لاكتسابه صفة التاجر<sup>(١)</sup>.

(1) HAMEL J., LAGARDE G. et JAUFFRET A.: Droit commercial, 2 éd, tome I, Dalloz, 1980, no 139, p. 212, où ils décident que le droit commercial repose sur une base formelle ; c'est l'acte de commerce qui lui sert de

ولقد سائر المشرع المصرى نظيره الفرنسى واعتنق الأساس المادى للقانون التجارى، وذلك بقيامه بذكر بعض الأعمال التجارية فى نص المادتين الرابعة والسادسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م. وهو الأمر الذى يفهم منه أن المشرع المصرى يعتبر القانون التجارى قانوناً للعمل التجارى أياً كانت صفة القائم به وما إذا كان محترفاً للتجارة أم لا<sup>(١)</sup>.

مع هذا فقد اعتبر المشرع المصرى أن الأخذ بالأساس المادى وحده يودى فى بعض الأحوال إلى إهمال كامل لفكرة الاحتراف، وهو أمر يصعب التسليم به، لاسيما وأن القانون التجارى يهتم بالنشاط التجارى الذى يأخذ صفة الدوام والاستمرارية أو الذى ينم عن صفة الانتظام. لهذا أفسح المشرع مكاناً للأساس الشخصى: فمن ناحية أولى «أقام تنظيمياً يخضع له من يقوم بالحرفة التجارية، فأوجب على التجار الالتزام بإمساك الدفاتر التجارية، والقيود فى السجل التجارى، وشهر النظام المالى للزوجين<sup>(٢)</sup>». ومن ناحية ثانية تبنى نظرية التبعية الشخصية. وهو ما يبدو

---

= fondement, quelle que soit la personne qui réalise cet acte. Lorsqu'un non-commerçant accomplit un acte que la loi répute acte de commerce, il est justiciable du droit commercial ; un semblable régime considère exclusivement l'acte accompli indépendamment de la personne de son auteur.

(١) راجع نص المادة الخامسة من قانون التجارة الإماراتى، المادتين السادسة والسابعة من قانون التجارة الأردنى، المواد من ٤ : ٧ من قانون التجارة الكويتى، راجع أيضاً JAUFFRET A. & MESTRE J. : Droit commercial, op. cit., no 27, p. 21 où il décide que le droit commercial établit sans doute le statut du commerçant, entendu comme celui qui fait professionnellement des actes de commerce.

(٢) د/ جلال وفاء محمد، المبادئ العامة فى القانون التجارى، الدار الجامعية، بدون سنة نشر، ص ١٨. راجع أيضاً نص المادة الأولى من القانون الاتحادى للتعاملات التجارية الصادر فى دولة الإمارات العربية المتحدة برقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ م، حيث تقرر بأنه «تسرى أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية»

واضحاً من سياق نص المادة الثامنة من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م،  
بتقريرها بأنه يعتبر تجارياً كل ما يقوم به التاجر لشئون تتعلق بتجارته<sup>(١)</sup>.

=التي يقوم بها أى شخص ولو كان غير تاجر. وهو نفس الحكم الذي قرره المشرع  
الكويتي بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م، حيث تقرر المادة الأولى منه أنه  
تسرى أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم  
بها أى شخص ولو كان غير تاجر.

(١) فعلى الرغم من تعدد وتنوع الأسس التي يمكن الاستناد إليها لإلحاق الصفة التجارية  
بالأعمال المدنية، إلا أن المشرع المصري أخذ فقط بالأساس الشخصي، ملحقاً  
الصفة انتجارية بالأعمال المدنية التي يقوم بها التجار طالما أنها تتعلق بشئون  
تجارتهم. على العكس تبنت التشريعات الأخرى الأساس الموضوعي أو الأساسين  
معاً. فالتجهت إلى إعمال فكرة التبعية على الأعمال المدنية المرتبطة أو المسهلة للأعمال  
التجارية الحقيقية. فمثل هذا الارتباط يسبغ العمل المدني بالصفة التجارية، بصرف  
النظر عن صفة القائم بالعمل وكونه تاجراً أو غير تاجر. (راجع نص المادة الرابعة من  
قانون المعاملات التجارية الإماراتي، حيث تقضى في فقرتها الرابعة بأن الأعمال  
التجارية هي أيضاً الأعمال المرتبطة أو المسهلة لعمل تجاري، راجع أيضاً: المادة ٨  
من قانون التجارة الكويتي). كذلك تكتسب الأعمال المدنية الصفة التجارية عندما  
يقوم بمباشرتها أحد التجار لشئون تتعلق بمحاجات تجارته. هذا ما تبرزه بوضوح محكمة  
النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٢/٨/١٩٦٠م بقضائها أن اتفاق الطرفين  
على القيام بعمل تجاري وتفويض أحدهما للآخر في القيام بأعمال لازمة لهذا  
العمل التجاري ومتصلة به يجعلها بدورها تجارية، وفقاً لنص المادة ٢/٩ من القانون  
الملغى، على نحو يؤدي إلى اعتبار عقد الوكالة تجارياً مما يجوز معه إثباته بالبينه  
(مجموعة أحكام النقض س ١١، ص ٦٣٥). في الحقيقية إن إخضاع الأعمال  
المرتبطة لنظام قانوني واحد ولقواعد قانونية موحدة يحتم إلحاق الصفة التجارية  
بالأعمال المدنية المرتبطة بعمل تجاري حقيقي دون أدنى اعتبار إلى أن التبعية لا تغير  
من صفة العمل المدني إلا عند ارتباطه بنشاط القائم به. كذلك فإن الأخذ بفكرة  
التبعية الموضوعية يجد الملاذ والسند القانوني في مبدأ عام مفاده تبعية العمل الفرعي  
للعمل الأصلي، بحيث يخضعان معاً لنظام واحد وقضاء واحد (د/ثروت عبد  
الرحيم، شرح القانون التجاري المصري الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص  
١٢٩). فهذا المبدأ يقتضى الأخذ بفكرة الارتباط على إطلاقها دون نظر أو اهتمام  
بكون العمل المدني يرتبط بالحرفة التجارية للتاجر ويتعلق بشئون تجارته أو أنه يرتبط  
بعمل تجاري أصلي بعيداً عن شخص القائم به. وأخيراً تجد تلك الفكرة السند  
والأساس في نص المادة ١١٩ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م والتي تقرر تجارية  
الرهن عندما يعقد لضمان دين تجاري. هذا ما تقرره بنصها على أنه «مع مراعاة  
الأحكام التي تنظم أنواعاً خاصة من الرهن التجاري تسرى أحكام هذا الفصل =

مع هذا وعلى الرغم من جمع المشرع المصرى للأساسين المادى والشخصى عند تحديده لنطاق القانون التجارى، إلا أن جوهر الأساس المادى (وهو العمل التجارى) يعد نقطة الارتكاز أو حجر الزاوية فى الأساس الشخصى. فلا يكتسب الشخص صفة التاجر إلا إذا احترف الأعمال التجارية. ولن تعد أعماله المدنية التى تتعلق بتجارته أعمالاً تجارية إلا بعد اكتسابه هذه الصفة. ولا يقلل من أهمية العمل التجارى إضفاء

= على كل رهن بتقرر على مال منقول ضماناً لدين يعتبر تجارياً بالنسبة إلى المدين». مع هذا يرى البعض أن إنكار التبعية الموضوعية يرجع إلى أن نظرية التبعية هى فى الأساس «استثناء من الأصل العام فى التمييز بين العمل المدنى والعمل التجارى لمقتضيات تطبيق نظام قانونى موحد على التجار، أما بالنسبة لغير التجار فلا يوجد مسوغ لذلك. بالإضافة لذلك فإن الاستناد إلى فكرة التبعية يحد تبريره القانونى فى المادة ٢/٩ من قانون التجارى الملقى (تقابل المواد من ٤ - ٦ من القانون الجديد) وهو ما يربط التبعية بحرفة التاجر. أخيراً فإن الاستثناء الوارد فى المادة ١/٧٦ من القانون الملقى (تقابل المادة ١١٩ من القانون الجديد) هو، بالعكس، دليل على رغبة المشرع فى النص على حالات محددة يمكن فيها مد تطبيق النظرية إلى حالة قيام غير التاجر بعمل تجارى ارتبطت به أعمال مدنية (د/حسين فتحى، الوجيز فى أحكام المعاملات التجارية، الجزء الأول، بدون سنة نشر، مطبعة جامعة طنطا، ص ٨٢). بيد أن هذا رأى قد اعتد بفكرة التبعية الموضوعية عندما يكون العمل التجارى هو السهل للقيام بالأعمال المدنية. فكل ما يجريه غير التاجر من أعمال يعد مدنياً، سواء أكان العمل بطبيعته هو عمل مدنى أم أنه عمل تجارى يرتبط بالعمل المدنى الأساسى الذى يقوم به، طالما أنه سهل هذا العمل المدنى أو يكمله، وذلك كالطبيب الذى يبيع الدواء لمرضاه لعدم وجود صيدليات بالمنطقة، أو المزارع الذى يقوم ببيع الأكياس والصناديق التى يشترها مع الحاصلات الزراعية، إذ فى هذه الأحوال يعد شراء الطبيب للأدوية لبيعها عملاً مدنياً بالتبعية للعمل الأصيل وهو مهنة الطب، وذلك على الرغم من طابعه التجارى الخالص. وهو ما ينطبق أيضاً على شراء المزارع للأكياس والصناديق، إذ يعد عملاً مدنياً بالتبعية للعمل المدنى للمزارع، لأنه هو الذى سهل القيام بالعمل المدنى (د/حسين فتحى، الوجيز فى أحكام المعاملات التجارية، المرجع السابق، ص ٨١). فى الحقيقة إن اعتناق نظرية التبعية الموضوعية، فى هذه الحالة، يعد تبريراً آخر لضرورة الأخذ بفكرة التبعية الموضوعية فى المجال التجارى، نظراً لأنها تبين بوضوح فكرة الارتباط، وذلك بالمقارنة بينها وبين التبعية الشخصية. فالارتباط يكون أكثر وضوحاً، عندما يكون العمل المدنى هو الذى سهل القيام بالعمل التجارى، فلولا الأول ما كان بالإمكان القيام بالعمل الثانى.

المشرع المصرى صفة التاجر على الشركات التى تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان المرض الذى أنشئت من أجله. فإذا كان المشرع المصرى قد أعفى الشركات التجارية من شرط الاحتراف<sup>(١)</sup>، فإن هذا يرجع إلى اعتباره تأسيس تلك الشركات من قبيل الأعمال التجارية هذا من ناحية، وإلى الصعوبة العملية التى أوجدها تبنيه لمعيار العمل التجارى للترقية بين الشركات المدنية والتجارية فى ظل قانون التجارة القديم من ناحية أخرى.

وهكذا يمكننا القول بأن العمل التجارى يعد جوهر وأساس القانون التجارى. فمن ناحية أولى تطبق أحكام هذا القانون على ما يكتسب هذه الصفة من الأعمال أياً كانت صفة القائم بها<sup>(٢)</sup>. ومن ناحية ثانية تطبق أحكام هذا القانون على طائفة التجار، والذين لا يكتسبون هذه الصفة إلا

(١) مع هذا لم يعفى المشرع المصرى من شرط الاحتراف إلا الشركات التى تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى قوانين الشركات، وهى التضامن والتوصية البسيطة والمساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة. أما شركات المحاصة، فإنها لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا كان موضوعها القيام بالأعمال التجارية، وذلك لأن المحاصة ليست من الأشكال التى قررها المشرع فى قوانين الشركات. فالأشكال التجارية هى فقط خمسة أشكال، على نحو يودى إلى المساواة بين شركات المحاصة والأشخاص الطبيعية، إذ ينطبق عليهم نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، الأمر الذى يستلزم قيامها بالأعمال التجارية، وأن يتم ذلك على وجه الاستقلالية (أى باسم وحساب الشركة). ولا يقلل من تلك الأهمية إعفاء المشرع لبعض الأشخاص الطبيعية من شرط الاحتراف، وهم الشركاء المتضامنون فى شركات الأشخاص والأموال، إذ يكتسبون صفة التاجر بمجرد أن يصبحوا أعضاء فيها. ولعل السبب وراء اكتسابهم هذه الصفة يرجع إلى أن التوقيع على معاملات الشركة يكون بعنوان الشركة المتضمن لأسمائهم، فكانهم يجرون هذه المعاملات باسمهم ولحسابهم الخاص (د/محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، فقرة ١٠٣، ص ١٠٤؛ د/حسين فتحى، الوجيز فى أحكام المعاملات التجارية، الجزء الثانى، ص ١٧٠؛ د/ثروت على عبد الرحيم، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية فى القانون الجديد، ٢٠٠٣، ص ٤٣٨).

(2) HAMEL J., LAGAGARDE G. et JAUFFRET A.: Droit commercial, op. cit., no 142, p. 216 ; COPPENS P. : Cours de droit commercial, 1ère partie, CABAY, Louvain- La - Neuve, 1984, p.7.

بعد احترافهم القيام بالأعمال التجارية. ومن ناحية ثالثة لا تعد الأعمال المدنية التي تتعلق بشئون التجارة أعمالاً تجارية إلا عندما يكون القائم بها هو أحد التجار، والذي لا يعد كذلك إلا إذا اتخذ من الأعمال التجارية حرفة معتادة له. وهو الأمر الذي يقتضى النظر بصورة موضوعية ودقيقة إلى حقيقة العمل التجارى والعمل على تبنى معيار محدد يمكن على هداه القول بأن هذا العمل أو ذاك تجارياً أم لا. وهو ما حاول المشرع المصرى أن يتوصل إليه فى ظل قانون التجارة الجديد. مع هذا فإن التساؤل الذى يطرح نفسه يتعلق بتقدير مسلك المشرع فى هذه الحالة للتعرف على ما إذا كان قد حالفه التوفيق فى وضع فكرة منضبطة لهذه الأعمال من خلال تلك الأمثلة التى ذكرها فى هذا القانون أم لا. فإذا كان المشرع المصرى قد اعتنى بوضع قانون جديد للتجارة يواكب ما لحق المجتمع الدولى من تغيير وتلازم قواعد مع متطلبات العصر وتستجيب للتطور الهائل فى نظم المعاملات وطرق الدفع، مع هذا فإن المسلك الذى انتهجه يثير الخلاف حول حقيقة القواعد التى تبنّاها (١).

فى الحقيقة لا ينكر أحد أن القواعد التى تضمنها القانون الجديد تمثل خلاصة ما وصل إليه الفكر القانونى وما قننه أطراف التجارة من عادات وأعراف وما اعتادت عليه غرف التجارة وما رسخ فى سوق الأوراق المالية والمعاملات الدولية. مع هذا فإن المتأمل فى نصوص هذا القانون، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بتعداد الأعمال التجارية، يلاحظ وجود تضارب وتعارض بينها. فبينما أبرزت المادة الأولى من القانون مجال تطبيقه بتقريرها سريان أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية وعلى كل شخص طبيعى أو اعتبارى ثبت له صفة التاجر، خرجت المواد الرابعة

---

(1) GUYON Y. : Droit frd affaires, T.I, Economica, 1996, 9 éd, no 1, p.1 et s, où il décide que la dénomination de droit commercial «n'était pas à l'abri des critiques car il régissant à la fois les activités de distribution (commerce au sens habituel du terme) et la plupart des activités de production (industries)».

والخامسة والسادسة عن مجال هذه الأعمال إلى دائرة أوسع وأعم هي دائرة الأعمال الرأسمالية. وعليه فإن القانون الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م يثير التساؤل حول مضمون القانون التجارى لتقدير ما إذا كان يحتاج إلى نظرة أخرى تقتضى إستبعاد بعض الأعمال من نطاق تطبيقه، أم على العكس يتلاءم هذا المضمون مع الطرح القانونى الجديد لمجتمع الأعمال الدولية وما لحق به من تطور وما صادفه من تغيير<sup>(١)</sup>.

(١) فى الواقع إن هذا التساؤل لا يقتصر مداه على قانون التجارة المصرى، وإنما يمتد ليشمل جميع القوانين التى انتهجت نفس المسلك الذى اتبعه المشرع المصرى، كالمشرع الإماراتى والمشرع الكويتى والمشرع الفرنسى (راجع فى هذا الشأن، نص المادة ٦ من القانون الإماراتى، المادة ٥ من القانون الكويتى، المادة 1-110 L من القانون الفرنسى). فهذه القوانين تشارك القانون المصرى فى تلك النظرة الموسعة لمفهوم العمل التجارى، حيث اعتنقت مفهوماً لهذه الفكرة يضم إلى جانب الأعمال التجارية بعض الأعمال الزراعية وبعض الأعمال الصناعية. فلم يعد مفهوم الأعمال التجارية قاصراً على أعمال التجارة، وإنما يشمل بالإضافة لها بعض أعمال الصناعة وبعض أعمال الزراعة. ولعل هذا الشمول الذى سارت عليه تلك القوانين هو ما استدعى القيام بتلك النظرة أو بمعنى أدق تقدير المسلك الذى تم انتهاجه للوقوف على حقيقته وما يمكن أن يفضى إليه من مزايا أو ما ينشأ عن تبنيه من أضرار، وذلك لأنه إذا أمكن القول بوجود تشابه بين أعمال التجارة وبعض أعمال الزراعة أو الصناعة، فإنه لا يمكن التسليم بأنها تفضى جميعاً إلى ذات النتائج أو ترتب نفس الأضرار. ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن تلك القوانين لم تبني معياراً واحداً للفرقة بين الأعمال التجارية وغيرها من الأعمال، وأنها مثلت ققط للأعمال التجارية تاركة الباب مفتوحاً للاجتهاد والقياس عليها. فهذا التمثيل لا يعفى قوانين التجارة المنتمية إلى المذهب اللاتينى من إحداهن نوعاً من التشابه بين أعمال التجارة وغيرها من الأعمال الأخرى التى تنتمى إلى قطاع النشاط الأولى، نظراً لأن هذا التمثيل جاء شاملاً، بحيث لم يترك أى قطاع إلا واعتبر بعض أعماله من قبيل الأعمال التجارية، وذلك على العكس تماماً من تلك النظرة التى اعتنقتها تلك القوانين فيما مضى. ولعلنا نأخذ أمثال الذى يوضح ذلك من قانون التجارة المصرى الملغى، حيث كانت تستبعد نصوصه العمليات الاستخراجية ومشروعات تربية الدواجن والمواشى من مجال الأعمال التجارية. أما فى ظل القانون الحالى، تعد هذه الأعمال من قبيل الأعمال التجارية بشرط مباشرتها على وجه الاحتراف. ولقد قيل فى تبرير اعتبار هذه العمليات من قبيل الأعمال التجارية هو «تفادى النقد الموجه للنص القديم والذى ترتب على تطبيقه إسباغ الوصف التجارى على عمليات توزيع الرخام والجرانيت، وحجبه عن الشركة التى استخرجته من باطن الأرض، واعتبار بيع =

فى الواقع إن الاجابة على هذا التساؤل تمثل أهمية عملية كبيرة، نظراً لأنها تقودنا إلى التوصل إلى تنظيم قانونى دقيق يشمل الأعمال المتجانسة التى تستخدم نمطاً واحداً فى الاستغلال. كذلك فإنها سوف تهدينا إلى إستبعاد طائفة أخرى لا يمكن أن ينظمها هذا القانون لاختلافها الواضح وتنافرها البين عن تلك التى تندرج تحت لوائه. فإذا كان المشرع المصرى يأخذ بالترفة بين العمل المدنى والعمل التجارى، شأن كافة التشريعات اللاتينية، فإنه يتعين تحديد جوهر ومضمون القانون التجارى على نحو دقيق، لما يمثله هذا التحديد من أهمية بالغة<sup>(١)</sup>. فهذه التفرقة تقتضى النظر بصورة موضوعية إلى حقيقة الأعمال التى يعالجها القانون التجارى بالتنظيم، لإقرار ما يتشابه منها فى الخصائص وما يتوافق فى النتائج، واستبعاد ما لا يتفق مع حقيقة هذه الأعمال سواء من حيث الآثار أو ما يترتب على مباشرته من أخطار. بعبارة أخرى إذا كانت الأعمال التى يباشرها أفراد المجتمع ليست على درجة واحدة من الخطورة ولا تحظى بذات الأهمية، فإنه يتعين تصنيفها على نحو دقيق للتوصل إلى معالجة خاصة لها، تأخذ فى الاعتبار خصوصيتها وما يمكن أن يسفر عن مباشرتها من أضرار أو ما يترتب على ممارستها من نتائج، لأنه ليست العبء ببسط نطاق القانون التجارى إلى كل الأعمال وإنما فقط إلى ما يتوافق منها فى الخصائص وما يشترك منها فى الصفات. فهذه النظرة الدقيقة قد تبين بوضوح القاسم المشترك الذى تقوم عليه الأعمال التى

---

=المنتجات البترولية وتوزيعها عملاً تجارياً، واستبعاد الشركة التى قامت بسحبها من تحت الأرض من نطاق التجارية. ولا يخفى مدى الشذوذ الذى ينطوى عليه هذا الوضع والذى كان من شأنه إخضاع أعمال أقل أهمية للقانون التجارى، واستبعاد أعمال أكثر أهمية من تحت عبائه (د/سامى عبد الباقى أبو صالح، قانون الأعمال، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، فقرة ٦٥، ص ١٤٦). وهكذا يتضح أن التبرير الذى قيل لإدراج هذه العمليات ضمن الأعمال التجارية هى الأهمية التى تمثلها هذه العمليات، والتى تقتضى أن تكون من تلك التى ينظمها أو تسرى عليها أحكام القانون التجارى.

(١) د/ سامى عبد الباقى أبو صالح، قانون الأعمال، المرجع السابق، فقرة ٤، ص ٢٢.



عددتها التشريعات التجارية، تعداداً قد يقود البعض إلى القول بمساهمة تلك التشريعات في الإضرار بالبيئة، نظراً لأنها أدخلت ضمن الأعمال التجارية أعمال الصناعة وبعض المشروعات الزراعية. فهذا الإدخال سوف يطرح مسألة غاية في الأهمية تتعلق بمدى صحة ما أثاره البعض من الفقهاء حول مساهمة التشريعات التجارية في الإضرار بالبيئة<sup>(١)</sup>. فلقد أخذ البعض من أفراد المشرع الأمريكي تنظيمًا خاصاً لأعمال الصناعة<sup>(٢)</sup>، سنداً للقول بأن التشريعات التجارية المتتمة إلى المنهج اللاتيني تساهم في الإضرار بالبيئة. فإذا كانت هذه التشريعات تأخذ بنظام التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية على خلاف القانون الأمريكي، فإنها مع ذلك لم تفرد تنظيمًا مختلفاً لأعمال الصناعة يتناسب مع أهميتها وما تحدثه من أخطار أو مع ما قد يترتب على مباشرتها من أضرار<sup>(٣)</sup>. وعليه فإن هذه الواجهة من النظر وهذا التبنى من جانب المشرع

(١) د/ أحمد محمد حشيش، المفهوم القانوني للبيئة في ضوء مبدأ أسلمة القانون المعاصر، دار الكتب القانونية، ٢٠٠١، فقرة ١٤، ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) هذا المبدأ تقره بصفة عامة دول القانون العام، حيث لا تعرف التفرقة بين القانون المدني والقانون التجاري، ولقد أبرز الأستاذ ألفريد جوفريه هذا المعنى بتقريره:

«Puisque les pays de common law ignorent, en principe, la distinction du droit civil et du droit commercial, c'est d'abord dans ouvrages généraux consacrés au droit privé qu'il faut chercher les études doctrinales de droit commercial (droit commercial, op. cit., no 80, p. 145)». Voir aussi GUYON Y. : Droit des affaires, op.cit, no 15, p.11.

(3) HILLEBRAND G.-K.: Suggested principles to govern when the uniform commercial code should contain differing rules for commercial and consumer transactions, American Law Institute, west law, December 1995, p. 2 et s; GERALD T. Mc Laughlin: The evolving uniform commercial code from infancy to maturity to old age, West law, April, 1993, p. 220 et s ; COPPENS P.: Cours de droit commercial, op. cit, p.1, où il décide que «dans le vocabulaire actuel, le droit commercial régit aussi bien l'industrie que le commerce. C'est le droit des affaires. L'industriel est un commerçant».

الأمريكي تدعونا إلى التفكير فى أهمية هذه الأعمال والأسباب التى دعت التشريعات اللاتينية إلى المساواة بينها وبين أعمال التجارة، دون نظر إلى ما تحدثه من آثار وما تخلفه من أضرار. كذلك يدعونا هذا التبنى إلى التفكير فى المزايا التى تحدثها هذه المساواة وهل تتعادل مع الخطورة التى تحدثها هذه الأعمال، تعادلاً يجعلنا نغض الطرف عنها وعن الأضرار التى تخلفها؟

فى الحقيقة إن الإجابة على هذه التساؤلات والتعرض لتلك الاستفسارات تحتم علينا التعرض إلى حقيقة الأعمال التى مثلت لها التشريعات اللاتينية، كالقانون المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، وذلك قبل التعرض لآثار ذلك على البيئة التى تمارس فيها تلك الأعمال. وهكذا يتضح أن معالجتنا لهذا الموضوع ستكون من خلال فصلين: نعرض فى الأول منهما إلى حقيقة موضوع القانون التجارى فى التشريعات اللاتينية، ثم نعالج فى الثانى أثر هذا الموضوع على البيئة المحيطة.

## الفصل الأول

### موضوع القانون التجارى هو العمل الرأسمالى

إن نظرة متأملة إلى الأعمال التى أوردها المشرعون فى قوانين التجارة تبرز أن هذه الأعمال يجمع بينها وحدة الأساس الذى تقوم عليه. فعلى الرغم من انتماء هذه الأعمال إلى معظم قطاعات النشاط الإنسانى، فإنه يمكن القول بأن هناك قاسماً مشتركاً يجمع بينها وهو قيامها على فكرة رأس المال وعلى نمط استغلاله. فاستقراء نصوص قوانين التجارة، التى تنتمى إلى النظام اللاتينى، يوضح أنها هجرت فكرة العمل التجارى وأخذت بفكرة أوسع فى المدلول وهى فكرة العمل الرأسمالى. هذا ما تبرزه بوضوح نصوص قوانين التجارة فى كل من مصر والإمارات والكويت وفرنسا، حيث تظهر بما لا يدع مجالاً للشك أن الأعمال التجارية هى الأعمال التى تقوم أو تعتمد على هذه الفكرة، أياً كان القطاع الذى تنتمى إليه، القطاع الأولى، أو الثانوى، أو قطاع الخدمات.

فعلى الرغم من تعدد وتنوع مظاهر الأنشطة التي يمارسها أفراد المجتمع، فإن المشرع التجاري انتقى من هذه الأنشطة مجموعة من الأعمال، يجمع بينها وحدة الفكرة التي تقوم عليها، انتقاء يمكن معه القول بأن القانون التجاري هو قانون الأعمال الرأسمالية. قول يطرح مجموعة من التساؤلات: أولها يتعلق بالأسباب التي دفعت المشرع التجاري، في دول المنهج اللاتيني، إلى تبني فكرة العمل الرأسمالي. وثانيها خاص بمفهوم العمل الرأسمالي. وثالثها يدور حول المزايا التي يحققها تبني المشرع لهذه الفكرة. هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال مباحث ثلاثة، نعرض في الأول منها لأسباب تبني المشرع التجاري لفكرة العمل الرأسمالي. وفي الثاني نحدد ماهية العمل الرأسمالي. وفي الثالث نبين مميزات العمل الرأسمالي.

### المبحث الأول

#### أسباب تبني المشرع التجاري لفكرة العمل الرأسمالي

في الحقيقة إن تبني المشرع التجاري لفكرة العمل الرأسمالي يرجع إلى صعوبة الوقوف على معيار واحد لتحديد تجارية الأعمال، وإلى تردد التشريعات المقارنة بين معيارى المضاربة والعمل الرأسمالي. فعلى الرغم من تعدد المعايير التي قال بها فقهاء القانون التجاري وتنوعها، إلا أنه يعاب عليها عدم دقتها من ناحية وعدم شموليتها من ناحية أخرى. فأخذ المشرع التجاري بفكرة أوسع من فكرة العمل التجاري يرجع إلى عدم الوقوف على معيار دقيق لتحديد تجارية العمل (المطلب الأول)، وإلى تردد التشريعات المقارنة بين معيار المضاربة ومعيار العمل الرأسمالي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### عدم الوقوف على معيار واحد لتحديد تجارية الأعمال

لقد هجرت التشريعات الوطنية فكرة الطائفية التي قام عليها القانون التجاري. فلم يعد الأخير قانوناً للتجار وحدهم، وإنما أصبح

يستند إلى أساس موضوعي ، يعتمد على فكرة العمل التجاري<sup>(١)</sup>. فلقد شيد المشرعون الوطنيون هذا القانون على أساس هذه الفكرة الأخيرة. هذا ما يبرزه بوضوح مسلك المشرع المصري ، سواء في المجموعة التجارية ، أو في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م. مع هذا لم يستطع المشرع المصري ، شأن معظم المشرعين الوطنيين ، الاستناد إلى معيار محدد لتمييز أو تحديد هذه الفكرة<sup>(٢)</sup> ، وإنما أورد بعض الأمثلة للأعمال التجارية ، وفتح المجال لإضافة أعمال أخرى حسبما يسفر عنه العمل ويستقر عليه الرأي وبما يتلاءم والتطور المستمر والسريع للأنشطة الاقتصادية ، طالما أن هذه الأعمال تتساوى في العلة مع تلك التي وردت في التقنين التجاري<sup>(٣)</sup>. ولا شك أن هذه الصعوبة التي لاقاها المشرع المصري وغيره من المشرعين الوطنيين ، ترد إلى عدم اتفاق فقه القانون التجاري على معيار محدد

- (1) HAMEL J., LAGAGARDE G. et JAUFFRET A.: Droit commercial, op. cit., no 2-1, p. 6 ; HOUTCIEFF D. : Droit commercial, op.cit, no 2, p.2 ; JAUFFRET A. & MESTRE J. : Droit commercial, op.cit, no 27-28, p:21 et s.

(٢) هذا هو المسلك الذي انتهجه المشرع الفرنسي ، حيث لم يتمكن من وضع تعريف لفكرة العمل التجاري ، وإنما لجأ أيضاً إلى التمثيل للأعمال التي يمكن اعتبارها من هذا القبيل. هذا ما يقرره بوضوح Pierre Coppens بقوله :

«Malheureusement le concept d'acte de commerce n'a jamais été défini par la loi. Le législateur a adopté la méthode d'une énumération empirique. On sent que c'est pour des raisons pratique qu'il a soustrait certains actes au droit commun. La doctrine a essayé de rechercher un principe de synthèse là où la loi n'avait fait qu'une liste d'actes (cours de droit commercial, op. cit, p.24)».

(٣) راجع المادة السابعة من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، المادة السادسة من قانون التجارة اللبناني والتي تنص على أن الصفة التجارية تثبت لجميع الأعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة للأعمال التجارية المنصوص عليها لتشابه صفاتها وغاياتها ، المادة الرابعة من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ (راجع د/أكثم الخولي ، قانون التجارة اللبناني المقارن ، بيروت ، ج١ ، ص ١٦٥ ؛ د/ ثروت عبد الرحيم ، القانون التجاري الكويتي ، ص ٤٦).

ومنضبط يمكن من خلاله تحديد طبيعة العمل التجارى، وبالتالي تمييزه عن غيره من الأعمال الأخرى زراعية أو صناعية<sup>(١)</sup>.

فلقد تردد الفقهاء بين معايير عدة، أهمها معيار المضاربة، معيار التداول، معيار الاحتراف، معيار المقابلة.

(١) فعلى الرغم من أن الأعمال التجارية يتحدد بها بصورة رئيسية نطاق القانون التجارى، إلا أن المشرع المصرى لم يعنى بوضع ضابط محدد يمكن على هذاه تحديد هذا النطاق بصورة دقيقة. مع هذا فإن هذا الإغفال ليس سمة القانون الجديد، وإنما هو تواتر لوضع انتهجه القوانين التجارية لدول القانون اللاتينى منذ أمد بعيد. فمنذ قيام القانون الفرنسى لسنة ١٨٠٧ على تعداد الأعمال التجارية بهدف تحديد نطاق الاختصاص النوعى للمحاكم التجارية، سارت دول القانون اللاتينى على هذا النهج رغم عدم تبنى معظمها لظاهرة المحاكم التجارية. ويفسر البعض هذا النهج بالقول بأن التعداد أنيط به تحديد نطاق تطبيق القانون التجارى، «أى تحديد نطاق العمل بقواعده الموضوعية وليس من أجل وضع ثمة ضوابط لاختصاص نوعى استثنائى لمحاكم تجارية (د/هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، فقرة ١، ص ٧)». فى الواقع إن اكتماء المشرع بذكر بعض الأمثلة للأعمال التجارية يرد إلى سببين رئيسيين: أولهما إفساح المجال للاجتهاد الفقهى والقضائى لإضفاء الصفة التجارية على بعض الظواهر المستحدثة التى لم يرد ذكرها فى التعداد التشريعى الذى أورده المشرع وإعمالاً لنظرية القياس. ثانيهما أن المشرع لم يستطيع جمع هذه الأمثلة تحت ضابط أو قاسم مشترك يؤلف بينها. بيد أن صعوبة جمع هذه الأمثلة تحت فكرة واحدة ترجع إلى انطلاق المشرع من نقطة بداية غير موفقة، بمحاولته أن يضم تحت طائفة الأعمال التجارية مجموعة كبيرة ومتنوعة من الأعمال، البعض منها ذو طبيعة صناعية، والبعض الآخر يغلب عليه الطابع الزراعى، هذا فضلاً عن الأعمال ذات الطابع التجارى الخالص. ولهذا فقد استقر رأى الفقه الغالب على صعوبة رد هذه الأعمال إلى معيار واحد ومنفرد، وإنما يتعين الجمع بين كل المعايير أو الضوابط التى نادى بها فقهاء القانون التجارى حتى يمكن تحديد مضمون العمل التجارى ووضع حد فاصل بين ما يدخل تحت نطاق القانون التجارى من أعمال، وما يعد على العكس مدياً وخاضعاً لقواعد القانون المدنى.

(JAUFFRET A. & MESTRE J. : Droit commercial, op. cit., no 31, p.24, où ils répondent à la question posée "ya-t-il un critère général de l'acte de commerce?", en décidant que on a parfois répondu, surtout dans le passé, affirmativement, et proposé alors l'un des trois critères».

فمن ناحية أولى، استند البعض إلى فكرة تحقيق الربح، أى الاعتماد على أساس اقتصادى مفاده اعتبار العمل تجارياً عندما يكون الهدف من ورائه الحصول على كسب مادي، أو مدينياً عندما لا تكون الغاية منه تحقيق الربح<sup>(١)</sup>.

ولا خلاف أن هذا المعيار يبدو سليماً ومنطقياً لتحديد تجارية الكثير من الأعمال، بفرض أن الغالبية العظمى من تلك الأعمال تهدف إلى تحقيق الربح. مع هذا فإن هذا المعيار يبدو فى بعض الأحوال غير منضبطاً على أساس أن كل نشاط إنسانى يهدف إلى تحقيق الربح، ومع هذا لا يندرج البعض منها فى عداد الأعمال التجارية، كتلك التى يقوم بها أصحاب المهن الحرة (مثل الطبيب، والمحامى، والمهندس، والمحاسب)<sup>(٢)</sup>. فعلى الرغم من أن هؤلاء يهدفون من وراء ما يقومون به من أعمال إلى تحقيق الربح، فإنه لا يمكن بأى حال من الأحوال اعتبار ما يقومون به من قبيل الأعمال التجارية، وإنما هى من الأعمال المدنية التى تخرج عن نطاق نظرية الأعمال وبالتالي من نطاق تطبيق القانون التجارى. يضاف إلى ذلك

- 
- (1) HOUTCIEFF D. : Droit commercial, op.cit, no 101, p.49.
  - (2) Voir en ce sens, JAUFFRET A. & MESTRE J. : Droit commercial, op. cit., no 31, p. 24, où ils décident que le critère de spéculation est exacte en le sens que tout acte de commerce implique une idée de spéculation, la recherche d'un bénéfice. Mais ce critère reste cependant insuffisant en ce qu'il n'explique notamment pas pourquoi les agriculteurs ou les membres des professions libérales échappent au droit commercial». Voir aussi, COPPENS P.: Cours de droit commercial, op. cit., p. 25, où il décide que «l'esprit de lucre et la recherche du gain se rencontrent aussi chez l'écrivain, l'artiste, l'inventeur, l'architecte dont les oeuvres ou les brevets se payeront d'autant plus cher qu'ils sauront mieux les faire priser, qu'ils pimenteront leur savoir-faire, leur talent ou leur science et qu'ils monnayeront plus habilement leur réputation».

أن هذا المعيار لا يقدم تفسيراً منطقياً لطائفة من الأعمال التي تعتبرها معظم التشريعات الوضعية من قبيل الأعمال التجارية، على الرغم من أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح، ومثالها الأنشطة الاقتصادية التي تقوم بها إحدى الهيئات العامة. فعلى الرغم من أن هذه الأنشطة لا تهدف إلى تحقيق الربح، إلا أن هذا لا ينفي عنها الصفة التجارية<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من تلك الانتقادات التي وجهت إلى معيار المضاربة، فقد استند المشرع المصري إلى هذا المعيار في الكثير من الأمثلة التي عددها في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، وسواء أكانت هذه الأعمال من قبيل الأعمال المنفردة أم من قبيل أعمال المقاولات، والمثال الواضح عليها شراء المنقولات أو العقارات بقصد البيع أو التأجير (م/٤) ، م ٥/م). كذلك لم ينل من هذا المعيار ما وجه إليه من نقد متمثل في اعتماده على «عنصر نفسى، يصعب التحكم فيه وتحديد الكشف عنه ألا وهو نية تحقيق الربح<sup>(٢)</sup>». فالكثير من الأعمال، التي لا يشكك أحد في تجاريتها، تعتمد على هذا العامل النفسى، كسواء المنقولات بقصد إعادة البيع أو التأجير بربح، وتأسيس الشركات التجارية والتي يعد أحد أركانها الموضوعية الخاصة هو نية المشاركة أو الاشتراك.

وأمام هذه الانتقادات الظاهرية يأتي معيار المقابلة ليحدد طائفة من الأعمال التجارية التي تعتمد على فكرة المشروع، أى تلك التي تقتضى تكرار القيام بالعمل بصورة منتظمة فى إطار هيكل تنظيمى تصاحبه بعض المظاهر المادية الخارجية، كاستخدام محل تجارى يدار من خلاله المشروع واستخدام لعمال وآلات ومعدات.

ويعد الفقيه الفرنسى ESCARRA هو أول من قال بفكرة أو ضابط المشروع عندما عن البحث عن أساس حقيقى لتطبيق قواعد القانون

(1) HOUTCIEFF D. : Droit commercial, op.cit, no 101, p.50.

(٢) د/ جلال وفاء محمد، المبادئ العامة فى القانون التجارى، المرجع السابق، ص

التجارى<sup>(١)</sup>، فنادى هذا الفقيه بضرورة الاستناد إلى ضابط المشروع، قولاً منه بأن الصفة التجارية لا تستمد من العمل ذاته أو من طبيعة موضوعه أو من شخص القائم به، وإنما من شكل التنظيم الذى يستند إليه هذا العمل. فالعمل التجارى هو الذى يقوم على فكرة المشروع، ذلك الذى يعتمد على التكرار المهني للأعمال من خلال تنظيم مادي سابق يكفل لها الاستمرارية والدوام. ورغم التقارب الواضح بين فكرة المشروع وضابط الحرفة، إلا أن ارتكاز ضابط المشروع على فكرة التنظيم المادي هو ما يسهل الفصل بين التنظيم والشخص القائم بالعمل، وهو الأمر الذى يصعب تصوره بالنسبة للأنشطة الحرفية أو المهن الحرة، إذ يعد الشخص القائم بالعمل هو محور النشاط. مع هذا فإن الألفاظ التى استخدمها الفقيه الفرنسى قد أدت إلى الخلط بين ما يعد مديناً أو تجارياً من الأعمال، وذلك لتعريفه للمشروع بالتكرار المهني للعمل. صحيح أن هناك فارق واضح بين التكرار انذى قصده الفقيه الفرنسى وبين تكرار الحرفة، إلا أنه كان يتعين عليه إبراز أن تنظيم النشاط مادياً بصورة تكفل له الدوام والاستمرارية يكون بهدف تحقيق الربح من خلال ممارسة النشاط<sup>(٢)</sup>.

فمن المعروف أن الحرفة تتحقق بتكريس الشخص نشاطه لها بصورة معتادة ويهدف التريح منها، أما المشروع «فيتميز بالتنظيم المادي الذى يكفل استمرار العمل ودوامه، سواء توافر التكرار المهني للعمل بالنسبة إلى شخص واحد أو بالنسبة إلى أشخاص يتعاقبون على القيام بالعمل<sup>(٣)</sup>».

(1) ESCARRA J.: Cours de droit commercial, Siry, Paris, 1952, no 99 ; voir aussi, COPPENS P.: Cours de droit commercial, op. cit., p. 26 ; HOUTCIEFF D. : Droit commercial, op.cit, no 101, p.50.

(٢) د/هاني محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ٢٦٨، ص ٢٨٤.

(٣) د/هاني محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ٢٦٨، ص ٢٨٤.



من الواضح أن الفقيه الفرنسي يتفق معنا في أن القاسم المشترك للأعمال التجارية لا يكمن إذن في طبيعتها، وإنما في نمط القيام بها، وهذا النمط عبر عنه ذلك الفقيه بالتنظيم للمادى السابق للنشاط، ونعبر عنه بنمط العمل الرأسمالي.

مع هذا فإنه يؤخذ على هذا الاتجاه أنه يؤدي، في بعض الأحوال، إلى توسيع لنطاق الأعمال التجارية، حيث يمثل الأخذ بهذا المفهوم على إطلاقه إلى اعتبار بعض الأعمال من قبيل هذه الأخيرة على الرغم من اختلافها في الطبيعة عن الأعمال التجارية، كالمشروعات الزراعية والصناعية<sup>(١)</sup>. ولعل هذا المعيار هو الذى قاد المشرع المصرى إلى توسيع نطاق الأعمال التجارية، وذلك من خلال المساواة بين المشروعات الصناعية وتلك الزراعية والتجارية<sup>(٢)</sup>. يضاف إلى ذلك أن هذا المعيار لا يكفى بذاته لرسم حدود وأبعاد مضمون العمل التجارى من ناحية، وتداخله مع ضوابط الاحتراف من ناحية أخرى. فهذا المعيار يغفل بصورة واضحة ظاهرة الأعمال التجارية المنفردة. وهو ما يؤكد الفقيه الفرنسي بتقريره أن مفهومه للعمل التجارى لا يشمل بالفعل ظاهرة الأعمال التجارية المنفردة، فهو لم يعتن عند صياغته لهذا الضابط بوضع تعريف جامع مانع للأعمال التى يعتبرها التعداد التشريعى تجارة، وإنما اهتم فقط بفصل مفهومه للمشروع عن مفهوم الوحدة الإنتاجية، على نحو يودى إلى الابتعاد عن وضع مفهوم مؤسسى للمشروع إلى صياغة مفهوم موضوعى له<sup>(٣)</sup>.

(١) بل لقد وصف البعض هذا المعيار بالغموض وعدم الوضوح، وذلك لأنه لا يبين الحدود الفاصلة التى يمكن من خلالها القول بوجود التنظيم، الذى يعد أساس إسباغ الصفة التجارية على تلك الأعمال. هذا ما يقرر الأستاذ **Pierre Coppens** بقوله:

**Quoiqu'on en dise enfin, le critère d'entreprise demeure vague: à partir de quel degré d'organisation a-t-on constitué une entreprise? (Cours de droit commercial, op. cit., p.26)».**

(٢) راجع ما بعده ص ٤٧ - ٥٥.

(3) **ESCARRA J.:** Cours, op. cit., no 93.

كذلك يعاب على ضابط المشروع أخذه من التكرار المهني للأعمال، استناداً إلى تنظيم مادي يكفل لها الاستمرار والدوام، أساساً لإسباغ الصفة التجارية على العمل، على نحو يقود إلى القول باعتبار المشروع الحرفي الذي يبلغ فيه التنظيم المادي للنشاط قدراً من الأهمية مشروعاً تجارياً، وذلك على الرغم من التسليم الكامل بمدنية الأنشطة الحرفية. فضالة الأموال المستثمرة وقلّة النفقات التي تتطلبها تلك الأنشطة هو ما أدى إلى استبعادها من نطاق الأعمال التجارية<sup>(١)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن المشروع في ذاته «لم يعد ضابطاً كافياً للتمييز بين الأنشطة الاقتصادية الخاضعة لأحكام القانون المدني وتلك الخاضعة لأحكام القانون التجاري. ويصدق ذلك بصفة رئيسية على النشاط الزراعي متى توافرت فيه عناصر المشروع. وإذا كان المشرع قد تجاوز ذلك لاحقاً عبر تبني المعيار الشكلى للشركات، فإن الحكم يبقى دون تبديل بالنسبة إلى المشروعات الزراعية الفردية وكذلك بالنسبة إلى الشركات الزراعية التي لا تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية<sup>(٢)</sup>».

ثم يأتي بعد ذلك في الأهمية معيار الاحتراف، حيث يلحق بالأعمال التجارية بعض الأعمال ذات الطبيعة المدنية، كتلك التي يقوم بها التاجر أثناء مزاولته لمهنته التجارية أو تلك التي تتصل بهذه المهنة. أما ما عدا ذلك من تصرفات أو أعمال، فإنها تظل محتفظة بطبيعتها المدنية، ونقصد بها تلك التي لا صلة لها بحرفة التاجر أو التي لم تقع منه أثناء مباشرة التجارة.

من الواضح أن معيار الاحتراف يلعب دوراً تكميلياً في تحديد أو تمييز الأعمال التجارية. فلا يصلح هذا المعيار لتحديد تلك الأعمال بصفة أساسية، لما يقود إليه من فراغ قانوني أو وقوع في الحلقة المفرغة. فإذا كان هذا الضابط يأخذ من الحرفة التجارية أساساً لتحديد مضمون العمل

(١) راجع المادة ١٦ من القانون المصري، المادة ١٠ من القانون الكويتي.

(٢) د/هاني محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ٢٦٩، ص ٢٨٥.

التجارى، فإنه يصعب فى الحقيقة تحديد مفهوم الاحتراف قبل تحديد مسبق للأعمال التى يتعين القيام بها حتى نكون بصدد حرفة تجارية. يضاف إلى ذلك أنه يخرج من نطاق الأعمال التجارية، وفقاً لهذا الضابط، مجموعة الأعمال التى يقوم بها غير التجار، كأعمال الشراء بقصد إعادة البيع أو التأجير بربح. فهذه الأعمال تعد، وفقاً لهذا الضابط، من قبيل الأعمال المدنية طالما أن القائم بها شخص مدنى أثناء مباشرة أو مزاوله حرفته المدنية، وهو أمر لا يمكن قبوله لأن هذه الأعمال تدخل فى دائرة الأعمال التجارية بصرف النظر عن شخص القائم بها، أو مدى تكرارها، أو وقوعها لمرة واحدة<sup>(١)</sup>.

وأخيراً يأتى معيار أو ضابط التداول، ذلك الذى يقوم على فكرة تقتضى النظر إلى العمل وما يترتب عليه من تداول للثروات أم لا. فعندما يهدف العمل إلى تداول للسلع والثروات وتحريكها أو زيادة حركة نشاطها، فإنه يعد من قبيل الأعمال التجارية. أما عندما يرد العمل على السلعة وهى فى حالة ركود واستقرار، فإنه يُعد عملاً مدنياً، كالمعاملات الإنتاجية للسلعة من مصدرها الطبيعى، والمعاملات الاستهلاكية<sup>(٢)</sup>.

فى الحقيقة يؤخذ على هذا المعيار أنه يودى فى بعض الأحوال إلى توسيع غير مطلوب للأعمال التجارية، أو أنه يقود إلى تضيق غير محسوب لها فى أحوال أخرى.

فهناك مجموعة من الأعمال يعتبرها المشرع من قبيل الأعمال المدنية، على الرغم من تعلقها بتداول السلع وهى فى حالة حركة، كالأعمال التى يقوم بها المزارع من أجل تسويق منتجاته، أو تلك التى تقوم بها المؤسسات التعاونية دون قصد لتحقيق الربح<sup>(٣)</sup>. كذلك تلحق الصفة التجارية بطائفة من الأعمال دون تحقق لتداول السلع بالمعنى الذى

(١) راجع المادة الرابعة من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.

(2) JAUFFRET A. & MESTRE J. : Droit commercial, op.cit no 31, p.24.

(3) HOUTCIEFF D. : Droit commercial, op.cit, no 101, p.50.

ينادى به أنصار هذا الاتجاه، كال التزام التاجر بالتعويض عن أعمال المنافسة غير المشروعة<sup>(١)</sup>.

وهكذا يمكننا القول بأن المعايير التي أشار بها فقه القانون التجارى لا يصلح أياً منها بمفرده للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية. فالأعمال التجارية عديدة ومتنوعة، ومن ثم يصعب ردها جميعاً إلى معيار واحد منفرد. فمن الأعمال ما يُعد تجارياً بصرف النظر عن شخص القائم به أو مدى تكراره من عدمه، ك شراء المنقولات من أجل إعادة البيع أو التاجير بربح، ومنها ما لا يكتسب الصفة التجارية إلا إذا تم على وجه التكرار أو المقاوله، كأعمال النقل وبعض أعمال المعاونة التجارية. وأمام هذه الصعوبات الفنية لم يجد المشرع المصرى مخرجاً إلا باللجوء إلى معيار واسع هو معيار العمل الرأسمالى. فلقد هجر المشرع المصرى، وعلى منواله المشرعين العرب، معيار العمل التجارى، وتبنى فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م معيار العمل الرأسمالى، أخذاً بفكرة المساواة بين ما يُعد من الأعمال تجارياً أو صناعياً أو زراعياً، طالما أن كل منها يقوم على فكرة أساسية هى استخدام النمط الرأسمالى عند القيام بها.

## المطلب الثانى

### التردد بين معيار المضاربة ومعيار العمل الرأسمالى

إن استقراء نصوص التشريعات المقارنة يظهر تردد تلك التشريعات بين الأخذ بمعيار المضاربة مرجحة إياه على المعايير الأخرى التى نادى بها فقهاء القانون التجارى، وبين اعتناق معيار العمل الرأسمالى<sup>(٢)</sup>. فلقد

(١) فلقد استقر القضاء منذ أمد بعيد على إلحاق الصفة التجارية بكافة الالتزامات الواقعة على عاتق التاجر والناشئة بمناسبة نشاطه التجارى، كال التزامه بتعويض الأضرار التى أحدثها إلى أحد زملائه والناشئة عن إساءته إلى سمعته التجارية أو الناشئة عن استخدامه لعلامته التجارية أو عنوانه التجارى، لأنه لولا هذا النشاط ما وقع على التاجر مثل هذه الالتزامات.

(٢) راجع فى هذا الصدد،

=DIDIER P.: La compétence législative du droit commercial, R.T.D. com, 1965, p. 535 et s; LYON-CAEN G.: Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, R.T.D. com, 1949, p. 577 et s.

فوفقاً لما ذهب إليه الفقيه بول ديديه يعد النشاط تجارياً عندما يستلزم الأمر توظيفاً لرأس المال، إذ من خلال هذا التوظيف يمكن تحقيق الأرباح، والتي يتوقف حجمها على سرعة دوران رأس المال. ولعل هذا التوظيف للنشاط التجارى هو ما يبرز الأهمية العملية لعنصرى السرعة فى التعامل التجارى والهدف الذى يبتغيه، إذ لا يمكن تحقيق هذا الهدف، إلا عندما يتم دوران رأس المال بسرعة. فكلما زادت سرعة الدوران، كلما أمكن زيادة الأرباح التى تحققها تلك الأعمال. فوفقاً لهذا الفقيه يعد النشاط التجارى بمفهومه القانونى مرادفاً للنشاط الرأسمالى. صحيح أن رأس المال التجارى يعد الأسبق فى الظهور من رأس المال الصناعى، وذلك على الرغم من إدراج أعمال الصناعة داخل نطاق القانون التجارى، إلا أن هذه الأسبقية هى التى تبرر تسمية هذا الفرع من فروع القانون بالقانون التجارى. بيد أن تطور الأنشطة القانونية وظهور أنماط جديدة ومتميزة من العلاقات القانونية هما خير شاهد على القول بترادف النشاط التجارى مع النشاط الرأسمالى. مع هذا فقد حاول الفقيه تفسير استبعاد المشرع الفرنسى للزراعة الرأسمالية من نطاق القانون التجارى استناداً لفكرة سرعة دوران رأس المال كمحدد لمعدل الربحية التى يمكن أن يحققها العمل التجارى. فعلى الرغم من إمكانية التسليم بقيام الإنتاج الزراعى على أسس رأسمالية، إلا أن البطء الذى تتميز به دورة رأس المال الزراعى، حيث تستغرق عملية الدوران وقتاً كبيراً نسبياً، كقيل يمثل هذا الاستبعاد. وقد انعكس هذا البطء على مسلك المشرع الفرنسى، إذ على الرغم من إخضاعه للأنشطة الرأسمالية لقانون التجارة، فإنه استبعد مشروعات تربية الحيوان من نطاق القانون التجارى. والتفسير السليم لهذا الاستبعاد يرجع إلى بطء دورة رأس المال الزراعى مقارنة بدورة رأس المال التجارى أو الصناعى، حيث لا تستغرق عملية عقد الصفقات، وفقاً لأى من المفهومين، وقتاً طويلاً، وإنما على العكس تستغرق عملية الدوران مدة قصيرة جداً. ولاشك أن هذا الاختلاف يعكس بوضوح اختلاف الرؤية لدى المشرع عند تنظيمه للأنشطة التى تخضع لنطاق القانون التجارى. فبينما تتم الصفقات التجارية والصناعية بسرعة، على نحو يتفق مع سمات القانون التجارى، يخيم البطء على معظم الأنشطة أو الصفقات الزراعية، على نحو يحتم استبعادها من التنظيم القانونى الذى أورده المشرع للأعمال التجارية. ولعل هذا الاختلاف هو الذى حداً بالمشرع الفرنسى إلى استبعاد مشروعات تربية الحيوان من نطاق القانون التجارى، وذلك خلافاً للمشرع المصرى، إذ لم يتأثر بهذا الاختلاف، ولم يلتفت إلى سرعة أو بطء دورة رأس المال. وإنما على العكس تأثر المشرع المصرى فقط بمدى اعتماد الأنشطة التى تخضع للقانون التجارى على نمط الاستغلال الرأسمالى من عدمه. فعندما تشكل تلك الفكرة عنصراً أساسياً =

تبتت بعض التشريعات معياراً موسعاً لفكرة أو لمضمون العمل التجارى هو معيار العمل الرأسمالى، انطلاقاً من مبدأ المساواة بين أعمال التجارة والصناعة والزراعة. وخير مثال لهذا التبنى هو النهج الذى سار عليه المشرع الإماراتى عند إصداره للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م بشأن المعاملات التجارية. هذا ما تبرزه بوضوح المادتين ٥، ٦ من هذا القانون. فعلى الرغم من أن نص المادة الرابعة يوحى للوهلة الأولى بتبنى المشرع الإماراتى لمعيار المضاربة، إلا أن التفسير الصحيح لنصوص المواد ٤، ٥، ٦ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م يبرهن على اعتناق المشرع الإماراتى لمعيار العمل الرأسمالى.

فى الواقع إن القول بهذا التبنى من جانب المشرع الإماراتى يرجع إلى استبعاده لكل الأعمال التى لا تعتمد على نمط الاستغلال الرأسمالى من نطاق تطبيق القانون الاتحادى للمعاملات التجارية، أياً كان المجال الذى تنتمى إليه زراعى أم صناعى. فلقد تمثلت نقطة الانطلاق لدى المشرع

---

=فى القيام بالنشاط أو إجراء العمل، فإنه يعد نشاطاً تجارياً، وذلك بصرف النظر عن المدة الزمنية التى يستغرقها هذا القيام، وسواء طالت أم قصرت. مع هذا فإن هذا التفسير الذى أورده الفقيه بول ديديه لم يقدم تبريراً لتجارية الأعمال الزراعية الرأسمالية التى تقوم بها الشركات التجارية. فلقد تبنى المشرع الفرنسى المعيار الشكلى عند تمييزه للشركات التجارية، متخذاً من الشكل الذى تكون عليه الشركة أساساً للترقية أو التمييز بينها وبين الشركات المدنية، على نحو يسمح بالقول بأن العبرة بالشكل وليس بالموضوع أو الغرض الذى تسعى الشركة إلى تحقيقه. فإذا كان هذا الشكل واحداً من تلك التى تنص عليها قوانين الشركات، كانت الشركة تجارية حتى ولو كان غرضها أو موضوعها هو القيام بأحد الأعمال التى يعتبرها المشرع التجارى أعمالاً مدنية. أما إذا كان هذا الشكل خارجاً عنها، كانت الشركة مدنية، حتى ولو كان موضوعها عملاً تجارياً، ما لم تكن إحدى شركات المحاصة التجارية. وعليه يمكن القول بموضوع أنشطة الزراعة الرأسمالية لأحكام القانون التجارى، عبر المعيار الشكلى، عندما تتخذ الشركة أحد أشكال الشركات التجارية. فوفقاً لهذا المعيار لا تخضع الزراعة الرأسمالية لأحكام القانون التجارى، عندما تمارس من خلال منشآت فردية، أى عندما تقوم بها شركات الاستغلال الزراعى فى القانون الفرنسى. وهو نفس النهج الذى سلكه المشرع المصرى، إلا أنه لم يجرى نفس التفرقة التى أجراها المشرع الفرنسى، حيث أخضع الزراعة الرأسمالية لنطاق تطبيق القانون التجارى، بصرف النظر عن مباشرتها من قبل الشركات التجارية أم من قبل الأفراد.

الإماراتي، عند تحديده للأعمال التجارية، في نمط القيام بالعمل، بصرف النظر عن حقيقة أو طبيعة الأعمال التي تعتمد على هذه الفكرة. بعبارة أخرى لقد كانت النظرة واضحة لدى المشرع الإماراتي عند تمثيله للأعمال التجارية، إذ أخذ من النمط الذي يعتمد عليه العمل أساساً للتمثيل الذي أورده في قانون التجارة، دون أدنى إعتبار للمجال الذي ينتمي إليه زراعي أم صناعي<sup>(١)</sup>. على العكس إعتنقت بعض التشريعات المقارنة معيار المضاربة، بنصها على ذلك صراحة عند تعريفها للأعمال التجارية. هذا ما

- (1) Voir aussi l'article L.110-1 du code de commerce, où il dispose que la loi répute actes de commerce : 1o Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre ; 2o Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ; 3o Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ; 4o Toute entreprise de location de meubles ; 5o Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ; 6o Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ; 7o Toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement; 8o Toutes les opérations de banques publiques ; 9o Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ; 10o Entre toutes personnes, les lettres de change. (voir aussi l'article L 110-2 où il décide que la loi répute pareillement actes de commerce 1o Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ; 2o Toutes expéditions maritimes ; 3o Tout achat et vente d'agrès, appareils et avitaillements ; 4o Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ; 5o Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer; 6o Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ; 7o Tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce.

يبرزه بوضوح قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، حيث تقرّر المادة الثالثة منه أن الأعمال التجارية هي «الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة، ولو كان غير تاجر». كذلك لم تأخذ دول القانون العام بهذا النمط، ولم تجرى أى تفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، وإنما أخضعتها لتنظيم قانونى واحد. مع هذا وعلى الرغم من هذا التوحيد، فإنها إستبعدت طائفة من هذه الأعمال وأفردت لها تنظيمًا مستقلاً يتناسب مع أهميتها وما تفضى إليه من نتائج وما ترتبه من آثار. هذا النظر اعتنقه المشرع الأمريكى، إذ على الرغم من عدم اعتماده لفكرة العمل التجارى، إلا أنه فرّق بين الأعمال المدنية وأعمال الصناعة، وأفرد لكل منها قانوناً مستقلاً، يتفق وحقيقة الأعمال التي ينظمها وما قد يترتب عليها من آثار أو ما تخلفه من نتائج، وهو ما لم يفعله المشرع المصرى، إذ تبنى فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م النهج الذى اتبعه من قبل عند تنظيمه للتحكيم التجارى بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م. فلقد تبنى فى ظل هذا القانون معياراً لتحديد تجارية التحكيم يقوم على فكرة النشاط الاقتصادى. فوفقاً لنصوص هذا القانون يبدو واضحاً أن المشرع هجر المعايير التقليدية التي نادى بها فقهاء القانون التجارى والتي لم تسلم من سهام النقد، شأنها فى ذلك شأن الانتقادات التي وجهت إلى النظرية التقليدية للأعمال التجارية، معتنقا هذه الفكرة. وهو الأمر الذى دفع البعض من الفقهاء إلى القول بأن «فكرة الأعمال التجارية لا تكون مقبولة إلا من خلال ربطها بفكرة المشروع، فالأعمال التجارية هي الأعمال التي تقع بمناسبة استغلال مشروع تجارى، والذي يشكل وحدة اقتصادية تقوم بجميع أنواع الاستغلال الاقتصادى سواء تمثل ذلك فى استغلال تجارى بالمعنى التقليدى أو فى استغلال زراعى أو استخراج صناعى أو مالى. وهو الأمر الذى يغنى عن المعايير التقليدية للأعمال التجارية أو لمحاولة حصرها أو حتى للتفرقة بين ما يعرف بالعمل المدنى والعمل التجارى»<sup>(١)</sup>.

(١) د/ محمود سمير الشرقاوى، التطورات الحديثة فى قانون التحكيم المصرى، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٤٩ - ٤٥٠، يناير - أبريل ١٩٩٨، ص ٢٠٤.



## المبحث الثاني

### مفهوم العمل الرأسمالي

يقصد بالعمل الرأسمالي، العمل الذي يعتمد من ناحية على فكرة رأس المال، ومن ناحية أخرى على نمط استغلاله<sup>(١)</sup>. فهو العمل الذي يدور وجوداً وعدمياً مع هاتين الفكرتين، فبدونهما لا يمكن ممارسته أو القيام به. فرأس المال ونمط استغلاله يشكلان إذن عصب هذه الأعمال. ومن ثم يلزم التعرض إلى هاتين الفكرتين، وذلك قبل التعرض إلى تقسيم الأعمال الرأسمالية.

### المطلب الأول

#### مفهوم رأس المال ونمط استغلاله

#### فكرة رأس المال:<sup>(٢)</sup>

في الواقع إن ما يهمنا هنا ليس الدخول في تفاصيل نظرية رأس المال، وإنما إلقاء الضوء على أهمية رأس المال في العملية الاقتصادية أو التجارية أو الإنتاجية<sup>(٣)</sup>. فرأس المال هو عبارة عن مجموعة من الموارد غير

(١) قارب من هذا المعنى،

DIDIER P. : La compétence législative, art.préc, p.536 et s.

(٢) حول هذه الفكرة، راجع هرناندو دي سوتو، سر رأس المال، لماذا تنصر الرأسمالية في الغرب وتفشل في كل مكان آخر؟، ترجمة أ/كمال السيد، مكتبة الأسرة، ٢٠٠٩، ص ١١، حيث يقرر أن «رأس المال موضوع أغوى المفكرين في القرون الثلاثة الماضية. فقد قال ماركس إنك تحتاج إلى المضي لما وراء الماديات لتلمس الدجاجة التي تبيض البيضات الذهبية، وكان آدم سميث يعتقد أنه يتعين عليك أن تخلق نوعاً من طريق العربات عبر الهواء، لتصل إلى نفس الدجاجة، ولكن لم يخبرنا أحد أين تختبئ الدجاجة. ما هو رأس المال، كيف يتم إنتاجه، وكيف يرتبط بالنقود؟».

(٣) د/ عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسي، مدخل لدراسة أساسيات علم الاقتصاد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٥٩، حيث يقرر سيادته أن رأس المال يقوم، في الوقت الحاضر، «بدور لا يمكن الاستغناء عنه في الحياة الاقتصادية للمجتمع. ونظرة عابرة إلى كل ما نقوم باستهلاكه سواء من سلع أو خدمات تبين لنا على الفور أن لرأس المال دخل في وجودها. فالملابس التي نرتديها استخدم رأس المال في إنتاجها، والطعام الذي نقتات به استخدم رأس المال في»

المتجانسة وغير الدائمة، القدرة على تحقيق نتيجة معينة، سواء عند استخدامها في الإنتاج أو الاتجار. فاهم ما يميز رأس المال أنه عنصر يتكون من موارد غير متجانسة، كما أنه غير دائم.

رأس المال هو الذى يؤدى إلى إشباع الحاجات، وإن كان هذا الأخير يتم بصورة غير مباشرة، نظراً لأنه هو الذى يقود إلى إنتاج السلع أو تملكها، بما يؤدى إلى من تحقيق تلك النتيجة<sup>(١)</sup>. لذلك فإن هذا

---

=إنتاجه ونقله وتغليفه، وخدمات المهنيين والحرفيين لا يمكن أن تؤدى إلا بوجود نوع من أنواع رؤوس الأموال».

(١) د/ عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ٥٦؛ د/ أحمد يوسف الشحات، مبادئ الاقتصاد السياسى، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ١٨، حيث يقرر أن الإنتاج هو الذى يشبع الحاجات بما يفضى إليه من منتجات صالحة. فعملية الإنتاج «فى جوهرها هى عملية تحويل مستلزمات الإنتاج إلى منتجات». بيد أن هذا التحويل وذلك الإنتاج يحتاج إلى موارد مختلفة وعوامل متعددة يستخدمها الإنسان للوصول لإنتاج السلع والخدمات. ويأتى فى مقدمة هذه العوامل وتلك الموارد رأس المال. فإذا كانت الموارد التى يستخدمها الإنسان مختلفة كالعامل والأرض ورأس المال، إلا أن هذا الأخير يعد أهم هذه العوامل وأخطرهما فى تشكيل الموارد الطبيعية وتحويلها إلى منتجات صالحة لإشباع الحاجات. فى الحقيقة وعلى الرغم من أهمية رأس المال فى إشباع الحاجات، يواجه هذا الإشباع قلة الموارد الاقتصادية المتاحة. فإذا كانت الحاجات الإنسانية تتميز بأنها غير محدودة، إلا أنها تقابل بعقبة أساسية هى الموارد الاقتصادية المحدودة. فالموارد المتاحة لإشباع الحاجات لا تكفى لتلبية الاحتياجات الإنسانية غير المحدودة. ولا يغير من تلك الحقيقة القول بأن الموارد الاقتصادية موجودة وكافية، ولكنها تعانى من قلة الاستخدام أو من سوء الاستخدام (د/ أحمد يوسف الشحات، مبادئ الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ٢٣). مع هذا فإن قلة الموارد الاقتصادية أو عدم كفايتها يمكن تعويضها من خلال التقدم التكنولوجى. فالتقدم التكنولوجى «والتغييرات التى حدثت فى الهيكل التنظيمى لوسائل الإنتاج، قد أدت فى كثير من الأحوال إلى تجنب نقص الإمكانيات ومحدودية الموارد. فهما كانت الموارد محدودة، يستطيع الإنسان بفكره وتحيله أن يقضى على الندرة الطبيعية للموارد. إن المشكلة التى أصبحت تواجه اقتصاديات الوفرة والرفاهية لم تعد تتمثل فى عجز الإمكانيات عن إشباع الحاجات، بل على العكس من ذلك حيث أصبحت المشكلة هى مشكلة تصريف المنتجات، أى مشكلة وفرة الإنتاج تتطلب بذل مزيد من الجهود من أجل البيع وتمجيد الاستهلاك (د/ أحمد يوسف الشحات، مبادئ الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ٢٤).» بيد أن هذا التعويض لا يقلل من أهمية ندرة الموارد، وإن كان يخفف من حدتها كمحور =

الإشباع يحكمه مجموعة من العناصر غير المتجانسة وغير الدائمة. فهي غير متجانسة، لأنه لا يجمعها وحدة الصفات أو الاتفاق في الطبيعة، وإنما يجمعها وحدة الهدف. فمجموعة الموارد غير المتجانسة التي يتكون منها رأس المال هي عبارة عن مجموعة من الأدوات غير المتماثلة التي تربطها خطة أو يجمعها هدف محدد هو تحقيق دخل معين في وقت محدد<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن رأس المال هو عنصر غير دائم، فهو قابل للاستهلاك. فرأس المال يتعرض لنوعين من الاستهلاك هما: الاستهلاك المادي والاستهلاك الاقتصادي. «فهناك أولاً الاستهلاك المادي، ذلك أن استخدام رأس المال في الإنتاج يؤدي إلى إهلاكه مادياً بشكل تدريجي، فالآلات يصيبها التلف والتآكل بمرور الزمن ونتيجة لكثرة الاستخدام. وهناك من ناحية ثانية الاستهلاك الاقتصادي، فرغم بقاء رأس المال قادراً على الإنتاج من الناحية المادية، فإن التقدم الفني قد يجعله غير اقتصادي بالمرّة إذا نشأت أجهزة جديدة قادرة على الإنتاج بنفقات أقل بكثير. فهنا يستهلك رأس المال اقتصادياً لأن استغلاله لم يعد اقتصادياً<sup>(٢)</sup>».

#### تقسيم رأس المال:

يتنوع رأس المال إلى رأس مال فني، وأخر كاسب، وثالث محاسبي.

١- رأس المال الفني : ويقصد به مجموع الأدوات المستخدمة في الإنتاج، من آلات ومستلزمات إنتاج، طالما أنها تساعد أو تقود إلى الإنتاج أو تؤدي إلى زيادته<sup>(٣)</sup>. وهذا النوع هو المقصود عندما يتطرق

---

=للمشكلة الاقتصادية، إذ لا ترجع هذه المشكلة في كثير من الأحوال إلى قلة الإمكانيات وقصورها بقدر ما ترد إلى سوء إدارة النظام الاقتصادي أو عدم عدالة توزيع الثروات، أو إساءة استخدام الموارد المتاحة، أو استغلال الدول المتقدمة لحاجة الدول النامية.

(١) د/ حازم الببلاوي، أصول الاقتصاد السياسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر، ص ٢١٣.

(٢) د/ حازم الببلاوي، أصول الاقتصاد السياسي، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٣) قارب من هذا، د/ عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسي، المرجع السابق، ص ١٦٠، حيث يقرر سيادته أن رأس المال الفني هو مجموعة «الأموال غير المباشرة»

الحديث إلى هذه الفكرة باعتبار أن رأس المال أحد عناصر الإنتاج أو الاتجار<sup>(١)</sup>. ورأس المال الفنى «هو مظهر من مظاهر المجتمعات الحديثة، فهى تتميز بالاستخدام الواسع لرؤوس الأموال. فهذه تعتمد فى الإنتاج على الأسلوب غير المباشر وإطالة عملية الإنتاج باستخدام الأموال الفنية، فهى من هذه الناحية مجتمعات رأسمالية (...). ولكن هذا لا يعنى أن استخدام رؤوس الأموال الفنية قاصراً على تلك النظم. فهو أمر متعلق بكافة المجتمعات الحديثة سواء أكانت رأسمالية «حسب المعنى الاصطلاحي» أو اشتراكية أو أطلقت على نفسها أسماء غير هذا وذلك<sup>(٢)</sup>».

٢- أما رأس المال الكاسب : فيقصد به مجموعة الحقوق أو الأصول المالية التى تحقق لصاحبها عائداً ما. ومن ثم فإنه يدخل تحت هذا المفهوم جميع الأصول المالية، أياً كانت طبيعتها منقولة أم عقارية، طالما أنها تشترك فى وحدة الهدف الذى تحققه وهو أنها تدر لصاحبها دخلاً

= أو الوسيطة التى تستخدم فى الإنتاج. فرأس المال الفنى ينظر إليه إذن من الناحية الإنتاجية باعتباره عنصراً من عناصر الإنتاج، ويعتبر نوعاً خاصاً من الأموال أو الموارد الاقتصادية لا تشبع الحاجات مباشرة ولكنها تستخدم فى إنتاج أموال وموارد صالحة لإشباع هذه الحاجات (...). وعلى هذا الأساس، فرق الاقتصاديون بين أموال الاستهلاك أو الأموال المباشرة التى تشبع الحاجات مباشرة، وبين أموال الإنتاج أو الأموال غير المباشرة وهى التى تستخدم لإنتاج أموال أخرى. وتعتبر أموال الإنتاج هى الأموال الاقتصادية التى تعد رأس المال من الناحية الفنية. ولذا يطلق عليها البعض اسم الأموال الرأسمالية تأكيداً لهذا المعنى».

(١) ورأس المال الفنى يقسم بدوره إلى رأس مال ثابت وآخر متداول. ولعل الفارق الجوهرى بين الاثنين يرجع إلى إمكانية استخدام أيهما فى أغراض متعددة أم فى غرض واحد أو أغراض محدودة للغاية. فعلى عكس رأس المال الثابت، والذى لا يستخدم إلا فى غرض واحد أو أغراض قليلة، فإن رأس المال المتغير يستخدم فى كثير من الأغراض. ولهذا السبب يصف الاقتصاديون رأس المال المتداول «بالسيولة لسهولة نقله من فرع إلى آخر من فروع الإنتاج، على عكس رأس المال الثابت. غير أنه يجدر بنا أن نلاحظ أن صعوبة سحب رأس المال الثابت يجعل صاحب المشروع يتردد فى سحب رأس ماله المتداول حتى لا يعطل رأس المال الثابت عن كل إنتاج (د/ عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ١٦٣)».

(٢) د/ حازم البيلاوى، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع سابق، ص ٢١٦.

معيناً<sup>(١)</sup>. ورأس المال من هذه الناحية أو وفقاً لهذا المفهوم يعد أكثر شمولية وأوسع نطاقاً من رأس المال الفنى، لأنه «يتضمن أموراً أخرى مثل الحقوق المالية (الأسهم والسندات) والطبيعية (الأرض)»<sup>(٢)</sup>.

٣- أما رأس المال المحاسبى: فيشمل القيم النقدية الثابتة، التى تحتفظ بقيمتها نتيجة خصم الاستهلاك. فإذا كانت المشروعات تقوم بخصم مقابل الاستهلاك من أجل بقاء قيمة رأس المال ثابتة، فإن هذا يعنى قبول الوسائل الفنية التى يقدمها الفن المحاسبى من أجل تحقيق هذا الثبات والاحتفاظ ببقاء تلك القيم<sup>(٣)</sup>.

ومما لا شك فيه أن رأس المال يُعد عنصراً أساسياً ورئيسياً فى مباشرة التجارة. فبدون هذا العنصر لا يمكن مزاولة هذا النشاط أو الاستمرار فيه. فإذا كان المال هو عصب الحياة أو أحد عناصرها الأساسية، فإن رأس المال يُعد عصب التجارة. ومن ثم فإن هناك إختلافاً أساسياً بين المبدئين. فالمال لا ينفرد وحده بأشكال الحياة وإنما يتقاسم فقط البعض منها. وذلك على عكس رأس المال، فهو يحتكر وحده شكل التجارة، فهو عصبها الذى لا يمكن أن تقوم بدونه، لهذا يقال أن رأس

---

(١) من الواضح أن رأس المال الكاسب يمثل جزءاً من النعمة المالية للشخص الطبيعي أو المعنوي، حيث أنه لا يدخل في مضمونه سوى مجموعة الحقوق المالية التى تحقق لصاحبها عائداً ما، وذلك بعيداً عن تلك التى لا ينطبق عليها هذا الوصف أو تلك التى تشغل ذمته بالتزام ما.

(٢) د/ حازم البيلاوى، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٣) د/ عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ١٦٠، حيث يقرر سيادته أن جميع أموال المشروعات «تتفق جزءاً من قيمتها سنوياً بسبب ما يصيبها من تلف نتيجة التقدم والاستعمال. ولمواجهة هذا البهوط فى قيمتها، يلجأ أصحاب المشروعات إلى إتباع طريقة الاستهلاكات، فيخصمون من ناتج الاستغلال السنوى، المبالغ اللازمة للمحافظة على قيمة رأسمالهم، وتسمى بأقساط الاستهلاك. وتحدد قيمة القسط السنوى للاستهلاك على أساس قيمة رأس المال والمدة التى ينتظر أن يبقى فيها صالحاً للعمل (...). وبناءً عليه لا يعتبر كل رأس مال فنى (أى مستخدم فى الإنتاج فى مشروع من المشروعات) رأس مال حسابى، بل تعتبر كذلك رؤوس الأموال الفنية التى يطبق بالنسبة لها طريقة الاستهلاك دون غيرها».

المال هو عصب التجارة، أو بمعنى آخر كل عمل تجارى هو فى الحقيقة عمل رأسمالى<sup>(١)</sup>.

### العمل الرأسمالى ونمط القيام به:

العمل الرأسمالى هو العمل الذى يقوم على مبدأ التخصيص لمباشرة نشاط معين يأتباع نمط الاستغلال الرأسمالى. فالأعمال الرأسمالية تتميز بخاصيتين : الأولى أنها تعتمد أو تقوم على فكرة رأس المال الخاص<sup>(٢)</sup>. فهذه الأعمال لا يمكن القيام بها أو إطلاق هذا الوصف عليها إلا عندما يكون رأس المال عنصراً أساسياً فى القيام بها. فبدون رأس المال لا يمكن القيام بالعمل أو إسباغه بهذا الوصف. ثانياً : أنها تتميز باتباع نمط الاستغلال الرأسمالى عند مباشرتها أو القيام بها. فالذى يميز هذا العمل عن غيره هو اعتماده على النمط الرأسمالى، ذلك الذى يقوم على فكرة دوران رأس المال<sup>(٣)</sup>. ولاشك أن هذه الفكرة تختلف بحسب المجال الذى

(١) بل إن البعض يرى أن النظام الرأسمالى ينسب إلى رأس المال بمعناه الكاسب، على أساس أن رأس المال بمعناه الأول (الفنى) موجود ومستخدم فى النظامين الرأسمالى والاشتراكى على السواء. أما ما يفرق بينهما، فهو السماح بوجود رؤوس أموال كاسبة أى تدر على ملاكها دخلاً دون أن يقدموا عملاً. فرؤوس الأموال بهذا المعنى موجودة بكثرة فى الدول الرأسمالية نتيجة الاعتراف بالملكية الخاصة للأموال عادة، فى حين أنه لا وجود لها كتقاعدة عامة فى الدول التى تأخذ بالنظام الاشتراكى، وذلك لأن معظم أموال الإنتاج مملوكة للدولة ويتم توزيع الناتج القومى على أساس أن لكل فرد نصيب بحسب عمله (د/عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ١٦٢).

(٢) د/ أحمد يوسف الشحات، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار الشافعى للطباعة، المنصورة، ٢٠٠٢، ص ٣١؛ د/ حازم البيلاوى، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(3) DIDIER P. : La compétence législative, op.cit, p.544 et s, حيث يقرر أن النشاط التجارى كمترادف للنشاط الرأسمالى هو الذى يقوم على توظيف رأس المال النقدى فى تحقيق الأرباح، اعتماداً على سرعة دورة رأس المال. فهذا العامل الأخير هو الذى يحدد حجم الأرباح ومعدلها، على أساس أن هناك علاقة طردية بين معدل الدوران وحجم الأرباح التى يمكن تحقيقها، بصرف النظر عن اتجاه التوظيف إلى إنتاج أم إلى تداول الثروات. فالعبرة إذن ليست بالفرض من التوظيف، أهو إنتاج السلع أم تداول الثروات، وإنما يكمن الأساس فى قيام النشاط على أسس رأسمالية، والتى يلعب فيها =

يتعلق به هذا الدوران. فهي تختلف عندما يتعلق الأمر بإنتاج السلع أو الخدمات عنه عند تداولها. ففي مجال الإنتاج يتم هذا النمط في صورة تحول رأس المال النقدي إلى رأس مال منتج عندما يتم التخلي عن النقود من أجل الحصول على عناصر الإنتاج، ثم تحوله بعد ذلك إلى رأس مال سلعي بعد تمام عملية الإنتاج، ثم تحوله في النهاية إلى رأس مال نقدي

= رأس المال النقدي الدور الأكبر. مع هذا فإن الفقيه الفرنسي يعول على سرعة دوران رأس المال عند الحكم على تجارية أو مدنية العمل. فعندما تستغرق عملية الدوران وقتاً كبيراً نسبياً، فإن النشاط يوصف بالطابع المدني، وهو ما يصدق على الأنشطة الزراعية إذ تسم دورة رأس المال بالبطء. وذلك على العكس تماماً من دورة رأس المال التجاري أو الصناعي، إذ يغلب عليها السرعة، الأمر الذي يقتضى إخضاعها لقواعد تتلاءم مع طبيعتها وما تستغرقه تلك الدورة من مدة زمنية قصيرة. بيد أن تبرير هذا الاستبعاد لم يكن مقنعاً، حيث أن ما لحق بعملية الإنتاج الزراعي من تطور وما طرأ عليها من تغيير أفضى إلى تقصير مدة دوران رأس المال. ولاشك أن هذا التحديد الذي قال به الفقيه الفرنسي يرجع إلى إستبعاد المشرع الفرنسي لكل الأنشطة الزراعية، حتى ما يقوم منها على أسس رأسمالية، من الخضوع لأحكام القانون التجاري. وهو ما لم يفعله المشرع المصري، إذ نص على تجارية مشروعات تربية الدواجن والمواشى، الأمر الذي يفهم منه أنه لم يهتم بالترقية بين الأنشطة بحسب المدة الزمنية التي تستغرقها عملية دوران رأس المال. فليست العبرة بطول أو قصر تلك المدة، وإنما بقيام النشاط على أسس رأسمالية من عدمه. ولعل هذا الاتجاه من المشرع المصري هو ما يسمح لنا بالقول بتبنيه لمعيار العمل الرأسمالي. فإذا كان إستبعاد المشرع الفرنسي للأعمال الزراعية دون أدنى اعتبار لقيامها على أسس رأسمالية أم لا، يبرهن على عدم صلاحية هذا المعيار للترقية بين الأنشطة التجارية والمدنية، فإن إبراز خصائص العمل الرأسمالي وفقاً للتعداد التشريعي الذي قرره المشرع المصري يمكن الاستناد إليه لبيان هذه التفرقة. ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن المشرع المصري لم يذكر سوى مشروعات تربية الدواجن والمواشى، الأمر الذي يفهم منه عدم صلاحية الاعتماد على إبراز هذه الخصائص في الأنشطة والتجارية لتمييزها عن صور الأنشطة الاقتصادية التي تخضع لأحكام القانون المدني. فلو أن الخصائص المشار إليها تكفى لإستبعاد أنشطة من نطاق القانون التجاري كالصناعة الحرفية والمهن الحرة والإنتاج الأدبي والفني، إلا أنها لا تسمح بذاتها بإستبعاد الإنتاج الزراعي الرأسمالي من نطاق القانون التجاري (د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، فقرة ٢٩٠، ص ٣٠٥). فذكر المشرع المصري لنوع واحد من هذه الأنشطة، يكفى للاعتماد على هذه الخصائص للترقية بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، وذلك لأنه يمكن القياس عليها والقول بخضوع الأنشطة الأخرى لأحكام القانون التجاري، طالما أنها تقوم على الأسس التي يمكن الحكم من خلالها على تجارية أى من الأعمال التي عددها المشرع في قانون التجارة الجديد.

بعد عرض المنتجات وتسويقها. وهو ما يحدث بصورة أخرى عند تداول السلع والخدمات، حيث يتحول رأس المال النقدي إلى رأس مال سلعي عندما يتم التخلي عن النقود من أجل الحصول على ملكية السلع أو عناصر تقديم الخدمة، ثم تحوله بعد ذلك إلى رأس مال نقدي عند بيع السلع أو تقديم الخدمات<sup>(١)</sup>.

فأهم ما يميز العمل الرأسمالي هو النمط الذي يستخدم من خلاله رأس المال، حيث يبدأ هذا النمط برأس المال النقدي وينتهي به أيضا، بصرف النظر عن تعلقه بإنتاج السلع أو الخدمات أم اقتضاره على تداولها<sup>(٢)</sup>. ففي الحالتين يتم الانطلاق من هذا النمط، فهو حجر الزاوية في إسباغ وصف العمل الرأسمالي على الأعمال التي تعتمد عليه، سواء عند إنتاج السلع أو الخدمات أم عند تداولها. ولذلك فإن هذا النمط قد تستخدمه المشروعات أو ينتهجه الأفراد عند مزاوله النشاط. فهذا النمط ليس حكراً على المشروعات الاقتصادية، وإنما يتاح إلى كل الأشكال وكافة الأشخاص طبيعية أكانت أم اعتبارية<sup>(٣)</sup>. بعبارة أخرى إن النمط الرأسمالي ليس موقوفاً على المشروعات الاقتصادية، وإنما قد يستخدم أيضاً من قبل الأفراد. ولعل هذا التفسير الموسع لنمط الاستغلال الرأسمالي هو ما يبرر

(١) د/ محمد فريد العريني & د/ هاني محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص٤.

(٢) د/ محمد فريد العريني & د/ هاني محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص٩، حيث يقرراً أن دورة رأس المال كأحد خصائص طريقة الإنتاج الرأسمالية، تبرز «الأهمية المحورية لرأس المال النقدي. فهو الانطلاقة الأساسية لمزاولة النشاط وفقاً لهذه الطريقة. ويترتب على ذلك ضرورة إستبعاد الأنشطة التي لا تركز على رأس المال النقدي لإنتاج السلعة أو الخدمة من مفهوم المشروع الاقتصادي».

(٣) على العكس من ذلك، د/ محمد فريد العريني & د/ هاني محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص٩، إذ يعتبراً أن كل نشاط يقوم على طريقة الإنتاج الرأسمالية يعد من قبيل المشروع الاقتصادي. فوفقاً لهذا الاتجاه تعد المشروعات الاقتصادية وحدها هي المستخدمة لهذه الطريقة، والتي تركز على رأس المال النقدي ودورانه. وعليه فإنه يتعين إستبعاد الأنشطة التي لا تقوم على هذه الفكرة من مفهوم المشروع الاقتصادي.



وجهة النظر التي اعتنقتها التشريعات اللاتينية، بأخذها بفكرة الأعمال التجارية المنفردة، والتي تكتسب الصفة التجارية بصرف النظر عن الكيفية التي تستخدم في مباشرتها أو كونها موضوعا لحرفة أم لا. صحيح أن هذه الأعمال قد تعد نواة للنشاط الذي يؤدي احترافه إلى اكتساب صفة التاجر، حيث أن كل عمل ذكره المشرع ضمن التمثيل الذي أورده من شأنه إكساب ممارسه صفة التاجر عندما يتخذه حرفة معتادة له. فكل عمل «مما يوصف قانونا بأنه عمل تجارى يجب فيه أن يمثل نواة لنشاط، وإن بوشر بشكل عرضى أو على وجه الاعتياد، يؤدي فى حالة الاعتياد بقصد الارتزاق إلى إكساب الشخص الذى يمارسه صفة التاجر»<sup>(١)</sup>.

مع هذا يبقى القول بأن هذا التعميم فيه كثير من التجاوز، حيث لا يصدق على كل الأعمال التي مثل لها المشرع. فمنها ما لا يمكن اعتباره نواة للنشاط الذي يكسب صاحبه صفة التاجر، إذ لا يتصور الاعتياد بالنسبة للبعض منها، كتأسيس الشركات التجارية والحسابات الجارية. بل إن البعض منها لا يعد مصدراً للدخل، كما هو الحال بالنسبة للاعتياد على إنشاء الأوراق التجارية<sup>(٢)</sup>. يضاف إلى ذلك أن نظرة متأملة للأعمال التي ذكرها المشرع المصرى تبرز بوضوح أنه قد هجر فكرة المشروع عند الحكم على تجارية معظم تلك الأعمال واستبدله بضابط الحرفة. هذا ما تبرزه المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، حيث تظهر القراءة الدقيقة لها أن المشرع المصرى لم يأخذ بفكرة أو ضابط المشروع إلا بالنسبة لنوع واحد فقط من الأعمال التي سردها تلك المادة وهى مشروعات تربية الدواجن والمواشى، إذ لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا توافرت فى النشاط مقومات المشروع المستقل عن أى استغلال آخر<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ١٤٨.

(٢) د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ١٤٩.

(٣) د/ محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الأعمال التجارية والتاجر- الأموال التجارية وفقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ج ١، دار النهضة العربى، ٢٠٠٠، فقرة ٩٤، ص ٩١؛ د/ سامى عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، المرجع السابق، فقرة ٦٦، ص ١٤٨.

فوفقاً لهذه القراءة يمكن القول بأن الأصل هو هجر المشرع المصرى لضابط «المشروع لتحديد حكم تجارية العدد الأكبر من الأنشطة الاقتصادية الخاضعة لأحكام القانون التجارى، ليستبدل ضابط الحرفة به. لكنه بصدد نشاط تربية الحيوان اعتبر مشروعات تربية الحيوان وحدها موضوعاً لأحكام القانون التجارى، ليتحدد بذلك على أساس ضابط كیفى وجه التمييز بين تربية الحيوان المقترنة بالاستغلال الزراعى وتربية الحيوان كنشاط يخضع لأحكام القانون التجارى. فمتى توفرت فى النشاط مقومات المشروع المستقل عن ثمة استغلال زراعى صار خاضعاً لأحكام القانون التجارى. أما إذا كان تابعاً للاستغلال الزراعى احتفظ بطابعه المدنى<sup>(١)</sup>».

مع هذا فإنه على الرغم من إطلاق المشرع المصرى للفظ المشروعات على هذه الأعمال، فإنه يصدق عليها أيضاً وصف الأعمال الرأسمالية الزراعية، وذلك لأن ما يميز هذه الأعمال هو نمط استغلال رأس المال، حيث يتحول رأس المال النقدى إلى رأس مال منتج عندما يتم التخلّى عن النقود فى سبيل الحصول على عناصر الإنتاج (الحيوان - الأعلاف)، ثم تحوله إلى رأس مال سلعى، وأخيراً إلى رأس مال نقدى عند تسويق الحيوانات التى تم تربيتها.

فى الحقيقة إن النمط الذى يتم من خلاله النشاط يعد خير شاهد على صلاحية الاعتماد عليه للقول بتجارية معظم الأعمال التى سردها التشريعات التجارية، حيث تبرز هذه الأمثلة أو هذا التعداد أن هناك نمطاً موحداً يمكن الارتكان عليه لتحديد تجارية أو مدنية الأعمال. فإذا كانت عدم دقة الضوابط التى قال بها فقه القانون التجارى تعد السبب الحقيقى وراء صعوبة بيان الحدود الفاصلة بين نوعى الأنشطة، فإن البحث عن نمط الاستغلال يسهل الحكم على حقيقة الأنشطة التى يمارسها أفراد المجتمع، ومن ثم سهولة تعيين الحدود الفاصلة بين نوعى النشاط.

