

دراسات قانونية

مجلة تصدر عن

أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة قاريونس

المجلد الخامس عشر

السنة السادسة عشرة الموافق 1998 افرنجي

منشورات

جامعة قاريونس

بنغازي

resuscitation given during cardiac arrest and is often

جامعة بنغازي
مكتبة كلية الحقوق

دراسات قانونية

المجلد الخامس عشر

السنة السادسة عشرة 1428 م.
الموافق 1998 ف

مجلة تصدر عن

أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة قاريونس

منشورات
جامعة قاريونس
بنغازي

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة

لايجوز طبع أو استنساخ أو تصوير أو تسجيل
أي جزء من هذا الكتاب باي وسيلة كانت
الا بعد الحصول على الموافقة الكتابية من الناشر

منشورات
جامعة قاريونس
بنغازي

هيئة التحرير:

د. محمد حسن الجازوي	أميناً للتحرير
د. عبد السلام الشريف	عضواً
د. إدريس أبو شريدة	عضواً
د. سليمان الغويل	عضواً

محتويات العدد

افتتاحية العدد 7

القسم الأول

البحوث والمقاولات 9

دور علماء القيروان في ترسيخ الوحدة التشريعية والفضائية 11
للدكتور/ عبد السلام محمد الشريف العالم

التحكيم متعدد الأطراف في العلاقات التجارية الدولية 27
للأستاذ/ حسن محمد الدينالي

نظرية العمل الأمير والعقد الإداري 109
للدكتور عمر محمد السيوى

السفينة الأجنبية في الميناء الوطني 141
للدكتور عبد المنعم محمد حواد

أسلوب القسم في القرآ الكريم 179
للدكتور ناصر عبد الله أبو راس

عقوبة الغرامة ومدى إمكانية الحكم بها في أحوال الشروع في الجنايات ... 205
للدكتور مصطفى مصباح دبارة

القسم الثاني

القضـــاء 227

الحكم في الدعوى الجنائية بالبراءة وأثره في الدعوى المدنية التابعة تعليق على حكم للمحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 432/ 36 ق 237

القسم الثالث

القوانين واللوائح القانون رقم (4) لسنة 1981م بإنشاء إدارة المحاماة الشعبية ولائحته التنفيذية 251

الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية أمانة اللجنة الشعبية العامة للعدل إدارة المحاماة الشعبية 253

جدول معادلة وظائف أعضاء إدارة المحاماة الشعبية بوظائف القضاء والنيابة العامة 265

قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل باللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لشنة 1981 بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية 266

قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل رقم (945) لسنة 1391 ور/ 1981 م بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لسنة 1981 م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية 282

قرار اللجنة الشعبية العامى للعدل رقم (417) 19/ 82 م بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لسنة 91 ور/ 81م بشأن إنشاء إدارة المحامة الشعبية 292

بسم الله الرحمن الرحيم

إفتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة على أشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ، وعلى آله وصحبه أجمعين

وبعد:

فيسعدني أن أقدم المجلد الخامس عشر من مجلة دراسات قانونية، وأن ألتقي بقرائها، ومتتبعي أبحاثها ودراساتها، وهو لقاء ألفناه في كل عام قد يتقدم قليلاً أو يتأخر إلا أننا نحرص عليه لأنه لقاء علمي في رحاب مجلة علمية ابت إلا أن تأخذ موضعها المتقدم بين المجلات العلمية المتخصصة لخدمة الفكر القانوني الإسلامي والوضعي.

وقد حرصت المجلة في هذا العدد على أن تقدم مائدة شهية من الدراسات والبحوث والمقالات العلمية بالإضافة إلى فقه القضاء والتشريع، لكي تكون مادة أصيلة للباحثين المتخصصين الذين يجدون في المجلات العلمية ضالتهم فيما يبحثون عنه أو فيما يجدون متعتهم في قراءته. ولا أدعي فيما نقدمه من دراسات وبحوث أننا نتجاوز ما ألفته المجلات العلمية من حيث المستوى العلمي فتلك غاية مثلى نسعى إلى تحقيقها وغاية ما نحرص عليه أن نقدم دراسات في مستوى الدراسات العلمية الجادة بإعتبار أن العلم هو أداتنا الأولى للبناء الحضاري الذي نتطلع إليه لأننا نريد لذلك البناء أن يكون صرحاً من معرفة، والمعرفة هي أداة حضارية لتجاوز ما هو مرفوض من الخصال

والعادات بما هو مختار من قيم المواقف ورفيع المنجزات .

وكلية القانون بجامعة قاريونس احدى المؤسسات العلمية القادرة على توليد الأفكار الناضجة لترسيخ وتعميق الفكر الجماهيري الذي يرفض الجهل والتعصب والتطرف، ولهذا فإن من واجب المؤسسات العلمية أن نشجع الفكر الرائد، وأن تنمي المنهج العلمي السليم، وأن تحتضن الكفاءات العلمية القادرة على خدمة الفكر القانوني وتطويره وتعميق قيمه الإنسانية والأخلاقية في النفوس بشكل يسهم في بناء المجتمع واستقراره وامنه.

والله الموفق

عن هيئة التحرير

د/ عبد السلام الشريف

القسم الأول

البحوث والمقالات

دور علماء القيروان في ترسيخ الوحدة التشريعية والفضائية

إعداد

الدكتور عبد السلام محمد الشريف العالم

أستاذ الفقه والسياسة الشرعية

بكلية القانون ـ جامعة قاريونس

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الفقه الإسلامي هو الرابطة القوية التي تربط الشعوب والمجتمعات، وتشدها إلى منبع التشريع الإلٰهي، الذي هو القانون السماوي المستمد أصلاً من القرآن والسنة الصحيحة.

ومهمة هذا القانون تنظيم حياة الإنسان بما يواكب مصالحه، ويحفظ كيانه، ويرفع من شأنه ويجعله أهلاً لتحمل المسؤولية الملقاة على كاهله.

ومنذ فجر الدعوة تشبث المسلمون بالقوانين السماوية وطالبوا بتطبيق أحكامها كما أرادها الله أن تطبق فترددت الأسئلة والأجوبة في القرآن الكريم عدة مرات، وكذلك أخذت أحكام كثيرة تتعلق بكيفية المعاملات ومناهج التعليم والتربية، والفضيلة والأخلاق من أقوال الرسول ﷺ وأفعاله وتقريراته، واجتهد الصحابة من بعده في الوقائع والنوازل في إطار القرآن والسنة، واستنبطوا وألحقوا الفروع بالأصول.

ولما اتسعت رقعة الإسلام وانتشرت دعوته في المشرق والمغرب نشأت المدارس الفقهية، وتطورت في اجتهاداتها الفقهية المعتمدة على العنصرين الأصليين الكتاب والسنة.

وقد كان أهل أفريقية[1] والمغرب والأندلس من المقتدين المقلدين لفكر

---

(1) يطلق لفظ أفريقية ويراد به قديماً تونس، والقيروان وطرابلس الغرب وبرقة.

المدرسة المالكية التي أسسها إمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي ت 179هـ، ويطول بنا البحث لو شئنا أن نستعرض جهود علماء المالكية بالقيروان في خدمة المذهب والدفاع عنه والتبشير به والدعوة له لتركيزه في هذه البلاد الواسعة وحسبنا إلقاء نظرة عامة على دور علماء القيروان باعتبار هذه المدينة تمثل نقطة الانطلاق للفكر المالكي في المغرب العربي والأندلس.

علاقة علماء القيروان بمؤسس المذهب

التزم أهل أفريقية بفكر المدرسة المالكية في وقت مبكر، ومن أول من أخذ عن مالك والتزم العمل بفكره من القيروان عبد الله بن فروخ الفارسي ت 175هـ وعلي بن زياد العبسي ت 183، وعبد الله بن غانم القاضي ت 195 هـ وكان الإمام مالك على اتصال مستمر مع أصحابه بعد تخرجهم عليه، وعودتهم إلى أوطانهم ولا سيما الذين مارسوا مهنة القضاء والفتوى فكان يتلقى أسئلتهم ويتولى الإجابة عنها عن طريق الوافدين عليه من رفاقهم وأصدقائهم، وكان يسر بنجاحهم وتفوقهم في مجال القضاء والفتيا، وخير دليل على ذلك الكتابات والمراسلات المتبادلة بين مالك وبين عبد الله بن غانم القاضي الذي تولى القضاء في حياة مالك، ولما بلغت مالك ولايته سر بها وأبلغ بذلك أصحابه[1].

دور النخبة المتفقة بالقيراون في تركيز المذهب

تم اختيار المذهب المالكي، والدعوة إليه على يد نخبة من علماء القيروان عملت على تلقينه بعد تلقيه، وعملت على نشره والتصنيف فيه فكشفت عن أصوله وأهدافه وقواعده، وأغراضه ومقاصده، وتحليل فلسفته وتوسيع دائرته، ومن أبرز هؤلاء سحنون بن سعيد ت 240 هـ وابن أبي زيد

(1) القاضي عياض: ترتيب المدارك 3/ 68 طبع وزارة الأوقاف المغرب.

القيرواني ت 386 هـ الذي جمع المذهب وشرح أقواله.

لقد بذلت النخبة المثقفة بالقيراون المتخرجة على يد كبار أصحاب مالك جهوداً متواصلة في بث علمه ونشر مذهبه عملاً بوصية مالك نفسه لتلاميذه فقد كان يوصي طلابه قائلاً لهم: «اتقوا الله وانشروا هذا العمل وعلموه ولا تكتموه».

ولم يخدم علماء القيروان أي مذهب آخر مثل ما خدموا المذهب المالكي ومن خلال فكر المدرسة المالكية برزت وتمت وتطورت العقلية القيراونية في ميدان التشريع والقضاء جيلاً بعد جيل، وبذلك أصبح فكر المدرسة المالكية تراثاً قومياً مغاربياً إلى جانب كونه تراثاً إسلامياً وعالمياً، ولما أصبحت الجماهير في القيروان وما جاورها من بلاد أفريقية والمغرب والأندلس على بينة من مذهب مالك، وعلى نفعه به بفضل التوعية التي قامت بها النخبة المتفقة مما سهل على أولي الأمر في الأزمان المتعاقبة أن يعتبروا المذهب المالكي مذهباً رسمياً للدولة والشعب، وأعلنوا في بلدانهم الوحدة التشريعية والوحدة القضائية انطلاقاً من وحدة المذهب الذي هو المرجع الأساسي أو القانون الأساسي الذي يقع التقاضي بموجبه.

إن اختيار المذهب المالكي من قبل أهل أفريقية والمغرب والأندلس لم يكن أمراً عفوياً ولا عشوائياً، وإنما كان عبارة عن قرار تاريخي حاسم اتخذه النخبة عن بينه، وعن بصيرة اقتناعاً منهم بأنه أصلح المذاهب الفقهية لإقامة نظام قانوني وقضائي موحد وشامل لكل فروع القانون، وملائم للبيئة وللعقلية المغاربية المتميزة بالواقعية والبساطة والوضوح.

المدرسة[1] القيروانية ودورها في نشر المذاهب

ازدهرت المدرسة القيروانية وصار لها من الشهرة والذيوع ما فاق سائر

---

(1) وتعرف كذلك بالمدرسة السحنونية.

المدارس المناظرة لها في العالم الإسلامي، ولم ينتقل الإمام مالك إلى جوار ربه حتى صارت هذه المدرسة من أقوى المدارس وأشدها تمسكاً بعلمه وفقهه.

ومما ينقله الرواة أن مالكاً كان شديد الميل إلى الطلبة الأفارقة لما لمسه فيهم من استعداد جاد، وحرص عميق على الاتباع وحسن الاقتداء لذلك اهتم بتلقينهم، علمه وفقهه، وقد خص أحد تلاميذه الأفارقة بدروس خصوصية، وكان يتبع أخبارهم وسلوكهم في الحياة ويكاتب البعض منهم[1].

خصوصاً ابن غانم الذي سمع منه الموطأ وهو المصدر الأول للمذهب، وكان مالك يجله ويحترمه ويقربه إليه.

ويعتبر سحنون من أهم الشخصيات العلمية في القيروان وهو الفقيه المشهور صاحب اليد الطولى والدور الكبير في نشر فكر المدرسة المالكية في أفريقية والمغرب والأندلس، وهو من مجتهدي المذهب ومدونته التي أخذها عن ابن القاسم ت 191 هـ هي المصدر الثاني للمذهب وموسوعته الكبرى بما احتوت عليه من فقه مؤسس المذهب الإمام مالك وفقه أصحابه واستدلالاتهم وآثار كثير من علماء المدينة واجتهاداتهم لقد لقيت المدونة اهتماماً عظيماً من فقهاء المالكية داخل القيروان وخارجها دراسة وتعليقاً، وشرحاً وتهذيباً فكان لها كبير فضل في دعم المذهب، ونشر فروعه الفقهية في أفريقية والمغرب والأندلس، واعتمدت المدونة في حل الكثير من المشكلات المتعلقة بفقه التطبيق مما سهل على أهل القيروان وما جاورها اتباع المذهب والاقتناع به حتى لم تخرج الدراسات الفقهية عن الإطار العام للمدونة وما أصله فيها سحنون من المذهب، وقد اختصرها عبد الله بن أبي زيد القيرواني في كتاب

---

(1) رياض النفوس 1/ 12.

سماه المختصر، وهذبها أبو سعيد خلف المعروف بالبرادعي في كتابه التهذيب الذي اعتمده فقهاء أفريقية وأخذوا به، وتركوا ما سواه، كما جمع ابن أبي زيد القيرواني في الأمهات الفقهية من المسائل والأقوال في كتاب النوادر والزيادات على المدونة فاستحق بذلك وصف جامع المذهب وشارح لأقواله.

ورغم وجود بعض الكتب المشرقية في أفريقية كالذخيرة والتفريع والمختصر وغير ذلك لكن الاهتمام كله كان منصرفاً إلى التيار الفقهي الذي أصله سحنون وهذبه ابن أبي زيد القيرواني وأبو سعيد البرادعي ولذلك لم يهتم أهل أفريقية بعد ذلك بالرحلة إلى طلب العلم في المشرق، واكتفوا بما هو موجود من فقه مؤسس ومؤصل في بلادهم بسبب المدرسة القيروانية ودعمها من قبل سحنون.

لقد كان لسحنون دور كبير في نشر المذهب حيث اهتم في حلقات درسه بتوجيه طلابه وتعليمهم قواعد المذهب فاجتمع حوله الكثير من طلاب العلم يمثلون مختلف البلدان والأعمار وشتى طبقات المجتمع وشرائحه المختلفة.

لقد طور سحنون المدونة وأدخل عليها تقسيماً جديداً وتبويباً جديداً حتى صارت قاعدة المذهب وأهم مصدر من مصادر الفقه المالكي، ومن العوامل التي ساعدت على انتشار المدونة تجريدها من المسحة الحنفية حيث تأمل سحنون ما دونه فميز بين ما هو رواية، وما هو مخرج على أصول مالك، وهذبها وأضاف إليها خلاف كبار أصحاب مالك، وطعم أبوابها بالأحاديث والآثار فكان للمدونة الدور الحاسم في تركيز دعائم فكر المدرسة المالكية بأفريقية والمغرب والأندلس، وكل المصاعب التي واجهت سحنون سواء مع السلطة أو الفرق المخالفة للتوجه المالكي في أفريقية لم يزد المدرسة القيروانية إلا رسوخاً وثباتاً، وإشعاعاً.

الوحدة التشريعية والقضائية

علم سحنون أن الرسالة المناطة بعهدته فيما يتعلق بنشر المذهب والذب عنه لم يكتب لها النجاح إلا بالتعاون مع السلطة من خلال مؤسسات الدولة الرسمية، وكانت الفرصة سانحة عندما عرض عليه منصب القضاء بعد أن بلغ أعلى سلم المجد في الدعوة إلى إعلاء كلمة الله، ورفع راية الإسلام والتصدي لأهل الأهواء والبدع والفرق الضالة كالروافض والخوارج[1]، وقاوم الفكر الشعبي ووصفهم بالزندقة.

فقد ساهم إلى جانب العديد من فقهاء القيروان في بسط نظام كامل للحياة في المجال الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، وقد استمد هذا النظام من الكتاب والسنة مستجيباً في ذلك إلى مقاصد الشريعة في نشر العدل ومقاومة الظلم والعسف والجور.

والمذهب المالكي لم يعد هو المذهب الرسمي إلا بعد أن اختارته النخبة المتفقة عن طواعية وبينة واقتنعت به، وحملت رايته وتحمست للدفاع عنه ونشره، ووجدت الدولة من خلال هذه النخبة الأطر الكافية، والكوادر الفنية المؤهلة للقضاء والفتيا فأخذت على عاتقها مهمة مساعدته وتشجيعه.

ومن طبيعة أهل أفريقيا والمغرب والأندلس بعد اقتناعهم بمذهب معين وإجماعهم عليه لا يسمحون بمذهب آخر أن يتعايش معه وبذلك تجذرت في النفوس الوحدة المذهبية التي هي الأساس للوحدة التشريعية والقضائية.

وهذه الميزة لا نجدها في المشرق فهناك نجد في المذهب الحنفي مثلاً

---

(1) فرق سحنون أهل البدع وشرد أهل الأهواء من المسجد، ومن بين هذه الحلف الصغرية والأباضية، والمعتزلة، وكانوا يتناظرون ويظهرون زيفهم وقد أدب الكثير منهم.

سنياً ومعتزلياً وجهمياً ورافضياً كما نجد في البلد الواحد حنفياً وشافعياً وحنبلياً، ومالكياً، وهذا التشتت في العقيدة أو التفرق في المذهب لا وجود له في أفريقية وما جاورها من بلاد المغرب العربي والأندلس من خلال وحدة المذهب برزت الوحدة القضائية والتشريعية للعيان وصارت، رمزاً للوحدة الوطنية.

وبفضل سحنون ودفاعه عن فكر المدرسة المالكية المستنبط من الكتاب والسنة الصحيحة أحب أهل أفريقية والمغرب والأندلس المذهب المالكي وتمسكوا به وعولوا عليه حتى أصبح هو المبدأ والأساس. فيما يرجعون إليه من قوانين دينية ودنيوية.

لقد تمسك سحنون بالمذهب المالكي في مجال التطبيق العملي يفتي به ويسعى أن يكون القضاء مقتصراً على أحكامه فقد استعان بأحد القضاة، وكان متفقهاً بفقه أهل العراق ومتأثراً به فاشترط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة[1].

وبذلك عمل سحنون على تطبيق المذهب المالكي في كافة مجالات الحياة، وفي كل ما يحتاج إليه الإنسان من الآراء الفقهية في القضاء والفتيا في العبادات والأحوال الشخصية والمعاملات وفي الجنايات من حدود وقصاص ودية وتعازير.

---

(1) الحطاب: مواهب الجليل 6/ 98.

العوامل التي ساعدت على تركيز الوحدة التشريعية والقضائية

1 ـ البساطة والوضوح في أصول المذهب:

أهل أفريقية والمغرب والأندلس يحبون البساطة والوضوح، والجهد في القول والعمل. ويكرهون النظريات المتطرفة، والتأويلات المتكلفة، وهذه هي طبيعتهم دائماً وأبداً في القديم والحديث على حد سواء، وبذلك تعلق الناس بالمذهب باعتباره يمثل أصالة الفكر الإسلامي بعيداً عن كل تزايد أو اختلاف في الدين، وبذلك لا تجد في أتباع المذاهب الفقهية أناساً أسلم من البدع مثل اتباع مذهب مالك.

2 ـ العمل بمبدأ السياسة الشرعية:

يمتاز المذهب المالكي بحفظ الأمن والاستقرار بما يوفره من حماية للأمة والدولة من الهزات والانحرافات فيما وضعه من قاعدة «سد الذرائع» وفتح الباب في وجه التطور والتقدم بشكل مستمر بما دعا إليه وركز عليه من اعتبار المصالح المرسلة وهو يحفظ على المجتمع تماسكه وانسجامه بما أقره من العوائد والأعراف دون تزمت أو إجحاف، بهذه الأصول التي تميز بها المذهب المالكي عن بقية المذاهب الفقهية أدت إلى الالتزام بقانون واحد، وإلزام القضاة بالحكم بموجبه.

هذه القوانين والمناهج القضائية وجدت للعمل بها أخذاً بمبدأ السياسة الشرعية رعاية للمصالح العامة، وتوفيراً للعدل، وتوحيداً للقضاء من أجل المساواة بين الناس أمام القانون، وبتاً للأمن والاستقرار في البلاد، وإذا كان بعض الفقهاء من غير المالكية يرون في إلزام ولي الأمر القاضي بأن يحكم

بمذهب معين يعتبر شرطاً باطلاً مع صحة التعيين إذ أن هذا الشرط باطل والتولية باطلة فإن حداق المالكية يرون التمسك بقانون واحد أمر لا بد منه ولا يمكن الاستغناء عنه إذ به وحده تنضبط الأحكام، وتضيق دائرة الخصام، وقد نبه الشاطبي إلى أن ترك الانضباط إلى أمر معين معروف يؤدي إلى انحراف قانون السياسية الشرعية. وبهذا صار الفكر المالكي في نظامه التشريعي والقضائي ملائماً للبيئة ومحققاً لطموحات الشعب في أفريقية والمغرب والأندلس... فتمسكوا به.

3 ـ براءة المذهب من الشبه الضالة ومحاربته لأهل الأهواء والبدع:

إن المذهب المالكي مبرأ من الشبه والبدع الضالة، وهو مذهب شعبي جماهيري يظهر ذلك من خلال تتبع أحوال المنتسبين للمذاهب الفقهية الأخرى الذين جمعوا بين الانتماء لمذهبهم والانتماء لإحدى الفرق الضالة الخارجة عن السنة وما نتج عن ذلك:

من فتن وإراقة للدماء وخروج عن الدين أو التزيد والاختلاف فيه، وبذلك وجد أهل أفريقية والمغرب والأندلس السلامة والنجاة في المذهب المالكي فوقع اختيارهم عليه لضمان الوحدة التشريعية والقضائية من جهة، ولبعده عن كل ما تشم منه رائحة الخلافات العقدية من جهة أخرى، وبذلك حقق هذا الاختيار لأهل المنطقة المغاربية الهدف الرئيسي وهو حماية المجتمع من الانقسامات العقائدية، فقويت الجبهة الداخلية وبقيت متماسكة ومتلاحمة لعدة قرون وذلك بفضل جهود فقهاء القيروان وقضائهم حيث وقفوا بالمرصاد لكل من تحدثه نفسه بالدعوة إلى بدعه أو ضلالة لا سيما في المساجد، وممن اشتهر منهم بالوقوف موقف الصرامة والحزم سحنون فهو أول من فرق أهل البدع وشرد أهل الأهواء من الصفرية والأباطية والمعتزلة وعزلهم من أن يكونوا أئمة للناس أو معلمين لصبيانهم أو مؤدبين لهم واعتبرهم من الزنادقة[1].

---

(1) القاضي عياض / ترتيب المدارك 4/ 60.

ولم يفلح المذهب الشيعي في مواجهة المذهب المالكي بأفريقية وذلك بسبب التأثير القوي للمدرسة القيروانية وتغلغل روح المعارضة في صفوف المالكيين في ذلك الوقت ولذلك فضل المذهب الشيعي مغادرة أفريقية في اتجاه مصر.

وقد وقعت محاولة أخرى لنشر المذهب الموحدي في أفريقية ولكن فشلت الخطة لعدم اقتناع السلطة ولأن المذهب المالكي كان هو السائد، ومده العلمي متواصل ومتجدد مما شجع أهل أفريقية على مقاومة المذهب الموحدي رغم محاولة الحفصيين بناء مؤسسات دينية من مدارس ومساجد لتركيز مذهبهم الموحدي، ولكن رد الفعل من طرف أهل أفريقية كان قوياً فأجبرهم على التراجع في موقفهم من ادعاء المهدوية وعصمة الإمام.

لقد بلغ الصراع بين المالكية والمعتزلة من الحدة أحياناً إلى درجة العنف بسبب الخلاف في المسائل العقدية كموضوع القدر، وقضية الجبر والاختيار، ولكن بفضل جهود علماء القيروان التزم أهل أفريقية بالمذهب المالكي، وأصبحت لهم مواقف واضحة ثابتة من أهل الأهواء والبدع، ومن الجدل في العقيدة وعلم الكلام.

أما بخصوص المذاهب الفقهية فإنه على الرغم من تدخل السلطة من حين لآخر لصالح المذهب الحنفي إلا أن المالكية باعتمادها على العنصر الشعبي، وتمسك العلماء بالسنة والدفاع عنها، والابتعاد عن التأويل والاجتهاد المشبوه جعل الصدارة للمالكية إلا أن المذهب الحنفي لم ينقرض من أفريقية بل بقي له أنصار خصوصاً في تونس واشتركوا مع المالكية في القضاء.

4 ـ اهتمام علماء القيروان بفقه النوازل:

يتسم المذهب المالكي بالمرونة والقابلية للتكيف والامتصاص، وهذه الخاصية وفرت له طاقات وإمكانات هائلة للتطور والتجديد، وتتمثل هذه

المرونة في سهولته، وتوجيه رفع الحرج والمشقة، وعنايته بتحصيل المصلحة وبهذا كان للفقه المالكي آثاره العميقة في جميع نواحي الحياة في أفريقية والمغرب والأندلس لا يستطيع أي باحث أن يفسر أي ظاهرة من تاريخ هذه البلاد إلا بعد الرجوع إلى الأوضاع الفقهية فيها، وكبت النوازل ومن بينها نوازل ابن سحنون ونوازل البرزلي، تعتبر المراجع الأساسية في تفسير الظواهر الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية باعتبارها تحتوي على عدد هائل من الوقائع والنوازل التي لا تكاد تترك جانباً من جوانب الحياة في المجتمع المغاربي إلا أجلته على نحو أكثر وضوحاً وتبياناً.

وهذه النوازل تعتبر بمثابة الأعمال القضائية والمذكرات التفسيرية لنصوص الكتاب والسنة، وبذلك: تركزت الوحدة التشريعية والقضائية من خلال الوحدة المذهبية التي حققت لأهل المغرب العربي مكاسب سياسية في الداخل والخارج.

الخاتمة

شخصية سحنون ومكانته العلمية من العوامل المهمة في انتشار المذاهب، وبفضل سياسته في التشريع والقضاء تركزت الوحدة التشريعية والقضائية، وتمكن القضاة من مسايرة التطور وتلبية حاجات الناس في نشر العدل، ومواجهة الوقائع والنوازل التي تزايدت بتزايد السكان وتطور الزمان والمكان وقد تعرض فقهاء القيروان بسبب تمسكهم بمذهب مالك والدفاع عنه إلى كثير من المضايقات وألواناً من التعذيب في السجون والمعتقلات ولكنهم صبروا وجاهدوا ووقفوا صفاً واحداً ضد تسرب مبادىء المعتزلة وأفكارهم يشهد بذلك موقف أسد بن فرات من بشر المريسي الذي يعتنق آراء المعتزلة عندما وضع كتاباً في العقيدة يمثل وجهة نظر المعتزلة فقال: «أوَجهل الناس التوحيد حتى يصنع لهم بشر فيه كتاب؟ هذه نبوة ادعاها» جزى الله علماء القيروان خيراً على جهودهم وجهادهم في خدمة المذهب المالكي والدفاع عنه ونشره في القيروان وأفريقية وما جاورها من بلاد المغرب والأندلس، والحمد لله أولاً وآخراً.

التحكيم متعدد الأطراف في العلاقات التجارية الدولية

الأستاذ/ حسن محمد الدينالي
أستاذ مساعد، كلية القانون

جامعة قار يونس، بنغازي
ليبيا

1996

مقدمة عامة وتمهيد

يستأثر التحكيم الدولي - باعتباره عدالة اتفاقية خاصة - باهتمامات الكثير من رجال القانون ورجال الأعمال، ويرى هؤلاء أنه يحقق نجاحاً ملموساً يوماً بعد يوم، في مجالات العلاقات التجارية كافة. مما أقنع الأوساط المعنية بضرورة اللجوء إليه، خاصة إذا كان تحكيماً نظامياً arbitrage institutionnel؛ ليس ذلك فحسب، بل وأقنعها ببذل كل الجهود للمحافظة على ما أنجزه، وتوسيع مجالاته، وتذليل الصعاب التي يلاقيها، بحيث نشاهد اليوم جهود الفقهاء، ورجال الأعمال، ومنظماتهم المتخصصة[1]، بل وجهود القضاء العادي[2]، والمشرع نفسه الوطني[3]، والدولي[4]، وقد تضافرت كلها

---

(1) تزخر كتب الفقهاء ومقالاتهم في مجال التحكيم التجاري الدولي بالإشارة المستمرة إلى المؤتمرات والندوات التي تعقد بين الحين والآخر، تحت رعاية منظمات رجال الأعمال (غرفة التجارة الدولية مثلاً) بهدف النظر في مواضيع تخص التحكيم التجاري الدولي.

(2) ومن ذلك على سبيل المثال موقف القضاء الفرنسي، الذي أصدر الكثير من الأحكام، وهو بصدد ممارسته لسلطته الرقابية على سير عملية التحكيم، وخاصة في مجال تأكيد استقلالية شرط التحكيم، ومسألة ضم منازعات التحكيم ذات الأطراف المتعددة، على النحو الذي سنراه بالتفصيل.

(3) نشير على سبيل المثال إلى القانون الصادر في هولندا عام 1986، والذي تضمن نصوصاً جديدة في مجال التحكيم، ومن بينها على الأخص النصوص المتعلقة بالتحكيم متعدد الأطراف وضم القضايا، والقانون رقم 27 لسنة 1994 الصادر في مصر، في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية (الجريدة الرسمية - العدد 21/ 4/ 1994).

(4) ومنها على سبيل المثال لا الحصر اتفاقية نيويورك لعام 1959، بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، واتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية المنازعات الناشئة =

من أجل إرساء قواعد ومبادىء، وإيجاد حلول، هدفها المشترك هو تمكين نظام التحكيم التجاري الدولي من إنجاز مهمته، وأداء دوره، كوسيلة أساسية لحل المنازعات التجارية الدولية، في جو يسوده اليسر والمرونة، ويبعث على الاطمئنان.

إلا أنّ المكانة المرموقة التي يتبوأها التحكيم التجاري الدولي، واتساع مجالاته، والنجاح الذي حققه، لا يجب أن يحجب عنا حقيقة أن ذلك التحكيم يواجه حالياً، وربما بسبب تلك المكانة وذلك النجاح، مشاكل ذات أبعاد كبيرة وخطيرة[1] لها أثر واضح على فاعليته، ولعل المشكلة محل هذا البحث، أي مشكلة التحكيم متعدد الأطراف، هي أكثر تلك المشاكل تشعباً وحدّة.

ولا بد لنا ـ بادىء ذي بدء ـ من الإشارة إلى أن مشكلة التحكيم متعدد الأطراف ترتبط ارتباطاً وثيقاً بظاهرة تشابك وتعقد العلاقات والمبادلات التجارية الدولية في الوقت الحاضر، بل يمكن القول بأنها عبارة عن نتاج طبيعي وأثر حتمي لذلك التعقيد والتشابك.

فمن خلال نظرة شاملة للعلاقات والمبادلات التجارية الدولية يتأكد لنا، وبشكل جلي، أن تلك العلاقات والمبادلات ما كانت لتثمر أو تؤتي أكلها إلا

= عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى. والاتفاقية العربية لتنفيذ الأحكام (1952)، اتفاقية عمان لعام 1987 بشأن التحكيم التجاري العربي، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL عام 1985... إلخ.

(1) نسوق على سبيل المثال مشكلة تنفيذ الأحكام، ومشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المقترن بمشكلة ما يسمى بقانون العادات التجارية LEX MERCATORIA، وأيضاً مشكلة التحكيم والغير L'arbitrage et les tiers التي خصصت لها اللجنة الفرنسية للتحكيم ندوة في مايو 1988 والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمشكلة محل البحث على النحو الذي سنراه تفصيلاً فيما بعد.

من خلال علاقات قانونية (تعاقدية وغير تعاقدية) متنوعة ومتعددة بين أطرافها. ولنكتف هنا ببعض الأمثلة[1].

ففي مجال المقاولات والتوريد يتطلب تنفيذ العقد الرئيسي المبرم بين صاحب العمل والمقاول الرئيسي سلسلة متلاحقة ومتشابكة من الروابط التعاقدية؛ سواء فيما بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، أم فيما بين هذا الأخير والموردين أو المصنِّعين، ناهيك عن العلاقة بين صاحب العمل والمهندس الاستشاري، والتي ينبثق عنها، في بعض الأحيان، علاقات بين الاستشاري الأصلي، واستشاريين آخرين، يتعاقد معهم من الباطن؛ تبعاً لأهمية المشروع، وكبر حجم الاستثمارات، والتقنية المستخدمة في إنجازه، وناهيك أيضاً عن عقود نقل التكنولوجيا وبراءات الاختراع، وعقود التراخيص الصناعية بصورها المتعددة والمختلفة، التي قد يبرمها صاحب العمل أو المقاول الرئيسي، بحسب الأحوال، لبث روح التكنولوجيا في المشروع[2]. كما أن التعاقد على تنفيذ مشروع الإنشاءات قد يتم من خلال (كونسورتيوم) يكون صاحب العمل أحد أطرافه، ويكون الطرف الآخر شركة مقاولات متعاقدة مع عدة شركات أخرى، وتكون هذه الشركة هي الطرف الظاهر في

---

(1) راجع في سرد الفروض اللامتناهية، التي يمكن أن تؤدي إلى تحكيم متعدد الأطراف، المقالات العديدة التي رجعنا إلى البعض منها في هذه الدراسة، والتي تضمنتها الوثيقة المعدة بمعرفة غرفة التجارة الدولية بعنوان:

MULTIPARTY ARBITRATION, Views from international arbitration specialists - ICC Dossiers of Institue of International Business Lawand Practice.

وسنشير إلى هذه الوثيقة اختصاراً بأهم كلمات في عنوانها: MULTIPARTY ARBITRATION

(2) راجع بخصوص تشابك العلاقات التعاقدية في مجال الإنشاءات في بريطانيا:

Humphrey LLOYD, A national experience, In: MULTIPARTY ARBITRATION, P. 61.

مواجهة صاحب العمل والموجه لعمليات التنفيذ Chef de file. وفي مجال البيوع الدولية لا تقتصر الرابطة القانونية، على العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، بل تتعداهما بالضرورة إلى أطراف أخرى تشترك في إنجاز وإتمام صفقة البيع، كالناقل البري، أو البحري، أو الجوي، والمؤمّن، والوسيط، أو الوكيل التجاري، والبنوك، بحيث لا تتم تلك الصفقة - بالرغم من بساطة هدفها المتمثل في الحصول على الشيء المبيع ودفع الثمن - إلا بتضافر جهود تلك الأطراف مجتمعة، ووفاء كل منها بالتزاماته التعاقدية.

وفي مجال المشاريع المشتركة Joint Venture يبرم طرفان أو أكثر (شركات في العادة) عقود تعاون تستمر لمدة زمنية محددة؛ لتوحيد الجهود من أجل تنفيذ هدف اقتصادي مشترك[1]. وقد لا يكون التعاقد بين هذه الشركات تعاقداً مباشراً، وإنما يتم من خلال إنشاء فروع مستقلة، أو شركات تابعة لتلك الشركات Filiales تبرم عقوداً بينها، لتنفيذ المشروع المشترك. وبطبيعة الحال تكون الشركات الأم Sociétés meres هي المساهمة الوحيدة في الشركات التابعة، وترتبط معها بروابط قانونية واقتصادية خاصة.

وفي مجال مجموعات الشركات groupes de sociétés، نجد أن العلاقات التجارية الدولية تزخر بالكثير من الأمثلة للشركات التي ترغب في توحيد جهودها، سواء في مجال الصناعة، أو التجارة، أو المال، وذلك من خلال إنشاء شركات تابعة، أو شركات محاصّة Sociétés en participation، أو حتى مجرد شركات فعلية Sociétés de Facto[2].

---

(1) راجع: Roger Ph, BUDIN, Les clauses arbitrales internationales, bipartites, multipartites et speciales de larbitrage ad hoc et institutionnel, P. 102 et s.

(2) راجع: Jean Robert, L'arbitrage, droit interne, droit international prive, 1993, P. 242.

وأخيراً، وفي مجال العقود التي تبرمها الشركات والمؤسسات المملوكة للدولة مع الغير لتنفيذ مشاريع واردة في خططها وبرامجها الاقتصادية، نجد أن وجود الدولة وراء مؤسساتها، وشركاتها، يؤدي في غالب الأحيان إلى التساؤل حول مدى انصراف آثار العقود التي تبرمها تلك المؤسسات والشركات إلى الدولة ذاتها، على النحو الذي سنتعرض له تفصيلاً في هذا البحث، وهكذا يدخل عنصر جديد في إطار بنية تعاقدية قد تكون في حد ذاتها بنية مركبة ومعقدة[1].

وإذا كان يستحيل في إطار هذه النظرة الشاملة السريعة، أن نستعرض كافة الافتراضات،[2] التي يمكن أن يؤدّي تشابك العلاقات التعاقدية فيها إلى ظهور حالة من حالات التحكيم متعدد الأطراف، فحسبنا أن المجالات السابق الإشارة إليها بقدر كبير من الإيجاز، تكفي - على الأقل - لاستشعار أهمية وأبعاد هذه المشكلة، والاقتناع بأن الحلول التي ترد بشأنها لا بد أن تكون متنوعة ومتعددة، بقدر ما تتعدد وتتنوع الحالات التي تثار بمناسبتها.

المقصود بالتحكيم متعدد الأطراف

تعد المسائل والموضوعات التي يثيرها التحكيم متعدد الأطراف في مجملها جزءاً من مشكلة أوسع وأهم، ألا وهي مشكلة التحكيم والغير L'arbitrage et les tiers، والتي تعدّ في نظر الكثير من المتخصصين، مشكلة مركبة composite تغطى جوانب عديدة تتركز أساساً في التساؤل

---

(1) راجع: J. Robert المرجع السابق، ص 252، وراجع أيضاً د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول: اتفاق التحكيم، 1993، ص 342، وما بعدها.

(2) راجع: J. Gellis Wetter, Overview of the issues of multiparty arbiration, In: MULTIPARTY ARBITRATION, P. 7 et s.

المتعلق بمدى امتداد أثر شرط التحكيم إلى أطراف لم توقع عليه أصلاً، سواء كان ذلك في نطاق التطبيق التقليدي لمبدأ الأثر النسبي للعقود، أم تطبيقاً للمعايير التي تولدت حديثاً، بفعل الضغوط المترتبة على تطور العلاقات التجارية الدولية في العصر الحالي، على النحو الذي سنتعرض له تفصيلاً في هذا البحث[1].

ولهذا فإن أية دراسة للتحكيم متعدد الأطراف لا بد أن تنطلق من كل هذا الكل الذي يشكله موضوع التحكيم والغير، ومن هنا كان ضرورياً أن نحدد المقصود بالتحكيم متعدد الأطراف تمهيداً لمحاولة تعريفه، وذلك انطلاقاً من استعراض بعض التصنيفات التي تغطي الحالات، والافتراضات المختلفة والمتعددة، التي تظهر بصددها مشكلة التحكيم متعدد الأطراف، والتي تبنى في غالبيتها على التمييز بين مفهوم الطرف ومفهوم الغير[2].

ولعل ميزة تلك التصنيفات تتجلى في إمكان إدراك المقصود بهذا النوع من التحكيم، خاصة وأن أي محاولة للتعريف قد تكون ضرباً من المستحيل، وأن أي تعريف - إن وجد - يكون غير ذي جدوي من الناحية العملية على الأقل[3].

ويرى البعض أن لمصطلح التحكيم متعدد الأطراف معنيين: معنى ضيق ومباشر، ومعنى آخر موسع وتبعي[4]. فاصطلاح التحكيم متعدد الأطراف في

---

(1) انظر لاحقاً ص 49 من هذا البحث.

(2) يجب أن نوضح هنا أن الأمر يتعلق باستعراض لتصنيفات لا الحالات والافتراضات التي يظهر فيها التحكيم متعدد الأطراف، والتي تعتبر حالات وافتراضات لا متناهية، راجع في ذلك J.G. WETTER المرجع السابق، ص 12.

(3) راجـــــع: Pierre Lalive, Observations generales tirees de la praftique arbitrale, MULTIPARTY ARBITRATION, P. 47 et s.

(4) راجـع: Mathieu de BOISSESON, Le droit francais de L'arbitrage interne et international, P. 539 et s.

معناه الضيق المباشر، يطلق على التحكيم الذي يظهر بصدد حالات يكون فيها اتفاق التحكيم موقعاً من قبل عدة أطراف، وهذا ما يتحقق عندما تساهم كل الأطراف في تنفيذ مشروع اقتصادي واحد.

وتمييزاً لهذه الحالة يطلق عليها البعض تعبير التسلسل الأفقي للعلاقات التعاقدية بين الأطراف serie horizontale de relations contractuelles ومثال ذلك عقود (الكونسورتيوم)، وعقود التعاون الفني، وعقود الإدارة، والعقود الهيكلية أو المجمعة contrats cadres، وغير ذلك من أشكال التنظيمات الجماعية، إلا أن مصطلح التحكيم متعدد الأطراف قد يستخدم - وبشكل تبعي - بمناسبة التسلسل العمودي للعلاقات التعاقدية serie verticale de relations contractuelles، وهي حالات تتميز - في الغالب - بوجود عقد رئيسي، انبثقت عنه، وظهرت بسببه عقود فرعية أخرى، دون أن تكون الأطراف قد وقعت، كما هو الحال في التسلسل الأفقي للعلاقات التعاقدية، عقداً واحداً أو شرط تحكيم موحد، والمثال الذي أصبح الآن تقليدياً لهذا النوع من التسلسل، هو العقد الرئيسي المبرم بين رب العمل والمقاول، والذي يدخل هذا الأخير بمناسبته في علاقات أخرى مع الموردين والمقاولين من الباطن وغيرهم.

وسواء تعلق الأمر بالتسلسل الأفقي أم التسلسل العمودي للعلاقات التعاقدية، فإنّ التحكيم متعدد الأطراف يحتفظ بمعناه الأساسي المتمثل في تعددية الأطراف إزاء تحكيم واحد. ويرى آخرون[1] إمكانية تصنيف التحكيم متعدد الأطراف إلى تحكيم يتعلق بمنازعات ناشئة عن علاقة تعاقدية واحدة متعددة الأطراف Single multilateral con tractual relationship، كتلك التي تحدث بين أطراف المشروع المشترك أو أعضاء الكونسورتيوم أو فيما بين

---

(1) راجـــع: Piero Bernandini, Examination of the issues involved in draiting arbitral clauses, In: MULTIPARTY ARBITRTION, P. 99 et s.

بائعين متعددين ومشتر واحد، أو فيما بين المساهمين في شركة، أو فيما بين المساهمين والشركة ذاتها. وتحكيم يتعلق بمنازعات ناشئة عن علاقة تعاقدية ثنائية الأطراف bilateral contractual relationship، وهذه العلاقة وإن كانت علاقة مستقلة من الناحية الصورية، إلا أنه يربطها بعلاقة أو علاقات تعاقدية أخرى هدف مشترك، يتمثل في إنجاز نفس الصفقة، ومثال ذلك العلاقة بين البائع والمشتري التي قد ترتبط بالعلاقة بين المشتري بصفته مقاولاً ورب العمل والعلاقة بين المقاول والضامن، والعلاقة بين صاحب العمل والمهندس الاستشاري، والعلاقة بين رب العمل ومؤسسات تمويل المشروع، ويتمثل الفارق الرئيسي بين الحالتين المذكورتين في أن شرط التحكيم في العلاقة التعاقدية الواحدة متعددة الأطراف يلزم كافة أطراف العقد، بينما تحول الاستقلالية الصورية للعقد ثنائي الأطراف والعقود الأخرى المرتبطة به دون إمكانية أعمال شرط التحكيم.

ويتضح من التصنيفين السابقين أن الحالات والافتراضات التي تؤدي إلى ظهور التحكيم متعدد الأطراف[1] هي من الكثرة والتنوع بحيث يصعب التعرض لها كلاً على حدة إذ هي حالات لا متناهية ad infinitum[2] وإنما

---

(1) يلاحظ أنه تم التعرض للتصنيفين الواردين بالمتن من بين تصنيفات وتقسيمات كثيرة قيل بها للتمييز بين الحالات المختلفة للتحكيم متعدد الأطراف، منها على سبيل المثال: تصنيف هذا التحكيم إلى تحكيم متعدد الأطراف بسبب يرجع إلى عدد الخصوم، وتحكيم متعدد الأطراف بسبب يرجع إلى عدد الإجراءات، وتصنيفه إلى تحكيم متعدد الأطراف في حالة كون النزاع واحداً، وتحكيم متعدد الأطراف حالة كون النزاع متعدداً، راجع في خصوص هذه التصنيفات:

Yves, Dernais, Observations generales tirees de la pratique arbitrale. In MULTIPARTY ARBITRATION, P. 57 et s.

(2) راجع: J. G. WETTER، المرجع السابق ص 12، حيث يقول:

«Evidenthy if we had the time further illustrations could be provided from the real world or be construed in the abstract ad in finitum».

يقتصر الأمر في النهاية على انتقاء حالات، أو افتراضات معينة، لدراستها وبيان الحلول الفقهية، أو القضائية، أو التشريعية، التي اقترحت أو وضعت بشأنها، ومن جانب آخر، وهذا هو المهم، فإن صعوبة حصر تلك الحالات، أو الافتراضات يقف بالضرورة عقبة أمام أي محاولة لتعريف التحكيم متعدد الأطراف.