(١) د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، فقرة ٢٠٠، ص ٢١٥.

فالنمط الذى تتحقق من خلاله هذه الأنشطة سوف يغنينا عن البحث عن القصد من وراء النشاط أهو المضاربة على السلع أم المضاربة على عمل الغير. ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن إقرار المشرع للمعيار الشكلى عند التمييز بين نوعى الشركات يبرهن على اعتناقه لضابط المشروع، طالما أنه يتم إضفاء الصفة التجارية على الأعمال المدنية التى تقوم بها المشروعات أو الشركات التجارية. فمثل هذا القول لا يصلح سندا يمكن الارتكان إليه لتبرير هذه الفكرة، وذلك لأننا نتحدث هنا عن تصنيف للأعمال التى تضى على محترفها صفة التاجر والدليل على ذلك أن المشرع لم يتحدث عن هذا الشكل عند تمثيله للأعمال التجارية. يضاف إلى ذلك أن الشركات المدنية تقوم هى الأخرى على فكرة المشروع، أى على الإطار التنظيمى للنشاط من خلال توفير المقومات المادية والبشرية اللازمة للقيام به. ولعل هذا النقد هو الذى قاد البعض إلى القول بأن فكرة الإطار التنظيمى لا يصح الاستناد إليها عند التمييز بين نوعى النشاط، وذلك لعدم كفايتها من ناحية، ولحتمية البحث عن الخصائص المميزة للنشاط من ناحية أخرى. فتعريف المشروع بمفهومه المؤسسى لا يصلح محداً للأعمال التجارية، وإنما يتعين النظر إلى المشروع التجارى كمشروع ذو خصائص محددة هى خصائص المشروع الرأسمالى<sup>(١)</sup>.

وهكذا يتضح أن الفقه الذى انتصر لضابط المشروع قد انتهى به المطاف إلى السمات أو الخصائص المحددة للمشروع الرأسمالى<sup>(٢)</sup>، على أساس أن هذا الأخير يجمع بين المشروع بمفهومه المؤسسى والمشروع بخصائصه الرأسمالية، أى الاعتماد على نمط الاستغلال الرأسمالى. ومن ثم فإن

(1) LYON-CAEN G. : Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, R.T.dr.com, 1949, p.587.

(٢) لمزيد من التفصيل حول خصائص المشروع الرأسمالى، د/ عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص١٢٦-١٢٧، حيث يقرر أن أبرز هذه الخصائص هى: ١- قيامه بالإنتاج بغرض تحقيق أكبر فائض نقدى. ٢- قيامه على الفصل بين عنصرى رأس المال والعمل. ٣- سيطرة الروح الرأسمالية، التى تتصف بالمعقولة والحساب المنفعى.

إجراء مقارنة بسيطة بين العمل الرأسمالي والمشروع الرأسمالي يوضح أن هناك فارقاً بين الفكرتين، حيث تعد الأولى أكثر اتساعاً وأكثر اتفاقاً مع النهج الذي سارت عليه التشريعات اللاتينية واعتناقها لفكرة الأعمال التجارية المنفردة. فالأخذ بمفهوم المشروع الرأسمالي والقول بأن القانون التجارى هو قانون المشروعات الرأسمالية يشكل إهداراً للأعمال التجارية المنفردة، والتي لا تعتمد على مثل هذا التنظيم. وذلك على العكس تماماً من فكرة العمل الرأسمالي حيث تتسع لتشمل نوعى الأعمال التجارية، أى سواء تلك التى تعتمد على فكرة الإطار التنظيمى الذى يجمع بين طياته خصائص العمل الرأسمالي، أو تلك التى لا تقوم على هذا الإطار ولكنها تعتمد على النمط الرأسمالي عند مباشرتها أو القيام بها.

### المطلب الثانى

#### تقسيم الأعمال الرأسمالية

إذا كانت الأعمال الرأسمالية يجمع بينها وحدة الأساس الذى تقوم عليه، فإنه يفرق بينها اختلافها فى الطبيعة. فعلى الرغم من اعتماد هذه الأعمال على النمط الرأسمالي، إلا أنها تتنوع إلى أعمال عدة، بعضها تجارى، والآخر صناعى، والثالث زراعى<sup>(١)</sup>. فالأعمال الرأسمالية قد تكون إذن أعمال زراعية أو صناعية أو تجارية. وعليه يتعين التعرض لهذه الأعمال الثلاثة، للوقوف على حقيقة كل منها، ولمعرفة مدى الاختلاف بينها، حتى يمكننا وضع حد فاصل للتمييز أو التفرقة بينها.

(١) قارب من ذلك، د/أحمد حشيش، المفهوم القانونى للبيئة، المرجع السابق، فقرة ١٤، ص ٥٢، حيث يقرر أن القانون التجارى لا يزال على عهد السابق قانون الرأسمالية، أى قانون العمل الرأسمالي، أى كان نوعه تجارى أم صناعى أم زراعى. هذا وإن كان العمل الزراعى «أسبق فى الوجود تاريخياً من العمل التجارى والعمل الصناعى، وأن العمل التجارى أسبق فى الوجود تاريخياً من العمل الصناعى، وأن العمل الحرفى أسبق أشكال العمل الصناعى من حيث الوجود تاريخياً (...). أما فكرة العمل الرأسمالي فقد ولدت فى كنف طريقة الإنتاج الرأسمالية التى شغلت الفقه إلى النصف الأول من القرن التاسع عشر».

## ١- الأعمال الرأسمالية الزراعية:

كما سبق أن نوهنا يقصد بالأعمال الرأسمالية تلك التي تعتمد على النمط الرأسمالي عند مزاولتها أو القيام بها. وعليه يقصد بالأعمال الرأسمالية الزراعية الأعمال التي تتعلق بالزراعة من ناحية وتعتمد على النمط الرأسمالي من ناحية أخرى. صحيح أنه ليست كل الأعمال الزراعية أعمال رأسمالية، وليست كل الأعمال الرأسمالية أعمال زراعية، فمن الأعمال الزراعية يوجد نوع آخر هو الأعمال الزراعية غير الرأسمالية. كما أن من الأعمال الرأسمالية ما هو تجارى أو صناعى.

ولإزاء هذه التفرقة بين نوعى الأعمال الزراعية، اعتبر المشرع المصرى الأعمال الزراعية الرأسمالية من قبيل الأعمال التجارية إذا تمت مباشرتها على وجه المقاوله أو المشروع<sup>(١)</sup>. فلقد أشار المشرع المصرى لبعض هذه الأعمال عند تمثيله لأعمال المقاولات. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الخامسة من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بنصها على أن «تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف ..... ك - مشروعات تربية الدواجن والمواشى وغيرها بقصد بيعها<sup>(٢)</sup>».

هذا ما ذهب إليه المشرع الإماراتى فى القانون الاتحادى رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م بإشارته إلى تجارته إلى بعض هذه الأعمال فى المادة السادسة

(١) ويقيس الفقه على هذه الأعمال مشروعات تربية الأسماك فى المزارع السمكية بقصد بيعها. فهذه المشروعات تعد أيضا من قبيل الأعمال التجارية وذلك لأنها تهدف إلى تحقيق الربح، فضلاً عن اتفاقها مع مشروعات تربية الدواجن والمواشى فى اتجاههما لتوظيف رأس المال فى انتاج السلع (د/ سامى عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٧١).

(٢) فى الحقيقة لقد استحدث المشرع المصرى هذا النص فى قانون التجارة الجديد، إذ جاء القانون الملغى خلواً من ذكر هذه المشروعات. لهذا انعقد الرأى على اعتبارها من قبيل الأعمال المدنية لارتباطها الوثيق بالاستغلال الزراعى. على العكس لا يزال القانون الفرنسى يعتبر تلك المشروعات من قبيل الأعمال المدنية

(CHESNE et MARTINE: Le caractère civil et commercial des exploitations d'élevage, D. 1970, chr. 171; COZIAN: Le statut de l'élevage industriel, JCP, 1971.I.2381, no 3 et s.).

منه ، بتقريرها أنه «تعد الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف ..... ١٣ - أعمال الثروة الحيوانية».

على العكس استبعد المشرع المصرى ، ومن قبله المشرع الإماراتى ، الأعمال الزراعية غير الرأسمالية من طائفة الأعمال التجارية ، وبالتالي من نطاق تطبيق القانون الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. هذا ما تقرره صراحة المادة التاسعة من القانون المصرى بنصها على أنه «لا يعد عملاً تجارياً بيع المزارع منتجات الأرض التى يزرعها سواء كان مالكاً لها أو مجرد متفع بها(١)». هذا ما تقرره أيضاً المادة التاسعة من القانون الاتحادى الإماراتى بنصها على أنه «لا يعتبر عملاً تجارياً بيع المزارع الحاصلات الناتجة من الأرض التى يملكها أو يزرعها ولو بعد تحويلها بالوسائل التى يستعملها عادة. أما إذا قام المزارع بتأسيس متجر أو مصنع بصفة دائمة لبيع حاصلاته بحالتها أو بعد تصنيعها ، فإن البيع فى هذه الحالة يعتبر عملاً تجارياً».

(١) ولقد قيل فى تبرير هذا الاستبعاد أن «النشاط الزراعى أسبق تاريخياً من النشاط التجارى أو الصناعى ، ومن ناحية أخرى فالإنتاج الزراعى جوهره استنبات الزرع وتعهده بالفلاحة ، وهو جهد يقوم به المزارع محاطاً بظروف فلكية طبيعية تخرج عن قدراته ، ومن ثم فهو فى الأصل لا يمارس أياً من أساليب التجارة ومناهجها. ومن هنا تقول أن قيام مالك الأرض بزراعتها ، أو قيام أحد الأفراد باستئجار أرض لزراعتها ، بما فى ذلك فلاحة الأرض وتنقيتها من الشوائب ، وتعهد النبات بالتسميد والسقيا ، ثم جمع المحصول وتنقيته ، وهو إذ يبيع محصوله فى النهاية ، إنما يبيع ناتج أرضه ، وليس شيئاً من صنعه ، ولا شيئاً اشتراه من قبل (د/ ثروت حبيب ، شرح القانون التجارى الجديد ، الجزء الأول : مضمون القانون التجارى ومصادره - الأعمال التجارية - التجار والتزاماتهم - المتجر ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ٢٠٠٠ ، بند ٦٥)». ولا شك أن هذا الاستبعاد تبرز أهميته «دور قوى الطبيعة فى تحقيق الغاية من القيام بالنشاط. وهذا الدور لا يكون مقصوراً على الإنتاج الزراعى وحده ، وإنما يمتد إلى سائر الأنشطة الأولية. فإذا كانت سائر الأعمال التجارية بحسب نص القانون بمنأى من التأثير الحاد والمباشر بقوى الطبيعة ، تصبح دلالة استبعاد بيع المنتجات الزراعية من الخضوع لأحكام القانون التجارى فى وجوب استبعاد الأنشطة الأولية كأصل عام من الخضوع لهذه الأحكام. ويتأكد هذا المعنى إذا كانت الأنشطة الأولية التى ينص المشرع على تجاريتها صارت بمنأى من التأثير الحاد والمباشر بقوى الطبيعة فى ممارستها مما يبرر إخضاعها لأحكام القانون التجارى (د/هانى محمد دويدار ، الأعمال التجارية بالقياس ، المرجع السابق ، بند ٧٩ ، ص ٩٢)».

وهكذا يتضح من استقراء نصوص قانونى التجارة المصرى والإماراتى، خاصة نص المادتين ٥، ٩ منهما، أن مشرعى البلدين أجريا نوعاً من التفرقة بحسب اعتماد نوعى الأعمال الزراعية على نمط استغلال رأس المال من عدمه. فعندما يتم استخدام هذه الفكرة، أو أن تلعب دوراً محورياً فى القيام بالعمل، عُدها الأخير من قبيل الأعمال التجارية. أما عندما يتعد العمل كل البعد عنها، فإنه يُعد من قبيل الأعمال المدنية.

ولعل نص المادة التاسعة من القانون الاتحادى الإماراتى يُعد مثلاً واضحاً على إجراء مثل هذه التفرقة. فقراءة متأنية ودقيقة لنص هذه المادة تبرز بوضوح مدى اعتماد المشرع الإماراتى على نمط استغلال رأس المال للتمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، بصرف النظر عن طبيعة كل منها أو المجال الذى تنتمى إليه. فلقد استبعدت الفقرة الأولى من هذه المادة من مجال الأعمال التجارية الأعمال الزراعية العادية، أو بمعنى أدق الأعمال الزراعية غير الرأسمالية. ثم جاءت الفقرة الثانية واعتبرت هذه الأعمال من قبيل الأعمال التجارية عندما يلعب رأس المال دوراً محورياً أو أساسياً فى القيام بها أو فى مزاولتها<sup>(١)</sup>.

(١) صحيح أن المشرع المصرى أطلق لفظ المشروعات لتمييز هذه الأعمال عن الأعمال الزراعية، إلا أنه يبقى مع ذلك القول بأن هذا الإطلاق ليس صحيحاً فى جميع الأحوال، حيث لا يمكن التسليم بأن الأعمال التى ينظمها القانون التجارى هى الأعمال يتم القيام بها من خلال فكرة المشروع الرأسمالى. فإطلاق المشرع لفظ المشروعات على بعض الأعمال الزراعية لإسباغها بالصفة التجارية لا يعنى أن هذه الأعمال لا تكتسب تلك الصفة إلا باتخاذها شكل المشروع. فالعبرة فى إطلاق هذا الوصف يكون بالنظر إلى النمط الذى يتم من خلاله القيام بها. فعندما يقوم هذا النمط على طريقة الاستغلال الرأسمالى، فإننا نكون بصدد عمل تجارى، بصرف النظر عن المجال الذى ينتمى إليه. فالعبرة إذن بالطريقة التى يتم من خلالها الإنتاج أو التداول. فعندما يتم الإنتاج أو التداول من خلال دوران رأس المال بهدف تحقيق الربح، نكون بصدد عمل تجارى. مع هذا يضيف البعض ضرورة أن يتم الإنتاج بقصد المبادلة (د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٥٨). بيد أن تلك الإضافة تبدو أمراً منطقياً، حيث تعد من مستلزمات نمط الاستغلال الرأسمالى. فلن يكون هناك دوران لرأس المال إلا عندما يتم الإنتاج بقصد المبادلة. بعبارة أخرى إن اعتماد نمط الاستغلال الرأسمالى على دوران رأس المال يحتم =

في الحقيقة إن إضافة المشرع المصري، بمقتضى المادة الخامسة، لهذه الأعمال قد أثار نوعاً من الجدل حول طبيعتها التجارية، لكونها تمس مجال الزراعة، وتدخل بالتالى ضمن مفهوم الأعمال الزراعية. ولعل السبب فى إثارة مثل هذا الجدل يرجع إلى أن المشرع لم يعتبر هذه الأعمال من قبيل الأعمال التجارية فى ظل العمل بقانون التجارة الملغى الصادر سنة ١٨٨٣م، وإنما على العكس استحدثتها الفقرة (ك) من المادة الخامسة. ولقد قيل فى تبرير هذا الاستحداث أن هذه المشروعات كثرت فى الآونة الأخيرة واستثمرت رؤوس أموال ضخمة فى هذه المشروعات وكانت الصورة ماثلة أمام المشرع عند وضعه مشروع قانون التجارة الجديد، واعتبار ضرورة تقوية ائتمان هذه المشروعات قائماً، فأخضعها لأحكام القانون التجارى، واعتبر المشروعات القائمة على تربية الدواجن والمواشى وغيرها أعمالاً تجارية متى كانت مزاولتها على وجه الاحتراف<sup>(١)</sup>.

بيد أن المشرع المصرى أراد أن يضى نوعاً من التجارية على هذه الأعمال، فاشترط أن يكون الهدف من وراء هذه المشروعات هو البيع وليس الاستهلاك. فإذا كانت تربية الدواجن أو المواشى تُعد عملاً تجارياً، فإنه يلزم أن تكون التربية بقصد البيع. أما إذا كانت بهدف الاستهلاك، انتفت عنها الصفة التجارية.

فى الواقع إن اعتبار المشرع التجارى هذه المشروعات من قبيل الأعمال التجارية يرجع إلى التطور المصاحب للإنتاج الحيوانى واعتماد

---

= أن يتم الإنتاج بقصد المبادلة. فجميع الأعمال التى يستخدم فيها هذا النمط يتم فيها إنتاج السلع والخدمات لهذا القصد، سواء تمت المبادلة بصورة مباشرة أو غير مباشرة. فالأعمال الرأسمالية، سواء كانت صناعية أو زراعية أو تجارية، لا يتم فيها الإنتاج إلا بقصد المبادلة. وعليه فإن تعريفنا لها بأنها تلك التى تعتمد على فكرتى رأس المال وعلى نمط الاستغلال الرأسمالى يبرز أن الإنتاج فيها يتم بقصد المبادلة من أجل زيادة رأس المال وإنتاجه.

(١) د/ حسين فتحى، الوجيز فى أحكام المعاملات التجارية، مطبعة جامعة طنطا، بدون سنة نشر، ص ٦٣.



هذه المشروعات على الأعلاف المركبة واستخدام فنون جديدة للتنمية والتسمين. فنتيجة لهذا التحول بدأ الحديث عن تجاريتها لاقترابها من طريقة الإنتاج الصناعي منه إلى الإنتاج الزراعي<sup>(١)</sup>. فبعد أن استقر الرأي على اعتبارها من الأنشطة المدنية لارتباطها الوثيق بالإنتاج الزراعي، تغير النظر إليها إستناداً إلى أن نشاط تربية الحيوان قد لحقه التطور من ناحيتين: « الأولى هي ظهور مشروعات لتربية الحيوان بقصد بيعه أو بيع منتجاته تكون منفصلة تماماً عن أى استغلال زراعي. والثانية هي مشاهدة هذا النشاط تطورات تقنية هائلة أدت إلى سيطرة شبه كاملة للإنسان على شروط الإنتاج<sup>(٢)</sup> ».

وهكذا يتضح أن السبب المباشر فى إلحاق المشرع الصفة التجارية بتلك المشروعات يرجع إلى نمط الاستغلال المتبع فى مزاولتها. فعندما يقوم النشاط على تربية الحيوان، أياً كان نوعه، فإن هذا يعنى القيام بكافة الأعمال اللازمة لتوفير الغذاء من ناحية وخدمة المشروع من ناحية أخرى. فالاعتماد لا يتوقف على استغلال المزارع لأرضه، وإنما على إتباع نمط الاستغلال الرأسمالى، إذ بدونه لا يمكن أن يوفر صاحب النشاط المتطلبات اللازمة للمزاولة أو الاستمرار. فهذا النمط يمثل إذن الخط الفاصل بين ما يقوم به المزارع من تربية للحيوان ليس بقصد البيع وتحقيق الربح، وإنما بقصد الإشباع المباشر للحاجات، إذ فى هذه الحالة يظل الإنتاج الزراعي هو النشاط الرئيسى للمزارع، ومن ثم يظل نشاط التربية محتفظاً بصفته المدنية<sup>(٣)</sup>. وذلك على خلاف الوضع عندما يتم تسخير كافة

(١) د/ ثروت على عبد الرحيم، شرح القانون التجارى المصرى الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ط ٣، ٢٠٠٠، بند ١٤٠، ص ١٠٨؛ د/ محمد السيد الفقى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ١٣٦؛ د/ المعتمد بالله الغريانى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٦.

(٢) د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، فقرة ١٠٣، ص ١١٤؛ د/ محمد السيد الفقى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٣) من الواضح أن تلك الأعمال لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا كانت تربية الحيوان بقصد بيعه، وأن يتخذ النشاط صورة المشروع. فحكم التجارية لا ينصرف إذن إلى =

الإمكانات المادية للقائم بالعمل لخدمة مشروع التربية، إذ يصبح الإنتاج الزراعى فى هذه الحالة خادماً للمشروع ومتخذاً لحكمه الذى قرره المشرع<sup>(١)</sup>.

وهكذا يمكننا القول بأن إلحاق الصفة التجارية بهذه الأعمال يبرهن على تبنى المشرع التجارى لفكرة العمل الرأسمالى. فاقتراب هذه

= ما يقوم به المزارع من تربية لبعض المواشى أو الدواجن، إما لخدمة نشاطه الزراعى، أو لإشباع حاجات أسرته من اللحوم أو الألبان، حتى فى تلك الأحوال التى يبيع فيها المزارع الفائض عن حاجاته إلى غيره من المزارعين أو التجار. كذلك يشترط الفقه ضرورة إتخاذ تلك الأعمال صورة المشروعات حتى تسبغ بالصفة التجارية. فلا يكفى ممارستها على وجه الاحتراف، وإنما يتعين أيضاً أن تمارس من خلال تنظيم مادى تصاحبه بعض المظاهر الخارجية، كاستخدام آلات ومعدات، وتجهيز عناصر للتربية، واستقدام للعمال وأجهزة للتهوية وتوزيع الطعام.

(١) على العكس اعتبر المشرع الفرنسى مشروعات تربية الحيوان من قبيل الأعمال المدنية. فبعد أن تردد القضاء الفرنسى فى إضفاء الصفة التجارية على هذه المشروعات من عدمه، حسم المشرع الفرنسى هذا الأمر مقررأ الطبيعة المدنية لمثل هذه المشروعات. مع هذا فإن المسلك الذى انتهجه المشرع الفرنسى لم يخلو من النقد، لاسيما بعد تلك التفرقة التى أجراها بين الزراعة الرأسمالية والصناعة الرأسمالية، مستبعداً الأولى من نطاق الخضوع لأحكام القانون التجارى ومبقياً على الثانية بدعوى أن حجم المبادلات وسرعتها هو الذى يبرر خضوع الثانية واستبعاد الأولى. فقد قيل فى هذا الصدد أنه كان يتعين على المشرع الفرنسى إدراج الزراعة الرأسمالية، وبصفة خاصة مشروعات تربية الحيوان، ضمن طائفة الأنشطة التجارية لما أدى إليه تطور فنون الإنتاج من تقصير لمدة دورة الإنتاج الحيوانى. فلقد أدى «تطور الفنون الإنتاجية إلى سيطرة الإنسان على الدورة البيولوجية للسلاسل النباتية، مما أدى كذلك إلى تقصير مدة الدورة الزراعية، فضلاً عن تراجع الأهمية النسبية للمخاطر الطبيعية التى كانت الزراعة تتعرض لها بشكل دائم. لكن المشرع الفرنسى، وكذلك القوانين التجارية العربية، لا تزال تأبى خضوع الإنتاج الزراعى لأحكام القانون التجارى ولو قام الإنتاج على أسس رأسمالية (د/هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ٢٨٨، ص ٣٠٤)». فى الحقيقة إن استبعاد مشروعات تربية الحيوان من الخضوع لأحكام القانون التجارى الفرنسى استناداً إلى عدم توافر الخصائص المميزة للإنتاج الرأسمالى فى تلك الأنشطة لا يستند إلى أساس سليم، حيث لا يبرر هذا الافتقاد استبعاد أنشطة الإنتاج الزراعى الرأسمالى من نطاق القانون التجارى. فلو أن هذا الافتقاد يبرر استبعاد الصناعات الحرفية والمهن الحرة، إلا أنه لا يقوى كأساس لاستبعاد مثل هذه الأنشطة من الخضوع لأحكام القانون التجارى.

المشروعات من نمط الاستغلال الرأسمالى، أدى بها إلى الابتعاد كثيراً عن الانتاج الزراعى، وتطلب تصنيفها تصنيفاً مختلفاً بما يتفق مع طبيعتها الخاصة وما يمكن أن تساهم به من دور فى خدمة الاقتصاد القومى. مع هذا فإن استخدام هذه المشروعات لنمط الاستغلال الرأسمالى قد يساهم بعض الشئ فى إلحاق الأذى والضرر بالانسان نتيجة لقرب هذه المشروعات من الأماكن السكنية. بل إن إستخدام هذه المشروعات للأعلاف المركبة وفنون التسمين الجديدة قد يساهم فى إلحاق الأذى والضرر بالحيوان نفسه، ولا أدل على ذلك من مرض جنون البقر، والذي انتشر فى نهاية القرن الماضى وبداية القرن الحالى وأدى إلى نفوق كثير من رؤوس الماشية فى العديد من بلدان العالم.

خلاصة القول إذن أن المشرع التجارى إنطلق من فكرة النمط الرأسمالى واتخذها كأساس لاسباغ الصفة التجارية على الأعمال التى تستخدمها أو تقوم عليها، دون النظر إلى ما قد يسفر عنه هذا الاستخدام من نتائج أو ما يرتبه من آثار، تعلقت بالانسان أو الحيوان أو النبات.

## ٢- الأعمال الصناعية الرأسمالية:

ونعنى بها الأعمال التى تهدف إلى تحويل المواد الأولية أو النصف مصنعة إلى سلع وبيضائع قابلة للاستعمال ومشبعة لرغبات الأفراد<sup>(١)</sup>. فهذه الأعمال هى التى تهدف إذن إلى خلق قيمة جديدة اعتماداً على نمط الإنتاج الرأسمالى<sup>(٢)</sup>. هذا ما يبرزه بوضوح قانون التجارة المصرى رقم ١٧

(١) د/ محمد فريد العريشى، د/ هانى محمد دويدار، قانون الأعمال، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٥٧؛ د/ المعتمد بالله الغريانى، القانون التجارى، النظرية العامة للحرفة التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤٤، حيث يقرر أن هذا المعنى ينصرف إلى الصناعة الرأسمالية وليس إلى الحرف اليدوية التى لا تدخل ضمن القانون التجارى.

(٢) د/ عادل أحمد حشيش، أصول الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ١٤٩، حيث يقرر سيادته أن اعتماد النمو الصناعى فى تطوره على التقدم التكنولوجى الحديث فى إطار المشروع الكبير يقتضى تركيم ضخم لرؤوس الأموال بأنواعها المختلفة، نظراً لاستخدامها فى مجالات الاستثمار المتعلقة بتنمية الصناعات الثقيلة وصناعات وسائل الإنتاج عموماً، وهى مجالات لا تقوى على مواجهتها موارد الضعفاء اقتصادياً، ولذلك فإن جهودهم غالباً ما تحق دون المشروع الكبير.

لسنة ١٩٩٩م، ويصفه خاصة نص المادتين الخامسة والسادسة عشر. فالفقرة (ب) من المادة الخامسة اعتبرت أعمال الصناعة من قبيل الأعمال التجارية التي تكتسب هذه الصفة إذا تم مزاولتها على وجه الاحتراف<sup>(١)</sup>. ثم جاءت المادة السادسة عشر، واستبعدت من نطاق تطبيق أحكام القانون التجارى الحرف الصغيرة التي لا تعتمد على هذا النمط، وذلك بنصها على أنه «١- لا تسرى أحكام القانون التجارى على أرباب الحرف الصغيرة. ٢- يُعد من أرباب الحرف الصغيرة كل من يزاول حرفه ذات نفقات زهيدة، للحصول على مقدار من الدخل يؤمن معاشه اليومى<sup>(٢)</sup>». من الواضح أن المشرع المصرى أجرى نوعاً من التفرقة بين الأعمال الصناعية على أساس نمط الإنتاج الرأسمالى، معتبراً أن الأعمال الصناعية التي تعتمد على هذه الفكرة تعد من قبيل الأعمال التجارية، شأنها شأن الأعمال الزراعية الرأسمالية. أما الأعمال الصناعية ذات النفقات الزهيدة، فإنها تُعد من قبيل الأعمال المدنية، ومن ثم تسرى عليها أحكام القانون المدنى وليس التجارى. فنظراً لأن الأعمال الحرفية (والتي تُعد نوعاً من الأعمال الصناعية) يمارسها الحرفيين للحصول على قدر من المال يؤمن معيشتهم، فقد استبعدها المشرع من نطاق القانون التجارى، مما

- (١) راجع أيضاً المادة السادسة من قانون المعاملات التجارية الإماراتى رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م، إذ تنص فى الفقرة ١٢ على اعتبار أعمال الصناعة من قبيل الأعمال التجارية إذا تم مزاولتها على وجه الاحتراف. هذا ما قرره كذلك المادة الخامسة من قانون التجارة الكويتى رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م بنصها على أنه «تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأموال الآتية، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته .... ١٥- المصانع وإن كانت مقترنة باستثمار زراعى، والتعهد بالإنشاء والصنع».
- (٢) راجع أيضاً المادة السابعة عشر من قانون المعاملات التجارية الإماراتى، حيث تقرر أن «الأفراد الذين يزاولون حرفه بسيطة أو تجارة صغيرة يعتمدون فيها على عملهم للحصول على قدر من الربح يؤمن معاشهم أكثر من اعتمادهم على رأس مال نقدى لا يخضعون لواجبات التجار الخاصة بالدفاتر التجارية وبالقيود فى السجل التجارى ولا لأحكام الإفلاس والصلح الواقى منه، وتحدد وزارة الاقتصاد والتجارة بالتشاور مع السلطات المختصة فى الإمارات الحد الأقصى لعدد الأفراد العاملين معهم ولرأس المال للتجارة الصغيرة».

يؤكد تبنيه لمعيار العمل الرأسمالي كأساس موضوعي لتطبيق قواعد هذا القانون<sup>(١)</sup>. فهذه الفكرة تتجلى من نصوص القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، والتي تبرز بوضوح من هذه التفرقة بين نوعي الأعمال الصناعية. وهو الأمر الذي حدا بالبعض إلى القول بأنه كان الأجدر بالمشرع أن يخرج هذه الأعمال بنوعها من نطاق القانون التجاري، وأن ينظمها بقانون خاص يتلاءم مع طبيعتها وما تتمتع به من ذاتية. فلقد ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن «عدم استقلال العمل الصناعي الرأسمالي بقانون خاص في مصر حتى الآن، مبناه ليس ضرورة عصرية ملحّة، إنما مبناه مجرد اعتبارات ملاءمة. لكن ملائمة عدم استقلاله هذا، لا تتعادل البتة مع مثالب عدم استقلاله من الوجهة القانونية<sup>(٢)</sup>».

- (١) على العكس يرى البعض أن الذي يميز بين أعمال الصناعة (التي تعد من قبيل الأعمال التجارية) وأعمال الحرف (التي تخرج عن نطاق القانون التجاري) هو عنصر المضاربة على عمل الغير. فبينما يقوم الصانع بعمله على وجه التكرار مستنداً في ذلك إلى تنظيم مهني خاص، فإن الحرفي، وإن كان «يقوم بعمل صناعي، يباشر هذا العمل بمفرده أو بمساندة عدد محدود من الصبية أو العمال. لذلك فعمل الحرفي لا يندرج تحت مفهوم الأعمال التجارية لأنه لا يشتمل على المضاربة على عمل الغير بل هو أقرب إلى بيع الإنتاج والمهارة الشخصية. ومن أمثلة الحرفيين صانع الأحذية والخباط والنجار.... الخ. ولا يغير من ذلك الحكم الإدعاء بأن الحرفي قد يباشر عمله مستنداً إلى تنظيم سابق، مزوداً ومهياً بالوسائل اللازمة، لقيامه على نحو مستمر ومستعينا بعمل الغير، مما يستتبع القول بأنه يقوم بالعمل في شكل مشروع يتعين وصفه بالصفة التجارية. ذلك لأن شخصية الحرفي هي محل الاعتبار الرئيسي بحيث لا يمكن فصلها عن التنظيم الذي يركز إليه في أداء عمله، في حين أنه بالنسبة لمشروع الصناعة يتمتع التنظيم الذي يستند إليه بكيان مستقل دون أن تكون لشخصية صاحبه أدنى اعتبار. أما إذا أخذت شخصية الحرفي في التوارى واتجهت نحو الاستقلال عن التنظيم الذي يستعين به، فإنه يصبح مضارياً على عمل آتاه وعماله ويندرج في عداد الذين يقومون بمشروع صناعة يكتسب الصفة التجارية وتلحقه أحكام القانون التجاري (د/محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأعمال التجارية - التجار - الأموال التجارية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٠٨).
- (٢) د/ أحمد محمد حشيش، فكرة الوساطة في العمل الإنساني، المرجع السابق، ص ٣٦.

وأيا كانت الوجة التي إنتهجها المشرع، فإن الأعمال الصناعية التي تدخل فى نطاق القانون التجارى، وتُعد بالتالى من قبيل الأعمال التجارية فى مفهوم المادة الخامسة من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، هى الأعمال الرأسمالية، أى تلك التي تعتمد على شراء المواد الأولية القابلة للتحويل إلى سلع ومنتجات، أو تلك التي تعطى أو تمنح الإمكانية على تحويل منتجات الغير إلى سلع صالحة لإشباع الحاجات. فإذا كان الأصل «فى الصناعة الرأسمالية هو شراء الصانع للمواد الأولية التي يتحقق تحويلها إلى منتجات صناعية، إلا أن نشاط الصانع قد يقتصر على تحويل منتجات الغير كطحن الغلال أو حلج القطن، ويبقى مع ذلك عملاً تجارياً»<sup>(١)</sup>.

على العكس تماماً لا تُعد الصناعات الحرفية من قبيل الأعمال التجارية، وذلك لأنها تخرج عن نطاق الأعمال الصناعية الرأسمالية. فهى لا تقوم على فكرة رأس المال، كما أنها لا تهدف إلى تحويل للمواد التي سبق شراؤها. فالصناعة الحرفية لا تعتمد فى نشاطها على شراء للمواد التي يتم تحويلها أو تغيير طبيعتها، هذا فضلاً عن أنها لا ترمى إلى تحويل منتجات الغير إلى سلع صالحة لإشباع حاجات الإنسان. ولعل ما يؤكد هذا التمييز أو إجراء مثل تلك التفرقة هو إدراج المشرع التجارى للعمليات الاستخراجية ضمن الأعمال التجارية<sup>(٢)</sup>،

(١) د/ محمد فريد العرنى، د/ هانى محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) فإدراج العمليات الاستخراجية ضمن الأعمال التجارية يعد دليل قوى على اعتناق المشرع لفكرة العمل الرأسمالى، فلقد قيل فى تبرير هذه الإدراج أن هذا النوع من العمليات «ينطوى على استعدادات فنية ومالية ضخمة تتمثل فى استخدام العديد من الأجهزة والمعدات والآلات الحديثة والمتطورة، إلى جانب الاستعانة بعدد كبير من الخبراء والعمال وما يستلزمه هذا وذلك من رؤوس أموال طائلة. تلك الاستعدادات لا يقدر عليها فى الواقع سوى شركات ومؤسسات ضخمة يجب لتقوية ائتمانها إضفاء الصفة التجارية على العمليات التي تقوم بها وبالتالي إخضاعها لقواعد القانون التجارى (د/ محمد السيد الفقى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ١٣٥). فاعتماد هذه العمليات على رأس المال هو الذى قاد المشرع إلى إسباغها=

ويقصد بها العمليات التى تنصب على استخراج الثروات المعدنية ، كالفحم والحديد والبتروال والغاز. أما عمليات استخراج الأسماك وغيرها من منتجات البحار ، فتشكل جزءاً من الملاحه التجارية البحرية ، والتى تعد بطبيعتها من قبيل الأعمال التجارية<sup>(١)</sup>.

فطبقاً لنص المادة الخامسة من قانون التجارة المصرى تعد العمليات الاستخراجية لمواد الثروات الطبيعية من قبيل الأعمال التجارية إذا تمت مزاولتها على وجه الاحتراف<sup>(٢)</sup>. ويعد هذا الحكم خروجاً على ما كان متبعاً بشأن هذه العمليات فى ظل القانون القديم ، إذ اعتبر كافة الأنشطة القائمة على استغلال الأرض وموارد الطبيعة من قبيل الأعمال المدنية. إلا أن المشرع المصرى ، متأثراً بما أقره المشرع الفرنسى<sup>(٣)</sup> ، ألحق الصفة التجارية بكافة العمليات الاستخراجية دون التفات إلى مدى تأثير هذه

---

=بالصفة التجارية. بل إن موقف المشرع الفرنسى من تجارية هذه الأعمال لخير شاهد على هذا الاعتماد. فلقد ألحق هذا المشرع الصفة التجارية بالعمليات الاستخراجية التى تستلزم جهود ضخمة وأموال طائلة. فإذا كان المشرع الفرنسى اعتبر عمليات الاستخراج التى تقوم بها المناجم أعمالاً تجارية بمقتضى القانون الصادر فى ١٩١٩/٩/٩م ، فإن القضاء الفرنسى قد قصر هذه الصفة على العمليات الاستخراجية من المناجم العميقة دون المناجم الأخرى ، حيث تظل العمليات التى تقوم بها محفظة بطابعها المدنى.

(١) على العكس من ذلك يرى البعض أن العمليات الاستخراجية تشمل ، بالإضافة إلى استخراج المعادن والمياه المعدنية والملح من الملاحات ، صيد الأسماك من البحار والأنهار والبحيرات (د/محمد السيد الفقى ، القانون التجارى ، المرجع السابق ، ص ١٣٤).

(٢) راجع أيضاً المادة السادسة من قانون التجارة الإماراتى ، حيث تقضى فى فقرتها التاسعة بتجارية الصناعات الاستخراجية لموارد الثروة الطبيعية عندما تتم مزاولتها على وجه الاحتراف. وهو ما قرره كذلك المادة الخامسة من القانون الكويتى فى فقرتها الثامنة ، بنصها على أنه تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة باستخراج المعادن والزيت وقطع الأحجار وغيرها من موارد الثروة الطبيعية ، بغض النظر عن صفة القائم بها أو نيته.

(3) JAUFFRET A.: Actes de commerce, Encyclopédie, Dalloz commercial, 1972, no 254 et s; voir aussi DIDIER P.: Le droit commercial, op. cit., p. 127 et s.

العمليات على البيئة المضرية، أو دون تفرقة أو نظر إلى كونها النشاط الرئيسي أم الثانوى للقائم بالعمل. فالقيد الوحيد الذى وضعه المشرع المصرى يتمثل فى ضرورة مزاولة هذه الأعمال على وجه الاحتراف.

محمل القول إذن أن فكرة العمل الرأسمالى التى أخذت بها قوانين التجارة، كالقانون المصرى، هى فكرة أوسع وأكثر شمولاً من فكرة العمل التجارى. فإذا كانت الأعمال التجارية هى فى حقيقتها أعمال رأسمالية، فإن هذه الأخيرة ليست كلها أعمالاً تجارية، وإنما قد تكون زراعية أو صناعية<sup>(١)</sup>. فالأعمال الرأسمالية هى إذن فكرة أعم وأشمل من فكرة الأعمال التجارية، وذلك على الرغم من استعمال تلك القوانين للفكرتين كمترادفين. بعبارة أخرى إذا كانت الأعمال التجارية هى بطبيعتها أعمال رأسمالية، فليس معنى ذلك أن هناك تطابقاً بين العمل الرأسمالى والعمل التجارى، فالأول ذو مضمون أعم وأوسع من الثانى. مع هذا فإن قوانين التجارة، رغم تحديدها لمجال سريانها وقصره على الأعمال التجارية، قد وسعت من دائرة الأعمال التى ينطبق عليها الوصف التجارى. وهو الأمر الذى يقتضى منا إلقاء الضوء على المقصود بالعمل التجارى، الذى يمكن أن يشكل جزءاً من فكرة العمل الرأسمالى.

### ٣- الأعمال التجارية:

تعد الأعمال التجارية عنصراً مهماً من عناصر تطبيق القانون التجارى، بل إنها أهم عنصرى تطبيق هذا القانون. فنطاق تطبيق القانون التجارى يتحدد إما بناء على تعيين لفكرة العمل التجارى، أو وفقاً لتحديد المقصود بالتاجر. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الأولى من القانون الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بنصها على أنه «تسرى أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية، وعلى كل شخص طبيعى أو اعتبارى ثبت له صفة التاجر». هذا ما قرره أيضاً المادة الأولى من القانون الاتحادى

(1) JAUFFRET A.: L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles, Etudes offertes à pierre Kayser, t. II, 1979, p. 59 et s.



الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ م، وذلك بنصها على أنه «تسرى أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر»<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أهمية تعيين مفهوم الأعمال التجارية، إلا أن المشرع التجاري، كما سبق أن بينا، لم يستطع تعيين هذا المفهوم على نحو واضح ودقيق، واكتفى بالتمثيل للأعمال التجارية على اختلاف أنواعها<sup>(٢)</sup>، ثم أفرد المجال للقياس عند التشابه في الصفات أو الغايات بين تلك الأعمال التي سردها وبين أعمال أخرى يسفر عنها تطور الحياة التجارية.

في الحقيقة إن سبب الخلط بين الأعمال التجارية والأعمال الرأسمالية هو اعتماد كلتا الفكرتين على نمط واحد لاستغلال رأس المال<sup>(٣)</sup>. فجميع الأعمال التجارية أعمال رأسمالية، إذ لا يمكن ممارسة

(١) راجع كذلك نص المادة الأولى من قانون التجارة الكويتي، المادة الأولى في فقرتها الثانية من قانون التجارة الأردني.

(٢) مع هذا فإن التعداد الذي أورده المشرع المصري لتلك الأعمال في المواد ٤، ٥، ٦ من قانون التجارة يعد وبحق تعداداً للأنشطة وليس تعداداً للأعمال. فالتعداد التشريعي للأعمال التجارية في قانون التجارة المصري هو في الواقع تعداد أنشطة لا تعداد أعمال. فما كان لها من خضوع لأحكام القانون التجاري لولا أنها أنشطة رؤى خضوعها لأحكام هذا القانون، أو بالأقل أعمال ترتبط بهذه الأنشطة (د/هاني محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ١٦٢، ص ١٧٥).

(٣) مع هذا فإن «رأس المال التجاري هو أقدم من طريقة الإنتاج الرأسمالية، بل هو أقدم وجود لرأس المال تاريخياً. وجد لأداء وظيفة تتمثل في الوساطة في التبادل. ومن ثم كان شرط وجوده هو تبادل السلع. متى وجد هذا التبادل أمكن لرأس المال التجاري أن يؤدي وظيفته بصرف النظر عن الأساس الاجتماعي للإنتاج، أي مستوى في ذلك أن يتم الإنتاج في إطار جماعة بدائية لا تبادل للمنتجات في داخلها وإنما يقوم التبادل بينها وبين جماعة أخرى على سبيل الاستثناء، أو أن يقوم الإنتاج على أساس العمل العبودي، أو على أساس عمل الإقنان أو عمل الحرفي الصغير، أو على أساس العمل الأجير. ولكن إذا كان وجود رأس المال في التجارة يتوقف على نوع الإنتاج، ففي اقتصاد يقوم أساساً بقصد المبادلة يتسع مدى دخول المنتجات في التجارة عنه في اقتصاد طبيعي لا تتم المبادلة فيه إلا في حدود ضيقة (د/محمد دويدار، مبادئ الاقتصاد السياسي، تاريخ علم الاقتصاد السياسي، الاقتصاد السياسي والرأسمالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩ م، ص ٨١).

التجارة بدون الاعتماد علي نمط الاستغلال الرأسمالي. كذلك فإن الأعمال الرأسمالية تقوم أيضاً على هذه الفكرة، وإن كانت تتنوع بحسب المجال الذي يوجه إليه الاستغلال إلى أعمال صناعية أو زراعية، بالإضافة إلى الأعمال التجارية. وهكذا يتضح أن المجال الذي يوجه إليه هذا النمط هو الذي يفرق بين الأعمال التجارية والصناعية والزراعية. فعندما يوجه إلى إنتاج السلع أو البضائع، فإن العمل تلحقه الصفة الصناعية. وعندما يوجه إلى المجال الزراعي أو الجيواني، فإنه يكون عملاً زراعياً. أما عندما يستخدم رأس المال في تداول السلع أو التوسط في تداولها أو إلى مشروعات الخدمات، فإن العمل تلحقه الصفة التجارية<sup>(١)</sup>.

(١) فوظيفة رأس المال التجاري هي مساعدة التبادل. وتم بأداء عمليتين تتبلور أولاهما في التخلي عن النقود لشراء السلع بواسطة التاجر، ليقوم في مرحلة ثانية بثانيتها أي ببيع هذه السلع في مقابل النقود التي تتضمن الربح (...). فالتاجر تبقى ثروته دائماً في شكل النقود، وهي تعمل دائماً كرأس مال، في حركة تمثل في التخلي عن النقود أولاً في سبيل السلع، ثم التخلي عن السلع في مقابل النقود (التي يفوق قدرها مقدار النقود الأولى)، أي أنها تمثل في: نقود - سلعة - نقود (أكثر). وعليه يكون الهدف من المبادلة هنا، ليس قيمة الاستعمال (إذ التاجر لا يشتري السلعة لاستعماله هو) وإنما قيمة المبادلة في شكلها النقدي (إذ التاجر يشتري السلعة لما لها من قدرة على أن تتبادل بغيرها من السلع)، د/ محمد دويدار، مبادئ الاقتصاد السياسي، المرجع السابق، ص (٨١). مع هذا فإن التطور الذي لحق برأس المال التجاري أدى إلى خروجه من دائرة التداول إلى دائرة الإنتاج، لدرجة أن اعتبره المشرع المصري في قانون التجارة الجديد مرحلة من مراحل الدورة الإنتاجية، نتيجة لسيطرة رأس المال ليس فقط على دائرة التبادل، ولكن أيضاً على دائرة الإنتاج. فهذه السيطرة أدت إلى اعتبار رأس المال التجاري مجرد مرحلة من مراحل دوران رأس المال، الذي يهيمن على الإنتاج والتداول معاً. ولعل تلك السيطرة هي التي قادت المشرع إلى الخلط أو المزج بين دور رأس المال في الإنتاج ودوره في التداول، واعتبارهما وجهان لعمل واحد هو العمل التجاري. (قارب من هذا، د/ المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري، النظرية العامة للحرفة التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤١)، حيث يقرر أن «التجارة أصلاً هي الشراء والبيع - ودور التاجر يقتصر على تداول السلع التي ينتجها غيره، محققاً ربحه من فارق سعري الشراء والبيع. هذه المحدودية في دور التاجر هي التي ميزته تاريخياً عن الزارع والصانع. ولذلك فقد يبدو لك غريباً أن تدخل الصناعة مثلاً أو أعمال الفنادق بين الأعمال التجارية. غير أن هذا الدخول هو انعكاس للتطور التاريخي الذي أصاب الصناعة. فلم تعد الصناعة حرفة يقوم بها الصانع بنفسه، بفنه ومهارته، وإنما =

وعليه يمكن القول بأن الأعمال التجارية هي تلك الأعمال التي تهدف إلى توظيف رأس المال فى تداول السلع والخدمات أو التوسط فى تداولها ابتغاء للربح وتنمية رأس المال ذاته. صحيح أنه من الصعب وضع حد فاصل بين الأعمال التجارية والأعمال الأخرى، إلا أن الأمر ليس بمستحيل، حيث يمكن الأخذ من المادة السابعة نقطة الانطلاق لوضع هذا الفاصل. على العكس لا يمكن أن ننطلق من نص المادة العاشرة من القانون الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، وبصفة خاصة نص الفقرة الثانية منها، والتي هجرت المعيار الموضوعى (وهو معيار العمل التجارى) وتبنت المعيار الشكلى.

وأياً كان الموقف الذى اتخذته المشرع التجارى إزاء تحديد مفهوم الأعمال التجارية أو الاستغناء عن هذا المفهوم عند التمييز بين الشركة المدنية والتجارية، فإنه يمكن القول بأن هذا المفهوم يتحدد بحسب صفته إلى مفهوم خدمى ومفهوم للتداول، وبحسب مكان مباشرته إلى عمل برى، وآخر بحرى، وثالث جوى. فالعمل التجارى قد يهدف إلى تداول للسلع أو القيام بالخدمة ابتغاء الربح وتنمية رأس المال<sup>(١)</sup>، وقد يكون العمل التجارى عمل برى أو بحرى أو جوى.

- 
- =أصبحت تتم من خلال مصانع يملكها رجال أعمال كل دورهم هو الحصول على رأس المال وإدارة العملية الإنتاجية والتسويقية».
- (١) قارب من هذا المعنى، د/أحمد محمد محرز، المشروع التجارى، عناصره والتزاماته، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٤، بند ٢، ص ٦، حيث يقرر أن «التجارة بالمعنى القانونى للفظ لا يمتد إلا إلى قطاع تداول وتوزيع الثروات دون الإنتاج، بينما القانون التجارى الحديث ينطبق على التداول والإنتاج، بل وكذلك على الخدمات والمنشآت المالية والمصرفية».
- (٢) فإذا كان من المسلم به أنه لا تجارة بدون رأس مال، فإنه يمكن القول بأنه لا رأسمال بدون تخصيص أو بدون أن يهدف إلى تحقيق الربح. بعبارة أخرى إذا كان رأس المال يعلب دوراً رئيسياً ومحورياً فى مباشرة أعمال التجارة، فإنه ليس من الطبيعى أن يوجد هذا العنصر دون أن يهدف إلى تحقيق الربح من خلال تخصيصه لمباشرة نشاط معين أو القيام بعمل ما. فعندما يوجد رأس المال، تعدد أوجه المباشرة أو تتصارع الأفكار التى يمكن أن يخصص لمباشرتها. فإذا نظرنا إلى التجارة من حيث فحواها، =

وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الأعمال التجارية بحسب مكان مباشرتها إلى :

١- عمل تجارى برى. ٢- عمل تجارى بحرى.

٣- عمل تجارى جوى.

ويمكن تقسيمها بحسب الهدف من توظيف رأس المال إلى :-

١- عمل للتداول. ٢- عمل خدمى.

وهو ما سنتولى بيانه على النحو التالى :

(١) تقسيم العمل التجارى بحسب المكان الذى يباشر فيه :

كما سبق القول يقسم العمل التجارى بحسب المكان الذى يباشر فيه إلى عمل برى وبحرى وجوى<sup>(١)</sup>، الأمر الذى يستلزم التعرض لكل نوع بشئ من التفصيل.

#### ١- العمل التجارى البرى

هذا النوع من الأعمال التجارية هو الذى يثير الخلط واللبس بين هذه الأعمال والأعمال الصناعية. ومن ثم فإنه يتعين التدقيق عند تحديد مفهوم هذا النوع.

فى البداية يمكن القول بأن ما يميز هذا النوع هو أنه يمارس على البر، ومن ثم فإنه قد يهدف إلى خلق قيم جديدة، وقد يهدف إلى تداول للأموال أو الوساطة فى تداولها، وقد يهدف إلى إشباع حاجات الجمهور وأداء مصالحهم من خلال أداء الخدمات المرتبطة بالإنتاج السلعى. ومن ثم فإن تنوع الأهداف التى تبغى الأعمال البرية تحقيقها هى التى تثير الخلط وتحدث نوعاً من اللبس بين الأعمال التجارية والأعمال الصناعية

---

=نجدها تقوم على فكرة رأس المال، وإذا دققنا فى هذه الفكرة الأخيرة لسوف نرى أنها ترمى إلى تحقيق الهدف الذى تبغىه الأعمال التجارية وهو تحقيق الربح، وذلك من خلال تخصيصها للقيام بنشاط ما أو أداء عمل معين.

(١) لمزيد من الوضوح حول هذا التقسيم، راجع المادتين ٦، ٧ من قانون التجارة الأردنى، حيث تقرر المادة السادسة «تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية .....». أما المادة السابعة، فتقرر «تعد أعمالاً تجارية بحرية .....».

الرأسمالية. ولعل استقراء نصوص القانون الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م يبين أن المشرع المصرى قد أعطى بعض النماذج أو سرد بعض الأمثلة لهذه الأعمال البرية، سواء تلك التى تكتسب الصفة التجارية ولو وقعت مرة واحدة، أم تلك التى يشترط لاكتسابها هذه الصفة مزاولتها على وجه الاحتراف. ويأتى فى مقدمة هذه الأعمال عمليات البنوك والصرافة، الوكالة التجارية والسمسرة، التأمين على اختلاف أنواعه، النقل البرى والنقل فى المياه الداخلية، .... الخ<sup>(١)</sup>.

(١) صحيح أن القوانين العربية انتهجت المسلك الذى اعتقه المشرع الفرنسى عند تصنيف الأعمال التجارية الحقيقية أو الموضوعية إلى أعمال منفردة أو مشروعات تجارية إلا أن المشرع المصرى لم يساير المشرع الفرنسى فى العديد مما ذهب إليه. فإذا كان المشرع الفرنسى يعتبر الشراء لأجل البيع وأعمال الصرافة والبنوك، فضلا عن السمسرة والعمليات المتعلقة بالأوراق التجارية وأعمال التجارة البحرية من قبيل الأعمال التجارية المنفردة، فإن القانون المصرى يعتبر الكثير من هذه الأعمال من قبيل المقاولات التجارية. فالقانون المصرى يعد هو النموذج الذى يخالف هذا الوضع. على العكس يعد قانون التجارة الجزائرى، وقانون التجارة السورى، وقانون التجارة اللبناني، نموذجا واضحا لمثل هذا الاتفاق، إذ تذهب هذه القوانين إلى اعتبار أعمال البنوك والصرافة من قبيل الأعمال التجارية المنفردة (راجع المادة ٤/٦ من قانون التجارة اللبناني، م ١/٦ - د من قانون التجارة السورى، م ٩٣ من قانون التجارة الجزائرى). هذا ما تبرزه بوضوح أيضا المادة الخامسة من قانون المعاملات التجارية الإماراتى فى فقرتها الرابعة والخامسة. فالفقرة الرابعة تنص على أنه «تعد الأعمال التالية أعمالا تجارية بحكم ماهيتها ..... عمليات المصارف والصرافة وسوق البورصة وعمليات شركات الاستثمار وصناديق الائتمان والمؤسسات المالية وجميع عمليات الوساطة المالية الأخرى». أما الفقرة الخامسة فتقرر تجارية جميع العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية أيا كانت صفة ذوى الشأن فيها وأيا كانت طبيعة العمليات التى أنشئت من أجلها. من الواضح على نصوص هذه المواد أنها قد وسعت من نطاق الأعمال التجارية المنفردة، إذ لم تقصرها على أعمال الشراء أو الاستجار لأجل البيع أو التاجير وتأسيس الشركات التجارية وأعمال الملاحة البحرية والجوية، وإنما أدخلت فى مضمونها أعمال البنوك والصرافة والعمليات المتعلقة بالأوراق التجارية. على العكس قلصت المادتين الرابعة والسادسة من قانون التجارة المصرى من الأعمال التجارية المنفردة، وذلك باستبعادها تلك الأعمال من هذه الدائرة وإدخالها فى نطاق أعمال المقاولات التجارية. ولهذا ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن اعتماد جل القوانين العربية للفرقة بين الأعمال التجارية المنفردة وأعمال المقاولات التجارية «ينبئ عن إتباع النهج ذاته الذى اتبعه المشرع الفرنسى فى تعداد الأعمال التجارية بحسب نص القانون، اللهم باستثناء حكم تجارية السمسرة فى كل من قانون التجارة اللبناني وقانون التجارة السورى الذى يعبر عن الانتقال من التنظيم الفئوى لحرفة الدالين والسماصرة إلى التنظيم الموضوعى لنشاط السمسرة. بل إن هذا الحكم يؤكد =

وبناء عليه فإنه يخرج عن نطاق هذه الأعمال التجارية البرية أعمال الصناعة ومشروعات تربية الدواجن والمواشي<sup>(١)</sup>. فعلى الرغم من طبيعة هذه الأعمال البرية، إلا أنها لا تدخل فى نطاق الأعمال التجارية. صحيح أن هذه الأعمال من قبيل الأعمال الرأسمالية، إلا أنها ليست من قبيل الأعمال التجارية. فليست كل الأعمال الرأسمالية أعمالاً تجارية، وإن كانت كل الأعمال التجارية أعمالاً رأسمالية<sup>(٢)</sup>.

## ٢- العمل التجارى البحرى:

ويقصد به العمل المتعلق بالملاحة البحرية. فلقد حدد المشرع فى المادة السادسة من القانون الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م أن المقصود بالأعمال التجارية فى مفهوم هذه المادة هى الأعمال المتعلقة بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية. ومن ثم فإن ما يُعد تجارياً من صور استغلال البيئة البحرية هى الملاحة فقط. أما ما عداها من صور استغلال تلك البيئة لا يدخل فى مفهوم الأعمال التجارية، ما لم تكن هذه الصورة أو تلك مما يدخل فى نطاق الحرف التجارية، كالعمليات الاستخراجية للمعادن والبتترول من قاع البحار، إذ تعد وفقاً للمادة الخامسة من قبيل الحرف التجارية التى يلزم مباشرتها على وجه الاحتراف.

كذلك فقد قصرت المادة السادسة من قانون التجارة الجديد الملاحة التى تُعد من قبيل الأعمال التجارية على الملاحة التجارية. فإذا كان المشرع المصرى قد قصر صور استغلال البيئة البحرية على الملاحة، فإنه لم يدخل

---

=على أن المشرع بصدد تنظيم أنشطة عبر أحكام القانون التجارى، دون إخلال بأن الأعمال التى تعتبر أعمالاً تجارية منفردة لا يشترط بشأنها الاعتياد أو التنظيم الخاص لخضوعها لأحكام القانون التجارى مع بقائها نواة لأنشطة إن صارت محل اعتياد واحتراف تكسب من يقوم بها صفة التاجر (د/هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ١٥٦، ص ١٦٦).

(١) على العكس راجع الفقرة (و) من المادة السادسة من قانون التجارة الأردنى، حيث تعتبر من قبيل الأعمال التجارية البرية «أعمال الصناعة وإن تكن مقترنة باستثمار زراعى، إلا إذا كان تحويل المواد يتم بعمل يدوى بسيط».

(٢) د/ أحمد محمد حشيش، فكرة الوساطة فى العمل الإنسانى، المرجع السابق، ص ٣٥. راجع أيضاً ما قبله، ص.

من هذه الأخيرة سوى الملاحة التجارية، أى تلك التى تنصب على نقل البضائع والركاب عبر البحر بهدف تحقيق الربح. فهذا النوع من الملاحة يُعد من أهم أنواع الملاحة، ومن ثم فإن اعتبارها من قبيل الأعمال التجارية ليس محل شبهة أو مثار للخلاف.

وإزاء هذا التحديد من جانب المشرع المصرى، فقد ثار التساؤل حول مدى تجارية ملاحة الصيد. فإذا كان الأمر قد انعقد على استبعاد ملاحة النزهة من مجال الملاحة التجارية، فقد اختلف الفقهاء حول حكم تجارية ملاحة الصيد. فالبعض من الفقهاء ينفى عن هذه الملاحة الطابع التجارى، نظراً لاختلاف ملاحة الصيد فى طبيعتها عن النشاط التجارى<sup>(١)</sup>. بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار هذه الملاحة من قبيل الملاحة التجارية<sup>(٢)</sup>، باعتبار أن تعلق موضوعها بصيد الأسماك وغيرها من

(١) د/ على البارودى، القانون التجارى، بند ٤٠؛ د/ أكثم أمين الخولى، القانون التجارى، نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦٤، بند ١٠٠.

(٢) د/ على حسن يونس، القانون التجارى، بند ٨٥؛ د/ ثروت على عبد الرحيم، شرح القانون التجارى المصرى الجديد، المرجع السابق، بند ١٠٣، ص ٨٤؛ قارب من هذا رأى د/المعتصم بالله الغريانى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٦٦، حيث يقرر أن صيد الأسماك لا يعد عملاً تجارياً إلا إذا تمت ممارسته على شكل المشروع الرأسمالى، بأن يكون مملوكاً لأصحاب سفن لا تباشر الصيد بنفسها، وإنما من خلال الاستعانة بعمالة مدرية وآلات وسفن. ففى هذه الحالة يتشابه الصيد مع غيره من الحرف الأخرى. أما عندما يمارس من خلال أفراد تجمعهم رابطة قرابة أو صداقة ويرأس مال بسيط، فإن العمل يخرج عن نطاق القانون التجارى ويلحق بالأعمال الحرفية التى تخضع لأحكام القانون المدنى. قارب أيضاً د/هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، هامش رقم ٣، ص ٤٠ - ٤١، حيث يقرر أنه يجب «أخذ أوضاع استقلال السفن فى نشاط صيد الأسماك فى الاعتبار. فلو أن النشاط يقتصر على صيد الأسماك وبيعها بمجالتها لا يعد الصيد عملاً تجارياً بوصفه مظهراً من مظاهر استغلال موارد الطبيعة التى تخرج تقليدياً من نطاق تطبيق القانون التجارى. أما سفن الصيد الكبيرة التى تحوى بداخلها مصنعا لتعليب الأسماك التى يتم صيدها، وتمكث فى البحر العالى فترات طويلة من الزمن ويتم فى نهاية الرحلة بيع معلبات الأسماك المحفوظة، يظهر الصيد بوصفه العمل الخادم لصناعة الأسماك المحفوظة. وبما أن الصناعة تعد عملاً تجارياً، وتطبيقاً لبدأ تبعية العمل الخادم للنشاط الرئيسى فى الحكم، يجب اعتبار صيد الأسماك عملاً تجارياً».

المنتجات البحرية لا ينفى عنها أنها تهدف كنشاط إلى تحقيق الربح. يضاف إلى ذلك أن هذه الملاحة تتعرض لنفس المخاطر التي تتعرض لها الملاحة التجارية<sup>(١)</sup>. وأخيراً يُعد الصيد من الأعمال التجارية بوصفه من العمليات الاستخراجية وفقاً للتحديد الذي أورده المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م.

وأعمال الملاحة البحرية تُعد من الأعمال التي تكتسب الصفة التجارية ولو وقعت مرة واحدة<sup>(٢)</sup>. هذا ما يبرزه بوضوح نص المادة

(١) د/ محمد محمد هلايه، الوجيز في القانون الخاص البحري، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٣٢؛ د/ كمال حمدي، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢.

(٢) فلقد أقام المشرع نوعاً من التفرقة بين أعمال الملاحة البحرية والجوية وأعمال الملاحة الداخلية أو النهرية. فبينما اعتبر الأولى من قبيل الأعمال المنفردة، اشترط بالنسبة للثانية ضرورة ممارستها على وجه الاحتراف حتى يمكن إسباغ الوصف التجاري عليها. ولذلك يعتق فقه القانون التجاري بالتفرقة أو التمييز بين الملاحة البحرية والملاحة النهرية أو الداخلية. فلتحديد مفهوم الملاحة أهمية واضحة في تحديد اللحظة التي يمكن اعتبار العمل المتعلق بها من قبيل الأعمال التجارية من عدمه. وعلى الرغم من أهمية هذا التحديد، إلا أن فقه القانون التجاري لم يتفق على معيار محدد للتفرقة بين نوعي الملاحة. فلقد انطلق البعض من أداة الملاحة واستند إليها لبيان مفهومها. فوفقاً لهذا الرأي تعد الملاحة بحرية عندما تقوم بها السفن البحرية، ونهرية عندما تقوم بها مراكب الملاحة الداخلية، وأن السفن تتميز عن تلك المراكب بضخامة الحجم ومتانة الصنع والقدرة على تحمل أهوال البحار. ويؤخذ على هذا الرأي أن من مراكب الملاحة النهرية ما لا يختلف كثيراً عن السفن، بل إن منها ما قد يفوق السفن حجماً ومتانة وقوة احتمال. وعليه ذهب رأى ثان إلى أنه يمكن تحديد السفينة ليس من خلال المظهر الخارجي أو الأبعاد والقوة وطريقة البناء، وإنما من خلال السجلات الرسمية. فالسفن تخضع لإجراءات شهر إجبارية، يمكن من خلالها التمييز بينها وبين غيرها من المنشآت العائمة الأخرى. بيد أنه يعيب هذا الرأي أنه يجعل من هذا الوصف رهن لإرادة المالك، إن شاء قام بهذا الإجراء الإداري وألحق وصف السفينة بالمنشأة على الرغم من عدم قدرتها على الملاحة البحرية. وإن أهمل أو لم يقم بهذا الإجراء اعتبرت المنشأة مركباً وخرجت من عداد السفن حتى ولو كانت صالحة للملاحة البحرية. وأمام هذا الانتقاد ذهب الرأي الراجح إلى الاعتداد بمكان الملاحة كأساس للتمييز بين الملاحة البحرية والنهرية. ومن ثم تعد الملاحة بحرية عندما تتم في البحر بتحديداته العلمية والطبيعية والجغرافية والجيولوجية، وذلك بصرف النظر عن شكل المنشأة أو حجمها أو أبعادها أو قوة احتمالها. وتكون الملاحة نهرية أو داخلية =



السادسة، حيث لم يشترط لاكتساب هذه الأعمال الصفة التجارية ممارستها على وجه الاحتراف كما تشترط المادة الخامسة<sup>(١)</sup>. صحيح أن أعمال الملاحة البحرية يغلب عليها الاستمرار، إذ ليس من المعقول أن تقع هذه الأعمال لمرة واحدة، ما لم تكن هناك قوة قاهرة أو حوادث خارجية تحول دون الاستمرار في مزاولتها، وهو ما يحدث عند غرق السفينة في أول رحلة بحرية تقوم بها. أما خارج هذه الأحداث الاستثنائية، فعادة ما يتم الاستخدام على وجه الاحتراف. كذلك أراد المشرع عدم قصر مباشرة تلك الأعمال على المشروعات المحترفة، وإنما أراد أن يفسح المجال أمام المشروعات الأخرى غير المتخصصة عندما تقوم، بصورة عرضية، بمباشرة أحد هذه الأعمال. وهو الأمر الذي يتحقق بالنسبة للوكالات السياحية. فهذه الوكالات تهتم بتنظيم الرحلات لصالح السائحين، تقوم من خلالها باتخاذ إجراءات الحجز لصالح عملائها دون أى مشاركة فى تنفيذ عقد النقل. ومن ثم فإن دور هذه الوكالات لا يتعدى دور الوسيط بين المسافر وشركات النقل. مع هذا فإن احترام برنامج الرحلة السياحية قد يفرض على الوكالة تنظيم الرحلة، فتقوم باستئجار لسفن تتولى الإشراف عليها فنياً وتجارياً للقيام بعملية النقل. ففى هذه الحالة يخضع استئجار السفينة لقواعد القانون التجارى، باعتبار أن هذه الأعمال تدخل تحت مفهوم أو مدلول الأعمال التجارية حسبما حددته المادة السادسة من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م<sup>(٢)</sup>.

فى الحقيقة إن أعمال الملاحة البحرية والجوية تُعد الصورة الواضحة للأعمال التجارية. فكل عمل يرتبط بتلك التجارة يعتبر عملاً تجارياً لكون

---

= عندما تتم فى الأنهار أو فى المياه الداخلية (لمزيد من التفصيل حول هذه الاتجاهات الفقهية، راجع د/مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١١؛ و د/ جلال وفاء محمددين، قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٢).

- (١) د/ ثروت على عبد الرحيم، شرح القانون التجارى المصرى الجديد، المرجع السابق، ص ٨٤؛ د/ سامى عبد الباقى أبو صالح، قانون الأعمال، المرجع السابق، فقرة ٥٤، ص ١٢٤.
- (٢) قارب من هذا، د/ محمد فريد العرينى، د/ هانى محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص ٧٦.

المستغل يقوم بهذا العمل أو ذاك على سبيل المضاربة، هذا فضلاً عن إسهام عمله في تداول الثروات التجارية. وهو الأمر الذى ينطبق بصورة واضحة على الأمثلة التى عددها المادة السادسة وهى عقود بناء السفن وإصلاحها وصيانتها، وعقود شراء أو بيع أو استئجار السفن، عقود النقل البحرى، عمليات الشحن أو التفريغ، شراء أدوات أو مواد تموين السفن، استخدام الملاحين أو غيرهم من العاملين فى السفن<sup>(١)</sup>.

مع هذا فإنه توجد صور أخرى للاستغلال البحرى، كاستخدام السفن فى الإرشاد أو القطر. فإذا كان النقل البحرى يُعد أهم وأبرز صور الاستغلال البحرى، فإنه لا يعد الصورة الوحيدة لهذا الاستغلال، طالما أن استغلال السفن فى أعمال الإرشاد والقطر يُعد من قبيل أعمال التجارة البحرية<sup>(٢)</sup>.

### ٢- العمل التجارى الجوى:

وهو العمل الذى يتعلق بالملاحة الجوية. هذا ما يبرزه بوضوح نص المادة السادسة من القانون المصرى الجديد، مما يثير التساؤل حول المقصود بالملاحة الجوية من ناحية، وصور استخدامها من ناحية أخرى.

#### (١) المقصود بالملاحة الجوية:

على الرغم من تعدد صور استغلال البيئة الجوية، إلا أن المشرع التجارى، قد قصر الطابع التجارى على الملاحة الجوية، أى تلك التى تتم عبر الجو باستخدام الطائرة. فلقد ألفت المخاطر المحيطة باستعمال المركبات الهوائية وما ينجم عن استغلالها من خطورة على تفكير المشرع التجارى عند تعداده للأعمال التجارية، وذلك بهدف ضمان السلامة لهذا الاستغلال الجوى ومن يتصلون به بأى صورة.

(١) د/ أبو زيد رضوان، د/ حسام عيسى، د/ رضا السيد عبد الحميد، الوجيز فى القانون التجارى، القاهرة، ٢٠٠٠؛ د/ محمد السيد الفقى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها.

(٢) د/ محمد فريد العرنى، د/ هانى محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص ٧٨؛ د/ سامى عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، المرجع السابق، فقرة ٥٤، ص ١٢٥.

بل إن المشرع داخل هذه الملاحة، فرق بين الملاحة التجارية والملاحة غير التجارية. وأبقى على الملاحة التجارية فقط، واستبعد الملاحة غير التجارية من نطاق الأعمال التجارية<sup>(١)</sup>.

وهكذا يتضح أن المشرع التجارى لم يدخل سوى الملاحة الجوية فى نطاق الأعمال التجارية، أما باقى صور الاستغلال الأخرى فلا تدخل فى هذا النطاق إلا إذا تعلقت بالحرف التجارية، والمثال الواضح على ذلك هو استغلال البيئة الجوية فى البث الفضائى عبر الأقمار الصناعية. هذا ما تقرره صراحة الفقرة (ط) من المادة الخامسة من القانون المصرى الجديد، وذلك بنصها على أنه «يُعد عملاً تجارياً إذا كانت مزاولته على وجه الاحتراف .... الاستغلال التجارى لبرامج الحاسب الآلى والبث الفضائى عبر الأقمار الصناعية».

كذلك فإن المقصود بالملاحة ليس قطع المسافة عبر الجو بواسطة الطائرات، وإنما فقط استغلال الطائرات فى تقديم خدمات النقل للغير مقابل أجر. أما استخدام الطائرات فى الانتقال الفردى أو أعمال النزهة، فإنه لا يدخل فى نطاق الأعمال التجارية، لخروجه من مجال الملاحة التجارية.

وإذا انطبق وصف التجارية على الملاحة الجوية، فإن القيام بها يُعد عملاً تجارياً دون تفرقة بين القيام بها بصورة معتادة أم أن القيام بها تم مرة واحدة خارج النشاط المعتاد لمزاولها<sup>(٢)</sup>.

## ٢ صور الاستغلال الجوى

لقد تضمنت قوانين التجارة تعداداً للاستغلال الجوى، الذى يُعد من قبيل الأعمال التجارية. إلا أن هذا التعداد قد ورد على سبيل المثال لا

(١) ومودى ذلك أن إضفاء المشرع المصرى على أعمال التجارة الجوية الصفة التجارية يستلزم تحديد مدى اعتبار العمل المعنى من قبيل أعمال تلك التجارة. فإن كان من هذا القبيل أو دخل تحت هذا المفهوم صار خاضعاً لأحكام القانون التجارى، وإلا بقى محكوماً بالقواعد العامة للمعاملات فى القانون المدنى أو وفقاً لنصوص قانون التجارة الأخرى إذا دخل مضمونه تحت نطاق تطبيق هذه المواد.

(٢) هذا ما تبرزه بوضوح المادة الخامسة من القانون الإماراتى، إذ تنص فى فقرتها السادسة على أنه «تعد أعمال تجارية بحكم ماهيتها جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة الجوية والبحرية ويدخل فى ذلك .....».

الحصر، بما يسمح بإضافة صور أخرى لهذا الاستغلال يكشف عنها الواقع في المستقبل القريب أو البعيد.

والأعمال المشار إليها تتمثل في مصانع إنتاج الطائرات وإصلاحها، وما يلزمها من أدوات أو مواد تموين حتى تتمكن من إتمام رحلاتها الجوية. كذلك يُعد من قبيل هذه الأعمال، عقود شراء أو بيع أو تأجير أو استئجار الطائرات. يضاف إلى ذلك عمليات شحن وتفريغ البضائع، باعتبارها من العمليات اللازمة لإتمام النقل الجوي للبضائع. كما تعد عقود استخدام الطيارين أو غيرهم من العاملين في الطائرات من قبيل الأعمال التجارية بالنسبة للمجهز أو المالك.

وأخيراً تُعد عقود النقل الجوي الصورة الواضحة للاستغلال الجوي، باعتبارها جوهر هذا الاستغلال والمحرك الأساسى أو المحورى للصور الأخرى. فبدون النقل الجوي لن يكون هناك شراء أو تأجير أو بيع للطائرات، وبدونه لن يكون هناك استخدام للطيارين أو أفراد الطاقم. كذلك بدونها لن تكون هناك عمليات للشحن أو التفريغ. فجميع صور الاستغلال الجوي التى عدتها المادة السادسة من قانون التجارة المصرى ترتبط بإنجاز عمليات النقل الجوى. هذا وإن كان البعض يرى أن النقل رغم أنه يأتى على رأس صور الاستغلال الجوى، فإنه ليس الصورة الوحيدة، باعتبار أن استغلال الطائرات فى التموين أو فى التجارب يعتبر من أعمال التجارة الجوية<sup>(١)</sup>.

## (٢) تقسيم العمل التجارى بحسب الهدف من توظيف رأس المال

ينقسم العمل التجارى بحسب الهدف من توظيف رأس المال إلى عمل للتداول وعمل لتقديم الخدمة، وهو ما سنعرض له بالدراسة للتعرف على حقيقة كل عمل منهما.

(١) د/محمد فريد العرينى، د/هانى محمد دويدار، قانون الأعمال، المرجع السابق، ص

## ١- عمل للتداول

ويقصد به العمل الذى يهدف إلى تداول الأموال سواء تم التداول بصورة مباشرة أو غير مباشرة. فعمل التداول يتحقق سواء كان موضوع التداول منقول أم عقار، كما يستوى أن يساهم التاجر بصورة مباشرة فى هذا التداول أو أن يقتصر دوره على مجرد الوساطة فى إبرام العقود وإتمام الصفقات التى يتم من خلالها تداول النقود أو المنقولات أو العقارات<sup>(١)</sup>. فعمل التداول هو الذى يهدف إلى نقل القيم من يد إلى أخرى. فحرف التداول هى تلك التى تعنى «بانتقال ملكية أو منفعة القيم الاقتصادية من يد إلى يد داخل المجتمع، تمييزاً لها عن الحرف التى تنتج هذه السلع أو تلك التى تقتصر على تقديم خدمات<sup>(٢)</sup>».

وهذا المعنى ينطبق على مجموعة متنوعة من الأعمال التى عدتها المادة الخامسة من القانون المصرى الجديد، كعمليات توريد السلع والخدمات، عمليات الوكالة التجارية والسمسرة، عمليات البنوك والصرافة، المضاربات العقارية، عمليات البيع بالمزاد.

٢- عمل خدمى:

ويقصد به العمل الذى يهدف إلى القيام بأداء الخدمات المرتبطة بالإنتاج السلعى من ناحية وبإشباع حاجات الجمهور وأداء مصالحهم من ناحية أخرى<sup>(٣)</sup>. ولا شك أن هذا المعنى ينطبق على العديد من الأعمال

(١) ويعد الفقيه THALLER هو من نادى بهذا الضابط، فوفقاً له يتميز العمل التجارى بأنه يهدف إلى تداول الثروات، فالتجارة ما هى إلا انتقال وتداول للثروات. مع هذا فإن الثروات التى تخضع لهذا التداول أو الانتقال هى المنتجات والنقود. ومن ثم فإنه يخرج عن هذا المفهوم الأعمال التى تهدف إلى تداول الثروات العقارية. فكافة أعمال الوساطة فى التداول تعد من قبيل الأعمال التجارية، ما عدا تلك التى ترد على عقارات. فوفقاً لهذا الفقيه لا تعد أعمال الوكالة بالعمولة وأعمال السمسرة أعمالاً تجارية، عندما يتوسط هؤلاء فى تداول عناصر الثروة العقارية، (THALLER: Traité élémentaire de droit commercial, 80 édition, par J. PERCEROU, no 6.

(٢) د/ المعتصم بالله الغريانى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٣) قارب من هذا، د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ٢٩٣، ص ٣٠٧، حيث يقرر أنه «وإذا كان حكم تجارية الشراء لأجل البيع =

التي عددها أيضاً المادة الخامسة من القانون الجديد، كأعمال النقل والتأمين، وأعمال الإيداع والنشر والإعلام، أعمال البث الفضائي واستغلال برامج الحاسب الآلي.

وغنى عن البيان أن هذا التقسيم الثنائي للأعمال التجارية، بالنظر إلى الهدف من توظيف رأس المال، يقودنا إلى القول بوجود ثلاثة نماذج من الأعمال الرأسمالية (وهي أعمال الصناعة، والعمليات الاستخراجية، ومشروعات تربية الدواجن والماشى)، أدرجتها المادة الخامسة من القانون الجديد ضمن الأعمال التجارية، وذلك على الرغم من إختلافها عنها. ولا خلاف أن هذا الإدراج يعد نتيجة منطقية وأمراً طبيعياً للتحويلات العالمية المصاحبة للأنشطة الاقتصادية<sup>(١)</sup>. فالمساواة في المعاملة بين هذه العمليات والأعمال التجارية، دون تفرقة بين طبيعة كل منها أو ما تتسم به من خصوصية، تفرضه التطورات المتلاحقة للأنماط التي تستخدم في مباشرة هذه الأعمال، بالإضافة إلى ما تستلزمه من رؤوس أموال ضخمة وإستعدادات فنية هائلة. فإحتياج هذه العمليات إلى الائتمان وإلى قواعد تتناسب مع الأنماط التي تستخدم في مزاوتها أو الأموال التي تستثمرها، إقتضياً إخضاعها لقواعد القانون التجارى، إخضاعاً يوفر لها هذه المتطلبات ويلبى لها تلك الإحتياجات. بعبارة أخرى إن مثل هذا الخضوع يعد ضرورة عصرية تفرضها حاجة هذه العمليات إلى الائتمان واستلزامها

---

= وصور الوساطة التقليدية قد حسم تشريعياً منذ زمن بعيد، إلا أن ظهور آليات جديدة ومتنوعة لتسويق السلع يجعلنا نحرص على مد مفهومنا للعمل التجارى من حيث المبدأ إلى كافة صور الخدمات.

(١) قارب من هذا د/ المعتصم بالله الغريانى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٤٠، حيث يقرر أن الإطلاع على نصوص قانون التجارة يبرز بوضوح أن معظم الأنشطة الاقتصادية فى العصر الحاضر أصبحت خاضعة للقانون التجارى، أو فى طريقها لهذا الخضوع فى المستقبل القريب، لدرجة يمكن معها القول بأن مهمة تعيين موضوع القانون التجارى وما يندرج تحت لوائه من أنشطة أصبح أمراً شديداً الصعوبة مقارنة بمهمة سرد الاستثناءات الخارجة عنه، طالما أن جميع الأنشطة الإنتاجية والخدمية عدت داخلة فى هذا الموضوع، ولا يستثنى من هذا الدخول سوى الأنشطة التى جرى العرف على إخراجها من نطاق هذا القانون.

للسرعة التي توفرها قواعد القانون التجاري. فعلى الرغم من أن «القانون التجاري نشأ ليحكم طائفة معينة، هي طائفة التجار وما يمارسونه من أعمال تجارية، مستبعداً من نطاق اختصاصه العمليات الإستخراجية وأنشطة أصحاب المهن الحرة، إلا أن هذا النطاق الضيق للقانون التجاري لم يكن إلا مرحلة من مراحل تطوره، إذ أن واقع التطور الذي أصاب الحياة الاقتصادية الحديثة، قد فرض بالضرورة إتساع هذا النطاق»<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

#### مميزات معيار العمل الرأسمالي

على الرغم من اعتماد المشرع التجاري لمعيار العمل الرأسمالي واعتباره مرادفاً للعمل التجاري، إلا أن هذا المعيار يحقق العديد من المزايا، يُعد أهمها سهولة أعمال القياس، وسهولة التمييز بين العمل المدني والتجاري. وهو ما سنلقى عليه الضوء بشئ من التفصيل في الجزئية التالية.

#### المطلب الأول

#### سهولة التمييز بين العمل المدني والعمل التجاري

مما لا شك فيه أن معيار العمل الرأسمالي الذي تبناه المشرع التجاري، كما يبرزه القانون المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، يسهل إلى حد كبير التمييز بين العمل المدني والعمل التجاري، وذلك لأنه يقوم على فكرة واضحة ومحددة هي فكرة رأس المال والنمط الذي يستخدم من خلاله. فعندما يعتمد العمل على هذه الفكرة، أو بمعنى أدق لا يمكن القيام بالعمل إلا من خلال هذا النمط، كان العمل تجارياً. أما إذا كان بالإمكان القيام بالعمل بعيداً عن نمط الاستغلال الرأسمالي أو بدون الاعتماد على رأس المال، أو أن هذا الأخير يمثل عنصراً ثانوياً أو يلعب دوراً هامشياً في القيام به كان العمل مدنياً.

(١) د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، المرجع السابق، فقرة ٢، ص ٦.

صحيح أننا نحدثنا فيما سبق عن عدم صحة هذه الفكرة، نظراً لوجود اختلاف بين فكرة العمل التجارى وفكرة العمل الرأسمالى. مع هذا فإن تلك الفكرة رغم عدم صحتها، إلا أنها فكرة منضبطة ومحددة يسهل على هداها التفرقة بين الأعمال، وإسباغ الصفة التجارية أو المدنية من خلالها.

فهذه الفكرة تعد معياراً منضبطاً للتمييز بين العمل المدنى والعمل التجارى. كما أنها تصلح للتمييز بين الشركات المدنية والتجارية. فوضوح الفكرة التى تبناها المشرع التجارى، يقود إلى القول بأنه يمكن الاعتماد عليها لإجراء التفرقة بين الشركات المدنية والتجارية، نظراً لإختلاف النمط الذى يتم من خلاله استخدام رأس المال فى هذه الشركات أو تلك. فهجر المشرع المصرى فى القانون الجديد للمعيار الموضوعى كأساس للتفرقة بين نوعى الشركات، واعتناقه للمعيار الشكلى، وذلك على الرغم من الانتقادات العديدة والمآخذ الكثيرة على هذا المعيار<sup>(١)</sup>، يرجع

(١) فهذا المعيار يقود فى معظم الأحوال إلى ازدواجية فى المعاملة وإلى اختلاف فى القواعد القانونية التى تحكم الشركة بحسب تاريخ تأسيسها. فلقد وضع المشرع المصرى تاريخاً تحكيمياً، هو الأول من أكتوبر ١٩٩٩م، يتم على أساسه تحديد نوع الشركة وفقاً للشكل الذى يتخذه الشركاء عند القيام بتأسيسها. وعليه تكون الشركة تجارية عندما تتخذ أحد الأشكال الخمسة المنصوص عليها فى قوانين الشركات، على الرغم من عدم اختلاف موضوعها أو أشخاص الشركاء فيها عن شركة أخرى اتخذت نفس الشكل. كل ما يفرق بينهما هو تاريخ تأسيس كل منهما، فالأولى تم تأسيسها بعد أول أكتوبر ١٩٩٩م، والثانية قبل أول أكتوبر ١٩٩٩م. فالمرکز القانونى للشركة الواحدة يختلف بحسب تاريخ تأسيسها وليس بحسب موضوعها. فإن تأسست قبل أول أكتوبر ١٩٩٩م وكان غرضها القيام بالأعمال المدنية، فإنها تعد شركة مدنية حتى لو اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها فى قوانين الشركات. ومن ثم لا يكتسب الشركاء فيها صفة التجار ولا يتم شهر إفلاسهم أو إفلاس الشركة عند توقفها عن دفع ديونها. على العكس تكون الشركة تجارية إذا تأسست، للقيام بذات الغرض، بعد أول أكتوبر ١٩٩٩م واتخاذها نفس شكل الشركة الأولى، طالما أنه أحد الأشكال التجارية. وعليه يكتسب الشركاء صفة التجار ويتم شهر إفلاسهم بالتبعية لشهر إفلاس الشركة عندما تتوقف عن دفع ديونها التجارية. فلو أن شركة تضافن تم تأسيسها قبل أول أكتوبر ١٩٩٩م بفرض الاستغلال الزراعى أو القيام بالمهن =



إلى إعتناق المشرع فيما سبق لفكرة العمل التجارى وليس لفكرة العمل الرأسمالى. فهذا المعيار لا يصلح لتمييز كل الشركات التجارية. هذا ما تبرهن عليه المادة العاشرة فى فقرتها الثانية، وذلك بنصها على أن «يكون تاجراً كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذى أنشئت الشركة من أجله». فوقاً لهذا النص تعد الشركة تجارية إذا اتخذت أحد الأشكال الخمسة المنصوص عليها فى قوانين الشركات وهى (شركة التضامن - التوصية البسيطة - المساهمة - التوصية بالأسهم - ذات المسئولية المحدودة). أما عندما تتخذ الشركة صورة المحاصة، فلا مناص من اللجوء إلى المعيار الموضوعى للفرقة بين المدنية منها والتجارية. فصورة المحاصة لا تُعد شكلاً من الأشكال المنصوص عليها فى قوانين الشركات، لأن الشركة لا تكتسب الشخصية المعنوية المستقلة. فالتعامل يتم باسم كل شريك وليس باسم الشركة. ومن ثم فالحاجة إلى المعيار الموضوعى ستظل باقية وقائمة، مادامت شركات المحاصة تنفرع إلى شركات مدنية وأخرى تجارية.

وأمام هذه الحاجة يمكن الاستناد إلى معيار العمل الرأسمالى كمعيار موضوعى للفرقة بين شركة المحاصة التجارية والمدنية، وذلك لأننا سنعود مرة أخرى إلى الغرض الذى أنشئت من أجله الشركة. فإذا كان هذا الغرض هو القيام بالأعمال التجارية، كانت الشركة تجارية. أما إذا كان الغرض الذى إبتغاه الشركاء هو القيام بالأعمال المدنية، كانت الشركة

---

= الحرة، فإنها تعد شركة مدنية لا يتم شهر إفلاسها عند توقفها عن دفع ديونها أو اكتساب الشركاء فيها صفة التجار. أما لو تم تأسيسها للقيام بذات النشاط بعد هذا التاريخ، فإنها تعد شركة تجارية تخضع لنظام شهر الإفلاس، ويكتسب الشركاء فيها صفة التجار. وهذه نتيجة غير منطقية، خاصة «إذا ما تعلق الأمر بمباشرة مهنة حرة كالمحاماة مثلاً، بل أكثر من ذلك سيؤدى هذا الوضع إلى نتيجة شاذة تتمثل فى شطب قيد الشركاء، الذين يمارسون من خلال هذه الشركة مهنة المحاماة، من جدول المحامين تطبيقاً لقانون ممارسة مهنة المحاماة الذى يحظر على المحامى مباشرة التجارة وإلا تعرض للجزاء التأديبى المتمثل فى شطب القيد من جدول المهنة (د/محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٦، ص ١٣)».

مدنية. فهذه التفرقة ستعود بنا مرة أخرى إلى موضوع الشركة أو الهدف من إنشائها. ولاشك أنه يمكن بسهولة ويسر التعرف على حقيقة الأعمال التي تقوم بها الشركة من خلال الاعتماد على فكرة رأس المال ونمط القيام به. فإذا كان المشرع المصري قد هجر هذه الفكرة عند التمييز بين الشركات المدنية والتجارية معتمداً على الشكل الذي تتخذه<sup>(١)</sup>، فإنه يسهل أيضاً إجراء هذا التمييز بين شركات المحاصة المدنية والتجارية بالنظر إلى الغرض من توظيف رأس المال والنمط الذي يجرى من خلاله هذا التوظيف. فإذا كان المعيار الموضوعى يقود إلى صعوبات عديدة، نظراً لاستناده على فكرة غير محددة أو منضبطة وهى فكرة العمل التجارى، فإن معيار العمل الرأسمالى يؤدى إلى تطبيق الفكرة التى عجز الفقه عن بيانها أو وضع ضابط محدد لها. فلقد أيقن الفقه أن الاستناد إلى فكرة العمل التجارى تصل فى بعض الأحيان إلى ما يسمى بالفراغ القانونى، لاسيما عندما تحدد من خلال فكرة التاجر، تلك التى تتوقف بدورها على الفكرة الأولى. أما بعد اللجوء إلى فكرة العمل الرأسمالى، فإن الصعوبات، التى أوجدتها فكرة العمل التجارى، يسهل التغلب عليها وإيجاد حلول لها. ومن ثم يمكن القول بأنه إذا كان المشرع المصرى قد عدل عن تبنى المعيار الموضوعى، عند التفرقة بين الشركات المدنية والتجارية، فى ظل قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩، فإن معيار العمل الرأسمالى يساعد إلى حد كبير على إزالة الأسباب والدوافع التى حدثت به إلى التخلّى عن هذا المعيار والأخذ بالمعيار الشكلى.

مع هذا فإن التساؤل الذى يطرح نفسه يتعلق بمدى إمكانية اللجوء إلى عنصر رأس المال للتفرقة بين الشركات المدنية والتجارية. فى الحقيقة إن رأس مال الشركة يعد أحد الملامح الخاصة لفكرة الشركة، فهو الذى يساعدها على إكتساب الشخصية المعنوية المستقلة. فإذا كانت الشركة

---

(١) د/ محمد فريد العرنى، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ١٤؛ د/ أحمد محمد حمز، الوسيط فى الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٥٠ وما بعدها، ص ٦٧ وما بعدها.

تكتسب الشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، فإن الذي يضيف علي الشركة هذا الاستقلال هو انفرادها برأس مال خاص يشكل ضماناً عاماً لدائتيها وحدهم دون دائتي الشركاء<sup>(١)</sup>. فلولا انفراد الشركة بهذا المال، لما أمكن الحديث عن استقلالها أو مخاطبتها كشخص من أشخاص القانون. ولا يصح الإعتراض على ذلك بالقول بأن أموال الشركاء أو مركزهم القانوني يقوى أو يعزز في بعض الشركات من مركز الشركة. فهذا التعزيز أو هذه التقوية لا ينتقص من استقلال الشركة أو من شخصيتها المعنوية. كما أنه لا يؤدي إلى اختلاط ذمم الشركاء بذمة الشركة. فامتداد ضمان دائتي الشركة إلى أموال الشركاء، في بعض الشركات التجارية، لا يعنى سوى أن «الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدموا أموالهم الخاصة إلى جوار أموال الشركة ضماناً إضافياً لدائتيها بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائتين بتعدد المسئولين وعدد الذمم الضامنة لحقوقهم. فالأمر، إذن، لا يعدو اعتبار الشركاء ضامنين ديون الشركة، وليس في ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسئوليته عن وفائها ما ينتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة<sup>(٢)</sup>». ومن ثم

(١) فلا يتصور أن تكون حصص جميع الشركاء عبارة عن عمل يقوم به كل منهم. فإذا كان العمل لا يمكن تقييمه بالنقد، فإنه لا يدخل في تكوين رأس مال الشركة، إذ لا يكون لمثل هذه الشركة رأس مال تقدي تعتمد عليه في تسيير شئونها ويشكل ضماناً عاماً لدائتيها. فالحصص بالعمل لا يمكن إذن أن تشكل هذا الضمان لأنها لا تصلح أن تكون محلاً للتنفيذ الجبري. مع ذلك ذهب البعض إلى القول بأن مثل هذه الشركة يتصور قيامها، شريطة أن تكون من طائفة شركات الأشخاص، ما دام أن الضمان العام للدائتين في هذا النوع من الشركات لا يقتصر فقط على رأس مال الشركة وإنما يشمل ذمم الشركاء الخاصة (د/ محمود مختار بربرى، قانون المعاملات التجارية، الشركات التجارية، فقرة ٢٨). غير أنه قد فات على هذا الرأي «أن ذمة الشركة لا تحتل بذمم الشركاء، وأنها وقف على دائتيها وحدهم بينما ذمم الشركاء مشاع يتزاحم فيه دائتوهم الشخصيون ودائتو الشركة (د/ محمد فريد العرينى، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٤١)». ففى هذا النوع من الشركات لا تنفصل ذمم الشركاء المتضامنين عن ذمة الشركة، فتعد ديونها مضمونة بأموالها وأموال الشركاء فيها على السواء.

(٢) د/حسن كبيرة، أصول القانون، الطبعة الأولى، ١٩٥٧؛ راجع أيضاً / على البارودى، القانون التجارى - الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية، منشأة المعارف، ١٩٩٤، ص ١٦٢.

فإن ظاهر الأمر قد يقود إلى القول بأنه يصعب الارتكان إلى عنصر رأس المال للترقية بين الشركات المدنية والتجارية. فرأس المال يعد ركناً من أركان عقد الشركة المدنية والتجارية على السواء<sup>(١)</sup>. فهو عنصر مشترك بين هذه الشركات، وبالتالي فإنه قد لا يصح الاستناد إليه عند التفرقة بينها، طالما أنه عنصراً أساسياً في تكوين فكرة الشركة المدنية منها والتجارية. مع هذا فإن هذا الاستنتاج غير سليم، وذلك لأن الاعتماد لا ينصب فقط على عنصر رأس المال، ولكن أيضاً على الغرض من توظيفه أو نمط استغلاله. فالاعتماد على فكرة العمل الرأسمالي، بما تتميز به من خصائص وسمات، يسهل إلى حد ما التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية، نظراً لأن الذي يميز هذه الفكرة هو النمط الذي يمكن من خلاله استغلال رأس المال وتدويره.

خلاصة القول إذن أن فكرة العمل الرأسمالي تُعد فكرة منضبطة لتمييز الأعمال المدنية عن الأعمال التجارية، حيث أنها تعتمد على عنصر محدد يسهل التعرف عليه والقول على أساسه بأن العمل يُعد تجارياً، وأن انتفائه يسبغ العمل بالطابع المدني. فهذه الفكرة، بالإضافة إلى انضباطها، فإنها فكرة كاملة، طالما أنها تصلح كأساس يمكن الاستناد إليه لتمييز الشركات المدنية عن الشركات التجارية، على الرغم من أن فكرة رأس المال تُعد قاسماً مشتركاً أو ركناً أساسياً من أركان عقد الشركة المدنية منها والتجارية<sup>(٢)</sup>. فمعيار العمل الرأسمالي، إضافة إلى وضوحه، فإنه يُعد

(١) راجع نص المادة ٥٠٥ من القانون المدني، حيث تعرف الشركة بأنها عقد يتم بين شخصين أو أكثر يساهم كل منهم في مشروع ما بحصة في رأس المال بغرض اقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة.

(٢) راجع في الفقه الفرنسي :

BEZARD P: Sociétés civiles, librairie technique, 1970, no 69 et s, p. 40 et s; GORE F.: Droit des affaires, les commerçants et l'entreprise commerciale, collection université nouvelle, précis Domat, éd Montchrestien, 1973, no 155 et s; BARDOUL J.: Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles, Rev. de sociétés, 1973, p. 413;=

سنداً أو أساساً لتلك التفرقة، وذلك على العكس من المعيار الشكلي، إذ على الرغم من وضوح هذا الأخير، إلا أن المشرع المصري لم يحدد الشكل الذي يمكن أن تتخذه الشركة المدنية لنفسها. وأمام هذا الإغفال، يمكن القول بأن الأنشطة المدنية بطبيعتها، كالمهن الحرة، لا تحافظ على تلك الطبيعة إلا إذا تمت مزاولتها في شكل شركة المحاصة<sup>(١)</sup>.

فأمام كمال فكرة العمل الرأسمالي، فإنه يمكن القول بأن تبنى المشرع التجاري لهذا المعيار يسهل إلى حد كبير تحديد الطبيعة الحقيقية

---

=VALKENEER R.: Les professions libérales et les sociétés civiles, essai de synthèse, in actes du colloque, université de Bruxelles, 1989, p. 343 et s; GASTAUD J.-P.: Les Formes sociales de l'activité libérale, in Travaux de l'association de. H. Capitant, les professions libérales, L.G.D.J., 1997, Tome II, p. 53 et s.

مع هذا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بإمكانية تأسيس بعض الشركات المدنية، خاصة شركات المحاماة المدنية، من خلال تقديم الحصص بالعمل فقط، وذلك على الرغم من أن هذه الحصص لا تدخل في تكوين رأس المال، استناداً إلى أن رأس المال لا يمثل الأساس في تكوينها ولا يؤثر في وجودها أو استمرارها. هذا فضلاً عن أنه يتفق مع نص المادة ١٨٣٢/١ من القانون المدني، والتي تعرف الشركة بأنها عقد بمقتضاه يساهم اثنان أو أكثر من الشركاء بأموالهم أو بعملهم من أجل اقتسام ما ينشأ عن الشركة من أرباح.

(PUTMAN E.: Les nouvelles dispositions sur la vente des parts de sociétés civiles et d'exercice libérale et leur incidence en matière de saisie, petites affiches, 20 avril 1994, p. 15 et s).

بيد أن الفقه الغالب لا يقر هذا الرأي لتعارضه مع نص المادة التاسعة من قانون ٨٧٩-٦٦ الصادر في ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦، والتي تشترط لاكتساب شركة المحاماة للشخصية المعنوية ضرورة وجود حصص نقدية أو عينية، إضافة إلى الحصص بالعمل. فإذا أغفل الشركاء عنصر رأس المال، فإن ذلك يؤدي إلى عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، طالما أن الحصص التي قدمها الشركاء تتمثل في حصص بالعمل، والتي لا تدخل في تكوين هذا العنصر.

(١) د/ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، فقرة ٦، ص ١٣؛ وقارب من هذا، د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، المرجع السابق، هامش ٢٤٩، ص ١٢١.

للأعمال، ومدى اتصافها بالصفة التجارية من عدمه. فإذا كان الفقه لم يتفق على كلمة سواء ولم ينعقد رأيه على معيار محدد وتردد بين معايير عدة، أثرت على المواقف التشريعية التي تبنتها التشريعات الوضعية فى هذا الصدد، فإن معيار العمل الرأسمالى يقضى على تلك الصعوبة. فوضوح الفكرة الأساسية التى يقوم عليها هذا المعيار هى التى تسهل الاستناد إليه لإجراء التفرقة بين ما يُعد تجارياً من الأعمال وما يُحتفظ منها بالصفة المدنية، مقارنة بالمعايير التى نادى بها الفقه منذ أمد بعيد، والتى يعيب البعض منها عدم الدقة والبعض الآخر عدم الشمول<sup>(١)</sup>. فالمثالب والانتقادات التى وجهت إلى تلك المعايير هى التى دعت المشرع إلى البحث عن فكرة جامعة مانعة يمكن الارتكان إليها لإجراء التمييز أو إحداث التفرقة. صحيح أن الفكرة التى اعتمد عليها المشرع كفكرة مميزة للعمل التجارى لم تسلم من الانتقادات. إلا أنه رغم الانتقادات التى وجهها بعض الفقهاء إلى تلك الفكرة وما تقود إليه من نتائج، فإنها فكرة شاملة تجمع بين طياتها كافة صور العمل الرأسمالى. هذا فضلاً عن قابليتها للتطور وصلاحياتها لكل الأوقات، فمن شأنها إخراج القانون التجارى من حالة الجمود التى ظل عليها لفترات طويلة. فإذا كانت الأنشطة المتتمة إلى التقسيم الثلاثى لقطاعات النشاط الاقتصادى تسيطر عليها حالة من الجمود، فإن معيار العمل الرأسمالى من شأنه المساعدة على إضفاء شئ من التجديد واستحداث لأنشطة لم تكن تمارس من قبل. ولاشك أن هذه المساهمة وهذا الاستحداث يساعدان على تطور فنون النشاط وتعدد أنماط الممارسة، وذلك بتشجيع الأفراد على خلق مجالات جديدة دون تحمل مغبة البحث عن أى مجال أو أى قطاع من الممكن أن تنتمى إليه.

(1) JAUFFRET A. & MESTRE J. : Droit commercial, op.cit, no 31, p.23 et s ; HOUTCIEFF D. : Droit commercial, op.cit, no 101, p.49 et s ; GUYON Y. : Droit des affaires, op.cit, no 1, p.1.

## المطلب الثاني

### سهولة أعمال القياس

في الحقيقة إن تبنى المشرع المصرى لمعيار العمل الرأسمالى يسهل إلى حد كبير أعمال الحكم الذى قرره المادة السابعة من القانون وهو إسباغ الصفة التجارية على كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة لتشابه فى الصفات والغايات. فنص المادة السابعة يُعد تكليفاً من المشرع بضرورة اللجوء إلى القياس لإضافة أعمال أخرى غير تلك التى عددها نصوص القانون الجديد. غير أن ظاهر هذا التعداد التشريعى قد يوحى بصعوبة إجراء هذا القياس، إما لصعوبة إظهار الصفات والغايات المشتركة بين جميع الأعمال التجارية، وذلك إذا لجئنا إلى القياس الجامع، أو إظهار مدى التشابه فى الصفات والغايات بين العمل المستحدث وتلك الخاصة بعمل معين من الأعمال المذكورة، وذلك عندما نلجأ إلى القياس الأحادى<sup>(١)</sup>.

وعليه يتعين علينا قبل بيان أسباب سهولة إجراء القياس فى ظل المعيار المتبنى، أن نلقى الضوء على معنى القياس وأنواعه.

أ - معنى القياس:

القياس هو إسناد حكم الأصل للفرع للتساوى فى علة الحكم<sup>(٢)</sup>.  
ومن هذا التعريف يتضح أن للقياس أربعة أركان هى:

(١) قارب من هذا، د/ زكريا البرى، أصول الفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، فقرة ٥٨، ص ٨٧، حيث يقرر أن علة القياس، التى تقود إلى إلحاق حكم الأصل بالفرع، لا تعرف «بمجرد فهم الألفاظ ومعانيها، بل تحتاج إلى بذل الجهد فى النظر والاستدلال والاستنباط العقلى، ولذلك يختص أهل الاجتهاد دين غيرهم بمعرفتها».

(٢) حول هذا المفهوم، راجع د/ أحمد زكى عويس، أصول الفقه، دار النيل للطباعة، المنصورة، بدون سنة نشر، ص ٨٧ وما بعدها؛ د/ يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢٠٠؛ د/ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربى، بدون سنة نشر، فقرة ٢١٨ وما بعدها، ص ١٧٣؛ د/ محمد سراج، أصول الفقه الإسلامى، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٨، ص ١٧٥؛ د/ زكريا البرى، أصول الفقه الإسلامى، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص ٨٦.

- ١- الأصل، ويقصد به الواقعة المنصوص على حكم لها، ويسمى بالمقيس عليه<sup>(١)</sup>.
  - ٢- الفرع، ويعنى الواقعة الجديدة التى يتم البحث لها عن حكم، ويسمى بالمقيس.
  - ٣- الحكم، وهو ما قرره النص من وصف للعمل أو ما ثبت للأصل من قرار.
  - ٤- العلة، وهى السبب الذى من أجله شرع الحكم للأصل، فهى التى يقاس عليها، أى هى ما يجمع بين الأصل والفرع<sup>(٢)</sup>.
- ب- أنواع القياس :

القياس بالمعنى السابق يمكن تقسيمه إلى قياس أحادى وقياس جامع<sup>(٣)</sup>.

(١) ولا خلاف أن الأصل الذى يقاس عليه يقتضى ألا يكون الحكم المقرر له قاصراً عليه فقط. وهو ما يطلق عليه فقهاء الشرع بانفراد الأصل بالحكم. فهذا الانفراد يخرج الأصل عن نطاق أو دائرة القياس، والمثال الواضح عليه هو قبول شهادة خزيمة بن ثابت وحده، خلافاً للحكم العام وذلك عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم لعن شهد له خزيمة فهو حسبه، ومنها أيضاً الأحكام التى اختص بها رسول الله صلى الله عليه وسلم كتحريم نكاح زوجاته من بعده وإباحة وصال الصوم له (د/ محمد سراج، أصول الفقه الإسلامى، المرجع السابق، ص ١٨٣).

(٢) وعلى الرغم من أهمية العلة فى مجال القياس، إلا أنه قد اختلف حول المقصود بها. فالبعض يرى أنها المعنى المناسب لإقرار الحكم، بينما يذهب آخرون إلى القول بأنها الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على المعنى المناسب للحكم (د/ أحمد عويس، أصول الفقه، المرجع السابق، ص ٧). وأياً ما كان المعنى المقصود للعلة، ويصرف النظر عن اتفاق أو اختلاف علماء الفقه الإسلامى حول معناها، فإنه لا بد أن تتوافر فى العلة شروط أربعة، حتى يمكن الاعتداد بها كركن فى القياس. وهذه الشروط الأربعة هى: ١- أن تكون وصفاً ظاهراً. ٢- أن يكون هذا الوصف منضبطاً. ٣- أن يكون الوصف مناسباً. ٤- ألا يكون هذا الوصف قاصراً على الأصل (د/ محمد سراج، أصول الفقه الإسلامى، المرجع السابق، ص ١٨٦ وما بعدها).

(3) HAMEL J., LAGARDE G. et JAUFFRET A.: Droit commercial, op. cit, no 195-I; GORE F.: Droit des affaires, les commerçants et l'entreprise commerciale, op. cit, no 52.



والقياس الأحادي يقصد به التعرف على الصفات والغايات التي يتميز بها العمل المستحدث والتي يمكن من خلالها إضفاء الصفة التجارية عليه، ثم مقارنتها أو مضاهاتها بصفات وغايات عمل من الأعمال التي عدتها النصوص القانونية الجديدة. ولا شك أن الدراسة المقارنة تساعد إلى حد كبير في إجراء مثل هذا النوع من القياس. فالتعرف على المواقف التشريعية يسهل التعرف على التشابه في الصفات بين الأعمال التجارية وما يستحدث من أعمال. هذا ما استفاد منه الفقه والقضاء اللبناني، إذ أمكنه قياس توريد الخدمات على توريد السلع المنصوص عليه في المادة السادسة من قانون التجارة. ولعل هذا التيسير جاء من مساواة بعض التشريعات العربية (كالشريع المصري والإماراتي) بين عقود توريد السلع أو البضائع وتوريد الخدمات.

فالتعرف على موقف التشريعات الوضعية وتوصيفها للأعمال التجارية يساعد بعض الشيء على إجراء القياس الأحادي. مع هذا فإن الأمر يحتاج إلى مجهود غير يسير من القضاء أو الفقه في التعرف على وجهات النظر التشريعية من ناحية، ووجود الاستعداد لدى القاضى للقيام بهذا الأمر من ناحية أخرى.

أما القياس الجامع فيقصد به إظهار الصفات والغايات المشتركة بين جميع الأعمال التجارية التي عددها القانون، ثم مطابقتها بصفات وغايات الظواهر المستحدثة لمعرفة مدى التوافق بينها من عدمه<sup>(١)</sup>. فهذا

(١) ولهذا يشترط علماء الفقه الإسلامى ضرورة التوافق أو التساوى بين علة الفرع وعلة الأصل. ومن ثم فإنه لا يمكن إعمال حكم الأصل على الفرع إلا عند التساوى فى العلة. فإذا لم يكن الفرع مساوياً للأصل فى علة الحكم، كان القياس قياساً مع الفارق. مثال ذلك: المرأة المسلمة لها ذمة مالية مستقلة، وبالتالي يجوز لها أن تبيع شيئاً من المال المملوك لها، فقياس الخنفة على ذلك، جواز أن تتولى عقد زواجها بنفسها بجامع أن كلا العقدين تصرف فى حق خالص للمرأة، وهو المال فى العقد الأول ونفسها فى العقد الثانى. وينظر فاحصة إلى هذا القياس نجد أنه قياس مع الفارق بين الفرع وهو عقد الزواج والأصل وهو عقد البيع. لأن البيع متعلق بالمال وهو حق من حقوق المرأة الخالصة، أما الزواج فإنه وإن كان متعلقاً بنفسها والتي هى حق لها، إلا أنه متعلق بأسرتها أيضاً. فعقد الزواج لا يترتب عليه ارتباط بين الزوجين =

النوع من القياس يستلزم القيام، في مرحلة أولى، بالتعرف على التشابه في الغايات التي تجمع بين الأعمال التجارية بحسب نص القانون، ثم تطبيقها على الظاهرة المستحدثة للتعرف على مدى اشتغالها أو تضمناها لهذه الصفات والغايات أم لا.

فوفقاً لهذا النوع من القياس يتعين التعرف على المعيار الذي تقوم عليه الأعمال التجارية الوارد ذكرها في التعداد التشريعي، كالتوسط أو المضاربة، ثم إعمال هذا المعيار على الظواهر المستحدثة للحكم على مدى تجاريتها من عدمه. فالقياس الجامع يعود بنا مرة أخرى إلى البحث عن المعيار المميز للعمل التجاري، وهو أمر صعب التحديد، خاصة في ظل هذا التباين التشريعي واختلاف الوجهة الفقهية.

= فقط، وإنما ارتباط بين أسرتين، فيصبح الزوج عضواً كامل العضوية في أسرة الزوجة يختلط بأفرادها ويطلع على كل شئونها وأسرارها، ولذا يكون لوليها حق في هذا الزواج، بخلاف عقد البيع فلا يترتب عليه أى حقوق للغير (د/أحمد زكى عويس، أصول الفقه، المرجع السابق، ص ١١٣). كذلك يشترط لصحة القياس عدم محكومية الفرع بنصر في القانون يخالف ما يمكن تقريره بإستناد حكم الأصل إليه. فوجود حكم للفرع مخالفاً للحكم المقرر للأصل يقود إلى فساد القياس في هذه الحالة. فالقياس المعارض لنص هو بدون شك قياس فاسد، لأنه يؤدي إلى القول بإبطال نص في القانون. وعليه يمكن القول بأن تقرير المشرع لحكم للفرع يخرج، هذا الأخير، من دائرة القياس، أى لا ينطبق عليه وصف المقيس، وهذا وإن كان يمكن أن يدخل في دائرة المقيس عليه، باعتبار أن له حكماً يمكن القياس عليه عندما تتساوى علة مع علة فرع جديد (د/محمد أبو زهرة، أصول الفقه، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢، ص ١٨٧). ولعلنا نأخذ المثال الذي يوضح ذلك من القانون المصرى. فإذا كان هذا الأخير قد استبعد أعمال الفلاحة العادية من نطاق القانون التجارى، فإنه لا يمكن إدخال هذه الأعمال في نطاق القياس عندما يقوم مالك الأرض باستخدام الطرق الحديثة في الزراعة (كالصوب) بدعوى أن استخدامها يحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة. ومن ثم فإنها تعتمد على فكرة رأس المال، ويمكن أن تدخل في مفهوم الأعمال الرأسمالية. فهذا القياس لا يجوز، لأن المشرع المصرى قرر لهذه الأعمال حكماً خاصاً بها، يخالف ما يمكن تقريره لها عند إدخالها في نطاق القياس. بل على العكس يمكن إدخال هذه الأعمال دائرة القياس كمقيس عليها، عندما تتساوى علة استبعادها مع علة الأعمال الجديدة (الفرع). بعبارة أخرى، لا يمكن إدخال هذه الأعمال المستبعدة نطاق القياس إلا كأصل يمكن القياس عليه، لاستبعاد الأعمال التي تتساوى معها في العلة من نطاق القانون التجارى.

من الواضح أنه من الصعب أو بمعنى أدق من النادر اللجوء إلى القياس الجامع للتعرف على حقيقة بعض الأعمال، لما يقتضيه ذلك من رد الأعمال التجارية التي عددها المشرع إلى فكرة واحدة يمكن على أساسها إجراء المقارنة أو المضاهاة. فهناك اختلاف بين نوعي القياس، فبينما يعد إبراز صفات وغايات كل عمل تجارى على حده أمر لا غنى عنه في القياس الأحادي، فإن الأمر يحتاج إلى إبراز الصفات والغايات المشتركة بين كل الأعمال التي عدتها النصوص القانونية عندما نلجأ إلى القياس الجامع. وعليه لا يستلزم الأمر وضع تعريف للعمل التجارى كضابط للقياس عندما نلجأ إلى منهج القياس الأحادي. بينما يعد هذا الأمر ضرورياً وجوهرياً عند اللجوء إلى منهج القياس الجامع. بيد أن هذا لا يعنى أن وضع تعريف محدد للعمل التجارى أو الوقوف على معيار منضبط لتمييز الأعمال التجارية هو بغرض التعرف على الأعمال التي يمكن قياسها على التعداد الذي أورده النصوص للأعمال التجارية فقط، وإنما أيضاً لبيان أو لتحديد الأساس الموضوعى الذى يقوم عليه القانون التجارى. بعبارة أخرى أن محاولة تعريف العمل التجارى لا تكون بغرض تقديم ضابط للقياس فقط، وإنما أيضاً من أجل تحديد نطاق قانون التجارة<sup>(١)</sup>.

كذلك وعلى الرغم من أن منهج القياس الأحادي لا يستتبع بالضرورة تحديد مضمون العمل التجارى، إلا أنه يصعب اللجوء إليه فى تحديد الأعمال التجارية بالقياس. وهذه الصعوبة تأتي من ضرورة إبراز العلة فى كل عمل من الأعمال التى عددها القانون، للتعرف على مدى توافرها فى العمل المستحدث أم لا. يضاف إلى ذلك أن إبراز هذه العلة قد يؤدى إلى توسعة فى نطاق الأعمال التى تخضع لأحكام القانون التجارى. فعلى سبيل المثال قيل بأن العلة فى إخضاع عقد الوكالة بالعمولة وعقد

(١) د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، هامش (٢)،

السمسرة لأحكام القانون التجارى هى الوساطة فى إبرام العقود، بما يعنى ضرورة خضوع أية صورة جديدة للوساطة فى إبرام العقود لأحكام القانون التجارى بالقياس على عقدى الوكالة والسمسرة، وهو ما لا يمكن قبوله أو التسليم به.

جد - أسباب سهولة إجراء القياس:

إن النظر إلى التعداد التشريعى الذى أورده المشرع المصرى للأعمال التجارية، أياً كانت طبيعتها، قد يوحى بأن فكرة العمل الرأسمالى التى تعتمد عليها ليست ثمرة رأس المال الذى تقوم عليه فقط وإنما أيضاً ثمرة الجهود الإنسانى الذى يوظف هذه الأموال التوظيف الأمثل حتى تحقق ما يرجوه منها، ولو كان القائم بالاستغلال مجرد فرد يستثمر أمواله دون أن يرقى بها إلى فكرة المشروع الجماعى الذى يجمع بين طياته مجموعة من العناصر البشرية والمادية التى تتضافر لتحقيق الغاية المرجوة. مع هذا فإن نظرة دقيقة إلى الأمثلة التى أوردها التشريعات الوضعية تبرز بجلاء أن العنصر المميز لهذه الفكرة هو العنصر المالى، وليس العنصر البشرى. فالعمل الرأسمالى لا يقوم بدون عنصر رأس المال، أياً كان الدور الذى تساهم به العناصر الأخرى. صحيح أن فكرة العمل الرأسمالى لا تقوم على عنصر رأس المال وحده، وإنما تتداخل عناصر أخرى فى تشكيلها. بيد أن هذا التداخل ليس على درجة واحدة، وإنما يشكل العنصر المالى الدور الرئيسى فى تكوينها. وعليه فإن التركيز على هذا العنصر عند الاعتماد على معيار العمل الرأسمالى يسر من أعمال القياس.

سهولة أعمال القياس تأتى إذن من انطلاق المشرع من فكرة العمل الرأسمالى وانخادها الأساس فى إضفاء الصفة التجارية على العمل، مع الأخذ فى الاعتبار اختلاف معنى التجارة فى نطاق القانون التجارى عنه فى علم الاقتصاد. فإذا كان يقصد به فى المجال الاقتصادى «عمليات الوساطة بين المنتج والمستهلك، أى تداول وتوزيع الثروات دون الإنتاج، فإنه يفهم منه أن هناك فرقاً بين إنتاج الثروات، وهو ما يطلق عليه اصطلاح الصناعة، وبين تداول الثروات، وهو ما يعرف بالتجارة. بينما

فى مجال القانون التجارى، نجد أن التجارة، تمتد إلى جانب كبير من الصناعة، وبخاصة تلك الصناعة التحويلية، أى التى تقوم بتحويل المواد الأولية أو النصف مصنعة إلى مواد صالحة للاستعمال، وعلى ذلك فإن الشخص الذى يقوم بهذا التصنيع يعتبر تاجراً<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا الأساس، يدخل فى مفهوم التجارة، ليس فقط عمليات التداول، وإنما أيضاً عمليات الإنتاج، سواء أكانت من العمليات التحويلية أو العمليات الاستخراجية.

من الواضح أن رد الأعمال التجارية التى عددها المشرع إلى معيار واحد ومحدد (معيار العمل الرأسمالى) يسهل إلى حد كبير من إعمال القياس بنوعيه الأحادى والجامع. صحيح أن صعوبة إعمال القياس فى مجال نظرية الأعمال التجارية تكمن فى تحديد منهج القياس المتبع، وهل هو منهج القياس الأحادى أم القياس الجامع. فلتحديد الأصل كركن فى القياس يتعين الوقوف على منهج القياس الواجب إتباعه، وذلك للتعرف على الصفات والغايات التى يمكن المقارنة بينها وبين الظواهر التى لم يرد ذكرها فى التعداد التشريعى، إما لإغفال المشرع بيان طبيعتها وإما لكونها استحدثت بعد صدور القانون. مع هذا فإن القول باعتماد المشرع التجارى لفكرة العمل الرأسمالى ييسر إعمال القياس.

فسهولة إعمال القياس تأتى من القول باعتماد المشرع لمنهج القياس الجامع. فاستقراء نص المادة السابعة يقتضى إتباع هذا المنهج، إذ جاء التكليف فى صدر هذه المادة صريحاً بالقياس على سائر الأعمال التى

---

(١) د/ أحمد محمد محرز، المشروع التجارى، عناصره والتزاماته، المرجع السابق، بند ٤، ص ٨؛ قارب من ذلك أيضاً د/ هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، بند ١٣٨، ص ١٤٨، حيث يقرر أنه «من الثابت أن للتجارة مفهوماً قانونياً يختلف عن مفهومها الاقتصادى. فالتجارة فى علم الاقتصاد صورة خاصة من صور الأنشطة الاقتصادية تتمثل فى تداول السلع والمنتجات، وهو ما يمكن التعبير عنه بلغة قانونية بالشراء لأجل البيع. أما التجارة فى القانون فهى تصوير مجرد لبضعة أنشطة اقتصادية، على تعددها وتنوعها واختلاف مجالاتها، يجمع بينها خضوعها لأحكام القانون التجارى».

عددتها المشرع فى المواد الرابعة والخامسة والسادسة، دون قصره على أعمال بعينها، أو على طائفة محددة منها، فلم يميز المشرع المصرى بين الأعمال التجارية الوارد ذكرها فى هذه المواد، على نحو يفهم منه أن نطاق القياس يشملها جميعاً. ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن المشرع قد قصر التكليف بالقياس على الأعمال الوارد ذكرها فى المادتين الرابعة والخامسة دون تلك التى عددها المادة السادسة، لما يودى إليه هذا من استبعاد أعمال التجارة البحرية والجوية من نطاق القياس على نحو يخالف إرادة المشرع، حيث جاء التكليف بالقياس واضحاً وشاملاً لجميع الأعمال التجارية بحسب القانون<sup>(١)</sup>.

(١) على العكس يرى البعض أن أعمال التجارة الجوية، شأنها فى ذلك شأن أعمال التجارة البحرية، لا يمكن القياس عليها، أو بمعنى أدق لا تثير مسألة القياس وإنما تطرح فقط مشكلة تفسير ما يدخل تحت نطاق هذه التجارة من أعمال. ولعل الدليل على ذلك هو المسلك الذى انتهجه كل من المشرع اللبنانى والمشرع الأردنى، إذ عينا على نحو واضح ودقيق الحدود الفاصلة لنطاق القياس، وحدداه بأعمال التجارة البرية دونه الجوية أو البحرية، كما أنهما بينا على نحو ظاهر نطاق التفسير وربطاه بهذه الأعمال الأخيرة دون غيرها. فوفقاً لهذين المشرعين يتضح أن «الإضافة إلى تعداد أعمال التجارة البحرية لا تثير سوى قضية تفسير لما يعتبر من قبيل هذه الأعمال. فكل عمل يتعلق بقطاع التجارة البحرية يعد عملاً تجارياً فى مفهوم المادة السابعة من كل من قانون التجارة اللبنانى والسورى والأردنى. لذلك تنحصر إشكالية القياس على الأعمال التجارية بحسب نص القانون فى أعمال التجارة البرية الوارد ذكرها بالمادة السادسة. وهذه المادة تضم أعمالاً تعتبر وحدة أنشطة تنتمى إلى قطاعات مختلفة للنشاط الاقتصادى، وبالتالي لا يكفى مجرد تفسيرها لإضافة أعمال قد لا تنتمى إلى ذات القطاع من النشاط الاقتصادى. ويترتب على ذلك أنه لا يلزم للقياس البحث عن الصفات والغايات المشتركة بين جميع أعمال التجارة البحرية وأعمال التجارة البحرية نظراً لاستبعاد هذه الأخيرة من نطاق القياس (د/هانى محمد دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٤١). هذا ما تبرزه بوضوح المادة السادسة من قانون التجارة الأردنى رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦، وذلك بنصها على أنه «تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية: أ- شراء البضائع ..... (ع) وكالة الأشغال. ثم جاءت الفقرة الثانية من هذه المادة لتبين بوضوح نطاق القياس بنصها على أنه وتعد كذلك من الأعمال التجارية البرية بحكم ماهيتها الذاتية الأعمال التى يمكن اعتبارها ماثلة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها. وهو ما لم تقرره المادة السابعة، والتى عدت أعمال التجارة البحرية، =

فالتشابه فى الصفات والغايات يقتضى منا إعمال منهج القياس الجامع ، لأن هذا التشابه هو ما يعوّل عليه عند إسناد حكم الأصل للفرع . فالتشابه فى الصفات والغايات هو الذى يقود إلى القول بالتساوى فى علة الحكم . فلا يمكن أن يأتى التشابه «فى مضمون الأعمال التى عدتها النصوص . فمن حيث طبيعة الأعمال لا يوجد تشابه بين التجارة بمفهومها الاقتصادى ، والصناعة التحويلية ، والنشر ، والنقل ، ومشروعات تربية الحيوان ، وأعمال مكاتب السياحة ، وعمليات الشحن والتفريغ . وهو ما يفسر أن المشرع لم يجعل من مضمون الأعمال التجارية بحسب نص القانون عنصراً فى علة القياس وإنما حدد هذه الأخيرة بالتشابه فى الصفات والغايات<sup>(١)</sup> .»

كذلك تأتى سهولة إعمال القياس من مبدأ الشمول الذى اعتنقه المشرع المصرى عند تعداده للأعمال التجارية . فإلقاء نظرة على المواد ٤ ، ٥ ، ٦ يظهر أن المشرع قد رسم إطاراً عاماً شاملاً لجميع القطاعات التى يختص القانون التجارى بتنظيمها . فعلى الرغم من تعدد الأنشطة الإنسانية وتنوعها ، إلا أن المشرع سمح بإعمال القياس أياً كان القطاع الذى ينتمى إليه النشاط المستحدث أو الذى أغفل المشرع ذكره ضمن الأعمال التى عددها . فإذا كان التعداد التشريعى للأعمال التجارية لم يستثنى من حيث المبدأ أى قطاع من قطاعات الأنشطة (الأولى والثانوية والخدمات) ، فإنه من الطبيعى أن يمتد نطاق القياس إليها<sup>(٢)</sup> . فلا يمكن من حيث المبدأ القول

---

= حيث مثلت فقط لهذه الأعمال فى فقراتها (أ ، ب ، ج ، د) دون أن تردف هذا التمثيل بنص مماثل لنص الفقرة الثانية من المادة السادسة . وهو الأمر الذى يدل دلالة قاطعة على أن المشرع الأردنى اتجهت إرادته إلى قصر إعمال القياس على أعمال التجارة البرية دون البحرية ، وذلك خلافاً لما قرره المشرع المصرى أو الإماراتى أو الكويتى .

(١) د/ هانى محمد دويدار ، الأعمال التجارية بالقياس ، المرجع السابق ، بند ٣٧ ، ص ٥١ .

(٢) على العكس ، د/ هانى محمد دويدار ، الأعمال التجارية بالقياس ، المرجع السابق ، بند ٢٩٣ ، ص ٣٠٦ ، حيث أكد ، بعد تعريفه للعمل التجارى كضابط للقياس بأنه كل عمل لازم لنشاط إنتاجى لسلع مصنوعة أو لخدمات عبر دورة مالية بهدف تحقيق الربح النقدى من تسويق المنتجات ، على حصر التعريف لمجال الأنشطة التجارية فى =

بأن دلالة التعداد التشريعي قاصرة على أى من هذه القطاعات، ولكنها دلالة شاملة على خضوع جميع الأنشطة لأحكام القانون التجارى، وبالتالي لإمكانية القياس. فهذا الخضوع غير قاصر على قطاع أو أكثر منها، ولكنه يمتد إليها جميعاً.

وما يسهل إعمال القياس أخيراً أن الأعمال المذكورة يجمع بينها إتباعها لنمط الاستغلال الرأسمالى. فعلى الرغم من امتداد التعداد التشريعي لكافة الأنشطة الاقتصادية بصرف النظر عن انتمائها إلى القطاع الأولى<sup>(١)</sup> أو الثانوى<sup>(٢)</sup> أو قطاع الخدمات<sup>(٣)</sup>، إلا أن إمكانية القياس عليها

= الإنتاج الصناعى للسلع وإنتاج الخدمات مع استبعاد أنشطة القطاع الأولى من نطاق التعريف المقترح.

(١) ويقصد به القطاع الذى تلعب فيه الطبيعة الدور الأساسى فى عملية الإنتاج. ومن أمثلة الأنشطة التى تمثل هذا القطاع، الزراعة والصيد وتربية الحيوان والعمليات الاستخراجية للموارد الطبيعية. ففى هذا القطاع تكون العلاقة مباشرة بين الإنسان والطبيعة، وحيث الدور الذى تقوم به الطبيعة فى عملية الإنتاج دور واضح (...). وبعض المنتجات الناتجة من هذا النشاط قد تصلح لإشباع الحاجات النهائية للإنسان كالخضروات الطازجة أو كاستخدام الفحم فى التدفئة المنزلية، والبعض الآخر يتعين أن يكون موضوعاً لنشاط إنتاجى آخر قبل أن يستعمل فى إشباع الحاجات النهائية للإنسان كالقطن لا بد من مروره بمراحل مختلفة قبل أن يصبح ملابس (د/محمد دويدار، مبادئ الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ١٧٥).

(٢) ويقصد به قطاع الصناعة، أى عمليات تحويل منتجات القطاع الأولى، سواء انصب التحويل على مواد نصف مصنعة أو مواد أولية.

(٣) ويقصد به القطاع الذى يعنى بالأعمال المرتبطة بإنتاج السلع خدمة لها، كأعمال النقل والتأمين وتوزيع الغاز والطاقة وخدمات التعليم والإعلام. مع هذا فإن التمييز بين هذه القطاعات يحتاج دائماً إلى إعادة نظر، خاصة فى ظل التطورات المتلاحقة والتعديل المستمر فى فنون الإنتاج الزراعى، ومدى تغلب الإنسان على قوى الطبيعة، مما يؤدى إلى تحويل الزراعة رويداً رويداً إلى فرع من فروع الصناعة. لمزيد من التفصيل راجع:

**PULL: La complémentarité de l'analyse économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration en agriculture, Rev. dr. rural, 1978, p. 42 et s; COURET: Activités agricoles et activités commerciales: Leurs domaines respectifs, Rev. tr. dr. com. 1980, p. 278 et s.**



لا تتحقق إلا إذا اتبع فى مباشرة الظواهر المستحدثة نمط الاستغلال الرأسمالى. فالتأمل للأنشطة التى عددها المشرع يلاحظ أن القاسم المشترك الذى يجمع بينها هو إتباع هذا النمط عند مباشرتها أو القيام بها. فلقد رسم المشرع الإطار العام للقانون التجارى وحدد اختصاصه بمعالجة كافة الأنشطة الصناعية والأنشطة الخدمية ذات الطابع الرأسمالى والأنشطة الأولية الرأسمالية. والدليل على ذلك أن المشرع اعتبر كل نشاط يقوم على استغلال الأرض وموارد الطبيعة من قبيل الأنشطة التجارية. فإذا كان الأمر قد استقر، منذ أمد بعيد، على استبعاد الزراعة وكافة العمليات المرتبطة بها من نطاق القانون التجارى، إلا أن المشرع خرج على هذا الاستبعاد نظراً لتبنيه لمعيار العمل الرأسمالى كمعيار لتصنيف الأعمال، دون تمييز بينها من حيث القطاع الذى تنتمى إليه. فهذا التعداد لم يفرق بين قطاعات النشاط، وإنما ميز داخل كل قطاع منها بحسب النمط المتبع فى مباشرتها أو عند مزاولتها. فداخل القطاع الأولى ميز المشرع بين الزراعة أو الفلاحة الطبيعية وبين الزراعة الرأسمالية أو الإقطاعية. وفى داخل القطاع الثانوى فرق أيضاً بين الأنشطة الصناعية التى يتبع بشأنها نمط الإنتاج الحرفى وذات الإنتاج الرأسمالى. وأخيراً داخل قطاع الخدمات تم التمييز بين الخدمات التى تقوم على توظيف رأس المال بهدف تحقيق الربح، وبين تلك التى تقوم على استغلال ملكات الإنسان الذهنية والفكرية وما اكتسبه من خبرة وما يتمتع به من كفاءة فى أداء بعض الخدمات كالمهن الحرة.

### الفصل الثانى

#### أثر تبنى المشرع التجارى لمعيار العمل الرأسمالى

إن المساواة التشريعية بين العمل التجارى والعمل الصناعى، واعتبار الثانى أحد تطبيقات الأول أثارت العديد من التساؤلات، يتعلق البعض منها بالبيئة، والآخـر خاص بالرقابة القانونية. فانطلاق المشرع من فكرة العمل الرأسمالى واتخاذها الأساس فى تحديد الأعمال التى يسرى عليها القانون، قد يؤدى إلى الإضرار بالبيئة من ناحية، أو قد يحدث نوعاً

من عدم ملائمة الرقابة القانونية المفروضة من ناحية أخرى. فإذا كان المشرع قد وسع من دائرة الأعمال التي ينطبق عليها الوصف التجاري إستجابة للتطورات التي لحقت بالأنشطة الاقتصادية، فإن مثل هذه التوسعة قد تتخذ سندا للقول بمساهمة قانون التجارة فى الإضرار بالبيئة أو إحداث نوعاً من عدم ملائمة الرقابة القانونية. فإختلاف الأساس القانونى الذى تستند إليه الأعمال التجارية والصناعية والزراعية قد يودى إلى اختلاف النتائج التى تسفر عن مباشرة أياً منها. فهذا الاختلاف يشير التساؤل عن مدى الحاجة إلى إعمال قواعد مختلفة تتناسب وجسامة أو ضآلة النتائج التى ترتبها، إذ لا يمكن بأى حال من الأحوال القول بأن الأعمال الرأسمالية بأنواعها المختلفة ترتب نفس النتائج أو تحدث ذات الآثار. فهل كل نوع منها يحتاج إلى قواعد مختلفة تتلاءم مع طبيعته وما يسفر عنه من نتائج وما يمكن أن يوقع على من يباشره من عقوبات، أم على العكس يمكن القول بأن المساواة فى التنظيم لا تعنى بالضرورة المساواة فى الاشتراطات المطلوبة لمزاولة أياً منها ؟

من الواضح أن المساواة بين الأعمال الرأسمالية الثلاثة وإخضاعها لقواعد واحدة تطرح التساؤل حول حقيقة مساهمتها فى الإضرار بالبيئة من ناحية، وإلى إحداث نوع من عدم ملائمة الرقابة القانونية من ناحية أخرى.

وعلى هذا الأساس سوف نتعرض بالدراسة إلى ما يسمى بأزمة البيئة للتعرف على ما قد تساهم به هذه المساواة من نصيب فى إحداثها (المبحث الأول)، وإلى مدى ملائمة الرقابة القانونية المقررة من عدمه (المبحث الثانى).

## المبحث الأول

### أزمة البيئة

تعد حماية البيئة من المسائل الدقيقة التى أولتها الدول اهتماماً بالغاً، لاسيما بعد تلك التهديدات التى تواجهها والناجمة عن تحول

## معظم المجتمعات الحديثة إلى مجتمعات صناعية<sup>(١)</sup>. فلقد استلزمت مثل تلك التهديدات زيادة التدخل التشريعى فى مجال البيئة ووضع القوانين

(١) قارب من هذا المعنى، د/ نور الدين هنداوى، السياسة التشريعية والإدارة التنفيذية لحماية البيئة، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر، فبراير ١٩٩٢، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى، ص ٢، حيث يقرر سيادته «أنه لم تظهر الحاجة الملحة لحماية البيئة من الاعتداء عليها إلا بعد ظهور الثورة الصناعية الهائلة، والتي نشأ عنها خلل بيئى محلى ثم دولى حتى اقترب من تهديد سلامة الكرة الأرضية ذاتها». فلا أحد ينكر أن الاهتمام الدولى بالبيئة جاء مصاحباً للتطور الصناعى فى المجتمعات الحديثة، نظراً لما يفضى إليه هذا التطور من نتائج وما يحدثه من انعكاسات سلبية على البيئة بجميع عناصرها. فبعد هذا التطور أصبح الحفاظ على البيئة أهم المطالب الإنسانية، والشغل الشاغل لكل الأجهزة سواء على المستوى الداخلى أو المستوى الدولى، لاسيما بعد أن أصبح التلوث البيئى شاملاً لكل العناصر البيئية. هذا ما يؤكد الميثاق العالمى للطبيعة، بتقريره أن الحق فى بيئة نظيفة يرقى إلى مرتبة الحقوق الأساسية للإنسان. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الأولى من الميثاق بنصها على أن «للإنسان حق أساسى فى الحرية والمساواة، وفى ظروف معيشية مرضية، وفى بيئة محيطة تسمح له بالحياة بكرامة ورفاهية، وعلى الإنسان واجب مقدس بحماية وتحسين البيئة للأجيال الحاضرة والمستقبلية». مع هذا وعلى الرغم من الاهتمام العالمى والداخلى بالبيئة، إلا أن نظرة المشرع التجارى لهذا الأمر لم تواكب هذا الاتجاه، بل إنها جاءت مخيبة للآمال، أو على الأقل ضارة بالبيئة. فعلى الرغم من خطورة أعمال الصناعة وعدم توقفها على نسبة الأضرار التي تلحقها بالبيئة فقط وإنما ارتباطها أيضاً بعدم التخطيط لهذه الأعمال، فقد ساءى المشرع بينها وبين أعمال التجارة. فمن المعلوم أن خطورة أعمال الصناعة ترتبط بعدم التخطيط لها أو التفكير فى كيفية التخفيف من نتائج مباشرتها، لاسيما فى البلدان النامية. فهذه الأخيرة لا يشغلها سوى التحول من الزراعة إلى الصناعة وفتح آفاق جديدة فى جميع مجالات التصنيع دون الاهتمام أو التفكير فى استيراد الآلات أو المعدات صديقة البيئة. هذا ما تبرزه بوضوح التجربة المصرية، إذ أدى الاهتمام بالتحول السريع إلى الصناعة إلى الاهتمام بإنشاء العديد من المناطق والمجتمعات الصناعية دون أى تخطيط علمى بيئى سليم، حيث لم يتم التفكير فى الأضرار التي يمكن أن تلحقها تلك المجتمعات الصناعية بالبيئة، لاسيما فى ظل سياسات الاستيراد غير القائمة على شراء مصانع مزودة بوسائل تحكم فى الملوثات المنبعثة منها. فعدم الخبرة والدراية لدى الدول النامية تقودها إلى استيراد تكنولوجيا بالية أو من أثر الماضى، الأمر الذى يؤدي إلى تلوث البيئة والإضرار بالكائنات الحية. وذلك على العكس من الدول المتقدمة، إذ تستخدم دائماً تكنولوجيا متقدمة ومتطورة، تأخذ فى الحسبان دائماً ما يمكن أن تلحقه بالبيئة من أضرار. لهذا لا تسمح تلك الدول باستخدام تكنولوجيا أو تصنيع منتجات غير=

التي تكفل لها حماية قوية وفعالة. بل إن هذا التدخل لم يقتصر على التشريعات الوطنية، وإنما امتد نطاق الحماية إلى المجال الدولي. فوضعت الاتفاقيات الدولية التي تبين أوجه التعدي على البيئة وكيفية توفير الحماية الفعالة لها.

يبد أن استقراء النصوص القانونية، سواء ذات الطابع الوطني أو الدولي، يظهر بوضوح أن الاعتداء على البيئة تتعدد أسبابه، إذ يرد البعض فيها إلى أعمال الصناعة، والبعض الآخر يرجع إلى الدول المتقدمة وما يحدثه تقدمها من خلل بيئي.

وهكذا يتضح أن الأسباب التي تحدث تلك الأزمة التي تتعرض لها البيئة متعددة، الأمر الذي يقتضى منا التعرض بالدراسة لهذه الأسباب ولكيفية علاجها والتغلب عليها، كل في مطلب مستقل.

### المطلب الأول

#### أسباب أزمة البيئة

#### مشكلة البيئة:

منذ أن خلق الله الكون والإنسان يمارس أنشطة مختلفة ومتنوعة، ويتعامل في ممارسته لها مع البيئة الطبيعية بلطف، لا يجور عليها ولا يستنزف مواردها. إلا أنه مع تطور أنماط الصناعة واستخدام التكنولوجيا في كافة المجالات وسائر الأنشطة بدأت تتصاعد حدة آثار هذا التعامل

---

=صديقة للبيئة. وقد زادت حدة هذا الإصرار بعد اتفاقيات منظمة التجارة العالمية وعدم سماحها بتنفيذ المنتجات داخل الأسواق العالمية إلا إذا كانت متوافقة بيئياً (د/إبراهيم عبد العزيز داود، التأثير المتبادل بين قانون البيئة والعقود المدنية، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، العدد السادس والثلاثون، أغسطس ٢٠٠٥، ص ٣١٢). وهو الأمر الذي يتطلب من المشرع المصري الاهتمام بهذا الموضوع وتغيير القواعد القانونية التي تساهم أو قد تساهم في الإضرار بالبيئة، لاسيما تلك المتعلقة بالأعمال التجارية أو تلك الخاصة بالمواصفات المطلوبة في المصانع أو المنتجات التي تفرزها (راجع في هذه الجزئية،

MALINVAUD Ph.: La responsabilité civile du fabricant en droit français, Gaz. Pal, 1973, p. 463 et s; REVEL J.: La responsabilité civile du fabricant, thèse. Paris, 1975, p. 81 et s).

وتزداد مشكلاته. ويمرور الوقت أدرك الإنسان مدى خطورة هذا التعامل على صحته وحياته؛ بل على البيئة بمختلف عناصرها وأنواعها. فلقد امتدت آثار هذا التعامل وأضراره إلى كل ما يحيط بالإنسان من كائنات حية ومعظم ما يستخدمه من موارد طبيعية، الأمر الذي يحدث انعكاسات خطيرة وتهديداً واضحاً لهذه الموارد وتلك الكائنات.

فلقد أدى اختلاف نمط التطور الصناعى والتكنولوجى إلى نشأة وظهور مشكلات البيئة العالمية والمحلية على السواء، وهو الأمر الذى جعل من تلك القضية محور اهتمام كافة العلماء والمفكرين، بل انشغلت بها جميع الدول. فانعقد من أجلها العديد من المؤتمرات والندوات، لدرجة أنها أصبحت تحتل مكان الصدارة بين تلك القضايا التى تشغل بال وتؤرق فكر المجتمع الدولى. فإذا كانت الدول تحاول الارتقاء بمستواها الاقتصادى والاجتماعى من خلال الاستغادة من التقدم العلمى والتكنولوجى، فإن عليها التزاماً قانونياً بالمحافظة على سلامة البيئة. فهذه السلامة تعد أهم الالتزامات التى تفرضها المواثيق والاتفاقيات الدولية، ومن ثم لا يصح التذرع بحاجة الدول الماسة إلى التقدم للنيل من هذه السلامة. فالتقدم الصناعى لا يعنى حتمية الإضرار بالبيئة، وإنما العكس يتطلب إتباع أساليب وطرق غير ضارة بالبيئة. فالتقدم يعنى الارتقاء الحضارى، ومن ثم لا يمكن الحديث عن تقدم أو ارتقاء إذا كان من ثماره الإضرار بالبيئة. فالتقدم الصناعى الذى تأمل الدول تحقيقه لا يتعارض مع مبدأ سلامة البيئة، وإنما يتعارض مع هذا الأخير السياسات التى تنتهجها الدول وهى فى سبيلها إلى تحقيق هذا التقدم. فالمشكلة الحقيقية للبيئة لا ترتبط بالتصنيع أو التقدم التكنولوجى الذى تنتجه كافة الدول، وإنما تأتى من الأنماط أو السياسات التى تتبعها تلك الدول للتقدم أو إحداث تلك الطفرة الصناعية<sup>(١)</sup>.

من الواضح أن مشكلة البيئة تكمن فى السياسات التى تنتهجها الدول نحو اتجاهها إلى التصنيع أو الاستفادة من التقدم التكنولوجى. كما

(١) د/ أحمد حشيش، لمفهوم القانونى للبيئة، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ١٠٥.

أنها تكمن فى السبل التى يمكن أن تتخذها لحماية البيئة من الأضرار التى تلحق بها من جراء هذا التحول أو من تلك الاستفادة، كأن تلجأ الدول إلى إتباع نفس السياسة التى كانت تنتهجها لحماية الماء من التلوث. فالتحول إلى التصنيع يقتضى إتباع وسائل مختلفة لحماية الهواء عن تلك المتبعة لحماية الماء. فمصادر الإضرار بهذا العنصر عديدة ومتنوعة، ومختلف بصورة كلية عن تلك التى يمكن أن تلحق الضرر بالماء. ومن ثم فإن مجرد المساواة بينهما، أو تطبيق نفس السياسة المتبعة لحماية أحدهما على الآخر، لظلم كبير. فمن الناحية الفنية «يصعب عملاً تطبيق قواعد حماية الماء من التلوث على حماية الهواء، وهو ما تلجأ إليه أغلب الدول، ذلك أن مجارى المياه محددة الأبعاد، بما يسهل إحكام الرقابة عليها. أما الهواء فهو متعدد الأبعاد، بحيث يصعب تحديد مكان حدوث التلوث على وجه دقيق. لذلك فلا مناص من اللجوء إلى حل يتناسب ومشكلة تلوث الهواء (...). وهو ما دعا إلى المناداة بضرورة فرض ضريبة على الملوّثين للهواء، واستجاب مشرعى بعض الدول للفكرة. تلك التى تتمثل فى أن من يلوث البيئة عليه أن يدفع تعويضاً للمجتمع مساو لحجم الضرر الذى سببه. ذلك أن أداء المنشآت لهذه الضريبة سيدفعها إما إلى تخفيض الإنتاج المتسبب فى التلوث أو اتخاذ الاحتياطات اللازمة لخفضه كوسيلة لتخفيض الضريبة. غير أن هذا الحل رغم بساطته، يثير العديد من المشاكل عند التطبيق (...). ولهذا السبب يمكننا أن نتفهم دون عناء تردد المشرع فى البلدان المختلفة، حول الحل الواجب فى هذه الحالة. كما تتردد التشريعات المقارنة حول نطاقه<sup>(١)</sup>».

### مفهوم البيئة

فى الحقيقة يعد التوصل إلى مفهوم محدد للبيئة أمراً بالغ الصعوبة. فليس من السهل أو اليسير وضع تعريف محدد لها. ويرجع ذلك إلى تعدد المفاهيم

(١) د/ نبيلة عبد الحليم كامل، نحو قانون موحد لحماية البيئة، ١٩٩٣، دار النهضة العربية، ص ١٧٠، د/ رياض صالح عبد الحافظ، دور القانون الدولى العام فى حماية البيئة، مجلة روح القوانين، يناير ٢٠٠٨، ص ٢١ وما بعدها.

المستخدمة لهذا المصطلح فى كل فرع من فروع العلوم من ناحية، وإلى اختلاف الرؤى والزوايا من ناحية أخرى. فإذا كان الباحث فى كل فرع من هذه الفروع يستخدم هذا المصطلح من ناحية مغايرة ومختلفة عن تلك التى يستخدمها باحث آخر فى فرع آخر، فإن البعض من الفقهاء ينظر إليها نظرة شاملة وجامعة. فلقد ذهب البعض إلى تعريف البيئة بأنها كلمة لا تعنى شيئاً وذلك لأنها تعنى كل شئ<sup>(١)</sup>.

وأمام هذا التباين وذلك الاختلاف تبنى مؤتمر استكهولم لسنة ١٩٧٢ مفهوماً واسعاً للبيئة، حيث عرفها بأنها «كل شئ يحيط بالإنسان»<sup>(٢)</sup>.

(١) د/ عبد العزيز مخيمر عبد الهادى، دور المنظمات الدولية فى حماية البيئة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٢٠.

(٢) فى الحقيقة لقد تعددت وتنوعت المفاهيم التى ساقها العلماء والفقهاء للبيئة، نظراً لتعدد وتنوع الوجهة التى اتخذها كل منهم أساساً لنظريته. فلم يقتصر الاهتمام بالبيئة على علماء الطبيعة والأحياء، وإنما امتد أيضاً إلى رجال الاقتصاد وفقهاء القانون وعلماء الاجتماع، وذلك لتعدد المشكلات التى يؤدى إليها تلوث البيئة وتنوعها إلى مشكلات اقتصادية واجتماعية وقانونية. مع هذا فإن الملاحظ على كل هذه التعريفات أنها لا تقصر مفهوم البيئة على ما خلقه الله من أرض وما فيها وما عليها وما حولها، وإنما مدته أيضاً إلى ما يدخله الإنسان عليها من إضافات وما يحدثه بنشاطه من تغيير فى خصائص بعض عناصرها. وعليه تقسم البيئة إلى قسمين: الأول بيئة طبيعية، وهذه من صنع الله وخلقها، وتشمل الأرض والسماء والهواء والماء والنبات. والثانى بيئة صناعية، وتمثل فى كل ما ينتج عن النشاط الإنسانى من تغيير وتطوير فى البيئة الطبيعية أو إخلال بتوازنها الطبيعى. وهذه البيئة الصناعية تنقسم بدورها إلى (١- بيئة اقتصادية، متمثلة فى أوجه النشاط الاقتصادى القائم على استخدام عناصر البيئة الطبيعية. ٢- بيئة اجتماعية، وتشتمل على النظم والعلاقات التى تحكم حياة البشر. ٣- بيئة إدارية، وتمثل فى مجموعة الترتيبات الإدارية والإجرائية التى تتم من خلالها إدارة شئون البشر(د/ عبير فرحات على، حماية البيئة فى ظل العولمة، المرجع السابق، ص ٢٢٧)؛ راجع كذلك د/ منى مدحت كمال، الآثار الاقتصادية والاجتماعية والأيدىولوجية للملوثات البيئية واستراتيجيات مواجهتها، ضمن فعاليات المؤتمر السنوى العاشر لوحدة بحوث الأزمات، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥، ص ١١٥ وما بعدها. فالبيئة كوسط صالح للمعيشة تتضمن البيئة الطبيعية (أى تلك العناصر التى خلقها الله وأبدع فى صنعها، كالماء والهواء والتربة والفضاء) والبيئة الصناعية (أى تلك المستجدات التى أحدثتها وصنعتها إرادة الإنسان، كالمفشات التى أوجدها لتلبى وتخدم احتياجاته وتفى بمطالباته).

فوفقاً لهذا التعريف يدخل في نطاق هذا المفهوم ما يمكن أن تدركه الحواس سواء أكان من العناصر الطبيعية أم من تلك التي صنعها الإنسان<sup>(١)</sup>. فالمفهوم السابق يشمل البيئة الطبيعية (أى تلك العناصر التي لا دخل لإرادة الإنسان في وجودها، كالماء والهواء والتربة) والبيئة البشرية (أى تلك العناصر التي أوجدها وأنجزها الإنسان)<sup>(٢)</sup>.

ولقد تبنى المشرع المصرى هذا المفهوم الواسع للبيئة فى القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م، حيث تقرر المادة الأولى منه بأن البيئة هى المحيط الحيوى الذى يشمل الكائنات الحية وما تحتوىه من مواد وما يحيط بها من هواء وماء وتربة، وما يقيمه الإنسان من منشآت<sup>(٣)</sup>. وعلى الرغم من اقتراب هذا المفهوم من ذلك الذى اعتمده مؤتمر استكهولم لسنة ١٩٧٢م، إلا أنه يعد وبحق «تعريفًا واسعاً فضفاضاً يفتقر إلى الدقة والتحديد. فمن ناحية فحده قد ذكر المحيط الحيوى ضمن البيئة الطبيعية، لكنه لم يذكر المحيط غير الحيوى والذى يكون العنصر الثانى لهذه البيئة على الرغم من ذكره لبعض

(١) قارب من هذا، د/محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية لتلوث البيئة ووسائل الحماية منها، مطابع إياك كوى سنتر، المنصورة، ٢٠٠٠، ص ٧؛ د/أشرف عبد الرازق ويح، الحماية الشرعية للبيئة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٥، حيث يقرر أن البيئة «ليست فقط مجرد موارد يتجه الإنسان لينستمد منها مقومات حياته، وإنما تشمل أيضاً علاقة الإنسان بالإنسان، التى تنظمها الأديان السماوية أو المؤسسات الاجتماعية، أو العرف المتوارث بين الشعوب، أو القيم السائدة فى المجتمع، أو القوانين الوضعية، أو العادات أو الأخلاق، أو كل ذلك معاً».

(٢) د/ عبد العزيز محيىم عبد الهانى، دور المنظمات الدولية، المرجع السابق، ص ٢٠؛ د/زين عبد المقصود، البيئة والإنسان، علاقات ومشكلات، منشأة المعارف، ١٩٨١، ص ٧.

(٣) قارب من هذا، التعريف الذى أورده المجلس الدولى للغة الفرنسية، بتقريره بأن البيئة هى:

L'ensemble des agents physiques, chimiques, biologiques et des facteurs spéciaux susceptibles d'avoir un effet direct ou indirect, immédiate ou à terme, sur les êtres vivants et les activités humains.



عناصره مثل الهواء والماء والتربة، الأمر الذي يجعلنا نخرج باقى عناصر هذا المحيط من مفهوم البيئة كالمعادن والنبات. ومن ناحية أخرى فإنه بالرغم من تبنى المشرع لمفهوم واسع للبيئة، إلا أن هذا التعريف لم يربط بين البيئة وشكل المؤسسات الاقتصادية والاجتماعية فى الدولة ومدى تأثيرها بها، بمعنى أنه تجاهل شكل الوسط الاجتماعى الذى يعيش فيه الإنسان، ويمارس فيه أنشطته الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم يؤثر على البيئة المحيطة به<sup>(١)</sup>.

### تعدد أسباب مشكلة البيئة:

كما سبق التنويه تعد أسباب مشكلات البيئة عديدة ومتنوعة، ولكن الخطورة التى تحدثها ليست على درجة واحدة. فالبعض منها ذو أثر بالغ، والآخر له تأثير محدود. فما يحدثه النمو الصناعى والاستخدام المتزايد للتكنولوجيا من تلوث لا يمكن مقارنته بما تخلفه أعمال التجارة من أضرار<sup>(٢)</sup>. فعلى الرغم مما وصلت إليه الصناعة من تطور وما أحدثته من مزايا اقتصادية متعددة، إلا أنها تعد أهم الأسباب التى تساهم فى فساد البيئة أو على الأقل الإضرار بها. فالنمو الصناعى المتزايد والاستخدام المكثف للتكنولوجيا الملوثة يستنزف موارد الدولة الطبيعية من ناحية، ويحدث نوعاً من التلوث تعانى منه كافة الدول على اختلاف انتماءاتها من ناحية أخرى<sup>(٣)</sup>.

ففى ظل التوجه المتزايد نحو النظام الرأسمالى أضحى الإضرار بالبيئة أمراً طبيعياً، لما ترمى إليه آليات هذا النظام من أهداف، أهمها هو تحقيق أقصى ربح ممكن، بصرف النظر عما يحدثه ذلك من أضرار أو ما

(١) د/ محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية لتلوث البيئة، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) د/ أحمد محمد حشيش، المفهوم القانونى للبيئة، المرجع السابق، فقرة ١٤، ص ٥٠ وما بعدها.

(٣) د/ محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية لتلوث البيئة، المرجع السابق، ص ٢٥.

يخلفه من تلوث. فالمعيار الحاكم لكفاءة المشروعات الرأسمالية هو الريح، فهو الحافز لها والمحرك لنشاطها وتوجهاتها<sup>(١)</sup>.

ففى ظل هذا النظام تفاضل المشروعات الرأسمالية بين جميع البدائل والطرق المختلفة لعوامل الإنتاج بهدف تعظيم الريح وتقليل النفقات<sup>(٢)</sup>. وفى سبيل تحقيقها لذلك تحتاج إلى نوع خاص من التعامل، الأمر الذى يثير العديد من الصعوبات ويؤدى إلى خلق الكثير من المشكلات البيئية. فالمشروعات الرأسمالية فى تحقيقها لأهدافها واستخدامها لكل الطاقات لا يهتما الخسائر التى تلحقها بالبيئة أو بصحة الأفراد.

فالأليات التى تستخدمها المشروعات الرأسمالية تسبب بعض المشكلات البيئية، فضلاً عن المساهمة فى إنتقاص فرص المجتمع فى المحافظة على مقدراته واستغلال موارده الاستغلال الأمثل. فالهدف الأساسى لهذه المشروعات (الريح) يقودها فى بعض الأحوال إلى الاعتداء على البيئة واستنزاف بعض مواردها. فالواقع أن «أداء وآلية سير نظام الاقتصاد الرأسمالى قد خلق فيما يتضمنه آلية أخرى وهى الاعتداء المستمر على البيئة حيث أن النظام الإنتاجى يتسبب فى آثار متعددة ضارة بيئياً مثل تلويث الهواء والماء<sup>(٣)</sup>».

فى الحقيقة إن النظام الرأسمالى لا يهتم إلا بظاهرتى الإنتاج والاستهلاك، دون اكتراث لما قد تخلفاه من أضرار، فالإنتاج قد يرتب

(١) د/ محمد دويدار، مبادئ الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ص ٨٣ وما بعدها.

(٢) د/ محمد دويدار، مبادئ الاقتصاد السياسى، المرجع السابق، ٨٤، حيث يقرر سيادته أن من الأساليب التى يمكن انتهاجها هو أن يصبح «المنتج نفسه تاجراً ورأسمالياً، فيقوم هو بتركيم رأس المال (التقدي) وممارسة النشاط التجارى بأن يشتري بنفسه المواد الأولية اللازمة ويبيع السلعة المنتجة، ويبدأ فى تنظيم إنتاجه على أسس رأسمالية، مميّزاً بذلك إنتاجه كفيماً عن الإنتاج الزراعى الطبيعى والإنتاج الحرفى بما كان يغلله من قيود التنظيم الطائفى فى العصور الوسطى».

(٣) د/ محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية لتلوث البيئة، المرجع السابق، ص

أضراراً بالغة، والاستهلاك يحدث بالضرورة الكثير من المخلفات، وهو الأمر الذي يشكل خطراً دائماً يهدد البيئة الطبيعية. فما يخلفه إنتاج السلع والبضائع واستعمالها داخل هذا النظام من أضرار لا يخفى على البال. فالسلع لا يتم استهلاكها تماماً بالاستعمال، وإنما يبقى جوهرها المادى موجوداً، الأمر الذى يثير التساؤل عن الأضرار التى تخلفها عملية التخلص منها، تلك التى تنحصر فى أحد أمرين، الأول يتمثل فى إعادة الاستخدام فى صورة أخرى أو فى شكل آخر. والثانى ينصب على التخلص نهائياً منها، سواء تمثل ذلك فى إلقتها فى البيئة الطبيعية المحيطة، أو فى تحويلها فى صورة سوائل وغازات. ولا شك أن هذا الأمر الثانى يعد جوهر وأساس المشكلة. فعملية التخلص تمثل الخطر الدايم الذى يهدد تلك البيئة ويضر بعناصرها<sup>(١)</sup>. فتلك العملية لا يقتصر مداها عند حد

(١) مع هذا فإن هذه المسئولية لا تلقى على عاتق الشركات التجارية أو أشخاص القانون الخاص، وإنما تتحمل الدولة وما يتنمى إليها من أشخاص اعتبارية جزءاً كبيراً من المسئولية، حيث تلتزم الدولة بالقيام، فى أحوال كثيرة، بالمشروعات العامة التى تمثّل الاقتصاد القومى بالخدمات الأساسية للإنتاج من ناحية، كما أنها تتدخل فى أحوال أخرى، فى إنتاج بعض السلع والخدمات. ولا شك أن هذا التدخل تفرضه اعتبارات كثيرة، أولها أنه قد يكون نتيجة لتوفير الدعم المالى للخزانة العامة. وثانيها أنه قد يكون بهدف إشباع حاجات أفراد المجتمع من السلع والبضائع. وثالثها أن الهدف منه قد يكون القيام بإنتاج السلع التى تحجم المشروعات الخاصة عن إنتاجها إما بسبب ضآلة الأرباح أو ضخامة الأموال التى تلزم لممارستها. ومن ثم فإن هذا التدخل من قبل الدولة أو أشخاصها العامة يقتضى منها القيام بدورها فى المحافظة على عناصر البيئة ومكوناتها الطبيعية. بعبارة أخرى إن تدخل الدولة فى الحياة التجارية وقيامها ببعض الأعمال التجارية (كأعمال الصناعة) يفرض عليها اتخاذ الإجراءات ووضع الضوابط التى يمكن من خلالها حسن تصريف المخلفات أو النفايات التى تخلفها عملية الإنتاج أو الاستهلاك. فإذا كانت الدولة تتدخل لمقاومة الأزمات وتحاول التغلب عليها بكافة الطرق، فإنه يتعين عليها، من باب أولى، أن تضطلع بدورها عندما يفرض تدخلها فى إنتاج السلع والخدمات إلى أزمة، كتلك التى تتعرض لها البيئة. فمثل هذه الأزمة تعد دعوة للدولة ولغيرها من أشخاص المجتمع إلى التدخل لإنقاذ البيئة مما تتعرض له، لاسيما بعد عظم دور الدولة واشتراكها فى إحداث هذا التدهور البيئى (راجع كذلك د/منى قاسم، البيئة وكفاءة القطاع العام، كتاب الأهرام الاقتصادى، العدد (٥٥)، مطابع الأهرام التجارية، سبتمبر ١٩٩٢، =

استنزاف الموارد، وإنما «يمتد إلى توليد غازات وإصدارات يتحول ما يزيد منها على القدرة الاستيعابية الطبيعية للبيئة إلى مواد ضارة شديدة الأذى بالتركيبة الدقيقة لها»<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن إنتاج السلع، لاسيما الإنتاج الصناعي، يحدث أضراراً بالغة بالبيئة، سواء تمثلت تلك الأضرار فى تلوث الهواء أو تلوث الماء أو ما يتسبب فيه من أمطار حمضية لها بالغ الأثر على الإنسان والزرع والحيوان<sup>(٢)</sup>. فعادة ما ينبعث عن مجموعة الأنشطة الصناعية العديد من الغازات (كغاز ثانى أكسيد الكبريت وغاز ثانى أكسيد النتروجين) التى تسبب ما يسمى بالمطر الحمضى الضار بالإنسان أو المزروعات أو الثروة الحيوانية أو السمكية فى العديد من الدول<sup>(٣)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن الخطورة التى تحدثها الأنشطة الصناعية بالبيئة تكمن فى أن الأضرار التى ترتبها لا تتحقق بصورة فورية، وإنما تتم على فترات متباعدة، قد تستغرق سنوات وسنوات. فالتلوث الكيميائى الذى يصيب المنتجات الزراعية لا تظهر آثاره الضارة بالعناصر البيئية بطريقة

---

= ص ٥٥؛ د/محمد حامد عبد الله، تحليل اقتصادى لبعض المشكلات البيئية المرتبطة بالتنمية الاقتصادية فى الدول النامية، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة الكويت، المجلد الثانى والعشرون، العدد الأول، الثانى، ١٩٩٤، ص ٢٦ وما بعدها.

(١) د/ السيد أحمد عبد الخالق، المشكلة البيئية بين الانفجار السكانى والانفجار الاستهلاكى، ١٩٩٦، ص ٦٢ وما بعدها.

(٢) د/ حسين فتحى، التلوث البحرى المعزول للسفن وآليات الحد من المسؤولية، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر، فبراير ١٩٩٢، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى، ص ١، حيث يقرر سيادته أن التلوث البيئى قد برز كأحد أهم «التحديات الآتية للعالم بأسره فى الثلث الأخير من هذا القرن، ليفرض على المجتمع الدولى سؤالاً ملحاً يتطلب إجابة واضحة - هذا السؤال هو: هل يستمر الصمت السلبى أمام انتهاك البيئة المحيطة بالجنس البشرى؟ .. لم يعد هناك ثمة شك لدى الكثيرين فى أن الإجابة هى النفى الذى ينغى اقتراحه بالعمل الدؤوب على حظر تلوث البيئة الأرضية، وإنقاذ ما يمكن إنقاذه منها لتبقى صالحة للحياة ... مادامت تلك الحياة؟».

(3) GHAGER B.: La responsabilité civile du fait des déchets en droit allemande, RID comp, p. 26 et s.

فورية، وإنما تستغرق وقت طويل حتى يمكن الشعور أو الإحساس بها. كذلك فإن هذه الأضرار عادة ما تكون غير مباشرة. فهي لا تصيب العناصر البيئية بصورة مباشرة، وإنما تتداخل بعض مكونات البيئة فى إحداثها. فعادة ما تلقى هذه الأضرار بظلالها على مكونات البيئة، كالماء والهواء، ثم تؤثر هذه المكونات الملوثة على الإنسان والحيوان والنبات. فى الواقع إن خطورة الأضرار التى تحدثها الأنشطة الصناعية تكمن إذن فى حجمها واستمرارها، وهو الأمر الذى اقتضى البحث عن السبل أو الأطر التى تحمى البيئة فى ظل هذا التزايد المستمر لمصادر التلوث وفى ظل هذا العدد الكبير من الأمراض المصاحبة للنشاط الصناعى. كذلك لا يخفى على البال أن الأمر لا يتوقف عند الإضرار بالبيئة أو بمكوناتها من جراء القيام بهذه الأنشطة، وإنما يمتد أيضاً إلى إحداث العديد من الآثار الاقتصادية، والتى تعد نتيجة طبيعية لمثل هذه الأضرار.

مع هذا فإن ما سبق تقريره لا يعنى أن النظام الاشتراكى لا يسبب أضراراً بالغة بالبيئة الطبيعية وعناصرها. فهذا النظام يهدد أيضاً البيئة بأضرار عديدة ومتنوعة. فلقد أثبتت الدراسات الاقتصادية أن الصناعات الثقيلة (كالحديد والصلب - معامل المواد الكيميائية) التى اعتمد عليها هذا النظام قد تسببت فى إحداث أضرار وخسائر بيئية كثيرة، كتلوث الهواء والماء والتربة، الأمر الذى انتهى بها إلى التقرير بأن التطبيق الفعلى لأسس ومبادئ هذا النظام قد اختلفت كثيراً عن الناحية النظرية. هذا ما يبرزه بوضوح الواقع العملى، والذى يؤكد على عدم الربط بين ما تتعرض له البيئة من فساد أو أضرار وبين النظام الاقتصادى السائد.

خلاصة القول إذن أنه لا يمكن الربط بين المشكلات البيئية وبين نظام بعينه<sup>(١)</sup>. فكل نظام يحدث العديد من تلك المشكلات دون أن يقدم

---

(١) وخير دليل على صدق ذلك قوله تعالى فى سورة الروم (ظهر الفساد فى البر والبحر بما كسبت أيدى الناس ليذيقهم بعض الذى عملوا لعلهم يرجعون). فلقد تنبأ القرآن الكريم بما أصاب الأرض (براً وبحراً) أو قد يصيبها من تلوث أو يلحق بها من فساد. وفى هذا يقرر د/ ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة فى ضوء الشريعة، =

حلاً لها أو مخرجاً حقيقياً لما نطلق عليه أزمة البيئة. فلا ينفرد النظام الرأسمالي بإحداث تلك المشكلات، بل على العكس، أثبتت التجارب أن بعض الأنشطة الزراعية لها خطورة كبيرة وذات تأثير بالغ على البيئة الطبيعية تفوق بمراحل تلك التي تخلفها الأنشطة الأخرى، لاسيما عندما تستخدم المبيدات الكيميائية في ممارسة هذه الأنشطة<sup>(١)</sup>. ولهذا تركزت

= دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٤، لقد «فسر بعض العلماء كلمة الفساد الواردة في الآية الكريمة بمفهومها المعنوي فقط. فقالوا أن المقصود (بظهور الفساد) ظهر الحقد والحسد والطمع والظلم. وفسر آخرون الفساد بمعناه المادى، فقالوا أنه الجذب والقحط، وكثرة الحرق والفرق، ومحو البركات من كل شئ وقلة المنافع وكثرة المضار (...). ونرى أن كلمة الفساد في الآية الكريمة يجب أن تؤخذ على إطلاقها، فلا يوجد ما يبرر تقييد معناها أو قصرها على المفهوم الأول دون الثاني. وهناك دلائل متعددة تفيد شمول معنى الكلمة للمفهوم الثاني أيضاً، بصرف النظر عن ترجيح أحد المعنيين على الآخر». قارب أيضاً د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، المرجع السابق، ص ١٥، حيث يقرر أن الشريعة الإسلامية نبهت الأذهان منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان إلى الحفاظ عليها وعدم إفسادها أو المساس بها. والآيات القرآنية التي تتطلب هذا الاقتضاء كثيرة ووردت في أكثر من سورة من سور القرآن الكريم، منها الآية ٦٠ من سورة البقرة «ولا تعثوا فى الأرض مفسدين»، والآية ٧٤ من سورة الأعراف «ولا تعثوا فى الأرض مفسدين»، والآية ٨٥ من سورة هود «ولا تعثوا فى الأرض مفسدين»، والآية ٣٦ من سورة العنكبوت «ولا تعثوا فى الأرض مفسدين». مع هذا يذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن الاهتمام بالبيئة لم يأتى إلا بعد تكريس المواثيق والاتفاقيات الدولية لهذا المفهوم وتقنين القواعد القانونية التي تكفل الحماية الفعالة لمكونات البيئة (د/ إبراهيم محمد العنانى، البيئة والتنمية، الأبعاد القانونية الدولية، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر، فبراير ١٩٩٢، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى، ص ٢٠).

(١) فلقد أكدت الدراسات الحديثة أن كمية المبيدات المستخدمة فى الزراعة المصرية قد تضاعفت كثيراً فى السنوات الأخيرة، لدرجة يمكن معها القول بأن الزراعة المصرية هى أشد الزراعات فى العالم كيميائية. ولا خلاف أن هذا التضاعف قد أفضى إلى نتيجة خطيرة هى تلوث التربة الزراعية المصرية (د/ أحمد عبد الوهاب عبد الجواد، تلوث البيئة بالمبيدات مشكلة عالمية وليست إقليمية، مجلة التنمية والبيئة فى جهاز شئون البيئة، العدد السابع، إبريل ١٩٨٧، ص ٦٠ وما بعدها). بل إن الأمر لا يقتصر على تلوث التربة وإنما يمتد ليشمل التلوث مياه النيل. فلقد أدى «استخدام المبيدات دون تخطيط، وبطريقة عشوائية، إلى تلوث مياه النيل عن طريق مياه»

الجهود الدولية ووجهت أنظار المجتمع الدولي نحو حظر أو منع استخدام بعض أنواع المبيدات الكيميائية عند ممارسة الأنشطة الزراعية.

فالأنشطة الصناعية والزراعية تحدث أضراراً بالغة بالبيئة الطبيعية، الأمر الذى يقتضى من المشرع وضع القواعد القانونية التى تحقق حماية فعالة لعناصر هذه البيئة. قواعد من شأنها ردع ممارسى هذه الأنشطة عند مخالفة الاشتراطات القانونية التى تنظم كيفية ممارستها. فحماية البيئة تعد من الأهداف التى يحاول المشرع تحقيقها، أو على الأقل من تلك التى يضعها نصب عينيه عند سن أو وضع القواعد القانونية التى تنظم الأنشطة التى يزاولها أشخاص المجتمع. فلا يعقل إذن أن يساهم المشرع فى الإضرار بالبيئة، وذلك من خلال سنه لقواعد قانونية تيسر لأشخاص المجتمع إفساد البيئة أو المشاركة فى الإضرار بها.

فى الحقيقة إن هذا الاشتراك بين الأنشطة المختلفة التى يمارسها أفراد المجتمع فى إحداث بعض المشاكل البيئية ذات الأثر البالغ، لا يمكن أن يثينا عن الدور الذى تساهم به الدول المتقدمة فى الإضرار بالبيئة.

مسئولية الدول المتقدمة عن المشكلات البيئية

كما سبق أن قررنا لا يعد أى نظام اقتصادى بعينه مسئولاً عن المشكلات الحالية التى تتعرض لها البيئة. فهذه الأخيرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمباشرة النشاط الإنسانى بوجه عام. مع هذا فإن حجم هذا النشاط هو الذى يلعب الدور الرئيسى فى إحداث تلك المشكلات أو المساهمة فيها. فنسبة الممارسة تؤثر بدون شك فى تنامى أو زيادة نسبة الخطورة التى تتعرض لها البيئة الطبيعية. ومن ثم تختلف النسبة التى تساهم بها الدول

---

= الصرف الزراعى، التى تذهب إلى النيل مباشرة، حيث أثبتت إحدى الدراسات أن المبيد المستعمل، إما أن يبقى داخل أو على سطح المحصول أو أن يبقى فى التربة أو ينتشر إلى المحاصيل المجاورة أو أن يتحرك مع ماء الرى أو مياه الصرف، وبالتالي يصبح خطراً على الإنسان، وأن المبيد يمكن أيضاً أن يشكل خطراً على الكائنات الحية المفيدة الأخرى (د/محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية لتلوث البيئة، المرجع السابق، ص ١٦٩).

المتقدمة (الدول الصناعية) في إحداث هذه المشاكل عن تلك التي تشارك بها الدول النامية. فالدول المتقدمة تعد صاحبة النصيب الأعظم في إحداث الخلل البيئي<sup>(١)</sup>. فهذه الدول لها النصيب الأكبر من الإنتاج وكذلك من الاستهلاك. فلقد أثبتت الدراسات الحديثة أن تلك الدول هي «المسئولة عن انبعاثات المواد والغازات التي تهدد سلامة البيئة حيث تستهلك حوالي ٩٠٪ من إنتاج الفحم العالمي، و ٨٠٪ من منتجات البترول العالمية. ولا شك أنها تكون مسؤولة وبنفس القدر عن التلوث العالمي الصادر من الانبعاثات الكربونية التي تسبب مشكلات ارتفاع حرارة الأرض وتآكل طبقة الأوزون، وذلك فضلاً عن مسؤوليتها عن استهلاك ٩١٪ من الغاز الطبيعي والذي يستهلك في ٢٠ دولة فقط في العالم<sup>(٢)</sup>».

يضاف إلى ذلك أن هذه الدول اعتادت على إتباع أمرين: أولهما إمداد الدول المتخلفة بالمبيدات الضارة المحظور استخدامها في الداخل؛ بهدف تحقيق أعلى نسبة من الأرباح. وثانيهما أنها اعتادت على دفن النفايات والمخلفات الصلبة داخل هذه الدول. فظراً للتكلفة العالية اللازمة لعمل مدافن صحية، تقوم هذه الدول بإرسال تلك المخلفات وهذه النفايات إلى الدول النامية لدفنها في أراضيها مستغلة حاجتها إليها وما تعانيه من مشاكل على جميع المستويات من غذاء وصحة وإسكان<sup>(٣)</sup>.

---

(١) هذا ما حاول إعلان البيئة الصادر عن مؤتمر استكهولم عام ١٩٧٢ إبرازه من خلال توجيه نظر الدول المشاركة إلى أن أحقيتها، طبقاً لميثاق الأمم المتحدة ووفقاً لمبادئ القانون الدولي، في استغلال مواردها الذاتية وفقاً للسياسة البيئية الخاصة بها، لا يعفيها من الالتزامات المفروضة عليها بالأنا تسبب الأنشطة التي تتم ممارستها أية أضرار للبيئة في دول أخرى أو في مناطق لا تخضع لأي اختصاص وطني.  
(SANDS Ph.: International Environmental law, Manchester University press, 1995, vol. I, p. 186).

(٢) د/ محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية لتلوث البيئة، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٣) قارب د/ عبيد فرحات على، حماية البيئة في ظل العولمة، المرجع السابق، ص ٢٣٢، حيث تقرر أن أخطر مصادر الطاقة إضراراً بالبيئة هي الطاقة النووية، نظراً لما تؤدي إليه من تلوث إشعاعي متعدد الأشكال، يصعب التخلص من الأشكال الصلبة له. تلك التي تتمثل في أعمدة اليورانيوم، والتي يتم إعادة إرسالها إلى معامل =



وهكذا يمكننا القول بوجود تفاوت واضح واختلاف بين في طبيعة المشكلة البيئية الموجودة في البلدان النامية والدول المتقدمة. فهي في الأولى ليست أكثر من مشكلة فقر وتخلف، وفي الثانية مشكلة ثراء ورفاهية. فحدة هذه المشكلة وطبيعتها تتفاوت من دولة إلى أخرى بحسب انتماءاتها والمجموعة التي تتسبب إليها<sup>(١)</sup>. لهذا يتعين النظر إلى هذه المشكلة نظرة شاملة ومتكاملة دون أى فصل بين كونها مشكلة داخلية لدولة معينة أو

= خاصة لاسترجاع ما يمكن استخدامه منها كوقود نووي، وما يتبقى منها يتم تخزينه في أماكن بعيدة، نظراً لأنها تتطلب قروناً للتخلص من خواصها المشعة. ولعل هذه الصعوبة هي التي تفسر «الصفقات المشبوهة التي تعقدها الشركات العملاقة بالدول الكبرى مع أشخاص في الدول النامية للتخلص من هذه النفايات في أراضيها، الأمر الذي يحتم على الأخيرة تشديد العقوبة على القائمين بمثل هذه الصفقات. وهنا أيضاً تبرز أهمية أن تقوم المؤسسات فوق القومية بدور يعتد به في تجريم وعقاب من يقوم بدفن النفايات المشعة بشكل خاطئ يعرض الأرض وما عليها لأخطار جسيمة. فالدفن لا يكون فقط في مناطق بعيدة عن العمران، بل يكون بعمق كبير يسمح بالحد من الإشعاعات الناجمة من هذه النفايات».

(١) راجع في هذا المعنى، د/منى قاسم، البيئة وكفاءة القطاع العام، المرجع السابق، ص ٥٥؛ د/ خالد سعد زغلول، قضايا البيئة والتنمية الاقتصادية المستمرة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، السنة الثانية، العدد الرابع، أكتوبر ١٩٩٢، ص ٥٣. فلا شك أن القدرة الاقتصادية للدول تعكس بصورة واضحة الخطوط العريضة التي ستتجهها في القضاء على المشاكل البيئية. فلا يمكن أن نتصور أن تتقارب هذه الخطوط إلى درجة معينة، دون النظر إلى الطبيعة الاقتصادية للمشكلة البيئية. فهذه الأخيرة تلقى دائماً بظلالها على السبل التي تتجهها الدول المتخلفة لمعالجة المشاكل البيئية من ناحية أو التغلب على قضايا التنمية الاقتصادية من ناحية أخرى. فلا ينكر أحد أن الأنماط التي تسلكها الدول النامية للتنمية الاقتصادية قد تؤدي إلى تفاقم المشاكل البيئية، أو بمعنى أدق إلى زيادة حدتها، نظراً لأنها تهدف إلى تلبية الاحتياجات الأساسية للمجتمع دون الالتفات إلى ما يمكن أن تشكله من أخطار أو تفضي إليه من نتائج. هذا ما تؤكده الأنماط التصنيعية التي تعتمد عليها تلك الدول لتحقيق التنمية الاقتصادية، إذ عادة ما تلجأ إلى أساليب وخطوط إنتاج قديمة تساعد على تلوث البيئة. وذلك على العكس تماماً من الدول المتقدمة، إذ تسعى دائماً وتضع خططاً واضحة لما يمكن أن تفضي إليه التنمية الاقتصادية من آثار بيئية سيئة. لذلك تشير الدراسات إلى أن معدلات التلوث والتدهور البيئي في الدول النامية تفوق بمراحل تلك المعدلات في الدول المتقدمة.

مشكلة عالمية تمس كل دول المجتمع الدولي<sup>(١)</sup>. إذ تُعد المشاكل البيئية الداخلية سبباً رئيسياً فى ظهور وتنامي المشاكل الدولية، كما أن هذه الأخيرة تعمق بالتأكيد من المشاكل الداخلية<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثانى

#### علاج مشكلات البيئة

على الرغم من تعدد وتنوع أسباب الإضرار بالبيئة، فإن الإنسان يعد هو المسئول الأول عن إحداثها. صحيح أن بعض هذه الأسباب يرجع إلى فعل الحيوان أو الجماد. مع هذا فإن الإنسان يكون هو المسئول، فى جميع الأحوال، عن الأضرار التى يلحقها الحيوان أو الجماد بالبيئة. فهذه السبل سخرت لخدمة الإنسان ولنفعه، إلا أنه يسيئ استعمالها واستغلالها مما يلحق الضرر به وبغيره.

مع هذا فإن التساؤل الذى يطرح نفسه يتعلق بمدى مساهمة النظرة التقدمية للمشرع التجارى فى الإضرار بالبيئة. فهل هذه النظرة يمكن أن تدعو البعض إلى القول بوجود تهاون من جانب المشرع ييسر لأشخاص المجتمع الإضرار بالبيئة والتأثير على عناصرها، أم على العكس تساهم هذه النظرة فى إخراج القانون التجارى من حالة الجمود التى سيطرت عليه منذ أمد بعيد نظراً لأنها تساعد المجتمع على الاستفادة من التطور

(١) د/ أحمد حشيش، المفهوم القانونى للبيئة، المرجع السابق، ص ١١٢، هامش (٢) حيث يشير سيادته إلى أن الأمم المتحدة قدرت أن تكاليف التنمية الاقتصادية دون إلحاق الأذى بالبيئة تعادل ١٢٥ مليار دولار سنوياً، تلتزم الدول الصناعية بتقديمها للدول الفقيرة كمساعدة للتنمية والعناية بالبيئة، مقابل ٥٥ مليار تدفع حالياً. وهذا المبلغ يعادل ٣٪ من المبالغ التى تنفقها الدول الغنية على الدفاع. مع هذا فقد رفضت الولايات المتحدة الأمريكية الالتزام بدفع المبلغ، على الرغم من أنه لا يشكل سوى ٠,٧٪ من الناتج القومى الأمريكى. وذلك على عكس المجموعة الأوروبية التى أعلنت التزامها بذلك، كما قررت زيادة المبالغ المخصصة للصندوق الدولى للبيئة البالغة ١,٣ مليار دولار بمقدار ثلاثة مليارات.

(٢) د/ السيد أحمد عبد الخالق، السياسات البيئية والتجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٥؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعدها.

الذى لحق بالمجتمعات الحديثة ؟ فإذا كانت الثورة الصناعية قد ساهمت بدور فعال فى إحداث طفرة هائلة على المستوى المادى للمجتمعات الحديثة، فهل إدراج أعمال الصناعة ضمن الأعمال التجارية من شأنه المساهمة فى إضفاء شئ من الحيوية والتجديد على القانون التجارى، مساهمة لا يمكن أن تنال من هذه الإضافة ؟

فى الحقيقة إن محاولة الاجابة على هذا التساؤل لن تتأتى إلا من خلال بيان الكيفية التى يتم من خلالها علاج مشكلات البيئة. فبيان هذه الكيفية سوف يلقى الضوء على أهمية تلك الإضافة، وإبراز أن علاج تلك المشكلات أمر يتعلق بالسلوك الانسانى ذاته، فضلا عن بيان مدى مساهمة القانون فى هذا العلاج.