تعريف التحكيم متعدد الأطراف

يقتضي تعريف التحكيم متعدد الأطراف بشكل جامع وشامل أن يكون المرء على بيّنة من المسائل والوقائع التي يغطيها ذلك النوع من التحكيم، وأن يتمكن - إلى حد ما - من حصر حالاته، أو على الأقل تحديد الافتراضات التي تؤدي إليه. إلا أنّ ذلك أمر صعب المنال، كما رأينا عند استعراض المقصود بهذا التحكيم، والتصنيفات المختلفة للحالات، والافتراضات التي يظهر فيها، والتي قيل - بحق - في شأنها أنها لا متناهية، ولا يمكن أن تكون بالتالي حبيسة تعريف أو تعداد، ولذلك لم يكن مستغرباً أن نجد بعض المتخصصين في مجال التحكيم قد اكتفى بإيراد تعريفات عامة ومبتسرة لمفهوم التحكيم متعدد الأطراف؛ بينما عزف آخرون عن إيراد أي تعريف[1]، ولعل هذا الموقف لا يرجع إلى صعوبة حصر الحالات والافتراضات التي أشرنا إليها فحسب، بل أيضاً إلى قناعة الكثيرين بأنه يجب، في مجال التحكيم التجاري الدولي بصورة خاصة - وهو تحكيم تتصف مؤسساته بل ومفاهيمه وإجراءاته بالمنهج الواقعي pragmatism - أن يتم التركيز على حصر المشاكل التي يثيرها التحكيم متعدد الأطراف، ودراسة حالاته وافتراضاته؛ للوصول إلى عملية تستجيب لمقتضيات التجارة الدولية. ذلك أن محاولة إيجاد التعريف قد تكون غير ذات جدوى من

---

(1) راجع مثلا: A. FREDMAN/ M. HUNTER.
Droit et pratique de l'arbitage commercial internationl. P. 150 et s.

الناحية العملية على الأقل، وهذا ما دفع البعض[1] إلى التساؤل عما إذا كان من الصحيح أن نتحدث عن «مفهوم» أم عن «مفاهيم» التحكيم متعدد الأطراف.

وأياً ما كان الأمر فقد حاول البعض تعريف التحكيم متعدد الأطراف، ومن بين هذه المحاولات تلك القائلة بأن «التحكيم يكون متعدد الأطراف عندما تؤدي إجراءات التحكيم إلى إقحام mettre en cause أكثر من طرفين»[2] وتلك التي تشير إلى أن التحكيم متعدد الأطراف هو «التحكيم الذي يؤدي إلى إقحام أكثر من طرف من كل جانب»[3].

وواضح أن هذه التعاريف ليست شاملة للمقصود بالتحكيم متعدد الأطراف، . إذ هي تكتفي بتعريفه من حيث النتيجة التي تتمخض عنه، ألا وهي تعدد الأطراف، وهذا نقد لا يمكن تفاديه في مجال مسألة تتعد حالاتها وافتراضاتها بشكل لا متناهٍ كما رأينا.

ولما كانت محاولة إيجاد تعريف للتحكيم متعدد الأطراف هي محاولة غير ذات جدوى من الناحية العملية، فإن البعض[4] يقترح الاكتفاء بتعريف إجرائي - definition procedurale للتحكيم متعدد الأطراف، يكون الهدف منه إيضاح أبعاد المشكلة من ناحية، والانطلاق منه لتحليلها ودراستها من ناحية أخرى.

---

(1) راجع: P. LALIVE، المرجع السابق ص 47 وما بعدها.

(2) راجع: R. PH. BUDIN، المرجع السابق، ص 68 وص 93 ويعطى المؤلف تعريفات مماثلة لتعريفه الوارد في المتن لكل من التحكيم متعدد الأطراف النظامي والتحكيم متعدد الأطراف ad hoc.

(3) راجع: J. G. WETTER، المرجع السابق، ص 7.

(4) راجع: Jean - Louis DELVOLVE, Les solutions contractuelles: la clause de l'arbitrage multipartite, In: L'ARbITRAGE ET LES TIERS, Rev. Arb, 1988. P. 501 et s.

ومؤدى هذا التعريف الإجرائي أن كل طرف أبرم مع طرف آخر شرطاً أو اتفاق تحكيم لحل ما قد ينشأ بينهما من منازعات ثم يلجأ إلى التحكيم كطرف مُدَّعٍ أو مُدَّعى عليه، هذا الشخص هو الوحيد الذي يعد طرفاً في التحكيم، أما أي شخص آخر فيعتبر وفقاً لهذا التعريف من الغير، حتى ولو كان طرفاً في العلاقات التعاقدية الأساسية، ومن باب أولى لا يعتبر طرفاً إذا لم تكن له سوى مصلحة غير مباشرة في تلك العلاقة أو كانت هذه العلاقة لا تهمه بالمرة.

والخلاصة أن التحكيم متعدد الأطراف مفهوم يصعب تعريفه، ولكنه في الوقت نفسه مفهوم مبني على فكرة أساسية واضحة، هي فكرة تعدد الأطراف بمناسبة تحكيم واحد Une pluralité des parties à un arbitrage unique.

وبناء عليه يمكن أن نعرف التحكيم متعدد الأطراف بأنه التحكيم الذي يتعدد أطرافه سواء نتيجة اتفاقهم ابتداء، أو عند ظهور النزاع على توحيد الخصومة، أو إعمالاً لتطبيقات قاعدة الأثر النسبي، أو بسبب الضم القضائي أو التشريعي، الذي يترتب عليه تعديل مسار عملية التحكيم من حيث أطرافها.

أهمية الموضوع وخطة البحث

يتضح من العرض السابق لأبعاد مشكلة التحكيم متعدد الأطراف، وتحديد المقصود منها، ومحاولة تعريفها، أنها مشكلة وليدة للطبيعة المركبة للعلاقات التجارية الدولية في وقتنا الحالي، وهي طبيعة يوازيها ويتزامن معها تعقد وتشابك في بنية العلاقات التعاقدية، التي تفرغ فيها عادة تلك العلاقات.

لقد أسفرت تلك الطبيعة المركبة للعلاقات التجارية الدولية عن فوائد ومزايا، تتناسب طردياً مع القوة الاقتصادية والتطور الفني لكل طرف، إلا أنه - وانطلاقاً من مبدأ الغرم بالغنم - ما لبث تَشابُك تلك البنية التعاقدية، وما لازمه

حتماً من تعدد أطراف النزاع، أن وضع مؤسسات التحكيم الدولي أمام تحدٍّ لم تنجح حتى الآن في التغلب عليه، ولم يستطع المشرع الوطني، أو الدولي، ولا محاكم القضاء العادي، أن تفعل الكثير للخروج من دائرة التحدي تلك[1].

إن الاستعراض المتعجِّل لبعض التساؤلات الهامة المطروحة حالياً بصدد التحكيم متعدد الأطراف كفيل بإظهار أهمية المشكلة موضوع البحث، وأول ما يتبادر إلى الذهن التساؤل المتعلق بمعرفة من هو الطرف الذي يمتد إليه أثر شرط التحكيم في العلاقة التجارية الدولية المركبة؟ ومن هو الغير الذي لا يمتد إليه ذلك الأثر؟ وهل يعقل أن يقحم ذلك الغير الذي لم يوقع شرط التحكيم أصلاً في النزاع المطروح؟ أليس في ذلك تناقض مع المبدأ المستقر والمتعلق بالأثر النسبي للعقود؟ ولكن هذا الغير الذي قد يوصف بهذه الصفة تجاوزاً ليس غيراً بالمفهوم التقليدي لقاعدة الأثر النسبي للعقود، ذلك أنه «غير» له صلة وثيقة أو علاقة واضحة بالصفقة محل التعاقد الدولي، ولكن هل يصل مفهوم «مقتضيات التبادل التجاري الدولي» إلى حد يمكن معه إقحام هذا الغير في نزاع لم يحسب له حساباً، أو لم يكن ـ على الأقل ـ طرفاً في شرط التحكيم الذي أدى إليه، ثم هل تصل مقتضيات التبادل التجاري الدولي نفسها إلى حد يمكن معه التضحية ـ في سبيل فعاليتها ـ بمبادىء ومفاهيم مستقرة في النظام القانوني على المستويين الدولي والوطني. وفي كل الأحوال ما هي

---

(1) فعلى سبيل المثال لم تستطع غرفة التجارة الدولية إلى الآن أن تضع حلولاً ناجعة لهذه المشكلة التي مازالت لائحتها صامتة بصددها، واكتفت الغرفة المذكورة بإصدار دليل إرشادي في هذا الصدد (أنظر ص 64 من هذا البحث)، وعلى مستوى التشريع أصدر عدد محدود من الدول (هولندا، هونج كونج) تشريعات تتضمن بعض الحلول، بينما ما زالت دول أخرى هامة في مجال التحكيم (فرنسا مثلاً) تتردد في إصدار مثل ذلك التشريع، أما على مستوى القضاء العادي فقد تباينت أحكام المحاكم العادية في مختلف الدول بل وفي إطار الدولة الواحدة على نحو ما سنتعرض له بالتفصيل في هذا البحث (أنظر لاحقاً ص 46 وما بعدها).

أصلاً تلك المقتضيات؟ وهل يمكن تعريفها أو تحديد المقصود منها؟

ويمكن أن نستطرد في تعداد التساؤلات المطروحة بقدر ما يمكننا أن نتخيل من افتراضات في إطار تعقد العلاقات التجارية الدولية، بدءاً من العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول في مجال الإنشاءات والتشييد، ورغبة هذا أو ذاك في إقحام أطراف لم توقع على شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي (الموردين، المقاولين من الباطن، المهندس الاستشاري. . . إلخ) في منازعة التحكيم، وانتهاء بعقود الكونسورتيوم، وعقود المشاريع المشتركة، ومجموعات الشركات، التي تؤدي - حينما يثار نزاع تحكيمي بصددها - إلى التساؤل عن مدى إمكانية إعمال شرط التحكيم بالنسبة للأطراف المساهمة، أو المشاركة في تلك التنظيمات الجماعية، والتي لم تلتزم بشرط التحكيم، أو على الأقل لم توقع عليه، ومروراً بالعقود التي تبرمها المؤسسات والشركات المملوكة للدولة، والتي يثار بصددها التساؤل عن مدى إمكانية إثارة شرط التحكيم في مواجهة الدولة التي لم تلتزم به، أو لم يوقع عليه أي من ممثليها بقصد إلزامها به[1].

ولا تقف التساؤلات عند هذا الحد، فإذا فرض أن عُدّ الغير طرفاً يمكن مد آثار شرط التحكيم إليه سلباً أو إيجاباً، فكيف يتم حينئذٍ تنظيم عملية التحكيم نفسها التي وجدت - في الغالب - للبت في نزاع يتعلق بعلاقة تعاقدية ثنائية؟ وكيف يتم ضم الغير إلى عملية التحكيم الذي أصبح متعدد الأطراف؟ وما هي الأسس التي يتم بناء عليها هذا الضم؟ وما هي الجهة المختصة بالأمر به؟ وكيف يمكن لعملية التحكيم هذه أن تتم في وجود أطراف متعددة يطالب كل منها بممارسة الحق الأساسي في كل تحكيم، وهو حق كل طرف في تعيين محكم عنه بل ويتمسك بذلك؟ وكيف يكون لهيئة التحكيم أن يكون

---

(1) انظر لاحقاً، ص 72 وما بعدها من هذا البحث.

تشكيلها شرعياً إذا ما أهدر هذا الحق أو تم التغاضي عنه بصورة من الصور؟ وعلى افتراض إيجاد حل لهذه المشكلة الحادة فإننا لا نلبث أن نواجه تساؤلاً آخر يتعلق ـ هذه المرة ـ بسير الإجراءات أمام هيئة التحكيم، ومدى إمكانية التوفيق بين تعدد الأطراف، وضرورة ممارسة كل منهم للحقوق المعترف بها للخصم في أي دعوى ـ قضائية كانت أم تحكيمية ـ وخاصة تلك الحقوق المتعلقة بمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ كفالة حقوق الدفاع والمواجهة. ثم لا بد أن يثار تساؤل آخر. ولعله أكثر التساؤلات حدة وإلحاحاً على المستويين النظري والعملي، يتعلق بإصدار حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه وخاصة من حيث إمكانية تنفيذه، أليس من السهل ـ في إطار تحكيم متعدد الأطراف ـ أن يُدفع ببطلان حكم التحكيم لأسباب تتعلق بتشكيل هيئة المحكمة، أو بسير إجراءات الخصومة أمامها، ذلك التشكيل وتلك الإجراءات التي لم تتح للخصوم فرصة تمثيل مصالحهم بشكل عادل يتفق مع المبادىء المستقرة في مؤسسات العدالة كافة؟

هذه التساؤلات وغيرها[1] هي التي تواكب التحكيم متعدد الأطراف منذ كان بذرة كامنة في نصوص العقود التي يبرمها أطراف العقود التجارية الدولية المركبة، ترويه وتغذيه خلافاتهم، إلى أن ينمو ويترعرع بمناسبة عرض النزاع على التحكيم، فيستعصى على الأطراف وعلى غيرهم حل ما يثيره من مشاكل واضطراب في عملية التحكيم، ويحتل ـ نظراً لأهميته تلك ـ مكان الصدارة في

---

(1) راجع: J. L. DEVOLVE، . المرجع السابق ص 501 وما بعدها، حيث يشير المؤلف (ص 511) إلى تساؤلات ومشاكل أخرى يثيرها موضوع التحكيم متعدد الأطراف والتي أدت حسب اعتقاده، إلى فشل مجموعة العمل المشكلة في إطار لجنة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في الوصول إلى شرط نموذجي للتحكيم متعدد الأطراف توافق عليه الغرفة، وراجع نفس الصفحة (في الهامش) مشروع نص الشرط النموذجي المشار إليه، والذي سنتعرض لدراسته فيما بعد، انظر لاحقاً، ص 64 من هذا البحث.

أولويات الأوساط المعنية كافة. وليس أدل على ذلك من أنه قد خصص لدراسة هذه المشكلة حتى الآن أكثر من ستة مؤتمرات أو ندوات على مستوى دولي، ابتداء من المؤتمر الذي عقد في موسكو عام 1972 تحت رعاية غرفة التجارة الدولية، وانتهاء بمؤتمر التحكيم متعدد الأطراف الذي عقد عام 1988. ونظمته اللجنة الوطنية السويدية ومعهد قانون المعاملات الدولية التابع لغرفة التجارة الدولية، مروراً بندوة وارسو حول التحكيم الدولي في المنازعات التجارية متعددة الأطراف التي نظمها عام 1980 المجلس الدولي للتحكيم التجاري وغرفة التجارة البولندية[1].

إن أهمية الموضوع وكثرة التساؤلات المطروحة بشأنه وتشعبها على النحو السابق بيانه، تجعل مهمة البحث فيه وسبر غوره، والإلمام بكل جوانبه، مهمة عسيرة ولا شك،[2] ولما كان يستحيل في الإطار الضيق الذي تفرضه طبيعة هذا البحث أن نغطي المسائل المتعلقة بالموضوع كافة، فقد رأيت تحديد هذا الجهد المتواضع في اتجاهات ثلاثة.

ففي مطلب أول نتعرض لدراسة علاقة التحكيم متعدد الأطراف بمفهوم الغير، وهو مفهوم له ارتباط وثيق بقاعدة الأثر النسبي للعقود، وأعمالها، والاستثناءات التي ترد عليها في إطارها التقليدي، مبينين أن تلك الاستثناءات

---

(1) راجع: J. GELLIS WETTER. المرجع السابق، ص 9.

(2) قدم في فرنسا عدد من رسائل العدكتوراه في هذا الموضوع، ومن أهمها الرسالة التي أعدها J. G. BOURQUE بعنوان «تسوية المنازعات متعددة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي»

«Le reglement des litiges multipartites dand l'arbitrage commercial international»

وهناك رسائل أخرى تحت الإعداد، بالإضافة إلى كم هائل من البحوث والمقالات والتعليقات على أحكام القضاء العادي وقضاء التحكيم الصادرة في شأن التحكيم متعدد الأطراف.

لم تعد تستجيب لما اتفق على تسميته بمقتضيات التجارة الدولية، تلك المقتضيات التي أدت إلى ظهور معايير وضوابط اقتصادية يتم بناء عليها إقحام الغير في عملية التحكيم، لكي يصبح تحكيماً متعدد الأطراف. وتجد هذه المعايير والضوابط أساسها في كثير من الحالات الناشئة عن تعقد وتشابك العلاقات الدولية؛ ولذلك رأينا أن نتعرض في مطلب ثان لتلك الحالات باعتبارها مصادر للتحكيم متعدد الأطراف، ونتعرض إثر ذلك لدراسة بعض الحلول التي اقترحت لتنظيم عملية التحكيم متعدد الأطراف من حيث ضم النزاعات متعددة الأطراف، مبينين المواقف المختلفة للقضاء والتشريع بشأن تلك الحلول. وهذا هو موضوع المطلب الثالث الذي سنخصصه لدراسة مسألة الضم.

وإذا كان لي من ملاحظة فيما يتعلق بخطة البحث التي بينت إطارها وحدودها في الفقرة السابقة، فإن تلك الملاحظة ستتمثل - ولا شك - في القصور الذي يعتري الدراسة من حيث عدم شمولها لمسائل هامة تستحق البحث، عندما يتقرر بشكل أو بآخر أن يكون التحكيم تحكيماً متعدد الأطراف سواء بالنسبة للمبادىء والضوابط التي يجب مراعاتها في تشكيل هيئة التحكيم، أو سير إجراءات الخصومة، أو تحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم، أو كفالة حق الدفاع لهم، وكذلك عدم شمولها (أي الدراسة) لمسائل هامة أخرى تعرض عندما ينتهي التحكيم متعدد الأطراف بصدور حكم، وخاصة من حيث إمكانية تنفيذ هذا الحكم، وإمكانية الدفاع ببطلانه؛ تأسيساً على مخالفته للمبادىء الموجهة للخصومة (حق المساواة وحق الدفاع)، أو تأسيساً على توافر حالة من حالات البطلان المنصوص عليها في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

وليس لي عذر في هذا القصور سوى الإطار المرسوم لهذا البحث، حيث كنت في الواقع بين خيارين أحلاهما مُر: فإما أن أتعرض بشكل سطحي، وفي عجالة، للمسائل المنوّه عنها، مع المخاطرة بالتأثير السلبي

الحتمي على القيمة العلمية للدراسة. وإمّا أن استبعد تلك المسائل من نطاق البحث والتعرض تبعاً لذلك للاتهام بالتقصير والعجز، وليس لي ـ وقد آثرت الخيار الثاني معتقداً بأنني قد اخترت أخف الضررين ـ سوى أن آمل في أن تتاح لي، في المستقبل القريب، فرصة التعرض لتلك المسائل وإعطائها ما تستحقه من الدراسة والبحث.

المطلب الأول

المفهوم التقليدي للغير
في التحكيم متعدد الأطراف

نقطة البداية واضحة وسهلة، إذ يتعلق الأمر بمعرفة من هو الطرف في شرط التحكيم الذي تنصرف إليه آثاره؟ ومن هو الغير الذي لا يحتج في مواجهته بذلك الشرط؟ . . . والواقع أنه إذا كانت نصوص القانون الداخلي وأحكام القضاء العادي قد وضعت ـ إلى حد ما ـ حدوداً فاصلة وحلولاً مقبولة لهذا التساؤل، فإن الوضع على غير ذلك في مجال التحكيم التجاري الدولي[1]، وتظهر الصعوبة في أن كلاً من مفهوم «الطرف» ومفهوم «الغير» يستخدم بشكل غير منضبط[2]. وظهر التساؤل عما إذا كان من المقبول أن يقحم في سير عملية التحكيم، أو في تحمل آثارها جهة ليست طرفاً فيه، وتعد من الغير بالنسبة إلى شرط التحكيم. إلا أنه ومهما يكن من أمر خصوصية التحكيم التجاري الدولي، فإن الإجابة على التساؤل لا بد أن تنطلق من المبدأ

---

(1) راجـع: Jean - Louis GOUTAL, le droit des contrats, Rapport general, In LABITRAGE ET LES TIERS, Rev, Arb. 1988, P. 439.

(2) يشير J. L. GOUTAL في المرجع السابق (ص 440) إلى تعبيرات يستخدمها الفقهاء للدلالة على عدم وضوح مفهوم الغير، ومنها تعبير «الأغيار الحقيقيين les vrais tiers»، «والأغيار غير الحقيقيين Les faux tiers» وتعبير «الأغيار» الذين تنطبق عليهم هذه الصفة بدرجات متفاوتة des tiers qui le sont plus ou moins راجع كذلك: Bertrand MOREA, Introduction. In: L'ARBITRAGE ET LES TIERS, Rev. Arb. 1988, P. 431. حيث يشير المؤلف ألى أن هناك «أغياراً وأغياراً» (Cependent il ya des tires et des tiers)

الأساسي في كل من القانون الداخلي وقانون التحكيم، ألا وهو مبدأ الأثر النسبي المعقود.

ونتعرض في الفقرة الأولى من هذا المطلب، وبشكل عام، لمبدأ الأثر النسي، ثم نحدد في فقرة ثانية ما يعد من الغير تطبيقاً للاستثناءات التقليدية الواردة على هذا المبدأ.

أولاً: مبدأ الأثر النسبي المعقود principe de la relativité

ويقصد بهذا المبدأ، في شكل مبسط، أن آثار العقد لا تنصرف إلى غير من كان طرفاً فيه، وبتطبيق ذلك على اتفاق التحكيم، نجد أن آثار هذا الاتفاق، لا تمتد، من حيث المبدأ، إلى غير عاقديه، وهذا يعني عدم إمكانية إقحام الغير في عملية التحكيم ذاتها، كما يعني أيضاً عدم إمكانية مواجهة هذا الغير بما يترتب على اتفاق التحكيم من آثار[1].

إن هذا الطرح المبسّط، يجب ألا يحجب عنّا ـ بأي حال من الأحوال ـ أهمية المشاكل التي يثيرها مبدأ الأثر النسبي للعقود، وحساسيتها؛ باعتبارها من أعقد المشاكل التي يواجهها القانون الوضعي الحالي، تحت ضغط مقتضيات الحياة الاقتصادية المعاصرة، وتأثيرها سواء على النطاق المحلي أم الدولي.

وإذا كان الإطار المرسوم لهذا البحث لا يسمح بالتصدي لأبعاد مبدأ الأثر النسبي، أو للمشاكل التي يثيرها بشكل مفصل[2] فإن ارتباط ذلك المبدأ

---

(1) وهذا لا يعني عدم إقحام الغير في الخصومة التحكيمية فحسب، بل يعني أيضاً عدم الاحتجاج على هذا الغير، بما يترتب على الخصومة من آثار، وخاصة فيما يتعلق بحكم التحكيم وتنفيذه، وهذا الوجه الأخير هو ما يسمى بالفرنسية opposabilite على النحو الذي سنتعرض له تفصيلاً فيما بعد، وخاصة عند دراسة رأي الأستاذ GOUTAL حول هذه النقطة.

(2) من المعروف أن مبدأ الأثر النسبي للعقود في طرحه التقليدي، لم يكن بمنأى عن كثير من أوجه النقد التي وجهت إليه في إطار القوانين الداخلية ذاتها، باعتبار أن الأخذ به على أطلاقه يعد حجرة عثرة أمام تطور المبادلات التجارية الدولية =

بمفهوم الغير الذي يهمنا تحديده في هذا الدراسة يجعل من الضرورة بمكان التعرض للمبدأ المنوه عنه، ولو بشكل عام، وذلك من خلال الملاحظات التالية، وهي ملاحظات تقتصر - بطبيعة الحال - على مبدأ الأثر النسبي مطبقاً على شروط التحكيم:

1 - إن لمبدأ الأثر النسبي المقرر في أغلب القوانين الوضعية وجهين: يتمثل الوجه الأول في الأثر الملزم للعقد L'effet obligatoire بمعنى أن أطراف اتفاق التحكيم هي وحدها التي تخضع لما يرد فيه من حقوق والتزامات. أما الوجه الثاني فهو الاحتجاج به على الغير Opposabilité، ويتمثل في أن إبرام اتفاق التحكيم بين طرفين، أي وجوده يجب أن يحدث في مواجهة الغير أثراً ما، باعتباره واقعة اجتماعية Fait social يستوجب على هذا الغير أخذها من الحسبان، ولعل هذا التمييز الدقيق بين الأثر الملزم للعقد والاحتجاج به في مواجهة الغير[1] يشكل المنطلق الحالي للتوسع في تحديد المقصود بمفهوم الغير في مجال اتفاق التحكيم.

2 - إن هذا التمييز بين الأثر الملزم لاتفاق التحكيم، وإمكانية الاحتجاج به في مواجهة الغير، وإن كان تمييزاً يسهل إعماله بالنسبة للوجه الأول

= وفاعليتها، سواء على المستوى الوطني أم على المستوى الدولي، لدرجة أنه قيل - بحق - إن مبدأ النسبة قد صار محلاً لكثير من الاستثناءات، بحيث صار في حد ذاته نسبياً، وينطبق ذلك بصورة خاصة على مبدأ الأثر النسبي، كما هو مقرر في المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن المشاكل والتساؤلات نفسها واردة بالنسبة لكثير من القوانين الوطنية، في دول أخرى حذت حذو القانون الفرنسي (راجع مثلاً نصوص القانون المدني المصري المتعلقة بالأثرالنسبي)، وبالنسبة لمشكلة الأثر النسبي في القانون الفرنسي، وعلاقة ذلك بقانون التحكيم ومشكلة تعدد الأطراف بشكل خاص، راجع:

B. OPPETIT, Conclusion: Une reforme est - elle necessaire?

In: LARBITRAGE ET LES TIERS. Rev. Arb. 1988. P. 551 et s.

(1) انظر J. L. GOUTAL، المرجع السابق، ص 439 وما بعدها.

(الأثر الملزم) باعتبار أن الأصل هو تطبيق مبدأ الأثر النسبي، وأن هناك استثناءات ترد على ذلك المبدأ في نطاق محصور وحالات محددة، فإن الوجه الثاني (الاحتجاج بشرط التحكيم كواقعة اجتماعية) يثير العديد من المشاكل والصعوبات في مجال التحكيم. وذلك نظراً لتعلقه بحكم التحكيم وتنفيذه في مواجهة الغير، وهذا أمر يثير مشاكل عديدة على المستويين النظري والعملي[1].

3 - إن مبدأ الأثر النسبي للعقود في صورته التقليدية قد تعرض بفعل ضغوط ومؤثرات الحياة الاقتصادية، وتداخل العلاقات التجارية الدولية، لتعديلات وتطورات بالغة الأثر، وقد أدت هذه المواجهة إلى ظهور اتجاه يرمي إلى إعادة النظر في ذلك المبدأ من حيث التوسع في الاستثناءات التي ترد عليه؛ انطلاقاً من مقتضيات وضرورات الحياة الاقتصادية الحالية، وقد برز هذا الاتجاه بشكل خاص في مجال قانون التحكيم، وأدى بالبعض[2] إلى التساؤل عما إذا كان الوقت قد حان للتفكير وإعادة النظر في مكانة ومشروعية ذلك المبدأ، الذي تدل تطبيقاته وما يرد عليها من استثناءات على عدم التكيف مع الواقع الاقتصادي الحالي.

4 - ونظراً للعقبات التي تقف أمام أي اتجاه إلى إعادة النظر في نصوص القانون الفرنسي المتعلقة بمبدأ الأثر النسبي من جهة، وعجز هذا المبدأ وما يرد عليه من استثناءات من حيث التكيف مع الواقع الاقتصادي الدولي، وخاصة مقتضيات التحكيم التجاري الدولي من جهة أخرى. فقد رأى الفقه الفرنسي ضرورة البحث عن وسائل خاصة تنطلق من قانون التحكيم ذاته، ودون حاجة إلى تعديل القانون المدني، بحيث يكون من

---

(1) انظر J. L. GOUTAL، المرجع السباق ، ص 449 وما بعدها.

(2) انظر B. OPPETIT، المرجع السابق، ص 551.

شأنها إيجاد حلول ملائمة للمشاكل العملية الماثلة أمام هيئات التحكيم، ومن أهمها مشكلة التحكيم متعدد الأطراف، وذلك كله خارج إطار مبدأ النسبية. ولهذا نجد أن الفكرة السائدة حالياً في إطار كثير من المؤتمرات والندوات الدولية التي تعقد لهذ الغرض، هي علاج تلك المشاكل من خلال ضم قضايا التحكيم متعددة الأطراف أو توحيدها Unification ou consolidation تفادياً لتعارض الأحكام، وتوفيراً للوقت والتكاليف. ونظراً لأن مسألة الضم ستكون محل دراسة في المطلب الثالث من هذا البحث، فنكتفي الآن بالإشارة إلى أن إقرار فكرة الضم أو تطبيقها يتطلب تدخلاً من المشرع أو القاضي، كما أن الضم قد يكون ثمرة لاتفاق المتعاقدين أنفسهم، على النحو الذي سنراه تفصيلاً فيما بعد.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر النسبي:

يمكن حصر مفهوم الغير في إطار التطبيق التقليدي لمبدأ الأثر النسبي للعقود والاستثناءات الواردة عليه، في حدود دائرة تغطى بشكل أساسي ما يعرف بالخلف العام، والخلف الخاص، وبعض الاستثناءات الأخرى الواردة على هذا المبدأ، وذلك على النحو الوارد في الفقرات التالية.

فمن ناحية نجد أن مفهوم الغير يتسع ليشمل الورثة الملتزمين بشرط التحكيم الذي أبرمه مورثهم، وفي إطار الشخصية المعنوية تكون الشركة التي نتجت عن الدمج أو الضم ملزمة بالشرط المذكور، على اعتبار أنّها خلف عام للشركة المضمومة أو المدمجة، وكذلك الأمر بالنسبة للحوالة سواء تعلق الأمر بحوالة الحق أو حوالة العقد[1]. حيث يكون المحال إليه ملزماً بشرط التحكيم

---

(1) راجع بالنسبة لبعض القوانين العربية: Jacques EL HAKIM, Les Litiges commerciaux multilateraux dans le cadre des projects du moyen orient. Rev. Arb. 1981, P. 86 et s.

الوارد في العقد الأصلي، على اعتبار أن الحوالة تتطلب بالضرورة أن يكون شرط التحكيم الوارد في ذلك العقد نافذاً، سلباً وإيجاباً، في مواجهة المحال إليه، وكذلك الأمر بالنسبة للبيوع المتتابعة، حيث ينتقل الشيء المبيع إلى مشتر جديد بما في ذلك، الضمانات المقررة له، وخاصة ضمان العيوب الخفية، إذ يستطيع هذا المشتري أن يحتج بشرط التحكيم الوارد في عقد البيع الأول بمناسبة النزاع المتعلق بهذا الضمان[1]. وإذا كان مفهوم الغير يتسع ليشمل الحلول الشخصي مثلاً، فإن الخلاف قد ثار بمناسبة صور أخرى من صور انتقال الالتزام مثل حالات الإنابة والتجديد[2].

ومن ناحية أخرى فإنه من الممكن أن نتصور في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، أن يكون موضوع الاشتراط اتفاق تحكيم لمصحلة الغير المستفيد من الشرط، إلا أنه يجب التنويه إلى القاعدة السائدة في الاشتراط لمصلحة الغير، والتي تقضي بأن المنتفع من الاشتراط يستفيد من النصوص المقررة لمصلحته، ولا يحتج في مواجهته بنصوص لا تقرر تلك المصلحة، وبالمقابل لا يستطيع هو، (أي المستفيد من الشرط) أن يحتج بتلك النصوص في مواجهة الغير، وهذا ما ينطبق على شرط التحكيم الذي قد يرد في عقد الاشتراط لمصلحة الغير المبرم بين المشترط والمتعهد، فلا يستطيع هذا ولا ذاك أن يحتج بشرط التحكيم في مواجهة المنتفع، كما لا يستطيع هذا الأخير أن يحتج به في مواجهة أي منهما، ولا يرد على ذلك إلا استثناء واحد في حالة ما إذا كان المنتفع قد قبل الاشتراط صراحة، إذ يصبح حينئذٍ طرفاً فيه، ويجوز له بالتالي أن يستفيد من شرط التحكيم، كما يجوز لكل من المشترط والمتعهد أن يحتج في مواجهته بذلك الشرط[3]، ويعتبر البعض شرط التحكيم في هذه الحالة من

---

(1) انظر J. L. GOUTAL، المرجع السابق، ص 445 وما بعدها.

(2) انظر J. L.GOUTAL، المرجع السابق، ص 447.

(3) انظر J. ROBERT، المرجع السابق، ص 241.

قبيل الشروط الاختيارية Clauses optionnelles التي يحتج بها، سلباً وإيجاباً، في مواجهة المستفيد عند قبوله لها[1].

ومن ناحية ثالثة يثير الوجه الثاني لمبدأ الأثر النسبي للعقود، وهو الوجه المتعلق بالاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير مشاكل خاصة فيما يتعلق بمدى إمكانية الاحتجاج بشرط. التحكيم في مواجهة الغير؛ ذلك أنه وإن كان من المسلم به نظرياً أن العقد حجة من حيث المبدأ على المتعاقدين كافة، وأنّ شرط التحكيم يكون تبعاً لذلك سارياً في مواجهتهم كافة إلا في حالة الاتفاق على غير ذلك، أو وجود نص قانوني مخالف، فإن الأمر يتعقّد بعض الشيء من الناحية العملية، إذ يكمن دائماً وراء الاحتجاج بشرط التحكيم على المتعاقدين كافة فكرة الاحتجاج على الغير بالحكم الذي قد يصدر إعمالاً لهذا الشرط [2]. ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما حكم به القضاء الفرنسي من أن حكم التحكيم الصادر في مواجهة الدائن الأصلي هو حكم ذو حجية في مواجهة الكفيل، هذا في الوقت الذي قد يصعب فيه إلزام ذلك الكفيل بما ورد في حكم التحكيم انطلاقاً من الوجه الآخر لمبدأ الأثر النسبي، وهو وجه القوة الملزمة للعقد، باعتبار أن الكفيل ليس طرفاً في ذلك العقد، وقد حكم القضاء الفرنسي بذلك فعلاً[3]. وعلى هذا فإن إلزام الكفيل بما ورد في حكم

---

(1) راجع J. L. GOUTAL المرجع السباق، ص 448 وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20/ 10/ 1987 بخصوص الاشتراط المشار إليه في نفس المرجع وذات الصفحة.

(2) انظر J. L. GOUTAL، المرجع السابق، ص 452 وما بعدها.

(3) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 22/ 11/ 1977، مشار إليه في مقال J. L. GOUTAL المرجع السباق، ص 453 وكذلك الحالات الأخرى التي ذكرها المؤلف المتعلقة بالضمان تحت الطلب وضمان المسؤولية وحجز ما للمدين لدى الغير... إلخ حيث يتسع مفهوم الغير إعمالاً للوجه الثاني للأثر النسبي (L'opposabilite) وليس تطبيقاً للوجه الأول (L'effet obligatoire).

التحكيم يتأتى من أن ذلك الحكم يعد «واقعة» بالنسبة للكفيل يتعين عليه أخذها بعين الاعتبار، «تصرفاً» كان الكفيل طرفاً فيه.

هذه هي أهم التطبيقات التي تم التوصل إليها إعمالاً لمبدأ الأثر النسبي والاستثناءات الواردة عليه، وهي تطبيقات تؤدي إلى وجود نطاق محصور، فيما يتعلق بامتداد آثار شرط التحكيم إلى الغير، ذلك النطاق الذي لم يعد يستجيب لمقتضيات التبادل التجاري الدولي، واستيعاب الفروض والحالات التي تنشأ عن العلاقة التعاقدية المركبة في مجال المعاملات الدولية، ولهذا نلاحظ وجود اتجاه إلى التوسع في مفهوم الغير في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث ما فتئت الضغوط تُحدث أثرها، من حيث ظهور ضوابط ومعايير أخرى ذات منشأ اقتصادي نفعي بحت توجد جنباً إلى جنب مع الضوابط والمعايير التقليدية، ويكون من شأن أعمالها التوسع المستمر، وربما غير المنضبط لمفهوم الغير، وذلك كله على حساب المفهوم التقليدي لمبدأ الأثر النسبي للعقود. والواقع أنه لا يمكن فهم واستيعاب تلك الضوابط والمعايير المستحدثة إلا من خلال استعراض مواقف قضاء التحكيم، وكذلك مواقف القضاء العادي في بعض الدول بمناسبة قضايا تحكيم أثير بمناسبتها التساؤل المتعلق بمدى امتداد أثر شرط التحكيم، في غير الدائرة التقليدية لتطبيق مبدأ الأثر النسبي، إلى أشخاص لم يكونوا أطرافاً فيه، ومن الطبيعي أن تلك التطبيقات القضائية قد صدرت بمناسبة صور معينة من صور العلاقات التعاقدية المتشابكة في مجال التجارة الدولية، بحيث أصبحت تلك الصور مصدراً لا ينضب لظهور وتعدد حالات التحكيم متعدد الأطراف.

المطلب الثاني

المصادر العملية للتحكيم متعدد الأطراف

يرجع ظهور الغالبية العظمى من حالات التحكيم متعدد الأطراف إلى وجود شخص معنوي (عام أو خاص) في علاقة تعاقدية مركبة ومتشابكة، وتكون تلك الحالات متميزة، وليس تميزها باختلاف القانون الواجب التطبيق فقط بل وبعدم ثبات الحلول التي يضعها القضاء عادياً كان أم تحكيمياً كذلك، وليس هذا الأمر مستغرباً، إذ ما هو إلا نتاج طبيعي لما أملته مقتضيات التبادل التجاري الدولي من ضرورة المواجهة والتنسيق بين الاستقلالية المقررة للأشخاص الاعتبارية ومبدأ الأثر النسبي للعقود من جهة، وضرورة الأخذ بعين الاعتبار للبعد الاقتصادي والتجاري والمالي لتدخل الأشخاص الاعتبارية في الحياة الاقتصادية المعاصرة من جهة أخرى.

وهكذا وسواء تعلق الأمر بالأشخاص الاعتبارية الخاصة (الشركات) أم بالأشخاص المعنوية العامة (مؤسسات وهيئات الدولة)، فإنه من المهم أن نتابع في مجال التحكيم الدولي موقف القضاء العادي وموقف قضاء التحكيم، لنتبين إلى أيّ مدى خرج هذا القضاء عن الضوابط التقليدية (التوقيع، استقلالية الشخص الاعتباري)، ليأخذ بمعايير وضوابط اقتصادية أملتها ظروف التعامل التجاري الدولي، وسنلاحظ من خلال دراسة بعض مصادر التحكيم متعدد الأطراف، أن القضاء ـ وخاصة قضاء التحكيم ـ قد وصل في بعض الأحيان إلى إقحام أشخاص اعتبارية في منازعات التحكيم، لا لأن تلك الأشخاص قد وقعت على اتفاق التحكيم، ولكن لأنها قررت في ضوء معطيات معينة، أن تكون ملتزمة، ولو بطريق غير مباشر، بالمشروع أو بالصفقة محل التعاقد ومحل النزاع، مما يبرر اعتبارها طرفاً في العقد تمتد إليه آثار شرط التحكيم.

وإذا كان يستحيل في بحث كهذا، تغطية كل الأوضاع التي قد تنجم عن تدخل الأشخاص المعنوية وما يترتب على ذلك من قضايا تحكيم متعدد الأطراف، فإننا سنكتفي بعرض ودراسة بعض التطبيقات التي تم اختيارها من بين التطبيقات التي أشرنا إليها في مقدمة هذا البحث.

أولاً: مجموعات الشركات Groupes de Sociétés

تتجه الشركات في العصر الحديث إلى تقوية الروابط فيما بينها وتوأمة أنشطتها في مجال الصناعة والتجارة والمال، ويتخذ ذلك التآزر أشكالاً عديدة ومتنوعة، منها على وجه الخصوص ما تقوم به الشركات الكبيرة من إنشاء شركات تابعة لها في مختلف المجالات التي تدخل ضمن أغراضها؛ لكي تكون ساعدها الأيمن في السوق الدولية، وتعمل على تقوية مركزها الاقتصادي، وعادة ما تنظم قوانين التأسيس العلاقة بين الشركة الأم والشركات التابعة لها في إطار ما اصطلح على تسميته بمجموعة الشركات.

وعلى الرغم من أن مفهوم مجموعة أو مجموعات الشركات لم يصل بعد إلى مرحلة الفئة أو الطائفة القانونية المحددة، التي تستقل بمفاهيم ومبادىء متميزة[1]، فإن هذه المجموعات تشكل واقعاً تعيشه وتواجهه بل وتقبله العلاقات الاقتصادية الدولية في العصر الحالي من ناحية، ويثير في مجال التحكيم التجاري الدولي من ناحية أخرى عدة تساؤلات، أهمها التساؤل المتعلق بمدى إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في اتفاق مبرم بين إحدى شركات المجموعة والغير في مواجهة شركة أخرى من نفس المجموعة، تأسيساً على أنها تشارك في العملية الاقتصادية محل ذلك الاتفاق، وعلى الرغم من أنها لم توقع على شرط التحكيم الوارد فيه.

---

(1) راجع J. ROBERT، المرجع السابق، ص 241.

ولبحث هذه المسألة نستعرض الحلول التي كرستها أحكام القضاء في فرنسا تأسيساً على نصوص القانون الوطني، ثم نحاول استقراء موقف المحاكم المصرية على ضوء نصوص القانون المصري الجديد (القانون رقم 27 لسنة 1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية) ونعرج أخيراً على دراسة موقف قضاء التحكيم.

١ ـ موقف المحاكم الفرنسية:

انطلاقاً من نصوص قانون المرافعات الفرنسي كان لا بد من أن تكون الإجابة على التساؤل الذي طرحناه بالنفي خاصة في مجال التحكيم الداخلي، حيث لا يجوز أن تمتد آثار شرط التحكيم الوارد في اتفاق مبرم بين إحدى شركات المجموعة والغير إلى شركة أخرى من نفس المجموعة لم تكن طرفاً في ذلك الاتفاق، حتى ولو كانت تشارك في نفس العملية الاقتصادية، وهذه نتيجة حتمية لإعمال قاعدة الأثر النسبي للعقود الواردة في القانون المدني الفرنسي[1]، وعلاوة على ذلك فإن المادة 1443 من قانون المرافعات الفرنسي المتعلقة بالتحكيم الداخلي تمنع امتداد آثار شرط التحكيم إلى الغير، نظراً لأنها تفرض شكلية الكتابة كركن أساسي لصحة شرط التحكيم[2].

أما في مجال التحكيم الدولي فنجد أن الفقرة الأولى من المادة 1494 من قانون المرافعات قد أعطت للأطراف الحرية في تنظيم إجراءاته وخاصة من حيث إمكانية الإحالة إلى لوائح التحكيم المعمول بها في منظمات أو مراكز التحكيم، سواء داخل فرنسا أم خارجها.

---

(1) انظر سابقاً، ص 49 وما بعدها من هذا البحث.

(2) راجع في التفسير المرن لشرط الكتابة في قانون المرافعات الفرنسي، A. CHAPELLE، المرجع السابق، ص 478 حيث يشير المؤلف إلى اتفاق الفقه الفرنسي على أعمال شرط الكتابة بالنسبة للتحكيم الداخلي فقط.

ويرى الفقه الفرنسي أن هذه المكنة وما تؤدي إليه من عدم المزج بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، والقانون الذي يحكم الموضوع هي التي سهلت على القضاء الفرنسي فتح ثغرة أولى في اتجاه التوسع في امتداد شرط التحكيم، وسريان آثاره في مواجهة أطراف أخرى لم تكن موقعة عليه[1].

ففي حكمها الصادر بتاريخ 21/ 20/ 1983 في قضية Dow chemical[2] أشارت محكمة استئناف باريس إلى أن نصوص لائحة غرفة التجارة الدولية تجيز للمحكّم - وهو بصدد تقرير اختصاصه - أن يأخذ بعين الاعتبار نية الأطراف والعادات التجارية usages de commerce، وخلصت المحكمة إلى أن النية المشتركة لشركات المجموعة كانت متمثلة في أنها تشارك كلها بالتساوي في الاتفاق، حتى ولو لم يوقعه البعض منها، وأضافت أن مفهوم مجموعة الشركات يسهم على الأقل في خلق عادة تجارية، مقتضاها إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة كل شركات المجموعة المعنية بالمشروع.

ويلاحظ أن حكم الفرنسية السابق الإشارة إليه، قد صدر بصدد قضية معينة، وظل بالتالي حكماً معزولاً لمدة خمس سنوات تقريباً، لم يصدر القضاء الفرنسي خلالها أحكاماً مماثلة، بل لقد وصف جانب من الفقه

---

(1) راجع: J. ROBERT، المرجع السباق، ص 243، ويلاحظ أن هيئات التحكيم قد سبقت القضاء الفرنسي في تبني الحلول الموسعة لامتداد آثار شرط التحكيم في الكثير من القضايا، انظر على سبيل المثال أحكام التحكيم الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية في القضايا أرقام 1434 و2375 لعام 1975 و4131 لعام 1982 و5177 لعام 1986، راجع كذلك، ص 51 وما بعدها من هذا البحث.

(2) راجع الحكم الصادر في هذه القضية وتعليق الأستاذ A. CHPPELLE المنشور في: Rev. Arb. 1984, P. 98 et s.

الفرنسي ذلك الحكم بأنه عبارة عن استجابة كاملة لحاجة فطرية لدى الأوساط الاقتصادية ـ un besoin inne des milieux econmiques، وهو حكم وإن اتسم بالواقعية، وأعطى حلاً عملياً للمشكلة المطروحة، إلا أنه لم يأت بحل مبني على اعتبارات قانونية محددة وواضحة، لمواجهة هذه المشكلة الهامة في العلاقات الاقتصادية الدولية[1].