### الفرع الأول

#### علم إضرار الأشخاص بالبيئة

فى الواقع إن الإضرار بالبيئة قد يكون بفعل الطبيعة أو بفعل الأشخاص، سواء أكانوا من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية. صحيح أن المشرع المصرى فى القانون ٤ لسنة ١٩٩٤م أسهب فى بيان كيفية الإضرار بالبيئة وتحديد الأفعال التى تشكل خطراً عليها، إلا أن هذه الأفعال ترد إما لفعل الطبيعة أو الأشخاص<sup>(١)</sup>. ويقصد بفعل الطبيعة،

(١) فتلوث الهواء، على سبيل المثال، ينتج عن مصادر عديدة ومتنوعة، لا يمكن حصرها. إلا أنها تفضى إلى نتيجة واحدة وهى حدوث تغيير فى التركيبة الطبيعية للهواء، يستوى بعد ذلك أن يكون هذا التغيير ناشئاً عن نشاط الإنسان أم بفعل الطبيعة. فالتلوث الهوائى قد يكون تلوثاً فضائياً، ناتجاً عن إدخال غازات أو جواهر صلبة أو سائلة سامة أو ذات رائحة فى الهواء المحيط ذات طبيعة غير مريحة للسكان أو مضرّة بالصحة والأمن الاجتماعى أو مضرّة بالإنتاج الزراعى والتشديد والآثار (د/نور الدين هندواى، الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة، ١٩٨٥، ص ٦٦ وما بعدها). وقد ينتج التلوث عن انفجار للأسلحة النووية أو بسبب أنشطة الاستكشاف للفضاء الخارجى أو تحطم الأجهزة النووية التى تحملها أجسام الفضاء بهدف تزويدها بالوقود أو بقصد تشغيل أجهزتها. وقد يكون التلوث الهوائى تلوثاً فيزيائياً ناشئاً عن استخدام للمواد المشعة وبث للغازات السامة ذات النشاط الإشعاعى فى البيئة الجوية. ولقد تكفلت المادة ٤٧ من قانون البيئة الجديد رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بمواجهة هذا=

الأفعال غير الشخصية، أى التى لا دخل لفعل الأشخاص فى حدوثها،  
والمثال الواضح عليها الصواعق والفيضانات والبراكين والزلازل  
والعواصف والشهب والنيازك<sup>(١)</sup>. وهذا النوع من الأفعال لا يشغل بال  
المشرع، حيث لا تهتم القواعد القانونية، فى مجال حماية البيئة، إلا  
بأعمال التلوث الناشئة عن تدخل الأشخاص فقط دون فعل الطبيعة<sup>(٢)</sup>.

= النوع من التلوث بنصها على أنه لا يجوز أن يزيد مستوى النشاط الإشعاعى أو  
تركيزات المواد المشعة بالهواء عن الحدود المسموح بها والتى تحددها الجهات المختصة  
طبقاً للائحة التنفيذية لهذا القانون. وقد يكون التلوث الهوائى ناشئاً عن عوادم  
السيارات أو مداخلى المصانع والأبجرة الضارة الناتجة عن الصناعات المعدنية والبتروولية  
ومواد البناء. وأخيراً قد يكون هذا التلوث تلوثاً سمعياً ناشئاً عن كثرة الضوضاء فى  
المجتمع بما لها من تأثير ضار على صحة الإنسان، لاسيما على جهازه العصبى. ونظراً  
لخطورة هذا النوع من التلوث الهوائى، أصدرت العديد من الدول القوانين التى تنظم  
استعمال الآلات والمعدات بهدف خفض معدلات الضوضاء، لاسيما الناشئة عن  
وسائل النقل المختلفة باعتبارها المصدر الرئيسى لثلاثة أرباع ضوضاء المدن. وإمعاناً  
فى الحرص على خفض معدلات الضوضاء، اعتمدت وحدة لقياس الضوضاء  
(الديسبل) وجهاز لقياس هذه الوحدة (سنومتر) مقسم لثلاثة درجات (أ - ب -  
س) بحسب درجة للضوضاء. ولا جدال أن التلوث الهوائى يؤثر تأثيراً بالغاً على البيئة  
بما يقلل من قيمتها ويغير من طبيعتها ويضر بكائناتها الحية، بل إنه يساهم فى  
استنزاف مواردها المالية والبشرية.

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، المرجع السابق، فقرة ١٠٨، ص  
٧٣، حيث يقرر أن «التعريف الدقيق للتلوث بوجه عام، ينبغى أن يشير إلى عدة  
عناصر مهمة: أولاً: تغيير البيئة أو الوسط الطبيعى (...). ثانياً: وجود يد خارجية  
وراء هذا التغيير (...). ويقال عادة أن تلك اليد هى عمل الإنسان. على أن اليد  
الخارجية، قد لا تكون يد الإنسان، بل يد القضاء والقدر، كالكوارث الطبيعية:  
براكين، زلازل، فيضانات (...). ويقال هنا فى مجال الحماية القانونية للبيئة، إن  
القواعد القانونية لا تخاطب ولا تضبط إلا أعمال التلوث الناشئة عن تدخل الإنسان  
فقط، دون تلك التى تنشأ عن فعل القضاء والقدر. فالقانون لا سيطرة له على هذه  
الأخيرة». قارب أيضاً د/ نبيلة عبد الحليم كامل، نحو قانون موحد لحماية البيئة،  
المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) مع هذا فقد أدخل المشرع، عند تعريفه للتلوث الهوائى، التغيرات التى يمكن أن  
تحدثها العوامل الطبيعية. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة  
١٩٩٤، حيث تقرر أنه يقصد فى تطبيق أحكام هذا القانون .... (ب) تلوث الهواء،  
كل تغير فى خصائص ومواصفات الهواء الطبيعى يترتب عليه خطر على صحة =

فالمشرع لا يهتم ، فى معظم النظم القانونية ، إلا بأفعال الأشخاص . ويقصد بها كافة الأعمال الضارة الناشئة عن فعل الأفراد أو الجهات ، سواء أكانت أعمال عمدية أم ناشئة عن مجرد الإهمال ، وسواء أكانت أعمال اضطرارية أم إرادية (١) .

=الإنسان والبيئة ، سواء كان هذا التلوث ناتجاً عن عوامل طبيعية أو نشاط إنسانى ، بما فى ذلك الضوضاء . على العكس من ذلك تقرر المادة الأولى من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٧٩م بشأن حماية الغلاف الجوى عبر الحدود أن تلوث الهواء هو كل ما ينبعث فى الفضاء ، بواسطة الإنسان ، بشكل مباشر أو غير مباشر ، من مواد أو طاقة ذات أثر ضار بصحة الإنسان ، أو تسبب أضراراً للموارد البيولوجية أو البيئة ، أو تؤدى إلى إتلاف الممتلكات المادية ، أو تسيئ بأى صورة من الصور للاستخدام الأمثل للبيئة ، وبحيث يصدق على هذا الانبعاث عبارة تلوث الهواء .

(١) مع هذا يوجد اختلاف واضح بين الأفعال الاضطرارية والأفعال الإرادية التى يرتكبها الأشخاص . ويتجسد هذا الاختلاف فى نوع المسؤولية التى ترتبها هذه الأفعال ، حيث لا ترتب الأفعال الاضطرارية سوى المسؤولية المدنية ، وذلك على العكس من الأفعال الإرادية ، إذ ترتب المسؤولية الجنائية والمدنية معاً . فعلى الرغم من أن الأفعال الاضطرارية يرتكبها الأشخاص ، إلا أنها لا تقع نتيجة عمد أو إهمال من جانبهم ، ولكن ترجع إلى أسباب خارجية كالقوة القاهرة أو الحوادث الفجائية ، أى تلك الأفعال التى تقع بفعل الأشخاص ولكنها غير متوقعة وغير قابلة للدفع ولا دخل لإرادة هؤلاء الأشخاص فى ارتكابها . ولهذا كان من المنطقى أن يعنى المشرع هؤلاء الأشخاص من المسؤولية الجنائية عندما ترتب أفعالهم أضراراً للبيئة . هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٥٤ من قانون حماية البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م ، وذلك بنصها على أنه «لا تسرى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون على حالات التلوث عن : (أ) تأمين سلامة السفينة أو سلامة الأرواح عليها . (ب) التفريغ الناتج عن عطب بالسفينة أو أحد أجهزتها بشرط ألا يكون قد تم بمعرفة الريان أو المسئول عنها بهدف تعطيل السفينة أو إتلافها أو عن إهمالها . ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون ريان السفينة أو المسئول عنها قد اتخذ قبل وبعد وقوع العطب جميع الاحتياطات الكافية لمنع أو تقليل آثار التلوث وقام على الفور بإخطار الجهة الإدارية المختصة . (ج) كسر مفاجئ فى خط أنابيب يحمل الزيت أو المزيج الزيتى أثناء عمليات التشغيل أو أثناء الحفر أو استكشاف أو اختبار الآبار ، بدون إهمال فى رقابة الخطوط أو صيانتها ، وعلى أن تتخذ الاحتياطات الكافية لرقابة تشغيل الخطوط والسيطرة على التلوث ومصادره فور حدوثه . كل ذلك دون إخلال بحق الجهة المختصة فى الرجوع على المتسبب بتكاليف إزالة الآثار الناجمة عن التلوث والتعويض عن الخسائر والأضرار الناجمة عنه» .

ولتلافي الأضرار التي تحدثها هذه الأعمال بدأ الاهتمام العالمي بحماية البيئة<sup>(١)</sup>. صحيح أن هذا الاهتمام قد تأخر بعض الوقت، حيث لم تظهر بوادره إلا في الفترة من ٥ - ١٦ يونيو ١٩٧٢م من خلال مؤتمر استكهولم لحماية البيئة، إذ عقد هذا المؤتمر برعاية الأمم المتحدة تحت شعار أرض واحدة فقط، تجسيدا لإبراز خطورة المشاكل المعروضة وأهمية توحيد الجهود لعلاجها.

كذلك كرس الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان الصادر في مدينة نيروبي في ١٨ يونيو ١٩٨١ هذا الاهتمام، حيث قررت المادة الرابعة والعشرون أنه لكل الشعوب الحق في بيئة مرضية وشاملة وملاءمة لتنميتها. كما اعترفت بهذا الحق الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر ١٩٩٠م بإقرارها حق الأفراد في الحياة في بيئة ملاءمة لصحتهم ورفاهيتهم.

ومن هذا الاهتمام العالمي بحماية البيئة يتضح لنا أن النظرة إلى البيئة قد تغيرت. فلم تعد حماية البيئة مجرد حق فحسب<sup>(٢)</sup>، وإنما أصبحت واجب يتحمله الجميع (أفراد - دولة - هيئات)<sup>(٣)</sup>. فلقد فرضت القواعد القانونية على أشخاص المجتمع القيام بدور إيجابي كشركاء أصليين للمحافظة على البيئة بكل عناصرها، أي تجاوز الدور السلبي والمساهمة

---

(١) د/ إبراهيم محمد العناني، البيئة والتنمية، الأبعاد القانونية الدولية، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة في مصر، فبراير ١٩٩٢، الجمعية المصرية للاقتصاد والتشريع، ص ٢٢؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، دراسة تأصيلية في الأنظمة الوطنية والاتفاقية، مطبوعات جامعة الملك سعود، بند ٨٠، ص ٥٦.

(٢) فإذا كانت كافة التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية تدعم الاتجاه المناصر لإيلاء المصلحة الفردية في مجال حماية البيئة وإعطاء الأفراد الحق في اللجوء إلى القضاء للدفاع عن البيئة، فإنها أيضاً تحتم على كل فرد القيام بواجبه حيال تلك البيئة بالمحافظة عليها وعدم الإضرار بها.

(3) PAQUES M. et FAURE M.: La protection de l'environnement au Coeur de système juridique international et du droit interne, Actes du colloque des 19 et 20 Octobre 2001, Université de Liège, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 169 et s.

بدور إيجابي في تحقيق تلك الحماية المنشودة لعناصر البيئة<sup>(١)</sup>. فإذا كان للشخص الطبيعي أو المعنوي، «الحق في بيئة سليمة، فإن عليه في المقابل التزام تجاه المجتمع الإنساني ككل وتجاه مجتمعه الوطني، بل وتجاه العناصر غير البشرية، مفاده ضرورة المحافظة على هذه البيئة وعدم الإضرار بها. ولذلك فقد نصت العديد من الدساتير والقوانين الداخلية والإعلانات والمواثيق الدولية على ضرورة التزام كل فرد بالمحافظة على البيئة. وهنا يجب التركيز على دور الفرد الإنساني في الحفاظ على البيئة وحمايتها، وهذا لن يتأتى إلا بنشر الوعي البيئي لدى الأفراد<sup>(٢)</sup>».

(١) لهذا ذهب البعض إلى القول بضرورة التركيز على البيئة كوحدة قانونية، أو ككل لا يتجزأ. فلا يمكن الحديث عن كيفية الاهتمام أو عدم الإضرار بالأرض أو بالهواء أو بالكائنات الحية، وإنما ينبغي الحديث عن حماية هذه العناصر مجتمعة، باعتبارها تشكل وحدة واحدة لا يمكن الفصل بين عناصرها، والقول بأن حماية الهواء من التلوث، تشكل الجانب الأهم من الحماية، استناداً إلى أن تلوث الهواء يعد نواة أو نقطة البداية لتلوث الماء والتربة على السواء. فالإضرار بأي عنصر من عناصر البيئة يشكل إهداراً أو إفساداً لجميع عناصرها. فالبيئة تشبه في هذا الصدد الجسد الواحد، الذي إذا اشتكى أحد أعضائه تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى. ومن ثم فإنه يتعين النظر إليها ككل لا يتجزأ أو ينفصل. بل إن الأمر يستلزم عدم الأخذ في الاعتبار هذه الوحدة فقط، وإنما أيضاً الاهتمام بأن البيئة تقتضى الخضوع لمبدأ التضامن والتصالح. فعدم إفساد البيئة أو الإضرار بها هو مبدأ مزدوج أو ذو شقين، أحدهما ينصرف إلى فكرة وحدة عناصر البيئة، والثاني يستلزم خضوع هذه الوحدة لمبدأ التضامن والتصالح. فمبني هذا المبدأ «ليس فقط فكرة وحدة البيئة، أي فكرة أن البيئة كل لا يتجزأ، وإنما أيضاً فكرة أن البيئة تخضع لمبدأ التضامن والتصالح، سواء في حالة الصحة والسلامة، أو في حالة المرض والفساد، ولو أنها في الحالة الأولى تخضع لمبدأ التضامن والتصالح بمعناها الإيجابي، بينما في الحالة الثانية تخضع لمبدأ التضامن والتصالح بمعناها السلبي. ومؤدى ذلك أن معيار فساد البيئة، أو فساد الهواء، أو فساد الماء، إنما هو معيار موضوعي واحد، وهو معيار الفساد، ويتمثل أساساً في الفعل الإرادي أو غير الإرادي الذي من شأنه الإضرار في الحال أو في المستقبل القريب أو البعيد بالحياة الأولية لعناصر البيئة (د/أحمد حشيش، المفهوم القانوني للبيئة، المرجع السابق، فقرة ٣٨، ص ١٤٥)؛ د/رياض صالح عبد الحافظ، دور القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) د/رياض صالح عبد الحافظ، دور القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٨٠.

## الفرع الثانى

### مساهمة القانون فى علاج مشكلات البيئة

لقد اتضح لنا أن حماية البيئة تقتضى من الجميع القيام بدور إيجابى والمساهمة فى تحقيق الحماية المنشود لها. ومن ثم فإن الأمر يستلزم مساهمة القانون بجميع فروع فى علاج مشكلات البيئة. فلا يقتصر الأمر على مجرد أفراد قانون لحماية البيئة، وإنما يتعين أن تمتد الحماية إلى جميع فروع القانون. صحيح أن القواعد القانونية المهتمة بحماية البيئة متعددة ومتنوعة، إذ تعددت وتنوعت التشريعات التى تهتم بهذا المجال الحيوى والهام. مع هذا فإن التساؤل الذى يطرح نفسه على مائدة البحث يتعلق بحقيقة العلاقة بين إدخال المشرع التجارى لأعمال الصناعة ضمن الأعمال التجارية وقصور الحماية التشريعية للبيئة. فهل يمكن القول بوجود قصور من جانب التشريعات التجارية فى المساهمة فى حماية البيئة؟ بعبارة أخرى هل يمكن القول بأنه على الرغم من إهتمام الكثير من العلوم بالبيئة كوسط يحيط بالانسان وغيره من المخلوقات الحية وغير الحية، فإن المشرع التجارى لم يضع نصب عينيه هذه الغاية وذلك الهدف؟ فهل جاءت القواعد التى أرستها التشريعات التجارية بعيدة كل البعد عن هذا الإهتمام ولم تساهم بدور إيجابى فى تحقيق الحماية المرجوة، ومن ثم فإنها أثرت بصورة سلبية على هذا الوسط الذى يعيش فيه الانسان وغيره من المخلوقات؟

لقد أجاب البعض على هذا التساؤل بالإيجاب مؤكداً أن القانون التجارى قد ساهم، بإشراكه الصناعة مع التجارة، فى الإضرار بالبيئة وافسادها<sup>(١)</sup>. فقوانين التجارة على الصعيد العالمى شاركت بصورة غير مباشرة فيما لحق بالبيئة من فساد، بل أنها لا تزال تشارك فى هذا الفساد. فغياب التنظيم القانونى الفعال للصناعة يعد السبب الحقيقى وراء مشاركة

(١) د/ أحمد محمد حشيش، المفهوم القانونى للبيئة، المرجع السابق، ص ١٥؛ د/ أحمد جمال الدين موسى، الحماية القانونية للبيئة فى مصر، الواقع ومنهج الإصلاح، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر، فبراير ١٩٩٢، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، ص ١.



القانون لها فى الإضرار أو إفساد عناصر البيئة المحيطة بالإنسان، وذلك لأن العالم ما زال ينظر إلى الصناعة نظرة المنبهر بأثارها الإيجابية دون الاعتناء بما تخلفه من آثار سلبية أو ما قد يلزمها من أخطار مدمرة لمظاهر الحياة السليمة للأفراد. فوفقاً لهذا الاتجاه يتعين تقرير حقيقة ملموسة مفادها أن علاج مشكلات البيئة يقتضى أن يكون التنظيم القانونى للأعمال التجارية على الصعيد العالمى متنقلاً مع حقيقتها وما يمكن أن ترتبه من أضرار. فلا يمكن أن يدخل فى هذا التنظيم أعمال الصناعة، وذلك لأن المساواة بينها وبين أعمال التجارة هى التى قادت إلى هذا الواقع المؤلم. فهذه المساواة هى التى أدت إلى توارى أعمال الصناعة عن الرقابة الملائمة لطبيعتها، بل هى التى دفعتها إلى هذا الإفساد بالبيئة أو على الأقل الإضرار بعناصرها<sup>(١)</sup>.

فى الحقيقة إن هذا الاتجاه قد غاب عنه أن هناك فارقاً كبيراً بين التنظيم القانونى للأعمال وبين ما يضعه المشرع من اشتراطات للقيام بها. فإذا كان المشرع التجارى قد وسع من دائرة الأعمال التجارية وسأوى بين أعمال الصناعة وأعمال التجارة، فإنه لا يمكن التسليم بأنه قد ساهم فى الإضرار بالبيئة أو ببعض عناصرها، وذلك لأنه أراد من هذه المساواة بيان الأعمال التى يمكن أن يوصف محترفها بصفة التاجر. أما ما يتطلبه المشرع من اشتراطات لمباشرة هذه الأعمال، فقد بينها المشرع فى قوانين أخرى وضعت

(١) فمساهمة القانون فى علاج مشكلة البيئة لن تتأتى إلا من خلال استقلال أعمال الصناعة بفرع قائم بذاته تتدرج فيه كافة الأفكار المشابهة لها أو تلك التى لا غنى للصناعة عنها، كنقل التكنولوجيا. فهذه الأخيرة تعد من الأفكار الضرورية المصاحبة للصناعة، بل إنها من أفكار الصناعة، وهو الأمر الذى دفع البعض إلى القول بأن «وضع عقد نقل التكنولوجيا ضمن قواعد التقنين التجارى الجديد يصيب هذا العقد بالجمود الذى يتعين أن يتصف بالمرونة والقدرة على التشكيل والتطور ليتواكب مع متغيرات وتطورات التكنولوجيا (...). كنا نفضل لو أن قواعد عقد نقل التكنولوجيا قد صدرت فى قانون خاص أو حتى بلائحة تلحق بالقانون لكى يتيسر إدخال ما يناسب من التعديلات عليها(د/ سمير برهان، عقد نقل التكنولوجيا فى القانون التجارى الجديد، ضمن فعاليات مؤتمر المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والتشريع والإحصاء، يونيو ٢٠٠٠، ص ٧)».

خصيصاً لهذا الغرض وتحقيق الهدف الذي تنشده جميع فروع القانون وهو عدم الإضرار بالبيئة أو إفساد عناصرها<sup>(١)</sup>. فالحفاظ على البيئة، وإن كان يعد أهم المطالب الانسانية والشغل الشاغل لكل الأجهزة وعلى جميع المستويات، لا يستلزم بالضرورة إفراد قانون خاص بالصناعة، أو كما يقول أنصار هذا الاتجاه إعادة النظر فى بعض التشريعات والقوانين لاسيما تلك التى تعالج موضوعاً خطيراً كموضوع الصناعة. فلا يمكن القول بأن هذه الحماية تستدعى أن يقتصر إهتمام القانون التجارى على تنظيم أعمال التجارة دون أعمال الصناعة أو الزراعة، تفادياً للأثار السلبية التى يفضى إليها هذا التشعب فى الموضوعات التى يعالجها القانون التجارى. فالصناعة بهذا التنظيم تنال قدراً من الإهتمام يحول بين القائمين بممارستها وبين إلحاق الضرر بالبيئة. فلا يمكن التسليم بأن مساهمة القانون بفعالية فى علاج مشكلات البيئة لن تتأتى إلا من خلال إستقلال أعمال الصناعة بفرع قائم بذاته، فرعاً يكفل لها الرقابة القانونية الملائمة لطبيعتها. فهذا القول لا يأخذ فى الاعتبار الفارق الكبير بين التنظيم وبين اشتراطات ممارسة العمل أو الترخيص بمزاويلته. فوضع أعمال الصناعة ضمن الأعمال التجارية يضىء نوعاً من التطور على قواعده، تطوراً يتواءم مع المتغيرات التى لحقت بدنيا الأعمال، بل إن هذا التنظيم يضىء نوعاً من المرونة والقدرة على مسايرة المستجدات الحديثة وما لحق بمجتمع الأعمال من تطور وما أصابه من تغيير. خلاصة القول إذن أنه يوجد فارق كبير واختلاف واضح بين التنظيم القانونى للأعمال وما يمكن أن يضعه المشرع من ضوابط لممارسة أى عمل منها. فإذا كان المشرع قد عالج أعمال الصناعة ضمن الأعمال التجارية،

---

(١) راجع القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ فى شأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة. راجع كذلك القرارات الوزارية رقم ٣٥٨ لسنة ١٩٧٦ (فى شأن المحال الصناعية والتجارية التى تؤخذ فيها رأى الجهات القائمة على الشئون الصحية بالمجالس المحلية قبل صرف تراخيصها)، رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٧٥ (فى شأن الاشتراطات العامة الواجب توفرها فى المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة)، رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بتعديل القرار الوزارى رقم ١١٥ لسنة ١٩٩١.

فإن هذه المعالجة لن تغير من حقيقة الأمر شئ، إذ لا تقود المعالجة المستقلة لها أو أفراد تنظيم خاص لها إلى إحداث أى تغيير. فهناك فارق كبير بين التنظيم وبين الاشتراطات التى يفرضها القانون لممارسة العمل. ومن ثم فإنه يستوى أن يأتى تنظيم هذه الأعمال ضمن مواد قانون التجارة، أو أن يفرد لها تنظيم مستقل. فالغرض من التنظيم هو بيان الأعمال التى يمكن أن ينطبق عليها قانون التجارة بما يقرره من أحكام، مع الإحالة إلى ما تقتضيه القوانين الأخرى من اشتراطات وما تفرضه من ضوابط عند ممارسة أيا منها.

## المبحث الثانى

### ضعف الرقابة القانونية

غنى عن البيان أن حماية البيئة تقتضى تضافر كل الجهود على كافة المستويات، سواء أكان ذلك من الأفراد أو من الهيئات أو من السلطات أو المنظمات، وسواء كان ذلك على المستوى الرسمى أو على المستوى الشعبى. فكافة طوائف المجتمع معنية بتحقيق هذه الحماية. فالوصول إلى بيئة نظيفة لا يقتضى فقط اتخاذ الإجراءات والقرارات ورسم السياسات على المستوى المحلى أو المستوى الدولى، وإنما يتطلب أيضاً أن تراعى كافة الأجهزة هذا الهدف وتعمل على تحقيق هذه الحماية. فلا يمكن أن تحقق التشريعات وحدها الحماية المأمولة، وإنما لابد من التعاون لإمكانية الوصول إلى الهدف المنشود وهو توفير بيئة نظيفة للكائنات الحية.

فالعيش فى بيئة نظيفة ليس التزاماً على عاتق المشرع فقط، وإنما هو واجب أيضاً على الأجهزة الرقابية التى تضطلع بتنفيذ الاشتراطات القانونية التى تطلبها المشرع لممارسة الأنشطة المصرح بها<sup>(١)</sup>. مع هذا فإن

---

(١) فحماية البيئة ووقف التدهور الذى تتعرض له يُعد التزاماً قانونياً على عاتق كل الأجهزة، الرسمية منها وغير الرسمية. فالارتقاء بمستوى الحماية لن يتحقق إلا إذا اضطلعت كل الأجهزة بواجبها، لدرجة أن صور البعض الأمر بضرورة الإرتقاء إلى مرحلة الثورة البيئية، بما تقود إليه من تغيرات شاملة فى أنماط الإنتاج والاستهلاك، وفى الثقافات والعادات السائدة.

المشروع التجارى لم يتحدث عن هذه الرقابة ، تاركاً هذا الأمر للقوانين التى تضع الاشتراطات القانونية لمزاولة الأعمال التى يقوم بها أفراد المجتمع ، أيا كانت طبيعتها زراعية أم صناعية ، مدنية أم تجارية. ومن ثم فإنه لا يمكن أن يوصف المسلك الذى إنتهجه المشروع التجارى بالقصور أو المساهمة فى ضعف الرقابة القانونية المفروضة على المشروعات الصناعية أو الزراعية. فهذا المشروع تصدى فقط لتنظيم هذه الأعمال ، تاركاً وضع الاشتراطات أو التراخيص للقوانين الأخرى. مع هذا فإنه يمكن القول بأن ضعف الرقابة القانونية قد ترد إلى عدم الأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة لأعمال الصناعة (المطلب الأول) ، أو إلى عدم وضع خطة متكاملة لإبعاد الصناعة عن الإضرار بالبيئة (المطلب الثانى).

### المطلب الأول

#### عدم الأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة لأعمال الصناعة

لقد سبق القول بأن الاهتمام بالبيئة لم يبدأ إلا بعد تلك التداعيات التى أحدثها التطور الصناعى فى المجتمعات الحديثة. فما أفضى إليه هذا التطور من نتائج وخيمة وما أحدثه من انعكاسات سلبية على البيئة بجميع عناصرها ، جعل من الحفاظ على البيئة أهم المطالب الإنسانية والشغل الشاغل لكل الأجهزة وعلى جميع المستويات. بل زادت تلك الأهمية بعد أن أصبح التلوث شاملاً لكل العناصر البيئية<sup>(١)</sup>. مع هذا فإن التساؤل

---

=(BROWN I: Launching the environmental Revolution, in state of the world, world watch institute, 1992, p. 262 et s);

د/ عبير فرحات على ، حماية البيئة فى ظل العولمة ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ ، حيث تقرر أن «البيئة من الموضوعات المشتركة بين ساكنى هذا الكوكب قبل وبعد العولمة. فلا يستطيع أحد أن يقول أنى ألوث الجزء المملوك لى وليس لأحد دخل بهذا. فالتلوث سواء كان أرضى أم هوائى أم مائى لا ينحصر أثره فى المكان الذى حدث فيه ، بل ينتشر ، ومن ثم فمن حق الجميع الحفاظ على البيئة. إلا أن الأمر سيصبح أكثر سهولة فى ظل العولمة ، نظراً لسيادة التوافق بين التشريعات والقوانين ، وكذلك لبروز دور المؤسسات فوق القومية كسلطة أعلى من الحكومات».

(١) د/ نور الدين هنداوى ، السياسة التشريعية والإدارة التنفيذية لحماية البيئة ، المرجع السابق ، ص٢.

الذى يثار فى هذه الحالة يتعلق بمدى الارتباط بين تدهور البيئة والتطور الصناعى. فهل يمكن القول بأن هذا التدهور يرتبط بالتطور الصناعى برباط وثيق، أم أن الأضرار التى تحدثها أعمال الصناعة رغم خطورتها وجسامتها ليست السبب الوحيد فى إحداث هذا التدهور؟  
فى الحقيقة إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعى التعرض لطبيعة العلاقة بين التدهور البيئى والتطور الصناعى (الفرع الأول)، وذلك قبل التعرض لخطورة وجسامة الأضرار التى تحدثها الصناعة بالبيئة (الفرع الثانى).

### الفرع الأول

#### تدهور البيئة مرتبط بالتطور الصناعى

لا جدال أن تدهور البيئة قد يتحقق كرد فعل طبيعى للتقدم الصناعى. كما أنه قد يكون ناشئاً عن أسباب أخرى، كعوادم السيارات أو عن انفجار للأسلحة النووية أو عن أنشطة الاستكشافات للفضاء الخارجى. فالتلوث البيئى قد ينتج عن مداخن المصانع أو الأبخرة الناتجة عن الصناعات المعدنية أو البترولية أو مواد البناء أو نتيجة لتلوث الماء نظراً لإلقاء المصانع لمخلفاتها، خاصة السائلة منها، فى مصادر المياه، وقد ينتج عن قطاع المواصلات أو عن مباشرة الأعمال المدنية أو الأعمال التجارية<sup>(١)</sup>.

فالتدهور البيئى له أسباب متعددة ومصادر كثيرة. فقد يكون مصدره أعمال الصناعة أو أعمال الزراعة أو أعمال التجارة. فأعمال الصناعة قد تؤدى إلى تلوث الهواء أو إلى تلوث الماء. ويُعد هذا الأخير هو أخطر أنواع

(١) فتؤكد الدراسات التى أجريت للتعرف على تأثير أعمال الصناعة على البيئة المصرية، أن هذه الأعمال هى الأكثر إحداثاً للتلوث وأكثرها خطراً على البيئة المصرية. فلقد أشارت تلك الدراسات إلى أن أهم الصناعات المصرية (الصناعات الغذائية والمعدنية والكيمياوية) تعد من أكثر أسباب تلوث البيئة بالمخلفات السائلة. د/محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية، المرجع السابق، ص ١٩٠.

التلوث<sup>(١)</sup>، لما يمثله الماء من أهمية ويلعبه من دور فى حياة البشر. ولعل أصدق دليل على تلك الأهمية قوله تعالى ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ﴾<sup>(٢)</sup>. صحيح أن سبل الاعتداء على مجارى المياه العذبة قد تأتى من الأفراد أو المنشآت. فعادة ما يلقي الأفراد بمخلفاتهم فى مجارى المياه، مع هذا فإن الأضرار التى يحدثها هذا الإلقاء لا تقارن بالأضرار التى تحدثها المصانع بسبل الحياة. ففى دراسة حديثة أجريت على ٢٢٠ مصنعاً تنتشر على ضفاف النيل، تبين أن المخلفات السائلة «التي تلقيها شركة النصر للكيماويات، شركة الحديد والصلب، شركة النصر لصناعة المواشير الصلب، وشركة السكر المصرية تبلغ نحو ١٦، ٦٠٠، ٣٤، ٨٠ ألف متر مكعب فى اليوم الواحد. هذه المخلفات لأربعة مصانع فقط، فما هو حال المخلفات التى تنتج من كافة المصانع<sup>(٣)</sup>».

(١) على العكس يذهب البعض إلى القول بأن تلوث الهواء يعد أخطر أنواع التلوث إضراراً أو إفساد للبيئة، فهو أكثر عناصر البيئة لزوماً، حيث لا يستطيع أن يستغنى عنه أى كائن حى ولو للحظات قليلة. فالكائنات الحية تستطيع الاستغناء عن الماء لساعات، بل لأيام وتصل بالنسبة لبعض الحيوانات لشهور، أما الهواء فإنها لا تستطيع الاستغناء عنه. وعليه يعتبر «تلوث البيئة الجوية أهم مشكلات تلوث البيئة الإنسانية بوجه عام. ذلك أن تلوث الهواء الجوى قد يكون نواة ومنطلقاً فى تلوث البيئة المائية، والبيئة البرية على السواء. ومن هنا تأتى أهمية البحث فى القواعد القانونية المتعلقة بحماية بيئة الهواء الجوى. فالواقع أن الهواء من أهم مستلزمات الحياة للإنسان والحيوان والنبات (د/أحمد عبد الكريم سلامة، قانونه حماية البيئة، المرجع السابق، فقرة ٣٧٣، ص ٢٣٩)».

(٢) سورة: الأنبياء - الآية: ٣٠.

(٣) د/ عبير فرحات على، حماية البيئة فى ظل العولمة مع التطبيق على مصر، مصر المعاصرة، أبريل ٢٠٠٧، ص ٢٥٢.

هذا ويعد الماء العذب ملوثاً (عندما يتغير تركيب عناصره أو تتغير حالته بطريق مباشر أو غير مباشر بسبب نشاط الإنسان بحيث تصبح هذه المياه أقل صلاحية للاستعمالات الطبيعية المخصصة لها أو بعضها. هيئة الصحة العالمية، ١٩٦١). وهو نفس المعنى الذى قرره المادة الأولى من قانون البيئة المصرى رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م فى بندها الثانى عشر بتعريفها للتلوث المائى بأنه «إدخال أية مواد أو طاقة فى البيئة المائية بطريقة إرادية أو غير إرادية، مباشرة أو غير مباشرة، ينتج عنه ضرر بالموارد الحية أو غير الحية، أو يهدد صحة الإنسان أو يعوق الأنشطة المائية بما فى ذلك صيد الأسماك»

مع هذا فإن التلوث المائي غير قاصر على المصانع ، وإنما تساهم أعمال الزراعة أيضاً فى إحداث التلوث بالماء العذب. فلقد أثبتت الدراسة السابقة أن «أكثر من ٤٥ مصرفاً زراعياً تلقى بمخلفاتها المحملة بالمبيدات إلى نهر النيل والمقدر كميتها بنحو ٦٠٠ مليون متر مكعب سنوياً<sup>(١)</sup>». بل لقد أثبتت الدراسات الحديثة التى أجريت أن هناك نسبة لا يستهان بها من الأراضى الزراعية تروى بماء الصرف ، والذى يؤثر كثيراً على المحاصيل الزراعية التى يتم إنتاجها ، بما يهدد حياة الانسان والحيوان بخطر بالغ.

=والأنشطة السياحية أو يفسد صلاحية مياه البحر للاستعمال أو ينقص من التمتع بها أو يغير من خواصها). ويُعد هذا التعريف ترديداً من المشرع المصرى لما سبق أن قرره الاتفاقيات الدولية أو الإقليمية فى مجال حماية البيئة. فعلى سبيل المثال تقرر المادة الأولى من الاتفاقية الإقليمية للحفاظ على بيئة البحر الأحمر وخليج عدن أن التلوث البحرى يقصد به «قيام الإنسان سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بإدخال أى مواد أو شكل من الأشكال ، الطاقة إلى البيئة البحرية تترتب عليها آثار ضارة بالموارد الحية ، وتهديد لصحة الإنسان وإعاقة للأنشطة البحرية بما فى ذلك صيد الأسماك ، وإفساد صلاحية مياه البحر الأحمر للاستخدام ، أو الحد من قيام المرافق الترفيهية». قارب أيضاً التعريف الذى قرره المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة حول قانون البحار الجديد لعام ١٩٨٢ ، وذلك بنصها فى البند الأول بأن تلوث البيئة البحرية يقصد به «إدخال الإنسان فى البيئة البحرية ، بما فى ذلك مصاب الأنهار بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، مواد طاقة تنجم عنها أو يحتمل أن تنجم عنها آثار مؤذية ، مثل الأضرار لموارد الحياة البحرية ، وتعريض الصحة البشرية للأخطار ، وإعاقة الأنشطة البحرية بما فى ذلك صيد الأسماك وغيره من أوجه الاستخدام المشروعة للبحار والخط من نوعية وقابلية البحر للاستعمال والإقلال من الترويح». ومن هذه التعريفات يتضح أنه لإحداث التلوث البيئى ، يتعين أن تتوافر مجموعة من الشروط فى الممارسات الإنسانية حتى يمكننا القول بأنها المصدر الرئيسى لمثل هذا التلوث :

- ١- إحداث تغيير بالبيئة بكل مكوناتها وعناصرها ، وذلك بإضافة مواد غريبة تؤثر عليها.
- ٢- أن يكون مصدر هذا التغيير راجع إلى عمل الإنسان المباشر أو غير المباشر ، الإرادى أو الاضطرارى ، ومن ثم تخرج كافة أفعال الطبيعة من مجال التلوث البيئى.
- ٣- إلحاق هذا العمل الضرر بالبيئة ، مع هذا فإنه يكفى أن يودى هذا التغيير إلى مجرد احتمال إحداث الضرر البيئى. ومن ثم إذا لم ينجم عن العمل الإنسانى أى ضرر بيئى أو احتمال لحدوثه ، فلا مجال للحديث عن مثل هذا التلوث البيئى.

(١) د/ عيبر فرحات على ، حماية البيئة فى ظل العولمة ، المرجع السابق ، ص ٢٥٢.

ولعل هذا التلوث هو ما دفع وزارة الزراعة، بعد تلك الضجة الاعلامية التي أثيرت أخيراً، إلى تحديد هذه الأراضى وحث المواطنين على عدم استخدام ما تنتجه من محاصيل. مع هذا فإن ذلك الأمر، رغم خطورته، لم يتم معالجته أو التغلب عليه. فما زالت هذه الأراضى يتم زراعتها وتنتج المحاصيل الضارة بصحة الإنسان والحيوان، والتي تسبب له العديد من الأمراض، لدرجة يمكن معها القول بأن مآكل الانسان ومشربه يعدان السبب الرئيسى فى إنتشار العديد من الأمراض الخطيرة والتي زادت حدتها فى الأونة الأخيرة، إزدیاد نبه الأذهان إلى خطورتها وآثارها الفتاكة بالإنسان والحيوان.

وهكذا يتضح أن التلوث المائى يهدد بشكل واضح الكائنات الحية، وأهمها الإنسان، إذ يهدد حياته بكثير من الأمراض، بل إنه يهدد مستقبل هذا البلد، نظراً للتكلفة العالية اللازمة لتطهير المجارى المائية من التلوث. هذا فضلاً عن الأموال التى تتحملها ميزانية الدولة للمساهمة فى علاج المواطنين على نفقة الدولة. يضاف إلى ذلك ما يمكن أن تساهم به هذه الأعمال من تلوث هوائى، حيث لا يقتصر ضررها على التلوث المائى، وإنما يمتد إلى إحداث التلوث بالهواء، لاسيما وأنها قد ساهمت فى تعدى نسبة التلوث الحدود القصوى المسموح بها عالمياً. فلقد أثبتت الدراسات الحديثة أن نسبة تلوث الهواء فى مصر تتراوح بين (٧، ١٠) أضعاف الحد الأقصى المسموح به، وأن ٦٠٪ من هذه النسبة يرجع إلى أدخنة المصانع وحرق القمامة. ولاشك أن هذا الأمر يقتضى اتخاذ الإجراءات ورسم السياسات التى تحول دون إحداث هذا التلوث أو تعدى هذا الأخير النسب المسموح بها عالمياً. فإذا كان التلوث البيئى يؤثر تأثيراً بالغاً على البيئة بما يقلل من قيمتها ويشوه من طبيعتها ويضر بالكائنات الحية، فإنه يساهم كذلك فى استنزاف الموارد المادية والبشرية. فالأضرار البيئية وما تفضى إليه من تدهور تقتضى إذن صياغة القواعد القانونية الملزمة وبيان الإجراءات المناسبة لمنع وقوعها. فتلك الأضرار وما تحدثه من آثار توجب منعها قبل حدوثها، إذ بخلاف كافة الأضرار الأخرى، والتي يزيل



التعويض بعض آثارها، يُعد التطبيق الأمثل خير وسيلة للحد منها. ففى مجال حماية البيئة تُعد الوقاية أفضل بكثير من العلاج. فطبيعة الأضرار البيئية تقتضى هذا المنع، نظراً لأن غالبيتها يصعب، بل يستحيل، التعويض العينى عنها. ومن ثم لا يبقى سوى التعويض المادى، والذى لا يعد كافياً فى معظم الأحوال لجبر الأضرار التى تحققت.

خلاصة القول إذن أن التدهور البيئى لا يعد نتيجة حتمية للتطور الصناعى. فأعمال الزراعة قد تسبب أضراراً بالغة بالبيئة نتيجة لإقدام كثير من المزارعين على رش المحاصيل بالهرمونات وحرق مخلفات الزراعة، ضارين عرض الحائط بما يسببه ذلك من أضرار بالغة، تهدد صحة المواطنين بمخطر دائم، أو تجعل من سماء مصر مليئة بالسحب السوداء التى تؤثر بدون شك على صحة الإنسان والحيوان.

### الفرع الثانى

#### جسامة أضرار الصناعة

كما سبق أن نوهنا أن هناك أسباباً عديدة ونشاطات مختلفة تؤدى إلى الإضرار بالبيئة. فهذه الأسباب رغم تعددها، إلا أنها تتفق فى إضرارها بالبيئة. مع هذا فإن درجة الإضرار ليست واحدة، وإنما تختلف من نشاط إلى آخر<sup>(١)</sup>. وإذا كان الإضرار بالبيئة ينظر إليه من حيث الحجم من ناحية

(١) ولعل هذا السبب هو الذى دفع المشرع المصرى إلى التمييز بين الأفعال التى تضر بالبيئة من حيث الآثار التى تحدثها، سواء تعلق الأمر بنوع الضرر أو حجمه أو كثافته. فمن ناحية الكثافة يمكن التمييز بين أفعال ترتب أضراراً جسيمة بالبيئة، وأخرى ترتب أضراراً عادية بها. هذا ما يمكن أن نستنبطه من نص المادة ٧١ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م، وذلك بتقريرها تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون المواصفات والمعايير التى تلتزم بها المنشآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف المواد الملوثة القابلة للتحويل وذلك بعد معالجتها (...). وفى حالة المخالفة يمنح صاحب الشأن مهلة مدتها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة. فإذا تبين أو ثبت من التحليل أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المائية، يوقف التصريف بالطريق الإدارى ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة. وذلك على عكس الأضرار الأخرى التى بينها المشرع فى صيغته نصوص قانون حماية البيئة، إذ تعد جميعها من قبيل الأفعال التى ترتب أضراراً عادية بالبيئة. ومن حيث حجم الأضرار التى تلحق بالبيئة، يمكن أيضاً التمييز أو التفرقة بين =

والخطورة من ناحية أخرى ، فإن أعمال الصناعة تعد هي الأكثر خطورة والأشد جسامة على البيئة. فالعمليات الإنتاجية تعد الأكثر خطورة والأشد جسامة فى الإضرار بالبيئة ، فما تحدثه هذه العمليات من أضرار لا تقارن بتلك الناشئة عن عمليات الاستهلاك. صحيح أن التلوث قد ينتج عن طريق الإنتاج أو عن طريق الاستهلاك ، مع هذا فإن الأضرار التى تحدثها عمليات الإنتاج تتسم بالخطورة والجسامة إذا ما قورنت بأضرار عمليات الاستهلاك. فالتدفق «الدائرى للمواد الخام ومصدرها البيئة الطبيعية يتجه إلى المنتجين ، وإن ما ينتجونه يتجه إلى المستهلكين ، ويتبقى لديهم مخلفات الإنتاج التى تنبعث إلى البيئة. كما أن المستهلكين يستهلكون ما تلقونه من المنتجين فى شكل منتجات ، ومع ذلك يبقى لديهم أيضاً جزء من هذا المنتج لم يستهلك ويبقى على هيئة مخلفات<sup>(١)</sup>». كذلك فإن الأضرار التى تحدثها أعمال الصناعة تتمثل خطورتها فى أنها غير مرئية ، أى لا يمكن رؤيتها فى معظم الأحوال<sup>(٢)</sup>. كما أنها أضرار متزايدة ، أى تزداد خطورتها وجسامتها بمرور الزمن. فهذه الأضرار تترتب

= نوعين من الأفعال الضارة ، الأول يرتب ضرر ثابت لا يتغير بمرور الزمن ، والثانى يرتب أضراراً متزايدة فى الزمن. والنوع الثانى هو الذى يشكل خطورة كبيرة على البيئة. ولهذا اهتم به المشرع وأفرد له ما يسمى بالوسائل الوقائية أو اشترط بالنسبة له الاحتياطات الكافية لمنع أو تقليل حدوثه ، كأن يقرر المشرع بشأنها وقف الأعمال المخالفة دون انتظار الحكم فى الدعوى. هذا ما تبرزه بجلاء المادة ٩٨ من قانون حماية البيئة فى فقرتها الثانية بنصها على أنه «ويجب فى جميع الأحوال ودون انتظار الحكم فى الدعوى وقف الأعمال المخالفة وإزالتها بالطريق الإدارى على نفقة المخالف وضبط الآلات والأدوات والمهمات المستعملة ، وفى حالة الحكم بالإدانة يحكم بمصادرتها. ومن حيث نوع الضرر ، يمكن التفرقة بين نوعين من الأضرار ، الأول فعل يرتب ضرر مباشر أى حال وقائم. والثانى يرتب ضرراً غير مباشر ، أى محتمل الوقوع فى المستقبل (لمزيد من التفصيل حول هذا التقسيم ، راجع د/ أحمد حشيش ، المفهوم القانونى للبيئة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣ وما بعدها ، ص ١٥٦ وما بعدها).

(١) د/ عبد الهادى محمد مقبل ، البعد البيئى للتنمية ، ضمن فعاليات مؤتمر «الأطر القانونية لمؤثرات البيئة على الإنسان» ، كلية الحقوق - جامعة طنطا ، ٢٠٠١ ، ص ٤٠٩ وما بعدها.

(٢) د/ رياض صالح عبد الحافظ ، دور القانون الدولى العام فى حماية البيئة ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ؛ د/ عبد العزيز محيىم عبد الهادى ، دور المنظمات الدولية فى حماية البيئة ، المرجع السابق ، ص ٦٤.

نتائجها بصورة تدريجية على فترات متباعدة. فما تحدثه أعمال الصناعة من أضرار قد لا يكتشف بصورة فورية ملازمة لعملية الإنتاج، وإنما قد يكتشف بعد فترة زمنية. بل إن هذه الأضرار حال اكتشافها فور مزاولة النشاط، قد تتفاقم حدتها مع مرور الزمن. كما أن خطورتها تتمثل في سرعة انتشارها. فآثارها لا تتوقف على مكان معين، بل على العكس تغطي أماكن متعددة ومتفرقة، الأمر الذي يمكن معه القول بأنها أضرار ذات طبيعة دولية.

ولعل هذه الخطورة التي تحدثها أعمال الصناعة هي التي أثارَت الاهتمام ودعت الدول الصناعية إلى البحث عن حلول مناسبة تقي البيئة من هذه الأضرار. فهذه الأخيرة تفرض على جميع الدول التزاماً بالتعاون الدولي والقيام بنوع من العمل الجماعي المشترك بينها لاتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لتحسين البيئة وحمايتها من تلك الأضرار. كذلك استدعت هذه الأضرار قيام الدول الصناعية بالاهتمام بهذه الأعمال، على نحو ينظم كيفية ممارستها وتفاذي ما قد ينجم عن تلك الممارسة من أضرار ومخاطر.

على العكس لا ترتب أعمال التجارة أي إضرار بالبيئة، فما تركه من مخلفات لا تقاس بتلك التي تسببها أعمال الصناعة أو أعمال الزراعة. فما يمكن أن يلحق بالبيئة من ممارسة أعمال التجارة لا يزيد عن القيام بتلوث الهواء من جراء حرق مخلفات هذه الأعمال. فأعمال التجارة لا تترك سوى بعض قصاصات من الورق أو الأقمشة، الأمر الذي يدفع الدول النامية إلى تجميعها في مقابل للقمامة، ثم تقوم بعد ذلك بحرقها والتخلص منها. وهو ما يمكن تداركه بسهولة من خلال القيام بإعادة تدويرها، بل والاستفادة منها واستخدامها في تنمية المجتمع وتطويره<sup>(١)</sup>.

(١) د/ ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ١٨٨، حيث يقرر أن إعادة التدوير أو الاستخدام يحقق الاستفادة من عناصر لو تركت بحالتها لأضرّت بالبيئة. مع هذا فإن هناك «فارقين» إعادة التدوير وإعادة الاستخدام. فإعادة التدوير تعني إعادة مادة =

=مركبة - غير صالحة للاستعمال الجيد بمحالتها - إلى عناصرها، بحيث يمكن الاستفادة من كل عنصر منها. ذلك كإعادة تدوير القمامة واستخلاص العناصر المكونة لها لإعادة الانتفاع بها، وإعادة تدوير بعض النفايات الخطرة واستخراج عناصرها المفيدة. أما إعادة الاستخدام، فتعني استرجاع الفاقد من مادة معينة لاستخدامه كما هو أو بعد معالجة يسيرة. وذلك كاسترجاع الغاز الطبيعي المنبعث من حقوق البترول، وكاسترجاع أتربة الأسمنت المنبعثة من مصانع الأسمنت. ولا شك أن عمليات إعادة التدوير أو إعادة الاستخدام تعد تديداً للتوجهات التشريعية التي كرسها قانون حماية البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤، حيث حرصت المادة الأولى على تعريف بعض المصطلحات التي قد تثير الخلط أو تحدث اللبس عند تنفيذ هذا القانون. فلقد أبرزت هذه المادة أن المقصود بالتخلص من النفايات، العمليات التي لا تؤدي إلى استخلاص المواد أو إعادة استخدامها، كالحقن العميق أو التصريف للمياه السطحية أو المعالجة البيولوجية أو المعالجة الفيزيائية الكيماوية أو التخزين الدائم أو الترميد. كما يقصد بإعادة تدوير النفايات: العمليات التي تسمح باستخلاص المواد أو إعادة استخدامها، مثل الاستخدام كوقود أو استخلاص المعادن والمواد العضوية أو معالجة التربة أو إعادة تكرير الزيت. في الحقيقة إن عمليات إعادة التدوير أو إعادة الاستخدام تمثل أهم السبل التي قررها قانون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م لوقاية البيئة من الأضرار التي يمكن أن تسببها أعمال التخلص من النفايات. فلقد تأكد لدى المشرع المصري أن حماية البيئة لا تتوقف عند حد علاج البيئة من الأضرار التي لحقت بها وإنما تمتد إلى وقايتها من الأخطار التي يمكن أن تلحق بها. لهذا ذهب البعض إلى القول بأن «مبنى الطابع الوقائي لقانون حماية البيئة، ليس فقط أن هذا القانون يقوم أساساً على مبدأ ضرورة سلامة البيئة، وإنما أيضاً أن وقاية البيئة من الأخطار (أي الأضرار المحتملة) خير من علاجها من الأضرار بعد وقوعها. لهذا عنى القانون، ليس فقط ببيان المواد الخطرة والنفايات الخطرة والتخلص من هذه النفايات أو إعادة تدويرها، وإنما أيضاً ببيان التدابير الوقائية للبيئة من الأخطار (أي الأضرار المحتملة)، وضرورة وجود خطة لمواجهة الأخطار الجسيمة الطارئة التي تهدد بكارثة بيئية. ومؤدى ذلك أن هذا الجانب الوقائي لقانون حماية البيئة، هو الأكثر أهمية من جانبه العلاجي الذي يتمثل أساساً في المسؤولية عن الضرر البيئي (د/أحمد حشيش، المفهوم القانوني للبيئة، المرجع السابق، فقرة ٢٠، ص ٨١). بيد أن برامج إعادة التدوير تنقسم إلى قسمين رئيسيين: الأول: «إعادة التدوير الجزئية، ويستهدف عادة عدداً محدوداً من المواد مثل ورق الصحف واللعب الألومنيوم، وهذا البرنامج يحقق معدلات إجمالية تتراوح بين ١٠٪ و ١٥٪. والثاني: إعادة التدوير المكثفة، وهو يشمل الفصل الشامل للمواد، واسترجاع كل المواد التي يمكن إعادة استعمالها أو إعادة تدويرها وتحويل النفايات العضوية إلى أسمدة. وتعتبر إعادة التدوير المكثفة بديلة للحرق أكثر منها مكملة له، وهي إذا صممت كما يجب، تستطيع التخلص من النفايات إلى مستويات يمكن مقارنتها بالحراقات (د/ محمد صالح الشيخ، الآثار=

فمن خلال عمليات إعادة التدوير يمكن الحد من التلوث البيئي بصفة عامة، والتلوث الهوائى بصفة خاصة. فإعادة التدوير تضمن للموارد الطبيعية نقاءها وتجديدها، وتحافظ للإنسان على صحته، طالما أنه سوف يتنفس هواءً نقياً خالياً من الأتربة أو الملوثات. فالأضرار التي يمكن أن تخلفها أعمال التجارة يسهل الحد منها من ناحية، كما أنها لا تكلف الدول الكثير، بل إن الحد منها قد يُعد مورداً هاماً من ناحية أخرى. فسهولة الحد من الأضرار تتأتى من خلال مصانع إعادة التدوير. فالحد من مشكلة التلوث الهوائى التي تسببها أعمال التجارة تكمن فى اتخاذ السياسات اللازمة للحفاظ على البيئة من خلال إعادة تدوير مخلفاتها. كما أن هذه السياسة لن تكلف الدولة الكثير. فإذا كانت حماية البيئة تكلف الدولة الكثير، لدرجة أن ميزانية بعض الدول النامية قد لا تطيق تكاليف حمايتها، فإن التغلب على الأضرار التي تحدثها أعمال التجارة لا يكلف الدولة أموالاً كثيرة. فلا يتطلب الأمر تحقق مستوى عالٍ من التنمية الاقتصادية لاتخاذ إجراءات حماية البيئة من تلك الأضرار، بل إنه يمكن اعتبار إجراءات التغلب وسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية.

### المطلب الثانى

#### علم وضع خطة متكاملة لإبعاد الصناعة عن تلويث البيئة

فى الواقع إن الأضرار التي تحدثها أعمال الصناعة بالبيئة لا تعد أثراً مباشراً لإدراج تلك الأعمال ضمن طائفة الأعمال التجارية، وإنما ترتبط بعدم التخطيط لهذه الأعمال أو التفكير فى كيفية التخفيف من نتائج مباشرتها، لاسيما بعد تلك النظرة المتطورة لمضمون القانون التجارى فى

---

=الاقتصادية والمالية لمشكلات تلوث البيئة، المرجع السابق، ص (٣٧٣). ولقد بدأت مصر بالفعل فى إنشاء العديد من مصانع إعادة التدوير أو الاستخدام للنفايات فى شكل سمد عضوى أو طاقة. صحيح أن بعض هذه المصانع هى التي تم تشغيلها، إلا أنه وفقاً لخطة العمل البيئى فى مصر سيتم تشغيل الباقي منها حتى تكون الاستفادة كاملة ويتحقق الخفض الحقيقى لكمية النفايات من ناحية والتخفيف الفعلى لآثارها السلبية على البيئة من ناحية أخرى.

دول المنهج اللاتيني<sup>(١)</sup>. فهذه الدول ركزت فقط على الآليات القانونية التي تساعدها على التحول من الزراعة إلى الصناعة وفتح آفاق جديدة في جميع مجالات التصنيع، دون أى تخطيط ييشى سليم، أو حتى الاهتمام أو التفكير فى استخدام الطاقة أو التكنولوجيا النظيفة أو صديقة البيئة<sup>(٢)</sup>.

(١) وتطبيقاً لهذا جاء قانون حماية البيئة المصرى رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م مخصياً للأمال، حيث تسمح نصوصه بتلوث الهواء وإحداث الضوضاء، طالما أن هذا التلوث وتلك الضوضاء ما زالت فى الحدود المسموح بها قانوناً، باعتبارها الحدود الدنيا. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٤٣، حيث تقرر أنه «يلتزم صاحب المنشأة باتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لعدم تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل مكان العمل إلا فى الحدود المسموح بها، والتي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون سواء كانت ناتجة عن طبيعة ممارسة المنشآت لنشاطها أو عن خلل فى الأجهزة، وأن يوفر سبل الحماية اللازمة للعاملين تفيذاً لشروط السلامة والصحة المهنية.....». راجع أيضاً نصوص المواد ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٤٠، ٤٤، ٤٦، ٤٧ من القانون. فكل هذه المواد تسمح بالتلوث فى حدود معينة، بشرط اتخاذ الاحتياطات ومراعاة الشروط والضمانات التي تساعد على عدم تجاوز الحدود المصرح بها. فكان المشرع المصرى بتحديد هذه النسبة وتلك الحدود يصرح للأفراد والمنشآت بالإضرار بالبيئة فى حدود معينة، طالما أنه ليس بالإمكان منع هذا الإضرار بصورة تامة. بعبارة أخرى لقد أيقن المشرع المصرى أن تعيينه لهذه النسب والحدود القصوى لن يسمح للمنشآت والأفراد بتعريض الكائنات الحية للإثار الضارة لهذا التلوث البيئى. فهذه هى الحدود القصوى لما يمكن أن تحتمله البيئة من تلوث، أما إذا كان معدل التلوث أقل من هذه الحدود، فلا توجد مخالفة أو لا مكان للتجريم أو العقاب. وفى الحقيقة لا يعد هذا هو مسلك المشرع المصرى فقط، وإنما هو النهج الذى سارت عليه معظم التشريعات الوضعية، بل إنه السبيل الذى انتهجته كذلك الاتفاقيات الدولية. ولعل هذا النهج هو الذى حدا بالبعض إلى القول بأن هذا السماح من جانب المشرع أو هذا المسلك من جانب الاتفاقيات الدولية يمثل استثناءً على الأصل العام وهو مبدأ عدم جواز فساد الهواء. وهذا الاستثناء «يخضع من ثم لقواعد الاستثناءات، أى يجب التضييق منه ولو على مراحل، ولا يجب التوسع فيه ولو كانت أساليب الأنشطة المختلفة ما زالت تقليدية. فهذا الاستثناء، وإن كان يقوم على ضرورة، لكنها مجرد ضرورة عملية، كما أن الضرورة لا تقدر إلا بقدرها، بينما عدم جواز فساد الهواء هو ضرورة الضرورات فى العصر الحاضر (د/أحمد حشيش، المفهوم القانونى للبيئة، المرجع السابق، فقرة ٢٩، ص ١١٩)».

(٢) هذا ما تؤكدته الدراسات الحديثة، حيث تشير إلى أن الدول حديثة التحول إلى مجال التصنيع تعد أسوأ بيئياً من الدول المتقدمة، وهو ما تظهره معدلات التلوث فيها=

وعليه يمكن القول بأن ضعف الرقابة القانونية يرجع إلى عدم التخطيط السليم لمباشرة هذه الأعمال، ذلك الذى يقتضى استخدام الطاقة النظيفة، واعتماد معايير بيئية لمناطق الإنتاج. هذا فضلاً عن الاهتمام بالوعى البيئى. هذا الأمر يلزمه تفصيل على النحو التالى:

الفرع الأول: استخدام الطاقة النظيفة.

الفرع الثانى: اعتماد معايير بيئية لمناطق الإنتاج.

الفرع الثالث: الاهتمام بالوعى البيئى.

### الفرع الأول

#### استخدام الطاقة النظيفة

فى الحقيقة إن الدراسات التى أجريت لقياس نسب التلوث وأسبابها، بل وأهم القطاعات الملوثة للبيئة، أبرزت أن قطاع الصناعة وقطاع المواصلات هما أكثر القطاعات إضراراً بالبيئة، نظراً لأنهما يؤديان إلى تلوث البيئة بصفة عامة والهواء بصفة خاصة. ولعل هذه الدراسات تشير إلى أهمية التعرف على الأسباب التى قادت هذه القطاعات إلى الإضرار بالبيئة، حتى يمكن اتخاذ الإجراءات الوقائية التى تحول بينها وبين تلوث البيئة. فلقد أثبتت هذه الدراسات أنه من اليسير القضاء على الأسباب التى تؤدي إلى إضرار قطاع المواصلات بالبيئة، وذلك من خلال استخدام الغاز الطبيعى كوقود لوسائل المواصلات بدلاً من الاعتماد على البترول كوقود لها<sup>(١)</sup>. فالاعتماد على الغاز الطبيعى، باعتباره مصدراً

---

=مقارنة بالدول المتقدمة. فلقد ارتفعت بها معدلات التلوث بصورة كبيرة، لدرجة تجاوزها نسب التلوث التى تسترشد بها منظمة الصحة العالمية. فتلك الدراسات أظهرت أن معدلات تلوث الهواء فى بعض الدول (تايلاند - الهند - إيران - اندونيسيا) تجاوزت النسب المسموح بها عالمياً. كذلك تلوثت مياه الأنهار فى هذه الدول، وفى تقرير لمنظمة الصحة العالمية، تبين أن نسب تلوث مياه خليج جاكرتا الأندونيسى فاقت النسب التى تشير إليها إرشادات منظمة الصحة العالمية، حيث تجاوزت نسبة الرصاص فى عينة مأخوذة، ٤٤٪ ونسبة كل من الزئبق والكاديوم ٢٨٪، ٧٦٪ عن الحدود المسموح بها، WORLD BANK, Report, Washington, 1992, p. 46.

(١) د/ عبير فرحات على، حماية البيئة فى ظل العولمة مع التطبيق على مصر، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

نظيفاً للطاقة، لا يثير أى مشكلة، لاسيما وأن الدولة تقوم بتصديره إلى الدول الأخرى.

فمن السهل إذن القضاء على أسباب التلوث التى يحدثها قطاع المواصلات باستخدام مصادر الطاقة صديقة البيئة. وهو الأمر الذى يتعين الاستفادة منه فى قطاع الصناعة، والذى يُعد أكثر القطاعات ارتباطاً باستخدام هذه المصادر النظيفة للطاقة. ففى هذا القطاع الحيوى لعملية التنمية يتعين البحث عن إستخدام مصادر للطاقة لا تحدث أى تلوث بالبيئة، إستخداماً يدحض تلك الحجج التى ساقها أنصار إستبعاد أعمال الصناعة من طائفة الأعمال التجارية. ففى هذا الوقت يمكن التركيز على هذه الأعمال، طالما أن الأضرار التى تحدثها بالبيئة لا تتعدى الحدود المسموح بها دولياً. فإذا كانت الصناعة تمثل قيمة لا يمكن إغفالها فى النهوض بالاقتصاد القومى وفى دفع عجلة التنمية، فإنه يتعين الاهتمام بالمصادر التى تعتمد عليها وعدم السماح باستخدام المصادر غير النظيفة منها. هذا ما يؤكدُه البعض من الفقهاء بتقريره أن اتفاقنا «على عدم إمكانية إيقاف جهود التنمية التى يحررها دائماً قطاع الصناعة وهو أكثر القطاعات ديناميكية والذى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالطاقة، يحتم إذن البحث عن مصادر نظيفة للطاقة والتى قد تكون الغاز الطبيعى أو الطاقة الشمسية والتى تخصص فيها مساحات شاسعة من الأرض تبنى عليها المرايا التى تستخدم فى تجميع أشعة الشمس للاستفادة منها فى الاستخدامات المختلفة»<sup>(١)</sup>.

فاستخدام مصادر الطاقة النظيفة يرمى إلى تحقيق العديد من الأهداف. أولها، الاعتماد على قطاع الصناعة فى دفع عجلة التنمية<sup>(٢)</sup>.

(١) د/ عبير فرحات على، حماية البيئة فى ظل العولمة، المرجع السابق، ص ٢٣٢.  
(٢) فطالما أنه لا يمكن الاستغناء عن الصناعة أو التقدم التكنولوجى فى دفع عجلة التنمية، فإنه يتعين التخفيف من الآثار التى يمكن أن يلحقها بالبيئة. فإذا كان التلوث البيئى الناشئ عن هذا الاستخدام يعد بمثابة الضريبة التى يدفعها البشر، فإنه ينبغى الحد من الأضرار التى يمكن أن يحدثها من خلال استخدام الطاقة النظيفة، لاسيما =



وثانيها توفير بيئة نظيفة خالية من مصادر التلوث. وثالثها المحافظة على توازن البيئة من خلال الحفاظ على الموارد البيئية وعدم استنزافها. بيد أن عدم الخبرة والدراية لدى الدول النامية يقودها إلى استيراد تكنولوجيا بالية أو من أثر الماضى، وهو ما يؤدي إلى تلوث البيئة والإضرار بالكائنات الحية. وذلك على العكس من الدول المتقدمة، إذ تستخدم دائماً تكنولوجيا متقدمة ومتطورة لا تضر بالبيئة أو بالكائنات الحية. فهذه الدول لا تسمح إلا باستخدام تكنولوجيا نظيفة تفضى إلى منتجات صديقة للبيئة. لاسيما بعد دخول اتفاقيات منظمة التجارة العالمية حيز النفاذ وعدم سماحها بنفاذ المنتجات داخل الأسواق العالمية إلا إذا كانت متوافقة بيئياً<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثانى

#### اعتماد معايير بيئية لمناطق الإنتاج

مما لاشك فيه أن درجة التلوث تختلف من مكان إلى آخر. فمناطق الإنتاج تعد أسوأ حالاً من المناطق الأخرى. فالتلوث الذى يحدث داخل المصانع يضر بصورة مباشرة بالعمال ويؤثر على صحتهم. لهذا يتعين اعتماد معايير بيئية خاصة لمناطق الإنتاج، لاسيما فى ظل هذا الاهتمام المتنامى بالبيئة وبصحة المواطنين. فلقد أثبتت الدراسات التى أجريت للتعرف على مدى الالتزام بمعايير الصحة والمحافظة على بيئة العمل من التلوث، أن الغالبية العظمى من المصانع لا تلتزم بتلك المعايير، بل إن العاملين بتلك المصانع ليس لديهم أى إدراك بطبيعة الأمراض التى يمكن أن تلحق بهم نتيجة لعدم الالتزام بتطبيق تلك المعايير.

---

=بعد أن أصبح هذا الاستخدام، وذلك اللجوء بمثابة العلاج الضرورى للخروج من دائرة التخلف إلى مصاف الدول المتقدمة. بعبارة أخرى إذا كان اللجوء إلى التقدم التكنولوجى يمثل طوق النجاة للدول النامية، فإنه لا يمكن التسليم بأن التلوث البيئى يمثل الضريبة التى يجب أن يدفعها المستفيدين من هذا التقدم، أو أنه الأثر الذى يتعين عليهم قبوله والتسليم به.

(١) د/ إبراهيم عبد العزيز داود، التأثير المتبادل بين قانون البيئة والعقود المدنية، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، العدد السادس والثلاثون، أغسطس ٢٠٠٥، ص ٣١٢.

وهذه المعايير البيئية تدور حول تخصيص الميزانية المطلوبة لحماية العمال من الأضرار الملازمة لعمليات الإنتاج. هذا فضلاً عن تخصيص مساحات خضراء داخل مناطق الإنتاج للحد من أضرار التلوث الحادث داخل المصانع من أبخرة وأتربة تضر بالعمال أو تؤثر على صحتهم. كذلك يتعين التركيز على إتباع أساليب الإنتاج الحديثة التي تحافظ على سلامة البيئة ونظافتها<sup>(١)</sup>. وأخيراً يتعين العمل على إبعاد المصانع عن المناطق السكنية، خاصة بعد أن أثبتت الدراسات الحديثة أن أكثر المناطق

(١) فمن الضروري العمل على تغيير أساليب الإنتاج التي تؤدي إلى تلوث البيئة واستنزاف المصادر الطبيعية. فاستمرار إتباع هذه الأساليب يؤدي إلى الاستخدام الكامل للموارد من ناحية، والإضرار بالبيئة من ناحية أخرى. فالعديد من الدول النامية تلجأ عادة إلى الصناعات الاستهلاكية، وإتباع إستراتيجية إحلال الواردات. ولا شك أن تلك الصناعات تؤدي إلى استخدام كامل للطاقة واستنزاف للموارد، كما أنها تحول البيئة من حولها إلى مستودع للمخلفات ومصدر للتلوث. فتغيير أساليب الإنتاج يعد الوسيلة الفنية والأداة المتاحة للنهوض بالاقتصاد القومي، نظراً لأنه يتيح للدولة الاستغلال الأمثل للموارد المتاحة، والتي تمكنها من إشباع الحاجات المختلفة للسكان. فضلاً عن اتقاء الأضرار البيئية المترتبة على الاستخدام الحالي لأساليب الإنتاج المتبعة بالنسبة للإنسان والحيوان والنبات. بعبارة أخرى يتعين على الدول النامية أن تقوم بتغيير سياستها الإنتاجية، واستراتيجياتها التصنيعية من تصنيع يهدف الاستهلاك إلى تصنيع يقصد التصدير. فهذا التغيير يمكنها من الاستخدام الرشيد لما تملكه من موارد، كما أنه يجنبها الأضرار البيئية المحتملة، وذلك لأن التصنيع يقصد التصدير سيفرض عليها الالتزام بالمعايير البيئية الدولية، حتى لا تصطدم برفض الدول الأخرى دخول منتجاتها إلى أسواقها. كما أنه سيلزمها باستخدام مصادر للطاقة النظيفة، والتي تمكنها من تحقيق أهداف التنمية المتواصلة بيئياً، نظراً لأنه لا ينجم عنها انبعاث ملوثات أو أنها تقلل إلى حد كبير من هذا الانبعاث. وهذا الاستخدام هو الذي ساعد الدول المتقدمة على تبوأ تلك المكانة واحتلالها مكان الصدارة في الوصول بنسب التلوث إلى الحدود المسموح بها. فاتجاه تلك الدول إلى استخدام أنواع جديدة من التكنولوجيا البيئية ساعدها على تحقيق أقصى استفادة من مواردها الطبيعية، كما أنه مكنتها من خفض نسب التلوث إلى أقصى حد، هذا فضلاً عن مساعدتها على الاستخدام الرشيد للمواد الخام ومصادر الطاقة (لزيد من التفصيل راجع، د/منى قاسم، أثر سياسات الاستثمار والتنمية الاقتصادية على البيئة في مصر، مطابع البيئة العامة للاستعلامات، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١١٤ وما بعدها).

تعرضاً للخطر والإصابة بالأمراض هي المناطق الصناعية كحلوان وشبرا الخيمة. فلقد أثبتت الدراسات أن منطقة حلوان يستقبل هواءها يومياً « ٢٠٠ طن من أتربة الأسمنت، كذا تستقبل أرضها ٣١ مليون متر مكعب من مياه الصرف الصناعى الملوثة (...). كذلك تكتظ شبرا الخيمة بالمصانع والتي يصل عددها إلى ٤٠٠ مصنع معظمها يعمل فى مجال الغزل والنسيج والكيماويات، وجميعها ينبعث منها ما جعل هواء شبرا الخيمة الأكثر تلوثاً حيث فاقت نسبة الملوثات به أكثر من ١٤ ضعف للحد المسموح به عالمياً<sup>(١)</sup>».

لقد بات من الضروري إذن العمل على إنشاء مناطق صناعية تبعد عن الأماكن السكنية، حتى لا تصبح كل المناطق السكنية معرضة لنفس المخاطر التي تتعرض لها المناطق الصناعية المأهولة بالسكان كحلوان وشبرا الخيمة<sup>(٢)</sup>، بل حتى لا تصل إلى مناطق تتعدى فيها نسب التلوث الحدود

- (١) د/ عبيد فرحات على، حماية البيئة فى ظل العولمة، المرجع السابق، ص ٢٥٧.
- (٢) ولهذا السبب بدأت الدولة فى توزيع مصانع الأسمنت على المحافظات. هذا ما أشار إليه د/ يسرى بركات رئيس وحدة قياس تلوث الهواء بقريره أن «الدراسات التعدينية بالتبين أوضحت أن هناك تغييراً ملحوظاً فى منظومة صناعة الأسمنت بحلوان منذ ١٩٩٢م وذلك بعد تنفيذ مشروع البنك الدولى لقياسات التلوث بحلوان، حيث كانت المصانع الموجودة بحلوان تنتج ٤٥٪ من الأسمنت فى ذلك الوقت وبعدها بدأت الدولة فى توزيع المصانع الجديدة على المحافظات، مع مراعاة تلك المصانع للالتزام بالمعايير البيئية التى تطلبها قانون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤: (جريدة الجمهورية، السبت ٢٠٠٩/١٢/٥، ص ٤). كذلك بدأت المصانع الموجودة بمناطق حلوان وشبرا الخيمة فى استخدام وحدات معالجة خاصة وتفعيل دور الفلاتر وأجهزة تنقية الهواء، حتى لا تودى مخلفات تلك المصانع وعوادمها إلى تلوث الهواء الخارجى. فإزاء صعوبة نقل المصانع إلى مناطق أخرى، اتجهت أجهزة الرقابة إلى تفعيل استخدام الوسائل الحديثة التى تحافظ أو تعمل على الأقل على تنقية الهواء، وذلك لمنع التلوث بالمناطق المحيطة دون حاجة إلى نقل المصانع. فمن المعروف أن عملية النقل مكلفة إلى حد كبير، مما يعد عائقاً يمكن الاستعاضة عنه باستخدام الطرق العلمية الحديثة أو بالاتجاه إلى تعديل خطوط الإنتاج نفسها، لاسيما وأن المصانع الحالية لا يمكن نقلها خارج الكتلة السكنية لكونها قديمة ولا تصلح للتركيب مرة أخرى. بل إن بعض مصانع الأسمنت قد دخلت فى مشروعات بقروض من البنك الدولى للتغلب على مشكلة التلوث التى تسببها للبيئة. ومن هذه المصانع، الشركة القومية لصناعة =

المسوح بها عالمياً، كما هو الأمر بالنسبة لخلوان، حيث يفوق متوسط الأتربة العالقة بها أكثر من ١٧ ضعف للحد المسموح به عالمياً<sup>(١)</sup>.

مع هذا ينبغي القول بأن المعايير التي أقرتها القوانين المصرية لحماية البيئة المحلية تختلف بصورة كبيرة عن تلك التي تقرها قوانين الدول المتقدمة، وهو الأمر الذي يمثل عائقاً حقيقياً أمام الوصول إلى النسب العالمية المسموح بها. بل إن هذا الاختلاف سوف يؤثر بالضرورة على

---

=الأسمنت، حيث دخلت في مشروع (باب تو) بقرض من البنك الدولي تبلغ قيمته ١٦ مليون دولار، وذلك من أجل تحسين فلاتر المصنع حتى تصبح نسبة التلوث ٥٠ مليجرام في المتر المكعب. كذلك تم «اعتماد مشروع تحسين يئى لمصنع ٣، ٤ بالشركة بمبلغ مليار و ٢٠٠ مليون جنيه، منها ٣٠ مليوناً لتحسين الفلاتر فقط، على نحو يسمح بالقضاء، فى نهاية هذا العام، على مشكلة الأدخنة والأتربة الناتجة عن مصانع الأسمنت فى منطقة حلوان: (جريدة الجمهورية، السبت ٢٠٠٩/١٢/٥، ص ٤)». مع هذا فإن الأمر لا يتوقف فقط على اعتماد ميزانية للتحديث أو التطوير، وإنما يتعين بالإضافة إلى ذلك القيام باختيار واستخدام الطرق الإنتاجية المثلى للحفاظ على البيئة، بمعنى أن التحديث لا ينبغي أن ينصب على معالجة الأخطاء الناتجة عن تشغيل خطوط الإنتاج القديمة، وإنما يقتضى اختيار أفضل الطرق الإنتاجية التى تحافظ على البيئة ومكوناتها. كذلك ينبغي الاهتمام بالرقابة على الطرق التى تنتهجها تلك المصانع فى الإنتاج. فيتعين اعتماد منظومة رقابية تكفل تسجيل أى خرق للقانون يمكن ارتكابه. فالرقابة تعد عاملاً أساسياً لضمان الالتزام بالضوابط والاشتراطات القانونية، لهذا يجب التشديد على ضرورتها وأهميتها فى المحافظة على البيئة وعدم الإضرار بها.

(١) فبعد أن كانت حلوان منتجاً صحياً وقبله للاستشفاء فيما مضى، أصبحت بؤرة للتلوث ومسرحة للإصابة بالأمراض. فلقد أثبتت الدراسات التى أجريت أن ٧٥٪ من أطقال حلوان، خاصة مناطق التبيين وكفر العلو وحكر التبين، مصابون بالأمراض الصدرية. وأن مصانع الأسمنت هى السبب الرئيسى فى إصابة السكان بهذه الأمراض. فلقد أدى انتشار هذه المصانع إلى إصابة هذه النسبة من الأطفال بمرض التكييس الرئوى الذى يحدثه استنشاق غبار الأسمنت الناعم، والذى يدمر فى نفس الوقت الجهاز التنفسى لديهم. فمشكلة مخلفات مصانع الأسمنت باتت تهدد سكان هذه المناطق، نظراً لأن الأتربة والملوثات التى تخلفها هذه المصانع أصبحت تغطى سمائها. ومن ثم فإن عقد مقارنة بين ما آلت إليه هذه المناطق وما كانت عليه من حال قبل إنشاء تلك المصانع، يؤكد بصورة لا تدع مجالاً للشك أن أعمال الصناعة هى المسؤولة عن هذا التلوث وإصابة السكان بهذه الأمراض الخطيرة.

المنتجات المصرية التى يمكن تصديرها إلى الخارج، إذ فى ظل التزام أصحاب الأعمال بالحدود التى تسمح بها القوانين المصرية، لن تستطيع المنتجات المصرية أن تتوافق مع المعايير البيئية الدولية، على نحو يمثل تحدياً آخر أمام تصدير تلك المنتجات إلى الأسواق الأجنبية<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الاهتمام بالوعى البيئى

فى ضوء الاهتمام العالمى بمشكلات البيئة يتعين التركيز على الوعى البيئى كضرورة من ضرورات التغلب على تلك المشكلات وكعامل مهم

(١) وتزداد صعوبة التحدى بعد توحيد المعايير البيئية على المستوى الدولى. فتجنباً لما كانت تقدم عليه الدول المتقدمة من تغتت فى استخدام المعايير البيئية كتوع من القيود غير التعريفية فى مواجهة صادرات الدول النامية لها، قامت اتفاقية الجات بتوحيد لتلك المعايير حتى لا تتخذ كوسيلة أو عقبة أمام صادرات الدول النامية إلى الدول المتقدمة. ولقد وضحت ثمار هذا التوحيد فى المؤتمر الوزارى الثالث لمنظمة التجارة العالمية والذى عقد فى سياتل من ٣٠ نوفمبر حتى ٣ ديسمبر ١٩٩٩م، حيث تشدد الاتحاد الأوروبى فى إعطاء الدول الحق فى منع دخول أية سلعة إليها لا تحترم المعايير البيئية. وأمام رفض الدول النامية لوجهة النظر الأوروبية والربط بين التجارة الدولية والبيئة، خرج المؤتمر بضرورة توفير آلية تضمن وفاء الدول المتقدمة بتعهداتها الخاصة بمساعدة الدول النامية فى الحصول على الطاقة والتكنولوجيا النظيفة، وذلك حتى لا يمكن استخدام أو وضع ضوابط عدم استخدام تلك المعايير من قبل الدول المتقدمة كمائق للتجارة. وحتى فى حالة السماح للدول المستوردة بفرض تدابير بيئية، فلا بد أن يتوافر شرطان: الأول يتمثل فى عدم وجود معايير بيئية دولية يمكن الاحتكام إليها. والثانى: أن تكون المعايير المحلية ضرورية للمحافظة على خصائص المنتجات، بمعنى أنه لا يجوز الاحتكام إلى المعايير المحلية، بفرض تقييد الواردات، إلا عند غياب المعايير الدولية، وضرورة هذه المعايير المحلية للحفاظ على خصائص المنتج. كذلك تشترط الدول المستوردة توافر اشتراطات معينة فى عبوة المنتجات المصدرة إليها. وتعد الاشتراطات التى أصدرها الاتحاد الأوروبى مثالا واضحاً فى هذا الشأن، وإن كانت تدور حول سهولة إعادة تصريف هذه العبوات بعد استهلاكها، سواء تمثل ذلك فى سهولة إعادة التدوير، أو سهولة التخلص منها. بل أكثر من ذلك أجازت اتفاقيات منظمة التجارة العالمية للدول الأطراف فرض رسوم إضافية على المنتجات التى تستوردها عندما تحتوى تلك المنتجات على مكونات يصعب تصريفها أو عند احتوائها على مواد كيميائية ضارة. كما أجازت لها فرض رسوم أبعائات تطبقها على السلع الملوثة للبيئة واستخدام حصيلتها فى معالجة النفايات والفضلات التى تخلفها.

من عوامل التنمية. فعدم الوعي البيئي لدى أصحاب الأعمال ولدى العمال يؤثر بصورة واضحة على القيام بالدور الرقابى المشود. فإذا كانت بيئة العمل تشكل جزءاً من البيئة بصفة عامة، فإن هذا الجزء يحتاج إلى اهتمام خاص من جانب القائمين عليه. فينبغى على هؤلاء التأكد من أن هذا الجزء من البيئة لن يحميه سواهم. فالدور الأساسى فى حمايته يتوقف على الجهود التى يبذلونها من أجل توفير مناخ إنتاجى لا يضر بالعمال أو بالبيئة المحيطة. ولا خلاف أن هذا لن يتحقق إلا من خلال توفيرهم للتكنولوجيا النظيفة والتى من خلالها يمكن السيطرة على التلوث. كذلك لن يتحقق ذلك إلا من خلال رفع الوعي البيئى لدى العمال، والذى يتحقق بإدراكهم لطبيعة الأمراض التى يمكن أن تصيبهم من جراء عدم الالتزام بالتعليمات أو الرضوخ لمتطلبات العمل. فعندما يدرك هؤلاء بخطورة الوضع، فإنهم لن يتهاونوا فى ممارسة دورهم الرقابى على أصحاب الأعمال والتأكد من التزامهم بالاشتراطات القانونية اللازمة لممارسة النشاط. بعبارة أخرى إن نشر الوعي البيئى لدى العمال سيؤدى إلى تغير النظرة المتطورة لأعمال الصناعة وفرض نوع من الرقابة الجادة التى يمكن أن تساعد إلى حد كبير فى إقلال نسبة التلوث، وذلك لأنها تمارس من خلال المتضررين الحقيقيين من ممارسة الأنشطة الصناعية.

وهذا الوعي يمكن أن يتحقق من خلال تفعيل الدور الذى تقوم به الجمعيات الأهلية العاملة فى مجال البيئة. فنظراً لمشاركة هذه الجمعيات فى تنفيذ الخطة القومية لحماية البيئة، فإنه بإمكانها أن تساهم بدور فعال فى رفع الوعي البيئى لدى العمال وأصحاب الأعمال، بما لها من قنوات اتصال مع جميع المواطنين على اختلاف انتماءاتهم. ففى ضوء انخفاض الوعي البيئى لدى المواطنين ورجال الأعمال، بل وفى ظل انتشار العادات السلوكية الضارة بالبيئة، يتأكد دور هذه الجمعيات وتزداد أهميتها، لاسيما وأن كل المؤشرات تؤكد على استحالة قيام الدولة وحدها بتحمل تكاليف برامج حماية البيئة أو زيادة الوعي بأهمية تلك الحماية.

فالجمعيات الأهلية، بما لها من خبرة فى مجال التوعية، تستطيع إقناع رجال الأعمال بأهمية الحد من التلوث الصناعى وبضرورة إزالة الملوثات الناتجة عن المشروعات الصناعية، من خلال تبنى العديد من السياسات، وأهمها اقتناء التكنولوجيا النظيفة، وتوفير جهات الدعم لتطبيق تلك السياسة (كصندوق حماية البيئة لصناعات قطاع الأعمال، والوكالات المتخصصة (كالوكالة الأمريكية للتنمية الدولية USAID - ووكالة المعونة الألمانية). كما أنها تستطيع رفع درجة التوعية لدى العمال بخطورة الملوثات أو عدم استخدام وسائل الحد منها.

فأهمية الوعى البيئى لا يمكن إنكارها، إذ من خلاله يمكن تخفيض النفقات الموجهة إلى مجالات حماية البيئة. فالوقاية كما يقال خير من العلاج، فمنع التلوث الصناعى يعد بدون شك أكبر جدوى من إزالة آثاره. فاستخدام التكنولوجيا النظيفة والالتزام بالاشتراطات القانونية يُعدا أقل تكلفة من التغلب على الآثار الضارة التى يحدثها التلوث الصناعى، كتلك الخاصة بعلاج سكان البيئة المحيطة بالمصانع وعمالها من الأضرار الخطيرة التى يمكن أن تلحق بهم، هذا فضلا عن تكاليف إزالة الأضرار التى تحدثها مياه الصرف الصناعى الملوثة. ولعل هذا الانخفاض هو ما دفع الدول المتقدمة إلى تطوير التكنولوجيا المستخدمة فى عمليات الصناعة، وجعلها تكنولوجيا أقل إضراراً بالبيئة ومكوناتها. بل إنه دفع البنك الدولى إلى المساهمة فى مشروعات عديدة لحماية البيئة من التلوث أو المساهمة فى الإضرار بها. ونذكر من هذه المشروعات، تلك التى قدمها لقطاع النقل المصرى والبالغ تمويلها بـ ٣٣٥ مليون دولار، والهدف منها زيادة معدلات استخدام الغاز الطبيعى كمصدر نظيف للطاقة، يقود انتشار استخدامه إلى خفض معدل الانبعاثات الملوثة للبيئة من ثانى أكسيد الكربون وأكاسيد الكبريت، لاسيما بعد أن أثبتت الدراسات الحديثة أن الطاقة تعد أهم مصادر التلوث البيئى بصفة عامة، والتلوث الهوائى بصفة خاصة. فلقد أثبتت هذه الدراسات أن «استخدام الأنواع المختلفة للطاقة يفرز نحو ٩٩,٦٪ من أكاسيد الكبريت، ٩٠,١٪ من أكاسيد النيتروجين ونحو ٨٠٪ من أول أكسيد الكربون، ٧١,٧٪ من الهيدروكربونات»<sup>(١)</sup>.

(١) د/ عبير فرحات على، حماية البيئة فى ظل العولمة، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

## خاتمة

لقد أظهرت الدراسة أن التنظيم الحالى للأعمال التجارية يتوافق مع ما لحق بالمجتمع الدولي للأعمال من تطور وما واكبه من تغيير، حيث أن هذا التنظيم قد وسع إلى حد كبير من موضوع القانون التجارى، وانتقل به من رحاب الأعمال التجارية إلى دائرة الأعمال الرأسمالية. صحيح أن هذا الانتقال له ما يبرره من ناحية، وما يفضى إليه من مزايا من ناحية أخرى. فهذا الانتقال كان نتيجة طبيعية لعدم وقوف فقه القانون التجارى على معيار محدد لتحديد طبيعة الأعمال التى تدخل تحت نطاقه. كما أن هذا الانتقال ييسر التمييز بين الأعمال التى يعالجها القانون التجارى وتلك التى تخرج من نطاق تطبيقه، فضلاً عن أنه يسهل من إعمال نظرية القياس. فالتوسع الذى مال إليه المشرع أدى إلى دخول معظم الأعمال التى يمارسها أفراد المجتمع تحت لواء القانون التجارى، دخولاً دعا البعض إلى القول بأن المشرع لم يأخذ فى إعتباره طبيعة بعض الأعمال التى عالجها هذا القانون أو ما يمكن أن يترتب على ممارستها من أضرار. إدعاء وصل بالبعض إلى حد القول بأن القانون التجارى قد ساهم فى أزمة البيئة أو على الأقل الإضرار بها. على العكس أظهرت الدراسة أن هذا التنظيم الجديد للأعمال التجارية لا يمكن أن يساهم فى الإضرار بالبيئة، نظراً لأن العبرة بالتدقيق فى توافر الاشتراطات القانونية التى استلزمها المشرع عند إعطاء الترخيص بمزاولة هذه الأعمال، وليست فى تنظيمها فى قانون التجارة أو بقانون مستقل.

ومن ثم فقد أظهرت الدراسة أن حماية البيئة تقتضى تضافر كل الجهود على كافة المستويات، وسواء أكان ذلك من المشرع أو من جانب الأفراد أو من الهيئات أو من السلطات أو المنظمات، وسواء أكان ذلك على المستوى الرسمى أو على المستوى الشعبى. فكافة الطوائف المعنية بتحقيق هذه الحماية. فالوصول إلى بيئة نظيفة لا يقتضى فقط اتخاذ الإجراءات والقرارات ورسم السياسات على المستوى المحلى أو المستوى الدولى، وإنما يتطلب أيضاً أن تراعى كافة الهيئات المعنية هذا الهدف



وتعمل على تحقيق هذه الحماية. فالقوانين المعنية بالبيئة لا يمكن وحدها أن تحقق الحماية المنشودة وتوفر للكائنات الحية بيئة نظيفة، وإنما لابد أن تراعى الهيئات القائمة على تطبيق القوانين الاشتراطات القانونية وتحقق تماماً من توافرها قبل إعطاء التراخيص بمزاولة المهنة.

فحق الإنسان في العيش في بيئة نظيفة يُعد من الحقوق الأساسية التي أقرتها الاتفاقيات والمواثيق الدولية<sup>(١)</sup>، وسعت إلى تفعيله المنظمات الدولية العامة منها والمتخصصة، كمنظمة الأمم المتحدة، والمنظمة البحرية الدولية، ومنظمة اليونسكو، ومنظمة الأغذية والزراعة، ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية. ولهذا فإن حماية البيئة تفترض نوعاً من التقارب بين التشريعات التي تصدر عن المشرع الوطنى وتلك التي تهتم بمعالجة البيئة على المستوى الدولى، لاسيما فى ظل هذا التزايد المستمر للتلوث العابر للحدود. فهذا الأخير يقتضى تضافر كل الجهود من أجل توفير الحماية المنشودة للبيئة، خاصة بعد أن اتضح أن تلك الحماية لن تحققها فقط التشريعات المهتمة بهذا التنظيم سواء على المستوى المحلى أو المستوى الدولى، وإنما لابد من اهتمام كافة التشريعات بهذا الجانب.