ومع ذلك فإنه لا شك في أن الحكم المذكور قد مهد لثلاثة أحكام أصدرتها ذات المحكمة في فبراير 1988 ونوفمبر 1989، يتضمن كل منها مبدأ أصبح مرجعاً في الأحكام التي صدرت لاحقاً، ويتضمن ذلك المبدأ قاعدة مادية موضوعية regle materielle، مؤداها أن لشرط التحكيم الوارد في عقد دولي صلاحية وفعالية متميزتين، تفرضان التوسع في تطبيقه على الأطراف المقحمة في تنفيذ العقد، وفي الخصومات الناشئة عنه، بمجرد أن الأوضاع التعاقدية لتلك الأطراف والأنشطة التي تمارسها، تجعل من الممكن افتراض أنها ـ أي الأطراف ـ قد قبلت شرط التحكيم، وأنها علمت بوجوده وأهميته، بالرغم من أنها لم توقع على العقد الذي اشترطه[2].

وواضح أن التوسع في مد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير الذي احتوته

---

(1) وفي هذا يقول الإستاذ J. ROBERT (المرجع السابق ص 243):
«L'importance du probeme dans le cadre de la vie du commerce international, appelait cependant l'enonce d'une solution plus specifiquement juridique que celle de ce premier arret du 21 Octobre, 1983, et de nature a'servir de support a une pratique dont la jurisprudence purement arbitrale domontrait l'etendue..»

(2) هذه هي القاعدة المشتركة التي تكررت في الأحكام الثلاثة الصادرة عن محكمة استئناف باريس في 28/ 11/ 1988 و 30/ 11/ 1988 و14/ 2/ 1989 على التوالي، ووردت الإشارة إلى هذه الأحكام في مؤلف J. ROBERT السابق الإشارة إليه، ص 243.

القاعدة الموضوعية، المشار إليها، ينم من ناحية عن توسع من جانب القضاء العادي في تفسير وتطبيق مبدأ الاسقلالية لاتفاق التحكيم الدولي، كما أن هذا الاتجاه القضائي يؤكد من ناحية أخرى أحكاماً قضائية سابقة[1]، قررت عدم الحاجة إلى إعمال نصوص القانون الواجب التطبيق بسبب وجود القاعدة المادية المتعلقة باستقلالية اتفاق التحكيم[2].

2 ـ موقف القضاء المصري

كانت النصوص المتعلقة بالتحكيم (المواد من 501 إلى 513) الواردة في قانون المرافعات المصري منصبة على التحكيم الداخلي، وبالتالي فإنه لم يكن متوقعاً أن تعالج تلك النصوص بشكل مباشر، أو غير مباشر مسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم المبرم بين الغير وإحدى شركات المجموعات إلى الشركات الأخرى، في المجموعة نفسها، باعتبار أن ظاهرة مجموعة الشركات تشكل بعداً حديثاً في العلاقات التجارية الدولية، وكان طبيعياً والحال كذلك أن يندر التعرض لهذه الظاهرة في كتابات الفقهاء وأحكام القضاء[3].

وإزاء انتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادي في مصر، والتطور النوعي والكمي للمعاملات التجارية الدولية، وصدور قوانين الاستثمار، وما ترتب

---

(1) والإشارة هنا بشكل خاص إلى الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4/ 7/ 1972 في قضية HECHT والذي أكدت فيه المحكمة على الاستقلالية التامة لاتفاق التحكيم وهي استقلالية تكفي وحدها لتطبيق اتفاق التحكيم بصدد عقد البيع موضوع النزاع الذي يشير إلى القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق، وبغض النظر عما تحدده قواعد التنازع الفرنسية، راجع: J. ROBOERT، المرجع السابق ، ص 251.

(2) حول مفهوم القاعدة الموضوعية (المادية) المتعلقة بإقرار مبدأ الاستقلالية واتجاهات تطور القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، انظر د. سامية راشد ، المرجع السباق، ص 84 وما بعدها وخاصة بالبند 43.

(3) راجع في هذا الخصوص ملاحظات د. سامية راشد، المرجع السباق، ص 107 وما بعدها.

على ذلك من توسع في إبرام العقود الدولية، المتضمنة شرط التحكيم، صدر القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ونص ذلك القانون الذي أصبح نافذاً منذ 22 مايو 1994 على إلغاء نصوص المواد من 501 إلى 513 من قانون المرافعات، وهكذا أصبحت النصوص المتعلقة بالتحكيم داخلياً كان أم دولياً[1] مجمعة في تشريع واحد[2].

ولم يتعرض القانون الجديد للظاهرة التي نحن بصددها (ظاهرة مجموعة الشركات) إلا بطريق غير مباشر، وبمناسبة تعريف بعض العبارات الواردة في القانون، حيث يقضي البند الثالث من المادة الرابعة بانصراف عبارة طرفي التحكيم في هذا القانون إلى أطراف التحكيم، ولو تعددوا، يعد ذلك إشارة إلى أن القانون يستوعب أيضاً حالات التحكيم متعدد الأطراف[3]، ومن بينها حالة تعدد أطراف التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها شركات المجموعة مع الغير.

وإزاء ما سبق، ونظراً لقصر الفترة الزمنية لنفاذ القانون رقم 27 لسنة 1994، ومحاولة لاستقراء ما قد يكون عليه موقف القضاء المصري بالنسبة للنزاعات المتعلقة بمجموعات الشركات، فإنه يمكن إبداء الملاحظات التالية:

---

(1) استخدمنا هنا مصطلحي التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ومع ذلك فإن هناك تسميات أخرى «التحكيم الوطني، التحكيم المحلي، التحكيم الأجنبي» يستخدمها الفقهاء في كتاباتهم، وقد أشار د. مختار البريري إلى اللبس الذي يسود استخدام هذه الأوصاف وإلى المعايير المختلفة التي يمكن تبنيها في هذا الصدد، راجع مؤلفه، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، 1995، ص 19 وما بعدها.

(2) حول مدى سداد المسالك الذي انتهجه المشرع المصري عند إصدار القانون رقم 27 لسنة 1994 (توحيد القواعد المتعلقة بالتحكيم) ومقارنته بمسلك المشرع الفرنسي، راجع د. مختار البريري، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

(3) راجع د. محمد البريري، المرجع السابق، ص 33.

* في مجال التحكيم الداخلي، نجد أنه لا مناص من إعمال قاعدة الأثر النسبي للعقود الواردة في المادة 152 من التقنين المدني المصري، والتطبيقات التقليدية لها المقررة في المادة 145 (انصراف آثار العقد إلى الخلف العام)، والمادة 146 (انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص).

ويترتب على إعمال القاعدة المذكورة في مجال شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة مع الغير، أن ذلك الشرط لا يمتد أثره - سلباً أو إيجاباً - إلى شركة أخرى في المجموعة، لم تكن موقعة على العقد الذي احتوى ذلك الشرط، ولم تكن ممثلة فيه، وعلاوة على ذلك فإن القانون رقم 27 لسنة 1994 - وقد استوجب في المادة 12 منه أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً - قد استبعد، وبشكل مطلق، أية إمكانية لامتداد آثار شرط التحكيم إلى شركة أخرى من شركات المجموعة لم تكن موقعة للعقد الذي تضمن ذلك الشرط.

* أما في مجال التحكيم الدولي، فإنه يبدو للوهلة الأولى، وفي إطار النصوص الموحدة للتحكيم الواردة في القانون رقم 27 لسنة 1994، أن النتيجة تكون هي ذاتها من حيث عدم انصراف آثار شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة إلى أي من الشركات الأخرى.

* ومع ذلك، فإنه من المتوقع إزاء تطور العلاقات التجارية الدولية، والظروف والمبررات التي صاحبت إصدار القانون رقم 27 لسنة 1994، أن يحذو القضاء المصري - مسترشداً ومستنيراً بآراء الفقه - حذو القضاء الفرنسي، في تفسيره الموسع لقاعدة الأثر النسبي للعقود، وتقرير الاستقلالية الكاملة لشرط التحكيم.، على النحو الذي تعرضنا له سابقاً، وذلك كله بهدف استيعاب هذه الظاهرة، وإيجاد الحلول العملية الملائمة لها.

* ومما يزيد من احتمال اتجاه القضاء المصري إلى النهج الذي سلكه القضاء الفرنسي، أن القانون رقم 27 لسنة 1994 قد تضمن نصوصاً تتصف

بالمرونة إلى حد ما، وتماثل في كثير من الأوجه النصوص الواردة في قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وخاصة نص المادة 1494 التي انطلق منها القضاء الفرنسي ـ كما رأينا ـ كأساس للتوسع في تحديد مفهوم الغير.

ومن بين هذه النصوص على وجه التحديد نص المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994، الذي قضى بأنه «لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة»[1]، كما تجدر الإشارة إلى نصوص المادتين الخامسة والسادسة من نفس القانون وهي نصوص تؤكد، في هذه المسألة، النص الوارد في المادة 25.

* ويجب التنويه أيضاً إلى الربط الذي يقيمه القضاء الفرنسي بين تفسير المادة 1494 المشار إليها، ومبدأ استقلالية شرط التحكيم، وهو مبدأ كان على القضاء الفرنسي ـ في غياب نص تشريعي صريح ـ أن يتعامل معه منذ سنة 1963، مقرراً الاستقلالية التامة لشرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه[2].

---

(1) وهذا النص يماثل إلى حد ما نص المادة 1494 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والذي جرى على النحو التالي:

«La convention d'arbitrage peut, directement ou par reference a un reglement d'arbitrage, regler la procedure a suivre dans l'instance arbitrale, elle peut aussi soumettre celle - ci a la loi de procedure qu elle determine. Dans le silence de laconvention, L'arbitre regle la procedure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par reference a une loi ou a un reglement d'arbitrage».

(2) حكم محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية الأولى) الصادر بتاريخ 7/ 5/ 1963 في قضية GROSSET والأحكام الأخرى المشار إليها في مؤلف J. ROBERT المشار =

وإذا كانت المبادىء التي أقرها القضاء الفرنسي، وخاصة الحكم الصادر في قضية Grosset، قد تم تبنيها من قبل القضاء في كثير من الدول التي تمارس التحكيم الدولي[1]، فإن الأمر لن يحتاج من القضاء المصري إلى طويل عناء، خاصة أن المشرع في القانون رقم 27 لسنة 1994 قد نص صراحة في المادة 23 على أنه «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد، أو فسخه، أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته». فتأكيد مبدأ استقلالية شرط التحكيم بهذا الشكل الصريح والموسع من قبل المشرع، سوف يكون منطلقاً للقضاء المصري في انتهاج المسلك نفسه الذي انتهجه القضاء الفرنسي بخصوص استقلالية شرط التحكيم، والتفسير الموسع لمفهوم الطرف في النزاعات ذات العلاقة بمجموعات الشركات.

* وأخيراً نأمل أن يجد القضاء المصري خلال السنوات القادمة الفرصة ليقول كلمته في شأن المسألة المطروحة وغيرها من مسائل التحكيم الدولي، خاصة بعد أن يتسع المدى الزمني لتطبيق أحكام القانون رقم 27 لسنة 1994، وتعرض على هذا القضاء منازعات يتمكن بصددها من إعمال وتطبيق أحكام هذا القانون، وغنى عن البيان أن دور الفقه مهم في هذا الصدد، باعتباره إثراء للتجربة القانونية والقضائية في مجال التحكيم الدولي[2]. كما أنه ومن المعول عليه بشكل كبير في هذا الصدد أن يصل المركز الدولي للتحكيم بالقاهرة[3]

= إليه سابقاً، ص 250، وخاصة الحكم الأخير الصادر عن نفس المحكمة في 10/ 7/ 1990.

(1) راجع: J. ROBERT، نفس المرجع، ص 251.

(2) راجع د: سامية راشد، المرجع السابق، ص 110.

(3) بخصوص الآثار التي قد يخلفها موقف القضاء على نشاط وفعالية المركز الدولي للتحكيم بالقاهرة، راجع د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 216 وما بعدها.

إلى تحقيق الأهداف التي أنشىء من أجلها، وأن تعرض على المركز المذكور نزاعات تتعدد، وتتنوع، بالقدر الذي يتيح للقضاء المصري النظر فيما قد يطرح عليه من تلك المنازعات، تطبيقاً لنصوص القانون رقم 27 لسنة 1994، فيكون المركز وما قد يصدر في إطاره من أحكام منبعاً للتجربة القضائية المصرية في مجال التحكيم الدولي، مثلما كانت غرفة التجارة الدولية ومقرها باريس، وما يصدر في إطارها من أحكام تحكيم أساساً لكثير من الأحكام التي صدرت عن القضاء الفرنسي في مجال التحكيم الدولي.

3 ـ موقف قضاء التحكيم

تتجه هيئات التحكيم في الغالب إلى مد الأثر الملزم لشرط التحكيم إلى شركة لم توقع عليه، لكنها تنتمي إلى المجموعة نفسها التي تنتمي إليها الشركة الموقعة. ففي حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ 23/ 9/ 1982 قررت هيئة التحكيم «أن شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض شركات المجموعة، يجب أن يلزم الشركات الأخرى، التي تظهر ـ بسبب الدور الذي لعبته في إبرام، وتنفيذ، أو فسخ العقود، المتضمنة لذلك الشرط، ووفقاً للإرادة المشتركة للأطراف كافة في الدعوى ـ كما لو أنها كانت أطرافاً حقيقية في تلك العقود، وكما لو أنها معنية بها في المقام الأول، وبالمنازعات التي قد تترتب عليها»[1].

---

(1) وهذه الحيثية وردت في الحكم الصادر في قضية Dow Chemical المشار إليه في مقالة A. CHAPPELLE مرجع سابق، ص 481، وقد رأينا أن محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 23/ 10/ 1983، وقد أقرت هيئة التحكيم فيما ذهبت إليه ورفضت طعناً قدم إليها بمناسبة الحكم المذكور، راجع سابقاً، ص 24 من هذا البحث، وراجع في نفس الحكم أيضاً:

Stephen R. BOND. The expriehee of the ICC International court of arbitration, In Multiparty Arbitration, P. 37 et s.

وإذا كان هذا الحكم يركز - كما هو واضح - على مفهوم النية المشاركة للأطراف volonté Commune، وما جرى عليه العمل من تدخل أكثر من شركة واحدة من شركات المجموعة في إبرام العقود وتنفيذها، فإن أحكام تحكيم أخرى قد ركزت على سلطات الأشخاص الذين فاوضوا العقود، أو وقعوها بالنسبة لتمثيل شركات المجموعة. ففي التحكيم رقم 4504/ 1985 - 1986[1] رأى المحكمون أنه إذا كان رئيس إحدى الشركات قد تدخل شخصياً أثناء التفاوض على العقد وتنفيذه، فإن ذلك لم يكن إلا باسم الشركة الأخرى ولحسابها، لمّا كان مفوضاً عنها. ومن تلك الأحكام ما ركز على فكرة التصديق، أو الاعتماد ratification، أو فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، لإقحام شركات أخرى من المجموعة نفسها، والمهم أن المحك في غالبية أحكام التحكيم، ليس هو التنظيم القانوني لشركات المجموعة، وما يترتب على ذلك التنظيم من استقلالية كل منها، بل ما تهدف إليه تلك الشركات من تحقيق هدف اقتصادي مشترك[2]. ومجاراة لهذا التوسع من قبل قضاء التحكيم، وخاصة في فرنسا[3] من حيث مد آثار شرط التحكيم إلى شركات المجموعة، حاول الفقه أن يضع تلك الحلول ضمن فئات تستند إلى معايير وضوابط موحدة، مستبعداً إسناد تلك الحلول إلى فكرة الأخلاق الدولية، أو فكرة الجزاء، أو العقوبة، فاقترح البعض إسناد إقحام شركات المجموعة في إجراءات التحكيم، إلى فكرة وجود قاعدة مادية مبنية على افتراض وجود قبول ضمني لشرط التحكيم من قبل الشركة غير الموقعة. هذا الافتراض الذي يستند بدوره إلى فكرة الاعتقاد المشروع La croyance légitime الذي ينطلق

---

(1) راجع: A. CHAPPELLE، المرجع السابق، ص 483.

(2) راجع: A. CHAPPELLE، المرجع السابق، ص 485.

(3) بالنسبة لموقف القضاء في بريطانيا، راجع د. سامية راشد، المرجع السابق. ص 341، وما بعدها.

منه الشخص الذي تعاقد مع إحدى شركات المجموعة، لافتراض أن الشركات الأخرى التي تعلب دوراً مهماً في إبرام العقد وتنفيذه قد قبلت ضمنياً إقحامها في أي نزاع قد يترتب عليه[1].

ثانياً: اتحادات الشركات والمشاريع المشتركة

Consortieum - Joint Ventures

نتعرض هنا لدراسة مصدر مهم آخر من مصادر التحكيم متعدد الأطراف، ودون الخوض في تفاصيل التفرقة والتمييز بين المقصود باتحاد الشركات، والمقصود بالمشاريع المشتركة[2]، فإننا نكتفي بالقول بأن اتحاد الشركات هو في العادة مجموعة يشكلها شركاء متعاونون، بهدف التنفيذ المشترك لمشروع محدد بالذات؛ لصالح المالك أو رب العمل، أمّا المشاريع المشتركة، فهي تلك التيْ تنجم عنها روابط تعاون بين عدة أطراف؛ وصولاً إلى تحقيق هدف عام مشترك في نطاق أحد الأنشطة الاقتصادية، ودون أن يكون ذلك التعاون مركزاً على تنفيذ مشروع بعينه.

وعلى أية حال، ومهما كان من أمر التمييز بين هذين النوعين من الروابط، فإنهما يتحدان ولا شك فيما يثيرانه من نزاعات تؤدي حتماً إلى تحكيم متعدد الأطراف، وفي تماثل للمشاكل التي تترتب على وجود أي منهما كطرف في العلاقة التعاقدية المركبة، كما يتمايزان أيضاً بأن النزاعات التي قد

---

(1) راجع في تفاصيل هذا المعيار A. CHAPPELLE، المرجع السابق، ص 483، والآراء الفقهية الأخرى التي يشير إليها.

(2) انظر في التفاصيل هذا التمييز:

Jerzy JAKUBOWSKI; L'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilateraux, L'experience polonaise, Rev. Arb, 1981, P. 66 et s.

تنشأ عن كل منهما هي نزاعات تتعلق بروابط قانونية تعاقدية متعددة الأطراف، وذلك خلافاً لصور أخرى، مثل العلاقات التي قد تنشأ في عقد المقاولة بين المقاول من الباطن، والمورد من الباطن، ورب العمل، حيث يكون الارتباط من ناحية موضوع العلاقة (تنفيذ المشروع)، وليس من ناحية الروابط القانونية بين الأطراف.

ونظراً لأن المشاريع المشتركة، واتحادات الشركات، تؤدي في الواقع العملي إلى ظهور عدد كبير من قضايا التحكيم متعدد الأطراف، فإنه لا يمكن في إطار هذا البحث حصر كل المشاكل التي ظهرت والحلول التي طبقت، ولهذا اكتفينا بالتعرض لبعض التطبيقات القضائية، سواء في إطار القضاء العادي، أو قضاء التحكيم، والمتعلقة بهذا النوع من العلاقة التعاقدية.

* ففي قضية Dutco التي تتلخص وقائعها في أن شركة ألمانية قد أبرمت عام 1981، عقد توريد مصنع أسمنت (تسليم مفتاح) لحساب شركة في سلطنة عمان، وأبرم عقد كونسورتيوم لتنفيذ المشروع، كان أطرافه الشركة الألمانية الموقعة للعقد الرئيسي، وشركة ألمانية أخرى، وشركة في الإمارات العربية المتحدة، هي شركة Dutco، التي عُرفت القضية باسمها، والتي قامت، تطبيقاً لشرط التحكيم الوارد في عقد الكونسورتيوم، بتقديم طلب تحكيم إلى غرفة التجارة الدولية، مختصمة شريكتيها الألمانيتين في الكونسورتيوم، وقوبل طلب التحكيم باحتجاج من قبل الشركتين الألمانيتين، تأسيساً على أنه كان على شركة Dutco أن تقاضى كلاً منهما على حدة.

ومن بين الأسانيد[1] التي أثارتها هيئة التحكيم لتقرير اختصاصها، أنه

---

(1) انظر في تفاصيل هذه الأسانيد تعليق الأستاذ P. BELLET على الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 5/ 5/ 1989 المنشور في:

Rev. Arb, 1989, P. 723 et s.

يستخلص من شرط التحكيم الوارد في اتفاق الكونسورتيوم، وجود روابط متعددة ووثيقة، إن لم يكن تضامن بين أطرافه، وأن من شأن تلك الروابط خلق روح التعاون (esprit de consortieum) التي ينشأ عنها، في ذاتها، اتفاق ضمني حول إمكانية النظر في أية نزاعات تنشأ بين أطراف الكونسورتيوم في إطار تحكيم موحد متعدد الأطراف، وهكذا يكون لشركة Dutco أن تعتقد، بناء على أسباب مشروعة، أن التحكيم متعدد الأطراف لم يستبعد، وأن الثقة التي وضعت في شرط التحكيم يجب أن تتمتع بحماية قانونية جوهرية، وانطلاقاً من الاعتبارات السابقة قررت هيئة التحكيم أن السير في إجراءات التحكيم متعدد الأطراف لم يكن من شأنه ظهور أية مساوىء غير محتملة وخاصة فيما يتعلق بمبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ احترام النظام العام الداخلي والدولي.

طعنت الشركتان الألمانيتان في الحكم المذكور أمام محكمة استئناف باريس طالبتين إلغاءه تأسيساً على عدة أسانيد، منها أن ادعاءات شركة Dutco في مواجهة كل منهما ادعاءات مستقلة، ولا يوجد بينها أي نوع من الترابط، ومنها أن مصالح كل من الشركتين مستقلة عن مصالح الأخرى، وهذا ما يؤكده اتفاق الكونسورتيوم الذي يميز بين التزامات كل منهما، ومنها أنه وفي غياب الارتباط على النحو السابق، لا يمكن أن ينتج عن اتفاق الكونسورتيوم، أو شرط التحكيم الوارد فيه أي مؤشر على أن أرادة الأطراف ـ صريحة كانت أم ضمنية ـ قد اتجهت إلى الخضوع لتحكيم متعدد الأطراف. كما أنه لا يمكن استنتاج تلك الإرادة من مجرد الإشارة إلى قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية، أو ما جرى عليه العمل في تلك الغرفة، أو من مبدأ عام يحكم عملية الضم. وعلى هذا تكون هيئة التحكيم بنظرها للنزاع في إطار تحكيم متعدد الأطراف قد أغفلت الأساس الرضائي الذي يقوم عليه التحكيم، وأخيراً استندت الشركتان إلى أن هيئة التحكيم قد أهدرت مبدأين مستقرين في النظام العام الدولي، وهما مبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ كفالة حقوق الدفاع،

وذلك بحرمانها الشركتين المدعى عليهما من حقهما في تعيين محكم عن كل منهما على انفراد، وحرمانها من تهيئة دفاعهما بشكل حر ومستقل، يستجيب لمصالحهماالمختلفة.