كما أظهرت الدراسة أن حماية البيئة لا يمكن أن تتحقق من خلال عقد المؤتمرات، أو إقرار المعاهدات، أو بعدد المنظمات الدولية المنوطة بحماية البيئة، وإنما أيضاً من خلال قيام الجهات الرقابية بأداء دورها وممارسة أنشطتها على الوجه الأكمل، وليس كما يدعى البعض بأن هذه الحماية لن تتحقق إلا من خلال إفساح المجال أمام تنظيم قانونى يعالج أعمال الصناعة وآخر يعالج أعمال الزراعة أياً كان المعيار الذى تقوم عليه

---

(١) راجع المادة الثالثة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى العاشر من ديسمبر ١٩٤٨، حيث تنص على حق الإنسان فى الحياة والحرية وسلامة شخصه. راجع كذلك المادة الثانية، فقرة أولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ المادة ٣٨ من الميثاق العربى لحقوق الإنسان الصادر عن جامعة الدول العربية عام ٢٠٠٤، بتأكيداها على حق الإنسان فى العيش فى بيئة نظيفة وخالية من التلوث؛ راجع أخيراً المادة ١٧/أ من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان فى الإسلام والصادر فى إطار منظمة المؤتمر الإسلامى.

هذه الأعمال أو تلك ، معيار رأس المال أو الحرفة التي يشتهر بها الصانع أو الزارع. فهذا التقسيم الثلاثي ، ليس وحده ، هو الذي سيقود إلى معالجة تناسب مع حقيقة النتائج التي يفضى إليها كل عمل وبما يتلاءم مع طبيعته. بعبارة أخرى لقد أثبتت الدراسة خطأ الاتجاه القائل بأن حماية البيئة لن تتأتى إلا من خلال أفراد تنظيم قانوني خاص لأعمال الصناعة يأخذ في الاعتبار طبيعة هذه الأعمال وما تقود إليه من نتائج أو ما ترتبه من آثار ، لاسيما بعد أن اتضح أن بعض الأضرار التي تلحق بالبيئة وما تتكلفه الدول من أعباء مالية يرجع إلى الأعمال المدنية ، كأعمال الزراعة ، وما يترتب على مباشرتها من نتائج.

كذلك أبرزت الدراسة أن التدهور البيئي لا يرتبط بأعمال الصناعة فقط ، وإنما هو نتاج لأسباب عديدة وتراكمات كثيرة. وعليه فإن التغلب على الأضرار التي تحدثها تلك الأعمال بالبيئة لا يكون من خلال تنظيمها بقانون مستقل أو بإخراجها من نطاق الأعمال التجارية ، وإنما من خلال التخطيط البيئي السليم المبني على أسس علمية ، بأن تُلزم الدولة أشخاصها القانونية باستخدام الطاقة النظيفة والاهتمام بالوعي البيئي واعتماد معايير بيئية معينة لمناطق الإنتاج. فانتهاج تلك السياسة يساهم بشكل فعال في تحسين نوعية الهواء ، كما أنه يقضى على التلوث المائي ، واللذان يضران بالبيئة ضرراً بالغاً ، خاصة وأن هذين المصدرين لا يمكن للإنسان أو أى كائن حي الاستغناء عنهما أو توفير بديلاً لهما. فإذا كانت أعمال الصناعة تمثل قيمة لا يمكن الاستغناء عنها أو التشكيك في أهميتها للنهوض بالاقتصاد القومي أو دفع عجلة التنمية ، فإن إتباع مثل هذه السياسة يدفع بتلك الأعمال إلى الأمام ويقلل من خطورتها على مكونات البيئة.

يبد أن التخطيط البيئي السليم سوف يؤتى ثماره وتعاظم فائدته عندما يصادف التنظيم القانوني الدقيق الذي وضعه المشرع تطبيق سليم للاشتراطات التي تطلبها القانون لمزاولة الأعمال التي عددها. فعندما تتلاقى إرادة المشرع مع سياسة المجتمع تكون النتائج أكيدة والثمار كثيرة.

بعبارة أخرى إن توفير الحماية المثلى للبيئة يتحقق من خلال محورين متلازمين: الأول يتمثل في اعتماد خطة متكاملة لمنع التلوث البيئي، والتي تقوم على استخدام الطاقة النظيفة ونشر الوعي البيئي وإقرار معايير بيئية لمناطق الإنتاج، لاسيما بعد توحيد المعايير البيئية التي تحافظ على خصائص المنتج. والثاني يتمثل في تطبيق الاشتراطات القانونية التي وضعها المشرع لمزاولة الأعمال التي يقوم بها أشخاص المجتمع. فالبعد القانوني لحماية البيئة يقتضى ليس فقط التنسيق بين التشريعات المختلفة التي يسنها المشرع، وإنما يستلزم أيضاً التطبيق الدقيق لما يضعه المشرع من اشتراطات وما يقتضيه من ضوابط لمزاولة الأعمال القانونية. فالبعد الإنساني لحماية البيئة والمحافظة على عناصرها يستلزم أن يتوافق معه البعد القانوني بكل ما يقتضيه من تطبيق دقيق وكامل.

وحتى يتم أو يحدث هذا التوافق، فإنه يتعين العمل على التخفيف من الآثار السلبية التي يقود إليها الوضع الحالي للعناصر المستخدمة في الانتاج، وذلك من خلال خطة بيئية تهدف إلى إعادة استخدام المخلفات الصناعية وإعادة تدوير النفايات البلدية. فلقد أصبح من الضروري وضع إستراتيجية واضحة لإدارة النفايات لاستخدامها كمصدر للطاقة أو كمصدر من مصادر الأسمدة العضوية. فمن السهل الآن إعادة تدوير تلك المخلفات (كالورق والزجاج والمعادن) واستخدامها إما في أغراض الطاقة أو التسميد. فعلى سبيل المثال يمكن إعادة استخدام «النفايات الزراعية بعد تحللها وذلك لإنتاج غاز الميثان الذي يمكن استخدامه كوقود أو استغلاله في توليد الكهرباء، وفي الخطوة التالية للتحلل يمكن استخدام النفايات المحولة إلى سماد عضوي، إما في أغراض تكييف التربة أو في التسميد. وهذا التناج سوف يخفض نفقات الطاقة بالنسبة للمزارعين ويحسن الظروف المعيشية بالريف، ويقلص تلوث المياه السطحية والجوفية<sup>(١)</sup>».

---

(١) د/ محمد صالح الشيخ، الآثار الاقتصادية والمالية لمشكلات تلوث البيئة، المرجع السابق، ص٣٧٤.

كذلك يستلزم الأمر معالجة الأسباب التي تؤدي إلى حدوث التلوث في ظل هذه المعالجة. فإذا كان التقارب أو التوافق بين البعد الإنساني والبعد القانوني لحماية البيئة يحتاج إلى مزيد من الدراسة والاهتمام، فإن الأمر يدعونا إلى التفكير في علاج القصور الحالي الذي يسفر عن هذا الإضرار أو ذلك التلوث. فيتعين التركيز على القضاء أو على الأقل الحد من حدة التلوث التي تتعرض لها الكائنات الحية، كالعامل على تحديث الفلاتر أو إحكام الرقابة على عدم تفريغ مخلفات الصناعة في المجارى المائية.

## قائمة المراجع

أولاً : المراجع العربية :

- د/إبراهيم عبد العزيز داود: التأثير المتبادل بين قانون البيئة والعقود المدنية ، مجلة روح القوانين ، حقوق طنطا ، العدد السادس والثلاثون ، أغسطس ٢٠٠٥ .
- د/إبراهيم محمد العناني : البيئة والتنمية ، الأبعاد القانونية الدولية ، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة في مصر ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي ، فبراير ١٩٩٢ .
- د/أبو زيد رضوان ، د/حسام عيسى ، د/رضا السيد عبد الحميد : الوجيز في القانون التجاري ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
- د/أحمد جمال الدين موسى : الحماية القانونية للبيئة في مصر ، الواقع ومنهج الإصلاح ، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة في مصر ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ، فبراير ١٩٩٢ .
- د/أحمد زكي عويس : أصول الفقه ، دار النيل للطباعة ، المنصورة ، بدون سنة نشر .
- د/أحمد عبد الكريم سلامه : قانون حماية البيئة ، دراسة تأصيلية في الأنظمة الوطنية والاتفاقية ، مطبوعات جامعة الملك سعود .
- د/أحمد عبد الوهاب عبد الجواد : تلوث البيئة بالمبيدات مشكلة عالمية وليست إقليمية ، مجلة التنمية والبيئة في جهاز شئون البيئة ، العدد السابع ، إبريل ١٩٨٧ .
- د/أحمد محمد حشيش : - فكرة الوسطية في العمل الإنساني في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي على التشريع ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة السادسة والتسعون ، العدد ٤٧٩ ، يوليو .
- المفهوم القانوني للبيئة في ضوء مبدأ أسلمة القانون المعاصر ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠١ .
- د/أحمد محمد محرز : المشروع التجاري ، عناصره والتزاماته ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٤ .

د/أحمد يوسف الشحات : مبادئ الاقتصاد السياسي ، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

د/ أحمد يوسف الشحات : العلاقات الاقتصادية الدولية ، دار الشافعي للطباعة ، المنصورة ، ٢٠٠٢.

د/أشرف عبد الرازق ويح : الحماية الشرعية للبيئة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢.

د/أكرم الخولي : قانون التجارة اللبناني المقارن ، بيروت ، ج١.  
د/السيد أحمد عبد الخالق : - المشكلة البيئية بين الانفجار السكاني والانفجار الاستهلاكي ، ١٩٩٦.

- السياسات البيئية والتجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤.

د/المعتصم بالله الغرياني : القانون التجاري ، النظرية العامة للحرفة التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.

د/ثروت حبيب : شرح القانون التجاري الجديد ، الجزء الأول : مضمون القانون التجاري ومصادره - الأعمال التجارية - التجار والتزاماتهم - المتجر ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ٢٠٠٠.

د/ثروت على عبد الرحيم : شرح القانون التجاري المصري الجديد ، الجزء الأول (الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - الشركات التجارية) ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، ٢٠٠٠.  
- الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية في القانون الجديد ، ٢٠٠٣.

د/جلال وفاء محمددين : المبادئ العامة في القانون التجاري ، الدار الجامعية ، بدون سنة نشر.

- قانون التجارة البحرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ١٩٩٧.

د/حازم البيلاوي : أصول الاقتصاد السياسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، بدون سنة نشر.

د/حسن كيرة : أصول القانون ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٧.

د/حسين فتحى : - الوجيز فى أحكام المعاملات التجارية، الجزء الأول، بدون سنة نشر، مطبعة جامعة طنطا.

- الوجيز فى أحكام المعاملات التجارية، الجزء الثانى، بدون سنة نشر، مطبعة جامعة طنطا.

- التلوث البحرى المعزو للسفن وآليات الحد من المسئولية، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر، فبراير ١٩٩٢.

د/خالد سعد زغلول : قضايا البيئة والتنمية الاقتصادية المستمرة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، السنة الثانية، العدد الرابع، أكتوبر ١٩٩٢.

د/رياض صالح عبد الحافظ : دور القانون الدولى العام فى حماية البيئة، مجلة روح القوانين، يناير ٢٠٠٨.

د/زكريا البرى : أصول الفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.  
د/زين عبد المقصود : البيئة والإنسان، علاقات ومشكلات، منشأة المعارف، ١٩٨١.

د/سامى عبد الباقي أبو صالح : قانون الأعمال، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.  
د/سمير برهان : عقد نقل التكنولوجيا فى القانون التجارى الجديد، ضمن فعاليات مؤتمر المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والتشريع والإحصاء، يونيو ٢٠٠٠.

د/عادل أحمد حشيش : أصول الاقتصاد السياسى، مدخل لدراسة أساسيات علم الاقتصاد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٨.

د/عبد العزيز مخيمر عبد الهادى : دور المنظمات الدولية فى حماية البيئة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

د/عبد الهادى محمد مقبل : البعد البيئى للتنمية، ضمن فعاليات مؤتمر «الأطر القانونية لمؤثرات البيئة على الإنسان»، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ٢٠٠١.

د/عبير فرحات على : حماية البيئة فى ظل العولمة مع التطبيق على مصر، مصر المعاصرة، أبريل ٢٠٠٧.

- د/على البارودي : القانون التجارى - الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية، منشأة المعارف، ١٩٩٤.
- د/فايز نعيم رضوان : مبادئ القانون التجارى طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠١.
- د/كمال حمدى : القانون البحرى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د/ماجد راغب الحلو: قانون حماية البيئة فى ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- د/محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربى، بدون سنة نشر.
- د/محمد السيد الفقى : القانون التجارى (الأعمال التجارية - التجار - الأموال التجارية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د/محمد حامد عبد الله : تحليل اقتصادى لبعض المشكلات البيئية المرتبطة بالتنمية الاقتصادية فى الدول النامية، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة الكويت، المجلد الثانى والعشرون، العدد الأول، الثانى، ١٩٩٤.
- د/محمد دويدار: مبادئ الاقتصاد السياسى، تاريخ علم الاقتصاد السياسى، الاقتصاد السياسى والرأسمالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
- د/محمد سراج : أصول الفقه الإسلامى، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٨.
- د/محمد صالح الشيخ: الآثار الاقتصادية والمالية لتلوث البيئة ووسائل الحماية منها، مطابع إياك كوى سنتر، المنصورة، ٢٠٠٠.
- د/محمد فريد العرنى: الشركات التجارية، المشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- د/محمد فريد العرنى، د/ هانى محمد دويدار : قانون الأعمال، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- د/محمد محمد هلاليه : الوجيز فى القانون الخاص البحرى، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.



د/محمود سمير الشراوى: التطورات الحديثة فى قانون التحكيم المصري، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٤٩ - ٤٥٠، يناير - أبريل ١٩٩٨.

د/مصطفى كمال طه: القانون البحرى الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥.

د/منى قاسم: أثر سياسات الاستثمار والتنمية الاقتصادية على البيئة فى مصر، مطابع الهيئة العامة للاستعلامات، القاهرة، ١٩٩٤.

د/منى مدحت كمال: الآثار الاقتصادية والاجتماعية والأيدولوجية للموآات البيئة واستراتيجيات مواجهتها، ضمن فعاليات المؤتمر السنوى العاشر لوحدة بحوث الأزمات، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥.

د/نبيلة عبد الحليم كامل: نحو قانون موحد لحماية البيئة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

د/نور الدين هنداوى: السياسة التشريعية والإدارة التنفيذية لحماية البيئة، ضمن فعاليات مؤتمر الحماية القانونية للبيئة فى مصر، فبراير ١٩٩٢.

د/هانى محمد دويدار: الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

هرناندو دى سوتو: سر رأس المال، لماذا تنتصر الرأسمالية فى الغرب وتفشل فى كل مكان آخر؟، ترجمة أ/كمال السيد، مكتبة الأسرة، ٢٠٠٩.

د/يوسف قاسم: مبادئ الفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

### ثانياً: المراجع الأجنبية:

**BARDOUL J.:** Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles, Rev. de sociétés, 1973.

**BEZARD P:** Sociétés civiles, librairie technique, 1970.

**BROWN I.:** Launching the environmental Revolution, in state of the world, world watch institute, 1992.

**CHESNE et MARTINE:** Le caractère civil et commercial des exploitations d'élevage, D. 1970.

- COURET:** Activités agricoles et activités commerciales: Leurs domaines respectifs, Rev. tr. dr. com. 1980.
- DIDIER P.:** La compétence législative du droit commercial, R.T.D. com, 1965.
- ESCARRA J.:** Cours de droit commercial, Siry, Paris, 1952.
- GASTAUD J.-P.:** Les Formes sociales de l'activité libérale, in Travaux de l'association de. H. Capitant, les professions libérales, L.G.D.J., 1997.
- GERALD T. Mc Laughlin:** The evolving uniform commercial code from infancy to maturity to old age, West law, April, 1993.
- GHAGER B.:** La responsabilité civile du fait des déchets en droit allemande, RID comp.
- GORE F.:** Droit des affaires, les commerçants et l'entreprise commerciale, collection université nouvelle, précis Domat, éd Montchrestien, 1973.
- HAMEL J., LAGARDE G. et JAUFFRET A.:** Droit commercial, 2 éd, tome I, Dalloz, 1980.
- HILLEBRAND G.-K.:** Suggested principles to govern when the uniform commercial code should contain differing rules for commercial and consumer transactions, American Law Institute, west law, December 1995.
- JAUFFRET A.:** Actes de commerce, Dalloz, 1972.
- JAUFFRET A.:** L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles, Etudes offertes à pierre Kayser, t. II, 1979.
- JAUFFRET A.:** Actes de commerce, Encyclopédie, Dalloz commercial, 1972.
- MALINVAUD Ph.:** La responsabilité civile du fabricant en droit français, Gaz. Pal, 1973.
- PAQUES M. et FAURE M.:** La protection de l'environnement au Coeur de système juridique international et du droit interne, Actes du colloque des 19 et 20 Octobre 2001, Université de Liège, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- PULL:** La complémentarité de l'analyse économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration en agriculture, Rev. dr. rural, 1978.
- PUTMAN E.:** Les nouvelles dispositions sur la vente des parts de sociétés civiles et d'exercice libérale et leur incidence en matière de saisie, petites affiches, 20 avril 1994.
- REVEL J.:** La responsabilité civile du fabricant, thèse. Paris, 1975.

- SANDS Ph.:** International Environmental law, Manchester University press, 1995.
- THALLER:** Traité élémentaire de droit commercial, 8<sup>o</sup> édition, par J. PERCEROU.
- VALKENEER R.:** Les professions libérales et les sociétés civiles, essai de synthèse, in actes du colloque, université de Bruxelles, 1989.
- WORLD BANK,** Report, Washington, 1992.



## خطابات الضمان الملاحية

الدكتور/ محمد إبراهيم موسى

أستاذ مساعد وقائم بعمل رئيس قسم القانون التجارى

كلية الحقوق - جامعة طنطا

بسم الله الرحمن الرحيم  
﴿وَقُلْ لِعِبَادِي يَقُولُوا الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَنْزِعُ بَيْنَهُمْ إِنَّ الشَّيْطَانَ  
كَانَ لِلْإِنْسَانِ عَدُوًّا مِينًا﴾<sup>(١)</sup>

«صدق الله العظيم»

### مقدمة

كان لانتصار الأفكار التحررية وإزالة الحواجز والقيود القانونية أمام التجارة الدولية أكبر الأثر فى رواج تلك التجارة. فهذا التحرر ساعد إلى حد كبير على زيادة حجم المبادلات وابتكار أنواع كثيرة من الأنشطة. بيد أن استمرار هذه الزيادة يستلزم توفير السبل والأدوات التى تبعث الثقة فى نفوس المتعاملين. فلا يمكن أن نصل إلى هذه الزيادة وهذا التنوع إلا ببعث الثقة وزرع الطمأنينة فى نفوس هؤلاء المتعاملين. فالفكرة الجوهرية التى تسيطر على الطرح الفكرى للأوساط التجارية هى عدم الفصل بين ما يجرى من تعاملات والأدوات أو السبل التى توفر لها الأمان وحسن التنفيذ، لاسيما إذا كانت هذه الأدوات بعيدة عن تدخل الدولة.

ولاشك أنه يقع على القانون الجانب الأكبر من توفير تلك الثقة وحماية هذه الأوساط. فالقانون هو الذى يوفر الوسائل التى تحمى المعاملات وتولد لدى أطرافها الثقة وتبعث فى نفوسهم الاطمئنان، وهو الأمر الذى يساعد، فى ذات الوقت، على ازدهار المعاملات التجارية وإعطائها أهمية كبيرة باعتبارها تجسيداً لحركة التجارة الدولية التى تشغل مركزاً حيويًا فى حياة الأمم والشعوب، نظراً للاعتماد المتبادل عليها فى

(١) آية ٥٣/الإسراء.

إشباع الحاجات والوفاء بالمطالبات<sup>(١)</sup>. مع هذا فإن القانون قد يقتصر دوره على مجرد الكشف عن السبل التي أقرتها الأوساط التجارية وتقنينها في نصوص قانونية تحمي تلك المعاملات. فلقد ساعدت الأفكار التي أوجدتها الممارسة العملية على تخفيف الدور الذي يمكن أن يساهم به القانون في توفير تلك الحماية، لاسيما عندما تقتصر الفكرة الأساسية التي تسيطر على الطرح القانوني في البحث عن وسيلة آمنة يقرها الأطراف وتساعدهم، في نفس الوقت، على إجراء تعاملاتهم في جو من الثقة والأمان.

فاحتياج المعاملات التجارية إلى الأمان، قاد أطرافها، في كثير من الأحوال، إلى البحث عن السبل التي توفر لهم ذلك من خلال تأمينات يقدمها أحدهما للآخر، على نحو يضمن جديته في تنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد المبرم بينهم<sup>(٢)</sup>. وتتعدد التأمينات التي يقدمها الأطراف، ما بين تأمينات عينية وأخرى نقدية، تزداد أهميتها بتدخل المصارف في تقديمها<sup>(٣)</sup>. فلقد أيقن أطراف المعاملات التجارية أن أفضل التأمينات التي يمكن أن يقدمها طرف إلى الآخر تلك التي تتحقق بتدخل من جانب البنوك، تدخل يمنح تسهيلات ائتمانية تساعد العملاء على تنفيذ أنشطتهم المختلفة، بصرف النظر عن المجال الذي تبرم من خلاله<sup>(٤)</sup>. صحيح أن هذه

(١) د/ أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٦٤؛ د/ أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٢.

(٢) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ٩٩، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون سنة نشر، فقرة ٢٧٧، ص ٣٥٣.

(٣) د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية في البنوك وضمائنها، بدون دار نشر، ١٩٦٨، فقرة ١، ص ٣٠٨ وما بعدها.

(٤) د/ محمود مختار أحمد يريري، قانون المعاملات التجارية، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، فقرة ١٦٦، ص ١٦٠؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، ص ١٣٤ وما بعدها.

الضمانات يلجأ إليها أطراف العقود التجارية، سواء في مجال المقاولات أو الأشغال العامة، أو في عمليات التوريد، لاسيما تلك التي تتم من خلال المناقصات والمزايدات العامة<sup>(١)</sup>. مع هذا فإن هذه الضمانات ليست حكراً على هذه الأنشطة، وإنما تتنوع مجالات اللجوء إليها، خاصة إذا نظرنا إلى الوظيفة الأساسية التي تبغى تحقيقها وهي توفير الثقة والأمان لدى أطراف العلاقات التجارية<sup>(٢)</sup>.

فلتوفير الثقة ومنح أطراف العلاقات التجارية الائتمان ابتكرت البنوك آلية خطابات الضمان، آلية مستقلة عن جميع العلاقات التي تنبثق أو تتولد عنها. استقلال يقود إلى تدعيم وترسيخ للثقة بين أطراف هذه العقود التي تتطلب نوعاً خاصاً من التأمين أو الضمان، على نحو يدفع كل واحد منهم إلى حسن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العلاقات التي تربط

(١) د/ محمد فريد العريني & د/ على البارودي، القانون التجاري، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠، فقرة ٢٦٢، ص ٣٥١؛ د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٢؛ د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ط ٢، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، فقرة ١٤٠، ص ٤٢٦؛ د/ هاني محمد دويدار، أصول القانون التجاري اللبناني، العقود التجارية والعمليات المصرفية، ج ٣، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، فقرة ٥٤٥ وما بعدها، ص ٤١٥ وما بعدها.

(٢) د/ سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان، المرجع السابق، ص ١٤٤؛ د/ على البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، فقرة ٢٧٤، ص ٣٩٣؛ د/ رضا عبيد، القانون التجاري، بدون دار نشر، ط ٥، ١٩٨٤، فقرة ٦٨٨، ص ٦٤٢؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٣٧، حيث يقرر سيادته أنه "إذا كان الوضع المألوف أن يكون مجال استعمال خطابات الضمان هو ميدان التجارة، إلا أن العمل عرف تطبيقات غريبة له، نذكر منها مثلاً أن والد فتاة مصرية اشترط على من تقدم للزواج منها، وكان فلسطيني الجنسية، تقديم خطاب ضمان من أحد البنوك، يملك طلب قيمته إذا غادر مصر نهائياً"؛ راجع أيضاً / سميرة أبو نسيم، خطابات الضمان، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في مصر والمغرب وفرنسا، رسالة ماجستير، حقوق طنطا، ٢٠٠٩، ص ٢.

بينهم. وإذا كان الفن المصرفي قد ابتكر هذا النوع من الخطابات المصرفية، والتي تتميز عن طرق وأدوات أخرى أوجدتها الممارسة المصرفية، كإعتمادات المستندية والكفالة المصرفية<sup>(١)</sup>، إلا أن واقع الحياة التجارية أفرز أنواعاً مستقلة من هذه الخطابات تلبى احتياجات الوسط الذي نشأت فيه، ونمت وتطورت من خلاله، كخطابات الضمان الملاحية، والتي تنشأ إما لغياب مستندات شحن البضاعة أو مقابل الحصول على سند شحن بحري نظيف وخال من التحفظات<sup>(٢)</sup>.

فخطابات الضمان المصرفية تلعب دوراً حيوياً في الحياة الاقتصادية بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة، نظراً للفوائد العديدة التي تحققها والأهداف التي تبغى الوصول إليها<sup>(٣)</sup>. مع هذا فإن قيام هذه الخطابات بلعب هذا الدور وتحقيق تلك الأهداف، يستلزم توفير المناخ الملائم والتنظيم القانوني اللازم، باعتبارها إحدى الأدوات التي تساعد على

- (1) EISEMAN F. : Arbitrage et garantie contractuelle, R.A, 1972, p.379 et s ; DELEBEQUE ph. : Les garanties autonomes en droit interne, Bul.civ, 1992, p.374 ; SIMLER ph. : A propos des garanties autonomes en droit interne souscrite par des personnes physiques, J.C.P, 1991, p.90.

راجع أيضاً، د/ على الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتماد المستندي في عقود التجارة الدولية ومسئولته، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، فقرة ١٤ وما بعدها، ص ٢٢ وما بعدها؛ د/ صليب بطرس ع & م / ياقوت العشماوي، الاعتماد المستندي من المنظور العملي والمنظور القانوني، المركز العربي للصحافة - أهلاً، ١٩٨٤، ص ٥ وما بعدها.

(٢) بل إن البعض يرى أن خطابات الضمان الملاحية قد تستخدم «الضمان نصيب مالك البضاعة المشحونة في الخسائر العمومية التي تصيب السفينة، ذلك أن تقدير الخسائر بواسطة الخبراء ونسبة ما يصيب كل مالك بضاعة من قيمتها يحتاج إلى وقت طويل قد يمتد بضع سنين. لذلك يكون هذا النوع من خطابات الضمان الذي يمكن المالك من استلام بضاعته غير محدد المدة (د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية في البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ٣٢٤).

(٣) د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٤٠، ص ٤٢٦؛ د/ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، فقرة ٨٣ وما بعدها، ص ٤٢٩ وما بعدها.



زيادة حجم المبادلات وفاعلية أوجه عديدة من الأنشطة التي يمارسها أفراد المجتمع. كذلك فإن تميز خطابات الضمان بالاستقلال عن العلاقات الأخرى<sup>(١)</sup>، وإعطائها للمستفيد الحق في الرجوع على مصدر الخطاب ومطالبته بتسييله، لا يحول دون البحث عن مدى إمكانية دفع الأمر أو المضدر بالغش البين أو التعسف الظاهر في استعمال الحق. صحيح أن هذه الدفع سيكون لها طبيعة خاصة في مجال خطابات الضمان المصرفية بصفة عامة، وخطابات الضمان الملاحية بصفة خاصة، إلا أن توافر شروطها سوف يرتب مجموعة من الآثار الهامة التي تحد أو تقيد، بعض الشيء، من طابع الاستقلال الذي تتميز به هذه الخطابات<sup>(٢)</sup>. بعبارة أخرى إذا كان العميل أو البنك لا يملكان اللجوء إلى العلاقة الأساسية لإمكانية الاحتجاج بالدفع المستمدة منها، فهل يملكان الدفع بالغش أو تعسف المستفيد في استعماله لحقوقه التي يولدها الخطاب لتجميد هذا الأخير أو للحيلولة بينه وبين الحصول على قيمة الخطاب؟

وهكذا يتضح أن هذا الموضوع يمثل أو ذو أهمية عملية كبيرة، نظراً لأنه يتيح الفرصة لإعادة عرض المشاكل القانونية التي تطرحها خطابات الضمان الملاحية، لاسيما بعد تلك القواعد القانونية التي وضعتها الأمم المتحدة عام ١٩٩٥م بشأن توحيد الحلول المتعلقة بالمشاكل التي تثيرها

- (1) GOBIN A. : Garanties financières et garanties autonomes, Gaz.pal, 17 décembre, 1999, p.30 et s ; SIMLER Ph. : Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3e éd, 2000, no 4, p.5.

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، ط١، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص٤٧ وما بعدها؛ راجع كذلك د/ محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، ص١٦٣، حيث يقرر سيادته عند تعرضه للمادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ بشأن خطابات الضمان المستقلة، أن أهم النصوص التي وضعتها هذه الاتفاقية هو هذا النص، نظراً لأنه يعدد الحالات التي تبرر الامتناع عن الوفاء كرد فعل طبيعي ومنطقي لمواجهة تعسف المستفيد أو غشه وسوء نيته.

خطابات الضمان المصرفية<sup>(١)</sup>. فليس الغرض من الدراسة إذن مجرد بحث تحليلي للطريقة التي يتصرف بها أطراف خطابات الضمان الملاحية

(١) وشأن معظم الاتفاقيات الدولية، حددت تلك الاتفاقية نطاق تطبيقها بالخطابات الدولية التي تصدر من ضامن في دولة طرف فيها أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة موقعة عليها ما لم يتم استبعاد أحكام الاتفاقية، كما تسرى الاتفاقية عندما يتفق الأطراف على أعمال أحكامها. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الأولى بنصها على أن :

1- La présente convention s'applique à tout engagement international mentionné à l'article 2 : a) Si l'établissement du garant / émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un Etat contractant ; ou b) Si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant, à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente convention.

2- La présente convention s'applique aussi à une lettre de crédit international non visé à l'article 2 s'il y est expressément mentionné qu'elle est soumise à la convention.

3- Les dispositions des articles 21 et 22 s'appliquent aux engagements internationaux visés à l'article 2, indépendamment du paragraphe 1 du présent article ». Sur ce point, v. STOUFFLET J. : La convention des Nations-Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, RD bancaire, 1995, p.132 et s.

لمزيد من التفصيل، راجع د/ سميحة القليوبي، المنظمات الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ط٢، فقرة ١٥ وما بعدها، ص٢٨ وما بعدها. وهو نفس الحكم الذي قرره القواعد الجديدة التي وضعتها غرفة التجارة الدولية بشأن خطابات الضمان المستقلة، والتي دخلت حيز التنفيذ اعتباراً من أول يوليو ٢٠١٠ (لمزيد من التفصيل، راجع :

PIEDELIEVRE S. : Les nouvelles règles de la CCI ) relatives aux garanties à première demande, RTD com, 2010, p.513, où il décide que selon l'alinéa I de l'article I des RUGD 758, les règles uniformes lient toutes les parties à la garantie à première demande ou à la contre-garantie, sauf si la garantie ou la contre-partie les exclut en tout ou en partie).

كـمستفيدين من الظروف الداعية إلى إصدار مثل هذه الخطابات، وإنما أيضا اكتشاف ما ينبغي أن يكون عليه حال هذه الخطابات كوسيلة تعطي أطراف العلاقات البحرية الطمأنينة عند إبرامها والثقة في تمام تنفيذها على الوجه الأكمل.

ولهذا نود قبل التطرق إلى الحديث عن الكيفية التي يمكن من خلالها تناول هذه المعالجة، أن نشير إلى أن هذه الدراسة تطمح في مساندة التطورات الحديثة التي لحقت بهذا الموضوع سواء على المستوى الوطنى أو المستوى الدولى. وتتجلى هذه المساندة من ناحيتين. الناحية الأولى: تتمثل فى تدعيم الدراسة بالمبادئ التي أرساها القضاء فى هذا المجال، لاسيما تلك المتعلقة بالسبل التي يمكن من خلالها إيجاد نوع من التوازن بين ما تتمتع به خطابات الضمان من استقلال وما يمكن أن يوضع بين يدي الأمر للحد من النتائج المترتبة على هذا الاستقلال. الناحية الثانية: إجملاء القواعد الجديدة التي أرستها الاتفاقيات وغرفة التجارة الدولية<sup>(١)</sup>، والتي تعد بحق تلبية لما تحتاجه هذه الخطابات من تجديد، كما أنها تمثل نقطة الانطلاق نحو إرساء قواعد تقنن ما استقرت عليه الأعراف وما رسخ فى مجتمع الأعمال من سلوك.

(١) فلقد وضعت غرفة التجارة الدولية قواعد موحدة بشأن خطابات الضمان صدرت بالنشور رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٩٢، تضاف إلى اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، لاسيما بعد أن قرر المشرع المصرى فى الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ سريان القواعد والعادات السائدة فى المعاملات الدولية بشأن خطابات الضمان فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف. وفى تفسير هذا النص يذهب البعض إلى القول وبحق بأن المشرع قد جعل من العادات "التجارية بشأن خطابات الضمان قواعد قانونية ملزمة، تستمد قوتها الملزمة من إرادة المشرع وليس من إرادة المتعاقدين، وتعد قواعد مكملة بحيث تطبق على أطراف الخطاب إذا لم يتفقوا على مخالفة حكمها، ذلك أن المشرع فى المادة الثانية من قانون التجارة قد جعل من اتفاق الأطراف المصدر الأول للالتزامات التجارية، ومنها الالتزامات الواردة فى خطاب الضمان يليها قانون التجارة، ثم العرف التجارى ثم العادات التجارية (م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثانى، الالتزامات والعقود التجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون سنة نشر، ص١٢٥٩).

فهذا التنظيم القانوني الجديد يشير إذن مجموعة من التساؤلات ، خاصة تلك المتعلقة بقيمة ومدة خطابات الضمان الملاحية. فهذه الأخيرة تنفرد ببعض الخصائص ، التي تلقى عليها نوعاً من التفرد، مقارنة بخطابات الضمان المصرفية الأخرى. كما أنه يساعدنا على إلقاء الضوء على السبل التي تبرر الامتناع عن السداد ، على الرغم من تقدم المستفيد إلى البنك ومطالبته بالوفاء.

وهكذا فإن لى من الأمل أن تسهم هذه الدراسة فى بيان الأسس التي يمكن الارتكان عليها لإظهار نوعاً من التناغم بين الأهداف التي تربو تلك الخطابات تحقيقها والسبل التي يتم الاستناد إليها لتوفير الثقة لدى الأمر فى أن المستفيد لن يقدم على تسهيل الخطاب إلا عندما يكون له الحق فى ذلك. ومن ثم فإن الأمر يستدعى التعرض فى البداية لماهية خطابات الضمان وما يمكن أن تنفرد به خطابات الضمان الملاحية من خصوصية ، وذلك قبل إلقاء الضوء على آثار الغش أو التعسف فى طلب الوفاء بقيمة الضمان الملاحى.

وعليه فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال فصلين :

الفصل الأول: ماهية خطابات الضمان.

الفصل الثانى: الغش والتعسف فى طلب وفاء الضمان الملاحى.

## الفصل الأول

### ماهية خطاب الضمان

مما لا شك فيه أن خطابات الضمان تلعب دوراً هاماً ومؤثراً فى الحياة الاقتصادية بصفة عامة ، والتجارية بصفة خاصة. فهذه الخطابات تُعد الأداة الرئيسية التي تضمن لممارسى الأنشطة الاقتصادية والتجارية المناخ الصحى لنجاح العمليات التي يقومون بها ، سواء على المستوى الداخلى أو المستوى الدولى. فهى وسيلة من وسائل تحقيق الثقة والاستقرار واحترام الالتزامات التي تولدها العلاقات القانونية التي يبرمها ممارسى تلك الأنشطة ، خاصة عندما تتخذ هذه الخطابات صورة خطابات الضمان الملاحية. ففي مجال التجارة البحرية يتعاظم دور النقل البحرى للبضائع -

باعتباره الوسيلة أو الأداة التي يتم من خلالها تنفيذ الصفقات التجارية الدولية. فإذا كان هذا النوع من خطابات الضمان يصدر لضمان العمليات المتولدة عن سندات الشحن البحرية، فإن هذه الأخيرة يتعاظم دورها، طالما أنها تعد الفرصة أو المناسبة التي تصدر بشأنها هذه الخطابات. ومن ثم فإنه يتعين علينا التعرض لمفهوم خطابات الضمان المصرفية (المبحث الأول)، قبل تعرضنا لحقيقة خطابات الضمان الملاحية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مفهوم خطابات الضمان المصرفية

نظراً لأهمية خطابات الضمان المصرفية ودورها في تدعيم وترسيخ الثقة بين أطراف العلاقات التجارية، فقد تعرضت التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية لتعريف هذه الخطابات. وهو الأمر الذي يستدعى التعرض لهذا التعريف لبيان خصائصها، وما تتمتع به هذه الخطابات من استقلالية تميزها عن غيرها من الأنظمة المصرفية الأخرى، وذلك من خلال مطلبين، نعرض في الأول منهما لتعريف خطاب الضمان، وفي الثاني لمبدأ الاستقلال وتميز خطابات الضمان عن غيرها من الأنظمة الأخرى.

## المطلب الأول

### تعريف خطابات الضمان

إزاء أهمية خطابات الضمان المصرفية وتزايد الدور الذي تلعبه على مستوى العلاقات الاقتصادية والتجارية أفرد لها المشرعون الوطنيون وكذلك الاتفاقيات الدولية، نصوصاً خاصة توفر لها المناخ الصحي وتحدد الإطار التشريعي الذي ينظم العلاقات القانونية المنبثقة عنها. هذا ما تبرزه بوضوح المواد من ٣٥٥ إلى ٣٦٠ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. وهذا ما توضحه أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م بشأن خطابات الضمان المصرفية.

ومن هذا التنظيم القانوني لخطابات الضمان يمكننا تعريفها بأنها تعهد مكتوب غير قابل للرجوع فيه يلتزم بمقتضاه أحد البنوك بأن يدفع للمستفيد، بناء على طلب عميله الأمر، مبلغاً محدداً من المال أو قابلاً للتخديد عند أول طلب يتسلمه، دون التفات إلى أية معارضة من قبل الأمر، طالما أن المطالبة تمت خلال فترة سريان الخطاب<sup>(١)</sup>.

ومن هذا التعريف يتضح أنه لإلحاق وصف خطاب الضمان بالصك المكتوب، لا بد من توافر مجموعة من الشروط هي:

- ١- أن يكون الصك صادراً عن بنك أو مؤسسة مالية.
- ٢- أن يكون الصك كافياً بذاته.
- ٣- أن يكون تعهد البنك مستحقاً بمجرد صدوره.
- ٤- أن يكون البنك ملتزماً بالوفاء بمجرد المطالبة.

هذا الإجمال يلزمه تفصيل على النحو التالي:

(١) قارب من هذا، د/ محمد فريد العريني & د/ علي البارودي، القانون التجاري، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، بند ٢٦٤، ص ٣٥٢؛ د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها؛ د/ حسين فتحى عثمان، التنظيم القانوني للحسابات والائتمانات المصرفية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٩؛ د/ علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية، المرجع السابق، فقرة ٥٠، ص ٤٥.

**SIMLER Ph.: Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 1999, no 857; CABRILLAC M. et MOULY Ch.: Droit des sûretés, Litec, 1999, no 396 où ils décident que la garantie autonome s'agit "d'un engagement de payer une somme déterminée, donnée à l'occasion et en garantie d'une opération économique mais rendu indépendant de cette opération par l'inopposabilité au bénéficiaire des exceptions inférentes à cette opération" ; PRUM A. : La consecration légale des garanties autonomes, in Mélanges P. SIMLER, Litec, 2006, p.413.**

## ١- صلور الخطاب عن بنك أو مؤسسة مالية

هذا العنصر يبرزه بوضوح نص المادة ٣٥٥ من قانون التجارة المصرى، إذ تنص فى فقرتها الأولى على أن خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب الأمر. فلقد اشترط المشرع المصرى أن يكون هذا التعهد صادراً عن أحد البنوك، ومن ثم فإن التعهد الذى تصدره مؤسسة أخرى أو أى شخص آخر لا ينطبق عليه الوصف الذى نظمته المشرع فى قانون التجارة الجديد. مع هذا فقد وسعت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ فى مادتها الثانية من نطاق الهيئات التى يمكنها إصدار مثل تلك الخطابات، وذلك بنصها على أن خطاب الضمان هو تعهد مستقل تصدره مؤسسة مالية، سواء أكانت بنكاً أو مؤسسة أخرى، أو أى شخص آخر بناء على طلب من العميل<sup>(١)</sup>. فوفقاً لهذه المادة لم يعد إصدار خطاب الضمان قاصراً على البنوك وحدها، كما هو شأن كافة التشريعات الوطنية لدى العديد من الدول<sup>(٢)</sup>. فلقد سمحت هذه الاتفاقية بأن يكون

(١) وهذا ما تبرره الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية بنصها على أن:

For the purposes of this convention, an undertaking is an independent commitment, known in international practice as an independent guarantee or as a stand by letter of credit, given by a bank or other institution or person (guarantor/issuer) to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or an account of any mature indebtedness undertaken by the principal, applicant or another person.

(٢) لمزيد من التفصيل حول موقف التشريعات الوطنية من الجهة صاحبة الحق فى إصدار خطابات الضمان، راجع د/ سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ١٢ وما بعدها، ص ١٩ وما بعدها؛ أ/ سميرة =

الضمان صادراً عن بنك أو أى شركة أو شخص من أشخاص القانون، خلاف هذه المؤسسات<sup>(١)</sup>. وهذا هو النهج الذى سلكته قواعد غرفة التجارة الدولية الخاصة بخطابات الاعتماد الضامنة لسنة ١٩٩٨ م، وكذلك المادة الخامسة من التقنين الأمريكى الموحد، إذ سمحت لشركات التأمين والأشخاص الطبيعية والمعنوية بإصدار هذه الضمانات، بل إنها أعطت الشركة الأم هذه الإمكانية لضمان أحد فروعها أو شركاتها الوليدة<sup>(٢)</sup>. فعقد مقارنة بين نص المادة ٣٥٥ من قانون التجارة المصرى والمادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥ يبرهن على أن نص الأخيرة أكثر اتساقاً مع الدور الذى نيط بخطابات الضمان القيام به. فإذا كان الهدف من صياغة إطار تشريعى يساعد على زيادة الثقة فى هذه الخطابات، فإنه من الضرورى السماح لأطراف العلاقات الاقتصادية بالحصول على هذا الضمان من أى شخص ومن أى جهة، طالما أن لديهم القدرة على زيادة الثقة وبث الطمأنينة فى نفوس هؤلاء الأطراف. صحيح أنه لا يمكن اللجوء إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ من القانون المصرى لإقرار

---

= أبو نسيم، خطابات الضمان، الرسالة السابقة، ص ١٠٦؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٢٧٨، ص ٣٥٥؛ د/ مختار بيري، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، ص ١٦٢؛ م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد، المرجع السابق، ص ١٢٥٢، حيث يقرر أن ما قرره المشرع المصرى بشأن الجهة المصدرة لخطابات الضمان (البنوك)، جاء على خلاف «القواعد الدولية فى الضمانات» وهى مجموعة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨ الخاصة بالضمانات لدى الطلب، ومجموعة غرفة التجارة الدولية رقم ٥٢٤ الخاصة بصكوك ضمان العقود، ومجموعة الأنسترا للكفالات المستقلة وخطابات الاتحاد الضامنة (ساندباي)، فكلها تجمع على أن الضمان يمكن أن يصدر من غير بنك سواء من شخص طبيعى أو شخص اعتبارى لضمان التزامات شخص آخر كما لو صدر من شركة أم أو شركة قابضة لضمان التزامات تؤديها شركة أو شركة وليدة.

- (١) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٢١، ص ٣٣.
- (2) LECHIEN D.: Les sûretés internationales (Etats – Unies Amériques), 1986, p. 673 ; HOUIN-BRESSAND C. : Les contre-garanties, Dalloz, 2006, no 114, p.96.



هذه التوسعة، لاسيما أن هذا النص يسمح بإعمال القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطابات الضمان، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا المجال. فالتفسير السليم لهذا النص لا يسمح بمثل هذه التوسعة، خاصة بعد أن عاد المشرع المصرى وأكد على ضرورة أن يكون مصدر الخطاب هو أحد البنوك، وذلك فى المواد من ٣٥٦ إلى ٣٦٠. فلقد أراد المشرع المصرى أن يضمن لخطابات الضمان أداء وظيفتها الأساسية فى حماية المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها، وهو الأمر الذى يتحقق من خلال قصر إصدار هذه الخطابات على البنوك ومن خلال النماذج والمحررات التى تصدرها. فمنعاً لما قد يحدث من تلاعب، أناط المشرع بالبنوك إصدار هذه الخطابات<sup>(١)</sup>.

فوفقاً للرؤية التى أخذ بها المشرع المصرى يبدو واضحاً أن قيام البنوك بلعب دور الوسيط المالى هو ما يوفر الثقة بين أطراف الخطاب ويضمن قيام كل طرف بأداء التزاماته على الوجه الأكمل، لاسيما وأن هذه الثقة تعد الأساس الذى تقوم عليه المعاملات المالىة والتجارية فى الأسواق الداخلىة والدولىة على السواء. ولا شك أن دعم هذه الثقة يساعد إلى حد كبير على زيادة حجم المعاملات وتعظيم دور المبادلات. أما إذا انعدمت هذه الثقة وظهر التلاعب فى منح الائتمان، فإن هذا سيقود حتماً إلى تقلص الأنشطة وتوقف بعض المعاملات، مما يؤثر على الاقتصاد القومى ويصيبه بالتباطؤ والركود. صحيح أن العديد من الشركات لديها القدرة الآن على منح التسهيلات الائتمانية لأطراف المعاملات المالىة والتجارية<sup>(٢)</sup>. مع هذا فإن إعطاء هذه الشركات الحق فى إصدار خطابات

- (١) راجع فى هذا المعنى، د/ سعودى سرحان، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٥٠، حيث يقرر أن التعريف الذى أورده المشرع المصرى لخطابات الضمان فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، يقصر إصدار هذه الخطابات «على البنك وحده»، وهذا الاتجاه يحمى للمشرع، سيما وأن التعليمات الصادرة من الإدارة العامة للحسابات ومشتريات الحكومة ومخازنها بوزارة المالىة تستبعد نهائياً تدخل شركات التأمين فى هذا المضمار.
- (٢) د/ محى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٩٢ وما بعدها، ص ٣٩٢ وما بعدها.

الضمان من شأنه زعزعة الثقة بين أطرافها، والتي قد تتحقق عندما تقوم هذه الشركات بمنح تسهيلات وهمية، أو زائفة لا يمكن تسيلها إلى نقود عند طلب المستفيد ذلك. على العكس حينما يقبل البنك إصدار خطاب الضمان، فإنه يمنح ثقته للعملاء، حيث يسهل في هذه الحالة تسيل هذا الخطاب عند مطالبة المستفيد، بسبب عدم وفاء العميل بالتزاماته الصادر من أجلها خطاب الضمان<sup>(١)</sup>

## ٢- الكفاية الذاتية لخطاب الضمان:

في الحقيقية إن الكفاية الذاتية لخطاب الضمان تعنى أن ما يتضمنه الخطاب من بيانات تكفى بذاتها لبيان مدى الالتزامات الواردة به ومقدارها وميعاد استحقاقها. فهذه الكفاية تقتضى عدم توقف الالتزامات المنبثقة عن الخطاب على عناصر خارجية، تعلقت بمقدارها أو بكيفية استحقاقها. فالتزام مصدر الخطاب ينبغى ألا يتوقف على عنصر خارجي، سواء من حيث المقدار أو الاستحقاق<sup>(٢)</sup>. هذا ما تبرزه بوضوح الفقرة الأولى من المادة ٣٥٥، إذ جاءت عباراتها واضحة في اقتضاء عدم توقف التزام البنك على عنصر خارجي، وذلك بتقريرها أن خطاب الضمان هو تعهد مكتوب بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لصالح المستفيد. ثم جاءت المادة ٣٥٨ وأكدت على هذه الكفاية بتقريرها أنه «لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالمستفيد».

فوفقاً لهذا الشرط يمكن الوقوف على ملامح الالتزام الثابت بالخطاب، دون حاجة إلى محرر آخر أو واقعة خارجية<sup>(٣)</sup>. وعليه فإن

(١) / أحمد غنيم، خطاب الضمان، إطار متكامل، نظرياً وعملياً وقانونياً، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م، ص ٦.

(٢) د/ هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٣) هذا ما قرره أيضاً محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٨٩/٥/٢٩، بقضائها بأنه «الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه، ولا على تحقق شوط ولا على حلول أجل، إلا أنه لا يغير من ذلك أن يرتبط =

الخطاب يفقد خصائصه وأوصافه عندما يحيل إلى واقعة خارجية أو محرر آخر فى شأن تحديد الحق الثابت به أو نطاقه أو بيان أوصافه<sup>(١)</sup>.

فالكفاية الذاتية لخطاب الضمان تقتضى إذن أن تأتى صيغته واضحة وقاطعة لا لبس فيها ولا غموض، ومحددة للمستفيد من الخطاب والغرض منه وقيمته ومدته، تحديداً دقيقاً، بل يتعين أن تتضمن عبارات الخطاب ما يفيد الوفاء به عند أول طلب دون اعتداد بأى معارضة قد يديها العميل الأمر. مع هذا فقد استقر العمل على قيام البنك بإخطار العميل الأمر قبل دفع قيمة الخطاب، إذ جرى العرف المصرفى على قيام البنك فور تلقيه المطالبة بإخطار العميل وبصفة عاجلة بها، خشية أن يكون العميل قد وفى بالغرض الذى صدر من أجله الخطاب. بيد أن هذا الإخطار لا يعنى أن الخطاب قد فقد شرط الكفاية الذاتية أو أن هذا الإخطار يؤثر على استقلالية أو نهائية الالتزامات المتولدة عن خطاب الضمان والتي تقتضى قيام البنك بالوفاء عند أول مطالبة ودون التفتات لأى معارضة من العميل. فهذا الإخطار يعنى إعمال ما استقر عليه العرف وجرى العمل به فى خطابات الضمان، لاسيما وأن المشرع المصرى قد أقر هذا الإعمال وسمح بتطبيق القواعد والعادات السائدة فى المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف فى هذا الصدد.

=تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه (طعن رقم ٢٠٤٨ لسنة ٥٨ ق، قضاء النقض التجارى، م/ أنور العمروسى، ص ٤٩٧. راجع أيضاً حكمها الصادر فى ١٩٩٨/١١/٣٠، الطعن رقم ٤٧٨ لسنة ٦٧ ق، الطعن رقم ٩٢٦ لسنة ٦٨ ق، الصادر فى ١٩٩٩/١٢/٢٨، حيث أكدت المحكمة على هذا الانفصال وعلى انفراد عبارات الخطاب بتحديد التزام المصدر والشروط التى يدفع بمقتضاها، والتى يودى تحققها إلى وجوب قيامه بالدفع فوراً، نظراً لأنه لا يلتزم إلا فى حدود تلك الشروط بمقتضى المستندات المحددة، دون توقف الوفاء على واقعة خارجة عن الخطاب.

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٣٩، ص ٣٤٤؛ د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

في الحقيقة إن شرط الكفاية الذاتية لخطاب الضمان يطرح تساؤلاً مهماً يتعلق بخطابات الضمان الملاحية، وهو مدى اعتبارها من قبيل هذه الخطابات من عدمه، خاصة وأنها تكون غير محددة القيمة أو المدة.

لقد ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن هذه الخطابات لا تعد من قبيل خطابات الضمان بالمعنى الفنى. فافتقاد هذا النوع لبعض الأركان الجوهرية لخطابات الضمان يقود إلى القول بأن صدور خطابات الضمان الملاحية دون تحديد للأجل أو القيمة يجردها من هذا الوصف<sup>(١)</sup>. بيد أن العمل قد جرى على اعتبار هذه الخطابات ضمن خطابات الضمان، خاصة وأنها تواجه أحداث تصدر بشأن معاملات تقتضى بطبيعتها مثل هذا الخروج على الأحكام العامة لخطابات الضمان<sup>(٢)</sup>. فنظراً لأن هذا النوع من الخطابات يهدف إلى ضمان عمليات استيراد البضائع من الخارج، والتي قد يتأخر وصول مستندات الشحن الخاصة بها، مما يؤدي إلى تعرضها للتلف أو العطب، يحتم التوضيحية ببعض الأركان من أجل القيام بدورها المنشود في حماية المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها. فهذه المقتضيات تستلزم إصدار مثل هذه الخطابات، التي تفقد بعض الأركان، طالما أن البضائع التي تصدر بمناسبة خطابات الضمان الملاحية واردة على قوة اعتمادات مستندية تفتحها البنوك لمن يتميز من عملائها بالسمعة الطيبة والملاءة المالية.

### ٣- الاستحقاق بمجرد الصلور:

إن الغاية التي يهدف إليها خطاب الضمان هو اطمئنان المستفيد إلى إمكانية الحصول على النقود من مصدر الخطاب بمجرد مطالبته بالوفاء. وهو الأمر الذي يستلزم أن يكون تعهد المصدر بالوفاء مستحقاً بمجرد إصداره للخطاب. فالاستحقاق يتعين أن يكون ناجزاً، غير معلق على شرط أو مضاف إلى أجل. ولعل ما يؤكد هذا الاستحقاق هو استقلال

(١) /أ/ أحمد غنيم، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٣٤٧ وما بعدها.

علاقة البنك بالمستفيد. فالبنك، أو بمعنى أدق مصدر خطاب الضمان، يلتزم بالوفاء بالمبلغ الثابت في خطاب الضمان عندما تتحقق شروط الوفاء. فتحقق هذه الأخيرة يفرض على مصدر الخطاب الالتزام بالوفاء، على نحو يقود إلى إحلال المصدر محل المستفيد في الرجوع على الأمر بما يدفعه. فوفاء مصدر الخطاب غير موقوف على شرط أو مضاف إلى أجل، وإنما هو تعهد ناجز يستلزم تحققه تقديم المستفيد سنداً للتنفيذ. أما إذا لم يتم المستفيد بتقديم السند أو كان هذا الأخير غير صحيح، كان للمصدر الحق في الامتناع عن الوفاء.

بيد أن التزام المصدر بالتحقق من سند التنفيذ لا يعد هو الالتزام الوحيد فيما يتعلق بالاستحقاق، وإنما يتعين أيضاً أن يلتزم المصدر بالعبارات الواردة في خطاب الضمان، والتي اتفق أو حددها العميل في عقد الاعتماد. فإذا وفي المصدر دون أن يلتزم بتلك العبارات، فإنه يتحمل المسؤولية كاملة في مواجهة الأمر<sup>(١)</sup>. فلا يجوز للمصدر، عند قيامه بالوفاء، أن يحمل محل المستفيد في الرجوع على الأمر عندما يخالف ما تم الاتفاق عليه في عقد الاعتماد. ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية المصدر العقدية لإخلاله بأحد الالتزامات التي تفرضها العلاقات التي تربط بينه وبين العميل الأمر. فأساس هذه العلاقة هو عقد الاعتماد، والذي يبين وينظم حدود العلاقة بين الأمر وبين المصدر، فهو المرجع الذي يحتكم إليه عند نشأة أي خلاف أو نزاع بينهما<sup>(٢)</sup>. فعقد الاعتماد يتضمن عادة كل

(١) هذا ما قضت به محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٩٨٠/١٢/٢٢م بقضائها بأنه «من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طلب منه الوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب، وجب عليه الدفع فوراً بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات (مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ١٣٤٢ لسنة ٤٩ق)».

(٢) راجع ما بعده، ص ٥٣ وما بعدها.

التفاصيل الخاصة بالخطاب سواء من حيث النوع أو القيمة أو الغرض أو المستندات المطلوبة. فهو يحدد كيفية «المطالبة بالوفاء، مقدار العمولة المستحقة للبنك، تعديل الخطاب، مد أجله، نوع وحجم الغطاء الخاص بخطاب الضمان وغير ذلك من التفاصيل التي تمثل أركان خطاب الضمان، كل ذلك في أسلوب واضح ومختصر ودقيق لا يجوز معه للبنك اللجوء إلى التفسير أو التقدير أو الاستنتاج أو الخروج عن تعليمات وشروط العميل الأمر والتي ضمنها هذا العقد<sup>(١)</sup>».

وإذا كان عقد الاعتماد هو الأساس في قيام العلاقة بين المصدر والأمر، فإن إصدار الخطاب يعد التزاماً بالإرادة المنفردة<sup>(٢)</sup>. فعلى الرغم من تعدد النظريات التي قال بها فقهاء القانون التجاري في بيان حقيقة العلاقة بين المصدر والمستفيد<sup>(٣)</sup>، فإن الرأي الغالب قد انتصر إلى اعتبارها

(١) /أ/ أحمد غنيم، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص ١٤؛ د/ هاني محمد دويدار، أصول القانون التجاري اللبناني، العقود التجارية، والعمليات المصرفية، الجزء الثالث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٢١.

(٢) د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٤٧، ص ٤٢٩؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢، ص ٣٥٩؛ م/ عبد المجيد الشواربي، القانون التجاري، العقود التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٥٥٤.

(٣) راجع د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية في البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٣٤ وما بعدها، ص ٤٣٧ وما بعدها؛ د/ سعودى سرحان، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها، حيث يقرر أن الفقه قد أسهب في عرض النظريات التي تبرز حقيقة هذا الاستقلال وتوضح الطبيعة القانونية لخطابات الضمان المصرفية، والتي تدور حول نظرية الكفاية ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية الإنابة الناقصة وفكرة الإرادة المنفردة. هذا وقد انتصر الفقه الغالب لهذه الفكرة، لما تقود إليه من نتائج تنفق وحقيقة علاقة الاستقلال التي تتولد عن خطابات الضمان. فهذه الفكرة هي التي توضح أن التزام البنك يعد، بمجرد وصوله إلى علم المستفيد، التزاماً باتاً ونهائياً. فمنذ هذه اللحظة لا يستطيع البنك الرجوع في التزامه أو تعديله أو الامتناع عن الوفاء عند طلب المستفيد ذلك. أما قبل هذا العلم، يستطيع البنك الرجوع أو تعديل التزاماته. إذ «ما دام الخطاب لا يزال في حوزة البنك، فإنه يكون له أن يجسه في يده أو يعدل فيه أو يعدمه، بل يمكنه، في»

من قبيل الالتزام بالإرادة المنفردة، نظراً لأن هذه العلاقة لا تنشئ أى التزام على عاتق المستفيد فى مواجهة المصدر<sup>(١)</sup>. هذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٥، بتقريرها أن البنك فى خطاب الضمان يلتزم بإرادته المنفردة، وهى كافية لذلك، ولكن ينبغى وصول هذه الإرادة إلى المستفيد، بما يعنى أن للبنك الحق فى الرجوع فى تلك الإرادة، طالما لم يصبح للمستفيد حق نهائى ضد البنك<sup>(٢)</sup>. وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسى، حيث يرى أن خطاب الضمان يعد ملزماً لجانب واحد، على نحو يستلزم أن يصادف الإيجاب الصادر من جانب البنك، بإصداره الخطاب، قبولاً من جانب المستفيد، والذى قد يستفاد ضمناً بوصول الخطاب إليه، دون اعتراض من جانبه<sup>(٣)</sup>.

= حالة إرساله بالبريد، أن يسترده - إن أمكن - أو أن يرسل برقية تصل قبل وصول الخطاب (المرجع السابق، ص ٣٢٢). وراجع أيضاً د/ سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، بند ٩٤، ص ٤٤٢.

(١) د/ صليب بطرس & م/ ياقوت العشماوى، الاعتماد المستندى، المرجع السابق، ص ١٢٨؛ د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) مجموعة أحكام النقض، ١٩٨٠ - ١٩٨٥، ص ٦٦. راجع أيضاً حكمها الصادر فى تاريخ وصول الخطاب إليه وطبقاً لما يرد من عبارات، وذلك حتى انتهاء المدة المحددة به، بحيث يسقط هذا الحق إذا لم تصل المطالبة إلى البنك المصدر للخطاب حتى نهاية التاريخ المحدد به، ولا يعد تسليم الخطاب من قبل المستفيد إلى البنك المصدر له بعد انتهاء مدته تنازلاً عنه إلا إذا تضمن الخطاب مثل هذا الاتفاق أو اقترن تسليمه للبنك بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد به من حقوق (طعن رقم ١٢٦ لسنة ٤٢ق، قضاء النقض التجارى، م/ أنور العمروسى، ص ٤٩٩).

(3) LANG R. et RAYNAUD C.: Droit bancaire, Dalloz, 6e éd, 1995, p. 734 et s ; VASSEUR M. : Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes, 1990, p. 30 et s.

إن من السمات المميزة لخطابات الضمان هو استقلال الالتزامات المنبثقة عن علاقة مصدر الخطاب بالمستفيد<sup>(١)</sup>. وهو الأمر الذى يؤدي إلى التزام مصدر الخطاب بالوفاء إليه بمجرد مطالبته بالوفاء<sup>(٢)</sup>. فهذا الالتزام مستقل تماماً عن أى أسس تحكم العلاقة بين مصدر الخطاب والعميل الأمر، أو تلك التى تحكم العلاقة بين هذا الأخير والمستفيد<sup>(٣)</sup>. فالأساس الذى يحكم هذه العلاقة (وهو خطاب الضمان) يستقل بصورة كلية عن الأساس الذى يحكم علاقة المصدر بالأمر (وهو عقد خطاب الضمان)، وعن الأساس الذى ينظم العلاقة بين الأمر والمستفيد (وهو عقد الأساس)<sup>(٤)</sup>.

(١) مادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ بشأن خطابات الضمان المستقلة، لمزيد من التفصيل حول هذه المادة، راجع د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٢٨، ص ٤٢.

(٢) مادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ بشأن خطابات الضمان المستقلة (لمزيد من التفصيل حول هذه المادة، راجع د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٢٨، ص ٤٢). راجع أيضاً المادة ٥ من القواعد الجديدة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية حيث تكرر هذا الاستقلال (لمزيد من التفصيل، PIEDELIEVRE S. : Les nouvelles règles de la CCI, art.préc, p.515, où il décide que la consequence de l'article 5 est que le garant sera tenu de payer le montant de la garantie, sans pouvoir opposer d'autres exceptions que celle découlant des relations entre le garant et le bénéficiaire).

(٣) د/ على البارودى، العقود وعمليات البنوك التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٧٤ مكرر، ص ٣٩٥.

(٤) هذا ما قرره صراحة محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٢/١٢/٢٠ (المجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٨٣، ص ٤٤٦، تعليق Cabrillac et Teysseie، بقضائها أن:

"L'engagement de la banque envers une société était un engagement à première demande autonome à l'égard du contrat de base, et qu'il était régi par les seules dispositions de la lettre de garantie".



ولا خلاف أن هذا الاستقلال يقود إلى العديد من النتائج. أولها: أن التزام مصدر الخطاب ليس التزام تابع لالتزام الأمر سواء في وجوده أو صحته<sup>(١)</sup>. ومن ثم فإن مصدر الخطاب لا يستطيع التحلل من التزاماته المتولدة عن خطاب الضمان متدرجاً ببطان العلاقة التي تربط بينه وبين العميل الأمر أو بفسخها<sup>(٢)</sup>. كذلك لا يحق له الادعاء ببطان العلاقة التي تربط بين المستفيد والعميل الأمر أو بفسخها<sup>(٣)</sup>. فالتزام مصدر الخطاب يظل قائماً، بصرف النظر عن مصير الالتزامات الأخرى، وما إذا كانت

(١) قارب من هذا،

**BORGA N.: La qualification de garantie autonome, mémoire D.E.A, Lyon 3, p.27, où elle décide que "quant à la garantie autonome, elle obéit, à un schéma tout à fait différent. Le garant est personnellement responsable, non pas de la dette du donneur d'ordre, mais d'un engagement nouveau et indépendant. l'objet de son engagement n'est pas de payer à la place de la caution, sinon il n'y aurait là qu'un simple rapport de responsabilité d'une même dette mais de payer une dette tout à fait indépendante. L'objet de son obligation est donc totalement différent de l'objet de l'obligation d'une caution".**

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٤٤، حيث يقرر سيادته أنه «لا يجوز للبنك مثلاً التمسك ببطان عقد الأساس، فهذا البطان ليس له أثر على عقد الضمان المبرم بين البنك والعميل الأمر. ولكن قد يكون العقد الأصلي قد أبطل بحكم القضاء أو باتفاق الطرفين، وذلك قبل إصدار الضمان، فهنا يرى البعض، وبحق، أن مبدأ الاستقلالية يفقد أثره».

(٣) د/ محمد فريد العريني & د/ علي البارودي، القانون التجاري، المرجع السابق، بند ٢٦٦، ص ٣٥٤، حيث يقرر أنه «لا يجوز للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بعدم الوفاء لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل. كما لو لم يقدم العميل غطاء خطاب الضمان المتفق عليه لإصدار الخطاب مما دفع البنك إلى فسخ اتفائه معه. فلا أثر لهذا الفسخ على حق المستفيد الذي يستمد مباشرة من خطاب الضمان وليس من الاتفاق الذي يربط العميل بالبنك. كما لا يجوز للبنك أن يتمسك بالدفع التي للعميل قبل المستفيد. بل يظل التزام البنك بالدفع قائماً وصحيحاً، حتى ولو كان العقد المبرم بين العميل والمستفيد قد تعرض للإبطال أو الفسخ أو الانتهاء». راجع أيضاً د/ رضا عبيد، القانون التجاري، المرجع السابق، فقرة ٦٩٠، ص ٦٤٣.

قائمة أو غير صحيحة. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣٥٥ فى فقرتها الأولى بتقريرها أن خطاب الضمان يلزم البنك بأن يدفع للمستفيد مبلغ معين أو قابل للتعيين، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة ودون اعتداد بأية معارضة. ولقد أراد المشرع من ذلك النص التأكيد على استقلال العلاقة التى ينشئها الخطاب بين مصدره والمستفيد من ناحية، وبعث الثقة والطمأنينة لدى هذا الأخير فى قيام المصدر فى جميع الأحوال بالوفاء بقيمة الخطاب من ناحية أخرى.

هذا ما تبرزه بوضوح أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، بتقريرها فى المادة الثالثة أن التزام البنك لا يعد التزاماً تابعاً لما يتولد عن عقد الأساس من التزامات أو يتأثر بما ينشأ عنه من دفع أو اعتراضات، أو ما يشوبه من عيوب، أو ما قد يطرأ عليه من مستجدات<sup>(١)</sup>. وثانيها: أن بطلان عقد الأساس الذى يربط بين الأمر والمستفيد لا يؤثر على وفاء البنك أو بقاء التزامه قائماً فى مواجهة المستفيد. هذا ما يبرزه بوضوح حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس فى النزاع رقم ٥٧٢٠ لسنة ١٩٩٠، حيث أكدت هيئة التحكيم أن التزام البنك مصدر الخطاب لا يتأثر ببطلان عقد الأساس أو ما يشوبه من عيوب. فليس من حق البنك

(١) ولقد جاء نص هذه المادة على النحو التالى:

For the purposes of this convention, an undertaking is independent where the guarantor/ issuer's obligation to the beneficiary is not: a) dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter - guarantees relate); or b) subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/ issuer's sphere of operations.

راجع كذلك د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٢٩، ص ٤٤.

الرجوع إلى هذا العقد أو التمسك ببطلانه أو فسخه، حتى يتحلل من التزامه بالوفاء<sup>(١)</sup>. ثالثها: أن مصدر الخطاب لا يستطيع أن يدفع مطالبة المستفيد بالتمسك بتنفيذ العميل الأمر لالتزاماته المتولدة عن عقد الأساس تنفيذاً كاملاً، أو التمسك بعدم تنفيذ المستفيد لالتزاماته في مواجهة العميل أو بسوء تنفيذها. فمصدر خطاب الضمان، وإن كان يتقيد بشروط الخطاب ومضمونه، لا يضمن للعميل الأمر حسن تنفيذ المستفيد لالتزاماته، كما أنه لا يراقب حسن تنفيذ العميل لتعهداته قبل المستفيد. فتعهد المصدر يعد تعهداً مجرداً عن العلاقات التي تربط بين العميل والمستفيد أو العميل والبنك. ولعل هذا التجرد هو ما يفسر تلك النتائج التي يرتبها خطاب الضمان والمنبثقة عن العلاقة بين البنك والمستفيد. فالوفاء بقيمة الخطاب يعد نتيجة طبيعية ومنطقية لهذا التجرد، وليس تعويضاً للمستفيد عن عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزاماته المتولدة عن عقد الأساس. والدليل على ذلك أن البنك يلتزم بالوفاء حتى في تلك الأحوال التي يقوم فيها العميل بالالتزام بجميع تعهداته المتولدة عن عقد الأساس. كذلك فإن مصدر الخطاب يلتزم بالوفاء للمستفيد أيضاً حتى ولو استحال عليه الرجوع على العميل للوفاء بقيمة الضمان، إما لإفلاسه، أو لانقضاء الدين المضمون بالمقاصة أو التجديد أو الإبراء. فهذا التجرد يؤكد انفصال العلاقة بين عقد الأساس وعقد خطاب الضمان من ناحية، وخطاب الضمان من ناحية أخرى. فالالتزام المجرد لا يعطى المصدر الحق في التمسك بالدفع المستمدة من عقد الأساس، وإن كان يعطيه الحق في إثارة الدفع الناشئة عن خطاب الضمان، كتلك المتعلقة بالغلط في شخص المستفيد، أو الحصول على رضا المصدر بنوع من التدليس، أو

(١) راجع أيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة التجارية في ٥ أكتوبر ٢٠١٠.

[https://amsprd0102.outlook.com/owa/webready View \)](https://amsprd0102.outlook.com/owa/webready%20View%20Body.aspx?2t=att,p.21%20et%20s)  
Body.aspx 2t=att, p.21 et s).

التمسك بتزوير الخطاب، أو الدفع فى مواجهة المستفيد بالمقاصة القانونية<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن هذا التجرد هو الذى يلزم مصدر الخطاب بالوفاء لدى أول طلب، والذى بمقتضاه يتعين على المستفيد تقديم الطلب، حتى يتعين على مصدر الخطاب الاستجابة لرغبته دون انتظار أو لفت انتباهه إلى إخلال العميل الأمر فى القيام بواجباته أو امتناعه عن أداء هذه الالتزامات بصورة كلية<sup>(٢)</sup>.

خلاصة القول إذن أن استقلال العلاقة الناشئة عن خطاب الضمان يفرض على مصدر الخطاب التزامين أساسيين: الأول يتعلق بعدم إمكانية التمسك بالدفع المستمدة من عقد الأساس<sup>(٣)</sup>. والثانى خاص بالوفاء

(١) قارب من هذا المعنى، د/سعودى سرحان، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٣٢٣، حيث يقرر أن إرادة البنك تخضع، عند إصدار الخطاب، إلى كل ما يعيب الإرادة «من غلط أو تدليس أو إكراه، وما يترتب على ذلك من القابلية للإبطال أو الفسخ إذا ما توافرت شروطه». قارب أيضاً، د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، ص ١٤١؛ م/ عبد الحميد الشواربى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٥٦٤؛ د/ سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٤٥٥ وما بعدها، حيث تقرر أن «استقلال التزام البنك لا يمنعه من التمسك فى مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن التزامه بإرادته المنفردة، ذلك أن إرادة البنك يجب أن تكون خالية عما يعيها، وأن يكون محل وسبب الالتزام مستجمعين للشرائط اللازمة. فإذا وقع البنك فى غلط فى شخصية المستفيد أو انعدمت إرادته بأن صدر الخطاب بتوقيع مزور، فإن للبنك التمسك فى مواجهة المستفيد بما وقع فيه من غلط أو بانعدام إرادته. وليس هذا ماساً بخاصية استقلال التزام البنك ذلك أن هذه دفع ناشئة عن العلاقة المباشرة المترتبة على إصدار خطاب الضمان».

(٢) هذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٥ أكتوبر ٢٠١٠، الحكم السابق الإشارة إليه، ص ٢٤٤.

(٣) راجع فى هذا الخصوص، حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة التجارية فى ٢٧ يونيو ٢٠٠٠ (RJDA)، ديسمبر ٢٠٠٠، فقرة ١١٦٩، حيث قررت المحكمة أن:

"un engagement ne peut-être qualifié de garantie autonome que s'il n'implique pas une appréciation des modalités="

للمستفيد عند طلبه من المصدر ذلك. بيد أن الوفاء لدى أول طلب وإن كان لا يسمح لمصدر الخطاب بالتمسك بالدفع المستمدة من عقد الأساس أو إبداء أى اعتراض، يعطى المصدر الحق فى فحص شروط الدفع والتي يبينها خطاب الضمان. فلمصدر خطاب الضمان التحقق، من الناحية الشكلية، من كل الشروط التي حددها الأطراف فى خطاب الضمان، قبل أن يقوم بالدفع. ففحص المستندات من قبل مصدر الخطاب، يعد من الحقوق التي يخولها إياه الالتزام المستقل والناشئ عن هذا الخطاب، كتلك المتعلقة بفحص مدة الخطاب أو المتعلقة بقيمته<sup>(١)</sup>.

**=d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garanties ou pour la détermination des durées de validité et s'il comporte une stipulation de l'inopposabilité des exceptions".**

(١) هذا ما تقرره المادة ١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، بنصها فى الفقرة الأولى منها على أنه ١- يقوم الضامن / المصدر بفحص المطالبة وأى مستندات مرفقة بها وفقا لمعيار السلوك المشار إليه فى الفقرة ١ من المادة ١٤. وعند تقرير ما إذا كانت المستندات مطابقة ظاهريا لشروط وأحكام التعهد، ومتسقة فيما بينها، يولى الضامن / المصدر الاعتبار الواجب للمعيار الدولى المعمول به فى الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة. ٢- ما لم ينص التعهد أو يتفق المصدر والمستفيد على خلاف ذلك، يتاح للمصدر وقت معقول لا يزيد على سبعة أيام عمل تحسب اعتباراً من اليوم التالى ليوم تسلّم المطالبة وأى مستندات مرفقة بها، لكى : أ- يفحص المطالبة وأى مستندات مرفقة بها ؛ ب- يقرر ما إذا كان سيقوم بالسداد أم لا ؛ ج- يصدر إشعاراً للمستفيد عندما يكون قراره هو عدم السداد.

وإذا لم ينص التعهد أو يتفق المصدر والمستفيد على خلاف ذلك، فى غير هذا التعهد، يرسل الإشعار المشار إليه بإحدى وسائل الإرسال السلوكية أو اللاسلوكية أو أى وسيلة سريعة أخرى، مع بيان السبب فى قرار عدم السداد. راجع كذلك نص المادة ١٤ من قواعد CCI، حيث تعطى الضامن الحق فى فحص المستندات خلال خمسة أيام من تاريخ تقديمها، بنصها على أن:

**(L'indentification de la présentation fera courir le délai de cinq jours accordé au garant pour examiner la demande de paiement. la presentation s'effectue sous forme électronique ou sous forme papier).**

## موقف القضاء من مبدأ الاستقلال

فى الواقع إن إطلالة سريعة على الأحكام القضائية الصادرة فى المنازعات المتعلقة بخطابات الضمان من شأنها إبراز هذا الاستقلال والتأكيد على خصوصية تنفرد بها تلك الخطابات، بل إنها توضح بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا الاستقلال خاص بتلك العلاقة التى تربط بين مصدر الخطاب والمستفيد منه. وفى هذه الإطلالة سوف نستقى أحد الأحكام الصادرة عن القضاء المصرى وآخر صادر عن القضاء الفرنسى.

**موقف القضاء المصرى من مبدأ الاستقلال:**

لقد استقر القضاء المصرى على التأكيد على استقلالية خطاب الضمان فيما ينشأ عنه من التزام فى مواجهة المستفيد، وذلك من خلال حرصه على تقرير عدم تبعية هذا الالتزام، سواء فى وجوده أو صحته أو إمكانية تنفيذه إلى ما يربط بين المستفيد والعميل الأمر من علاقات قانونية. مع هذا فإن ذلك التأكيد لا يعنى حصول المستفيد على قيمة خطاب الضمان فى جميع الأحوال، وإنما يعنى أنه لا يجوز للبنك (أو مصدر الخطاب) الاستناد إلى عنصر خارجى عن الخطاب للحيلولة بين المستفيد وحصوله على قيمة الضمان. بعبارة أخرى إن مبدأ الاستقلال يعنى أحقية البنك (أو مصدر الخطاب) فى الاستناد إلى الشروط المدرجة بالسند للتوقف عن دفع قيمة الخطاب إلى المستفيد، وليس الاستناد إلى عنصر خارجى عن هذا الخطاب. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى الثالث من يوليو ٢٠٠٧ فى النقض رقم ٩٠٥٣، حيث قررت المحكمة أن مصدر خطاب الضمان لا يتقيد إلا بالشروط التى التزم بمقتضاها دون الرجوع إلى العلاقة التى تربط بين العميل والمستفيد وما يتولد عنها من بنود أو ما يستخلص منها من دفع. فلقد قضت المحكمة أنه «وإن كان الأصل فى خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه، ولا على تحقيق شرط ولا حلول أجل، وهو ما يعرف بالكفاية الذاتية للخطاب، إلا أنه لا يغير من ذلك أنه يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد منه، وعلى ذلك فإذا ما أصدر البنك خطاب الضمان

لكفالة عميله ، فإن علاقة هذا البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده وعباراته التي يملئها المستفيد على الأمر في عقد الأساس ، ويمليها الأمر على البنك في طلب إصدار الخطاب هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا طلب منه الوفاء أثناء سريان أجل الضمان وتحققت هذه الشروط وجب عليه الدفع فوراً ، بحيث لا يلتزم إلا في حدودها. فإذا تعذر تحققها نهائياً خلال الأجل المحدد ، زال الضمان بدوره نهائياً لفقدان فاعليته. فعبارات خطاب الضمان هي التي تبدأ عادة ببيان الغرض من إصداره والمستمد من الرابطة القانونية القائمة بين الأمر والمستفيد ، بقصد تحديد نطاق الضمان الذي يمنحه البنك إلى الأخير ، فلا يمتد البنك إلى ما يجاوزه ، وتتضمن كذلك الشروط المعلق عليها التزام البنك بالدفع والتي ترجع إلى المستفيد ، والتي يتعين أن تكون في الأصل واضحة وصریحة ، ما لم يكن مفهومها مفهوماً جرى العرف التجاري على إتباعه بما يحتويه من شروط.

لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى حسب ما حصله الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - أن الطاعن أصدر لصالح المطعون ضدها (....) خطاب الضمان النهائي بناء على طلب الشركة الأمرة بتاريخ ٢٤ أبريل ١٩٩٤. وجاء ببيان الغرض منه عبارة «تأمين نهائي بواقع ٥% من إجمالي قيمة العطاء الخاص بإنشاء قرية آمون السياحية» ، ثم أجرى تجديداً لمدته ، وكان مدلول خطاب الضمان النهائي على النحو المتعارف عليه في مجال عقود المقاولات ، وهو ضمان حسن تنفيذ أعمال المقاولات ومطابقتها لشروط العقد المحرر بين الأمر والمستفيد ، بما مؤداه أن التزام الطاعن بكفالة عميله ، إنما يرتبط بواقعة ترجع إلى المطعون ضدها (المستفيد) ، هي شرط إخطار الطاعن ببيان أعمال المقاولات التي لم يتم تنفيذها أو المخالفة للمواصفات المتفق عليها للوفاء بقيمتها على نحو يستوجب على الأخير إذا ما طالبته المطعون ضدها بالوفاء بتلك القيمة بعد تحقق هذا الشرط أثناء

سريان أجل الضمان، الدفع دون اعتماد بأي اعتراض من الأمر، فإنه يكون معيياً بما يوجب نقضه<sup>(١)</sup>.

### موقف القضاء الفرنسي من مبدأ الاستقلال:

لقد أرسى القضاء الفرنسي مبدأ استقلال التزام مصدر الخطاب في مواجهة المستفيد منذ سنوات بعيدة، ترجع إلى أكثر من ثلث القرن الماضي، حيث أتاحت الفرصة مرات عديدة لكي يؤكد فيها هذا القضاء مبدأ الاستقلال. ولكننا في إطار الدراسة لسنا في مقام البحث عن تأصيل تاريخي لهذه الأحكام، ولهذا الإرساء، ولذلك فإننا سوف نختار أحد الأحكام الحديثة التي أعادت التأكيد على هذا الاستقلال وتلك الكفاية الذاتية لخطاب الضمان باعتباره إحدى الأدوات التي تساعد على إرساء الثقة والطمأنينة في مجال العمليات المصرفية، لا سيما ذات الطابع الدولي. ولقد وقع اختيارنا على النزاع بين شركة caison وبنك crédit lyonnais، حيث أكدت محكمة استئناف باريس أن خطاب الضمان أو الضمانة المستقلة تركز على مبدأ استقلال التزام البنك عن العقد الأصلي الذي يربط بين الشركة المدعية وشركة leygafinance، وهو الأمر الذي لا يسمح للبنك بإمكانية الاحتجاج بالدفع المستمدة من هذا العقد الأصلي. وتعود وقائع هذه القضية إلى عقد أبرمته الشركة المدعية في الرابع عشر من مايو ٢٠٠٢ مع شركة caison لمنحها قرضاً لتمويل مشترياتها من المواد الأولية، حصلت عليه من بنك كريدي لونييه لوكسمبورج والذي حصل عليه من كريدي لونييه فرنسا مقابل خطاب ضمان لدى أول طلب. ولقد أصدرت محكمة أول درجة حكمها بأحقية الشركة المدعية في الحصول على قيمة الضمان، وذلك على الرغم من احتجاج الشركة المدعى عليها بعدم تنفيذ الأولى لالتزاماتها المتولدة عن العقد الأصلي. وعليه استأنفت هذه الشركة حكم أول درجة مطالبة ببطالان الضمان لدى أول طلب، نظراً لبطالان العقد الأصلي الذي يربط

(١) نقض ٩٠٥٣ لسنة ٧٦ قضائية، المكتب الفني لدار القضاء العالي، القاهرة.



بين العميل الأمر والمستفيد استناداً إلى انعدام السيولة من ناحية، وإلى انعدام الرابطة العقدية المباشرة بين الشركة الأمرة والمستفيد من خطاب الضمان من ناحية أخرى. كذلك فإن التعهد المقدم من قبل الأمر في ظل غياب عقد الأساس هو تعهد لا أساس له منذ البداية، على نحو ينشأ حالة من التعسف والإكراه على أداء الضمان على الرغم من أن الشركة المستفيدة هي المدينة في الحقيقة للشركة الأمرة بالضمان. مع هذا فلقد رفضت محكمة الاستئناف ما استندت إليه الشركة الطاعنة مؤكدة على استقلال التزام مصدر الخطاب عن العقد الأصلي الذي يربط بين العميل الأمر والمستفيد من الضمانة<sup>(١)</sup>.

(١) راجع حكم محكمة الاستئناف الصادر في ٤ يوليو ٢٠٠٤،

L'autonomie de l'objet de la garantie comme critère déterminant, [www.google.com](http://www.google.com).

راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٢، دالوز، ١٩٨٣، ص ٣٦٥، تعليق فاسير، حيث قررت المحكمة أن

"L'engagement à première demande, autonome à l'égard du contrat de base, est régi par les seules dispositions de la lettre de garantie (...). Même si l'engagement de la banque avait pour cause le contrat de base dont la nullité était alléguée, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande ne pouvait se dérober à cette obligation".

وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٧ أكتوبر ١٩٨٤، JCP، ١٩٨٥، الجزء الثاني، رقم ٢٠٣٤٦. حيث قررت محكمة النقض أن :

"Restituant à l'engagement de la banque son véritable fondement, une cour d'appel, qui relève qu'une banque s'est engagée envers une société à la payer à première demande, décide à bon droit que cet engagement ne consistait pas un cautionnement, mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir des exceptions que son client donneur d'ordre pouvait opposer à ladite société avec laquelle celui-ci avait passé contrat et tenant à l'inexécution du contrat: les unissant".

ومن الفقه الفرنسي راجع :

## المطلب الثاني

### مبدأ الاستقلال وتميز خطاب الضمان

#### من غيره من الأنظمة الأخرى

فى الحقيقة إن استقلال التزام البنك أو (مصدر الخطاب) بالوفاء يعد العامل الرئيسى والهام فى التمييز بين خطاب الضمان وبين كل من الكفالة والاعتماد المستندى. فإذا كان هناك تشابه أو تقارب بين هذه الأنظمة، إلا أنه مازال هناك بعض الجوانب التى يمكن الاستناد إليها للفرقة أو التمييز بينها. وعلى هذا الأساس سوف نتعرض بالدراسة إلى التمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية، وبينه وبين الاعتماد المستندى، ثم نلقى الضوء فى النهاية على العلاقة بين خطاب الضمان والأسس الأخرى التى تحكم العلاقة بين الأطراف المرتبطة بهذا الخطاب.

#### خطاب الضمان والكفالة المصرفية:

الكفالة هى عقد يلتزم بمقتضاه الكفيل بالوفاء بالالتزام إلى الدائن إذا لم يقم المدين المكفول بتنفيذه<sup>(١)</sup>. ومن هذا التعريف يتضح أن أساس الالتزام فى الكفالة هو العقد الذى يربط بين كل من الدائن والكفيل، إذ ليس المدين طرفاً فى هذا العقد. والدليل على ذلك أن هذا العقد قد يتم دون علم المدين به أو على الرغم من اعتراضه عليه. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٧٧٥ من القانون المدنى بنصها على أنه «تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجاوز أيضاً رغم معارضته». مع هذا فإن الكفالة المصرفية تتميز

---

=PRUM. A.: Les garanties bancaires à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, 1994, no 90, et s ; GAVALDA Ch. & STOUFFLET J.: La lettre de garantie internationale, RTD. Com, 1980, p.9 et s; DELEBECQUE Ph. et SIMLER Ph. Les sûretés, la publicité foncière, PUF, 2004, 4<sup>ème</sup> éd, p. 212 et s.

(١) د/ سميحة القليوبى، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص ٤٣؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢، ص ٣٦٠؛ د/ رضا عبيد، القانون التجارى، بدون دار نشر، ط ٥، ١٩٨٤، فقرة ٦٨٣، ص ٦٠٣.

عن الكفالة العادية بأن المدين المكفول هو الذى يسعى إلى طلب الكفالة وليس الدائن ذاته. ولا شك أن هذا التمييز يفرضه الواقع العملى والذى يلقى على المدين إذا أراد اكتساب ثقة عميله، والحصول على الصفقة التى يخشى من ضياعها، أن يقدم مثل هذا الضمان<sup>(١)</sup>. فالمدين «حين يسعى لإتمام عملية ما بطريقة تخفف العبء المالى عنه رغم يساره أو تجنبه إيداع كفالة نقدية أو أوراق مالية أو تسمح له بالحصول على عقارات يخشى فوات الفرصة إذا لم يتم بشرائها دون أن يتحمل أعباء مالية ضخمة، يستهدف فى نفس الوقت طمأنة دائنه، واكتساب ثقته بتقديم بنكه ذو السمعة المعروفة كفيلاً له إذا تخلف عن أداء التزامه<sup>(٢)</sup>».

من الواضح أن الاختلاف الوحيد بين الكفالة المدنية والكفالة المصرفية يتمثل فى الشخص الذى يسعى للحصول على كفيل. فبينما قد تتم الكفالة المدنية بدون علم أو رغم اعتراض المدين، فإن الكفالة المصرفية يطلبها المدين لكى يتمكن من الحصول على ثقة دائنه مقابل عمولة يدفعها للبنك الكفيل. فالكفالة المصرفية يقوم بها البنك مقابل عمولة يحصل عليها من المدين عند إبرامه عقد الكفالة مع الدائن.

وأياماً كان الاختلاف بين الكفالة المدنية والمصرفية، فإن التزام الكفيل هو التزام تابع يقوم على افتراض وجود التزام أصلى يعد السبب الرئيسى فى نشأته ووجوده<sup>(٣)</sup>. فهذا الالتزام قصد به ضمان تنفيذ الالتزام الأصلى إذا لم يتم المدين الأساسى بالوفاء بنفسه<sup>(٤)</sup>. هذا ما تقرره صراحة المادة

(١) د/ هانى محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٢٢٦.

(٢) د/ حسين فتحى، التنظيم القانونى للحسابات والائتمانات المصرفية، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

(٣) د/ محمد فريد العرنى & د/ على البارودى، القانون التجارى، المرجع السابق، بند ٢٦٦، ص ٣٥٤؛ د/ محمود مختار أحمد بربرى، قانون المعاملات التجارية، المرجع السابق، فقرة ١٦٧، ص ١٦١.

(٤) فالكفيل يلتزم فى مواجهة الدائن بدفع دين المدين، وذلك على عكس الضامن يلتزم بدفع دين شخصى وليس دين على الغير، بما يعنى أن التزام الكفيل هو التزام =

٧٧٦ مدنى بنصها على أنه «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً». ولقد أكدت هذه التبعية المادة ٧٨٠ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى بنصها على أنه «لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول». على العكس تماماً يتميز خطاب الضمان باستقلال التزام مصدره فى مواجهة المستفيد. فبينما يعد التزام الكفيل التزاماً تابعاً فى مواجهة المستفيد، فإنه يعد التزاماً مستقلاً فى خطاب الضمان<sup>(١)</sup>.