نظرت محكمة استئناف باريس في الطعن، وحكمت بإلغائه، بعد أن استعرضت في حيثيات حكمها[1] العديد من النقاط التي يثيرها التحكيم متعدد الأطراف، وتطبيقاتها على النزاع المعروض، مذكرة ـ على وجه الخصوص ـ بالأساس التعاقدي للتحكيم، وقيمته القضائية، وأن نية الأطراف الصريحة أو الضمنية، وغير المشوبة بأي غموض أو إبهام mais sans equivoque هي المرجع لاعتبار التحكيم تحكيماً متعدد الأطراف، ثم بينت المحكمة في إحدى حيثيات الحكم المهمة ما يلي:

«وحيث أن هذا الاتفاق (اتفاق التحكيم) المدمج في العقد الذي يربط الأطراف الثلاثة في الكونسورتيوم، يبين دونما غموض النية المشتركة لأطراف عقد واحد في أن يرفعوا إلى محكمة تحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين كل الخلافات الناتجة عن اتفاقهم، الأمر الذي ينتج عنه بالضرورة ـ وبسبب طبيعة العقد نفسه، كعقد متعدد الأطراف مقترن باحتمال متوقع لحدوث خلافات يتواجه فيها الشركاء الثلاثة ـ أن الأطراف قد قبلت إمكانية أن تنظر محكمة واحدة مشكلة من ثلاثة محكمين في نزاع تتواجه فيه الأطراف الثلاثة، مع ما يفرضه مثل ذلك الوضع من ترتيبات فيما يتعلق باختيار المحكمين وتنظيم الإجراءات».

وإثر ذلك بينت المحكمة أن ما نصت عليه قواعد الغرفة من أن يعين كل طرف محكماً عنه، يجب أن يفهم في إطار هذا النزاع على أساس أن يقوم كل

---

(1) انظر في تفاصيل هذه الحيثيات تعليق الأستاذ P. BELLET مشار إليه سابقاً: Rev. Arb. 1989. P. 723 et s.

من الطرف المدعى، والطرف المدعى عليه، بتعيين محكم عنه، وأن هذا هو التفسير الوحيد الذي يعطى لشرط التحكيم فاعلية كاملة، وأنه ليس في ذلك ما يخالف قواعد النظام العام الدولي المتعلق بالمساواة وحقوق الدفاع.

وهكذا فقد أثبت هذا الحكم مرة أخرى، وبما لا يدع مجالاً للشك أن عقود الكونسورتيوم، والمشاريع المشتركة منبع وافر ومستمر لحالات التحكيم متعدد الأطراف، ومع ذلك يجب أن نلاحظ أن الحكم المذكور، وإن كان قد أسس على عدم مخالفة مبدأ المساواة ومبدأ كفالة حقوق الدفاع، إلا أن ذلك التأسيس جاء في شكل عام وغير محدد، بحيث لم تحدد المحكمة موقفها بوضوح فيما يتعلق بأساس الطعن المقدم من الشركتين المدعى عليهما، والمتمثل في أن تشكيل هيئة التحكيم على هذا النحو يحرم كلاً منهما من ممارسة الحق المقرر له في اختيار محكمه، وهو الأمر الذي يكون ماثلاً لدى كل طرف عند إبرامه لاتفاق التحكيم، ولا شك في أن تشكيل هيئة التحكيم على نحو ما ورد في القضية يؤدي بلا شك إلى حرمان كل من الشركتين المدعى عليهما من ممارسة هذا الحق[1].

ثالثاً: العقود الناتجة عن تدخل الدولة

يتسم عصرنا الحالي بتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، وذلك عن طريق أجهزة (مؤسسات وهيئات عامة) تنشئها لترجمة هذا التدخل إلى واقع معاش، وذلك بغض النظر عن المعتقدات السياسية والأيديولوجية الاقتصادية السائدة فيها.

---

(1) انظر بصدد مواقف هيئات التحكيم في قضايا أخرى بالكونسورتيوم والمشاريع المشتركة حكم هيئة التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية الصادر بتاريخ 16/ 9/ 1983 في القضية رقم 4357 وكذلك حكم هيئة التحكيم المشكلة في إطار نفس الغرفة الصادر بتاريخ 26/ 1/ 1984 في القضية رقم 4648، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 338 وما بعدها.

ولا جدال في أن العقود التي تبرمها تلك الجهات مع أطراف أجنبية تؤدي - في مجال التجارة الدولية - إلى تعقد بنية العلاقات التعاقدية للأطراف؛ نظراً لأن تلك الجهات - وعلى الرغم من تمتعها بالشخصية الاعتبارية - لا بد أن تربطها بالدولة علاقة تبعية، تقترن دائماً بسلطة وصاية، أو رقابة واضحة، بحيث تكون تلك الجهات مجرد تروس في جهاز الدولة؛ لتنفيذ ما تقرره من سياسات[1].

إن ظهور حالة من حالات التحكيم متعدد الأطراف بصدد العقود التي تبرمها إحدى المؤسسات، أو الهيئات التابعة للدولة، يرجع في الواقع إلى عدم الاكتفاء بذلك الاستقلال القانوني الظاهري، أو الشكلي، لتلك المؤسسات، أو الهيئات، وتجاوز ذلك إلى الأخذ بعين الاعتبار لهويتها الاقتصادية والسياسية، باعتبارها هوية تتطابق مع هوية الدولة التي تديرها وتوجهها، مع ما يقتضيه كل ذلك من غض النظر عن توقيع، أو عدم توقيع الدولة، أو من يمثلها للعقد محل النزاع؛ إذ ثبت - كما سنرى من خلال استعراض المواقف القضائية - أن توقيع الدولة لا يعني بالضرورة إقحامها في التحكيم، باعتبارها تمارس سلطتها الوصائية، كما أن عدم توقيعها للعقد لا يعني بالضرورة استبعادها كطرف في عملية التحكيم.

ونظراً لكثرة قضايا التحكيم متعدد الأطراف الناتجة عن تدخل الدولة، فقد اقتصرنا في هذا البحث على دراسة موقف القضاء العادي وقضاء التحكيم

---

(1) أدى تماثل العلاقة القائمة بين الدولة وهيئاتها مع تلك القائمة بين الشركة الأم والشركات المتفرعة عنها بالبعض إلى القول بإمكانية تطبيق نفس الحلول في الحالتين: انظر في ذلك A. CHAPELLE المرجع السابق، ص 486، الذي يشير إلى رأي I. FADLALLAH، في دراسة له بعنوان Clauses d'arbitrage et groupes de societes وقارن موقف هيئة التحكيم في قضية ويستلاند التي سنتعرض لها في الفقرات التالية.

بصدد قضيتين من تلك القضايا، وهما قضية هضبة الأهرام، وقضية وستلاند.

1 ـ قضية هضبة الأهرام

تدور هذه القضية حول نزاعات نشأت بسبب العقود المبرمة عام 1974 بشأن إنشاء واستغلال مجمع سياحي، كان متوقعاً إقامته في هضبة الأهرام بالجيزة، ومنها العقد المبرم بين ممثلين عن الدولة المصرية، والهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق من جهة، وشركة أجنبية من جهة أخرى، والذي لم يتضمن شرط تحكيم، على خلاف العقد الآخر المبرم في وقت لاحق من نفس السنة، بين الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق، وذات الشركة الأجنبية، بشأن تطوير مشاريع سياحية مشتركة بين الطرفين، والذي تم اعتماده، وقبوله، والتصديق عليه، من قبل وزير السياحة المصري[1].

وإثر إبرام العقود المشار إليها، تقرر إلغاء المشروع، الأمر الذي أدى بالشركة الأجنبية إلى طلب التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية؛ تطبيقاً لشرط التحكيم مختصمة الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق والدولة المصرية.

وعلى الرغم من الدفوع التي قدمتها الحكومة المصرية لتأكيد ولاية هيئة التحكيم، على أساس أنها ليست طرفاً في العقد[2]، قررت تلك الهيئة اعتبار الدولة المصرية طرفاً في العقد، انطلاقاً من المفهوم الذي كونته حول وجود توقيع الوزير، أما محكمة استئناف باريس، فلم تقر الهيئة فيما ذهبت إليه،

---

(1) راجع في تفاصيل الوقائع والنزاع بين الأطراف حكم هيئة التحكيم الصادر في 16/ 2/ 1983 والمنشور في Rev. Arb. 1986, p. 105، وحكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 12/ 7/ 1984 والمنشور في Clunet, 1985, P. 129.

(2) انظر في تفاصيل هذه الدفوع وفي اعتماد هيئة التحكيم على شهادة ممثل الشركة الأجنبية، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 343 وما بعدها.

حيث ألغت حكمها تأسيساً على أن دور الدولة (توقيع الوزير) لم يكن أكثر من ممارسة لسلطتها الوصائية على مؤسسة خاضعة لرقابتها[1].

ويؤكد الفقه الفرنسي[2] في معرض تعليقه على الحكم السابق قوة الأسانيد التي استند إليها الطرفان في هذه القضية، مع ملاحظة أن هذا الفقه يميل أيضاً إلى الرأي الذي سبق أن أشرنا إليه[3]، والقاضي بإمكانية تطبيق الكثير من الضوابط، والأحكام المتعلقة بمجموعة الشركات على العقود، التي تنشأ عن تدخل الدولة في المجال الاقتصادي، بل يشير البعض[4] إلى أنه من النادر أن تستبعد شركة من شركات المجموعة الموقعة للعقد، من خصومة التحكيم، في حين أن ذلك حدث في هذه القضية التي استبعدت فيها الدولة كطرف في العقد، مع وجود توقيع أحد وزرائها عليه.

وفي اتجاه آخر نسجل ذلك الانطباع الذي لا بد أن يتولد لدى المرء عند الاطلاع على تعليقات الفقه الفرنسي المشار إليها، والمتمثل في انقسام ذلك الفقه فيما يخص تقييم موقف القضاء الفرنسي الحريص دائماً على عدم إقحام الدولة في التحكيم، لمجرد أن إحدى الهيئات التابعة لها قد أبرمت عقداً ذا أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، فالقضاء الفرنسي يأخذ - وبشكل واضح - بالتفسير الضيق لشرط التحكيم، عندما يتعلق الأمر بعقود الدولة، لا لأن

---

(1) بتاريخ 6/ 1/ 1987 رفضت محكمة النقض الفرنسية (راجع: A. CHAPPELLE، المرجع السابق، ص 488) الطعن المرفوع ضد حكم محكمة استئناف باريس تأسيساً على استقلالية قاضي الموضوع (محكمة الاستئناف) في التفسير الذي تبناه للتعابير المرافقة لتوقيع وزير السياحة المصري وبذلك تكون المحكمة قد أراحت نفسها من عناء البحث في المسائل الهامة التي كانت ماثلة أمام محكمة الاستئناف وهيئة التحكيم.

(2) انظر على سبيل المثال A. CHAPPELLE، المرجع السابق، ص 488، وتعليق GOLDMAN المشار إليه في نفس المرجع.

(3) انظر سابقاً، ص 24 من هذا البحث.

(4) راجع A. CHAPPELLE، نفس المرجع، ص 488.

البحث عن الإرادة الضمنية للدولة في تلك العقود أصعب من البحث عنها في العقود الخاصة، ولكن لأنه يكمن دائماً وراء القبول بشرط التحكيم أمر جوهري آخر، وهو التنازل عن حصانة الدولة القضائية وحصانة التنفيذ[1].

2 ـ قضية ويستلاند

تتعلق هذه القضية بالنزاع الذي رفعته الشركة البريطانية التي تحمل ذات الاسم للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية مختصمة فيه ـ بالتضامن ـ الهيئة العربية للتصنيع والدول العربية الأربع التي أنشأتها[2]، وأهم ما يميز هذه القضية عن قضية هضبة الأهرام، هو أن شركة ويستلاند قد أسست ادعاءها ليس على واقعة وجود أو عدم وجود توقيع للدول المعنية، أو من يمثلها على العقد محل النزاع، ولكن على أساس أن شرط التحكيم ملزم لتلك الدول باعتبار أن الهيئة تتقمص في الواقع الشخصية القانونية لتلك الدول، الأمر الذي يبرر مخاصمتها جنباً إلى جنب مع الهيئة التي أنشأتها في إطار تحكيم متعدد الأطراف.

وهكذا، وبانطلاقها مباشرة من مفهوم الشخصية القانونية، لم تجد الشركة المدعية صعوبة كبيرة في أن تجر هيئة التحكيم، وهي بصدد البحث عن مدى اختصاصها بنظر النزاع في مواجهة الدول المعنية، إلى الانطلاق من

---

(1) راجع A. CHAPPELLE، المرجع السابق، ص 489، وراجع أيضاً مداخلة الأستاذ القشيري في المناقشات التي تلت بحث الأستاذ A. CHappelle حيث أشار أيضاً إلى أن شرط التحكيم الدولي لم يكن ممكناً إيراده في العقد إلا بعد أن استبعدت الدولة أثناء المفاوضات كطرف في العقد .Rev, Arb, 1988, P. 495، ومداخلة الأستاذ LEBOULANGER، نفس المرجع ، ص 498.

(2) راجع في تفاصيل تلك الوقائع حكم هيئة التحكيم الصادر بتاريخ 25/ 3/ 1984 في القضية رقم 3879 والمنشور في .CLUNET. 1985, P. 232. وكذلك د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 211 وما بعدها، وص 347 وما بعدها.

فكرة أن الهيئة تعكس - وبشفافية - تجمعاً لتلك الدول Transparence de groupement، الأمر الذي يبرر اختصامها جميعاً، ويجعل الهيئة مختصة بنظر هذا النزاع في إطار تحكيم متعدد الأطراف، وبغض النظر عن الدور الذي تلعبه أي من تلك الدول في مرحلة إبرام، أو تنفيذ، أو فسخ العقد الذي خلا من توقيع أي منها، وانطلاقاً مما سبق بينت هيئة التحكيم في إحدى حيثيات حكمها أنه: «وفي غياب نص يستبعد، صراحة أو ضمناً، مسؤولية الدول الأربع، فإن تلك المسؤولية تظل قائمة، إذ القاعدة العامة أنه يفترض في أولئك الذين يقحمون أنفسهم في صفقات ذات طابع اقتصادي، أنهم يتحملون ما ينتج عنها من التزامات، وبعدم استبعاد تلك الدول صراحة لمسؤولياتها يكون للغير الذين تعاقدوا مع الهيئة أن يعتقدوا - بصورة مشروعة - في تحريك تلك المسؤولية، وتنبع هذه القاعدة من المبادىء العامة للقانون ومن حسن النية»[1].

ويظهر جلياً من هذه الحيثية أن هيئة التحكيم قد طبقت على عقود مؤسسات الدولة نفس فكرة الاعتقاد المشروع Croyance légitime، التي يأخذ بها قضاء التحكيم، وينادي بها الفقه في مجال مجموعات الشركات، هذه الفكرة التي دعمها معيار آخر هو مفهوم الهيئات المنبثقة عن الدولة Les émanations de l'Etat، الذي ينادي به الفقه، ويطبقه القضاء في مسألة حصانة الدولة[2].

ولما كان مكان التحكيم هو جنيف وفقاً لشرط التحكيم الوارد في العقد

---

(1) نقلنا هذه الحيثية عن A. ChAPPELLE، المرجع السابق، ص 488.

(2) راجع في انتشار هذا المفهوم A. CHAPPELLE، المرجع السابق، ص 492 والأبحاث التي يشير إليها، وأساس هذا المفهوم هو التساؤل عما إذا كان من المناسب أن تسأل الهيئات المنبثقة عن الدولة عن ديون تلك الدولة، وإذا كان الأمر كذلك، فهل تستطيع تلك الهيئات المنبثقة أن تستفيد بما تتمتع به الدولة من حصانة قضائية وحصانة في التنفيذ؟

محل النزاع، فإنه كان طبيعياً أن تنظر المحاكم السويسرية في الطعون المقدمة ضد حكم هيئة التحكيم المشار إليه، وكان ذلك في مناسبتين، حيث عرض الأمر في البداية على محكمة مقاطعة جنيف التي أصدرت حكمها بتاريخ 3/ 11/ 1987[1]، ثم على المحكمة الفيدرالية التي أصدرت حكمها بتاريخ 19/ 7/ 1988[2].

ولم يجار القضاء السويسري هيئة التحكيم فيما ذهبت إليه من تقرير صحة اختصام الدول التي أنشأت الهيئة، حيث قضت محكمة مقاطعة جنيف بأن «الهيئة المتمتعة بالشخصية القانونية وبالاستقلالية هي وحدها الملزمة بشرط التحكيم الذي وقعته، خلافاً للدول التي أنشأتها، والتي يعتبر ذلك الشرط بالنسبة لها res inter alia acta، وليس هذا إلا تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقود، وخلص حكم المحكمة الفيدرالية إلى نفس النتيجة حيث قرر «أن الاستقلال القانوني الكامل للهيئة في مواجهة الدول التي أنشأتها، يستبعد اعتبار العقود التي تبرمها مع الغير، وعلى الأخص شروط التحكيم التي تلتزم بها بمثابة تصرفات قام بها مفوض أو هيئة وملزمة للدول المؤسسة»، وأضاف الحكم أن «الرقابة الضيقة التي تمارسها الدول على الشخص القانوني ليست عنصراً كافياً لإسقاط الافتراض الناتج عن عدم وجود توقيع الدولة على شرط التحكيم، والقاضي بأن تكون الشركة التي وقعت الشرط هي وحدها طرفاً في التحكيم».

ونخلص من العرض السابق لموقف كل من قضاء التحكيم والقضاء العادي إزاء القضيتين محل البحث (قضية هضبة الأهرام وقضية ويستلاند)، إلى أن هيئات التحكيم قد اتخذت في كل من القضيتين نهجاً موسعاً في تفسير

---

(1) انظر حيثيات ومنطوق الحكم في Rev. Arb. 1989, P. 514 et s.

(2) انظر حيثيات ومنطوق الحكم في Rev. Arb. 1989, P.514 et s.

شرط التحكيم في حالات العقود التي تبرمها هيئات الدولة، ذلك النهج الذي يؤدي إلى تكاثر حالات التحكيم متعدد الأطراف، في حين سلك القضاء العادي سواء في فرنسا أو في سويسرا مسلكاً متحفظاً، مقتضاه البعد كلما أمكن عن إقحام الدولة كطرف في التحكيم إذا تعلق النزاع بعقد أبرمته إحدى الهيئات التابعة لها، وذلك حتى في الحالات التي يوقع فيها ممثل الدولة على العقد؛ لأن ذلك مجرد ترجمة لممارسة سلطة الوصاية المقررة للدولة على الهيئات المنبثقة عنها في الغالبية العظمى من القوانين الوطنية، كما أن الاتجاه الموسع الذي سلكه قضاء التحكيم لم يكن إلا استجابة للضغوط المترتبة على ما يسمى مقتضيات التجارة الدولية ووسائل حل المنازعات الناشئة عنها، تلك الضغوط التي لم يكن لها ـ على الأقل في المرحلة الراهنة ـ وقع أو تأثير كبير على موقف القضاء العادي.

المطلب الثالث

ضم القضايا
في التحكيم متعدد الأطراف

تعرضنا في المطلب السابق لدراسة مصادر التحكيم متعدد الأطراف، وانتقينا عدداً من الحالات والتطبيقات التي تعتبر مصدراً خصباً لظهور النزاعات متعددة الأطراف في العلاقات التجارية الدولية في العصر الحديث، وبقي أن نتعرض في هذا المطلب لبحث ودراسة أحد أهم الحلول العلمية لمواجهة المشاكل والصعوبات الناتجة عن تعدد أطراف التحكيم، ويتمثل هذا الحل في ضم تلك المنازعات بحيث يتم البت فيها في إطار تحكيم واحد.

ويُحتِّم البحث في مسألة الضم التعرف، في فقرة تمهيدية، من هذا المطلب، لبيان المقصود بالضم، والإشارة إلى المبادىء التي تتنازع هذه الفكرة، ثم التعرض في الفقرات التالية لموقف قضاء التحكيم، والقضاء العادي، من مسألة الضم (الضم القضائي)، ثم الحلول التي أتت بها بعض التشريعات الحديثة فيما يتعلق بتلك المسألة (الحلول التشريعية). ولما كانت إرادة الأطراف هي المرجع الأول والأخير، فإن ضم المنازعات قد يكون مجرد تنفيذ لتلك الإرادة (الحلول الاتفاقية).

أولاً: تمهيد، مبررات الضم وصعوباته:

يقصد بالضم Consolidation[1] أن يقحم في منازعة تحكيم قائمة

---

(1) يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن هذا التعبير ذا الأصل الإنجليزي والذي شاع استعماله الآن بصدد منازعات التحكيم متعدد الأطراف لا يعبر بدقة عن المقصود بعملية الضم التي هي عبارة عن توحيد Unifiaciton لإجراءات الخصومة، راجع:

شخص لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم الذي كان أساساً لإثارة تلك المنازعات، وهكذا فإنه قد يترتب على تعدد الأطراف المعنيين بالعلاقة القانونية، على النحو الذي تعرضنا له سابقاً، ضم ما قد ينشأ بينهم من منازعات في قضية تحكيم واحدة، وذلك سواء كان الطرف الذي أقحم في المنازعة قد خاصم ـ هو نفسه ـ غيره من الأطراف في تلك العلاقة (رفع دعوى أمام القضاء العادي أم تحريك إجراءات التحكيم) أم تمثل موقفه في السكوت والسلبية والانتظار.

ويتجاذب مسألة الضم عدد من المبادىء الراسخة والمستقرة، ويحفز الأخذ ببعضها على انتهاج مسلك الضم، ويجعله السبيل المفضل والدواء الناجع لحل مشكلة التحكيم متعدد الأطراف، بينما يقف الأخذ بالبعض الآخر وتطبيقه حجر عثرة أمام إعمال ذلك المسلك، وينعكس تنازع تلك المبادىء بطبيعة الحال، على آراء الفقهاء، وفي أحكام القضاء، ومسلك المشرع ذاتها، ناهيك عن مواقف الأطراف المعنية أساساً بالأمر، والتي قد تحبذ ـ انطلاقاً من مصالحها ـ الاكتفاء بأعمال شرط التحكيم الذي ارتضته في منازعة تحكيم ثنائية عادية، وعدم المخاطرة بتلك المصالح في مغامرة الضم المنشودة.

وتتعلق الطائفة الأولى من المبادىء الكامنة وراء عملية الضم باعتبارات أو مقتضيات حسن سير العدالة bonne administration de la justice، فالمزايا التي يحققها الضم لا يمكن إنكارها، إذا كيف يمكن للمرء أن يتخيل أن تعمل مؤسسات وهيئات التحكيم على وجه مرض وفعال، إذ أسند أمر البت في منازعات قائمة ومرتبطة litiges paralleles et connexes إلى هيئات تحكيم مختلفة من حيث تشكيلها، وكيفية تعيين أعضائها، والإجراءات التي

J. RUBELLIN - DEVICHI, Le droit de I'arbitrage: Les solutions juridictionnelles.

In: L'ARBITRAGE ET LES TIERS, Rev. Arb. 1988, P. 515.