= تبعى، فى حين أن التزام الضامن هو التزام أصلى. ولعل هذا الاختلاف يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٤ (المجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٩٥م، ص ٤٥٨)، حيث قررت المحكمة أن:

**L'acte litigieux constitue non pas un acte de cautionnement, mais une garantie autonome, alors qu'il est stipulé que le signataire de l'acte garantissait à la banque, le remboursement de sa créance envers le débiteur et qu'il s'engageait à régler toutes les sommes dues par le débiteur comme décrit ci-dessus, ce dont il résultait qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette de débiteur principal, n'était pas autonome".**

(١) قارب من هذا المعنى، د/عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٤٢، حيث يقرر أن «استقلال علاقة البنك بالمستفيد عن علاقة المستفيد بالعميل تبعد خطاب الضمان عن الكفالة: فالكفيل، وفقاً للقواعد العامة، لا يلتزم بالوفاء للدائن إلا متى أثبت هذا الأخير مديونية مدينه واستحقاق هذه المديونية، فضلاً عن أنه لا يفى بالدين إلا إذا تخلف المدين عن الوفاء وقام الدائن بتجريمه من أمواله. فالتزام الكفيل، والحال كذلك، تابع لالتزام المدين المكفول من حيث الصحة والبطلان. فالكفيل يضمن وفاء المدين بالتزامه ولا يلتزم بالتزام مستقل، على حين أن البنك فى خطاب الضمان يلتزم بدفع قيمة الخطاب إلى المستفيد لدى الطلب، أيا كان مصير العلاقة بين العميل والمستفيد، وبالرغم من أى معارضة من العميل. فالتزام البنك مستقل تماماً عن التزام العميل. وإذا كان صحيحاً أن كلا من البنك والعميل ملتزم تجاه المستفيد، إلا أن مصدر التزام كل منهما مستقل ومختلف. فالبك يلتزم تجاه المستفيد بمقتضى خطاب ضمان، والعميل ملتزم تجاه المستفيد بمقتضى العلاقة القانونية التى تقوم بينهما».

وتبعية التزام الكفيل ترتب العديد من الآثار التي تبرز بوضوح الاختلاف القائم بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان. فهذه التبعية تعطى البنك (الكفيل) أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل الدفع التي يمكن أن يتمسك بها المدين الأصلي، أيًا كانت طبيعتها شخصية أم متعلقة بالمدين المضمون<sup>(١)</sup>،<sup>(٢)</sup>. بعبارة أخرى يمكن القول بأن الدائن في عقد الكفالة المصرفية لا يملك في مواجهة الكفيل أكثر مما يملكه في مواجهة المدين الأصلي، وذلك على الرغم من أن اعتبار عقد الكفالة تجارياً بالنسبة للكفيل يحرمه من التمسك بالتجريد لكون التضامن مفترضاً في حقه بقوة القانون<sup>(٣)</sup>.

خلاصة القول إذن أن تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تعطى الكفيل الحق في التمسك بكل الدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي في

(١) هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٧٨٢ من القانون المدني، بتقريرها «١- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. ٢- على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه».

(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٣٤، حيث يقرر سيادته أنه في الكفالة المصرفية للبنك «الكفيل الاستفادة من الدفع المقررة لمدين المكفول، ولهذا السبب الأخير فإن الكفالة المصرفية، كضمانة، تفقد الكثير من فاعليتها وخصوصاً في مجال علاقات التجارة الدولية».

راجع أيضاً د/ أكرم يامالكى، الأوراق التجارية المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٤٤١، ص ٣٤٧، حيث يقرر أن الذي يميز بين الكفالة وخطاب الضمان، هو استقلال الخطاب عن العقد الذي صدر من أجله من ناحية، وإعطاء الكفالة للكفيل الحق في التجريد، أي في الامتناع عن دفع مبلغ الكفالة عندما يطالبه الدائن بدفعه قبل توجيه المطالبة إلى المدين المكفول، فهذان الاختلافان هما ما يميز الخطاب عن الكفالة، وذلك على الرغم من أدائهما لوظيفة مماثلة.

(٣) فالحكم الذي قرره المشرع في القانون المدني قاصر على الكفالة المدنية. فهذه الأخيرة هي التي تعطى للكفيل الحق في أن يدفع في مواجهة الدائن بالتجريد، طالما أن القانون يلزمه بضرورة الرجوع أولاً على المدين. هذا ما تقرره المادة ٧٨٨ مدني بنصها على أنه «١- لا يجوز للدائن أن يجرع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ٢- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

مواجهة الدائن، كتلك المتعلقة بانقضاء التزامه إما بالتقادم أو بالمقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة، أو تلك المتعلقة ببطان الالتزام أو قابليته للإبطال، أو تلك المتعلقة بإهدار التأمينات الضامنة للوفاء بالدين. هذا ما تقررره صراحة المادة ٧٨٤ من القانون المدني بنصها على أنه «١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. ٢- ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون».

على العكس تماماً لا يجوز لمصدر خطاب الضمان إثارة أى اعتراض أو التمسك بأى دفع يمكن أن يديه مستنداً إلى علاقته بالعميل، كفسخ العقد أو عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، أو إلى علاقة العميل بالمستفيد<sup>(١)</sup>. ولقد أبرزت هذا الاختلاف محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٤، وذلك بتقريرها:

«Constitue une garantie autonome interdisant au garant d'invoquer les exceptions qui appartiendraient au débiteur, le contrat par lequel le garant s'engage à effectuer, sur la demande du donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenue sans qu'il puisse différer le paiement ou soulever une contestation pour quelque motif que ce soit<sup>(٢)</sup>».

- (1) SIMLER ph.: Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3e éd, 2002, p. 692 et s ; CONTAMINE-RAYNAUD M.: Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français: Aspects actuels du droit commercial français, Etudes offertes à René Roblot, L.G.D.J., 1984, p. 413 et s.
- (2) J.C.P., 1985, p. 113, obs. J.STOUFFLET; voir aussi l'arrêt de Cour de cassation française rendu en 15 juin 1995, (JCP éd.G, 1999, II, 10199; RTD. Com, 1999, p. 734, obs.=

## خطاب الضمان والاعتماد المستندي:

إن السمة المميزة للاعتماد المستندي هو استقلاله عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه والذي يعد البنك أجنبياً عنه، شأنه في ذلك شأن خطاب الضمان<sup>(١)</sup>. هذا ما تقرره صراحة المادة ٣٤١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م في فقرتها الثانية بنصها على أن «عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى

=Cabrillac), où la Cour a décidé que "n'est pas fondé le moyen contre l'arrêt d'appel qui, pour refuser la qualification de garanties autonomes aux actes litigieux, retient que le garant qui les avait rédigés avait omis d'indiquer des éléments caractérisant expressément l'autonomie des engagements par rapport au contrat de base, tels que leur irrévocabilité et inconditionnalité, l'obligation de payer sans délai, sans pouvoir recourir à une quelconque formalité et sans pouvoir opposer de motif du chef du souscripteur ou de chef du donneur d'ordres, la renonciation expresse de garant à se prévaloir d'une quelconque exception (...). La Cour d'appel relevant en outre, dans les textes des garanties, des références à l'établissement de la défaillance du débiteur, a pu en déduire, pour l'ensemble des actes, que, faute de stipulation exprimant leur autonomie, les garanties accordées au bénéficiaire par le garant en étaient dépourvues et ne constituaient que des cautionnements".

(١) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٦٦، حيث يقرر أنه على الرغم من وضوح سمة الاستقلال في علاقة البنك بالمستفيد والتي يحكمها خطاب الاعتماد، فإن هذا لا ينفي ارتباط العقدتين (عقد البيع وعقد الاعتماد) من الناحية الاقتصادية والواقعية. ولذلك قد يقوم الاعتماد المستندي بدور في إثبات عقد البيع في العلاقة بين الأمر والمستفيد. كذلك فإن العميل يطلب من البنك إصدار خطاب الاعتماد المستندي تنفيذاً لشرط وارد في عقد البيع، حيث ينص على أن يكون الوفاء بالثمن من خلال اعتماد مستندي، وينص أيضاً على نوع الاعتماد، كما يحدد في خطاب الاعتماد اسم المستفيد ومدة صلاحية الاعتماد والمبلغ والمستندات الواجب تقديمها على نحو ما هو متفق عليه في عقد البيع.

البنك أجنبياً عن هذا العقد. مع هذا فإنه يظل هناك خيط رفيع يمكن الارتكان إليه للتمييز بين خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، والذي يتمثل في السلطات التي يخولها الاعتماد المستندي للبنك أثناء مطالبة البائع له بالوفاء بقيمة الاعتماد. فإذا كان البنك يضمن للمستفيد (البائع) الوفاء بمبلغ الاعتماد، فإن ذلك يتوقف على فحصه للمستندات التي يقدمها ومدى مطابقتها لشروط فتح الاعتماد. بمعنى أن الوفاء بمبلغ الاعتماد يتوقف على تحقق أمر خارجي وهو قبول البنك للمستندات وتأكيد من مطابقتها لشروط فتح الاعتماد<sup>(١)</sup>. يضاف إلى ذلك أن البنك يضمن في الاعتمادات المستندية حصوله على ما يقوم بدفعه من اعتماد، في تلك الأحوال التي يقوم فيها بفتح الاعتماد قبل الحصول عليه من العميل الأمر، وهو الأمر الذي يتحقق عندما يقوم هذا البنك بتلقى المستندات من المستفيد (البائع) والتأكد من مطابقتها لشروط فتح الاعتماد، ولا يسلمها إلى المشتري إلا بعد سداده للمبالغ المستحقة عليه. ومن ثم إذا تخلف العميل الأمر عن سداد المبالغ المستحقة للبنك، يقوم البنك مقامه باستلام البضاعة لاستيفاء حقه من ثمنها. هذا ما تقرره صراحة المادة ٣٥٠ من قانون التجارة بنصها على أنه «إذا لم يدفع الأمر إلى البنك قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول تلك المستندات، جاز للبنك التنفيذ على البضاعة بإتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً». هذا ما أجازته أيضاً المادة ٢٢٣ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م وذلك بنصها على أن «على الريان تسليم البضائع عند وصولها إلى الحامل الشرعي لسند الشحن أو من ينوب عنه في تسليمها». فالأصل إذن أن يتم التسليم للحامل الشرعي لسند الشحن، ويكون حاملاً شرعياً له المبين اسمه فيه أو المحال إليه إن كان السند اسمياً، أو حامله إن كان السند للحامل أو مظهر

(١) د/ على الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات، المرجع السابق، فقرة ١٠١ وما بعدها، ص ١٠١، وما بعدها؛ د/ صليب بطرس و م/ ياقوت العشماوي، الاعتماد المستندي، المرجع السابق، ص ١٤٣ وما بعدها.



على بياض، أو المظهر إليه الأخير إن كان السند للأمر وذكر فيه اسم المظهر إليه. كما يقوم التسليم إلى وكيل الشحنة مقام تسليم البضاعة إلى الحامل الشرعى للسند. كذلك بينت المادة ٢٢٦ من قانون التجارة البحرية حق من يقوم بتسليم البضاعة، إذا لم يحضر صاحب الحق في تسلمها أو امتنع عن تسلمها، في طلب الإذن ببيعها كلها أو بعضها لاستيفاء ماله من حقوق عليها.

فوفقاً لهذه النصوص يحق للبنك استلام البضاعة والتنفيذ عليها لاستيفاء قيمة الاعتماد من ثمنها بالتقدم على من يليه في المرتبة باعتباره دائماً مرتبهاً رهنأً حيازياً. ولقد بينت المادة ١٢٦ من قانون التجارة الجديد الإجراءات التي يتعين على البنك إتباعها للتنفيذ على البضاعة المستلمة من الناقل بنصها على أنه «١- إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضى المختص بالمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه. ٢- لا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من القاضى ببيع الشيء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه إلى المدين والكفيل إن وجد مع بيان المكان الذى يجرى فيه البيع وتاريخه وساعته. ٣- يجرى البيع فى الزمان والمكان اللذين عينهما القاضى وبالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضى بإتباع طريقة أخرى، وإذا كان الشيء المرهون متداولاً فى سوق الأوراق المالية أمر القاضى ببيعه فى هذه السوق بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها. ٤- يستوفى الدائن المرتهن بطريق الأولوية دينه من أصل وعائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع».

وهكذا يتضح أن الاعتماد المستندى يخول البنك السلطات التي يمكن من خلالها استيفاء حقوقه قبل الأمر، طالما أن تنفيذه لالتزاماته يضمنها تسلمه المستندات الدالة على ملكية البضاعة المشتراه، والتي من أجلها تم فتح الاعتماد. وذلك على العكس تماماً من خطاب الضمان، إذ

لا يستطيع البنك أو مصدر الخطاب الحصول على حقوقه قبل العميل الأمر إلا من خلال عقد خطاب الضمان.

فعلى الرغم من اشتراك خطاب الضمان والاعتماد المستندي فى مبدأ استقلال التزام البنك فى مواجهة المستفيد، على نحو يقود إلى عدم السماح للبنك بالامتناع عن الوفاء بالتزاماته فى مواجهة الأخير إذا أبطل العقد أو تقرر فسخه<sup>(١)</sup>، مع هذا فإن هناك بعض الاختلاف بينهما، والذى يتمثل فى الهدف الذى يبنى كل نظام تحقيقه<sup>(٢)</sup>. فخطاب الضمان يهدف إلى إعطاء المستفيد الحق فى الحصول على قيمة الضمان بمجرد تقديمه المطالبة إلى مصدر الخطاب. وذلك على عكس الاعتماد المستندي حيث يهدف إلى ضمان حصول البائع على ثمن البضاعة التى قام المشتري بطلبها على نحو يحقق للمستفيد منه الأمان الكافى. لهذا ذهب البعض إلى القول بأن الاعتماد المستندي يؤثر على «علاقة البائع والمشتري بالقدر الذى يمثل تنفيذه تقييداً للالتزامات الناشئة عن عقد البيع. فالبائع يلتزم - من بين التزاماته - بإرسال المستندات الخاصة بالصفقة إلى المشتري، بينما

(١) قارب من هذا المعنى، د/عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٦٨، حيث يقرر أن الاعتماد المستندي يقوم على أن مطالبة البائع للبنك بدفع مبلغ الاعتماد ليس كضمن لكونه نفذ التزاماته كبائع، وإنما كدين ناشئ فى ذمة البنك من خطاب الاعتماد، بما يعنى أن البائع لا يكون له أى حق فى مواجهة البنك إلا عندما ينفذ التزاماته التى يقررها خطاب الاعتماد وليس تلك الناشئة عن عقد البيع. وعليه لا يمكن للبائع أن يطالب البنك عند إخلاله بشروط خطاب الاعتماد، حتى ولو أثبت أنه نفذ شروط البيع. بعبارة أخرى إن خطاب الاعتماد يُعد الأساس الذى يحكم العلاقة بين البنك والمستفيد، فهو المرجع فى تنفيذ البنك لالتزاماته، والسند فى مطالبة البائع له بالثمن المستحق كدين فى ذمته، وليس كحق متبثق عن عقد البيع.

(٢) د/ أكرم يامالكى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٤٤١، ص ٣٤٧، حيث يقرر أنه على الرغم من اشتراك خطاب الضمان والاعتماد المستندي فى خاصية الاستقلال، إلا أنهما يفترقا من حيث «أن الواقعة التى تودى إلى استحقاق خطاب الضمان هى واقعة سلبية متمثلة بإخلال العميل الأمر بالتزامه تجاه المستفيد، فى حين أن الواقعة التى تودى إلى استحقاق الاعتماد المستندي هى واقعة إيجابية متمثلة بتقديم المستفيد المستندات المطلوبة والمطابقة ظاهرياً لشروط الاعتماد».

يلتزم هذا الأخير بالوفاء بضمن البضاعة المبيعة إلى البائع. وبالتالي تبرأ ذمة المشتري عندما يحصل على ثمن البضاعة من البنك، كما تبرأ ذمة البائع عندما يتلقى البنك المستندات المطلوبة<sup>(١)</sup>.

وبناءً على ما تقدم يمكننا القول بأنه على الرغم مما يوجد بين الاعتماد المستندي وخطاب الضمان من اختلاف، فإنه من الممكن أن نستخلص دوراً تكاملياً لكل منهما حتى ولو كان هذا التكامل من الناحية الاقتصادية. فإذا كان الاعتماد المستندي يمثل ضماناً لصالح البائع حيث يوفر له الأمان اللازم لقيام المشتري بدفع الثمن، فإن خطاب الضمان قد يلعب لصالح المشتري حيث يضمن له تنفيذ الصفقة التي يبرم هذا الخطاب لضمان تنفيذها<sup>(٢)</sup>. هذا وإن كان البعض يرى أن الاعتماد المستندي يوفر الائتمان والضمان معاً، حيث يقدم البنك «ائتمانه إلى المشتري، ذلك أنه يوفى بقيمة الاعتماد إلى البائع أو إلى البنك الذي قام بخصم الكمبيالة المستندية قبل أن يوفى المشتري بمبلغ الاعتماد. بل إن الاعتماد مقرر من لحظة تلقي البنك أمر المشتري بفتحه، فكأن البنك خصص قيمته لتنفيذ العملية منذ هذه اللحظة. ويوفر الاعتماد المستندي الأمان اللازم لكلا الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ العقد المبرم بينهما، ذلك أن ثقل البنك والتزامه بصفة شخصية في مواجهة البائع يجعله آمناً في الحصول على ثمن البضاعة، كما أن المشتري يطمئن إلى عدم قيام البنك بأداء الثمن قبل حصوله على المستندات المطلوبة والتأكد من مطابقتها للبيانات التي يحددها المشتري للبنك<sup>(٣)</sup>».

(١) د/ هاني محمد دويدار، أصول القانون التجاري اللبناني، المرجع السابق، ص ٤٣٩.  
(٢) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٣) د/ هاني محمد دويدار، أصول القانون التجاري اللبناني، المرجع السابق، ص ٤٢٧.  
مع هذا فإن الأمان الذي يحققه خطاب الضمان للمشتري لا يقاس بما يحققه الاعتماد المستندي له أو للبائع، سيما عندما يوجد غش أو تواطؤ في العلاقة، إذ يسهل إثبات ذلك في الاعتمادات المستندية، بينما يصعب أو يشق ذلك في خطاب الضمان. فإثبات الغش أو التواطؤ في الاعتمادات المستندية يكون سهلاً ميسوراً، «فبمجرد»

خطاب الضمان والأساس الذى يحكم العلاقة بين الأطراف المرتبطة به إذا كانت السمة المميزة لخطابات الضمان هو استقلال التزام مصدر الخطاب فى مواجهة المستفيد، فإن هذا الاستقلال يثير أو يطرح التساؤل حول الأساس الذى يحكم علاقات الأطراف المرتبطة بهذه الخطابات. فاستقلال العلاقات بين أطراف الخطاب يقتضى التعرض للأساس الذى يحكم العلاقات بينهم، نظراً لأن التحليل الصحيح لهذا الأساس يلقي مزيداً من الوضوح على مبدأ الاستقلال<sup>(١)</sup>. ولا خلاف أن هذا الأساس يتنوع بحسب نوع العلاقة التى نتحدث عنها. فهذا الأساس قد يكون عقد الأساس عندما نتطرق إلى العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد من الضمان. وقد يكون عقد خطاب الضمان عندما تثار العلاقة بين العميل الأمر ومصدر الخطاب. ويكون خطاب الضمان، والذى سبق الحديث عنه، عند تناولنا حقيقة العلاقة بين مصدر الخطاب والمستفيد منه. وعلى هذا الأساس سوف نتعرض لعقد الأساس، ولعقد خطاب الضمان لبيان حقيقة العلاقة بين الأمر والمستفيد، أو بين الأمر ومصدر الخطاب.

عقد الأساس : دستور العلاقة بين الأمر والمستفيد

يُعد عقد الأساس هو المحرك الأساسى والدافع الرئيسى الذى يحرك أو يدفع الأطراف إلى توجيه المطالبة بإصدار الخطاب لمصلحة المستفيد. فهو الدافع الذى يقود إلى ميلاد العلاقات الأخرى التى يولدها خطاب الضمان. فعقد الأساس يمثل العلاقة الأولى بين الأطراف، فهو سابق فى نشأته على خطاب الضمان، إذ لولاه ما اتجهت النية إلى توجيه المطالبة

---

= إثبات وجود تزوير أو عدم تطابق فى المستندات يمكن إثبات الغش أو التواطؤ، أما فى خطاب الضمان فإن إثبات هذين السببين يمثل للعميل الأمر صعوبة كبيرة (د/رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص ٣٥). (١) فهذا الاستقلال لا ينفى ما يوجد من ارتباط بين علاقات الأطراف، إذ لولا هذا الارتباط ما صدر خطاب الضمان. فارتباط علاقات الأطراف هو الذى وادى إلى إصدار خطاب الضمان. فطالب خطاب الضمان لم يسعى إلى إبرام هذا التصرف مع البنك إلا نتيجة علاقة سابقة أو محتملة الوجود بينه وبين المستفيد (د/رضا عبيد، القانون التجارى، المرجع السابق، فقرة ٦٨٧، ص ٦٤٠).

بإصداره. وهذه العلاقة أو هذا العقد قد يكون عقد بيع أو مقاوله أو توريد أو أشغال عامة أو عقد نقل<sup>(١)</sup>. فعقد الأساس هو الذى يبرز إذن الحاجة إلى استصدار خطاب الضمان. فهو الذى يبرر اتجاه نية الأطراف وانعقاد كلمتهم إلى توجيه الأمر إلى المصدر لاستصدار خطاب لمصلحة المستفيد. فعندما يكون هناك تعهد بالتعاقد بين العميل والمستفيد، يكون هناك أيضاً تعهد بإتمام خطاب الضمان حال التعاقد النهائى بين الأطراف لتفعيل التعهد. وقد يكون توجيه الأمر مباشرة إلى البنك باستصدار الخطاب لمصلحة المستفيد عند نشأة العلاقة أو إبرام العقد بين الأمر والمستفيد.

وأياً كانت الصورة أو الشكل الذى يتخذه عقد الأساس، مجرد تعهد أو علاقة عقدية، فإنه يتضمن تنظيمياً كاملاً وواضحاً لحقيقة العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد من خطاب الضمان. كما يتعين أن ينص على هذا الخطاب فى عقد الأساس. فينبغى الإشارة فى عقد الأساس إلى نوع الخطاب وقيمه ومدته والمستندات التى قد تتطلبها عملية المطالبة بالوفاء.... الخ. وإذا كان خطاب الضمان يمثل أساس التزام مصدر الخطاب فى مواجهة المستفيد، فإن عقد الأساس يعد المرجع أو الدستور الذى يحكم العلاقة بين الأمر والمستفيد عندما ينشأ بينهما خلاف أو نزاع بصدد تنفيذها.

خلاصة القول إذن أن عقد الأساس يمثل مصدر العلاقة التى تنشأ بين الأمر والمستفيد<sup>(٢)</sup>، فهو أداة نشأة الالتزامات التى تتولد عنها، بل إنه

(١) لبيان حقيقة عقد النقل البحرى وما يرتبه من حقوق أو يفرضه من التزامات، وما قد ينشأ عنه من مسئولية، راجع د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٧٦ وما بعدها؛ د/ جلال وفاء محمد، قانون التجارة البحرى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٨٦ وما بعدها؛ د/ محمود سمير الشرقاوى، القانون البحرى، ط ٤، ١٩٩٣؛ د/ على يونس، أصول القانون البحرى، ١٩٩٧؛ د/ كمال حمدى، القانون البحرى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٥٦٣ وما بعدها؛ د/ أحمد محمود حسنى، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

(٢) د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودى، القانون التجارى، المرجع السابق، بند ٢٦٦، ص ٣٥٣.

أيضاً السبب في وجود أو نشأة خطاب الضمان، إذ بدون هذا العقد أو في حالة غياب هذه العلاقة، لا يتصور اتجاه الأطراف إلى الاتفاق أو استصدار خطاب الضمان<sup>(١)</sup>. لهذا يمكن القول بأن عقد الأساس يؤثر على علاقة الأمر والمستفيد، فهو السبيل الذي يمكن من خلاله رجوع أيهما على الآخر. كما أنه الأداة التي تضمن حسن تنفيذ كلا منهما لالتزاماته، سواء تعلق بتفويض بنود هذا العقد، أو انصرفت إلى عدم أحقية المستفيد في الحصول على قيمة الضمان.

### عقد خطاب الضمان: أساس العلاقة بين الأمر والبنك:

يُعد عقد خطاب الضمان هو أساس العلاقة بين الأمر ومصدر الخطاب. فهو الذي يحدد أبعاد العلاقة بينهما وما يتولد عنها من التزامات. فهذا العقد ينظم تلك العلاقة ويُعد الأساس الذي يمكن الاحتكام إليه عند نشأة أي نزاع بين الطرفين. لهذا يتعين أن يتضمن هذا العقد كافة التفاصيل الخاصة بهذا الخطاب، تلك التي تحدها العلاقة الأساسية التي تربط بين الأمر والمستفيد. فهذه العلاقة تلقى بظلالها على عقد خطاب الضمان، إذ يصدر هذا الأخير وفقاً للشروط أو طبقاً للصيغة التي يشترطها أو يفرضها المستفيد على عميله الأمر. لهذا ذهب البعض إلى القول وبحق أن عقد خطاب الضمان «هو عقد اعتماد بالتوقيع، أي التزام يتعهد به شخصياً، وهذا الاعتماد لا ينشئ إلا ديناً احتمالياً، لكنه لا يستحق إلا عند مطالبة المستفيد فعلاً البنك بوفائه، وبذلك حكم القضاء المصري بأنه وإن كان تعهد البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للغير تعهداً

(١) قارب من هذا المعنى،

SIMLER Ph.: Cautionnement et garanties autonomes, op. cit., no 924, où il décide que "l'engagement du garant souscrit une garantie autonome contracte une obligation distincte de la dette garantie et nouvelle. Cette obligation autonome a certes pour fonction de garantir l'exécution du contrat de base, mais elle est détachée de ce contrat dès l'instant où elle est mise en place".

منجزاً وليس شرطياً والتزامه يوجد بمجرد إصداره خطاب الضمان، إلا أن دين هذا الضمان لا يستحق للبنك فى ذمة العميل إلا إذا طالبت الجهة الصادر إليها خطاب الضمان بقيمته، ومن تاريخ دفع البنك مبلغ الضمان، فلا يجوز للبنك إضافته فى الجانب المدين من حساب العميل إلا من هذا التاريخ، إذ قد لا تطلب الجهة الصادر إليها الخطاب قيمته إذا وفى العميل بالتزاماته قبلها، وفى هذه الحالة لا يكون هناك محل لإضافة قيمته على حساب العميل المدين<sup>(١)</sup>.

وعليه يثير عقد خطاب الضمان التساؤل حول حقيقة التزام البنك (مصدر الخطاب) بتلك الصيغ أو الشروط التى يفرضها المستفيد، والتى تُعد الأساس عند إبرام خطاب الضمان. فى الواقع إن الإجابة على هذا التساؤل تبرزها حقيقة العلاقة بين الأمر والبنك. فإذا لم تكن هناك علاقة أو معاملات سابقة بينهما، يتوقف قبول مثل هذه الصيغ أو تلك الشروط على العطاءات التى يقدمها العميل للبنك. فالضمانات التى يقدمها العميل هى التى تسمح له بطلب الضمان، كما أنها تسمح للبنك بقبول تقديمه وبالشروط التى يفرضها المستفيد، خاصة عندما يضطر البنك إلى تنفيذ تعهده ويقوم بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد. وذلك على العكس تماماً عندما تكون هناك علاقة سابقة أو أن تنفيذ العلاقة بين العميل والمستفيد يتم من خلال اعتماد مستندى تم فتحه من خلال البنك المطلوب منه إصدار خطاب الضمان. ففى هذه الأحوال لا يستطيع البنك رفض إصدار الخطاب أو التسليم بالشروط التى يفرضها المستفيد. فوجود هذه العلاقة أو مثل هذا التعامل يفرض على البنك قبول طلب العميل والالتزام بالصيغ أو الشروط التى طلبها المستفيد فى خطاب الضمان، خاصة عندما تسمح تلك الصيغ أو هذه الشروط بإصدار الخطاب<sup>(٢)</sup>.

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ١٩٩١م، ص ٩٢، خاصة هامش (١).

(٢) بيد أن التزام البنك بهذه الصيغ وتلك الشروط لا يؤثر على الخطاب الذى يصدره البنك أو يس باستقلاله. فأياً كانت هذه العبارات المستعملة أو الصيغ التى يفرضها =

خلاصة القول إذن أن وجود تعامل سابق بين البنك والعميل يقلص إلى حد كبير من الحرية التي يملكها البنك في إصدار خطاب الضمان أو رفضه ، خاصة عندما تتمخض تلك العلاقة عن اعتماد مستندي يتم من خلاله تنفيذ العلاقة بين العميل والمستفيد<sup>(١)</sup>. أما عندما لا توجد مثل هذه العلاقة ، فإنه يتعين على البنك قبل قبول إصدار الخطاب أو رفضه أن يتأكد من مركز العميل الحقيقي. ففي هذه الحالة أول ما يجب على البنك القيام به هو «دراسة مركز العميل المالي ودرجة يساره والتزاماته المالية

=العميل ، فإنها لا تؤثر على استقلال خطاب الضمان ، حتى في تلك الحالات التي تشير فيها إلى العقد الأساسي. هذا ما يقرره صراحة محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٨ مايو ١٩٩٩ ( D.bancaire et bourse, juillet-Août 1999, ) حيث قضت المحكمة بأنه :

"Méconnaît la loi des parties une Cour d'appel qui retient que des garanties ne sont pas indépendantes du contrat de base, alors que les dites garanties étaient stipulées irrévocables et inconditionnelles nonobstant toute contestation du donneur d'ordre ou d'un tiers et que leur étendue, fixée au moment de leurs conclusions, était indépendante, dans son exécution, d'éventuelles défaillances du détenteur, alors que de telles garanties ne sont pas privées d'autonomie par de simples références au contrat de base, n'impliquant pas appréciation des modalités d'exécution de celui-ci pour l'évaluation des montants garantis, ou pour détermination des durées de validité".

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين ، العمليات الائتمانية في البنوك ، المرجع السابق ، فقرة ٩ ، ص ٣٢٣ ، حيث يقرر أن البنك يصدر خطاب الضمان لحساب العميل «بدون غطاء ولا عمولة إذا كانت البضاعة المستوردة محل اعتماد مفتوح بواسطته ويحفظ له بغطاء كامل. أما إذا لم يكن الاعتماد مفتوحا بواسطة البنك مصدر خطاب الضمان ، فإنه يشترط على العميل تقديم غطاء تقدي كامل للخطاب قبل إصداره ، كما يشترط عليه تقديم إذن الاستيراد وموافقة الإدارة العامة للتقدي على دفع قيمة البضائع بالعملة الأجنبية». راجع كذلك د/ هانى محمد دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .



وإمكانية الوفاء بتعهداته إذا ما لزم الأمر الوفاء بقيمة الضمان. ويمكن للبنك دراسة مركز العميل بالاطلاع على أعماله المالية وعمل التحريات اللازمة عنه، وإذا ما كان مقدم الطلب شركة يمكن للبنك الإطلاع على ميزانيتها عن الثلاثة سنوات الأخيرة حتى يكون على بينة كاملة من موقفها المالي ودرجة يسارها<sup>(١)</sup>.

فعلى البنك التأكد من درجة يسار العميل المالية، نظراً لأن العلاقة التي تربط بينه وبين العميل هي علاقة تعاقدية، تنظم وتبين الالتزامات المتولدة عنها، والتي يمكن إجمالها في التزام البنك بحرفية التعليمات التي تضمنها خطاب الضمان والتي تتوافق مع الصيغة التي فرضها المستفيد وأفرغت في الخطاب<sup>(٢)</sup>.

ولا شك أن هذا الالتزام يقتضى أن تكون العبارات الواردة في الخطاب واضحة، لا تثير أى لبس أو غموض حول فحواه أو ما يمكن أن ينشأ عن العلاقة الأصلية بين الأمر والمستفيد من منازعات<sup>(٣)</sup>. فالخطاب لا بد أن تكون عباراته واضحة، لا تدخل البنك فى نزاع أو تولد لديه الحيرة فى الوفاء بقيمة الخطاب من عدمه، كأن يشترط فى عبارات

- (١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص ٩٤.
- (٢) / بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ٣٩، وما بعدها.
- (٣) هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥، حيث أكدت المحكمة على أنه إن كان الأصل فى خطابات الضمان عدم توقف الوفاء بها على واقعة خارجية أو تحقق شرط معين أو حلول أجل ما، إلا أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الخطاب وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل يحكمها خطاب الضمان وحده، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يتم الدفع بمقتضاها، حتى إذا طلب منه الوفاء، أثناء سريان الأجل وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة فى الخطاب، تعين عليه الدفع فوراً. فهو لا يلتزم إلا فى حدود تلك الشروط، ولا يعتد بغير هذه المستندات. وعليه لا يكون دفع البنك، أو رجوعه على العميل، صحيحاً إلا إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لما جاء أو ورد بالخطاب. أما إذا تم الوفاء على خلاف ذلك، فإن البنك يتحمل مسؤولية الوفاء (طعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٥ق).

الخطاب عدم الوفاء عند ثبوت عدم قيام المستفيد بتنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد الأساس. فهذا الاشتراط يوقع البنك في حيرة وتردد بين الدفع أو عدم الوفاء، طالما أن ذلك معلق على واقعة محل خلاف بين الطرفين.

في الحقيقة إن التنفيذ الدقيق لهذا الالتزام يقع على عاتق البنك، إذ يتعين عليه، باعتباره محترفاً لهذه العمليات، أن ينبه العميل إلى خطورة العبارات المستخدمة، أو ما يمكن أن تقوم إليه الصيغة المستعملة من تناقض. فعلى البنك ألا يطبع عميله «فيصدر الخطاب بالصيغة التي يقترحها عميله وعيانه مغمضتان، فينما هو لا يلزم بتنبهه إلى المخاطر التي يعرفها عميله بحكم خبرته، فإن عليه أن يلفت نظره إلى أن الخطاب لا يتضمن ذكر العملية المضمونة أو أنه لا يبرز حالات أسباب رفض البنك الوفاء<sup>(١)</sup>».

كذلك يقع على البنك الالتزام بإصدار خطاب الضمان، طالما وافق على الشروط والصيغ التي أرادها العميل. وهذا الالتزام ذو طابع شخصي، إذ لا يصدر البنك الخطاب إلا لثقتة في عميله وفي قدرته على الوفاء بما يفرضه عليه الخطاب من التزامات. وعليه يعد الغلط في شخص العميل غلطاً جوهرياً يؤدي إلى بطلان الخطاب، هذا من ناحية، كما أنه لا يعطى الحق للمستفيد في التنازل عنه أو تظهيره إلى الغير من ناحية أخرى<sup>(٢)</sup>. مع هذا فقد أجازت المادة ٣٥٧ من قانون التجارة إمكانية

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص ١٠٩  
(٢) على العكس يرى البعض (د/سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ص ٤٣٩) أن خطاب الضمان «لا يمثل حقاً من الحقوق ذات الطابع الشخصي. فالحق يكون كذلك إذا كان بسبب طبيعته متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن، فلا يمكن في هذه الحالة أن ينزل عنه لشخص آخر (...). وتطبيق هذه الخصائص على حق المستفيد من خطاب الضمان لا تكون شخصية المستفيد محل اعتبار لدى البنك مصدر الخطاب، بمعنى أنه يستوى لدى البنك أن يدفع لأى جهة يحددها العميل، وإذا كان اسم المستفيد مذكور بخطاب الضمان، فليس ذلك دليلاً على أن لشخصية المستفيد اعتبار لدى البنك، إذ أن الغرض من هذا البيان هو تحديد أركان التزام البنك ومداه». مع هذا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٦٣/٧/٢٠ في العطن رقم ٨٩٧ لسنة ٩ق، (مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية=

التنازل عن الحق الوارد بالخطاب بتوافر شرطين<sup>(١)</sup>، أولهما: موافقة البنك، وثانيهما: أن يكون البنك مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة<sup>(٢)</sup>.

=العليا في عشر سنوات، المستشار/ أحمد سمير شادي، الجزء الثاني، ص ١٣٨٧) بأن «خطابات الضمان ليست مثل الشيك أداة وفاء وإنما هي أداة ضمان، فطبيعة خطاب الضمان تختلف عن طبيعة الشيك، من ناحية أن خطاب الضمان شخصي لا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره أو التنازل عنه لأي شخص بأي طريق وبالتالي فليس له أية قيمة ذاتية إلا لشخص المستفيد».

(١) راجع كذلك المادة التاسعة من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، حيث تنص على أنه «1- Le droit du bénéficiaire de demander paiement ne peut être transféré que si cela est autorisé dans l'engagement et dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé dans l'engagement. 2- Si un engagement est désigné comme transférable sans qu'il soit spécifié si le consentement du garant/ émetteur ou de toute autre personne autorisée est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, ni le garant/ émetteur ni aucun autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer de transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui». كذلك المادة ٣٣ من القواعد الجديدة التي وضعتها غرفة التجارة الدولية، حيث تقرر نفس الحكم الذي قرره تلك الاتفاقية.

(٢) د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودي، القانون التجاري، المرجع السابق، بند ٢٦٥، ص ٣٥٣، حيث يقرر أن مصدر الخطاب " يتعهد بالوفاء لشخص معين، هو المتعاقد مع عميل البنك الذي صدر الخطاب بناء على طلبه. ومن ثم لا يجوز للمستفيد التنازل عنه للغير، حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العقد الذي أبرمه مع العميل، إلا بموافقة البنك وبشرط أن يكون هذا الأخير مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة". هذا ما يقرره قانون التجارة العراقي في المادة ٢٨٩، والتي تقضى بأنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة البنك، كما لا يجوز أيضاً للعميل الأمر التنازل عن الخطاب إلى الغير، حتى ولو كان ذلك بالتبعية لتنازله عن العقد أو العمل الذي صدر من أجله الخطاب (د/ أكرم يامالكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، المرجع السابق، فقرة ٤٤١، ص ٣٤٦). مع هذا يذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن «الراجع في الفقه أن خطاب الضمان لا يمثل حقاً من الحقوق ذات الطابع الشخصي، فلا تكون لشخصية المستفيد محل اعتبار لدى البنك»

فى المقابل يلتزم العميل بتقديم الغطاء الكافى للبنك، بما يضمن وفاءه للمستفيد بقيمة الخطاب. وهذا الغطاء يتنوع إلى غطاء نقدى، كحسابات بنكية أو أوراق مالية أو تجارية، أو غطاء عينى كتقديم سلع أو بضائع<sup>(١)</sup>. كذلك يلتزم العميل بدفع العمولة المتفق عليها، والتي قد تدفع نقداً أو تخصم من حساب الأمر، وقد تدفع مقدماً أو يؤجل استحقاقها بعد إصدار الخطاب أو الاستفادة منه<sup>(٢)</sup>. بيد أنه إذا تم الاتفاق على تأجيل استحقاقها، فلا يحق للبنك الامتناع عن تنفيذ التزاماته بدعوى عدم دفع العمولة، وذلك لأنه بمجرد وصول الخطاب إلى يد المستفيد يصبح التزام البنك نهائياً، ليس من حقه الرجوع فيه أو العدول عنه. وأخيراً يلتزم العميل بدفع الفوائد القانونية حال قيام البنك بالوفاء للمستفيد بقيمة الخطاب.

### المبحث الثانى

#### حقيقة خطابات الضمان الملاحية

تعد خطابات الضمان الملاحية إحدى الأدوات التى يلجأ إليها أطراف العلاقات البحرية بصفة عامة، وعقود النقل البحرية بصفة خاصة، لضمان حسن تنفيذ تلك العلاقات أو هذه العقود. فحسن تنفيذ هذه الأخيرة من ناحية، وقيام سند الشحن البحرى بدوره فى تمثيل البضاعة أثناء النقل من ناحية أخرى يقتضيا إصدار هذا النوع من الخطابات، لدرجة يمكن معها القول بأن هذه الأخيرة تُعد الضمان لحماية

=مصدر الخطاب. ولكن يرى هذا الاتجاه أن عدم قابلية تداول خطاب الضمان مرجعه إلى أن المبالغ التى يمثلها الخطاب فترة سريانه وقبل أدائها إلى المستفيد ليست مملوكة له وبالتالي لا يجوز له التنازل عنها (د/فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٤٢، ص ٤٢٨).

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية فى البنوك، المرجع السابق، فقرة ٥٩ وما بعدها، ص ٣٦٢ وما بعدها؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٣٨.

(٢) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٣٩؛ م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ١٢٦٣ وما بعدها.

تلك المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها. كذلك فإن هذا اللجوء يضمن على خطابات الضمان الملاحية نوعاً من التفرد وشيئاً من الذاتية. بيد أنه قبل إلقاء الضوء على هذا التفرد وتلك الخصوصية (المطلب الثاني)، نعرض لوظائف خطابات الضمان الملاحية (المطلب الأول).

### المطلب الأول

#### وظائف خطابات الضمان الملاحية

لا جدال أن خطابات الضمان الملاحية، شأنها شأن باقى خطابات الضمان المصرفية، تؤدى العديد من الوظائف الهامة لأطراف العلاقات البحرية، إلا أنه يبرز من بينها، حماية المعاملات البحرية وتوفير الثقة بين أطرافها، فضلاً عن حسن تنفيذ عمليات النقل البحرى. وهو ما سنتولى بيانه بشيء من التفصيل فى فرعين متالين.

#### الفرع الأول

##### حماية المعاملات وتوفير الثقة بين أطرافها

تُعَدُّ هذه الوظيفة من أهم وأخطر الوظائف التى تحققها خطابات الضمان الملاحية. فتدخل البنك (باعتباره مصدر هذه الخطابات) كوسيط مالى بين الناقل والشاحن أو بين الناقل أو وكيله وبين المرسل إليه، يوفر الثقة فى العلاقات المتولدة عن سندات الشحن البحرية. فهذا التدخل يُعد الأساس الذى يولد الثقة بين هؤلاء الأطراف، على نحو يساعد على تنشيط المعاملات البحرية وحمايتها من البطء أو الجمود الذى قد يقود إلى خسائر كبيرة تلحق بأطرافها. فإذا لم يتدخل البنك ويصدر خطاب الضمان، فإن ذلك من شأنه أن يقود إلى تقلص حجم المعاملات، أو إن صح القول إلى توقف عمليات النقل البحرى أو إصابتها بالبطء أو الجمود. هذا ما يمكن أن نبرزه بوضوح بإلقاء الضوء على الحالات التى يقدم فيها خطاب الضمان الملاحي. فهذا الأخير قد يقدمه الشاحن إلى الناقل عندما لا يتمكن هذا الأخير من التحقق من بيانات البضاعة أو عندما يتفقا على عدم إيراد بعض التحفظات فى سند الشحن البحرى، لما قد تقود إليه من

تقويض لوظيفته الائتمانية أو قدرته على التداول<sup>(١)</sup>. وهذا الخطاب قد يقدمه المرسل إليه للناقل أو وكيله عند وصول البضاعة وعدم وصول مستندات الشحن<sup>(٢)</sup>. ففي الحالتين يلعب خطاب الضمان دوراً هاماً فى حماية المعاملات البحرية من الأضرار التى قد تلحق بأطرافها إذا لم يتم تقديم مثل هذه الخطابات. ففي الحالة الأولى لن يستطيع الشاحن الاستفادة من الوظائف الحيوية التى يقوم بها سند الشحن، خاصة تلك التى يقوم فيها بتمثيل البضاعة أثناء عملية النقل<sup>(٣)</sup>. فإذا لم يقدم خطاب الضمان للناقل، فإن هذا الأخير سوف يورد بعض التحفظات فى سند الشحن تحول بين الشاحن وبين التصرف فى البضاعة أو الاقتراض بشمئها. فخطاب الضمان يُعد بمثابة السند الذى يقدمه الشاحن من أجل الحصول على سند شحن نظيف خالى من التحفظات، يمكنه من التصرف فى البضاعة أثناء شحنها أو الاقتراض بمقتضاه. ولنا أن نتخيل حجم الأضرار التى قد تلحق بالشاحن إذا لم يصدر البنك هذا الخطاب، أو تلك التى قد تلحق بالناقل إذا تقاعس البنك عن إصداره، والتى يمكن أن تصيبه نتيجة لتقلص عمليات النقل البحرى وإحجام الشاحن عن النقل فى ظل هذا الإصرار من قبل الناقلين على إيراد التحفظات على حجم البضاعة أو حالتها. وفى الحالة الثانية لن يستطيع المرسل إليه استلام البضاعة، على الرغم من وصولها، فى غياب مستندات شحنها، وذلك إذا لم يوافق

- (١) راجع المادة ١٧ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨، المادة ٢٠٧ من قانون التجارة البحرية ٨ لسنة ١٩٩٠. راجع كذلك أحكام محكمة النقض المصرية الصادرة فى ٢٢ فبراير ١٩٦٦، فى ٢٣ يونيو ١٩٧٥، وفى ١٧ ديسمبر ١٩٧٦.
- (٢) راجع د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية، المرجع السابق، فقرة ٩، ص ٣٢٢ وما بعدها.
- (٣) د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥، فقرة ٣٥٧، ص ٢٦١؛ د/ محمود مختار أحمد بربرى، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، فقرة ٣١٨، ص ٣٢٤؛ د/ جلال وفاء محمد، قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٧٧.

البنك على إصدار خطاب ضمان يسمح له باستلام البضاعة وعدم تعرضها لخطر التلف أو الهلاك. ففي هذه الحالة يلحق بالمرسل إليه أضرار بالغة نتيجة حرمانه من استلام البضاعة، والتي قد تتمثل في تعرضه لاحتمالات تقلب الأسعار، أو الخسائر التي تلحق به نتيجة لارتباطه بمواعيد التسليم، أو الأضرار التي تلحق بالبضاعة في الدائرة الجمركية<sup>(١)</sup>. فخطاب الضمان الملاحى يمثل فى هذه الحالة أيضاً طوق النجاة الذى يقى المرسل إليه من التعرض لكل هذه الأضرار التى يمكن أن تلحق بدمته المالية، خاصة عندما تطول مدة انتظار وصول مستندات الشحن. ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن البضائع المشحونة عن طريق البحر يؤمن عليها عادة لدى شركات التأمين، لاسيما عندما يكون النقل البحرى هو أحد أدوات تنفيذ الصفقات التجارية الدولية، تلك التى تعرف بالبيوع البحرية، كالبيع سيف أو البيع فوب، إذ يعد التأمين عليها من مخاطر النقل هو أحد الالتزامات التى تفرضها تلك البيوع على البائع (البيع سيف) أو على المشتري (البيع فوب)<sup>(٢)</sup>. ففي هذه الأحوال سوف تنتقل تلك الأضرار من على عاتق المرسل إليه لتلحق أو تصيب شركات التأمين، وكلها أضرار لا يجب النظر فيها إلى الشخص الذى تلحق به، وإنما يتعين النظر فيها إلى الأداة التى يمكن من خلالها تفاديها أو على الأقل الحد من آثارها، وهو الأمر الذى تحققه خطابات الضمان الملاحية التى يمكن تقديمها إلى وكيل الناقل بقيمة البضائع الواردة، على نحو يضمن له الحصول على قيمته عند أول طلب ودون توقف على أى إجراءات أخرى

(١) د/ محى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية، المرجع السابق، فقرة ٩، ص ٣٢٣.

(٢) د/ مصطفى كمال طه، القانون البحرى الجديد، المرجع السابق، فقرة ٤٧٤، ص ٣٤٩؛ د/ فايز نعيم رضوان، القانون البحرى، ١٩٨٤، ص ٤٧٨؛ د/ محمود مختار أحمد بربرى، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، فقرة ٤٨٤، ص ٤٦٩؛ د/ جلال وفاء محمدين، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

عندما يطالبه حامل سند الشحن الأصلي باستلام البضاعة المسلمة إلى غيره.

## الفرع الثاني

### حسن تنفيذ عمليات النقل البحري

فى الحقيقة تعد خطابات الضمان بجميع أنواعها إحدى الأدوات التى تقدمها البنوك لمنح الائتمان لعملائها. فالبنوك عندما تقوم بإصدار هذه الخطابات، تمنح عملاءها تسهيلات ائتمانية تمكنهم من حسن تنفيذ العمليات التى تصدر بشأنها. ولا شك أن حسن التنفيذ يتنوع بحسب الغرض الذى صدر من أجله خطاب الضمان ووفقاً لطبيعة العلاقة موضوع هذا الخطاب. وبالتالي عندما يقوم البنك بإصدار خطاب ضمان ملاحى، فإن هذا يعنى قيام البنك بمنح عميله تسهيلات ائتمانية يساعده على حسن تنفيذ عملية النقل البحري. بعبارة أخرى عندما يقوم البنك أو يقبل منح عميله خطاباً ملاحياً، فإنه يمنحه الثقة أو الائتمان الذى يمكنه من تنفيذ النشاط على أكمل وجه. فبمجرد قبول البنك إصدار خطاب الضمان الملاحى، يستطيع الشاحن أن يحصل على سند شحن نظيف خال من التحفظات يمكنه من التصرف فى البضاعة أو الاقتراض بقيمتها من البنوك أو بيوت التسليف. كما يستطيع الناقل القيام بعملية النقل وهو مطمئن ولديه الثقة فيما قدمه البنك من خطابات تضمن له ما يمكن أن يترتب من نتائج يحدثها عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات المدونة بسند الشحن. فبموجب هذا الخطاب يتعهد البنك بضمان كافة النتائج التى تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم لما ورد فى سند الشحن من بيانات. هذا ما قرره محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٢ مارس ١٩٦٦ بقضائها بأن خطابات الضمان التى يقدمها الشاحن للناقل هى تعهد بضمان كافة النتائج المترتبة على عدم المطابقة، والتى تعرض الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض نتيجة لقيامه بتسليم الشاحن سند للشحن نظيفاً خالياً من التحفظات، على نحو يسهل له التعامل به والحصول بمقتضاه على الائتمان من البنوك. هذا فضلاً عن فائدة هذه



الخطابات فى تسهيل عمليات النقل البحرى التى تقتضى السرعة فى إجرائها، باعتبارها حجة على عاقدىها ولم تكن مشوية عند إصدارها بقصد إيهام الغير وإدخال الغش عليه عند تداول سند الشحن<sup>(١)</sup>.

كذلك يستطيع المرسل إليه تنفيذ التزامه على وجه دقيق، خاصة قبل الغير عندما يكون مستورداً للبضاعة ومرتبطاً بمواعيد لتسليمها. فوجود خطاب الضمان الملاحى يمكنه من استلام البضاعة والوفاء بتعهداته، سواء وصلت المستندات قبل وصول البضاعة أو مزامنة لها أو لم تصل إلا بعد وصول السفينة وتفريغ البضاعة، وسواء أكان من حقه استلام البضاعة أو أن هذا الحق لأشخاص آخرين تبرز المستندات أحقيتهم فى استلامها. فخطاب الضمان يعد بديلاً للإقرار موقع عليه من العميل المستورد يقرر فيه العميل لوكيل الشركة الناقلة بأنه هو المالك للبضائع المسلمة. ويتعهد بتعويض الشركة الناقلة عما قد تتحمله من مسئولية مباشرة أو غير مباشرة نتيجة لتسليمها البضائع إليه إذا ظهر أنه غير مالك لها<sup>(٢)</sup>.

وهكذا يتضح أن خطاب الضمان الملاحى يلعب دوراً بالغاً فى حسن تنفيذ عمليات النقل البحرى، بصرف النظر عن صفة الأمر فى هذا النوع من الخطابات، وبغض النظر عن وفاء البنك بقيمة الضمان من عدمه. فيستوى أن يكون الخطاب لضمـان تحفظات حقيقية تتعلق بحجم البضاعة أو حالتها أم لا، أو أنه يضمن مطالبات فعلية باستلام البضاعة من عدمه، أو تم تسهيل قيمته لصالح المستفيد أم لا. فأهمية هذه الخطابات تأتى من الدور الذى تلعبه فى تنفيذ أو تسهيل عمليات النقل البحرى وتنشيطها، طالما أنها تمكن جميع أطرافها من أداء التزاماتهم على الوجه الأكمل. مع هذا فإن إصدار البنك لهذه الخطابات يتوقف فى بعض الحالات على إيداع العملاء لغطاءات نقدية كاملة قبل إصدارها<sup>(٣)</sup>.

(١) الطعن رقم ٣٢٠، لسنة ٣١ق، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، ص ٦٢٧.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٣) راجع المادة ٣٥٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

خاصة عندما لا تكون البضاعة المنقولة مستوردة بموجب اعتمادات مستندية تم فتحها بواسطة البنوك مصدرة هذه الخطابات الملاحية. ففي هذه الحالة الأخيرة تلعب الاعتمادات المستندية دوراً كبيراً ومؤثراً في قبول البنوك إصدار خطابات الضمانات بصفة عامة<sup>(١)</sup>، والملاحية بصفة خاصة، إذ لا يكون البنك في حاجة إلى تقديم العميل لغطاء نقدي نظير حصوله على خطاب الضمان الملاحى، طالماً أنه هو الضامن إما لحصول المشتري (المرسل إليه) على مستندات النقل، أو لحصول البائع على ثمن البضاعة مقابل تسليمه لمستندات شحنها. أما إذا لم يتم تنفيذ عملية الاستيراد والتصدير، والتي يكون النقل البحرى أحد عناصرها المهمة، من خلال الاعتمادات المستندية، فإن البنك لن يوافق على إصدار خطاب الضمان، سواء أكان الطالب هو الشاحن أم المرسل إليه، إلا عندما يتم تقديم الغطاء الكامل قبل إصداره.

وعلى هذا الأساس جرى العرف المصرفى، حيث تقتضى البنوك «غطاء كامل لخطاب الضمان الملاحى إذا لم يوجد اعتماد مستندى مفتوح فى شأن البضائع الواردة. وفى حالة وجود اعتماد مستندى مغطى من العميل جزئياً يستوفى باقى الغطاء خصماً من حساب العميل. أما إذا كان الاعتماد المستندى مغطى بالكامل ائتمانياً بتسهيل ممنوح للعميل، فلا يقتضى غطاء لخطاب الضمان<sup>(٢)</sup>».

مجمّل القول إذن أن خطابات الضمان الملاحية تمنح الشركات المستوردة والمصدرة إمكانية تنفيذ عمليات النقل البحرى على أحسن وجه، على نحو يعطيها نوعاً من الطمأنينة الاقتصادية، حيث توفر عليها عناء التبرير أو الوقوع فى منازعات تلك العلاقات، هذا فضلاً عن أنها

- 
- (١) د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٣٨؛ د/ محمد فريد العرنى & د/ على البارودى، القانون التجارى، العقود التجارية والعمليات المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٦٥، ص ٣٥٣.
- (٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٣٣.

تقيها من تكبد خسائر مالية كبيرة يحدثها تأخر تنفيذ عمليات شحن البضائع التي ترتبط بها مع عملائها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تفرد خطابات الضمان الملاحية

فى الحقيقة إن خطابات الضمان الملاحية تفرد ببعض الخصائص التى تتلاءم مع طبيعة العلاقات القانونية التى تصدر لضمان تنفيذها أو القيام بها. فهذه الخطابات تصدر أو تقدم لضمان تنفيذ عمليات النقل البحرى أو تسهيل القيام بها. ومن ثم فإنها قد تصدر غير محددة المدة أو غير محددة القيمة، طالما أنه من الصعب الجزم بميعاد وصول البضاعة على نحو دقيق أو تحديد قيمة البضاعة التى يصدر الخطاب لتغطية المسئولية المتولدة عنها بصورة قاطعة. فإذا كان العرف المصرفى قد جرى على أن يتضمن خطاب الضمان بياناً بقيمة البضاعة محل الضمان وأن يحدد أجلاً لسريانه، فإنه من الصعب الجزم بالقيمة الحقيقية لهذه القيمة أو هذا الأجل، عندما يتعلق الأمر بهذا النوع من خطابات الضمان. وهكذا يتضح أن تفرد خطابات الضمان الملاحية يأتى من أنها غير محددة القيمة أو مضرورة بأجل محدد<sup>(٢)</sup>. وهو ما ستولى بيانه على نحو تفصيلى، إلا أنه قبل

(١) قارب فى هذا المعنى، / بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، آلية دفعها - تعطيل الآلية - مسئولية المصارف، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ٦ وما بعدها.

(٢) بل إن هذه الخطابات تعد المثال الواضح لاستقلال خطاب الضمان عن العلاقة الأساسية التى تربط بين الأطراف. فاستقلال الخطاب يبدو بصورة واضحة عندما يكون الالتزام الأساسى المبنى عن عقد الأساس هو القيام بعمل. ولا شك أن هذا الالتزام يبدو بوضوح فى هذا النوع من الخطابات. فوضوح هذا الالتزام لا يولد أو يشير أى صعوبة حول حقيقة هذا الاستقلال. هذا ما تبرزه بوضوح N. BORGA بتقريرها:

"L'autonomie de l'engagement du garant ne pose pas de difficultés si l'objet du contrat principal est une obligation de faire, puisque l'obligation du garant est toujours de paiement d'une somme d'argent, il n'y aura a priori pas de confusion="

التعرض لهذه الخصوصية (الفرع الثاني)، يتعين علينا إلقاء الضوء على الصور التي تصدر خطابات الضمان الملاحية لتغطيتها، وذلك لمعرفة ما إذا كان التطور الحادث في نظم المعلومات وظهور صور حديثة لسندات الشحن سوف يقلص إلى حد ما من إمكانية صدور خطابات ملاحية لتغطية الأضرار التي تحدثها من عدمه (الفرع الأول).

### الفرع الأول

#### صور خطابات الضمان الملاحية

في الواقع إن تعهد البنك بمقتضى خطاب الضمان الملاحى إما أن يأتى نتيجة لغياب سند الشحن أو فى مقابل الحصول على سند شحن نظيف وخال من التحفظات<sup>(١)</sup>. فالخطاب الملاحى قد يطلبه المشتري

=possible dans la rédaction de l'acte de garantie entre le contrat de base et l'engagement propre du garant (La qualification de garantie autonome, op. cit., p. 39)".

(١) فى الواقع إن هذه الخطابات تصدر لمصلحة الناقل البحرى. مع هذا فإن هناك بعض الخطابات الملاحية التى قد يأمر الناقل بإصدارها لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أو تلك التى تصدر لاتقاء الحجز على السفينة. فعلى الرغم من أن خطابات الضمان الملاحية تصدر فى الغالب لمصلحة الناقل البحرى، إلا أن هناك بعض الحالات التى تصدر فيها تلك الخطابات بناء على طلب من جانبه. وهو الأمر الذى يتحقق عند حدوث بعض الحوادث الاستثنائية عن عمليات النقل البحرى، كملك الناشئة عن حوادث التلوث البحرى، أو لوجود حجز تحفظى تنفيذيا لدين بحرئ على عاتقه. فالخطابات التى يطلبها الناقل البحرى قد يكون الهدف منها ضمان المسؤولية أو اتقاء الحجز على السفينة لوجود أحد الديون البحرية التى تجب مثل هذا الإجراء. ففى النوع الأول يطلب الناقل إصدار الخطاب لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة لضمان المسؤولية التى قد تسبب إليه بسبب الأضرار التى ألحقها السفينة بمنشآت الموانئ أو الأحواض وطرق الملاحه، أو عندما يحدث تسربا من السفينة يودى إلى تلوث المياه الداخلية أو أحد الشواطئ. ففى مثل هذه الحالات يحق للدولة منع السفينة من مغادرة المياه الإقليمية حتى تتحدد مسؤوليتها عن هذه الأضرار. غير أن هذا المنع سيقود بالضرورة إلى تعطيل السفينة وعدم مواصلة الرحلة البحرية. ولتفادى النتائج المترتبة على هذا المنع، يقوم الناقل البحرى بإصدار الأمر إلى أحد البنوك الوطنية أو الأجنبية لتحرير خطاب ضمان ملاحى يضمن للدولة حقوقها عندما يصدر الحكم لصالحها أو ينسب إليه الخطأ الذى رتب هذه الأضرار.

(مستلم البضاعة)، وقد يصدر من البنك بناء على رغبة الشاحن، (الذى قد يكون البائع)، كما هو الحال فى (البيع سيف).  
أ. خطاب الضمان مقابل الحصول على سند شحن نظيف:

يعد سند الشحن البحرى هو الوثيقة التى يفرغ فيها عقد النقل البحرى. لذلك يتعين أن يتضمن بعض البيانات، التى عددها المادة ٢٠٠ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م، كتلك المتعلقة بالبضاعة المشحونة. فسند الشحن يجب أن يتضمن تعيناً للبضاعة من حيث طبيعتها وعدد الطرود ووزنها وحجمها والعلامات المميزة الموضوع عليها أو شكلها الظاهر. فهذا السند لا يقتصر دوره على إثبات عقد النقل، وإنما يلعب دوراً أكثر إيجابية فى تمثيل البضاعة، بما يعطى حائزه الحق فى التصرف أو رهن البضاعة بما يتفق مع مصلحته. صحيح أن هذه الحيازة، على الرغم من إعطائها للحائز الحق فى ملكية الأشياء محل النقل، ليست من قبيل الحيازة الفعلية، وإنما هى حيازة رمزية يترتب عليها عدم أحقية حامل السند فى الاحتجاج بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، تجاه من يجوز الأشياء محل النقل حيازة فعلية. بيد أن هذا التمثيل لا يؤتى ثماره إلا عندما يعين السند البضاعة محل النقل تعيناً كافياً نافياً للجهالة. فطالما أن السند يمثل الأشياء محل النقل، فإنه يتعين أن تتوافر فيه من البيانات ما

---

=كذلك قد يصدر الخطاب لاتقاء الحجز التحفظى على السفينة تنفيذاً لدين بحرى. فلقد أجاز المشرع المصرى للدائن توقيع الحجز التحفظى على السفينة ولو كانت متأهبة للسفر، طالما أن هذا الحجز يتم للوفاء بأحد الديون البحرية التى عددها المادة ٦٠ من قانون التجارة البحرية ٨ لسنة ١٩٩٠. فالحجز التحفظى يعد ضماناً بين يدي الدائن تكفل له الحصول على دينه وتحول بين المدين وبين الإفلات بالضمان من تحت يده. ولاتقاء وقوع هذا الحجز يقدم الناقل البحرى خطاب ضمان لمصلحة الدائن حتى تستطيع السفينة مواصلة الرحلة البحرية، إذ أجاز المشرع فى المادة ٦٣ من قانون التجارة البحرية لرئيس المحكمة الابتدائية أو من يقوم مقامه رفع الحجز على السفينة عند تقديم ضمان شخصى أو عينى يكفى للوفاء بالدين، ما لم يكن الدين ناشئاً عن المنازعة فى ملكية السفينة أو يتعلق الحجز بمنازعة خاصة بملكيتها أو حيازتها أو استغلالها على الشيوخ. ولا خلاف أن خير ضمان يمكن أن يقدمه الناقل البحرى، لتفادى توقيع الحجز على السفينة، هو خطاب ضمان بنكى لمصلحة الدائن.

يمكن من التعرف عليها وتمييزها عن غيرها من الأشياء التي قد تختلط بها. مع هذا فإن تعيين البضاعة المشحونة ليس بالأمر السهل أو اليسير من الناحية العملية، إذ يصعب في أحوال كثيرة إجراء تلك المعاينة لما يتطلبه شحن البضاعة من سرعة حتى لا تبقى على الأرضية لفترة طويلة، وحتى لا تتعطل السفينة عن السفر. لهذا درج العمل على اكتفاء الناقل أو وكيله بما ورد في سند الشحن دون التحقق من صحتها، مع تدوين أن البيانات الخاصة بالبضاعة حسب قول الشاحن أو البضاعة مجهولة الوزن أو المقدار أو الحالة أو القيمة.

ولا شك أن إبداء مثل هذه التحفظات يلعب دوراً كبيراً في عملية الإثبات، إذ يترتب عليها عدم حجية البيانات الخاصة بالبضاعة في الإثبات، على نحو يلزم الشاحن بإقامة الدليل على أن البضاعة المسلمة إلى الناقل كما هي مدونة في سند الشحن، حتى يتمكن من الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عن الهلاك أو التلف الذي لحق بالبضاعة أثناء عملية النقل. وهو أمر يصعب إثباته، لدرجة يمكن معها القول بأن هذه التحفظات تؤدي أو من شأنها إعفاء الناقل من المسؤولية عن العجز أو التلف.

وتداركاً لهذا الوضع فرضت اتفاقية بروكسل (٣/٣م) على الناقل أو وكيله أن يسلم الشاحن، بعد استلام البضائع، سند شحن يتضمن بنوع خاص العلامات الرئيسية الضرورية للتعرف على البضاعة كما سلمها الشاحن قبل البدء في الشحن، شريطة أن تطبع هذه العلامات أو تلتصق بأي شكل وبصورة واضحة على البضاعة غير المغلفة أو على الصناديق أو الأغلفة بحيث تظل قراءتها ميسورة. كما يجب أن يتضمن هذا السند عدد الطرود أو القطع أو الكمية أو الوزن كما سلمها الشاحن، فضلاً عن حالة البضاعة وشكلها الخارجي<sup>(١)</sup>.

(١) راجع كذلك نص المادة ١٥ من اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨م، حيث تردد نفس الأحكام التي قررتها اتفاقية بروكسل.

ولا خلاف أن هذا النص يلزم الناقل أو وكيله بالتحقق من بيانات البضاعة. أما إذا استحال عليه إجراء هذا الفحص، فلقد أجازت له المادة ذاتها، وعلى سبيل الاستثناء، إيراد بعض التحفظات المبررة وذلك بنصها على أنه لا يجب على الناقل أو وكيله أو ريان السفينة التصريح عن العلامات والعدد والكمية والوزن أو تدوينها في سند الشحن إذا كان لديه سبب جدى يجعله على الارتياح في عدم مطابقتها تماماً للبضاعة المسلمة إليه، أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها<sup>(١)</sup>.

فوفقاً لهذا الاستثناء يستطيع الناقل إبداء التحفظات في حالتين فقط، لا يمكن التوسع فيهما أو القياس عليهما. الأولى عندما يتوافر لديه سبب جدى للشك في صحة البيانات المدرجة بسند الشحن، كأن توضع كمية من البضاعة على الرصيف لا تتناسب مع ما دونه الشاحن في سند الشحن. والثانية عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق من البيانات الخاصة بالبضاعة، وهو ما يتحقق عندما يقدم الشاحن البضاعة قبل مغادرة السفينة بمدة وجيزة. وفي الحالتين يتعين على الناقل ذكر الأسباب الجدية التي دفعته للشك فيما أورده الشاحن من بيانات أو ما حال بينه وبين التحقق من صحتها. فعليه يقع عبء إثبات ذلك، فإن عجز عن هذا الإثبات لا يلتفت إلى ما أبداه أو دونه من تحفظات<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع كذلك نص المادة ١٦ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨م، حيث تلزم الناقل بأن يدرج التحفظات، التي يراها، في سند الشحن عندما يكون لديه أسباباً معقولة تجعله على الاشتباه في أن ما قدمه الشاحن من بيانات لا تتطابق مع تلك التي أخذها في عهده، وأن يحدد أوجه عدم صحة البيانات المقدمة أو الأسباب التي تدعوه إلى الاشتباه، أو على العكس عدم توافر الوسائل الكافية للتحقق من صحة ما قدم له من بيانات (فقرة أولى). كذلك يتعين على الناقل أن يثبت في سند الشحن التحفظات المتعلقة بالحالة الظاهرة للبضائع، وإلا اعتبر أنه قد أثبت في سند الشحن أن البضائع المسلمة كانت في حالة ظاهرة سليمة (فقرة ثانية). وإذا انتقل السند إلى الغير، لا يمكن للناقل أن يثبت عكس ما جاء به، بشأن حالة البضائع، في مواجهته (فقرة ٣).

(٢) راجع في إعمال هذا الاستثناء، حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٦٧/١/٢٤م (الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٢ق، مجموعة أحكام النقض س ١٨، ع ١، ص ١٧٦)؛ وراجع أيضاً حكمها الصادر في ١٩٧٣/٤/١٧ في الطعن رقم =

في الحقيقة إن إيداء هذه التحفظات من قبل الناقل، ولو على سبيل الاستثناء أو وفقاً لحالات محددة على سبيل الحصر، من شأنه افتقار السند لقيمته الائتمانية وإمكانية تداوله، هذا فضلاً عن تقويض حججه في الإثبات. بعبارة أخرى إن إيداء أى تحفظ من قبل الناقل لا يمكن الشاحن من التصرف في البضاعة أو إعطيه القدرة على تداول سند الشحن أو الاقتراض بقيمته أو بمقتضاه.

وتجنباً لهذا الوضع يقوم الشاحن بتقديم خطاب ضمان للناقل، مقابل حصوله على سند للشحن خالياً من أى تحفظ، يضمن له ما يترتب من نتائج يحدثها عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات المدونة بسند الشحن<sup>(١)</sup>. فخطاب الضمان الذي يقدمه الشاحن يضمن للناقل مطالبته

١٤٥= لسنة ٢٣٨ق، (مجموعة أحكام النقص، س٢٤، ع٢، ص٦١٦)؛ وحكمها الصادر في ١٩٨٧/٢/٩م في الطعن رقم ١٠٢٦ لسنة ٥١ق، حيث قررت المحكمة أن التحفظ الذي يدرجه الناقل في سند الشحن تدليلاً على جهله بصحة البيانات المتعلقة به والمتعلقة بالبضائع المسلمة إليه لا يعتد به ولا يسرى أثره في رفع مسؤوليته، عند فقد هذه البضاعة، إلا بالنسبة للذي أدرج التحفظ من أجله. لما كان ذلك وكان الثابت من صور سندات الشحن موضوع النزاع، المقدمة من الطاعنة والمرقعة بملف الطعن، أنها تضمنت بيانات تتعلق بعدد ونوع ووصف ووزن وحجم البضاعة المشحونة، بينما التحفظ المدرج بهذه السندات يتعلق بالجهل بوزن ومحتويات البضاعة فقط، فإن الشركة المطعون ضدها (الناقلة) لا تستفيد من التحفظ المشار إليه، على فرض توافر شروط إعماله، إلا بالنسبة لهذين البيانيين فقط وتكون مسئولة عن تسليم البضاعة طبقاً للعدد المدرج بسندات الشحن والذي لم يرد عليه التحفظ. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وسحب أثر التحفظ على البيان الخاص بعدد البضاعة ورتب على ذلك قضاءه بعدم مسؤولية المطعون ضدها عن العجز العددي المدعى به، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(١) وخطاب الضمان يختلف عن أوراق الضمان (أو ما نطلق عليه بأوراق الضد). فخطاب الضمان هو خطاب بنكي يعطى للمستفيد منه (الناقل) الحق في الحصول على قيمته عند أول طلب يقدمه، وذلك على عكس أوراق الضمان، فهي أوراق عرفية يعطيها الشاحن للناقل لكي يورد بها ما يراه من تحفظات ويتعهد فيها بأن يضمن له ما يترتب من نتائج يحدثها عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات المدونة بسند الشحن. صحيح أن هذه الأوراق تعد حجة على طرفيها فقط، إذ لا =



بالتعويض عن الأضرار الثابتة عند تسليم البضاعة، حيث يكون للمرسل إليه الحق في التمسك ببيانات سند الشحن النظيف الخالي من التحفظات ومطالبة الناقل بتعويض تلك الأضرار التي لحقت بالبضاعة. بعبارة أخرى إن خطاب الضمان الذي يقدمه الشاحن يعد وسيلة لضمان حسن تنفيذ الشاحن لالتزاماته الواردة بسند الشحن فيما يتعلق بالبيانات الخاصة بالبضاعة، وتحمل المسؤولية كاملة عند مخالفة تلك البيانات للحقيقة، والتي تتحقق بالمطالبة من قبل الغير بالتعويض. هذا ما يؤكد حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٢/٣/١٩٦٦م، إذ قضت المحكمة أن خطابات الضمان تضمن للناقل كافة النتائج التي تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات الواردة في سند الشحن<sup>(١)</sup>، إذا تعرض

=يحتاج بها على حامل السند باعتباره من الأغيار، مع هذا فإنه يكثر اللجوء إليها في مقابل الحصول على سند شحن نظيف، وذلك مقارنة بخطاب الضمان. بيد أن هذا الأخير يعد الوسيلة الفعالة التي تضمن للناقل حقوقه عند رجوع الغير عليه ومطالبته بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم مطابقة البضائع المستلمة مع تلك الواردة بسند الشحن، إذ يجنبه هذا الخطاب ما يمكن أن يوجهه الشاحن من دفع عند الاحتجاج بورقة الضد أو الضمان، لاسيما عندما يثبت الشاحن أن الناقل أو من ينوب عنه قد قصد أو نوى بعدم إدراج التحفظ غش طرف ثالث (م ٣/١٧ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨). كما أنه يفنيه عناء اللجوء إلى القضاء والمطالبة برد التعويضات التي دفعها لحامل السند. كذلك فإن خطاب الضمان يوفر للناقل الكثير من الوقت ويضمن له جميع الحقوق المنبثقة عن عقد النقل الذي أبرمه مع الشاحن. ولا يعد هذا اللجوء إلى خطابات الضمان خروجاً عن التنظيم القانوني لقواعد المسؤولية. فهذا الخطاب ليس سوى وسيلة مستقلة تضمن للناقل رجوع الغير عليه بالمسؤولية التي يربتها عقد النقل البحري، دون أن يملك هو أو الأمر بالضمان أو مصدر الخطاب أي حق في تعديل أحكام تلك المسؤولية. بل على العكس إن طلب هذا الخطاب يعد إقراراً من جانب الشاحن والناقل بقواعد المسؤولية القانونية التي تقررها القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية.

(١) صحيح أن هذا الحكم يتناول الصورة العادية لخطابات الضمان باعتبارها أوراق عرفية يثبت فيها الشاحن التحفظات التي طلب الناقل إدراجها في سند الشحن، ولكن لم تدرج به استجابة لرغبة الشاحن، إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق هذا الحكم على خطابات الضمان البنكية، باعتبارها أوراق تقي الناقل إمكانية رجوع الغير عليه بالتعويض، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار أن الشحن يتم، في الغالب، لتنفيذ=

الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض وذلك مقابل أن يسلمه الناقل سند الشحن نظيفاً خالياً من هذه التحفظات، فيسهل للشاحن التعامل بسند الشحن والحصول بمقتضاه على الائتمان من البنوك، فضلاً عن فائدة هذه الخطابات فى تسهيل عمليات النقل البحرى التى تقتضى السرعة فى إجرائها<sup>(١)</sup>.

هذا ما تبرزه أيضاً المادة ٢٠٧ من القانون المصرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م بنصها على أن «كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل عن الأضرار التى تنتج عن إصدار سند شحن خال من أى تحفظ على البيانات الواردة به، لا يحتج به قبل الغير الذى لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات. ويعتبر المرسل إليه الذى صدر السند باسمه أو لأمره من الغير فى حكم هذه المادة إلا إذا كان هو الشاحن نفسه».

فوفقاً لهذا النص لا يجوز للناقل الاستناد إلى خطابات الضمان لنفى أو منع مطالبة الغير بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بالبضاعة من نقص أو تلف وعلى خلاف ما هو مدون بسند الشحن. فلا يملك الناقل الارتكان إلى هذه الخطابات لإثبات أن ما دون بالسند يخالف الحقيقة، بدليل تقديم الشاحن لمثل هذه الخطابات. وعلى الناقل تعويض الأضرار الناشئة عن عدم المطابقة، ثم الرجوع بما دفعه على الشاحن من خلال المطالبة بتسييل الخطاب والحصول على قيمته من البنك الذى أصدره<sup>(٢)</sup>. فى الحقيقة إن

---

=عمليات الاستيراد أو التصدير هذا من ناحية، وأن هذا النوع من الضمان يقى الناقل المنازعة فى صحة الأوراق العرفية عند احتجاجه بها فى مواجهة مُصدرها (وهو الشاحن).

- (١) طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣١ ق، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، ص ٦٢٧.
- (٢) على العكس تقرر المادة ١٧ من قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨ حكماً مخالفًا، وذلك لعدم اعتدادها بخطاب الضمان أو الاتفاق الذى يبرم للحصول على سند شحن خال من التحفظات فى العلاقة بين الشاحن والناقل عندما يكون الهدف من هذا الخطاب أو الاتفاق غش طرف ثالث. هذا ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة ١٧ بنصها على أنه «يصح خطاب الضمان أو الاتفاق المشار إليه فى مواجهة الشاحن، ما لم تكن نية=

عدم الاعتداد بهذا الخطاب فى مواجهة الغير لغير دليل على استقلال خطاب الضمان عن العلاقة الأساسية أو عقد الأساس الذى يربط بين الأمر والمستفيد. فنص المادة ٢٠٧ من القانون البحرى المصرى يعد تأكيداً من المشرع المصرى على استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس. فهذا الاستقلال هو الذى يحول بين الناقل وبين اللجوء إلى خطاب الضمان لدفع أو نفى مسؤوليته قبل الغير. فهذا الأخير لا يعد طرفاً فى هذا العقد، ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى هذا الأخير للتحلل من الالتزامات التى يفرضها سند الشحن بدعوى عدم صحة البيانات الواردة فيه<sup>(١)</sup>.

مع هذا تثير هذه الصورة من خطابات الضمان الملاحية ما يسمى بالضمان المقابل، كأداة لحسن تنفيذ عمليات النقل الدولية. فغالباً ما تتسم عمليات النقل البحرى بالصفة الدولية<sup>(٢)</sup>، الأمر الذى يستدعى التعرض

---

= الناقل أو الشخص الذى يتصرف باسمه، بعدم إدراج التحفظ المشار إليه فى الفقرة الثانية من هذه المادة، غش طرف ثالث، بما فى ذلك أى مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد للبضائع فى سند الشحن. وفى الحالة الأخيرة، إذا تعلق التحفظ غير المثبت ببيانات يكون الشاحن تقدم بها لإدراجها فى سند الشحن، لا يحق للناقل المطالبة بأى تعويض من الشاحن بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة. فى حالة الغش المتعمد المشار إليه فى الفقرة الثالثة من هذه المادة، يسأل الناقل دون أن يكون له الحق فى الاستفادة من تحديد المسؤولية المنصوص عليه فى هذه الاتفاقية عن الخسارة التى تلحق بطرف ثالث بما فى ذلك أى مرسل إليه، يكون قد تصرف اعتماداً على الوصف الوارد للبضائع فى سند الشحن (م٤/١٧). ومن هذا النص يتضح أن اتفاقية هامبورج جردت خطابات الضمان من أى قيمة بين طرفيها، عندما يكون الغرض من إصدارها (وبالتالى عدم إدراج التحفظات الواجبة) غش الغير. بعبارة أخرى إذا كان الخطاب يتميز بالاستقلال عن العلاقة التى كانت السبب فى إصداره، إلا أن الشاحن يستطيع المطالبة برد قيمته عندما يثبت أنه قد صدر من أجل الحصول على سند نظيف رغم وجود بعض التحفظات التى لم يتم إدراجها بقصد غش طرف ثالث.

(١) هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٧ يناير ١٩٨٣، حيث قررت المحكمة أن قيمة الضمان يتعين أن تدفع لدى الطلب، حتى فى تلك الأحوال التى يستحيل فيها تنفيذ العقد الأسمى بفعل المستفيد من الضمان (J.C.P., ١٩٨٣، II-1966، تعليق J.Stoufflet).

=

(٢) - قارب من ذلك :

للضمانة المقابلة، كوسيلة لحسن تنفيذ تلك العمليات الدولية، والذي يُعد مستقلاً عن الضمان الآخر وعن العلاقة الأساسية أو عقد الأساس الذي يربط بين الشاحن والناقل (عقد النقل البحري).

في الحقيقة يمكن اللجوء إلى الضمان المقابل في عقود النقل الدولية عندما تختلف الدولة التي يوجد بها الشاحن عن تلك التي يوجد فيها الناقل، وهو الأمر الذي يمكن تصوره عندما يتم إبرام تلك العقود من خلال سندات الشحن الإلكترونية. فلقد أفرز الواقع العملي وتطور نظم المعلومات وتبادل الرسائل إلى ظهور نوع جديد من السندات هي سندات الشحن الإلكترونية، التي يمكن إبرامها ودفع أجره النقل، بل وتسوية ما ينشأ عنها من منازعات من خلال الشبكة الدولية للاتصالات. وعليه يستطيع أي شخص في هذا العالم الصغير أن يشتري البضاعة من دولة أخرى غير تلك التي يقيم بها، ثم يدفع ثمنها ويبرم عقد شحنها دون أن يتحرك من مكانه، وذلك من خلال الدخول على المواقع الإلكترونية وتصفح ما تعرضه الشركات من بضائع وأسعار، ثم الدخول بعد ذلك على مواقع الناقلين الدوليين، سواء أكانت تلك المواقع مفتوحة للجميع (CIM)، أم لطائفة معينة من المشتركين (جماعة بليرو)، والاتفاق على نقلها دون أن يتحرك هذا الشخص من مكانه. ولكن في مثل هذه الأحوال ونظراً لاختلاف أماكن تواجد كل من الشاحن والناقل، قد يشترط هذا الأخير أن يكون البنك الضامن في بلده وأن يكون الضمان قابلاً للتنفيذ في بلده، بدلاً من الاعتماد على ضمان يصدره بنك آخر في بلد الشاحن. بل قد يشترط قانون الدولة التي يوجد بها الناقل أن يكون الضمان محلياً، صادراً عن بنك في هذا البلد. ومن ثم لا مفر من الانصياع لهذا الشرط وتنفيذ تلك التعليمات. وأمام هذا الشرط يتفق الشاحن مع الناقل على إبرام هذا الضمان المقابل. وإن كان هذا الشرط أصبح عديم الجدوى أو

---

=HOUIN - BRESSAND C.: Les contre-garanties, thèse, panthéon- Assas (Paris II), Dalloz, 2006, no 360, p. 277.

الفائدة في ظل هذا التزايد المستمر للبنوك الأجنبية في البلدان النامية، بل أيضاً في ظل هذه المنافسة من بنوك الدول النامية لتلك البنوك وفتحها لفروع لها في كل بلدان العالم. ومن ثم فلقد أصبح من النادر أن لا يكون للبنك المصدر لخطاب الضمان الأول فرعاً في بلد المستفيد، يمكن أن يدفع قيمة الخطاب عند طلب هذا الأخير. ففي ظل هذا الانتشار لم يعد صعباً أن يوجد فرعاً للبنك المصدر في بلد المستفيد، يستطيع الوفاء بالقيمة ويلبي التعليمات الوطنية الصادرة من مشرع دولة هذا الأخير. فالضمان المقابل لا يطلب إلا عندما يكون البنك المصدر ليس له فرع في بلد المستفيد، فيطلب هذا الأخير أن يأمر البنك المصدر من أحد البنوك في هذا البلد إصدار خطاب آخر يكون فيه البنك الأول هو الأمر والبنك الثاني هو الضامن<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من ندرة اللجوء إلى الضمان المقابل، فإنه في حالة إصداره يكون مستقلاً عن الضمان الأصلي ومنفصلاً عنه وعن عقد الأساس. هذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١٠ بقضائها بأن الضمان المقابل يعد ضماناً مستقلاً عن عقد الأساس وعن عقد الضمان الأصلي<sup>(٢)</sup>. ووفقاً لهذا الاستقلال ليس للبنك المقابل الحق في التمسك بأي دفع يمكن استخلاصه من عقد

(١) قارب من هذا،

**HOLLIN – BRESSAND C.:** Les contres- garanties, thèse précitée, no 14, p.21, où elle décide que "au sens large, les contre-garanties sont elles-mêmes des garanties destinées à protéger celui qui accepte de couvrir les obligations d'autrui contre le risque de devoir payer et de ne pas être remboursé. Prise dans son ensemble, l'opération repose donc sur la constitution d'une première garantie en faveur du créancier au contrat principal, de nature personnelle et destinée à couvrir ce dernier contre le risque de défaillance de son cocontractant, à laquelle s'ajoute une seconde garantie, dont l'objet est de tenir indemne du poids de son obligation le garant engagé en première ligne».

(2) \_ Dalloz, 2010, p.227 ; <https://amsprd0102.outlook.com/owa/webReadyViewBoy.aspx?t=att&id>, p.43.

الأساس، أو بدفع مستمد من عقد الضمان الأول. لهذا يقرر البعض أنه «إذا كان أحد الضمانين باطلاً أو غير نافذ ظل الضمان الآخر صحيحاً نافذاً، ويجب تنفيذه متى طلب المستفيد منه. وأن شروط تنفيذ الضمان لا تتوقف إلا على شروط خطاب الضمان ذاته دون نظر إلى شروط تنفيذ خطاب الضمان الآخر<sup>(١)</sup>». فاستقلال الضمان المقابل عن الضمان الأول أو الأصلي وكذلك عن العقد الأساسى يقود حتماً إلى نتيجة منطقية هي عدم إمكانية التمسك بالدفع المستمدة عن عقد الأساس أو عن الضمانة الأولى. بعبارة أخرى إن استقلال كل من الضمانين عن الآخر وعن عقد الأساس يخلق واقعاً قانونياً لا يمكن التشكيك فيه أو الاختلاف عليه وهو أن الضامن المقابل لا يمكنه الاستناد إلى الدفع المستمدة من الضمانة الأولى أو من عقد الأساس<sup>(٢)</sup>.

فى الواقع إن هذا الاستقلال يرجع إلى أن التزام الضامن الثانى هو التزام أصلى وليس التزام تابع<sup>(٣)</sup>. فالضامن الثانى يلتزم بموجب عقد الضمان المقابل وليس بموجب عقد الضمان الأول المبرم بين مصدره والمستفيد، هذا وإن كان عقد الضمان المقابل قد أبرم لضمان حسن تنفيذ

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ١٠٥، ص ١٢١.

(٢) أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٣) مع هذا فإن هذا الاستقلال لا ينفى عن الضمان المقابل تبعيته للضمان الأول من حيث الشروط المتعلقة بإصداره، سواء تعلقت هذه الأخيرة بمدة الضمان أو بالقيمة التى يصدر بها. هذا ما تبرزه بوضوح الأستاذة Caroline Houin-Bressand بتقريرها أن :

**La dépendance des conditions d'émission de la contre-garantie par rapport à celles de la garantie de premier rang ressort très clairement de l'idée que c'est par référence à cette dernière que se détermine le montant de l'engagement du contre - grant personnellement obligé de tenir indemne le garant, ainsi que sa durée (les contre-garanties, thèse-précitée, no 362, p. 282).**

العقد الأساسي (عقد النقل). كذلك فإن هذا الاستقلال يرجع إلى حرية التعاقد ونسبية أثر العقد. فلقد انصرفت إرادة البنك الأمر والبنك الضامن إلى هذا الاستقلال دون أدنى نظر إلى عقد الأساس الذي يربط بين الأمر والمستفيد، أو إلى عقد الضمان الأصلي والذي يربط بين البنك المصدر والمستفيد<sup>(١)</sup>. وبصرف النظر عن أساس هذا الاستقلال، أهو إرادة الأطراف أم طبيعة الالتزام، فإنه يرتب نتيجة واحدة وهي منح المستفيد من الضمان حقاً مباشراً بالمطالبة دون الرجوع إلى المدين أو البنك الأمر

(١) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٨٤م في النزاع بين La caisse nationale de crédit agricole ضد les serres Fleuries ، منشور في Dalloz ، ١٩٨٥ ، ص ٢٧٠ ، تعليق M. Vasseur ، والمجلة الفصلية للقانون التجاري ، ١٩٨٥ ، ص ٥٤٨ ، تعليق M. Cabrillac et B. Teyssie ؛ جازيت دوباليه ، ١٩٨٥ ، ص ٩٩ ، تعليق A. Piedelièvre . راجع أيضاً:

CHARTIER F.: Evolution de la jurisprudence en matière de garanties à première demande, Banque, 1987, p. 14 et s; MOATTI L.: La garantie bancaire à première demande dans les opérations de commerce international, Journ - des notaires et des avocats, 1989, p. 677 et s; SIMONT L.: Les garanties indépendantes, rev. de la Banque, 1983, p. 604 et s. راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٨ أبريل ١٩٨٧م، دالوز، ١٩٨٨، ص ٣٤١، تعليق Banque; Grillet - ponton D. ، ١٩٨٧، ص ١٢٠٨، تعليق L. - Lange J. - Rives ، Bull. Civ. Iv ؛ فقره ١٠٢، ص ٧٧.

راجع أخيراً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٥ فبراير ١٩٨٥ في النزاع بين Banque mellat ضد Banque de paris et des pays - Bas ، حيث قررت المحكمة أن:

"Les contre - garanties devaient, en raison de leur autonomie à l'égard du contrat passé avec le maître de l'ouvrage comme à l'égard de la garantie à première demande donnée à ce dernier par la banque de premier rang, être exécutées dès l'avis donné par cette dernière du paiement par elle effectué (D. 1980, p. 272, note M. Vasseur; Bull. Civ. IV, p. 38)".

ودون أى إجراء يثبت عجز أو امتناع المدين عن الوفاء. فمن حق المستفيد الحصول على قيمة الخطاب أياً كان مصير التزام المدين أو معارضة البنك الأمر، نظراً لاستقلال الضمان المقابل عن أى علاقة أخرى بما فيها العلاقة بين مصدر الضمان الأول والمستفيد منه.

### ب- خطاب الضمان مقابل استلام البضاعة

تعد هذه الصورة من خطابات الضمان الملاحية هى الأكثر ذيوياً وانتشاراً فى مجال تنفيذ عقود النقل البحرية التقليدية، ذلك لأنه يحدث عملياً أن تصل البضائع المنقولة بحراً إلى ميناء الوصول دون أن تصل مستندات شحنها، ومن بينها سند الشحن والذى لا يستطيع المرسل إليه بدونه استلام البضاعة<sup>(١)</sup>. وهو الأمر الذى يعرضه لخسائر فادحة، نتيجة لتأخر استلامها. ولتفادى هذه الخسائر يقوم المرسل إليه بتقديم خطاب ضمان ملاحى للناقل أو وكيله لتسليمه البضائع قبل وصول مستندات الشحن. صحيح أن احتمال تأخر هذه المستندات هو أمر نادر الحدوث فى الحياة العملية، إلا أنه ليس بالأمر المستحيل. هذا ما تبرهن على حدوده القواعد الخاصة بالبيع سيف، والتى وضعت عام ١٩٢٨ فى مدينة وارسو، وعدلت فى عام ١٩٣٢ فى مؤتمر أكسفورد، حيث تواجه الفرض الذى تسلم فيه المستندات بعد وصول السفينة وتفريغ البضاعة. فلقد أوجبت هذه القواعد على البائع إرسال سند الشحن ووثيقة التأمين إلى المشتري قبل فتح عتابر السفينة لتفريغ البضاعة منها. وهذا التحديد قصد به عدم إتاحة الفرصة للبائع لغش المشتري فى حالة تعدد سندات الشحن. وعليه إذا سلمت المستندات بعد وصول السفينة وتفريغ البضاعة،

(١) د/ سعودى سرحان، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٢٧٠، حيث يقرر أن خطابات الضمان الملاحية تصدر بصورة غالبية للحلول محل بوليصة الشحن، نظراً لأنه فى مجال البيوع البحرية يحدث أن تصل البضاعة المشحونة قبل وصول مستندات الشحن إلى يد صاحب الحق فى استلام البضائع. ومن ثم لا يستطيع تسلمها بدون تلك المستندات. ولهذا حلت هذه الخطابات محل سندات الشحن، بحيث اعتاد المرسل إليه على تقديم خطابات الضمان إلى شركات النقل، لكى تضمن لهذه الأخيرة قيمة البضاعة إذا لم تسلم مستندات الشحن إليها بعد استلام البضاعة.



جاز للمشتري، بحسب الأحوال، المطالبة بفسخ البيع، كما يتحول البيع من بيع سيف إلى بيع تحت التسليم، تقع فيه تبعة الهلاك أثناء الطريق على البائع<sup>(١)</sup>.

وهكذا يتضح أنه في ظل غياب سند الشحن يكون أمام المستورد أو صاحب الحق في استلام البضاعة طريقان. الأول طريق المطالبة بفسخ البيع والتعويض، والثاني طريق تقديم خطاب ضمان يتعهد فيه إلى الناقل بتحمل المسؤولية الناتجة عن استلامه لبضائع ظهر أنه غير مالك لها. فإذا كانت القواعد الدولية للبيع سيف قد أقرت الحل الأول، ووضعت بين يدي المستورد إمكانية الفسخ، فإن هذا الحل لا يغنى عن اللجوء إلى الطريق الثاني وهو تقديم خطاب الضمان لتفادي خسائر كبيرة قد لا يعوضها اللجوء إلى الحل الأول وهو الفسخ والتعويض.

مع هذا فإن اللجوء إلى الطريق الثاني يعد أيضاً أمراً نادر الحدوث في ظل التطور الحادث في سبل إبرام سندات الشحن وتنامى استعمال سندات الشحن الإلكترونية، والتي لا يمكن أن تقود إلى ضرورة تقديم هذا النوع من خطابات الضمان. فهذه الصورة من خطابات الضمان لا يمكن تصورها من الناحية العملية إلا في السندات التقليدية، إذ هي التي تثير فقط إمكانية تفريغ البضاعة دون وصول مستندات استلامها. وفي هذا الوقت يمكن أن يتقدم المرسل إليه بخطاب ضمان للناقل أو وكيله حتى يتمكن من استلام البضاعة حتى تصل إليه المستندات. فإذا وصلت هذه الأخيرة واتضح أن مقدم الخطاب هو صاحب الحق الفعلي في استلامها، فإنه يقوم بتقديم تلك المستندات إلى الناقل أو وكيله ويسترد خطاب الضمان. أما إذا لم تصل تلك المستندات أو وصلت وأظهرت أن مقدم الخطاب ليس هو المالك الحقيقي للبضائع المسلمة، فإن الناقل يقوم بتسليم الخطاب والحصول على قيمته لتعويض المالك الفعلي لهذه البضائع.

(١) د/ مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧، ص ٣٥١؛ د/ جلال وفاء محمد، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

ولا شك أن هذا التصور لا يمكن تخيله أو طرحه على مائدة البحث عندما يتم نقل البضائع من خلال سند إلكتروني للشحن، إذ في هذه الحالة لن يكون بالإمكان الحديث عن تأخر وصول سند الشحن، أو الحديث عن خسائر وأضرار يمكن أن تلحق بالمستورد نتيجة لهذا التأخير. ففي هذه الصورة سيتم تبادل المستندات إلكترونياً من خلال شبكات الاتصال الدولية، حيث تظهر وتبادل الرسائل بمجرد إصدارها. ومن ثم لن تكون هناك حاجة إلى تتبع ورود مستندات الشحن، حيث تبرم وتظهر وتصل إلكترونياً.

خلاصة القول إذن أن هذه الصورة من خطابات الضمان الملاحية وإن كانت تعد الأكثر شيوعاً واستعمالاً في المجال العملي في ظل الإبرام التقليدي لعقود النقل البحرية، فإنه في ظل التقدم الحالي أصبح اللجوء إليها أثراً من آثار الماضي، خاصة في ظل هذا التنامي المتزايد لإفراغ تلك العقود في سندات إلكترونية. صحيح أن هذه الأخيرة ما زالت تواجه صعوبات عملية كبيرة تقلل إلى حد ما من ذيوعتها وانتشارها، لاسيما تلك المتعلقة بتوفير الأمان القانوني لها وكفالة الحقوق التي تحملها بعد تنوع وتطور سبل اختراق الرسائل الإلكترونية والاعتداء على الحقوق المتولدة عنها، مع هذا فإن تنامي اللجوء إليها يقلل إلى حد كبير من فرص تقديم خطابات ضمان بنكية كمقابل لإعطاء الحق في استلام البضاعة. بعبارة أخرى إذا كان هذا النوع من السندات لم ينتشر بتلك الدرجة التي أصبح عليها إبرام عقود النقل الجوية، فإنه في المستقبل القريب سيحظى بتلك الأهمية وسيأخذ نفس المنحنى من التغيير، على نحو يمكن معه القول بأن تقديم خطابات الضمان الملاحية مقابل استلام البضائع، أو كما يجلو للفقهاء أن يسميها في ظل غياب سند الشحن، سيكون أمراً نادر الحدوث أو سيعد من آثار الماضي.

## الفرع الثاني

### تمييز خطابات الضمان الملاحية

كما سبق القول تتميز خطابات الضمان الملاحية بأنها غير محددة المدة، فضلاً عن أنها غير محددة القيمة<sup>(١)</sup>. فعلى خلاف كل أنواع الخطابات الأخرى، فإن هذا النوع ينفرد بهاتين الخاصيتين، واللذان تبرزان تفرده وتميزه عنها<sup>(٢)</sup>.

#### أ - خطابات الضمان الملاحية غير محددة المدة

من الخصائص المميزة لخطابات الضمان المصرفية أنها محددة المدة، أي أنها تنتهي في تاريخ معين<sup>(٣)</sup>. فالأصل إذن أن يكون خطاب الضمان

(١) د/ سميحة القليوبى، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص ١٧، حيث تقرر سيادتها عند حديثها عن أنواع خطابات الضمان المصرفية أن خطابات الضمان التي تصدر للحلول محل بوليصة الشحن في استلام البضاعة في ميناء الوصول، تكون غير محددة القيمة وغير محددة المدة. وذلك على الرغم من أن الناقل يكون معه صورة من سند الشحن وبه ثمن البضاعة، والتي تساعد على تقدير قيمة الخطاب. راجع كذلك، د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية في البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ٣٢٤.

(٢) على العكس من ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يمكن تكييف التعهد الصادر بأنه خطاب ضمان عندما يكون غير محدد المدة أو القيمة. هذا ما برزه بوضوح حكمها الصادر في ٢٧ يونيو ٢٠٠٠، بقضائها:

"un engagement ne peut être qualifié de garantie autonome que s'il n'implique pas une appréciation des modalités d'exécution du contrat de base pour l'évaluation des montants garanties ou pour la détermination des durées de validité (arrêt. préc)".

Cependant et "théoriquement, une garantie autonome pourrait être conclue pour une durée indéterminée. Cette solution aurait l'avantage de la souplesse, notamment lorsque le temps nécessaire à la pleine exécution du contrat de base est difficilement évaluable (BORGA N.: La qualification de garantie autonome, op. cit., p. 44)".

(٣) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها؛ د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، فقرة ١٤٣، ص ٤٢٩.

محدد المدة<sup>(١)</sup>). هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣٥٥ من قانون التجارة المصرى فى فقرتها الأولى بنصها على أن «خطاب الضمان تعهد مكتوب ..... بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة». فوفقاً لهذه الفقرة يلتزم البنك المصدر بالوفاء عند وصول مطالبة المستفيد فى التاريخ المعين، وأن الضمانة تسقط تلقائياً إذا لم تصله تلك المطالبة فى الأجل المحدد. فخلال هذا الأجل أو تلك المدة يسرى الضمان، بحيث يعد البنك ملتزماً بالدفع عندما يطلب إليه الوفاء خلاله أو قبل انتهائها. هذا ويعد الأجل المحدد هو الحد الأقصى لفاذ الضمان خلاله، على نحو يودى إلى سقوط التزام البنك تلقائياً بحلوله، دون حاجة إلى إخطار من جانبه أو إجراء يتخذه. مع هذا فإن خطابات الضمان الملاحية يغلب عليها أنها غير محددة المدة<sup>(٢)</sup>. فالظروف التى تستدعى إصدار مثل هذه الخطابات تقتضى أن تكون غير مضرورية بأجال محددة، مما يعد خروجاً على الأصل العام فى خطابات الضمان المصرفية<sup>(٣)</sup>. صحيح أن خطابات الضمان كأصل عام

(1) BORGA N.: La qualification de garantie autonome, op. cit., p.45, où elle décide que "le plus souvent, la garantie est par conséquent consentie pour un certain nombre de mois ou d'années ou jusqu'à l'arrivée d'un terme extinctif".

(٢) فإذا كانت القاعدة العامة أن الخطاب غير محدد المدة يعطى البنك الحق فى إنهاؤه فى أى وقت شريطة إخطار العميل والمستفيد بذلك فى وقت مناسب، فإن هذه القاعدة لا تسرى على الخطابات غير محددة المدة التى تصدر لضمان تنفيذ العميل لالتزاماته فى عملية محددة، حيث يظل الخطاب سارياً طوال مدة التنفيذ، دون أن يملك البنك إنهاؤه أو إلغاء التزامه. وهذا ما ينطبق على خطابات الضمان الملاحية، حيث تصدر لضمان تنفيذ الشاحن أو مستلم البضاعة لالتزاماته فى عملية معينة، هى وصول المستندات كاملة أو عدم مطالبة الغير للناقل بالتعويض لعدم مطابقة البضاعة الواردة بسند الشحن مع تلك المسلمة إليه.

(٣) فالأصل العام أن يصدر الخطاب لمدة محددة يسقط بانتهائها حق المستفيد فى المطالبة بقيمة الخطاب. أما إذا لم تحدد تلك المدة «اعتبر الضمان غير محدد المدة، ويجوز للبنك وهو الملتزم أن ينهى هذا الضمان فى أى وقت بشرط إخطار العميل والمستفيد قبل الإنهاء بوقت مناسب (د/ فايز نعيم رضوان، العقود التجارية، المرجع السابق، =

يمكن تمديدها عندما تتلاقى إرادة الأمر والمستفيد من الخطاب على مدّ آجالها، لاسيما عندما تقتضى العلاقة الأساسية التي تربط بينهما مزيداً من الوقت لإنجاز الالتزامات المنبثقة عنها. ففي بعض الحالات العملية قد تتلاقى إرادة العميل وإرادة المستفيد على مدّ أجل خطاب الضمان عندما يحتاج عقد الأساس إلى مزيد من الوقت لإتمامه، فيتجه إلى البنك لتنفيذ تلك الرغبة. بل إنه فى بعض الحالات قد يتم هذا التوجه من جانب المستفيد فقط ودون تنسيق مع العميل الأمر، وذلك ثقة منه بأن الأمر لن يرفض إجابته لطلبه، خاصة عندما يقرن المستفيد تلك الرغبة بتسهيل قيمة الخطاب، وهو الأمر الذى يدفع البنك إلى تحقيق رغبته فى مدّ الأجل توكياً أو منعاً لتسهيل الخطاب وما يمكن أن يواجهه البنك فى هذه الحالة من مخاطر، لاسيما تلك المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينه وبين العميل، أو تلك التى يواجهها عندما لا تكون هناك تغطية كاملة لمبلغ الضمان. بعبارة أخرى إذا كان الأصل العام أن يتم مدّ أجل الخطاب بناءً على طلب من الأمر، إذ يملك هذا الحق، فإن الواقع العملى قد سار فى الاتجاه المناصر للاستجابة لرغبة المستفيد فى ذلك، خاصة عندما تقترن هذه الرغبة بالمطالبة بدفع قيمة الخطاب. ولإضفاء نوع من الشرعية على تحقيق تلك الرغبة تحصل البنوك المصدرة على موافقة العميل الصريحة على مدّ الأجل ودون الرجوع إليه، وذلك عند إصدارها لخطاب الضمان<sup>(١)</sup>. فلقد أثبت الواقع العملى اتجاهاً البنوك إلى الحصول، عند إصدار خطاب الضمان،

=فقرة ١٤٣، ص ٤٢٩؛ وراجع أيضاً م/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ١٢٧٩ وما بعدها؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٨٩، ص ٣٦٦.

(١) د/ رضا عبيد، القانون التجارى، المرجع السابق، فقرة ٦٩٦، ص ٦٦٨، حيث يقرر أن المبدأ القانونى هو «عدم جواز طلب المستفيد من البنك مباشرة مدّ فترة خطاب الضمان. ولا خروج على هذا المبدأ إلا فى حالتين: الحالة الأولى، وهى أن يطلب العميل ذلك لأنه هو الشخص الذى يملك إصدار الأمر للبنك للقيام بهذا الإجراء وفقاً لعقد إصدار خطاب الضمان. والحالة الثانية، هى الحالة التى ينص فيها عند إصدار خطاب الضمان على حق المستفيد فى أن يطلب من البنك مباشرة امتداد سريان فترة خطاب الضمان دون حاجة إلى الرجوع إلى العميل». راجع كذلك، م/ عبد الحميد الشواربى، القانون التجارى، المرجع السابق، ص ٥٦٦.

على موافقة صريحة من العميل الأمر على أحقية البنك فى مد أجل الخطاب دون الرجوع إليه عندما يبدى المستفيد رغبته فى ذلك<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من السماح للأطراف بالاتفاق على مد أجل الخطاب، فإن الواقع العملى يؤكد على خروج خطابات الضمان الملاحية عن هذا الأصل العام، حيث أن هذا النوع من الخطابات تقتضى طبيعته مثل هذا الخروج، وذلك لأنه بالرجوع إلى الأسباب التى تقود إلى إصدار هذه الخطابات يتضح أنه لا يمكن الجزم أو ضرب أجل محدد تصل فيه البضاعة أو المستندات أو تتحقق عنده مطالبة الناقل بالتعويض لتسليمه للمرسل إليه بضاعة غير مطابقة لتلك الواردة بسند الشحن. فقد تتأخر هذه المطالبة لفترة زمنية معينة، يصعب معها تحديد أجل لخطاب الضمان الملاحى. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحرية المصرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م، بيانها لمواعيد انقضاء الدعاوى الناشئة عن نقل البضائع بالبحر وما يلحق بها من وقف أو انقطاع. فلقد أوضحت هذه المادة أن مدة الانقضاء هى ستين من تاريخ تسليم البضاعة أو من التاريخ الذى كان يتعين أن يتم فيه التسليم عند هلاكها<sup>(٢)</sup>. وينقطع سريان هذه المدة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو بتسليم المستندات المتعلقة بالمطالبة أو بنذب أحد الخبراء لتقدير الأضرار، فضلا عن الأسباب الأخرى المقررة

(١) هذا ما قرره محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٩٦/٧/٨، بقضائها بأنه «وإن كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل أو الوفاء للمستفيد بقيمته إلا إذا وصلت إليه المطالبة بالقيمة قبل انقضاء الميعاد المحدد لسريان خطاب الضمان وإلا تحمل البنك مسئولية هذا الوفاء (مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ٥٨٩٢ لسنة ٦٤ق)».

(٢) وهذه المدة تنصرف إلى كل الدعاوى المترتبة على حق ينشئه عقد النقل البحرى، سواء للناقل أو الشاحن أو المرسل إليه. فتشمل الدعاوى التى يرفعها الناقل على الشاحن أو المرسل إليه للمطالبة بأجرة النقل أو بما أحدثته البضاعة من أضرار بالسفينة أو بممولتها، أو تلك التى يرفعها الشاحن أو المرسل إليه على الناقل للمطالبة بتعويض الأضرار الناشئة عن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير فى تسليمها.

فى قانون المرافعات. صحيح أن هذه المدة تعد قصيرة نسبياً إذا ما تم مقارنتها بتلك التى تقررها القواعد العامة. مع هذا فقد اقتضت المادة ٢٣٩ من القانون البحرى المصرى من صاحب الحق فى استلام البضاعة القيام بإجراء معين من شأن الإهمال فى القيام به الحد من الدعاوى الناشئة عن نقل البضائع بالبحر. فلقد بينت هذه المادة ما يجب على صاحب الحق فى استلام البضاعة القيام به إذا وصلت البضاعة ناقصة أو تالفة، إلا أنها فرقت بين وضعين: الأول، عندما يكون الهلاك أو التلف ظاهراً بالإمكان تبينه دون حاجة إلى فحص البضاعة. ففى هذه الحالة يتعين إخطار الناقل بهذا الهلاك أو التلف كتابة فى ميعاد لا يتجاوز يومى العمل التالىين ليوم تسلم البضاعة. فإذا لم يتم الإخطار، افترض تسلم المرسل إليه البضاعة كما هى مينة بسند الشحن ولا يحق له المطالبة بالتعويض إلا إذا أثبت أنه تسلمها ناقصة أو معيبة. ولم يشترط المشرع المصرى أن يتم الإخطار بإعلان رسمى، وإنما اكتفى بأن يكون الإخطار مكتوباً، وذلك لمنع الجدل فى حصوله. وعليه يكتفى بأية كتابة يبين فيها، من تسلم البضاعة، حالتها عند الاستلام ونوع الضرر الذى لحق بها. والثانى، عندما يكون الهلاك غير ظاهر، وإنما يتعين فحص البضاعة لاكتشافه. ففى هذه الحالة يجب على من تسلم البضاعة إخطار الناقل خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالى للتسليم. وبعد الإهمال فى عمله قرينة على تسلم البضاعة بالحالة المذكورة فى سند الشحن، ومن ثم إلقاء عبء الإثبات عليه إذا أراد الرجوع على الناقل لتعويض الأضرار التى لحقت بالبضاعة من هلاك أو تلف.

لهذا يفضل البعض من الفقهاء أن يتضمن خطاب الضمان الملاحى تحديداً لأجل سريان الضمان<sup>(١)</sup>. فالرجوع إلى المدد التى حددتها التشريعات الوضعية أو تلك التى أقرتها الاتفاقيات الدولية يسهل إلى حد كبير من تحديد هذا الأجل، لاسيما مع اتجاه معظم هذه التشريعات إلى ضرب

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٣٠.

أجال قصيرة لانقضاء الدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحري. مع هذا فإن الواقع العملي يؤكد تفضيل أطراف هذا العقد صدور خطاب الضمان الملاحى غير محدد بأجل لسريانه. فعدم الجزم على وجه اليقين بالمدة التى يمكن الرجوع فيها على الناقل أو وكيله من دعاوى، يبرهن على تفضيل أطراف عقد النقل عدم تحديد مدة لسريان الضمان خلالها<sup>(١)</sup>.

### ب - خطابات الضمان الملاحية غير معدة القيمة

مما لا شك فيه أن تحديد قيمة خطاب الضمان يمثل أحد أركانه الأساسية. فالتزام البنك فى خطاب الضمان هو التزام بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين<sup>(٢)</sup>. هذا ما تبرزه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٥ من قانون

(١) فلقد جرى الواقع العملي على قبول الناقل البحري أو وكيل الشحنة خطاب الضمان غير محدد المدة، وذلك على الرغم من عدم اتساق عدم التحديد مع طابع الاستقلال الذى تتميز به خطابات الضمان المصرفية. صحيح أن هذا القبول، وإن كان لا يتسق مع حقيقة الخطابات المصرفية، يتفق مع ما تقتضيه عمليات النقل البحري، وما يلازمها من بيوع بحرية، من تفرد. مع هذا فإن البعض يرى أن عدم تحديد الخطاب لمدة معينة يضعف من الضمان الذى يحققه للمستفيد، خاصة فى مجال العلاقات التجارية الدولية. هذا ما تقرره N. BORGA، بقولها:

"Il est difficilement concevable que le bénéficiaire accepte que la sûreté dont il a vocation à bénéficier soit si fragilisée. D'autant plus, que c'est souvent les bénéficiaires eux-mêmes qui rédigent les actes de garantie qu'ils veulent voir souscrits à leur profit (La qualification de garantie, op. cit., p. 45)".

بيد أن المادة الثانية عشر من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م قد سمحت بأن يصدر خطاب الضمان غير محدد المدة، وذلك بنصها فى الفقرة (ج) على حد أقصى للمدة ينتهى الضمان بحلولها وهى ست سنوات من تاريخ الإصدار. راجع ما بعده، ص ١٥٦.

(2) SIMLER Ph.: Cautionnement et garanties autonomes, op. cit., no 948, où il décide que si une garantie autonome dont le montant serait seulement déterminable est valable et mérite sa qualification dès lors que les paramètres de sa détermination ne renvoie pas au contrat de base, une telle modalité que n'exclut pas le projet de convention de la CNUDCI, rend la garantie plus dangereuse encore, le garant ne connaissant pas le montant de son engagement au moment de sa souscription.



التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بنصها على أن «خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)....». فمن هذا النص يتضح أن موضوع خطاب الضمان هو دفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين. مع هذا فإن خطاب الضمان الملاحى يصدر عادة غير محدد القيمة، نظراً لأنه يصعب فى حالات معينة تحديد قيمة البضاعة محل الضمان أو تحديد قيمة التعويضات التى يمكن أن يحكم بها لصالح المضرورين. فإذا كان خطاب الضمان الملاحى يصدر إما لغياب سند الشحن أو كمقابل لاستلام سند نظيف، فإنه يصعب فى الحالتين تحديد قيمة الضمان بالتبعية لتحديد قيمة البضائع أو قيمة التعويض.

فى الحقيقة إن تحديد القيمة الحقيقية للبضائع التى يمثلها سند الشحن ليس بالأمر السهل أو اليسير، لاسيما عندما تتوافر ظروف معينة تضىف نوع من الخصوصية على هذا السند، كتلك التى تتوافر عند غياب السند أو نتيجة لعدم معرفة حجم المسئولية التى تتقرر على الناقل نتيجة لعدم تطابق البضاعة المستلمة مع الواردة بالسند. لهذا يفضل المستفيد (الناقل) أن يصدر خطاب الضمان غير محدد القيمة، طالما أن قيمة البضائع غير معلومة أو لم تتضح بعد معالم المسئولية المترتبة على عاتق الناقل. مع هذا يرى بعض الفقهاء أن هذه الصعوبة يمكن التغلب عليها، خاصة عندما يصدر خطاب الضمان فى غياب سند الشحن، إذ فى هذه الحالة يمكن التعرف «على قيمة البضاعة ومواصفاتها واسم الباطرة التى يتم الشحن عليها من واقع صورة من فاتورة المصدر أو برقية صادرة منه تتضمن هذه البيانات، أو من واقع شروط الاعتماد نفسه أو من أى مستند آخر يراه البنك وأياً للاسترشاد به»<sup>(١)</sup>. كذلك يمكن معرفة حجم المسئولية بصورة تقريبية من قيمة البضاعة عندما يصدر الخطاب كمقابل الحصول على سند

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٣١.

نظيف ، إذ في هذه الحالة يمكن أن تتحدد قيمة الضمان على أساس قيمة البضاعة. ويؤكد هذا التحديد أن العديد من النصوص القانونية التي تلزم أطراف العقود الدولية تتخذ غالباً من قيمة البضاعة أو من قيمة السفينة أساساً لتحديد المسؤولية أو مبلغ التعويض الذي يمكن الحكم به لصالح المضرور. هذا ما تقرره المادة ٢٣٣ من القانون البحري في فقرتها الأولى ، بنصها على أنه «تحدد مسؤولية الناقل أياً كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها بما لا يجاوز ألفي جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما لا يجاوز ستة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبضاعة ، أى الحدين أعلى». هذا ما تبرزه كذلك المادة ٢٣٤ بتقريرها بأنه «لا يجوز للناقل التمسك في مواجهة الشاحن بتحديد المسؤولية إذا قدم الشاحن بياناً قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على المحافظة عليها من أهمية خاصة وذكر هذا البيان في سند الشحن. وبعد البيان المذكور قرينة على صحة القيمة التي عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الناقل الدليل على ما يخالفها».

فوفقاً لهذه النصوص يتضح أن سند الشحن يعد الأساس في تحديد حجم المسؤولية المترتبة على عاتق الناقل. فهذه المسؤولية تقدر على أساس قيمة البضاعة المنقولة بجرأ ، سواء تعلقت تلك القيمة بالوزن أو الحجم. كذلك لا يعتد بهذا الأساس عندما يخطر الشاحن الناقل قبل الشحن بطبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على وصولها سالمة من أهمية خاصة ، كالتحف والقطع الأثرية والأحجار الكريمة ، شريطة أن يرد ذكر هذا البيان الخاص بالبضاعة في سند الشحن.

خلاصة القول إذن أن تواتر العمل على إصدار خطابات الضمان الملاحية غير محددة القيمة ، بدعوى صعوبة تحديد قيمة البضائع أو حجم المسؤولية ، يمكن التغلب عليه إما من خلال سند الشحن ذاته ، أو من خلال صور فواتير الشراء أو شروط فتح الاعتماد المستندي. فأياً كان السبب الذي يصدر على أساسه خطاب الضمان الملاحى (الحصول على سند شحن نظيف أو كمقابل لاستلام البضاعة) ، فإنه يمكن تحديد قيمة

الخطاب بالارتكان إلى قيمة البضاعة والتي يمكن التعرف عليها من خلال الفواتير أو من القيمة المحددة في سند الشحن أو عن طريق مبلغ الاعتماد المستندي في حالة الشراء عن طريقه، لاسيما وأن الخطاب يصدر في معظم الأحوال مقابل إيداع العميل غطاء كامل له قبل إصداره. فإذا كان الخطاب صادر لضمان بضاعة مستوردة بموجب اعتماد مستندي، فإنه يسهل تقدير قيمة الخطاب لسهولة بيان قيمة البضائع. وهو نفس الأمر الذي يمكن تقريره عندما لا يكون استيراد البضاعة بموجب اعتماد مستندي، إذ يسهل أيضاً تحديد قيمة الضمان من خلال بيان الغطاء الذي يشترطه البنك ويقدمه العميل قبل إصدار الخطاب، بل أنه في هذه الحالة يشترط البنك كذلك تقديم العميل صورة من فاتورة المصدر للاسترشاد بها عند تقدير قيمة الغطاء. ولا شك أن الغطاء الذي يشترطه البنك يختلف بحسب علاقته بالعميل. فإذا كان طالب الغطاء ليس عميلاً سابقاً قبل هذا الطلب، فإنه يغلب «أن يكون الغطاء مقارباً لقيمة الخطاب والعمولة والمصاريف. وفي هذه الحالة، لا يتخذ الغطاء صورة الغطاء النقدي، إذ لو كان العميل يمتلك الغطاء النقدي لقدمه كتأمين نقدي. إنما يتخذ الغطاء صورة رهن يقرره العميل على منقول أو عقار. ويستوى أن يكون المنقول منقولاً مادياً كبضائع أو معنوياً كأوراق مالية أو أوراق تجارية. وقد يتخذ الغطاء صورة تنازل العميل عن حقوقه تجاه المستفيد والناشئة عن العملية الصادر خطاب الضمان بشأنها، أو صورة وثيقة لصالح البنك تخوله الرجوع على شركة التأمين إذا اضطر إلى دفع قيمة الخطاب»<sup>(١)</sup>.

### الفصل الثاني

#### النقش والتعسف في طلب وطاء الضمان الملاحى

كما سبق القول يتميز التزام مصدر الخطاب بالاستقلال عن عقد الأساس، على نحو لا يعفى البنك من التزاماته الناشئة عن خطاب

(١) / عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة،

٢٠١٠، ص ١٣٨٠.

الضمان استناداً إلى كون الأمر قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الأساس على أكمل وجه. فلا يستطيع البنك التحلل من التزاماته إلا بإثبات الغش أو التعسف في استعمال الحق في المطالبة<sup>(١)</sup>. فوقاً لهذا الإثبات يتعطل مبدأ استقلال الضمان<sup>(٢)</sup>. هذا ما أبرزته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في العاشر من ديسمبر ١٩٨٥ م، بتأكيدا على أن رغبة المستفيد في الحصول على منفعة لا حق له فيها يعطى الحق في الدفع بالغش بين، ولا يجوز الاستناد إلى مبدأ استقلال خطاب الضمان طالما أن هذا الدفع يعطل هذا الاستقلال<sup>(٣)</sup>. كذلك ساوت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٨٧ بين التعسف الظاهر والحيل المنطوية على غش، إذ يمكن الاحتجاج بهما في مواجهة المستفيد ومنعه من الحصول على قيمة الضمان<sup>(٤)</sup>.

وعليه يتعين التعرض لمفهوم الغش والتعسف (المبحث الأول)، وذلك قبل بيان أثرهما على الوفاء بقيمة الضمان الملاحى (المبحث الثاني).

(١) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص ٤٧، إذ يقرر سيادته أن «الفقه والقضاء قرروا أن إطلاق مبدأ الاستقلال فيه نوع من الإجحاف بالأمر (المصدر)، وخصوصاً في الحالات التي يكون فيها قد نفذ كافة التزاماته الناشئة عن العقد الأصلي، ولذلك فقد حاولوا تقرير بعض القيود على الاستقلال للموازنة بين مصالح الطرفين، العميل الأمر، والمستفيد. ولكن لما كان هذا الاستقلال هو الذى يدفع المستفيد لقبول هذا النوع من الضمان المصرفي، فقد تشدد القضاء في الشروط الواجب توافرها في القيود التي ترد على مبدأ الاستقلال. ويمكن حصر تلك القيود في قيدتين رئيسيتين هما: الغش الظاهر من المستفيد أو التواطؤ الظاهر بينه وبين البنك المحلى، والتعسف الصادر من المستفيد».

(٢) فهذا الإثبات يُعد الوسيلة الوحيدة للنيل من هذا الاستقلال. ولعل هذا الإثبات هو الذى دفع البعض إلى الحديث عنه تحت ما يسمى بسبل الدفاع.

Moyens de défense: Le caractère frauduleux ou abusif (garantie autonome, <http://fr.Wikipedia.org/wiki/p.2>).

(٣) ١٩٨٦، JCP، Tom 2، 20593، تعليق ستوفليه، Dalloz، ١٩٨٦، ص ٢١٣، تعليق فاسير.

(٤) ١٩٨٧، JCP، جزء ٢، ٢٠٧٦٠، تعليق ستوفليه.

## المبحث الأول

### مفهوم الغش والتعسف في طلب وفاء الضمان

لا جدال أن النظام القانوني لخطابات الضمان يخول المستفيد الحصول على قيمة الضمان بعيداً عن أى ادعاء بالتزامات ترتبها علاقة تعاقدية أخرى، يسهل فيها لعب دور المدعى عليه عند الإخلال بها. بعبارة أخرى إن استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس يعرض الأمر لمخاطر كثيرة، يولدها هذا الاستقلال، كذلك المتعلقة بعدم مقدرة المستفيد المالية على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن عقد الأساس، خاصة عندما يكون الخطاب ذو طابع دولي أو عندما يقوم المستفيد بالحصول على قيمة الضمان في نفس الوقت الذي لا يفى بالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس. ففي ظل هذا الوضع غير العادل لا يمكن التسليم باستبعاد أى آلية تحوّل بين المستفيد وبين الحصول على قيمة الضمان.

فالعادلة التي تعد أساس الالتزامات التعاقدية تأبى ترك مبدأ استقلال خطاب الضمان دون قيد أو ضابط أو تقرير آلية معينة تحوّل دون حصول المستفيد على قيمة الضمان دون وجه حق أو على حساب مصلحة الأمر. ولقد وجد الفقه ضالته المنشودة في الدفع بالتعسف في استعمال الحق أو الغش الظاهر في طلب الوفاء بالضمان. وهو الأمر الذي يدعونا إلى وضع تعريف لهذه الآلية من ناحية، وبيان الشروط التي يتعين توافرها حتى يمكن الاستناد إليها أو الدفع بها من ناحية أخرى. وعليه ستكون معالجتنا لهذه الجزئية من خلال مطلبين، نعرض في الأول منهما لتعريف هذه الآلية، وفي الثاني لشروط التمسك أو الدفع بها.

### المطلب الأول

#### تعريف التعسف في استعمال الحق والغش

لا خلاف أن إقرار مبدأ استقلال خطابات الضمان لا يعنى الخروج عن الأسس التي رسمها المشرع لاقتضاء الحقوق، تلك التي تدور حول العدالة والإنصاف ومقتضيات حسن النية، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد عند ممارستهم لحقوقهم تجاوزها بهدف الإضرار بالغير أو من أجل الحصول

على منفعة غير مشروعة. ولهذا رسمت الأنظمة القانونية الوضعية حدوداً دقيقة لممارسة أى حق، وذلك حتى لا تصبح تلك الممارسة وسيلة أو أداة للإضرار بالمصالح المشروعة للآخرين أو أن تنطوى الممارسة على حيل تفسد كل شيء. بعبارة أخرى إن من أهم المبادئ التى يقوم عليها أى نظام قانونى هو عدم التعسف فى استعمال الحقوق وأن الغش يفسد كل شيء. مع هذا فإن لهذين المبدأين مدلول خاص فى إطار خطابات الضمان المستقلة، نظراً لأن التمسك بالمفهوم العام لهذين المبدأين قد يقود إلى الإطاحة بالاستقلال الذى تتميز به هذه الخطابات. وهو الأمر الذى يفرض علينا التعرض لتعريف التعسف فى استعمال الحق وفقاً لهذا المفهوم الخاص بخطابات الضمان (الفرع الأول)، وذلك قبل بيان المدلول الخاص للغش عند المطالبة بالضمان (الفرع الثانى)، على أن نردفهما بتطبيقات لهذا المدلول فى إطار خطابات الضمان الملاحية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### تعريف التعسف فى استعمال الحق فى

#### إطار خطابات الضمان

فى الحقيقة يعد مبدأ التعسف فى استعمال الحق أحد المبادئ الأساسية أو بمعنى أدق أهم النظريات التى نادى بها الفقه وأخذ بها المشرع لتدارك النتائج السلبية المترتبة على تجاوز الأفراد، عند ممارستهم للحقوق التى خولهم إياها القانون، حدود حسن النية ومقتضيات العدالة والإنصاف<sup>(١)</sup>. فإذا كان للأفراد الحق فى ممارسة حقوقهم، فإنه يتعين ممارسة هذه الحقوق وفقاً لما تقضى به قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية. أما عندما يتجاوز الأفراد تلك الحدود، ويقود هذا التجاوز إلى الإضرار بالغير أو إلى الانحراف عن الغاية أو الوظيفة الاجتماعية

(١) د/ محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، البيشة المصرية للكتاب، ١٩٧٩، ص ٧٣ وما بعدها؛ د/ محمد السعيد رشدى، التعسف فى استعمال الحق، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١٧٩.

للحقوق<sup>(١)</sup>، فإنه يمكن القول بوجود تعسف في استعمال هؤلاء الأفراد لحقوقهم.

مع هذا لم يتفق الفقه حول معيار واحد يمكن الاستناد إليه للقول بوجود تعسف في استعمال الحق من عدمه، إذ يتردد حول معيارى نية الإضرار بالغير وتحول الحق عن غايته أو وظيفته الاجتماعية. فلقد نادى بالمعيار الأول الفقيه RIPERT، بتقريره أن التعسف في استعمال الحق يحدث عندما يستتر صاحب الحق وراءه لكى يضر بالغير<sup>(٢)</sup>. غير أنه من

(١) قارب من هذا، د/ محمد السعيد رشدى، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص ٢٦٩، حيث يقرر سيادته أن التعسف «وفقاً لنصوص القانون المدني، هو ما يتصل بتحقيق غاية الحق، وأن هذه الغاية هي تحقيق المصلحة، فإذا انتفت الغاية، أو انحرف صاحب الحق عن هذه الغاية «المصلحة» بأن استعمل حقه - لتحقيق مصلحة أخرى، أو كانت المصلحة تافهة بالمقارنة إلى الضرر الذى يصيب الغير إذ هنا ترجح الأضرار - وتفوق على المصلحة التافهة -، فإن ذلك يُعد تعسفاً متى كانت المصالح التى يحققها صاحب الحق غير مشروعة. ومن ثم فالقول بالمصلحة كمعيار هو تخصيص لمعيار الغاية، ذلك أن المصلحة نوع من جنس الغاية، كما أن القول بمعيار المصلحة بمسبانهما غاية الحق هو تخصيص لمعنى معيار الغاية إذ أن معيار المصلحة أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق».

(2) RIPERT G.: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, LGDJ, 1949, no 92 et s, où il décide que lorsque dans l'exercice d'un droit, un acte a été inspiré non pas seulement par une intention égoïste, mais par le dessein de causer préjudice à autrui, cette intention change le caractère de l'acte. En pareil cas, il y a abus, l'acte n'est plus couvert par l'immunité procurée par le droit.

حول هذا المعيار فى مجال المسؤولية الدولية، راجع:

د/ صالح محمد بدر الدين، المسؤولية عن نقل النفايات الخطرة فى القانون الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٩٩، حيث يقرر أن الفقه الدولى قد اتجه، عند تحمليه لفكرة التعسف فى استعمال الحق، إلى معيار أو فكرة النية فى إحداث الضرر عند استخدام الحق المشروع. ففكرة «النية أو القصد فى تحقيق أذى للغير هى العنصر المعول عليه فى إثبات أن هناك تعسفاً فى استعمال الحق أم لا. غير أنه من الصعوبة بإثبات النية فى الضرر فى بعض الأحيان».

الصعب اللجوء إلى هذا المعيار، حيث أن إثبات نية الإضرار بالغير ليست بالأمر الهين أو اليسير. وتغادياً لمثل هذه الصعوبة ومحاولة من بعض الفقهاء للتخفيف أو الحد من هذا الغموض، أمكن القول بافتراض تلك النية عندما يتصرف صاحب الحق دون الاستناد إلى مصلحة جديدة ومشروعة<sup>(١)</sup>. مع هذا فقد انتقد هذا المعيار على سند من القول بعدم كفايته لاستيعاب سائر حالات التعسف في استعمال الحق. وأمام هذا القصور ذهب اتجاه آخر إلى المناداة باعتماد معيار الغاية أو الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق<sup>(٢)</sup>. فوفقاً لهذا المعيار يكون صاحب الحق متعسفاً عندما يمارس هذا الحق خارج تلك الغاية أو هذا الهدف<sup>(٣)</sup>. بيد أن هذا المعيار لم يسلم من النقد، لما يقود إليه من عدم استقرار في المعاملات، خاصة وأن تعيين حدود الحقوق أمر متروك لقضاة الموضوع يقدرونها وفقاً لمعتقداتهم الاجتماعية ومفاهيمهم الشخصية. هذا فضلاً عن تقويض هذا المعيار الغائي لمفهوم الحق الشخصي، والذي يمارسه صاحبه وفقاً لتقديره الشخصي على نحو يؤدي إلى إنكار ذلك التقدير أو بمعنى أدق حرمانه من ممارسة هذا التقدير.

- (1) STRACK B.: Les obligations, 6e, Litec, no 315; MALAURIE Ph.: Note sur l'arrêt de Cour de cassation rendue en 22 fév, 1968, Dalloz, 1968, p. 607.
- (2) JOSSERAND L.: De l'esprit des droits et leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, Paris, 1969, no 292 et s.

(٣) هذا ما يقره صراحة الأستاذ Jossierand بقوله:

«Tous les droits doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit: l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.: De l'esprit, op. cit., no 293» ; Voir aussi TERRE F., SIMLER Ph. & LEQUETTE Y. : Droit civil, les obligations, Dalloz, 6éd, 1996, no 711, p.582.



وأمام صعوبة هذا المعيار أو ذلك فقد جمعت التشريعات الوضعية بينهما، خاصة وأن هذه النظرية هي الوسيلة أو الأداة التي يمكن من خلالها وضع حدود للحقوق أو على الأقل رسم حدود لممارستها. فالحقوق التي يمنحها القانون أو الاتفاق ليست حقوق مطلقة، ولكنها مقيدة بتلك الحدود التي رسمها المشرع عند ممارستها<sup>(١)</sup>. هذا ما تبرزه بوضوح المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني المصري، إذ تقرر المادة الرابعة مبدأ الممارسة بنصها على أنه «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر». بينما تبين المادة الخامسة ضوابط التعسف ومعاييرها، تلك التي تجعل استعمال الحق غير مشروع، وذلك بنصها على أن «يكون استعمال الحق غير مشروع في كل الأحوال الآتية: - ١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ٢- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ٣- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة».

(١) د/ أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق، دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق - جامعة طنطا، العدد الثامن والأربعون، أبريل ٢٠٠٩، ج١، ص ٢٤٩، حيث يقرر أنه يتعين أن يتقيد صاحب الحق عند استعماله لحقه بغاية الحق، تلك التي تفرض رقابة على هذا الاستعمال. ولهذا تنقسم الأعمال بالنظر إلى مشروعيتها إلى أقسام ثلاثة هي: (١- عمل يتجاوز صاحبه الحدود الموضوعية المحددة للحق قانوناً، فيعتبر بذلك عملاً غير مشروع. ٢- عمل يتم في ضوء الحدود الموضوعية والغائية، ويحقق لصاحبه فائدة، ويترتب عليه ضرر بالغير، فيقيم مسئولية صاحبه مع ذلك، استناداً إلى نظرية المخاطر أو تحمل التبعة. ٣- عمل عادي في مظهره، ولكنه يمارس دون غرض نافع، مع قصد الإضرار، فيعتبر عمل غير عادي ويقيم مسئولية صاحبه رغم مشروعيتها من حيث المضمون والحدود. وفي هذا النوع يتعين على صاحب الحق الالتزام بمحدوده الغائية لأن الحقوق لم تشرع عبثاً، أو للإضرار بالغير، حتى ولو كان صاحب الحق يباشر سلطاته ومكناته داخل حدود حقه الموضوعية، وهو ما يطلق عليه التعسف في استعمال الحق».

وإذا كان المشرع المصرى قد حدد ضوابط التعسف ومعاييرها<sup>(١)</sup>، فإن التساؤل الذى يطرح نفسه على مائدة البحث يتعلق بإمكانية التمسك أو الاستناد إلى هذه النظرية للقول بوجود تعسف فى استعمال الحق الذى تخوله خطابات الضمان للمستفيد، لاسيما وأن هذه الخطابات تتمتع بالاستقلال المطلق عن عقد الأساس أو أى علاقة قانونية أخرى يمكن الاستناد إليها للقول بأن المطالبة تنطوى على تعسف فى استعمال الحق الذى تقرر. بعبارة أخرى إذا كان خطاب الضمان يتمتع باستقلال عن عقد الأساس، فكيف يمكن اللجوء إلى هذا الأخير للإدعاء بوجود تعسف فى استعمال حق المطالبة بالوفاء بقيمة الضمان. فهل يمكن الانطلاق من عقد الأساس للنيل من طابع الاستقلال الذى يتمتع به خطاب الضمان، استناداً إلى وجود تعسف فى استعمال الحق المنبثق عنه أم لا؟

فى الواقع يمكن القول بأن التعسف فى استعمال طالب الضمانة لا يلقى قبولاً إلا عندما يتسم بالوضوح أو البيان. فالتعسف فى مجال خطاب الضمان له إذن خصوصية تبرز طابعه المميز مقارنة بالطابع العام لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى تقررها القواعد العامة. فالتعسف فى استعمال طلب الضمانة يمكن تعريفه بأنه وسيلة بين يدي الأمر توفر له الطمأنينة الاقتصادية وتضمن له الحماية القانونية عندما تنطوى مطالبة المستفيد على تعسف بين. فمن هذا التعريف يتضح أن هذا المبدأ لا يمكن الاستناد إليه للتعطيل أو النيل من الطابع المستقل لخطاب الضمان إلا على

(١) لمزيد من التفصيل راجع: د/ نبيلة رسلان & د/ مصطفى أبو عمرو، نظرية الحق، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٦، ص ٣١٠، حيث يقررا أن «أهم ما يلفت النظر فى صياغة المشرع المصرى لنظرية التعسف أنه لم يقرها كمبدأ عام يرتب مسئولية كل شخص يسبب للغير ضرراً عند استعماله لحقه. ولم يربطها بمعيار عام، مثل أن يتحقق التعسف فى كل حالة يستعمل فيها الحق استعمالاً يضر بمصلحة الجماعة، ولكنه أثر أن يحدد الأحوال التى يعتبر فيها صاحب الحق متعسفاً بحيث إذا لم تتوافر إحدى هذه الأحوال، فإن استعمال الحق يكون استعمالاً مشروعاً يبنى معه التعسف حتى ولو أصاب الغير ضرر من جرائه».

سبيل الاستثناء. كما أنه لا يمكن التذرع بالدفع المستمدة من العقد الأساسي إلا عندما يكون التعسف واضحاً أو يبين<sup>(١)</sup>.

فهذا اللجوء يبرز إذن الوظيفة الأساسية لهذا المبدأ وهو توفير الحماية القانونية للأمر، طالما أنه يحد من المطالبة بالوفاء دون وجه حق. فهذه الوظيفة هي التي تقلص إلى حد كبير من تعسف المستفيد وتلزمه باستعمال حقه في إطار حسن النية ووفق الغاية المرجوة من الحماية التي تقرها النصوص القانونية<sup>(٢)</sup>. وعليه فإن الحق «غير المشروط بالإيفاء والعائد للمستفيد لا يمنحه سلطة التعسف في المطالبة بالضمانة، فهذا الحق يجب ممارسته ضمن إطار التوقعات العقدية التي أرادها الفرقاء، حتى ولو كان للمستفيد حق استنسابي بالمطالبة، إذا كان يهدف إلى غاية غريبة عن موضوع الضمانة، فيكون مخالفاً ليس فقط لمتدرجات العقد الأساسي وإنما أيضاً لوظيفة الضمانة<sup>(٣)</sup>».

## الفرع الثاني

### تعريف النفس في طلب الوفاء بالضمان

لم يتوقف الفقه عند نظرية التعسف في استعمال الحق، وإنما كرس إلى جانبها أحد المبادئ الهامة التي يمكن الاعتماد عليها لرقابة التصرفات

(١) هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٧/١/٢٠م، وذلك بقضائها بأن:

«atendu qu'en statuant ainsi en se référant à l'application des stipulations contractuelles alors que, s'agissant de l'appel de la contre - garantie, elle en avait reconnu le caractère manifestement abusive, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui résultaient de ces propres constatations (Cass. Com, 20/01/1987, D. 1987, p. 177, obs. M. VASSEUR; JCP, 1987, II, 20764, NOTE. J. stoufflet.)».

(2) TERRE F., SIMLER Ph. & LEQUETTE Y. : Droit civil, op.cit, no 712, p.582.

(٣) أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سلبيت مشرفية، الضمانة غيب الطلب، المرجع السابق، ص ١٠٦.

الصادرة من الأفراد بهدف الحصول على منافع غير مستحقة، وهو مبدأ الغش الذي يفسد كل شيء<sup>(١)</sup>. فوفقاً لهذا المبدأ يتحقق الغش عندما ينجح أحد الأفراد في التخلص من تنفيذ التزام واجب استناداً إلى حق مشروع كفله المشرع، كأن يتملص المستفيد من تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد الأساس مستنداً إلى عدم إعفاء البنك من الوفاء بالتزامه المقطوع في خطاب الضمان. وفي هذا المعنى ذهب الفقه الفرنسي بتقريره أن الغش يتحقق عندما يستطيع أحد الأفراد التملص من تنفيذ قاعدة قانونية من خلال استخدامه لوسيلة أخرى قررها المشرع. فكان الغش يعد، وفقاً لهذا الاتجاه، وسيلة لرقابة تطبيق القواعد القانونية، حتى لا تحيد عن الغرض الذي رسمه المشرع<sup>(٢)</sup>.

مع هذا وأياً ما كان الهدف المراد تحقيقه من وراء إقرار قاعدة الغش يفسد كل شيء *Fraus omnia corrumpit*، فإنها تعد الوسيلة الهامة

(1) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: *Traité de droit civil*, op.cit, no 809, p.797, où ils décident que «de droit n'est pas une mécanique aveugle. Il se contrôle lui-même, en ce sens que si la mise en oeuvre des règles juridiques aboutit à des résultats trop choquants, des instruments sont forgés afin de corriger les excès. La théorie de l'abus de droit est un de ces instruments (...). Un autre correctif est fourni par la théorie de la fraude».

(٢) قارب هذا المعنى في FABRE-& .GOUBEAUX, GESTIN و MAGNAN حيث يقرروا أن:

«L'adage *fraus omnia corrumpit* est utilisé pour justifier un refus d'application d'une loi dont les conditions étaient cependant réunies. La théorie de la fraude apparaît alors comme un moyen de garder le contrôle de l'application des normes juridiques en permettant d'y déroger au nom de la souvegarde du droit tout entier (Traité de droit civil, introduction générale, 4éd, L.G.D.J., Paris, 1994, no 813)».

والفعالة لتعطيل الإيفاء غير المبرر أو التخفيف من وطأة النتائج المترتبة على استقلال خطاب الضمان<sup>(١)</sup>. فإذا كان الوفاء بالضمانة يتم دون اشتراط تقديم أية مستندات أو دون إبداء أسباب تبرره، فإن الغش يعد وسيلة لمواجهة سوء نية المستفيد. بل إنه يُعد الوسيلة الأكثر أهمية في مجال خطابات الضمان في النظام اللاتيني، مقارنة بنظرية التعسف في استعمال الحق. فإذا كانت هذه الأخيرة قد لجأ إليها القضاء الفرنسي، كما سبق أن قررنا، لمواجهة طلبات الضمان دون وجه حق، لاسيما عندما لا يتطابق فعل المستفيد مع مفهوم الغش، فإن اللجوء إلى هذا المفهوم الأخير يعد الوسيلة الفعالة التي يستند إليها لتعطيل آلية الدفع التلقائي لقيمة الضمان<sup>(٢)</sup>. وذلك على العكس تماماً من النظام الأنجلوسكسوني، حيث يُعد الغش هو الوسيلة الوحيدة لتعطيل آلية دفع الضمان، أو بمعنى أدق لتفادي النتائج التي يترتبها استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس أو أي علاقة أخرى<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان القضاء الفرنسي قد وسع من سبل تفادي النتائج المترتبة على استقلال خطاب الضمان، بإقراره للغش ولنظرية التعسف في استعمال الحق، فإنه قد وسع أيضاً من مفهوم الغش كدفع أساسى لتعطيل آلية الدفع التلقائي أو غير المبرر. هذا التوسع يمكن أن نستشفه من حكم محكمة باريس التجارية الصادر في ٢٩ سبتمبر ١٩٨٨ م، بقضائها بأنه «يجوز للقاضي المستعجل، وفي إطار الفحص الأول، أن يأمر بمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء إذا كان هناك خطر الغش من جانب المستفيد (...). وهذا الخطر قد ينتج من واقعة تهرب المستفيد من صدور حكم في موضوع النزاع. وقد ينتج من علم البنك بهذا الغش لكونه خاضعاً لرقابة

(١) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ٩٩.

(2) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.:

Traité de droit civil, op.cit, no 809, p.796.

(3) PRÛM A.: Les garanties à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, Paris, 1994, p. 248 et s.

مشاركة من الدولة الأجنبية التي تباشر هذه الرقابة عليه وعلى المستفيد<sup>(١)</sup>. ومن هذا الحكم يتضح أن الغش الذي يمكن الاستناد إليه لا يتوقف عند حد الادعاء بأن الأمر قد نفذ بالكامل الالتزامات الناشئة عن عقد الأساس وأن المستفيد ليس له الحق في المطالبة بأى شيء، وإنما أيضاً عندما يثبت الأمر أن المستفيد تهرب من صدور حكم في موضوع النزاع، والذي تمثل هنا في اعتراض المستفيد على إجراء المعاينة التي طلبتها الشركة الأمرة بفتح الخطاب بدعوى وجود شرط للتحكيم، ثم اعتراضه بعد ذلك على إجراء التحكيم بدعوى أن الشركة الأمرة لم تقم بعمل المعاينة. من الواضح أن القضاء الفرنسي يأخذ بفكرة مرنة للغش، حيث لا يقصر مفهوم هذه الفكرة على الغش البين، وإنما يكتفى فقط بمخاطر الغش أو بمظنته. ومن ثم فإنه يمكن تعريف الغش في خطابات الضمان بأنه وسيلة أو أداة لمنع الضامن من دفع قيمة الضمان عندما يتضح وجود غش ظاهر أو بين من جانب المستفيد أو عندما تتوافر مظنة الغش تجاه الأمر. على العكس تماماً أخذ الفقه الأنجلوسكسوني بمفهوم ضيق للغش، حيث يقصره على الغش الظاهر أو الخيل التي تنطوي على غش يبرر عدم الدفع. فهذا الفقه يسمح للضامن بعدم الوفاء بقيمة الضمان في حالة الغش الظاهر، والذي يسهل عليه تمييزه. أما غيره من حالات أخرى فيترك للأطراف تسويتها من خلال السبل العادية التي ينص عليها عقد الأساس. ولقد سار القضاء الإنجليزي في رحاب هذا الفقه، حتى لا يؤدي التوسع في مفهوم الغش إلى تعطيل حركة التجارة الدولية وإلحاق الضرر بأطرافها، طالما أنه بإمكان هؤلاء الأطراف التحلل من التزاماتهم باللجوء إلى المحاكم والادعاء بعدم أحقية خصومهم فيما يطالبون به<sup>(٢)</sup>. بل إن

(١) مشار إليه في د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤، ص ٢٣١.

(2) RD Harbottle Ltd V. National Westminster Bank, Bolivinter oil SA chase Manhattan Bank NA, United trading corporation Sa Vallied Arab Bank Ltd, Boliv inter Oil SA V chase Manhattan Bank (www.insofacto.com).

القضاء الإنجليزي لم يعترف بالغش كأداة لتعطيل الضمان إلا عندما ينصب على المستندات المقدمة إلى الضامن، وذلك على عكس الغش الواقع على العقد الأساسي. وهو ما يثير الدهشة والتساؤل، لاسيما عندما تتجرد المطالبة، وهو الوضع الغالب، من أى اشتراط لتقديم مستندات للضامن لاستيفاء قيمة الضمان<sup>(١)</sup>. ولا شك أن هذا الاتجاه المضيق جداً لمفهوم الغش يحول بين الأمر وبين تعطيل آلية الضمان أياً كانت الأسباب التي يستند إليها. فهذا التوجه يمنح المستفيد من الخطاب ضمان لا يقبل النيل منه أو تعطيل النتائج التي تترتب عنه، كما أنه يسهل إلى حد كبير من عمل الضامن، إذ يمنحه حصانة ضد ما يدفعه للمستفيد من مبالغ، تحول دون رجوع الأمر عليه أياً كانت الإساءة أو الحيل التي استعملها المستفيد لاستغلال هذا الضمان.

مع هذا فقد أخذت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالضمانات المستقلة بالاتجاه الموسع لمفهوم الغش، وذلك بتبنيها لهذا المفهوم فى المادة ١٩ تحت عبارة طرق خداعية.

ولقد بينت هذه المادة المقصود بهذه العبارة بتقريرها أن الطرق الخداعية تتحقق فى إحدى الحالات الآتية<sup>(٢)</sup> :-

- ١- عندما لا يقع الخطر المغطى بالضمانة بشكل محقق.
  - ٢- عندما يعلق الأمر تنفيذه لالتزاماته على حكم قضائى أو قرار تحكيمى.
  - ٣- عندما ينفذ الأمر العقد الأساسى بشكل مرضى للمستفيد.
  - ٤- عندما لا يتم تنفيذ العقد الأساسى بخطأ عمدى من جانب المستفيد.
- أما فيما يتعلق بالضمان المقابل، فتتحقق هذه الطرق الخداعية عندما يدفع الضامن الأول قيمة الضمان بسوء نية<sup>(٣)</sup>.

---

(1) DIXON W.: The diminution of the autonomy principle, Thomson Legal Regulatory, 2004, p. 15 et s.

(٢) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٧٢ وما بعدها، ص ٩٠ وما بعدها.

(٣) راجع نص المادة ١٩ تحت عنوان استثناء على الالتزام بالدفع =

**1- S'il est clair et patent:**

- a) qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifiés.
- b) qu'aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande et des documents joints; ou
- c) qu'eu égard au type et à l'objet de l'engagement, la demande n'a pas de justification concevable, le garant/émetteur, agissant de bonne foi, a le droit, à l'encontre du bénéficiaire, de s'abstenir de payer.

**2- Pour l'application de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article, les situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable sont notamment les suivantes (the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis):**

- a) l'éventualité ou le risque contre lequel l'engagement est supposé protéger le bénéficiaire ne se sont indubitablement pas matérialisés;
- b) l'obligation sous – jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitrale, sauf s'il est indiqué dans l'engagement que cette éventualité relève du risque que l'engagement devait couvrir;
- c) l'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire;
- d) il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle du bénéficiaire;
- e) dans le cas d'une demande de paiement d'une contre-garantie, le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie.

**3- dans les circonstances énoncées aux alinéas a), b) ou c) du paragraphe 1 du présent article, le donneur d'ordre a vocation à obtenir des mesures judiciaires provisoires en application de l'article 20.**



## الفرع الثالث

### تطبيقات المبادئ في إطار خطابات الضمان الملاحية

كما سبق أن قررنا لا يعتد القضاء بالتعسف في استعمال الحق أو بالغش إلا عندما يكونان ظاهرين، أو واضحين، بما لا يدع مجالاً للشك حول إثباتهما بشكل واضح ومميز. وهو الأمر الذي يتحقق عندما يطالب المستفيد بالوفاء بقيمة الضمان على الرغم من تنفيذ الأمر لالتزاماته على نحو كامل وصحيح، أو عندما يثبت الأمر أن ادعاء المستفيد لا يستند إلى أساس قانوني سليم على نحو يمكن معه القول بأن الواقعة ليست محلاً للنقاش أو بحاجة إلى إثبات<sup>(١)</sup>.

مع هذا فإن محكمة النقض الفرنسية في مجال الضمانات المصرفية فرقت بين نوعين من التعسف والغش، الأول خاص بالتعسف أو الغش البين، والثاني يتعلق بالتعسف أو الغش الظاهر، معتبرة أن النوع الأول فقط هو الذي يؤدي إلى تعطيل الوفاء بالضمان، وذلك على عكس النوع الثاني، حيث يستطيع المستفيد طلب الوفاء ولا يعفى الضامن من تنفيذ التزامه بدفع المبالغ الواجب دفعها. هذا ما يبرزه بوضوح حكمها الصادر في ١٩٨٥/٥/٢١م بقضائها بأن التعسف الذي استند إليه الأمر لم يكن

(١) قارب من هذا، VASSEUR M. (دالوز، ١٩٨٨، somm 247) حيث يقرر أن:

«dans le cadre d'un contrat donné, la garantie est appelée alors que la preuve manifeste, hors de toute hésitation, sans qu'il existe le moindre doute, est rapportée de la totale et correcte exécution de ses obligations par le donneur d'ordre, et celà, sans qu'il y ait besoin d'ordonner quelque mesure d'exécution que ce soit».

راجع أيضاً: JDI, J. STOUFFLET, 1978, رقم ٢٦ وما بعدها، حيث يقرر أن:

«Il faut pour la fraude, que soit prouvé de manière irréfutable, que la prétention du bénéficiaire de la garantie ne trouve aucun fondement dans le contrat de base».

بيناً، حيث تؤكد الوقائع أن تنفيذ الأمر لالتزاماته لم يكن إلا ظاهرياً، وهو الأمر الذى يبدو بوضوح من الشهادات المؤقتة وغير النهائية التى قدمها الأمر كدليل على انتهاء الأعمال المكلف بها<sup>(١)</sup>. ويتطابق ذلك على خطابات الضمان الملاحية يمكن القول بوجود تعسف من جانب المستفيد أو صدور غش من جانبه عندما ينفذ الأمر التزاماته الناشئة عن عقد النقل البحرى تنفيذاً كاملاً وصحيحاً، وهو ما يتحقق عندما يتسلم المرسل إليه (أو صاحب الحق فى استلام البضاعة) البضاعة كاملة ومطابقة للمواصفات وعلى النحو الوارد بسند الشحن، سواء من حيث الوزن أو العدد أو القيمة، أو عندما تصل مستندات الشحن وتظهر بوضوح أن الأمر هو صاحب الحق الفعلى فى استلام البضاعة. ففى مثل هذه الأحوال، يمكن القول بوجود تعسف بين من جانب المستفيد من خطاب الضمان (الناقل) عندما يطالب بقيمة الضمان على الرغم من هذا التنفيذ الكامل والصحيح من جانب الأمر. أما عندما يكون التنفيذ مؤقتاً أو بصورة جزئية، فإنه لا يمكن الدفع بالتعسف أو الغش تجاه المستفيد من الضمان. وهو الأمر الذى يتحقق عندما يكون تسليم البضاعة غير مطابق لما ورد بسند الشحن سواء من حيث الكمية أو الكيف، أو عندما تصل المستندات غير كاملة بعد استلام البضاعة<sup>(٢)</sup>.

هذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى السادس من مارس ١٩٩٢، بقضائها أن التنفيذ الجزئى للعقد الأساسى لا يولد يقيناً لدى المحكمة على قيام التعسف أو الغش اليقين. فوجود نزاع بين الأطراف أو طلب المستفيد اللجوء إلى الخبرة لإثبات عدم تنفيذ الأمر لالتزاماته المتولدة عن العقد الأساسى يُعد دليلاً على أن ما يدعيه الأمر

(١) راجع :

Cass. Com 21 mai 1985, Dalloz, 1986, p. 214, note VASSEUR M.

(٢) راجع نص المادة ٢٢٤ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، حيث تقرر أن تسليم نسخة من سند الشحن إلى الناقل يعد قرينة على قيام هذا الأخير بتسليم البضاعة إلى صاحب الحق فى تسلمها، ولكنها قرينة بسيطة تقبل الدليل العكسى.

بوجود تعسف أو غش بين يثير الشك حول التنفيذ الكامل والصحيح للعقد الأساسي، أو بعبارة أخرى أن ما يدعيه الأمر لا يقوم على سند من القانون أو العقد الأساسي<sup>(١)</sup>. على العكس من ذلك يستطيع الأمر الاستناد إلى فكرة التعسف أو الغش بين عندما تقوم مطالبة المستفيد على سند يخالف الحقيقية، وهو ما يحدث عندما يتذرع المستفيد بعدم تنفيذ الأمر لالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس، سواء بصورة كلية أو جزئية، على نحو يخالف الحقيقة بصورة واضحة أو عندما يتوافر سوء النية لدى المستفيد أو عندما يلجأ إلى حيل خداعية لإخفاء حقيقة الواقعة.

وهكذا تتعدد السبل التي يمكن الاستناد إليها للنيل من استقلال الضمان في الخطابات الملاحية، ما بين اللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق أو الدفع بمفهوم الغش. لذلك فإن التعسف أو الغش قد يقعا على الأمر أو الضامن. بيد أن الغش أو التعسف تجاه هذا الأخير، يعد أمراً نادر الحدوث في خطابات الضمان المصرفية، فلا يقع إلا في مجال الاعتمادات المستندية، حيث يقع عليه فحص المستندات المتعين على المستفيد إبرازها للحصول على قيمة الاعتماد. مع هذا وأياً كان الشخص الواقع عليه الغش أو التعسف (الضامن أو الأمر)، فإنه يتعين على الضامن أن يقوم بمقاضاة المستفيد لاستعادة المال المدفوع، حتى لا يقوم الأمر بمقاضاته أو توجيه نزاعه إليه<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### شروط التعسف والغش في المطالبة بالضمان

إذا كان المعيار الذي يمكن الاستناد إليه للدفع بالتعسف أو الغش تجاه مطالبة المستفيد بالضمان هو الوضوح أو عدم الحاجة إلى إثبات، فإن الشروط التي يتعين توافرها في التعسف في استعمال الحق، أو عند الدفع بالغش تختلف فيما بينهما. وهو الأمر الذي يثير التساؤل عن الشروط التي

(1) C A Paris, 6 mars 1992, Juris- data, no 1991-020971.

(2) راجع ما بعده ص .

يجب توافرها عند القول بنظرية التعسف فى استعمال الحق (الفرع الأول)، أو تلك التى تتوافر فى الدفع بالغش (الفرع الثانى).

### الفرع الأول

#### شروط التعسف فى استعمال الحق

إن استقراء النصوص القانونية التى تبرز نظرية التعسف فى استعمال الحق، وكذلك التطبيقات العملية لها، يوضح أنها لا يمكن الاستناد إلى تلك النظرية إلا عندما يكون استعمال الحق غير مشروع من ناحية وعندما يكون التعسف ظاهراً أو بيناً من ناحية أخرى. وهكذا يتضح أن شروط التعسف تتلخص فى شرطين: أولهما أن يكون استعمال الحق غير مشروع (الفصل الأول)، والثانى أن يكون التعسف ظاهراً أو بيناً (الفصل الثانى).

### الفصل الأول

#### أن يكون استعمال الحق غير مشروع

إن مطالعة متأنية للنصوص القانونية التى أرست نظرية التعسف فى استعمال الحق تبرز أنه لا يمكن التمسك بها إلا عندما يكون استعمال الحق غير مشروع. هذا ما يبرزه بوضوح نص المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدنى المصرى.

فالمادة الرابعة تبين أنه لا يمكن اللجوء إلى فكرة التعسف عندما يتم استعمال الحق استعمالاً مشروعاً، حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال ضرراً للغير. ثم جاءت المادة الخامسة وأكدت المعنى السابق، ببيانها للأحوال التى يُعد فيها استعمال الحق غير مشروع (١).

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الحالات الثلاثة، راجع د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج١، ص ٩٥٧ وما بعدها؛ د/ إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق، ط٢، ١٩٥٨، ص ١٦٤ وما بعدها؛ د/ عبد المنعم الصلدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٤٨٢ وما بعدها؛ د/ سليمان مرقص، المسئولية المدنية، دار النشر للجامعات، ١٩٥٨، ص ٣٥٢ وما بعدها؛ د/ عبد الودود يحيى، دروس فى المدخل لدراسة القانون، ص ١٤٩ وما بعدها؛ د/ عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج٢، ١٩٥٤، ص ٤١١ وما بعدها.

من الواضح أن هاتين المادتين وضعتا أو رسمتا بدقة الحدود الفاصلة بين الاستعمال القانوني والتعسف في استعمال الحق، باللجوء إلى فكرة مشروعية الحق. فعندما يكون استعمال الحق استعمالاً مشروعاً، فإنه لا يمكن تعطيل هذا الاستعمال أو الحد من تلك الممارسة، حتى في تلك الأحوال التي ينشأ عن ذلك الاستعمال ضرراً للغير. وعلى العكس يكون هناك تعسفاً في استعمال الحق عندما يكون استعمال الحق غير مشروع. بل إن المشرع المصري لم يكتف ببيان هذا الحد الفاصل بينهما، وإنما أضاف إلى هذا البيان ذكر الأحوال التي يمكن أن يكون فيها الاستعمال غير مشروع، وهو الأمر الذي يتحقق عندما يهدف الاستعمال أو ترمى الممارسة إلى الإضرار بالغير. ولا شك أن هذا أمر منطقي، حيث لا يمكن السماح للأفراد بتسخير حقوقهم لمجرد النكاية أو الإضرار بالغير<sup>(١)</sup>. مع هذا فإنه ينبغي أن تتوافر لدى الشخص نية الإضرار بالغير<sup>(٢)</sup>. فلا يمكن القول بوجود التعسف في هذه الحالة إلا عندما يهدف صاحب الحق من استعماله لحقه قصد الإضرار بالغير، وهو ما يمكن القول بتحقيقه عندما

- 
- (1) GHESTIN J., GOUBEUX G. & FABRE-MAGNAN M.: *Traité de droit civil*, op.cit, no 782 et s, p.766 et s.
  - (2) FLOUR J. & AUBERT J.-L.: *Les obligations, le fait juridique*, Armand Colin, 8éd, 1999, no 118, p.113, où ils décident que «l'abus est normalement indiscutable lrsqu'une telle intention a ainsi constitué le ressort unique de l'action». Voir aussi MESTRE J., PUTMAN E. & BILLIAU M. : *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1997, no 198, p.183.

راجع كذلك، د/ أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص ٢٥٨، حيث يقرر أن الضابط في تقييم استعمال الحق بأنه تعسف من عدمه يرتبط بالباعث الدافع إلى استعمال الحق في غير ما شرع له، أو بما يفرض إليه هذا الاستعمال من نتائج مغايرة لتلك التي شرع الحق إلى تحقيقها. وهذا الضابط قد يكون ذاتياً بالنظر إلى نية صاحبه عند تعمله استعمال هذا الحق في غير ما شرع له. وقد يكونه هذا الضابط موضوعياً، حيث يتم التأثر إلى النتائج التي رتبها هذا الاستعمال، بصرف النظر عن النية، والتي تتضح بالنظر إلى الإخلال بالتوازن الواجب بين المصالح المتعارضة.

تتنفى مصلحته فى استعمال هذا الحق. فإذا كانت النية هى من الأمور النفسية التى يصعب القول بوجودها، إلا أنه يستعاض عنها بعنصر مادى يمكن استخلاصه من الظروف المحيطة بالاستعمال أو الممارسة وهو انتفاء مصلحة صاحب الحق عند استعماله لحقه. بيد أن هذه الاستعاضة لا تعنى أنه يتعين انتفاء المصلحة بصورة كلية حتى يمكن اللجوء إلى فكرة التعسف، وإنما تعنى أن هذه المصلحة تبدو ضئيلة أو تافهة أو ثانوية مقارنة بقصد الإضرار بالغير. وعليه يمكن اللجوء إلى فكرة التعسف حتى فى تلك الأحوال التى يهدف من خلالها صاحب الحق إلى جلب منفعة شخصية، طالما أن هذه المصلحة تُعد عاملاً ثانوياً بجانب قصد الإضرار<sup>(١)</sup>.

فى الحقيقة إن نية الإضرار بالغير تُعد هى الأساس للقول بوجود التعسف فى استعمال الحق فى هذه الحالة، وذلك لأن كل ممارسة ينتج عنها ضرر، إلا أن هذا الضرر يتيح لمن وقع عليه الدفع بالتعسف عندما يثبت أن الممارسة لم تكن إلا بهدف الإضرار به<sup>(٢)</sup>. مع هذا فإن هذا الإثبات ليس بالأمر السهل أو اليسير، لهذا يتم الاستناد إلى فكرة المصلحة فى استعمال الحق من عدمه<sup>(٣)</sup>. هذا ما يبرزه بوضوح الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٦٨/٢/٢٢، حيث استندت إلى فكرة المصلحة للقول بأن صاحب الحق كان متعسفاً عند ممارسته لحقه<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع د/ حسن كبير، المدخل إلى القانون، (النظرية العامة للقاعدة القانونية - النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٦، ١٩٩٣، فقرة ٣٩٣، ص٧٧٣؛ د/ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بدون دار نشر، ١٩٨١، ط٢، فقرة ٤٨١، ص٨١٢.

(2) RIPERT G.: Abus ou relativité des droits, Rev. crit, législ, 1929, p.33 ; FLOUR J. & AUBERT J.-L. : Les obligations, op.cit, no 118, p.113.

(٣) د/ حسن كبير، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص٧٧٣، حيث يقرر أنه «إذا كان إثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمراً عسيراً، فإن القضاء كثيراً ما يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه، معتبراً هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الإضرار عنده».

(4) Cass. Civ. D. 1968, p.-607, note Ph. MALAURIE.

كذلك يكون استعمال الحق غير مشروع عندما لا تتناسب المصالح التي يرمى إلى تحقيقها استعمال الحق مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. فعندما تتفاوت المصلحة مع الضرر الذي يلحق بالغير، يتعين ترجيح تفادى الضرر على تحقيق هذه المصلحة<sup>(١)</sup>. فالمعيار الذي يستند إليه للقول بوجود التعسف في هذه الحالة هو معيار موضوعي قوامه التفاوت بين المصلحة التي تعود على صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق بالغير<sup>(٢)</sup>. ولا خلاف أن هذا التفاوت يتحقق عندما يبلغ الضرر الذي يصيب الغير حداً معيناً من الجسامة، تضحى معه المصلحة التي تعود على صاحب الحق تافهة أو قليلة الأهمية، على نحو يجعل من إقدام صاحب الحق على تحقيقها متعسفاً في استعماله لحقه. وعليه لا يعد صاحب الحق متعسفاً في استعماله لحقه عندما تكون المصلحة راجحة على الضرر الذي يقع على الغير، أو عندما تتعادل تلك المصلحة مع هذا الضرر. فلم يعتد المشرع إلا بالأحوال التي يكون فيها الضرر راجحاً بصورة كبيرة على المصلحة التي تعود على صاحب الحق، على نحو يجعل منه متعسفاً في استعمال الحق إذا أراد تحقيق تلك المصلحة<sup>(٣)</sup>.

(1) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.: *Traité de droit civil*, op.cit, no 804, p.790, où ils décident que «d'équité joue un rôle dans la comparaison des intérêts en présence. C'est ainsi que lorsque le titulaire du droit n'escompte de son acte aucun autre avantage que la satisfaction de nuire à sa victime, la balance penchera naturellement en faveur de celle-ci».

(٢) د/ محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ١٤٤ وما بعدها، حيث يقرر أن معيار التعسف في استعمال الحق هو غيبة المصلحة مقارنة بالضرر الذي يلحق بالغير. فهذا المعيار يحتم على صاحب الحق استعماله في ضوء غرضه الاقتصادي والاجتماعي، مع مقارنة هذا الغرض بالمصالح التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها. الأمر الذي يدعو إلى القول بوجود تعسف في استعمال الحق عندما تتعارض المصلحة التي ييغنها صاحب الحق مع هذا الغرض الذي يتعين أن يمارس الحق في هداه.

(٣) في هذا المعنى، راجع د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، فقرة ٣٩٤، ص ٧٧، حيث يقرر سيادته أن معيار الحكم على عدم التناسب بين =

وهكذا يتضح أن الفارق الأساسى الذى يميز بين هذه الحالة والحالة السابقة هو نية الإضرار فى الأولى ونية تحقيق مصلحة مشروعة فى الثانية ولكنها مصلحة تافهة أو قليلة الأهمية. فبينما يرمى صاحب الحق فى الحالة السابقة من ممارسته له إلى الإضرار بالغير، فإنه يهدف هنا إلى تحقيق مصلحته الشخصية، ولكنها مصلحة لا تتعادل مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

وأخيراً يمكن القول بوجود التعسف فى استعمال الحق عند قيام صاحب الحق بتحقيق مصلحة غير مشروعة، إذ لم تتقرر الحقوق إلا لتحقيق المصالح المشروعة لأصحابها. أما أن ينحرف صاحب الحق به من أجل تحقيق مصلحة غير مشروعة، فإنه يكون متعسفاً فى استعماله لهذا الحق<sup>(١)</sup>.

---

= المصلحة والضرر هو معيار موضوعى لا شخصى، «قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق. وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة. والواقع أنه كثيراً - وإن لم يكن دائماً - ما يكون فى وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الإضرار بالغير دون أن يتمحض القصد من استعمال الحق لذلك. على العكس من ذلك، راجع د/ محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، المرجع السابق، فقرة ٢٨٩، ص ٢٨٨، حيث يقرر أنه بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى، كمصدر رسمى وتفسيرى لقواعد التعسف، يمكن القول بأنه «لا يلزم درجة معينة لاختلال التوازن بين المصلحة والضرر، وأنه يكفى أن يصل إلى درجة ترجيح الضرر على المصلحة، ورجحان الضرر هنا، مرتبة تعلق تساوى المصلحة مع الضرر (...). وعلى ذلك فإنه ليس بلازم أن يكون عدم التناسب على درجة معينة، ويؤيد ذلك ويسانده ما اشترطه المشرع صراحة فى مضار الجوار، إذ اشترط أن يكون الضرر فاحشاً. وأبان عن الحكمة من ذلك فى هذا المجال».

(١) قارب من هذا، حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى الطعن رقم ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ق، بتاريخ ٢٣ نوفمبر ١٩٩٥م (س ٤٦، ج ٢، ص ١٢١٩)، حيث قضت المحكمة بأنه «لما كان الأصل حسبما تقضى المادة ٤ من القانون المدنى أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، باعتبار أن منطوق المسئولية عن تعويض الضرر هو وقوع الخطأ، وأنه لا خطأ فى استعمال صاحب الحق لحقه فى جلب المنفعة المشروعة التى يتيحها له هذا الحق، وكان خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية إنما هو استثناء من ذلك الأصل، وحددت المادة الخامسة من ذلك القانون حالاته على سبيل الحصر. وكان يبين من استقراء تلك =



من الواضح أن الذى يميز بين هذه الصورة والصورة الأولى هو المعيار الذى يركن إليه للتعرف على وجود تعسف من صاحب الحق أم لا. فبينما يستند إلى معيار شخصى للتعرف على قصد الإضرار بالغير فى الصورة الأولى، يرتكن إلى معيار موضوعى فى الصورة الماثلة. ولا جدال أنه يسهل إعمال المعيار الموضوعى للقول بوجود التعسف فى استعمال الحق مقارنة بالمعايير الشخصية، حيث «يمد القاضى بصره إلى مآل الفعل ونتائجه، فإذا لم يجد مصلحة ما أو وجدها وكانت غير مشروعة أو تافهة، سهل عليه القول بالتعسف. وفضلاً عن سهولة المعيار من ناحية التطبيق، فإنه يتميز بالمرونة، إذ يستطيع القاضى إزاء تقديره لوقائع الدعوى وملاساتها وتقدير نتائج العمل، أن يحدد مشروعية استعمال الحقوق، فيجعل منها قيوداً لمشروعية استعمالها ودستوراً لاستعمال الحقوق والحد من إطلاقها»<sup>(١)</sup>. فمعيار المصلحة المشروعة يبدو كوسيلة أو أداة يتم من خلالها تحديد الحقوق، أو بمعنى أدق أن هذه المصلحة تعد بمثابة صمام الأمان للأفراد، إذ يتم من خلالها الحكم على تعسف أصحاب الحقوق من عدمه<sup>(٢)</sup>.

= الصور أنه يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء على نحو إيجابى بتعمد السير إلى مضارة الغير دون نفع يمينه صاحب الحق من ذلك، أو على نحو سلبى بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً هو إلى الترف أقرب مما سواء مما يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدى، وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المتبتغة فى هذه الصورة الأخيرة وبين الضرر الواقع هو معيار مادية قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر إلى الظروف الشخصية للمتنتفع أو المضرور يسراً أو عسراً، إذ لا تنبع فكرة إساءة استعمال الحق من دواعى الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب».

(١) د/نبيلة إسماعيل رسلان، د/ مصطفى أحمد أبو عمرو، نظرية الحق، المرجع السابق، ص ٣١٨؛ د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، فقرة ٣٩٥، ص ٧٧٧؛ د/ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، فقرة ٤٨١، ص ٨١٣.

(٢) راجع: PIROVANO A: =

هذا ما ذهب إليه جاك جوستان، جوو وفير مانيون بتقريرهم أن ما يمنحه القانون أو الاتفاق للشخص من حقوق، ليس مطلقاً وإنما يتعين عليه عند ممارسته احترام ما يضعه المشرع من حدود لتلك الممارسة<sup>(1)</sup>.

### الفصل الثاني

#### ضرورة أن يكون التعسف ظاهراً

يلزم، فضلاً عن كون استعمال الحق غير مشروع، أن يكون التعسف ظاهراً أو بيناً. وهو لا يكون كذلك إلا عندما يكون بسوء نية. فالسماح للضامن أو الأمر بالضمان باللجوء إلى القواعد العامة في التعسف في استعمال الحق يؤدي أو يقود إلى إهدار حق المستفيد من ناحية، وإلى ضياع استقلال خطاب الضمان من ناحية أخرى. لهذا لا مجال للقول بوجود التعسف في مجال خطابات الضمان ما لم يكن هذا التعسف بسوء نية. بعبارة أخرى إن إثبات التعسف في استعمال الحق في مجال الضمان لا يكون إلا بالنظر في عقد الأساس وهذا غير جائز، لهذا لزم أن يكون التعسف ظاهراً أو أن يكون سوء نية المستفيد واضحاً لا يثار الشك حول وجوده أو الادعاء بافترضه. فاشتراط الطابع الظاهر للتعسف يعد

---

= (La fonction des droits, réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND, D. 1972, chron, 67), où il décide que «la théorie de l'intérêt légitime est un moyen de fixer la limite des droits, une soupape de sécurité qui permet d'assouplir le jeu des relations juridiques».

- (1) GHESTIN J., GOUBEUX G. & FABRE-MAGNAN M.: Traité de droit civil, op.cit, no 765, p.751, où ils décident que les prérogatives accordées à une personne par la loi ou par une convention ne le sont pas de façon absolue. Il y a une mesure à respecter dans leur exercice. Dire qu'un propriétaire a le droit de construire sur son propre terrain ne signifie pas nécessairement qu'il peut construire n'importe quoi n'importe comment.

في حد ذاته تأكيداً على استقلال الخطاب عن العقد الأساسي، إذ لا يعطى للأمر الحق في اللجوء إلى وسائل الإثبات المعتادة لإثبات التعسف في استعمال الحق من خلال البحث في العقد الأساسي عن توافره<sup>(١)</sup>، وذلك لأن الأخذ بالمفهوم العام للتعسف يتعارض مع هذا الاستقلال<sup>(٢)</sup>. إن استقلال الخطابات عن عقد الأساس، تأكيد على وجوب اتصاف التعسف بالوضوح أو البيان. هذا ما أبرزته العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي، بأشراطها وجوب توافر هذه الصفة حتى يمكن تعطيل آلية الوفاء بالضمان. ولعل أبرز هذه الأحكام، ذلك الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في ١٩٨٧/٦/٢٠، حيث استخدمت المحكمة بوضوح عبارة الطابع التعسفي البين للطلب Le caractère manifestement abusive de l'appel<sup>(٣)</sup>.

في الحقيقة يكون التعسف ظاهراً أو بيئاً عندما يتصرف صاحب الحق بسوء نية، أي عندما لا يحتاج إثبات التعسف إجراء تحقيق أو فحص مستندات أو اتخاذ أي إجراء للتأكد من تعسف المستفيد. ومن الأمثلة الواضحة على هذا البيان أو الوضوح في مجال خطابات الضمان الملاحية هو قيام المستفيد بوضع مستندات الشحن التي تثبت قيامه بشحن البضاعة المضمونة أو ما يثبت وصولها إلى ميناء الوصول تحت يد البنك، أو عندما

(١) هذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٩١/٢/١٩، حيث أوضحت المحكمة أن:

Les seuls griefs tirés des conditions d'exécution du contrat de base, à les supposer établis, ne sont pas susceptibles d'apporter la preuve d'un abus manifeste dans l'appel de la garantie (D. 1991, p.199, obs, M. Vasseur). Voir aussi l'arrêt rendu en 21 mai 1985, Gaz. Pas, 1985, p.770, note, S.piedelievre.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤؛ أ/ بسام عاطف المهتار، ومايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٣) JCP، ١٩٨٧، الجزء الثاني، ٢٠٧٦٤٠، ١٤٨٢٢، تعليق J.STOUFFLET.

يقدم إلى هذا الأخير حكماً نهائياً يثبت تنفيذ جميع التزاماته. ولقد لخص الأستاذ VASSEUR هذا بتقريره:

"le caractère manifeste suppose que la preuve de l'abus n'a pas à être rapportée, il doit crever les yeux"<sup>(١)</sup>.

من الواضح أن قيام المستفيد من خطاب الضمان بتقديم المستندات الدالة على تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد الأساس، والتي صدر الخطاب لضمانها، للدليل بين على سوء نيته عندما يطلب بعد ذلك قيمة الضمان. كذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن سوء النية يعد واضحاً ولا يحتاج إلى إثبات عندما تستند المطالبة بالضمان لالتزام آخر غير تلك المنصوص عليها في خطاب الضمان<sup>(٢)</sup>. كما اعتبر «من قبيل التعسف البين فرض شروط جديدة وبصورة أحادية الجانب، مغايرة لتلك المنصوص عليها في عقد استدراج العروض. إذن، يكون هناك تعسف بين عندما يكون طلب المستفيد استيفاء الضمانة دون وجه حق، أى خلافاً للغاية التي وضعت من أجلها هذه الضمانة، مستغلاً استقلالية الضمانة غب الطلب للحصول على منفعة غير مشروعة<sup>(٣)</sup>».

(1) VASSEUR M.: garantie indépendante, op. cit., no 120.

راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩ فبراير ١٩٩١، حيث قررت المحكمة أن:

Le caractère manifeste laisse à croire que tout dans l'attitude du bénéficiaire montre sa mauvaise foi (c'est à dire la conscience qu'à celui du préjudice qu'il cause au garant en exigeant le paiement, en d'autre terme le bénéficiaire agit en toute conscience de son absence du droit) ou qu'il n'est pas en droit d'agir comme il le fait.

(2) Cas. Com. 19 avr. 2000, RJDA, 2000, no 803; RD bancaire et financier, 2000, p. 231, obs. MATTOU.

(٣) أ/بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١١٦.

خلاصة القول إذن أن التعسف فى استعمال الحق لا بد أن يكون بيناً وواضحاً، حتى يمكن اللجوء إلى هذه الفكرة لتعطيل آلية الوفاء التلقائى، نظراً لتناقض هذا التعطيل مع مبدأ استقلالية خطابات الضمان. فهذا الاستقلال يضمن على فكرة التعسف فى استعمال الحق شيئاً من الخصوصية أو الذاتية، على نحو يوجب عدم الاستناد إلى الوسائل العادية لإثبات هذا التعسف، وذلك لأن السماح للمضامن أو الأمر بالارتكان إلى هذه الوسائل يودى إلى إهدار استقلال خطاب الضمان المصرفى أياً كان نوعه. لهذا اشترط الفقه أن يكون سوء نية المستفيد ظاهراً أو واضحاً، أى «لا يكفى أن يكون راجحاً، لأن سوء النية لا يفترض» (١).

### الفرع الثانى

#### شروط الغش المعطل للضمان

من المتفق عليه، فقهاً وقضاءً، أنه يلزم للدفع بالغش كآلية لتعطيل الوفاء بالضمان، أن يكون الغش واضحاً أو بيناً، وهو لا يكون كذلك إلا بتوافر نية الغش لدى المستفيد (الفصل الأول)، كذلك يشترط أن يكون الغش صادراً من المستفيد شخصياً (الفصل الثانى).

#### الفصل الأول

#### ضرورة أن يكون الغش واضحاً أو بيناً

يلزم لإمكان اللجوء إلى الدفع بالغش أن يكون هذا الغش ظاهراً وواضحاً. لهذا فإن السؤال الذى يطرح نفسه على مائدة البحث يتعلق بالوقت الذى يمكن فيه القول بأن الغش الصادر من المستفيد أو من غيره ظاهراً، أو بعبارة أخرى ما الحالات التى يتوافر فيها الطابع البين أو الظاهر للغش؟

بادئ ذى بدء يتعين القول بأن صفة الوضوح أو البيان فى الغش المانع من الوفاء بقيمة الخطاب هى التى تميزه عن الغش بصفة عامة. فهذه

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤.

الصفة هي التي تسمح بالدفع به في مجال خطابات الضمان، لاسيما مع استقرار مبدأ استقلال الضمانات، والذي يبدو في ظاهره وبصفة عامة وسيلة تحول دون التمسك بأى دفع من شأنه تعطيل الوفاء بقيمة الخطاب<sup>(١)</sup>. ولذلك ذهب البعض من الفقهاء إلى اشتراط أن يكون الغش ظاهراً بديل لا يقبل المناقشة<sup>(٢)</sup>، حيث أن هذه الآسمة هي التي تقود إلى اعتبار الحكم معيياً عندما يقرر أن «طلب المستفيد مشوب بالغش وقضى في الوقت نفسه بإجراء تحقيق للثبوت منه»<sup>(٣)</sup>.

وبالعودة إلى التساؤل السابق يمكن القول بأن الغش يبدو واضحاً وبيئاً عندما ينعدم كل حق للمستفيد فيما يطالب به، أى عندما تتوافر لدى المستفيد نية الغش<sup>(٤)</sup>. وعلى هذا الأساس ذهب القضاء الفرنسى، إذ لم يكتف بما نادى به الفقه من مبادئ وبما استقر من أسس، أهمها مبدأ الغش يفسد كل شيء. بل على العكس اشترط أن يكون لدى المستفيد نية الغش، والذي يبرهن عليها استعماله لوسائل احتيالية بهدف الوصول إلى تحقيق مالا يستحقه. فلا يمكن اللجوء إلى الدفع بالغش، خاصة مع استقلال خطاب الضمان، إلا بتوافر هذه النية. فإذا انتفت، لم يعد هناك

(١) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤؛ د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٨٠، ص ١٠٤.

(٣) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٤.

(٤) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٤٩، حيث يشير سيادته إلى حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ١٢ يونيو ١٩٨٥، والذي قضى بأحقية الشركة الفرنسية S.A.E فى الطلب المقدم بمنع البنك الإيرانى والبنك الفرنسى من دفع قيمة الضمان الأصيل والضمان المقابل، استناداً إلى وجود غش ظاهر من جانب الشركة الإيرانية المستفيدة من الضمان، فضلاً عن وجود تواطؤ بينها وبين البنك الإيرانى كضامن أصلى.

غش. فهذا الشرط هو العنصر الأساسي والركن الجوهري للدفع بالغش أو الاستناد إليه.

ولا شك أنه يمكن التدليل على توافر هذه النية بتلك الحيل التي يرتكبها المستفيد للوصول إلى ما يخالف الحقيقة. فنية الغش تعد هي الدافع الذي حث مرتكبه على استعمال تلك الحيل للوصول إلى نتيجة مخالفة للحق. كذلك تتوافر هذه النية عندما يكون الهدف من الوسيلة المستعملة هي التهرب من التزام مفروض. بل إن البعض يزيد على ذلك الحالات التي تتجه فيها إرادة مرتكب الغش إلى إحداث ضرر للغير<sup>(١)</sup>، وهو الأمر الذي يتحقق عندما يتوافر العلم لدى المستفيد بأن فعله سيؤدي إلى إحداث ضرر بمدينه، وذلك لأن مجرد العلم بالضرر يفترض قبوله، على نحو يقود إلى توافر نية الإضرار بالغير. فهذا الاتجاه يستعيز عن النية بمجرد العلم بإحداث الضرر<sup>(٢)</sup>. فنظراً لأن النية هي من الأمور الداخلية التي يصعب الوصول إليها أو التحقق من وجودها، بل إنها كذلك تستدعي دراسة كل حالة على حدة. حتى يمكن القول بتوافرها من عدمه، فقد استعاض هذا الاتجاه بالعلم بإحداث الضرر، استناداً إلى أن العلم يفترض ضمناً

(١) /بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ٩١. راجع أيضاً

GHESTIN J., GOUBEUX G. & FABRE-MAGNAN M.:  
Traité de droit civil, op.cit, no 819, p.809, où ils décident que «reste à savoir à quelles conditions l'intention frauduleuse sera considérée comme établie. La jurisprudence relève parfois que le seule but de l'agent a été d'éviter la loi. En d'autres occasions, est relevée l'intention de nuire à autrui».