تتبعها، أليس ذلك مدعاة لإصدار أحكام متناقضة؟ أو خالية على الأقل من أي ارتباط منطقي فيما بينها؟[1] في حين أن وحدة المسألة المتنازع عليها تفرض نفسها بداهةً من خلال التداخل الأفقي أو العمودي للعلاقات التعاقدية بين الأطراف.

ويضاف إلى هذه الطائفة اعتبارات أخرى، تتعلق بتوفير الوقت والجهد والمال (تكلفة إجراءات التحكيم وأتعاب المحكمين والمحامين والمصاريف الإدارية لهيئات التحكيم النظامي . . . إلخ) الذي ينجم عن ضم الخصومات أو توحيدها[2].

أما الطائفة الثانية من المبادىء التي تتنازع مسألة الضم، فتتعلق بحرية التعاقد، ذلك أن اللجوء إلى التحكيم بوصفه عدالة اتفاقية خاصة ـ تعبر عن رغبة ورضا الأطراف، وتترجم إرادتهم دون زيادة أو نقصان ـ لا يمكن أن يكون وسيلة لإحداث أثر غير مقبول، أو غير متوقع، من قبل من ارتضى شرط التحكيم، وخاصة إقحامه في منازعة أخرى، وفي مواجهة خصوم آخرين، وهو الأمر الذي ينتج عن الضم بطبيعة الحال، ليس هذا فحسب، بل إن عملية الضم نفسها، وعلى افتراض القبول بها، تؤدي بالضرورة إلى التقليل من أهمية كثير من المبادىء الأساسية في خصومة التحكيم، إن لم تؤد إلى إهدار تلك المبادىء بالمرة، ومن أهم هذه المبادىء الموجهة لسير وإجراءات الخصومة Les principes dicecteurs du proces مبدأ تحقيق المساواة بين الأطراف، وكفالة حقوق الدفاع لكل منهم[3]، وبيان ذلك أن المزايا والإيجابيات التي قد

---

(1) راجع RUBELLIN - DEVICHI، المرجع السابق، ص 522، وما بعدها.

(2) إن اعتبارات التوفير المشار إليها (خاصة توفير التكلفة) ليست بتلك البداهة المتصورة، إذ أن تكاليف التحكيم متعدد الأطراف لا تقل دائما وبشكل مطلق عن تكاليف التحكيم في القضايا المنفصلة.

(3) راجع د. مختار البريري، المرجع السابق، ص 94، ود. محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين (نطاقها ومضمونها ـ دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، ص 315 وما بعدها.

تنتج عن عملية الضم، إنما تكون في الغالب على حساب عدم التقيد بهذه المبادىء، أو إهدارها أصلاً، فتشكيل هيئة تحكيم موحدة في منازعة متعددة الأطراف يؤدي بلا شك إلى حرمان طرف أو أكثر من حقه الأساسي في اختيار محكِّم عنه، كما يشل حركته في تهيئة أسانيد وأوجه دفاعه، تلك التهيئة التي تتطلب ـ بالضرورة ـ عند تعدد أطراف التحكيم، أن يتم التنسيق والتشاور بين الأطراف المعنية، سواء في جانب المدعين أم في جانب المدعى عليهم.

أما الطائفة الثالثة من المبادىء التي تتنازع فكرة الضم، فترجع أساساً إلى نطاق ومضمون السلطات القضائية للمحكمين، مقارنة بنطاق ومضمون سلطات القاضي العادي، المقررة في أغلب قوانين المرافعات الداخلية، وعدم إمكانية تفسير أي من السلطتين على أساس احتوائها على قاعدة تتيح عملية ضم منازعاً التحكيم متعددة الأطراف بشكل مطلق، ودون حدود أو قيود؛ فمن ناحية ليس للقاضي العادي، وهو يمارس اختصاصاته المقررة في مجال مراقبة سير عملية التحكيم، أن يأمر بضم قضايا تحكيم منفصلة؛ لأن ذلك يُعَدّ ـ بما يتضمنه من إقحام طرف لم يرتض شرط التحكيم ـ تعدياً على إرادة ذلك الطرف وإهداراً لها، علاوة على أن القاضي العادي ـ إن فعل ذلك ـ يكون قد استعاد على الأقل جزءاً من ولاية خرجت أصلاً عن اختصاصه بمقتضى اتفاق التحكيم، فإذا كان على القاضي العادي أن يحترم اتفاق التحكيم، ويشجع اللجوء إلى هذه الوسيلة، فإن هذا الالتزام، وذلك الموقف المشجع، لا يجب أن يصلا إلى درجة أن يقر القاضي لنفسه وبنفسه ـ دون وجود نص تشريعي ـ سلطة ضم منازعات التحكيم متعدد الأطراف، إذ تعد هذه السلطة ـ في غياب نص تشريعي، أمراً مستحيلاً[1]، وإن كان ذلك لا يمنع بطبيعة الحال أن تتقرر للقاضي ـ وبموجب نصوص تشريعية ـ اختصاصات موسعة في مجال رقابته

(1) راجع RUBELLIN - DEVICHI، المرجع السابق، ص 518 وما بعدها.

لسير عملية التحكيم، كتلك المقررة في نصوص المرافعات الفرنسي بعد تعديله عام 1880، 1981[1].

ومن ناحية أخرى، فإن سلطة المحكم ذات النشأة الاتفاقية البحتة لا يمكن أن تبرر، مهما بلغ مضمونها، وفي غياب إرادة الأطراف المعنية، أن يكون للمحكم الحق في ضم المنازعات المنفصلة؛ لما في ذلك من افتئات على إرادة الأطراف وإهدار لها، ولا يقدح في هذه النتيجة تلك الآثار التي قد تترتب على القاعدة المستقرة حالياً في مجال التحكيم الدولي، وهي قاعدة الاختصاص بالاختصاص، التي تعطي للمحكم سلطة تقدير مدى اختصاصه بنظر الخصومة، ذلك أنه ومهما قيل عن ملاءمة تلك القاعدة واستجابتها لمقتضيات التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه لا بد لها من حدود تقف عندها، وأهم تلك الحدود هو إرادة الأطراف بطبيعة الحال، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، فإن أعمال تلك القاعدة قد تترتب عليه - في ظروف معينة - آثار عملية تحدُّ من فاعلية الضم الذي تقرره هيئات التحكيم على وجه الخصوص[2].

وخلاصة ما تقدم، أن هوة واسعة، وعقبات لا يمكن بسهولة تجاوزها، ظلت ولا تزال ماثلة أمام عملية الضم أو التوحيد، وهذا ما يفسر لنا ذلك الأثر أو الوقع المختلف الذي تركته المواجهة بين المبادىء المؤيدة والمبادىء

---

(1) راجع RUBELLIN - DEVICHI، المرجع السابق، ص 452 وهي ترى أن ما ورد في المادة 1493 من قانون المرافعات الجديد من إعطاء القاضي العادي سلطات في مجال تأمين تشكيل هيئة التحكيم عند وجود صعوبات تقف أمام هذا التشكيل، لا يمكن - بأي حال من الأحوال - أن يرقى إلى درجة تقرير سلطة للقاضي في ضم المنازعات متعددة الأطراف، راجع أيضاً ص 48 من هذا البحث.

(2) راجع في الأثر السلبي لأعمال تلك القاعدة لاحقاً، ص 92 من هذا البحث، وراجع في مضمون ونطاق تلك القاعدة، د. محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص 188 وما بعدها.

المناهضة لعملية الضم، سواء فيما يتعلق بالقضاء أو بالمشرع أو بالمتقاعدين، أنفسهم، وهذا ما يمهد لمعالجة تلك المواقف المختلفة لاستظهار ذلك الأثر ومداه، من خلال استعراض ودراسة الضم القضائي، والضم التشريعي، والضم الاتفاقي[1] في فقرات ثلاث متتالية.

ثانياً: الضم القضائي

لا بد لأي حكم يصدر عن هيئات التحكيم أو المحاكم العادية، في مجال التحكيم متعدد الأطراف من أن تظهر فيه، بشكل مباشر أو غير مباشر، دلائل تشير إلى تغليب المحكمة أو الهيئة التي أصدرته، إما للمبادىء المناهضة لعملية الضم، أو تلك المؤيدة لها. وخير وسيلة لمعرفة مدى تأثر الحكم بهذه المبادىء، أو تلك، هو استعراض موقف كل من القضاء العادي وقضاء التحكيم في هذه المسألة.

1 ـ موقف القضاء العادي

نظراً لغنى تجربة القضاء الفرنسي[2] في مجال الضم، فإننا سنكتفي

---

(1) ويصنف الأستاذ GAILLARD في مقال له بعنوان L'arbitrage multipartite: etat des questions (مشار إليه في RUBELLIN - DEVICHI، المرجع السابق، ص 524 هامش 24) الحلول المختلفة لمشكلة الضم إلى حلول تشريعية حقيقية vraies solutions legislatives مثل التشريع الهولندي وحلول تشريعية مموهة fausses solutions legislatives وهي تلك التي تكتفي بالإحالة إلى اتفاق الأطراف، وحلول قضائية solutions juridictionnelles وهي تلك التي طبقها القضاء الأميركي، وحلول اتفاقية مباشرة أو غير مباشرة solutions direetement ou indirectement conventionnelles وخاصة تلك الواردة في لوئح هيئات التحكيم.

(2) من التجارب الغنية أيضاً تجربة المحاكم الأميريكية حيث تبين السوابق القضائية أن المحاكم الفيدرالية تستطيع، بالرغم من خلو قانون التحكيم الأمريكي من نص يعالج مسألة الضم، الأمر بالضم حتى ولو لم تتعرض اتفاقات التحكيم لأية إجراءات في =

باستعراض أهم ما يميز موقف المحاكم الفرنسية العادية إزاء مسألة الضم. وتقتضي دراسة موقف تلك المحاكم إزاء مسألة الضم، التمييز بين فرضيتين، تتحقق أولاهما عندما يطلب إلى تلك المحاكم بمناسبة دعوى قضائية عادية منظورة أمامها الأمر بإدخال أو ضم أطراف أخرى، حالة كون هذه الأطراف قد استبعدت، بموجب اتفاق تحكيم، ولاية المحاكم العادية. أما الفرضية الثانية، فتظهر حينما تمارس تلك المحاكم الاختصاصات المقررة لها بموجب قانون المرافعات الفرنسي الجديد (الكتاب الرابع ـ المواد من 1492 إلى 1507) بمناسبة رقابتها لسير عملية التحكيم. وسنتعرض لموقف المحاكم الفرنسية في كل من هاتين الفرضيتين على التوالي:

أ ـ الفرضية الأولى

تسمح نصوص قانون المرافعات الفرنسي المتعلقة بالاختصاص المحلى للمدعي في حالة تعدد المدعى عليهم أن يقيم دعواه أمام المحكمة التي يقيم في دائرتها أي منهم، كما تضمّن ذلك القانون نصوصاً تلزم الغير الذي يختصم

= هذا الخصوص، لمزيد من التفاصيل حول موقف المحاكم الأمريكية، راجع:
Sigvard JARVIN, ISSUES RELATING TO CONSOLIDATION. In: MULTIPARTY ARBITRATION, p. 199, Gerald ASKEN, les arbitrages multipartites aux Etats - Unis, Rev, Arb. 1981, P. 98 et s.
أما بالنسبة للمحاكم الإنجليزية فإن دراسة أعدت في هذا الخصوص قد انتهت إلى التوصية بعدم إعطاء المحاكم سلطة إصدار الأمر بالضم، لأن ذلك يتعارض مع التحكيم كوسيلة رضائية لحل المنازعات وأن نظام الضم سيكون عاجزاً، في كل الأحوال، عن أن يعمل بصورة صحيحية، ويشترط ـ وفقاً لهذه الدراسة ـ أن تتوفر على الأقل عدة شروط لكي يتم ضم قضايا التحكيم، وهي أن يكون مكان التحكيم في نفس الدولة، وأن يتم اختيار نفس الإجراءات، ونفس القانون الواجب التطبيق، ونفس طريقة تشكيل هيئة التحكيم، راجع لا حقاً، ص 98 من هذا البحث، وكذلك A. FREDMAN / M. HUNTER، المرجع السابق، ص 155.

بالمثول أمام المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى الأصلية، دون أن يكون في مقدوره دفع الاختصاص المحلي لتلك المحكمة بالاختصاص النوعي لمحكمة أخرى.

وقررت بعض المحاكم الفرنسية ـ بناء على تفسير غير صحيح لتلك النصوص ـ الأمر بإدخال أطراف أخرى في الدعوى، على الرغم من وجود اتفاق تحكيم يستبعد ولايتها بنظر النزاع بالنسبة لذلك الطرف؛ وقد وجّه إلى هذا المسلك نقد شديد، باعتباره يخلط ـ وبشكل واضح ـ بين القواعد المتعلقة بالاختصاص المحلي، والاستثناءات الواردة عليها، وقواعد الاختصاص النوعي من جهة، واتفاق التحكيم الذي لا علاقة له بداهة بالاختصاص المحلى، وليس في ذات الوقت شرطاً متعلقاً بالاختصاص النوعي من جهة أخرى.

إلا أن تدخل محكمة النقض الفرنسية ونقضها لعدد من الأحكام، جعل الأمر مستقراً الآن، على أساس أنه إذا كانت نصوص قانون المرافعات الجديد تسمح بمقاضاة كل من المدعى عليهم في حالة تعددهم أمام المحكمة التي يقيم في دائرتها أي منهم، فإن تلك النصوص ـ التي ليست إلا استثناءات ترد فقط على قواعد الاختصاص المحلي ـ لا تنطبق إلا بتوافر شرط أساسي يتمثل في ضرورة أن تكون المحكمة التي تم اختيارها مختصة نوعياً بنظر النزاع بالنسبة لكافة الأطراف، وعليه فإن تلك المكنة المقررة للمدعي يستبعد تطبيقها إذا كان أحد المدعى عليهم ملتزماً باتفاق تحكيم[1].

وإذا كان قد عرضنا على هذا النحو الموجز لموقف القضاء الفرنسي في خصوص الفرضية التي نحن بصددها، فإن السبب في ذلك يرجع ـ من ناحية ـ

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الفرنسي في هذه الخصوصية بالذات، راجع RUBELLIN - DEVICHI المرجع السابق، ص 518 وما بعدها.

إلى أن هذا الموقف لا يتعلق بموضوع البحث إلا بشكل غير مباشر، وأن أهمية موقف ذلك القضاء قد تظهر فقط بمناسبة حالة قد تتحقق عملاً، وينتج عنها هذه المرة ازدواجية في الضم double consolidation حيث قد يكون الطرف الذي يتقرر انضمامه إلى خصومة قائمة أمام المحاكم العادية قد تقرر انضمامه أيضاً إلى خصومة تحكيم قائمة؛ ومن ناحية أخرى، فإن ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية يؤكد أن المحاكم الفرنسية ـ إضافة إلى موقفها المشجع عادة للتحكيم ـ تتحفظ أيضاً بشأن مسألة الضم في الفرضية الثانية، التي نتعرض لها الآن بشيء من التفصيل.

ب ـ الفرضية الثانية

نشير في البداية إلى أنه، وعلى الرغم مما قد يوحي به ظاهر نص المادة 1493 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، الذي أعطى لرئيس المحكمة المختصة سلطة تأمين تشكيل هيئة التحكيم عند ظهور عقبات assurer la constitution du tribunal en cas difficultes، فإن غالبية الفقه في فرنسا يرى أن ذلك القانون خالٍ من أي نص يمكن أن يستند إليه القضاء الفرنسي لممارسة أي اختصاص بشأن الأمر بالضم، أو إدخال أي طرف لم يكن قد وقع اتفاق التحكيم الذي كان أساساً لخصومة تحكيم قائمة بين أطراف أخرى[1].

ومع أن خلو قانون المرافعات الفرنسي من نص يقرر اختصاص القاضي بالضم، يعني في الوقت نفسه خلوه من نص يمنع المحاكم العادية من ممارسة

---

(1) انظر لاحقاً، الحلول التشريعية، ص 96 من هذا البحث، وقد تساءلت الأستاذة R.DEVICHI (المرجع السابق، ص 524) عند راستها لأحكام بعض المحاكم الفرنسية بخصوص مسألة الضم باستغراب قائلة «كيف يفرض على شخص أبرم اتفاق تحكيم صحيح أن يغير المحكم أو الإجراءات أو مكان التحكيم».

تلك السلطة، الأمر الذي قد يقود إلى القول بأن كل ما هو غير ممنوع مسموح به، إلا أن القضاء الفرنسي قد عزف عن ذلك المنهج عند معالجته لمسألة الضم، بمناسبة النظر في قضايا التحكيم متعدد الأطراف، وممارسته لسلطته الرقابية في هذا الخصوص، مقرراً أن المرجع الأول والأخير في شأن مسألة ضم أو توحيد القضايا متعددة الأطراف هو إرادة الأطراف.

وقد كانت قضية Sofidif المشهورة، والتي نشأت عن نزاعات ظهرت بين أطراف متعددة، إثر قرار الحكومة الثورية في إيران إلغاء مشروع الطاقة النووية الذي وضعه الشاه، مناسبة للقضاء الفرنسي لإرساء مبادىء تتعلق بكثير من المسائل التي يثيرها التحكيم متعدد الأطراف، وخاصة فيما يتعلق منها بالضم[1].

ومن أهم هذه المبادىء ذلك الذي قررته محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في القضية المشار إليها بتاريخ 19/ 12/ 1986، والذي يُعلى - دون جدال - شأن إرادة الأطراف، ويجعل لها القول الفصل، بخصوص مسألة الضم، إذ قررت المحكمة المذكورة «أن قواعد قانون التحكيم، وهي قواعد مبنية على الصفة الرضائية لشرط التحكيم، لا تسمح، في الواقع، بأن تمتد إلى الغير الأجنبي عن العقد آثار الاتفاق محل النزاع، وتشكل بالتالي عقبة أمام أي محاولة لمباشرة إجراءات التدخل الإجباري، أو طلب إدخال الضامن، وبذلك لا يمكن للمشاكل الناجمة عن الارتباط، أو عدم القابلية للتجزئة، أن

---

(1) راجـــــــع: Emanuel GALLARD, L'affaire Sofidif ou les difficultes de l'arbitrage mulitipartie (a propos de l'arret rendu par la cour d'appel de Paris le 19 Decembre 1986) Rev. Arb. 1987. P. 275 et s.

ويعرض هذا المقال بالتفصيل للعلاقات التعاقدية المتداخلة بين أطراف إيرانية وأطراف أوروبية بصدد تنفيذ المشروع النووي الإيراني، ذلك التداخل الذي يعد مثلاً جيداً لنشأة التحكيم متعدد الأطراف.

تجد حلاً لها إلا على المستوى التعاقدي»[1].

وانطلاقاً من ذلك، أكدت المحكمة أنه كان على هيئة التحكيم - وقد طرحت أمامها مجموعة من العقود المتعلقة بتنفيذ مشروع واحد - أن تبحث في اختصاصها؛ بالنسبة لكل عقد على حدة، لكي تصل إلى تحديد الدوائر التي يمكن أن تمارس فيها اختصاصها؛ تمهيداً للوصول إلى مجموع متناسق قدر الإمكان، لتفادي تفتت الدعاوى وتشابك الإجراءات، وهكذا لم تقر محكمة استئناف باريس هيئة التحكيم فيما ذهبت إليه من أن التداخل بين العقود والتكامل بين شروط التحكيم من جهة، وخلو لائحة التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية من نص يقيد سلطة المحكمين بشأن مسألة الضم من جهة أخرى، يؤديان إلى الأخذ بالمبدأ الأساسي في هذا الشأن، والمتمثل في ترك الحرية كاملة للمحكمين الدوليين في اختيار قاعدة التنازع، وتحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق عند عدم تعرض الأطراف للمسألة.

وإضافة إلى ما تقدم، فإنه يمكن أن نستخلص من هذا الحكم، ومن التعليقات التي وردت بشأنه، بعض نقاط أساسية نوجزها فيما يلي:

- إن القضاء العادي الفرنسي الذي عرف عنه، إثر التعديلات التي جرت عام 1980 على قانون المرافعات الفرنسي على الأقل، الموقف المشجع

---

(1) هذا الحكم المشار إليه في بحث الأستاذ GAILLARD (المرجع السابق) ونشر في مجلة، Rev. Arb. 1987, P. 364، هذا وكانت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية قد قررت prima facie تداخل وتكامل اتفاقات التحكيم المختلفة مما يبرر نظرها في قضية واحدة، وتبعتها في ذلك هيئة التحكيم التي قررت اختصاصها بنظر المنازعات الناشئة عن الاتفاقات الثلاثة في إطار تحكيم موحد وهذا هو الحكم الذي كان تحت نظر محكمة استئناف باريس التي أصدرت بشأنه الحكم الوارد في المتن، أما فيما يتعلق بأسانيد هيئة التحكيم، فسنتعرض لها بالتفصيل عند دراسة موقف قضاء التحكيم من مسألة الضم.

للتحكيم التجاري الدولي، لم يسمح لنفسه أن يكون ذلك التشجيع تحكيماً، ومهما كان الثمن، فتشجيع التحكيم لا يرقى إلى درجة التضحية بمبدأ الحرية التعاقدية للأطراف.

- إن اعتبارات حسن سير العدالة وغيرها من المزايا التي قد تنتج عن عملية الضم لا ترقى إلى درجة إهدار حق الطرف في اختيار محكّمه باعتباره أحد المبادىء الموجهة لسير إجراءات التحكيم، أو إلى درجة إقحام أطراف في اتفاقات تحكيم لا شأن لهم بها، حتى ولو كان الترابط بين عقودهم الأصلية واضحاً للعيان، بل حتى ولو تعلقت كل تلك العقود بتنفيذ مشروع واحد.

- إن قاعدة الاختصاص بالاختصاص Compétence - Compétence الراسخة حالياً في مجال التحكيم التجاري الدولي، وإن كانت قاعدة لها ما يبررها، ولها أيضاً إيجابياتها، إلاّ أن إعمالها في مجال التحكيم متعدد الأطراف قد يؤدي إلى الاستمرار في هذا النوع من التحكيم، ثم تظهر فيما بعد كثير من الدلائل والمؤشرات على عدم صحة وقرار الضم، وهكذا تتدخل محاكم الدولة في مرحلة متأخرة، لتمارس رقابتها على عملية التحكيم، هذا كله في الوقت الذي تؤكد فيه قضية Sofidif أنه من المجدى ومن المفيد أن يكون للمحاكم العادية إمكان التدخل في مرحلة مبكرة[1].

- تؤكد قضية Sofidif مرة أخرى الأهمية القصوى لاختيار وتحديد مكان التحكيم، حيث يلاحظ البعض[2] أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على إعادة النظر في العلاقات التي تنظمها شروط التحكيم التي أبرموها، فإنه يتعين حظر إجراء أي ضم حينما نكون بصدد اتفاقات تحكيم متعددة،

---

(1) راجع في ذلك E. GAILLARD، المرجع السابق، ص 280.