(2) GHESTIN J., GOUBEUX G. & FABRE-MAGNAN M.:  
Traité de droit civil, op.cit, no 819, p.809, où ils décident que «la difficulté majeure est de déterminer si la seule connaissance du prejudice que l'acte causera à des tiers est suffisante pour établir l'intention frauduleuse».

القبول، وبالتالي السماح بتقرير وجود نية إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر. هذا ما أبرزته العديد من الأحكام القضائية، نذكر منها على سبيل المثال، الحكم الصادر في ١٩٨٣/١١/٤، والحكم الصادر في ١٩٨٥/٥/٢٩، حيث تم التأكيد على أن:

**Le débiteur, ayant connaissance de préjudice est censé l'avoir accepter et donc avoir eu l'intention de nuire. La connaissance du préjudice implique une intention de nuire noyée au milieu d'autres pensées<sup>(١)</sup>.**

بل إن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت أن التنفيذ الكامل من جانب الأمر لالتزاماته، والمؤيد بمستندات صادرة عن المستفيد نفسه أو عن أشخاص مكلفين من قبله بتوقيع المستندات، دليل لا يقبل المناقشة على توافر قصد الغش، ومن ثم على توافر الغش الظاهر أو البين<sup>(٢)</sup>.  
في الحقيقية إن أعمال هذا الدفع في مجال خطابات الضمان الملاحية لا يثير أي صعوبة، لاسيما إذا أخذنا في الاعتبار الأحوال الذي يصدر فيها هذا النوع من الخطابات. فمن السهل إثبات أو القول بوجود نية الغش، عندما لا يتبادر إلى الذهن أي شك بانعدام كل حق للمستفيد في المطالبة بقيمة الضمان، خاصة عندما تؤكد هذا الشعور الوقائع المادية المتعلقة بهذا الخطاب، كأن يتأكد وصول مستندات الشحن واستلام البضاعة باسم الأمر، أو أن يقوم صاحب الحق في استلام البضاعة باستلامها دون منازعة أو إخطار باستلام البضاعة ناقصة أو تالفة<sup>(٣)</sup>. ففي هذه الأحوال يبدو الغش واضحاً وظاهراً، حيث لا يحتاج إثباته إلى إجراء

(1) Bull. Civ, 1983, I. no 254 ; Bull. Civ. I. no 163.

(2) Cass, con. 10/06/1986, D. 1987, p. 17 note M. VASSEUR ;  
RTD. Com, 1987, p. 234, M. CABRILLAC et B.  
TEYSSIE.

(٣) راجع المادة ٢٣٩ من قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م، حيث تلزم صاحب الحق في استلام البضاعة بإخطار الناقل بوجود الهلاك أو التلف كتابة في ميعاد محدد، وإلا افترض أنه قد تسلم البضاعة كما هي مينة بسند الشحن.



تحقيق أو عمل معاينة. أما عندما يتطلب الادعاء، بوجود الغش إجراء تحقيق أو فحص مستندات، فإنه لا يمكن الاستناد إلى هذا الدفع لمنع الضامن من الوفاء بقيمة الخطاب، فلا يقبل «من الأمر الذى يخطر البنك بمنعه من الوفاء، أو الذى يلجأ إلى قاضى الأمور الوقتية، أن يطلب إجراء تحقيق، أو سماع شهود، أو فحص مستندات، أو اتخاذ أى إجراء آخر للتأكد من غش المستفيد، بل يجب أن يقدم إليه الدليل جاهزاً قاطعاً على غش المستفيد(١)».

## الفصل الثانى

### ملور الغش عن المستفيد شخصياً

بالنظر إلى الطابع الاستثنائى للغش فى مجال خطابات الضمان، يشترط لإعمال هذا الدفع أن يصدر الغش عن المستفيد شخصياً. فلكى ينتج الغش أثره لا بد أن يكون صادراً عن المستفيد. مع هذا فإن المنطق يقتضى التسوية بين الغش الصادر من المستفيد والغش الصادر من أحد تابعيه، خاصة فى مجال خطابات الضمان الملاحية. فإذا كان الخطاب يصدر لمصلحة الناقل، فإن المطالبة تتم فى الغالب من قبل التابعين، لهذا يتعين المساواة بين الغش الصادر من الناقل، وذلك الصادر عن أحد تابعيه، لاسيما عندما يكون الناقل على علم بالغش الصادر عن تابعيه أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بهذا الغش.

يضاف إلى ذلك أن اقتضاء هذا الشرط هو محل خلاف بين الفقهاء وفى مجال خطابات الضمان المصرفية بصفة خاصة. فإذا كان البعض يشترط للتمسك بهذه الوسيلة أو بمثل هذا الدفع أن يكون الغش صادراً من المستفيد على الأمر أو الضامن(٢)، فإن البعض الآخر يساوى بين الغش الصادر من المستفيد أو الضامن والغش الصادر من أجنبى عندما

(١) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٥.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥، ص ٢٣٥.

يعلم المستفيد أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الغش (١). فوفقاً لهذا الرأي الأخير يتعين على البنك، لإمكان الدفع بالغش فى مواجهة غير المستفيد، رفض الوفاء أو الانتظار حتى حصول العميل الأمر على أمر قضائى يمنعه من تنفيذ المطالبة. بعبارة أخرى إذا كان البعض يشترط أن يكون الغش المانع من الوفاء صادراً من جانب المستفيد، فإن الاتجاه الذى يسمح بالمساواة بين الغش الصادر من جانب المستفيد والغش الصادر من الغير يشترط فى هذه الحالة عدم تمييز البنك بين الغير حسن النية والغير سيئ النية، والتوقف عن الدفع فى الحالتين. فلا يمكن إعطاء البنك الحرية فى التمييز بين الغير حسن النية والغير سيئ النية، والمساواة بين الغير حسن النية والمستفيد، أو بمعنى آخر اعتبار الغير حسن النية (مقدم المطالبة) وكأنه حامل قانونى للخطاب يتعين على البنك إجابته لطلبه والوفاء بقيمة الخطاب. وذلك على عكس الغير سيئ النية، إذ يستطيع البنك رفض الطلب المقدم من جانبه أو الانتظار حتى يحصل العميل على أمر قضائى يمنع البنك من الوفاء بقيمة الخطاب. ولعل السبب فى عدم السماح للبنك بإجراء هذا التمييز أو عمل مثل هذه التفرقة هى صعوبة قيام البنك بهذا العمل أو تلك المهمة. فإجراء مثل هذا التمييز سيطرح بدون شك صعوبات بالغة ومشاكل جمة، لاعتماد ذلك على عوامل داخلية هى المقاصد والنوايا لدى مقدمى طلبات الوفاء، تلك التى تتنافى مع جوهر الغش كواقعة مادية تحول بين مقدم الطلب والحصول على قيمته، دون نظر إلى مقاصده ونواياه، أو كونه المستفيد أم لا. فالتفرقة بين المقدم حسن النية وبين سيئ النية تطرح إشكالاً كبيراً وهو كيف يمكن للبنك أن يفحص المقاصد والنوايا لمقدمى الطلبات بالوفاء، لأن الغش واقعة مادية توجب عدم أحقية المستفيد فى الوفاء، وانعدام كل حق له فى هذه المطالبة أياً كان سببه. فالعبرة هى بالواقع بصرف النظر عن صدوره من المستفيد

(١) د/ خليل فيكتور تادرس، مبدأ الاستقلال فى خطاب الضمان الدولى وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٩٩.

شخصياً أم من الغير، وهذا مراعاة للظروف الراهنة فى مجال التجارة الدولية<sup>(١)</sup> .

خلاصة القول إذن أن واقع خطابات الضمان بصفة عامة، والملاحية منها بصفة خاصة يحتم المساواة بين الغش الصادر من المستفيد وذلك الحاصل من الغير، لأن الغش ليس سوى واقعة مادية تعتمد على القيام بسبل أو طرق احتيالية، تسمح بالدفع به للحيلولة بين المستفيد وغيره من حاملى الخطابات والحصول على قيمتها<sup>(٢)</sup>. فالعبرة إذن هى بالغش كواقعة مادية، دون النظر إلى كون الطرق والحيل التى تم استعمالها قد صدرت عن المستفيد أو غيره، طالما أنها مرتبطة بخطاب الضمان أو بمعنى أدق بالحصول على قيمته أو مقداره. ولعل الدليل الواضح على تلك المساواة هو تراجع استقلال خطابات الضمان أمام حالات الغش الظاهر أو البين<sup>(٣)</sup>. فإذا كان هذا التراجع يسمح بالتمسك بالغش الواضح أو الظاهر، فإن المنطق يقتضى أيضاً المساواة بين كون هذا الغش الظاهر صادر عن المستفيد أو غيره. فهذا الغش الظاهر المنطوى على طرق احتيالية يسمح بالتمسك به، بصرف النظر عن كون تلك الطرق قد صدرت عن المستفيد أو غيره، خاصة وأنها تقود إلى نتيجة واحدة وهى عدم السماح بالتوارى خلف استقلال خطاب الضمان أو كون تلك الطرق لم تصدر عن المستفيد

(١) أ/ سميرة أبو نسيم، خطابات الضمان، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية فى مصر والمغرب وفرنسا، رسالة ماجستير، حقوق طنطا، ٢٠٠٩، ص ١٥٨.

(٢) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٧٩، ص ١٠١، حيث تقرر أن الفقه الفرنسى يؤيد «إمكان التجاء الأصيل إلى القضاء للحصول على أمر وقتى بتجميد السداد، حتى ولو صدر الغش من غير المستفيد، كالتناقل الذى يقدم مستندات مزورة. والعبرة بمدى التأكد من الغش دون أدنى شك فى حدوثه».

(3) GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.:  
Traité de droit civil, op.cit, no 833, p.823, où ils décident que  
«la discussion sur le principe permettant de mettre en échec  
l'autonomie de la garantie à première demande et d'autoriser  
le garant à faire valoir les exceptions tirées du contrat de  
base».

شخصياً. هذا ما نلاحظه بوضوح من حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٠/٦/١٩٨٦، حيث قضت بأنه «إذا كان خطاب الضمان مستقلاً بالنظر إلى عقد الأساس، فإن امتناع التمسك بالدفع المستمدة من تنفيذ عقد الأساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح، ومتى اتضح أن الشركة المستفيدة من الخطاب لم تسدد للشركة الأمرة المبالغ المستحقة عليها بمقتضى شهادات انتهاء الأعمال بنسبة ١٠٠٪ الصادرة منها والشهادات الأخرى الصادرة من مهندسها المشرف ومن إدارة الحسابات، وأن الشركة المستفيدة طلبت من الشركة الأمرة أعمالاً إضافية صدرت عنها فواتير لم تدفع من جانب المستفيدة، ولم تنازع فيها الشركة المستفيدة، فإن ذلك يعنى - في نظر المحكمة - أن طلب الوفاء بخطاب الضمان عملاً منطوياً على غش (طرق احتيالية)»<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني

#### أثر الغش أو التعسف في طلب الضمان

كما سبق أن قررنا يتعين للتمسك بالغش أو التعسف في استعمال الحق أن يكون هذا الغش أو ذلك التعسف واضحاً أو بيناً، ولا شك أن هذا الوضوح أو البيان يرتب أثراً مهماً وهو تعطيل الوفاء بقيمة الضمان. فعندما يبدو للضامن أن هناك غش واضح أو ظاهر أو أن هناك تعسف واضح في استعمال الحق الذي يخوله خطاب الضمان، فإنه يتعين عليه تجميد الوفاء بقيمة الضمان، وذلك على الرغم من استقلالية الخطاب عن أى علاقة قانونية أخرى. بمعنى أن تعطيل الوفاء بقيمة الضمان يؤدي أو يقود في ذات الوقت إلى الخروج أو تعطيل هذا الاستقلال. مع هذا وعلى الرغم من وضوح الغش أو التعسف قد يتصرف الضامن في قيمة الضمان معتمداً على ما يتمتع به الخطاب من استقلالية، لاسيما في العلاقة التي تربط بين الضامن والمستفيد. وفي هذه الحالة يثار التساؤل عن أثر الغش أو

(1) Cass. Com 10 juin 1986, D. 1987, p. 17 note M. VASSEUR;  
Rev. dr. banc, 1987, P. 19, obs. M. CONTAMINE-  
RAYNAUD.

التعسف على هذا الوفاء، بمعنى ما هو الأثر الذي يحدثه تمسك الأمر بهذا الغش أو التعسف عند قيام الضامن بالوفاء بقيمة الضمان على الرغم من وضوح أو ظهور الغش في المطالبة المقدمة إليه. في الحقيقة إذا كان الغش يفسد كل شيء، فإنه يسمح لنا بالقول بأحقية الأمر في استرداد قيمة الضمان والمطالبة بالتعويض اعتماداً على سوء النية الذي توافر لدى المستفيد عند تقديمه لطلب الضمان. فهذه المطالبة التي تنطوي على نية الغش أو سوء النية، تسمح للأمر في المطالبة باسترداد قيمة الضمان مع تعويض الأضرار التي لحقت بالأمر من جراء قبض المستفيد لهذه القيمة.

فقيام الناقل أو وكيله بالمطالبة بقيمة الضمان، على الرغم من قيام مستلم البضاعة بتقديم مستندات الشحن أو عدم مطالبة مستلم البضاعة بأي تعويض نتيجة لتطابق البضاعة المستلمة مع تلك الواردة بسند الشحن النظيف، يعطى البنك الضامن الحق في تجميد قيمة الضمان، هذا فضلاً عن حق الشاحن أو مستلم البضاعة في المطالبة باسترداد قيمة الضمان والتعويض عند قيام البنك الضامن بالوفاء للمستفيد دون التفات إلى ما ارتكبه من غش واضح أو تعسف ظاهر.

وهكذا يتضح أن أثر الغش أو التعسف في طلب الضمان يتمثل في أثرين، أولهما هو تجميد قيمة الضمان (المطلب الأول)، وثانيهما إعطاء الحق للأمر في استرداد قيمة الضمان والتعويض عند قيام البنك بالوفاء رغم وضوح الغش أو ظهور التعسف (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### تجميد قيمة الضمان

إن الأثر المباشر الذي يرتبه الغش الواضح أو التعسف البين في استعمال الحق هو تجميد الوفاء بقيمة الضمان. فعلى البنك الضامن أن يمتنع عن الوفاء أو الاستجابة لطلب المستفيد في المطالبة بقيمة الضمان. بيد أن هذا الامتناع أو القيام بالتجميد يقتضى أن يقوم الأمر بالحصول على أمر من قاضي الأمور المستعجلة بتجميد مبلغ الضمان. فالقيام بالتجميد لا يترتب إذن بقوة القانون، كما أنه لا يعطله وجود بند في عقد الضمان

ينص على تنفيذ الضمان حتى ولو صدر منع قضائي. بعبارة أخرى إن ترتيب الغش أو التعسف لأثره في تجميد قيمة الضمان لا يكون تلقائياً، أى لا يفرض على البنك الضامن التزاماً قانونياً بمنع الوفاء، وإنما يتعين الحصول على أمر قضائي بمنع الوفاء بتلك القيمة. ولا يخفى على البال أن حصول الأمر على هذا المنع القضائي يفرض على البنك الضامن القيام بإخطار العميل الأمر بمطالبة المستفيد، هذا فضلاً عن ضرورة تراث البنك فترة من الوقت للوفاء بقيمة الضمان، إذ ستندم أى فائدة عملية للمنح القضائي عند قيام البنك الضامن بالوفاء الفوري بالضمان دون إعطاء الأمر الفرصة كاملة للحصول على هذا المنع<sup>(١)</sup>. صحيح أن هذا التراث يتنافى مع مبدأ الوفاء الفوري الذي تكرسه كافة التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية، لاسيما تلك الصادرة عن الأمم المتحدة لسنة

(١) مع هذا فإن القول بضرورة قيام البنك بإخطار العميل بطلب المستفيد تسييل الخطاب لا يكون فى جميع الأحوال. فالالتزام بالإخطار لا يكون إلا عندما يبدو للبنك أن طلب المستفيد ينطوى على غش يبين أو تعسف ظاهر. ومن ثم فإن هذا الافتراض ينأى بنا عن الاختلاف الفقهي الذي ثار بين فقهاء القانون التجارى والمتعلق بمدى التزام البنك بإخطار العميل بصرف قيمة الخطاب. فإذا كان الفقه الغالب يعنى البنك من هذا الالتزام، فإن الإخطار يتعلق هنا بحالة خاصة وهى وجود تعسف ظاهر أو غش يبين فرع طلب الوفاء من قبل المستفيد. فالوفاء الفوري بقيمة الخطاب قد يقود، فى هذه الحالة، إلى خطأ البنك، ومن ثم قيام مسؤوليته فى مواجهة العميل. فإذا كان البنك غير ملتزم، فى معظم الأحوال، بإخطار العميل بطلب المستفيد تسييل الخطاب أو قيامه بالفعل بسداد قيمة الخطاب له، فإن الأمر لا يكون هكذا فى حالة التعسف الظاهر أو الغش البين، إذ يتعين النظر إلى الأمر بصورة مختلفة، لاسيما إذا كان الإخطار سيمكن العميل من الحيلولة بين المستفيد والحصول على غير المستحق. (لمزيد من التفصيل حول اختلاف الفقهاء وحول التزام البنك بإخطار العميل بصرف قيمة الخطاب، راجع د/ رضا عبيد، القانون التجارى، المرجع السابق، فقرة ٦٩١، ص ٦٤٨ وما بعدها). ولعل نص المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ تذهب فى هذا الاتجاه المناصر لتعطيل الوفاء بالضمان، خاصة وأنها قد ذكرت ضمن الاستثناءات التى تبرر الامتناع عن السداد، حالة وجود مستند مزور، أو تيقن عدم حدوث الخطر الذى صدر التعهد لمواجهته.

١٩٩٥ م<sup>(١)</sup> إلا أنه لا مفر من إعطاء الأمر الوقت الكافي للحصول على هذا الإذن أو رفضه. وهكذا يتضح أن إعمال هذا الأثر يقتضى إذن الحصول على أمر من قاضى الأمور المستعجلة بمنع الوفاء (الفرع الأول)، هذا فضلاً عن ضرورة إفساح البنك الضامن الفرصة أمام الأمر للحصول على هذا الأمر قبل الوفاء بقيمة الضمان، وهو ما يمكن التعبير عنه بالتريث فى الوفاء بقيمة الضمان، حتى لا يتجرد الأمر القضائى بالتجميد من أى قيمة قانونية (الفرع الثانى).

### الفرع الأول

#### الحصول على أمر قضائى بتجميد الوفاء

مما لا شك فيه أنه يتعين على الأمر الحصول على أمر قضائى بتجميد قيمة الضمان، وهو الأمر الذى يتحقق بطلب يقدمه إلى قاضى الأمور المستعجلة يلتمس فيه تجميد تلك القيمة تحت يد البنك الضامن. فالتجميد لا يتم، كما سبق القول، بصورة تلقائية من جانب الضامن، وإنما بإجراء يتخذه الأمر يحصل من خلاله على أمر من قاضى الأمور المستعجلة بمنع الوفاء للمستفيد<sup>(٢)</sup>. فعندما يتضح للقاضى أن الشروط التى

(١) راجع المادة ١٧ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن خطابات الضمان المستقلة لسنة ١٩٩٥، حيث تقرر أن:

1- Sous réserve des dispositions de l'article 19, le garant/émetteur effectue le paiement en cas de demande conforme aux dispositions de l'article 15. Après qu'il a été déterminé que la demande de paiement est conforme auxdites dispositions, le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoise un paiement différé, auquel cas le paiement est effectué à la date stipulée. 2- tout paiement comme suite à une demande qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 15 est sans préjudice des droits du donneur d'ordre.

(٢) هذا ما قرره أيضاً المادة ٢٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥، بإجازتها للتعديل الأمر حق اتخاذ التدابير القضائية المؤقتة التى تحول بين المستفيد وبين الحصول على قيمة الضمان. فقراءة هذه المادة تبين بوضوح أن الحق الذى قرره الاتفاقية مقرر =

استلزمها المشرع متوافرة في الغش أو التعسف، فإنه يأمر بتجميد مبلغ الضمان لحين صدور حكم في موضوع النزاع<sup>(١)</sup>. فهذا الأمر أو المنع يُعد إجراءً وقتياً يهدف إلى تعطيل حصول المستفيد على قيمة الضمان بصورة غير قانونية، حتى يتمكن الأمر من استصدار حكم في موضوع النزاع. ولهذا يثار التساؤل عن القضاء المختص باستصدار هذا المنع أو الأمر بالتجميد، هل هو قضاء دولة المستفيد أم الأمر أم الضامن.

لا جدال أن الهدف الذي يربو الأمر إلى تحقيقه يحتم إسناد هذا المنع أو التجميد إلى قضاء بلد الضامن. فهذا القضاء سيكون أجدر من غيره

=مصلحة العميل الأمر فقط. هذا ما تبرزه بوضوح الفقرة الأولى من المادة ٢٠ بنصها على أنه «إذا ورد في التماس من الطالب أو الطرف الأمر ما يدل على قيام احتمال قوى بوجود ظرف من الظروف المشار إليها في الفقرات الفرعية أ أو ب أو ج من الفقرة الأولى من المادة ١٩ فيما يتعلق بمطالبة قدمها أو يتوقع أن يقدمها المستفيد، جاز للمحكمة استناداً إلى ما يتاح فوراً من أدلة قوية ....». فمن هذا النص يتضح أن التدبير المؤقت لا يمكن أن يطلبه سوى العميل الأمر من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المطالبة باتخاذ هذا التدبير تتعلق بواحدة من الحالات التي أشارت إليها المادة ١٩ في فقراتها الفرعية أ، ب، ج، تلك التي تدور حول تقديم المستفيد لمستند مزور أو جرى تزيفه، أو أن السداد لم يكن مستحقاً على الأساس الوارد في المطالبة، أو أن هذه الأخيرة، بحكم نوع التعهد وغرضه، ليس لها أساس يمكن تصوره. مع هذا يبقى القول بأن المادة ٢٠ لم تشترط تحقق أى من الحالات المشار إليها، وإنما اكتفت فقط بمجرد قيام احتمال قوى لتوافرها. هذا فضلاً عن حالة استخدام الضمان في نشاط إجرامى. كذلك فقد وسعت تلك المادة من مجال الإجراءات الوقائية التي يمكن اتخاذها، وذلك بنصها على أنه يجوز للمحكمة أ- أن تصدر أمراً مؤقتاً بعدم حصول المستفيد على المبلغ المطالب به، مع احتفاظ الضامن أو المصدر بمبلغ التعهد، أو ب- أن تصدر أمراً مؤقتاً بتجميد عائدات التعهد التي دفعت للمستفيد، واطاعة في الاعتبار ما إذا كان من المحتمل أن يعاني الأمر من ضرر جسيم حال عدم إصدار مثل هذا الأمر.

(١) د/ سميحة القليوبى، المنظمات الدولية، المرجع السابق، فقرة ٩٠، ص ١٢٤، حيث تقرر سيادتها أن «قرار المحكمة بالتدابير الوقائية سواء بالأمر بعدم صرف قيمة التعهد للمستفيد أو بتجميد العوائد التي تم صرفها له، هي تدابير وإجراءات من طبيعة مؤقتة لا تمثل حكماً نهائياً بمضمونها. ومقتضى ذلك زوال أى أثر لها بصدر حكم موضوعى فى شأن الخلاف بين المستفيد وبين الأصيل أو الأمر أو صدور حكم من هيئة تحكيم فى موضوع النزاع، أو تسوية موضوع النزاع ودياً بين الأطراف المعنية».



على تحقيق الفاعلية لما يصدر من أوامر أو قرارات. فلن يستطيع البنك الضامن الوفاء بالمخالفة لقرار صادر عن قضاء دولته. وذلك على العكس تماماً من قضاء دولة الأمر أو دولة المستفيد، إذ لن تكون للقرارات أو الأوامر الصادرة عنها الفعالية اللازمة، لاسيما وأن هذه الأوامر صدرت بصورة مستعجلة دون نظر إلى موضوع أو أساس النزاع. فهذه الأوامر تصدر عندما يترأى للقضاء الأمر أن الغش أو التعسف المدعى به واضحاً على وجه ثابت. فالمفاضلة بين قضاء دولة العميل الأمر أو دولة المستفيد وبين دولة البنك الضامن ستكون لصالح قضاء هذه الأخيرة لكونه أجدر من غيره على كفالة القرارات أو الأوامر الصادرة وضمن تنفيذها، خاصة وأن العقود التي تبرم لضمانها هي عقود دولية من ناحية، كما أن هذه الخطابات تقتضى فى معظم الأحوال إصدار الضمانات المقابلة من ناحية أخرى. بعبارة أخرى إن طبيعة خطابات الضمان الملاحية تقتضى اختصاص قضاء دولة الضامن بإصدار القرارات أو الأوامر المتعلقة بتجميد قيمة تلك الخطابات لحين صدور حكم فى موضوع النزاع، خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار أنه يلزم إصدار هذه الخطابات ضمانات مقابلة تجنب المستفيد عوائق تنفيذ خطابات الضمان فى بلد أجنبى عن ذلك الذى يتنى إليه هذا الأخير بجنسيته<sup>(1)</sup>.

كذلك فإن استصدار هذه الأوامر يثير أو يطرح تساؤلاً آخر يتعلق بمدى أحقية الأمر فى اللجوء إلى القضاء بطلب يلتمس فيه تجميد مبلغ الضمان عندما يتنازل عن هذا الحق عند إبرام الخطاب. فهل يُعد هذا الحق من تلك التى تتعلق بالنظام العام، أم أن هذا الاتفاق يسلب حق الأمر بصورة كلية فى استعماله أو الادعاء به مرة أخرى؟

- (1) HOUIN-BRESSAND C. : Les contre-garanties, op.cit, no 68 et s, p.61 et s ; PRUM A. : Les garanties à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, 1994, no 274 et s, p.138 et s ; AFFAKI G. : L'unification internationale du droit des garanties indépendantes, thèse, Paris II, 1995, p.244 et s.

في الحقيقية إن قاعدة اللجوء إلى الغش الظاهر أو التعسف البين تُعد من القواعد التي تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. فيقع باطلاً كل شرط يسلب الأمر هذا الحق، كأن يتم الاتفاق على عدم أحقية الأمر في اللجوء إلى أى وسيلة أو إبداء أى دفاع من شأنه تعطيل استقلال الخطاب. فلا جدال أن إعطاء الأمر الحق في تجميد إيفاء الضمان يُعد في ذات الوقت تعطيل لاستقلالية خطاب الضمان عن أى علاقة قانونية أخرى، لهذا قد يلجأ الأطراف إلى تجريد الأمر من استعمال أى وسيلة من شأنها المساس بهذه الاستقلالية أو الاعتداء على حقوق المستفيد التي يكفلها خطاب الضمان. بيد أن هذه الاتفاقات تُعد باطلة ولا يعتد بها، لاسيما وأن الوسائل التي يمكن أن تنال من استقلال خطاب الضمان محدودة في الغش أو التعسف الظاهر أو البين، واللذان يجردان أى اتفاق مخالف من كل أثر أو قيمة قانونية.

هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٠/٦/١٩٩٧م حيث قررت المحكمة أن القرار القضائي الصادر بتجميد قيمة الضمان حين صدور الحكم في موضوع النزاع لا يمكن النيل منه أو تعطيله مسبقاً بالاتفاق بين الأطراف، لتعلق مثل هذا الاتفاق بإحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام<sup>(١)</sup>.

وأخيراً فإن استعمال الأمر لهذا الحق يقتضى من الضامن القيام بإخباره عن قيام المستفيد بطلب قيمة الضمان، إذ يتجرد هذا الحق من كل قيمة أو فائدة عندما يتم استعماله بعد قيام الضامن بالوفاء. فالعرف المصرفي يفرض على البنك الضامن التزاماً بإعلام الأمر بطلب المستفيد بتنفيذ الضمان. كذلك فإن المنطق يقتضى قيام الضامن بهذا الإعلام، حتى يحقق استعمال الأمر لحقه الفائدة المرجوة. فلن يكون لهذا الاستعمال قيمة أو فائدة عملية إذا لم يتم الإخبار. فهذا الحق إما أن يكون حبراً على

(1) Cass. Com. 10 Juin 1997, banque, 1997, no 586, p.90, obs. GUILLOT J.-L.

ورق، عندما يقوم المستفيد بالحصول على قيمة الضمان دون أن يصل ذلك إلى علم الأمر، وإما سيتجرد من قيمته عندما يتبادر هذا إلى علم الأمر بعد قبض المستفيد لقيمة الضمان.

### الفرع الثاني

#### تريث البنك الضامن في الوفاء بقيمة الضمان

في الحقيقية يُعد تريث البنك الضامن في الوفاء بقيمة الضمان أمراً طبيعياً عندما يبدو له أن هناك غش واضح أو تعسف ظاهر من قبل المستفيد. فلكى يرتب الغش أثره القانوني ولكى يحدث التعسف الظاهر نتائجه يتعين على الضامن الامتناع مؤقتاً عن الوفاء بقيمة الضمان، وذلك لإعطاء الأمر الفرصة لاتخاذ الإجراءات اللازمة والحصول على أمر بتجميد قيمة الضمان. فإذا كان الغش أو التعسف يرتبان أثراً قانونياً هاماً وهو تجميد قيمة الضمان، فإن هذا الأثر سيكون عديم الجدوى إذا لم يتم الضامن بالامتناع المؤقت عن الوفاء. صحيح أن استقلال خطاب الضمان يفرض على الضامن الوفاء الفوري بقيمة الضمان بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك. مع هذا فإن هذا الأثر الفوري لا بد أن يتعطل ويفقد الاستقلال قيمته طالما بدا للبنك أن طلب الوفاء ينطوي على غش واضح أو تعسف ظاهر. لذلك استلزم القضاء واشترط الفقهاء أن يكون الغش أو التعسف المتمسك به بيناً وواضحاً، أما الادعاء بوجود شبهة الغش أو مظنة الغش لا يكفي لمنع البنك الضامن مؤقتاً من الوفاء. ولعل هذا التشدد من جانب الفقه وذلك الاقتضاء من جانب القضاء يرجع إلى أن أعمال الغش أو التعسف يتعارض مع أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها خطابات الضمان وهو الوفاء الفوري للمستفيد بمجرد الطلب. فهذا التعارض يحتم عدم التوسع في مفهوم الغش أو التعسف. فلا يكفي خطر الغش أو شبهة الغش لتعطيل مبدأ الوفاء الفوري<sup>(١)</sup>.

(١) مع هذا ذهبت بعض الأحكام الفرنسية إلى إجازة الأمر بالمنع من الوفاء عندما يبدو لقاضي الأمور المستعجلة أن هناك خطر الغش من جانب المستفيد. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة باريس التجارية (الصادر في ١٩٨٨/٩/٢٩م) حيث أمرت =

مع هذا فقد اتخذت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ م موقفاً متوازناً بين ذلك الاتجاه الراض للأخذ بمخطر أو شبهة الغش وتلك النظرة الموسعة لمفهوم أو مدلول الغش أو التعسف المعطل للإيفاء الفوري للضمان، وذلك باشتراطها ضرورة وجود احتمال كبير بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة ١٩ من الاتفاقية. فلقد سمحت المادة ٢٠ من هذه الاتفاقية اتخاذ الإجراءات القضائية الاحتياطية عند وجود مثل هذا الاحتمال الكبير. وهكذا يبدو واضحاً أن واضع تلك الاتفاقية قد وسعوا بعض الشيء من مفهوم أو مدلول الغش الذي يسمح باتخاذ الإجراءات الاحتياطية التي تعطل من الوفاء بقيمة الضمان. إلا أن هذا التوسع لم يصل إلى حد فتح الباب على مصراعيه أمام اتخاذ تلك الإجراءات أو التدابير، حتى لا يؤثر ذلك على إضعاف تلك الآلية التي تساعد إلى حد كبير في تنشيط المعاملات التجارية ومنح أطرافها الائتمان الكافي<sup>(١)</sup>.

أياً كان الأساس الذي تعتمد عليه المحكمة في إصدار الأمر أو التدبير بمنع الوفاء، فإن تفعيل هذا الأخير يقتضى أو يحتم على الضامن الانتظار لفترة أو القيام بالتجميد المؤقت لقيمة الضمان. ولا يصح

---

= يمنع البنك الضامن المقابل من الوفاء لوجود هذا الخطر من جانب المستفيد. راجع أيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٨٥ (JCP)، ١٩٨٦، ٢٠٥٩، تعليق ستوفليه)، حيث قررت المحكمة أن خطر الغش لا يرجع إلى ادعاء الأمر بأنه نفذ عقد الأساس كاملاً أو أن المستفيد ليس له الحق في شيء، وإنما يرجع إلى أن المستفيد تهرب من كل حكم في موضوع الدعوى، والذي يبدو من اعتراضه على إجراء المعاينة التي طلبتها الشركة الأمرة بدعوى وجود شرط باللجوء إلى التحكيم، ثم اعتراضها بعد ذلك على إجراء التحكيم بحجة أن الشركة الأمرة لم تقم بعمل المعاينة.

(١) راجع المادة ٢٠ من الاتفاقية، حيث تنص على أن

1- Lorsque, sur requête du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice, il apparaît qu'il y a une forte probabilité que en ce qui concerne une demande présentée ou susceptible d'être présentée par le bénéficiaire, il existe une des circonstance visées aux alinéas a, b et c du paragraphe I de l'article 19, le tribunal peut .....

التشكيك في ذلك بالاستناد إلى مبدأ آلية الوفاء الذي تقوم عليه خطابات الضمان. فإذا كانت هذه الأخيرة هي ضمانات «آلية الإيفاء»، تدفع فوراً للمستفيد، إلا أن قواعد الإنصاف ومقتضيات العدالة فرضت ضوابط أخلاقية وقانونية تحد من هذا الإطلاق. فانبرى الاجتهاد وواكبه الفقه للقول بسوء نية المستفيد لتعطيل هذه الآلية، معربين أن سوء نية المستفيد تأخذ صورة الغش أو التعسف في إطار الضمانات غب الطلب، مفصلين شروطهما في إطار كل من الضمانة الأولية والضمانة المقابلة شارحين تأثير إثباتهما بالشروط المطلوبة على تعطيل استقلالية الضمانة غب الطلب وبالتالي منع الإيفاء، مما يرسى نظاماً قانونياً دقيقاً لهذه الضمانات، يسهل التعامل بها ويكفل العدالة لكافة الفرقاء، دون تقويض خصائصها<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### استرداد قيمة الضمان والتعويض

من الآثار التي يربتها الغش الظاهر أو التعسف البين أحقية الأمر في الرجوع على المستفيد ومطالبته برد قيمة الخطاب، هذا فضلاً عن حقه في المطالبة بالتعويض، لاسيما عندما يثبت أن المستفيد عند حصوله على قيمة الضمان كان سيئ النية. فلا يتوقف الأثر الذي يحدثه الغش أو التعسف الظاهر على تجميد قيمة الضمان، ولكن يتعدى ذلك إلى إعطاء الأمر حق الرجوع على المستفيد ومطالبته برد ما قبضه والتعويض عن قيامه بالمطالبة رغم علمه بعدم أحقيته في ذلك. ولقد سبق لنا الحديث عن الأثر الأول وتوقفه على قيام الضامن بالتجميد المؤقت لقيمة الضمان حتى يتمكن الأمر من الحصول على أمر قضائي أو اتخاذ الإجراءات الضرورية التي تحول دون حصول المستفيد على قيمة الضمان. أما عندما لا يلتزم الضامن بهذا التجميد ويعطى المستفيد قيمة الضمان اعتماداً على أن خطاب الضمان ليس إلا وسيلة للوفاء الفوري التي تمكن المستفيد من الحصول

(١) بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٣٢.

على قيمته بمجرد الطلب ، فإنه من الضروري ترتيباً آخر يمكن من خلاله تدارك الآثار المترتبة على هذا الوفاء الفوري رغم ارتكاب المستفيد لغش ظاهر أو تعسف واضح ، استناداً إلى أن الغش يُفسد كل شيء أو استناداً إلى نظرية التعسف في استعمال الحق. وهكذا يتضح أن أحقية الأمر في الاسترداد تعطيه الحق في الرجوع على المستفيد من ناحية وعلى الضامن من ناحية أخرى<sup>(١)</sup>. وهو ما سنعرض له من خلال فرعين ، نعرض في الأول إلى رجوع الأمر على المستفيد ، وفي الثاني إلى رجوعه على الضامن.

### الفرع الأول

#### رجوع الأمر على المستفيد

يقوم هذا الحق على افتراض قيام المستفيد بالحصول على قيمة الضمان ، على الرغم من قيامه بارتكاب غش واضح أو تعسف بين عند قيامه بهذه المطالبة. في هذه الحالة تتوافر لدى الأمر أسباب حقيقية ومبررات قوية في استرجاع قيمة الضمان من المستفيد<sup>(٢)</sup>. صحيح أن هذا الحق لا يتوقف فقط على الحالات التي يقوم فيها المستفيد بارتكاب هذا الغش أو تعسفه في استعمال حقه ، وإنما يمتد إلى كل حالة يتضح فيها أن طلب المستفيد للضمان لم يكن مشروعاً ، ونقصد بها الحالات التي يمكن الاستناد فيها إلى عقد الأساس وإثبات الأمر تنفيذه لالتزاماته المتولدة عنه على أكمل وجه أو كما أرادها المستفيد من خطاب الضمان. مع هذا فإننا نركز في هذه الجزئية ، على تلك الحالات التي يبدو فيها الغش واضحاً أو التعسف ظاهراً. ففي هذه الحالات يستطيع الأمر أن يطالب بالاسترداد ،

(١) د/ سميحة القليوبي ، المنظمات الدولية ، المرجع السابق ، فقرة ٨٣ ، ص ١١٥ ، حيث تقرر سيادتها أنه «ولا تمنع قاعدة استقلال وتجريد التزام البنك عن عقد الأساس أو علاقة العميل الأمر بالبنك ، رجوع أى طرف على الآخر على أساس هذه العلاقات إذا فرض وكان سداد البنك مؤسساً على غش المستفيد ، أو كان بناء على تواطؤ بين هذا الأخير والعميل الأمر ، أو كان السداد من قبل البنك بالمخالفة لتعليمات العميل الأمر».

(٢) د/ سميحة القليوبي ، المنظمات الدولية ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ، ص ١٠٥ .

وذلك بإثبات يسير، يمكن من خلاله الاستناد إلى الغش الذى ارتكبه المستفيد أو تعسفه الواضح فى استعمال حقه المثبث عن خطاب الضمان. فإذا كان الأمر يتعين عليه إثبات عدم أحقية المستفيد فى الحصول على قيمة الضمان، فإن هذا الإثبات سيكون أمراً ميسوراً عندما يستند الأمر إلى الغش الظاهر أو التعسف الواضح، وذلك بالمقارنة بتلك الحالات التى يتم فيها الاستناد إلى عقد الأساس، إذ يصعب على الأمر إثبات تنفيذه لالتزاماته على الوجه الأكمل، لاسيما عندما يكون المستفيد شخصاً أجنبياً.

وهكذا يتضح أن حق الأمر فى المطالبة بالاسترداد تقتضى أولاً حصول المستفيد على قيمة الضمان، فضلاً عن ارتكابه لغش واضح أو تعسف ظاهر.

بيد أن حق الأمر فى الرجوع على المستفيد لا يتوقف عند حد الاسترداد، وإنما يتعداه إلى المطالبة بالتعويض، لاسيما عندما يلحق بالأمر ضرراً من جراء هذا القبض. مع هذا فإن المطالبة بالتعويض تحتم أولاً أن يكون المستفيد سيئ النية، وثانياً أن يلحق بالأمر ضرراً نتيجة لقيام المستفيد بالحصول على قيمة الخطاب. فالتعويض فى هذه الحالة، يقتضى سوء نية المستفيد، وإلحاق الضرر بالأمر من جراء تلك المطالبة، وهو الأمر الذى يتطلب شىء من التفصيل.

#### ١- سوء نية المستفيد

لا يغيب على البال أن سوء نية المستفيد تبدو بوضوح عندما يتقدم طالباً الوفاء بقيمة الضمان دون وجه حق. فعدم أحقية المستفيد فى تلك المطالبة تبرر الدفع بسوء نيته. فعندما يتقدم الناقل أو وكيله بطلب الوفاء، على الرغم من وصول المستندات التى تبرر أحقية المستلم فى استلام البضاعة، فإن ذلك يُعد دليلاً قاطعاً على سوء نيته<sup>(١)</sup>. ولقد قننت المادة ١٩

(١) وهو الأمر الذى يتحقق أيضاً عندما يقدم خطاب الضمان من الناقل لمصلحة إدارة أحد الموانئ نتيجة لقيام السفينة بتلويث المياه الإقليمية أو إحداثها ضرراً بمنشآت الموانئ أو مطرق الملاحة، إذ يبدو سوء النية واضحاً عندما تقوم الإدارة بالحصول =

من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م الحالات التي يمكن فيها رفض الدفع وإبراز سوء نية المستفيد، كتلك التي يبدو فيها بيناً وواضحاً أن المستندات المقدمة مزورة، أو أنه لا يجب الدفع وفقاً لعقد الضمان، أو عندما لا يوجد أى سبب مقنع لطلب الضمان. فوفقاً لهذه المادة تدور تلك الحالات حول ما يقدمه المستفيد من مستندات مزورة، أو عندما ينتفى حقه فى المطالبة حسبما تقرر بنود العقد.

وهكذا يتضح أن سوء النية يمكن استخلاصه، أولاً، من خطاب الضمان، حيث يتميز العقد بصفته المستقلة عن العلاقات القانونية الأخرى والتي ينشأ بسببها. فهذا الاستقلال يحتم ضرورة الاستناد إلى الخطاب حتى يمكن القول بسوء نية المستفيد أو عدم أحقيته فى تقديم طلب الوفاء بقيمة الضمان. فوفقاً لهذا الاستقلال لا يمكن القول بسوء نية المستفيد أو وقوع غش على الضامن إلا عندما يقدم مستندات غير صحيحة بهدف الحصول على قيمة الضمان، استناداً إلى أن الغش أو التعسف لا يمكن أن يحد مصدره إلا فى هذه العلاقة، خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار أن عقد الأساس يمكن للأطراف تعديله وتغيير بنوده دون إخبار الضامن أو دون علمه.

مع هذا فإنه كما سبق القول تنعدم هذه الاستقلالية ويتلاشى كل حق للمستفيد عندما يرتكب غشاً أو تعسفاً واضحاً. فعندما يرتكب المستفيد هذا الفعل، تتلاشى حقوقه وتنعدم استقلالية الخطاب. ومن ثم يمكن الاستناد، ثانياً، إلى العقد الأساسى للقول بسوء نية المستفيد أو إثبات عدم أحقيته فى الحصول على قيمة الضمان.

فالغش أو التعسف يبرران للأمر الاستناد إلى عقد الأساس لإثبات سوء نية المستفيد، ولا يستطيع الأخير أن يدعى باستقلال الخطاب عن هذا

---

= على قيمة الخطاب، وذلك على الرغم من صدور حكم قضائى ينفى مسئولية الناقل أو مالك السفينة من إحداث تلك الأضرار. فالوضع الطبيعى أن يقوم المستفيد من الخطاب برده، وليس المطالبة بقيمته. ومن ثم فإن هذه المطالبة تبرز بوضوح سوء نيته وتعطى الحق للأمر فى المطالبة برد القيمة والتعويض معاً.



العقد لكى يفوت على الأمر الفرصة فى إثبات عدم أحقيته فى قيمة الضمان ، وبالتالي إثبات سوء نيته. ففى مجال الغش أو التعسف يتعين المساواة بين الغش الواقع على الأمر وذلك الواقع على الضامن ، ومن ثم تعين إعطاء الفرصة للأمر لاسترداد قيمة الضمان بإثبات سوء نية المستفيد سواء باللجوء إلى خطاب الضمان أو عقد الأساس<sup>(١)</sup>. صحيح أن الغش الواقع على الضامن لا يمكن أن يستمد إلا من خطاب الضمان ، حيث لا شأن للضامن بأى علاقة قانونية أخرى غير هذا الخطاب. مع هذا فإن الوضع يختلف تماماً ، لأن المستند إلى هذا الغش أو سوء النية فى هذه الحالة هو الأمر وليس الضامن. ومن ثم يتعين إفساح المجال أمامه لإثبات هذا القصد أو تلك النية. فالمطالب بالاسترداد هنا هو الأمر وليس الضامن ، وبالتالي يستوى أن يلجأ إلى عقد الأساس أو إلى خطاب الضمان لإثبات سوء نية المستفيد أو اتجاه إرادته إلى الحصول على قيمة الضمان دون وجه حق.

خلاصة القول إذن أن اللجوء إلى المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥ ، ومن ثم الادعاء بعدم أحقية الأمر فى الاستناد إلى عقد الأساس لإثبات سوء نية المستفيد ، لا يمكن تدعيمه أو الدفاع عنه. صحيح أن هذه المادة بينت بوضوح الحالات التى يمكن للضامن الاستناد إلى واحدة منها لرفض الدفع فى علاقته بالمستفيد. مع ذلك فإن هذا ينحصر

(١) فالاستناد إلى عقد الضمان أو إلى عقد الأساس لا يكون بهدف التمسك تجاه المستفيد بالدفع المستمده منهما ، وإنما فقط لإثبات عدم أحقية المستفيد فيما حصل عليه من قيمة الضمان. فاللجوء إلى هذه العلاقة أو تلك ليس الهدف منه الخيلولة بين المستفيد والحصول على قيمة الضمان ، وإنما فقط إثبات عدم أحقيته فيما قبضه من مبالغ ، ومن ثم إثبات سوء نيته. فإذا كان الفقه يجمع على عدم أحقية العميل الأمر أو البنك الضامن فى التمسك بأى دفع مستمده من العلاقة الأساسية التى تربط سواء بين البنك والعميل أو بين العميل والمستفيد ، فإن الحديث هنا يأخذ منحى آخر وهو اللجوء إلى هذه العلاقة الأساسية لإثبات أن ما حصل عليه المستفيد من قيمة الضمان ليس من حقه ، وبالتالي يتضح سوء نيته بما يعطى للأمر الحق فى الرجوع عليه ومطالبته برد ما قبضه والتعويض إن كان له مقتضى.

فى العلاقة بين الضامن والمستفيد، حيث يقتصر حق الأول فيما يستمد من تلك العلاقة، دون أى دفع يستمد من أى علاقة قانونية أخرى غير خطاب الضمان. وذلك على خلاف العلاقة بين الأمر والمستفيد، إذ يستطيع الأول الاستناد إلى عقد الأساس أو خطاب الضمان لإثبات عدم أحقية المستفيد فى الحصول على قيمة الضمان، ومن ثم إثبات سوء نيته عند توجيه المطالبة.

## ٢- إثبات الضرر

يتعين كذلك على الأمر أن يثبت الضرر الذى لحق به من جراء قيام المستفيد بالحصول على قيمة الضمان دون حق. فلا يستطيع الأمر المطالبة بالتعويض أو الرجوع على المستفيد ومطالبته بالتعويض، إلا عندما يثبت أن ضرراً ما قد أصابه من جراء تلك المطالبة والحصول على قيمة الضمان. فعلى الشاحن أو مستلم البضاعة عندما يرجع على الناقل بالتعويض، أن يثبت أن ضرراً قد لحق به أو أصابه نتيجة لقيام الناقل بالحصول على قيمة الضمان، وذلك على الرغم من تطابق حالة البضاعة المستلمة مع تلك الواردة بسند الشحن، أو على الرغم من وصول المستندات التى تعطى مستلم البضاعة الحق فى استلامها أو إثبات أنه صاحب الحق الفعلى على تلك البضاعة<sup>(١)</sup>. فى الحقيقية لن يستطيع الأمر الحصول على تعويض من المستفيد إلا إذا أثبت أنه كان سئى النية عند حصوله على قيمة الضمان من ناحية، وأن ضرراً قد أصابه من جراء قبضه لهذه القيمة من ناحية أخرى. فإثبات الضرر يُعد أمراً ضرورياً لا يمكن الاستغناء عنه فى مجال التعويض. فإذا كان الحق فى استرداد قيمة الضمان لا يتطلب من الأمر سوى إثبات

---

(١) وهو نفس الأمر الذى يتحقق أيضاً بالنسبة للناقل عندما يكون هو الأمر بإصدار خطاب الضمان وليس المستفيد منه، إذ يستطيع فى هذه الحالة المطالبة بالتعويض عندما يثبت أن هناك ضرراً قد أصابه من جراء قيام المستفيد بقبض قيمة الخطاب، وأن هذا الضرر كان نتيجة مباشرة لهذا القبض، أى بإثبات علاقة السببية بين الضرر وقيام المستفيد بقبض قيمة الخطاب دون وجه حق.

عدم أحقية المستفيد فى قبض تلك القيمة، فإن الحق فى التعويض يتطلب سوء النية من ناحية، وإثبات الضرر من ناحية أخرى.

ولا شك أن تقدير الضرر وحدوده يُعد من الأمور التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، فعلى أساسه يتم تقدير التعويض الذى يستحقه الأمر. مع هذا لا يشترط أن يبلغ هذا الضرر حداً من الجسامة حتى يمكن القول بأحقية الأمر فى التعويض. فمهما كانت حدود الضرر الذى لحق بالأمر، يمكنه المطالبة بالتعويض، طالما أن الآثار المترتبة تجاوزت الحد الذى يمكن التسامح فيه. ومن ثم فإن جسامة الضرر، وإن كانت لا تعد شرطاً من شروط استحقاق التعويض، إلا أنها تأخذ فى الاعتبار عن تقدير مبلغ التعويض.

كذلك لا بد أن يكون الضرر الذى أصاب الأمر ناتج بصورة مباشرة عن قيام المستفيد بقبض قيمة الضمان. فالضرر المباشر هو الذى يعطى فقط الحق فى التعويض، وذلك على العكس من الأضرار غير المباشرة، إذ لا تمكن الأمر من المطالبة بالتعويض.

وهكذا يمكننا القول أن قيام المستفيد بقبض قيمة الضمان دون وجه حق، يعطى الأمر الإمكانية فى المطالبة باسترداد قيمة الضمان، وذلك بإثباته عدم أحقيته فى المطالبة بقيمة الضمان. كما يعطيه الحق فى المطالبة بالتعويض، بإثبات سوء نية المستفيد فى قبضه لهذه القيمة وإثبات الأضرار التى لحقت به من جراء ذلك القبض، وهو الأمر الذى يسهل إثباته من خلال الاستناد إلى غش المستفيد أو إساءة استعماله للحقوق التى يخولها خطاب الضمان. بيد أن هذا الرجوع على المستفيد، فى تلك الحالة، لا يحول دون أحقية الأمر فى الرجوع على الضامن عندما يقوم هذا الأخير بدفع قيمة الضمان رغم وضوح الغش أو بيان الإساءة من قبل المستفيد أو غيره. فإذا كان الغش يفسد كل شىء، فإنه بالضرورة يعطى الأمر حق الرجوع على الضامن ومطالبته بقيمة الضمان، لاسيما عند قيامه بدفع غير المستحق عند انتهاء مدة الضمان، أو عندما يكون هذا الدفع مشوباً بغش ظاهر أو بين. وهو ما سنعرض له فى الجزئية التالية. -

## الفرع الثاني

### رجوع الأمر على الضامن

في الحقيقة قد يكون رجوع الأمر على الضامن نتيجة لقيامه بدفع قيمة الضمان، رغم وضوح الغش من جانب المستفيد. وقد يكون هذا الرجوع لدفع مطالبة الضامن بأداء المبلغ المدفوع للمستفيد<sup>(١)</sup>. فالرجوع

(١) كذلك فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا يتعلق بمدى إمكانية توقيع الأمر على قيمة الضمان تحت يدى البنك المصدر عندما يرتكب المستفيد غشاً بين أو عندما يتعسف تعسفاً ظاهراً في استعمال حقه الذي يقرره خطاب الضمان، لاسيما عندما يكون له دين مؤكد ومستحق الأداء ومعين المقدار في ذمة المستفيد. في الحقيقة إن إعطاء العميل الأمر إمكانية الحجز على موضوع خطاب الضمان تحت يدى البنك ياتباع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير يعد وسيلة للحد من تعسف المستفيد تجاه العميل الأمر، طالما أنه يعطيه الفرصة للحيلولة بينه وبين الحصول على قيمة الخطاب حتى يصدر القضاء رأيه في موضوع الحجز. فمن المعلوم أن الحجز التحفظي يعد وسيلة بين يدى الدائن تكفل له الحصول على دينه قبل المدين وتحول بين الأخير وبين الإفلات بالضمان من تحت يدى الدائن. فلقد راعى المشرع مصلحة الدائن عندما لا يكون بيده سند تنفيذي يمكنه من اقتضاء حقه، في الوقت الذي يخشى فيه من فوات الفرصة عليه إذا أفلت المدين بالضمان. فأعطاه المشرع هذه المكتة حتى يتسنى له الحصول على سند تنفيذي بحقه. مع هذا فإنه ينبغي الأخذ في الاعتبار أن إعطاء الدائن (العميل) هذه المكتة، في مجال خطاب الضمان، سوف يقوض من الميزة الأساسية التي تتمتع بها تلك الخطابات وهو استقلالها عن كل العلاقات الأخرى. فإذا استطاع العميل الأمر الحجز على قيمة الخطاب تحت يد البنك، فإن هذا الحجز سيفقد الخطاب سمته الأساسية وهو الاستقلال عن عقد الأساس وعن عقد خطاب الضمان، دون أدنى نظر إلى كون حقه مؤكد ومستحق الأداء ومعين المقدار في ذمة المستفيد. فالعميل لا يستطيع «الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك لدين له قبل المستفيد، وذلك تطبيقاً لأبسط خصائص خطاب الضمان وهي استقلالية العلاقة بين العميل الأمر بالمستفيد في مواجهة البنك الملزم وحده وبياراته المنفردة قبل المستفيد مجرد أول طلب دون قيد أو شرط ولأنها أموال غير مملوكة للمستفيد. والقول بغير ذلك، أي القول بإمكانية قيام العميل بطلب الحجز على قيمة خطاب الضمان لكونه دائماً للمستفيد - وأياً كان سبب دينه - يهدم كلية أهم خصائص خطاب الضمان ويلغى فائدته العملية ألا وهي كونه بديلاً عن التأمين النقدي (د/ سميحة القليوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٤٥٩؛ راجع أيضاً/ محمد عزمى البكرى، موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ١٢٦٩؛ د/ عبد الفضيل محمد أحمد، العقود التجارية، المرجع السابق، فقرة ٢٨٨، ص ٣٦٤).

على الضامن قد يكون بعد قيام الأمر بتوفير غطاء الضمان، استناداً إلى قيامه بإثبات الغش أو التعسف للضامن من جانب المستفيد (الفصل الأول)، وقد يكون لدفع رجوع البنك الضامن عليه بأداء المبلغ المدفوع (الفصل الثاني).

### الفصل الأول

#### رجوع الأمر بعد قيامه بإثبات الغش أو التعسف للضامن

يستطيع الأمر، وفقاً لهذه الحالة، الرجوع على الضامن ومطالبته برد الضمان الذى قدمه نتيجة لقيامه بالوفاء بقيمته، وذلك على الرغم من إعلامه من جانبه بتجميد تلك القيمة استناداً إلى غش أو تعسف المستفيد الظاهر والبيّن. فهذا الرجوع يُعد نتيجة منطقية لرفض الضامن الاستجابة لطلب الأمر بتجميد الضمان عندما يكون غش المستفيد أو تعسفه ظاهراً بصورة لا تثير أى شك حول وقوعه. على العكس لا يستطيع الأمر الرجوع على الضامن أو لا تقوم مسئولية هذا الأخير فى مواجهة الأمر، وذلك على الرغم من قيام الأخير بإخطاره بتجميد قيمة الضمان، عندما يكون الغش أو التعسف المدعى به احتمالياً. ومن ثم فإن الفيصل فى إعطاء الأمر الحق فى الرجوع على الضامن هو مدى تأكيد الغش أو التعسف من جانب المستفيد أو أنه ذو طابع احتمالى. ولا شك أن هذا التمييز أو تلك التفرقة تُعد من الأمور الصعبة، التى يتعين التحقق عند

---

= هذا ما أكده القضاء فى مناسبات عديدة، لاسيما القضاء الفرنسى. مع هذا فإن البعض يذهب إلى القول بضرورة التمييز بين كون الدين المستحق فى ذمة المستفيد أساسه أو مصدره فى عقد الأساس أم لا. فإذا كانت الإجابة بالنفى، فإنه يتعين إعطاء العميل هذا الحق، لأنه ليس هناك «قانوناً يمنع من إمكان توقيع هذا الحجز، لأن الدين المحجوز من أجله لا يجد مصدره فى علاقة الأساس بين الأمر والمستفيد. وهنا لم يربط الأمر بين الدين المطالب به وذلك الملتزم به البنك فى مواجهة المستفيد ولم يخالف رغبة هذا العميل الأمر بالفصل بين الدين الناشئ عن عقد الأساس والدين الناشئ عن خطاب الضمان (د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، المرجع السابق، ص ٦٤). أما عندما يجد الدين مصدره فى هذه العلاقة، فإن العميل يحرم من هذا الحق أو تلك الميزة.

إجرائها من وجود شك أم لا حول توافر الغش أو التعسف. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢/٢/١٩٩٧، حيث أكدت المحكمة على التزام الضامن بتجميد قيمة الضمان عند إخباره من جانب الأمر، في الوقت الذي تمت فيه المطالبة، بغش المستفيد أو تعسفه. مع هذا فإن هذا التجميد يحتم على قضاة الموضوع التحقق من عدم وجود أى احتمال للشك حول توافر الغش أو التعسف<sup>(١)</sup>. كذلك يستطيع قضاة الموضوع الاسترشاد بالمعايير التي قنتها المادة ١٩ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م، طالما أن الجزم بوضوح الغش أو التعسف، أو على العكس وجود احتمال للشك حول توافرها، هو الأساس في إعطاء الحق للأمر في الرجوع على الضامن من عدمه. فلقد كرست هذه المادة مجموعة من المعايير التي يمكن الاسترشاد بها عند التحقق من وجود ذلك الشك من عدمه في الغش أو التعسف، تلك التي تتمحور حول وضوح أو بيان الغش.

وهكذا يتضح أن الأمر يستطيع الرجوع على الضامن عندما يفى هذا الأخير بقيمة الضمان، رغم إخباره بارتكاب المستفيد لغش واضح أو تعسف ظاهر، طالما أن الوفاء قد تم بعد هذا الإخبار. ولا يستطيع الضامن رد تلك المطالبة أو هذا الرجوع إلا بإثبات أن الغش أو التعسف المتدرع به يثار الشك حول توافره، أى أنه كان مجرد غش أو تعسف احتمالي. كذلك يستطيع الضامن دفع هذا الرجوع بإثبات أن الوفاء قد تم قبل علمه بالغش وإخباره بذلك من جانب الأمر. ولا جدال أن هذا الدفع سهل الإثبات، طالما أن الوفاء كان معلوماً التاريخ. بيد أنه يتعين على الضامن، في هذه الحالة، أن يرجع على المستفيد ويطلبه برد قيمة الضمان، طالما تأكد لديه ارتكابه لغش أو تعسف واضح. ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن الضامن ليس له أدنى مصلحة في الرجوع على المستفيد لاسترداد المال

(1) Cass. Com. 2/12/1997, JCP, G, 1998, I, 149, no 9 obs. Switer et Delebecque; JCP. G, 1998, no 4, 21 janv, Sommaires de jurisprudence, p.154.

المدفوع، ويستوى أن يكون الدفع قد تم بناء على غش أم لا. فالضامن يضمن، في جميع الأحوال، حقوقه قبل الأمر، وسواء تم ذلك قبل إصدار الخطاب، أم بعد الدفع. في الحقيقة أن هذا القول مردود لأن الأمر يستطيع الرجوع، في جميع الأحوال، على الضامن ومطالبته بقيمة الضمان، سواء قدم غطاء الضمان أم لا. فالضامن «له مصلحة في ذلك، لأن الأمر سيدعى عليه إذا رأى غشاً أو تعسفاً باستعمال الحق»<sup>(١)</sup>.

مجمل القول إذن أن الأمر يستطيع الرجوع على الضامن شريطة أن يكون الأمر أخير الضامن بوجود غش أو تعسف من جانب المستفيد قبل قيامه بالوفاء لهذا الأخير. فهذا الإخبار أو الإخطار يقيم مسئولية الضامن في مواجهة الأمر. مع هذا فإن الضامن يستطيع دفع هذا الرجوع بإثبات أن الغش أو التعسف لم يكن واضحاً أو بيناً، وإنما كان احتمالياً، حيث يثار الشك حول توافره أو وجوده. كذلك يستطيع الأمر الرجوع على الضامن عند قيام هذا الأخير بالوفاء بقيمة الضمان قبل إخطاره من جانبه بوجود غش أو تعسف من جانب المستفيد، إذ يتعين على الضامن، في هذه الحالة، الادعاء على المستفيد ومطالبته باسترداد قيمة الضمان نتيجة لارتكابه هذا الغش أو ذلك التعسف. ولا يقبل من الضامن دفع هذا الرجوع إلا بإثبات قيامه بالإدعاء على المستفيد لاسترداد المال المدفوع، سواء أكان ذلك للحصول على تلك القيمة لعدم قيام الأمر بتوفير غطاء الضمان، أو كان هذا الادعاء لاتقاء أو تفادي رجوع الأمر عليه بعد ذلك.

### الفصل الثاني

#### دفع الأمر رجوع الضامن بأداء المبلغ المدفوع

تتحقق هذه الحالة عند قيام الضامن بدفع قيمة الخطاب، دون وجود غطاء لهذه القيمة، ومطالبة الأمر بأداء المبلغ المدفوع، إذ يستطيع الأمر دفع تلك المطالبة إما استناداً لأن الضامن قد قام بالوفاء لغير

(١) أ/ بسام عاطف المهتار & مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٥٠.

مستحق نتيجة لانتهاء مدة الضمان، أو استناداً لارتكاب المستفيد لغش ظاهر<sup>(١)</sup>.

#### ١- دفع الضامن لدين غير مستحق

يستطيع الأمر، وفقاً لهذه الحالة، دفع رجوع الضامن استناداً إلى قيامه بدفع دين غير مستحق نتيجة لانتهاء مدة الضمان. هذا يعني أن الأمر لا يستطيع دفع رجوع الضامن عند قيامه بدفع قيمة الضمان دفعاً صحيحاً، استناداً إلى سريان الضمان وعدم ارتكاب المستفيد لغش أو تعسف، فعندما يطلب المستفيد الوفاء أثناء سريان المدة المحددة في خطاب الضمان، فإنه تيراً ذمة الضامن قبل الأمر، طالما أن المستفيد لم يرتكب غشاً واضحاً أو تعسفاً بيناً، ولم يخبّره الأمر بمحدث أى شيء من ذلك. أما عندما يدفع الضامن قيمة الضمان بعد انتهاء المدة المحددة، فإنه يتحمل المسؤولية في مواجهة الأمر، طالما أنه تسلم طلب الوفاء بعد انتهاء الأجل. ففى هذه الحالة يتعين على الضامن الامتناع عن الدفع، وإلا تحمل المسؤولية كاملة وامتنع عليه الرجوع على الأمر للوفاء بتلك القيمة. هذا ما تبرزه بوضوح المادة الثانية عشر من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م، بنصها على أن «تنتهى المدة المحددة للالتزام: أ) بحلول الأجل، والذي قد يكون موعداً محدداً، أو آخر يوم من فترة محددة مقررة فى العقد، مع العلم أنه إذا صادف اليوم الأخير، يوم عطلة فى محل إقامة الضامن حيث صدر الضمان، أو فى محل إقامة شخص آخر مذكور فى العقد، يكون اليوم الذى يلى يوم العطلة هو اليوم الأخير. ب) إذا كان حلول الأجل المذكور

(١) ويحدث ذلك عملاً عندما يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان على المكشوف، وهو المر الذى يتحقق إما عندما يكون العميل شخصاً ذو سمعة طيبة أو ذو ملاءة مالية عالية، أو عندما يصدر الخطاب على أساس مبدأ المعاملة بالمثل. فالخطاب قد يصدر وعلى المكشوف إذا كان العميل يتمتع بثقة مالية وسمعة طيبة، وعندئذ لا يكون هناك غطاء. ويحدث ذلك أيضاً إذا طلب بنك أجنبى من بنوك الدرجة الأولى المتعلمة لدى البنك المركزى من بنك وطنى إصدار خطاب ضمان لشخص أجنبى مقيم على أساس مبدأ المعاملة بالمثل (د/ عبد الفضيل محمد أحمد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ١٣٩) ..



يعتمد على وقوع حادث خارج عمليات الضامن، بشرط أن يكون الحادث واقعا وثابتا بإبراز مستندات تثبت وقوعه. وإذا لم يذكر التعهد تقديم أى مستند، يكتفى فقط بشهادة المستفيد بوقوع ذلك الحادث. (ج) تنقضى مهلة هذا التعهد بمرور ست سنوات من تاريخ الإصدار، إذا لم يحدد تاريخ، وإذا لم يعين حادث تنتهى المهلة بوقوعه<sup>(١)</sup>.

(١) ولقد جاء النص على النحو التالى:

"The validity period of the undertaking expires:

A) At the expiry date, which may be a specified calendar date or the last day of a fixed period of time stipulated in the undertaking, provided that, if the expiry date is not a business day at the place of business of the guarantor/issuer at which the undertaking is issued, or of another person or at another place stipulated in the undertaking for presentation of the demand for payment, expiry occurs on the first business day which follows;

b) If expiry depends according to the undertaking on the occurrence of an act or event not within the guarantor/issuer's sphere of operations, when the guarantor/issuer is advised that the act or event has occurred by presentation of the document specified for that purpose in the undertaking or, if no such document is specified, of a certification by the beneficiary of the occurrence of the act or event; c) If the undertaking does not state an expiry date, or if the act or event on which expiry is stated to depend has not yet been established by presentation of the required document and an expiry date has not been stated in addition, when six years have elapsed from the date of issuance of the undertaking".

راجع كذلك المادة ٢٥ من القواعد الجديدة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية، حيث تقرر فى فقرتها (ج) أن

Si la garantie ou la contre-garantie n'indique pas de date d'échéance ou d'événement entraînant la déchéance, la garantie expirera trois ans après sa date d'émission et la contre-garantie expirera trente jours calendaires après l'expiration de la garantie, ce qui est suffisant pour que cette dernière soit déclenchée.

وهكذا تعلق تلك المادة مسئولية الضامن على الوقت الذى يتم فيه تسلم طلب الوفاء. فإذا تم استلامه قبل حلول الأجل المحدد فى خطاب الضمان، انتفت مسئولية الضامن، طالما لم يقم الأمر بإخطاره بالغش أو التعسف الذى ارتكبه المستفيد فى سبيل حصوله على قيمة الضمان. أما إذا تسلم الضامن طلب الوفاء بعد حلول الأجل، تعين عليه الامتناع عن دفع القيمة، وإلا قامت مسئوليته فى مواجهة الأمر، وسقط حقه فى الرجوع عليه لاسترداد ما قام بدفعه<sup>(١)</sup>.

مع هذا فإن أجل الضمان يمتد عندما يتعذر على المستفيد تقديم طلب الوفاء فى الأجل المحدد لقوة القاهرة، كحرب أهلية أو أعمال الثورات أو أحداث الشغب، شريطة أن يرد فى خطاب الضمان بنداً يسمح بهذا الامتداد. فإذا خلا خطاب الضمان من مثل هذا الاتفاق، قامت مسئولية الضامن عند الوفاء بعد انتهاء المدة المحددة، حتى ولو أثبت أن تعذر الرجوع فى الموعد المحدد يرجع إلى فعل القوة القاهرة. فهذه الأخيرة لا تعطى للمستفيد الحق فى طلب الوفاء بعد حلول الأجل، كما أنها لا تسمح للضامن بالوفاء، إلا عندما يتضمن الخطاب ما يسمح بهذا التقديم أو ذلك الوفاء. لهذا ذهب البعض وبحق إلى القول بأنه يجب على المستفيد «أن يسعى لتضمين عقد الضمانة بنداً يميز تمديد مهلتها تلقائياً فى حال حدوث القوة القاهرة دون وصول الطلب فى موعده لأى سبب من

---

(١) د/ محيى الدين إسماعيل علم الدين، العمليات الائتمانية، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٣٤٦؛ د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٧١، حيث يقرر سيادته أن «حق رجوع البنك على الأمر مشروط بأن يكون الدفع قد تم طبقاً لما هو متفق عليه فى العقد المبرم بينهما، وخصوصاً فيما يتعلق بقيمة الضمان، وميعاد استحقاقه، وتقديم ميررات الدفع من جانب المستفيد». وعليه إذا وصلت تلك المطالبة إلى البنك بعد انتهاء المدة المحددة، ول يوم واحد، تعين على البنك الضامن الامتناع عن الوفاء، وذلك أمر بديهى «حيث أن العميل يقوم بسحب غطاء الخطاب بمجرد حلول ميعاد انتهائهن فيجب إبراء البنك من التزامه بالدفع منذ هذه اللحظة (المرجع السابق، ص ٧٦)».

الأسباب، مع تحديد، قدر المستطاع، الحالات التي يمكن اعتبارها حالات قوة قاهرة، كعوامل الطبيعة، أحداث شغب، حرب، إضراب.....(١). مع هذا فإن دفع الأمر رجوع الضامن عليه يندر، فى مثل هذه الحالة، فى خطابات الضمان الملاحية، حيث تتميز هذه الأخيرة بأنها تصدر غير محددة المدة وغير محددة القيمة. ومن ثم فإن وفاء الضامن بقيمة الضمان يعد دفعاً صحيحاً فى جميع الأحوال التى ينتفى فيها الغش أو التعسف. فطالما أن هذا النوع من خطابات الضمان يصدر غير محدد المدة، فإن الأمر لن يستطيع الاحتجاج بقيام الضامن بدفع قيمة الضمان بعد حلول الأجل المحدد. فخصوصية خطابات الضمان الملاحية تحدد إذن حالات دفع رجوع الضامن، أو بمعنى أدق تحصرها فى حالة واحدة هى الدفع المشوب بغش أو تعسف ظاهر. بيد أن انفراد خطابات الضمان الملاحية بهذه الخصوصية لا يحول دون انطباق القاعدة التى أقرتها الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٩٥م، والتى تقضى بانقضاء مدة الضمان بمرور ست سنوات تبدأ من تاريخ الإصدار. فإذا كانت خطابات الضمان الملاحية تتميز بعدم تحديدها لمهلة ينقضى بحلولها التزام الضامن، فإن شأنها شأن سائر خطابات الضمان ينقضى فيها الالتزام بمرور المدة التى حددتها تلك الفقرة. ومن ثم لن يستطيع الأمر، فى هذا النوع من الخطابات، دفع رجوع الضامن عليه، إلا عندما يقوم بالوفاء بعد انقضاء ست سنوات تحسب من تاريخ الإصدار. فعندما يقوم الضامن بالوفاء بعد انقضاء هذه المدة، فإنه يتحمل المسؤولية كاملة فى مواجهة الأمر، ومن ثم يتمتع عليه الرجوع على الأمر ومطالبته بالوفاء. وحتى إذا قام الضامن بهذا الرجوع، فإن الأمر يستطيع دفع هذه المطالبة بالدفع غير المستحق لانقضاء المهلة المحددة لرجوع المستفيد على الضامن.

(١) / بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية، الضمانة غب الطلب، المرجع السابق، ص ١٥٢.

كذلك يستطيع الأمر دفع مطالبة الضامن بالاستناد إلى الدفع المشوب بالغش الظاهر. وهو ما سنعرض له فى الجزئية التالية.

## ٢- دفع رجوع الضامن تشبه الغش

بما لا شك فيه أن الأمر لا يستطيع دفع رجوع الضامن عليه عندما يقوم هذا الأخير بدفع قيمة الضمان دفعاً صحيحاً، إذ يحق له فى هذه الحالة الرجوع على الأمر. مع هذا فإن الأمور تسير بصورة أخرى عندما يكون هذا الدفع مشوباً بالغش الظاهر. ففى هذا الفرض يستطيع الأمر أن يدفع رجوع البنك الضامن بما دفعه للمستفيد، استناداً إلى أن الدفع كان مشوباً بالغش الظاهر<sup>(١)</sup>. فهذا الأخير يرتب، كما سبق القول، مسئولية البنك الضامن، إذ يستطيع بكل سهولة تجميد قيمة الضمان عندما يرتكب المستفيد غشاً ظاهراً. أما أن يقوم بالوفاء للمستفيد، رغم وضوح الغش من جانبه، فإن رجوعه على الأمر بقيمة الضمان يسهل دفعه بالاستناد إلى هذا الغش. وهكذا يتضح أن الغش الظاهر هو الذى يبرر دفع رجوع الضامن على الأمر، أما القول أو الادعاء بغش المستفيد فلا يمكن الاستناد إليه لدفع هذا الرجوع. هذا ما أكدته البعض من الفقهاء بالقول بأنه «قد يحصل أن الأمر يدفع رجوع البنك الضامن عليه بأن طلب الوفاء كان بغش من المستفيد، ولكن هذا المنطق يجب استبعاده، لأنه متى دفع الضامن دفعاً صحيحاً فقد أدى ما عليه، ويكون للأمر أن يرجع على المستفيد، إلا إذا كان الضامن قد دفع ديناً مشوباً بغش ظاهراً<sup>(٢)</sup>».

(١) د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص٧٣، حيث يقرر سيادته «أن رجوع البنك الضامن ضد المستفيد من الضمان لا يثور إلا فى حالة ما إذا كان هذا المستفيد قد ارتكب غشاً، ولم يكن لدى البنك غطاء للضمان سبق وقدم من جانب الأمر». وهو الأمر الذى يفهم منه أنه لا يحق للضامن الرجوع فى هذه الحالة على العميل الأمر، وإنما يتعين عليه أن يوجه مطالبته إلى المستفيد، طالما أنه قد ارتكب غشاً يمنع من الحصول على قيمة الضمان.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، فقرة ٢٩٣، ص ٢٧٦.

فعلى الرغم من أن خطاب الضمان يربط بين الضامن وبين المستفيد، إذ لا يُعد الأمر طرفاً في الضمان، إلا أن الغش الظاهر أو البين يعطيه الحق في دفع رجوع الضامن عليه، طالما أن له مصلحة في مثل هذا الادعاء أو الدفع. بل إن هذه المصلحة تبرر إعطاء الأمر الحق في التدخل في الدعوى التي يرفعها المستفيد على الضامن للحصول على قيمة الضمان. فهذا التدخل يحقق مصلحة كبيرة للأمر تتمثل في اتقاء رجوع الضامن عندما يستطيع المستفيد الحصول على قيمة الضمان من خلال دعواه التي يرفعها على البنك الضامن<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول إذن أن عدم اعتبار الأمر طرفاً في خطاب الضمان لا يحول دون استناده إلى عدم صحة الوفاء الذي قام به الضامن، طالما أن هذا الوفاء كان مشوباً بالغش الظاهر. فإذا كان الغش الظاهر يفسد كل شيء، فإنه يعطى بالتالي الحق للأمر في الاستناد إليه لدفع رجوع الضامن عليه بقيمة الضمان. ولا يصح لهذا الأخير الاعتراض على هذا الدفع استناداً إلى استقلال العلاقة التي تربط بينه وبين المستفيد عن كافة العلاقات القانونية الأخرى.

### خاتمة

لقد عرضنا على صفحات هذا البحث لخطابات الضمان الملاحية، باعتبارها وسيلة من تلك التي توفرها البنوك لعملائها لمساعدتهم على ضمان الالتزامات المنبثقة عن علاقاتهم البحرية من ناحية، ولتوفير المناخ الملائم لهذه العلاقات من ناحية أخرى. وفي مستهل هذه الدراسة عرضنا في الفصل الأول لتعريف خطابات الضمان المصرفية بصفة عامة باعتبارها

(١) بل إن البعض يرى أن رجوع الضامن على المستفيد لن يكون إلا من خلال الدعوى غير المباشرة. فكل ما للضامن هو الرجوع بمقتضى الدعوى غير المباشرة مستعملاً في ذلك حق الرجوع المقرر للأمر (د/ رضا السيد عبد الحميد، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٧٣). بيد أن هذا الرجوع يتنافى مع مبدأ استقلال خطابات الضمان في العلاقة بين الضامن والمستفيد. فإذا كان هذا الاستقلال يعنى أن الضامن يلتزم بإرادته المنفردة وليس بصفته وكيل أو نائب عن الأمر، فإنه يمنحه الحق في الرجوع على المستفيد بالدعوى المباشرة، طالما أن التزامه مستقل تماماً عن التزام العميل الأمر.

الأساس الذي تنفرع منه العديد من خطابات الضمان، كتلك التي تشكل محور المعالجة. كذلك عرضنا في هذا الفصل لحقيقة خطابات الضمان الملاحية، سواء من خلال إلقاء الضوء على وظائفها العديدة، أو الصور التي تكون عليها، أو ما تنفرذ به من ذاتية وما تستقل به من خصوصية.

وفي الفصل الثاني تعرضنا لأثر الغش أو التعسف على خطاب الضمان، وذلك من خلال إبراز الشروط التي يتعين توافرها حتى يمكن دفع مطالبة المستفيد بالغش أو التعسف في استعمال الحق الذي يخوله إياه خطاب الضمان. وفي هذا المقام أبرزت الدراسة أن للغش أو التعسف في استعمال الحق مفهوم محدد عما تعرفه النظرية العامة للالتزامات. هذا التحديد يفرضه واقع خطابات الضمان وما تنفرذ به من استقلالية، خاصة في العلاقة التي ينشئها الخطاب بين الضامن والمستفيد. فهذا الاستقلال يعطى الحق للمستفيد في الرجوع على الضامن ومطالبته بقيمة الضمان، دون أن يملك الضامن أو العميل الأمر الاستناد إلى عقد الأساس أو ما يستمد منه من دفع لدحض مطالبة المستفيد بقيمة الضمان.

بيد أن هذا الاستقلال لا يعنى تحصين حق المستفيد ضد أى دفع أو منازعة. بل على العكس أقر الفقه والقضاء إعطاء الأمر والضامن الاستناد إلى الغش الواضح أو التعسف الظاهر لتعطيل الوفاء بقيمة الضمان. فوضوح الغش أو بيان التعسف يرتبان أثراً بالغ الأهمية وهو تجميد الوفاء بقيمة الضمان، بما يمثل خروجاً على استقلال خطاب الضمان عن أى علاقة قانونية أخرى قد تربط بين طرفيها وأشخاص آخرين. وإذا كان هذا الأمر يمثل استثناءً على استقلال الخطاب، فإنه يتعين التحقق من شروط إعماله قبل اللجوء إليه أو إقراره في مجال خطابات الضمان الملاحية.

وهكذا يتضح أن هذه الدراسة قد حاولت أن تضع بين يدي القارئ كافة القواعد الحاكمة لهذا النوع من الضمانات، بصورة تجعل منه وسيلة آمنة، توفر الأمان القانوني لكل الأطراف المتصلة به، سواء توفر ذلك من خلال التأكيد على استقلال الخطاب في العلاقة بين الضامن والمستفيد، أو من خلال إعطاء الأمر الإمكانية للنيل من هذا الاستقلال وما يرتبه من

نتائج بلجونه إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق أو استناداً إلى أن الغش يفسد كل شيء.

مع هذا وإن كان عرضنا لهذا الموضوع قد جاء موجزاً، إلا أنه مع ذلك يمكن أن يضع أمام القارئ مجموعة من المسائل الهامة:

١- وجود اختلاف واضح بين التشريعات الوضعية والاتفاقية الدولية فيما يتعلق بالجهة المصدرة لهذه الخطابات. فإذا كانت التشريعات الوضعية قد حصرتها في البنوك<sup>(١)</sup>، إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥م سمحت للبنوك وغيرها من المؤسسات المالية بإصدار هذه الخطابات المستقلة.

٢- ارتباط خطابات الضمان الملاحية بسندات الشحن البحرية. فهي شرعت لحسن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود النقل البحرية من ناحية، وكفالة قيام تلك السندات بدورها الأساسي في تمثيل البضاعة أثناء عملية النقل من ناحية أخرى. فعلى الرغم من أن خطابات الضمان الملاحية تصدر غير محددة المدة والقيمة، إلا أن قيامها بهذه الوظائف سمح بإسباغ صفة الضمانات المستقلة على الخطابات التي تصدرها الجهات الضامنة في هذا المجال.

٣- عدم كمال استقلالية خطابات الضمان. فما تتمتع به خطابات الضمان الملاحية من استقلال عن العلاقات القانونية التي تنشأ بسببها غير كامل، طالما أنه يمكن النيل من هذا الاستقلال بالدفع بالغش أو الاستناد إلى تعسف المستفيد عند استعماله لحقوقه التي تولدها هذه الخطابات. ولقد استشهد الباحث بالعديد من الأحكام القضائية التي كرست عدم كمال

---

(1) HOUIN-BRESSAND C. : Les contre-garanties, op.cit, no 114, p.96, où elle décide que dans les pays anglo-saxons, les compagnies d'assurance jouent ainsi un rôle non négligeable en la matière. Dans la plupart des pays européens, l'émission des garanties autonomes et des contre-garanties est cependant apparue comme "un monopole de fait" du système bancaire».

- هذا الاستقلال ، سواء باللجوء إلى فكرة التعسف فى استعمال الحق أو بالاستناد إلى مبدأ الغش الواضح أو البين.
- ٤- تقلص الصور التى يمكن أن يصدر بمناسبة خطاب الضمان الملاحى ، لاسيما بعد ظهور سندات الشحن الإلكترونية والتى من شأنها إنهاء خطابات الضمان التى تصدر فى مقابل استلام البضاعة ، طالما أن العقد يبرم وتصل مستنداته إلى وكيل الشحنة أو ممثل الناقل بمجرد إبرامه.



## قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية :

د/ أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.

د/ أحمد غنيم: خطاب الضمان، إطار متكامل، نظرياً وعملياً وقانونياً، بدون دار نشر، ٢٠٠٨.

د/ أحمد محمد الهوارى: حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

د/ إسماعيل غانم: النظرية العامة للحق، ط ٢، ١٩٥٨.

د/ أنس محمد عبد الغفار: التعسف فى استعمال الحق، دراسة تأصيلية وتطبيقية فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق - جامعة طنطا، العدد الثامن والأربعون، أبريل ٢٠٠٩.

أ/ بسام عاطف المهتار، مايا سليت مشرفية: الضمانة غب الطلب، آلية دفعها - تعطيل الآلية - مسئولية المصارف، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.

د/ توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، بدون دار نشر، ١٩٨١، ط ٢.  
د/ جلال وفاء محمددين: قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧.

د/ حسن كيره: المدخل إلى القانون، (النظرية العامة للقاعدة القانونية - النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٦، ١٩٩٣.

د/ حسين فتحى عثمان: التنظيم القانونى للحسابات والائتمانات المصرفية، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٩.

د/ خليل فيكتور تادرس: مبدأ الاستقلال فى خطاب الضمان الدولى وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د/ رضا السيد عبد الحميد: عمليات البنوك ذات الطابع الدولى، ط ١، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

- د/ رضا عبيد: القانون التجارى، بدون دار نشر، ط ٥، ١٩٨٤.
- د/ سعودى سرحان: عمليات البنوك من الوجة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د/ سليمان مرقص: المسئولية المدنية، دار النشر للجامعات، ١٩٥٨.
- د/ سميحة القليوبى: الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- د/ سميحة القليوبى: النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٣.
- د/ سميحة القليوبى: المنظمات الدولية، اتفاقية الأمم المتحدة فى شان الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ط ٢.
- أ/ سميرة أبو نسيم: خطابات الضمان، دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية فى مصر والمغرب وفرنسا، رسالة ماجستير، حقوق طنطا، ٢٠٠٩.
- د/ صالح محمد بدر الدين: المسئولية عن نقل النفايات الخطرة فى القانون الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- د/ صليب بطرس & م/ ياقوت العشماوى: الاعتماد المستندى من المنظور العملى والمنظور القانونى، المركز العربى للصحافة - أهلاً، ١٩٨٤.
- د/ عبد الحى حجازى: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج ٢، ١٩٥٤.
- د/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، ج ١، نقابة المحامين، ٢٠٠٧.
- د/ عبد الفضيل محمد أحمد: عمليات البنوك، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠.
- د/ عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ٩٩، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، بدون سنة نشر.
- د/ عبد المنعم الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- د/ عبد الودود يحيى: دروس فى المدخل لدراسة القانون.

- د/ على الأمير إبراهيم: التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتماد  
المستندى فى عقود التجارة الدولية ومسئوليته، دار  
النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د/ على البارودى: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف،  
الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- د/ على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية،  
١٩٩١م.
- د/ على يونس: أصول القانون البحرى، ١٩٩٧.
- د/ فايز نعيم رضوان: العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام قانون  
التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة  
العربية، ط٢، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١.
- د/ كمال حمدى: القانون البحرى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
- د/ محمد السعيد رشدى: التعسف فى استعمال الحق، دار النهضة العربية،  
١٩٩١.
- د/ محمد شوقى السيد: التعسف فى استعمال الحق، الهيئة المصرية للكتاب،  
١٩٧٩.
- م/ محمد عزمى البكرى: موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة  
الجديد، المجلد الثانى، الالتزامات والعقود التجارية،  
دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د/ محمد فريد العرينى & د/ على البارودى: القانون التجارى، العقود  
التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة  
للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- د/ محمود سمير الشرقاوى: القانون البحرى، ط٤، ١٩٩٣.
- د/ محمود مختار أحمد بربرى: قانون المعاملات التجارية، عمليات البنوك، دار  
النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د/ محمود مختار أحمد بربرى: قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية،  
٢٠٠٩.
- د/ محبى الدين إسماعيل علم الدين: العمليات الائتمانية فى البنوك  
و ضماناتها، بدون دار نشر، ١٩٦٨.

-

د/ مصطفى كمال طه: القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٥.

د/ نبيلة رسلان & د/ مصطفى أبو عمرو: نظرية الحق، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠٦.

د/ هاني محمد دويدار: أصول القانون التجاري اللبناني، العقود التجارية، والعمليات المصرفية، الجزء الثالث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

د/ هاني محمد دويدار: أصول القانون التجاري اللبناني، العقود التجارية والعمليات المصرفية، ج ٣، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

### ثانياً: المراجع الأجنبية :

AFFAKI G. : L'unification internationale du droit des garanties indépendantes, thèse, Paris II, 1995.

BORGA N.: La qualification de garantie autonome, mémoire D.E.A, Lyon 3.

CABRILLAC M. et MOULY Ch.: Droit des sûretés, Litec, 1999.

CHARTIER F.: Evolution de la jurisprudence en matière de garanties à première demande, Banque, 1987.

CONTAMINE-RAYNAUD M.: Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français: Aspects actuels du droit commercial français, Etudes affertes à René Roblot, L.G.D.J., 1984.

DELEBECQUE Ph. et SIMLER Ph.: Les sûretés, la publicité foncière, PUF, 2004.

DELEBEQUE ph. : Les garanties autonômes en droit interne, Bul.civ, 1992, p.374.

DIXON W.: The diminution of the autonomy principle, Thomson Legal Regulatory, 2004.

EISEMAN F. : Arbitrage et garantie contractuelle, R.A, 1972, p.379.

- FLOUR J. & AUBERT J.-L.:** Les obligations, le fait juridique, Armand Colin, 8éd, 1999.
- GAVALDA Ch. et STOUFFLET J.:** La lettre de garantie internationale, RTD. Com, 1980.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G. & FABRE-MAGNAN M.:** Traité de droit civil, introduction générale, 4éd, LGDJ, Paris, 1994.
- GOBIN A. :** Garanties financières et garanties autonomes, Gaz.pal, 17 décembre, 1999, p.30.
- HOUIN – BRESSAND C.:** Les contre-garanties, thèse, panthéon- Assas (Paris II), Dalloz, 2006.
- JOSSERAND L.:** De l'esprit des droits et leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, Paris, 1969.
- LANG R. et RAYNAUD C.:** Droit bancaire, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd, 1995.
- LECHIEN D.:** Les sûretés internationales (Etats – Unies Amériques), 1986.
- MALAURIE Ph.:** Note sur l'arrêt de Cour de cassation rendue en 22 fév, 1968, Dalloz, 1968.
- MESTRE J., PUTMAN E. & BILLIAU M. :** Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles, L.G.D.J., 1997.
- MOATTI L.:** La garantie bancaire à première demande dans les opérations de commerce international, Journ – des notaires et des avocats, 1989.
- PIEDELIEVRE S. :** Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande, RTD com, 2010, p.513.
- PRÛM A.:** Les garanties à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, Paris, 1994.
- PRÛM. A.:** Les garanties bancaires à première demande, essai sur l'autonomie, Litec, 1994.
- PRUM A. :** La consecration légale des garanties autonomes, in Mélanges P. SIMLER, Litec, 2006, p.413.

- RIPERT G.:** La règle morale dans les obligations civiles, Paris, LGDJ, 1949.
- RIPERT G.:** Abus ou relativité des droits, Rev. crit, législ, 1929.
- SIMLER Ph.:** Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3<sup>e</sup> éd, 2000.
- SIMLER ph.:** Cautionnement et garanties autonomes, litec, 3<sup>e</sup> éd, 2002.
- SIMLER ph. :** A propos des garanties autonomes en droit interne souscrite par des personnes physiques, J.C.P, 1991, p.90.
- SIMONT L.:** Les garanties indépendantes, rev. de la Banque, 1983.
- STOUFFLET J. :** La convention des Nations-Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby, RD bancaire, 1995, p.132 et s.
- STRACK B.:** Les obligations, 6<sup>e</sup>, Litec, n<sup>o</sup> 315.
- TERRE F., SIMLER Ph. & LEQUETTE Y. :** Droit civil, les obligations, Dalloz, 6<sup>e</sup>éd, 1996.
- VASSEUR M. :** Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes, 1990.