(2) E. GAILLARD، نفس المرجع، ص 286، وراجع كذلك بالنسبة لأهمية تحديد مكان التحكيم بصورة عامة، د. مختار البريري، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

ويكون مكان التحكيم في دول مختلفة، ذلك أن كثيراً من المسائل الهامة تعتمد بشكل مباشر على تحديد هذا المكان، ومنها على سبيل المثال طرق الطعن، والخضوع لنظام معين، بخصوص تنفيذ أحكام المحكمين، والكيفية التي يتم وفقاً لها تنظيم تدخل محاكم الدولة في سير عملية التحكيم.

وأخيراً نشير إلى أنه من بين أهم الدروس المستفادة من قضية Sofidif ضرورة التركيز على صياغة شروط التحكيم في العقود متعددة الأطراف، والمتعلقة بالمشاريع الضخمة بشكل يجعلها متناسقة ومترابطة، ويعود ذلك بطبيعة الحال إلى مهارات التفاوض لممثلي الأطراف المعنية في المرحلة التي تسبق إبرام مثل هذه العقود.

2 ـ موقف قضاء التحكيم

يثور بالنسبة لقضاء التحكيم، نظامياً كان أم من نوع خاص ad hoc، نفس التساؤل الوارد بالنسبة للقضاء العادي حول مدى سلطة المحكمين في الأمر بالضم في حالة تعدد الأطراف، إلا أن رد فعل هيئات التحكيم أزاء ذلك التساؤل يختلف بطبيعة الحال عن المسلك الذي ينهجه القضاء العادي، إذ من الطبيعي أن يميل قضاء التحكيم إلى نهج مسلك أكثر تحرراً محاولاً قدر الإمكان إيجاد حلول عملية لمسألة الضم، وأخذاً بعين الاعتبار للإطار المرسوم لهذا البحث، فإن الدراسة ستتركز على موقف محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية وهيئات التحكيم المنبثقة عنها، باعتبارها نموذجاً للتحكيم النظامي، مكتفين قبل ذلك بالإشارة إلى الكيفية التي عولجت بها مشكلة الضم في عدد من أنظمة هيئات التحكيم الأخرى، ومن ذلك على سبيل المثال نص المادة الخامسة من قواعد التحكيم السارية في جمعية تجارة الحبوب والأغذية GAFTA[1]، التي تقضي بأن يكون المحكم نفسه مختصاً بالنسبة للأطراف

---

(1) Grains and Feed Trad Association, Rules of arbitration الصادرة عام 1983 والمعدلة عام 1984، راجع A. REDFURN. M. HUNTER، المرجع السابق، ص 153.

المعنية كافة حينما يقوم النزاع بصدد سلسلة من العقود، وكلما تعين أن يسرى حكم واحد على الأطراف المتعاقدة جميعاً، ونص المادة 13/ 1 من لائحة التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم الدولي في لندن CAIL[1] الذي يعطي للمحكمة سلطة إدخال أطراف أخرى، سلبياً أو إيجابياً، عندما توافق تلك الأطراف صراحة على ذلك، ومن ثم إصدار حكم موحد لحسم كلّ النزاعات القائمة بينها. وميزة هذا النص أنه يتطلب الموافقة الصريحة للأطراف التي يراد ضمها أو إدخالها فحسب، وليس موافقة الأطراف الممثلة أصلاً في الدعوى[2].

الضم في قواعد غرفة التجارة الدولية:

جاءت هذه القواعد خالية من أي نص يتعلق بمسألة الضم، حيث اكتفت المادة الثانية المتعلقة بهيئة التحكيم بالنص على إمكانية حسم المنازعات عن طريق محكم واحد أو ثلاثة محكمين، وهذا يعني أنه يتعين بمناسبة كل قضية أن يعين محكم واحد أو ثلاثة محكمين فقط[3]، وعلى هذا يستحيل أن تشكل هيئة تحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين للنظر في نزاع متعدد الأطراف (خسمة محكمين مثلاً).

وعليه فإن الكثيريين يتوقعون أو ينادون[4] بتعديل تلك القواعد، بما

---

(1) Cour d'Abitrage International de Londers, Reglement d'arbitrage international (1985).

(2) راجع: A. REDFURN M- HUNTER، المرجع السابق، ص 153.

(3) هذا ويلاحظ أن شرط التحكيم النموذجي الصادر عن الغرفة يشير إلى إمكانية إجراء التحكيم عن طريق محكم واحد أو عدة محكمين (un ou plusieurs arbitres) وهذا هو الحل الذي تبناه الدليل الصادر عن نفس الغرفة بخصوص التحكيم متعدد الأطراف.

(4) راجع المقالات العديدة التي أشرنا إليها في هذا البحث والتي جمعت في وثيقة صادرة عن غرفة التجارة الدولية تحت عنوان MULTIPARTY ARBITRATION, Views from Inr. arb. specialists.

يجعلها ملائمة للتطبيق على التحكيم متعدد الأطراف، وتضمينها على وجه الخصوص نصاً يتعلق بمسألة الضم، إلا أن خلو القواعد من نص يحكم مسألة الضم، لم يؤثر على واقعة أن هيئات التحكيم التابعة للغرفة قد نظرت ومازالت تنظر في كثير من قضايا التحكيم متعدد الأطراف، والتي يطرح بصدد الكثير منها موضوع الضم[1].

وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يتعين على محكمة التحكيم التابعة للغرفة وهيئات التحكيم المنبثقة عنها أن تتصدى لمسألة الضم ومعالجتها، ويثور التساؤل هنا عن الكيفية التي تمت بها معالجة هذه المسألة.

يعتقد البعض أن محكمة التحكيم تميل بصدد التحكيم متعدد الأطراف، وعن طريق القياس، إلى إعمال نص المادة 2/ 4 من قواعد الغرفة، الذي يعطي للمحكمة الحق في تعيين المحكم الثالث عند عدم اتفاق المدعي والمدعى عليه، وكما يبدو فإنه من الثابت أن المحكمة تعمل هذا النص في حالة تعدد المدعى عليهم على وجه الخصوص[2].

ونكتفي في إطار هذا البحث باستعراض موقف محكمة التحكيم وهيئة التحكيم بصدد قضية Sofidif، التي سبق دراستها من زاوية موقف المحاكم العادية في فرنسا إزاء مسألة الضم[3].

---

(1) راجع P. BELLET في تعليقه على حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 5/ 5/ 1989 في قضية Dutco Rev, Arb, 1989, P. 723 حيث يشير إلى أن ربع القضايا المعروضة على الغرفة في الفترة ما بين 1985 و1988 كانت قضايا متعددة الأطراف.

(2) انظر P. BELLET، المرجع السابق، ص 730، حيث يعطى مثلاً لذلك مسلك محكمة التحكيم في قضية Westland ويتساءل عما إذا كانت قاعدة عملية بهذا الخصوص قد تقررت على مرأى ومسمع من الأوساط المعنية إلى درجة يكون معها الطرف الذي ارتضى قواعد الغرفة ملزماً بتلك القاعدة العملية.

(3) انظر سابقاً، ص 85 من هذا البحث، ومن الأحكام المهمة أيضاً في هذا الخصوص الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 5/ 5/ 1989 في قضية Ducto، انظر تعليق BELLET على هذا الحكم والذي سبقت الإشارة إليه.

ودون الخوض في تفاصيل وقائع هذه القضية، نشير إلى أن تشابك العلاقات التعاقدية بين الأطراف قد تمخض عن إبرام ثلاثة عقود، يحتوي كل منها على شرط تحكيم مستقل عن الآخر، وإن كانت تشترك كلها في الإشارة إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فشرط التحكيم الوارد في أحد هذه العقود جاء خالياً من النص على مكان التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق، أما الشرط الوارد في العقد الثاني فيجعل مكان التحكيم جنيف، وينص على القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق، في حين أن الشرط الوارد في العقد الثالث ينص أيضاً على القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق، ولكنه حدد مكان التحكيم في باريس.

وعندما رفع النزاع إلى محكمة التحكيم قررت هذه، انطلاقاً من الاختصاص الوارد في اللائحة والمتعلق بالحكم للوهلة الأولى، أو حسب الظاهر prima facie، واستناداً إلى ما جرى العمل عليه لديها، قبول الطريقة (الضم)، التي اقترحتها الأطراف المدعية، ودعت الأطراف المدعى عليها إلى تعيين محكم واحد عنها، وحددت في الوقت نفسه باريس كمكان للتحكيم. وقد استندت المحكمة في ذلك إلى ما عرضته الأطراف المدعية من تداخل واضح etroite imbrication بين العقود الأساسية، وتكامل بين شروط التحكيم الواردة فيها؛ وبعرض الموضوع على هيئة التحكيم المشكلة للنظر في النزاع اعتمدت الهيئة وجهة النظر نفسها، وهي التي قالت بها المحكمة، وقد جاء في حيثيات الحكم[1] أنه: «مهما كانت أهمية كل من هذه العقود المختلفة، فإن مركزها في التركيبة التعاقدية العامة ليس متساوياً»، ثم خلصت الهيئة من ذلك إلى انتقاء عقدين من بين العقود الثلاثة، باعتبارهما متضمنين للالتزامات الأساسية للأطراف المتعاقدة، ومحددين لأسس التعاون بينهما

(1) نقلنا هذه الحيثيات من بين حيثيات أخرى وردت في مقال E. GAILLARD، المرجع السابق، ص 282.

وكيفيته، وهذا يعني أن الهيئة لم تركز على العقد الثالث وهو الذي ينص على مكان التحكيم في جنيف، واستمرت الهيئة في بيان أن شرط التحكيم الوارد في كل من العقدين المشار إليهما يبين أن حسم النزاع يتم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، وأن تلك القواعد لا تحتوي على أي نص يحدّ - بأي شكل - من سلطة هيئة التحكيم.

وانطلاقاً من ذلك قالت الهيئة: «إن المبدأ الأساسي في هذه المسألة، وفي حالة سكوت الأطراف عن تنظيمها هو حرية المحكمين الكاملة في الاختيار، سواء فيما يتعلق بقاعدة التنازع، أم فيما يتعلق بالقانون الموضوعي الواجب التطبيق».

ورداً على الدفع المقدم من الأطراف المدعى عليها بعدم اختصاص الهيئة، تأسيساً على تعارض شروط التحكيم في العقدين الأساسيين المشار إليهما بينت الهيئة: «إن هذين الشرطين بعيدان كل البعد عن أن يكونا متناقضين، بل هما متكاملان، وأن الاتفاق والبروتوكول (العقدين المشار إليهما) يشكلان كُلاً واحداً، وعليه فمن البديهي أن تكون الأطراف قد أبانت من خلال البروتوكول عن تفضيلها الواضح للقانون الفرنسي، كقانون واجب التطبيق، وأن يكون التحكيم في باريس، وذلك مع ترك الحرية للمحكمين فيما يقررونه، وهذا مايؤكده وجود نص في كل من الشرطين يحيل إلى لائحة التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية».

ثالثاً: الحلول التشريعية

تتفاوت مواقف المشرعين في مختلف الدول بالنسبة للضم تفاوتاً كبيراً بين مستجيب، ومتحفظ، وغير مكترث؛ وبيان ذلك أن مقتضيات التبادل الاقتصادي الدولي، وانتشار مؤسسات التحكيم، وما حققته من منجزات في مجال حل المنازعات المترتبة على ذلك التبادل، قد كان لها وقع مختلف على المشرعين في مختلف الدول، فمنهم من انتهج سياسة واقعية عملية، انعكست

في إصدار تشريع يتضمن نصوصاً تحكم مسألة الضم، في حالة تعدد أطراف النزاع (المشرع الهولندي، المشرع في هونج كونج)، ومنهم من فضل - على الرغم من اهتمامه الواضح بما يجري في ساحة التحكيم الدولي - عدم التسرع في تعديل التشريع القائم (المشرع الفرنسي)، ومنهم من تعرض لدراسة المشكلة بشكل جدّي، إلا أنه رأى رفض منح المحاكم أي أختصاص فيما يتعلق بالضم (المشرع الإنجليزي)، ومنهم - أخيراً - من لم يكترث بالمسألة أصلاً، وهذا هو حال المشرع في غالبية دول العالم الثالث[1]، حيث مازال العداء بين القضاء العادي والتحكيم مستفحلاً، ومازالت الواقعية بعيدة إلى حد كبير عن التأثير في السياسة التشريعية والقضائية لتلك الدول، حيث الأصل هو التشبث بالقانون والقضاء الوطنيين والنفور من اللجوء إلى التحكيم، خاصة التحكيم التجاري الدولي، وما يتبع ذلك من توجيه سهام النقد إلى تلك المؤسسة، والتركيز على مساوئها وعيوبها، باعتبارها آلية من آليات النظام الرأسمالي[2].

ولما كان الأمر كذلك، فلا مناص من أن يقتصر البحث هنا على نماذج لمواقف المشرع في عدد من الدول الغربية بخصوص مسألة الضم، حيث

---

(1) نلاحظ بالنسبة لمصر مثلاً أن المشرع قد أصدر القانون رقم 27 لسنة 1994 إلا أنه لم يتعرض لمسألة تعدد أطراف النزاع أو الضم إلا بشكل غير مباشر، حيث نص في المادة 15 على جواز تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، ومعنى ذلك أن القانون «يستوعب حالة الجمع أي حالة تعدد جانبي النزاع»، راجع د. مختار البريري، المرجع السابق، ص 34.

(2) نظراً لأن الخوض في مثل هذه الأمور يبعدنا عن الإطار المرسوم لهذا البحث، فإننا نكتفي بمجرد تسجيل الأمل في أن يأتي المستقبل القريب ببشائر إيجابية في هذا المجال، خاصة بعد أن ارتفعت أصوات تنادي بانتهاج سياسة تشريعية واقعية تنظر إلى التحكيم كضرورة من ضرورات العصر وتابع أبدي لمقتضيات العلاقات الاقتصادية الحديثة، راجع كأحد تلك الأصوات د. مختار البريري، المرجع السابق، ص 8.

يمكن التمييز بين ثلاثة مواقف متباينة، موقف يرفض الضم، وموقف يتسم بالتردد إزاءه، وموقف يقرّه وينظّمه.

1 ـ القانون الإنجليزي

لا يسمح القانون الإنجليزي الحالي للمحاكم العادية أو للمحكمين بالأمر بأن تضم قضايا تحكيم مترابطة، ليصدر فيها المحكم حكماً واحداً، سواء كان ذلك في جلسة واحدة، أم في جلسات متعاقبة[1]، وعلى الرغم من أن دراسة قد أجريت في إنجلترا لبحث مسألة الضم وإمكانية تعديل القانون بخصوصها، فإن تلك الدراسة قد أسفرت عن التوصية بعدم منح المحاكم سلطة الأمر بالضم، باعتباره لا يتفق مع التحكيم كوسيلة رضائية لفض المنازعات، وأن نظام الضم سيكون عاجزاً، في كل الأحوال، عن أن يعمل بشكل مرضٍ، وحسب هذه الدراسة فإنه يلزم للأمر بالضم شروط قد لا تتحقق إلا في القليل النادر من المنازعات متعددة الأطراف، وتتمثل تلك الشروط في أن يكون مكان التحكيم في الدولة نفسها، وأن يتفق الطرفان على القانون الموضوعي الواجب التطبيق ذاته، وكذلك على قانون الإجراءات عينه وعلى طريقة تشكيل هيئة التحكيم نفسها[2]، وعلى الرغم من الانتقادات الكثيرة التي وجهت لمسلك المشرع الإنجليزي، وما يترتب عليه من عجز في معالجة إحدى أهم مشاكل التحكيم متعدد الأطراف[3]، فإن المحاكم الإنجليزية مازالت ترفض الأمر بالضم، وحكمت مثلاً بأنه حتى في حالة قيام المحكّم نفسه بالتحقيق في تحكيمات مترابطة، فإنه لا يمكن إصدار حكم واحد، بل يجب إصدار أحكام مستقلة في النزاعات القائمة بين الأطراف في كل اتفاق

---

(1) انظر S. JARVIN، المرجع السابق، ص 20.

(2) انظر A. REDFURN / M. HUNTER، المرجع السابق، ص 155.

(3) ومن بينها الانتقادات الموجهة من VEEDER في مقال له مشار إليه في S. JARVIN، المرجع السابق، ص 203.

تحكيم[1].

2 ـ القانون الفرنسي

كان من آثار السياسة التشريعية الواقعية في فرنسا، فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، أن خضع قانون المرافعات الفرنسي لتعديلات هامة خلال عامي 1980 و1981، كان أهمها الفصل، بنصوص صريحة، بين القواعد المنظمة للتحكيم الدولي، وتلك المتعلقة بالتحكيم الداخلي، بحيث يكون لكل منهما مجال تطبيق متميز، وأعطت القواعد المتعلقة بالتحكيم سلطات كثيرة وواسعة للمحاكم أثناء ممارستها لسلطتها الرقابية على سير عملية التحكيم، ومع ذلك فإن نصوص قانون المرافعات الفرنسي الجديد لم تقرر للمحاكم أي اختصاص بشأن مسألة الضم، وذلك على الرغم مما قد يوحي به ظاهر نص المادة 1493 من القانون المذكور، التي تعطي للقاضي وخاصة رئيس المحكمة سلطة تأمين تشكيل محكمة للتحكيم في حالة ظهور عقبات تقف أمام التشكيل الصحيح لهذه المحكمة إذ يكاد الرأي يستقر في فرنسا[2] على أن ذلك النص لا يمكن أن يؤخذ أساساً أو سنداً للقول بأن القانون الجديد يعطي للقاضي الفرنسي سلطة الأمر بضم التحكيم متعدد الأطراف، وما السلطات الواردة في المادة 1493 إلا تأكيد لدور القاضي الرقابي فيما يخص سير عملية التحكيم، وأن التشكيل المقصود هنا هو التشكيل المتفق عليه بين الأطراف في التحكيم العادي، أو التحكيم متعدد الأطراف على حد سواء.

لكنه يلاحظ من ناحية أخرى، أن الفقه الفرنسي يثير حالياً كثيراً من التساؤلات التي تنطلق من خلو القانون الفرنسي من نص يعالج مسألة الضم، وما يترتب على ذلك من عدم القدرة على التعامل مع مشاكل التحكيم متعدد

---

(1) راجع S. JARVIN، نفس المرجع، ص 203.

(2) راجع RUBELLIN - DEVICHI، المرجع السابق، ص 524.

الأطراف، وتدور أغلب تلك التساؤلات حول مدى إمكانية التفكير في تعديل القانون في هذه الخصوصية، ومع ذلك فمن الواضح أن الفقه الفرنسي ينظر إلى تلك الإمكانية بقدر كبير من التردد[1].

3 ـ القانون الهولندي

سبق المشرع الهولندي غيره من المشرعين الأوروبين، وذلك بإصداره عام 1986 تشريعاً جديداً يحتوي على 56 مادة في مجال التحكيم، أضيفت ككتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية[2]، وتظهر السمة الأساسية لهذا التشريع في أنه أعاد النظر في التعاون بين محاكم الدولة ومؤسسات التحكيم، بحيث أعطى للقاضي إمكانية التدخل والمساهمة في الحل، كلما اعترى اتفاق التحكيم شيء من النقص، أو كلما أظهر أحد الأطراف عدم التعاون بشكل يهدد اتفاق التحكيم، إذ يبدو كما يقول أحد المتخصصين[3] أن القانون وضع حلاً لكل المسائل تقريباً، وأنه يكفي أن ترد كلمة «تحكيم» في العقد، لكي يكون لرئيس المحكمة المختصة الحق في تعيين المحكمين، وتحديد عددهم إذا أخفق الأطراف في ذلك.

وأهم مجال جدد فيه هذا التشريع هو مسألة الضم التي تهمنا في هذا البحث، حيث أعطى المشرع في المادة 1046 من القانون اختصاصات واسعة لرئيس المحكمة الابتدائية في أمستردام، لتأمين حسن سير التحكيم في المنازعات متعددة الأطراف، إذ يستطيع رئيس المحكمة المذكورة ـ بناء على طلب أي من الأطراف ـ أن يأمر بالضم الكلي أو الجزئي لإجراءات التحكيم،

---

(1) راجع B. OPPETIT، المرجع السابق، ص 551.

(2) انظر ترجمة لهذه النصوص بالفرنسية منشورة في Rev. Arb. 1988, P. 349 et s.

(3) Jan C. SCHULTSZ, Les nouvelles dispositions de la legislation neerlandaise sur l'arbitrage, Rev, Arb, 1988, P. 209 et s.

وذلك بشروط أهمها: ألا تكون الأطراف قد اتفقت على عدم الضم، وأن يوجد ارتباط بين المنازعات، وأن يكون مكان التحكيم في هولندا، ومع ذلك فإن السلطة المقررة لرئيس المحكمة هي سلطة تقديرية، إذ يستطيع رفض طلب الضم، حتى ولو توافرت الشروط السابقة، بعد أن يعطي فرصة للأطراف المعنية والمحكمين كافة لسماع أقوالهم، كما أن رفض الطلب قد يكون جزئياً، وقد يكون كلياً[1].

ونظراً لأن الإطار المحدد لهذه الدراسة لا يسمح بالتصدي لتفاصيل أحكام هذا التشريع المتعلقة بالضم جميعها، فقد رأينا ـ استكمالاً للصورة ـ أن نورد فيما يلي ترجمة لأهم فقرات المادة 1046 المشار إليها، والتي وردت تحت عنوان: «في ضم إجراءات التحكيم»:

مادة 1046

1 ـ للطرف المعني بالأمر أن يطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية في أمستردام الأمر بضم الإجراءات، إذا كان قد رفع أمام محكمة التحكيم التي يقع مقرها في هولندا نزاع يرتبط بإجراءات قائمة أمام محكمة تحكيم أخرى، يقع مقرها في هولندا، وذلك كله ما لم يتفق الأطراف على خلافه.

2 ـ للرئيس أن يقبل أو يرفض هذا الطلب كلياً أو جزئياً، بعد أن يكون قد أعطى للأطراف والمحكمين كافة فرصة لسماع أقوالهم، ويعلن قراره كتابة إلى الأطراف كافة وإلى محاكم التحكيم المعنية.

3 ـ إذا أمر الرئيس بالضم الكلي. فعلى الأطراف أن تتفق على تعيين المحكم أو المحكمين بعدد وتر، وأن تحدّد قواعد الإجراءات الواجبة التطبيق

---

(1) انظر J. SCHULTSZ، المرجع السابق، ص 213.

على التحكيم المضموم، وإذا لم تتمكن الأطراف، خلال المدة التي حددها الرئيس، من الاتفاق على هذه المسألة يكون للرئيس بناء على طلب الطرف المعني أن يعين المحكم أو المحكمين، ويحدد عند الضرورة قواعد لإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم المضموم.

4 - إذا أمر الرئيس بالضم الجزئي، فعليه أن يحدد النزاعات التي يشملها ذلك الضم، وإذا لم تتوصل الأطراف إلى اتفاق خلال المدة التي يحددها، فيكون للرئيس - بناء على طلب من الطرف المعني - أن يعين المحكم أو المحكمين، وفي هذه الحالة يتعين على المحاكم المنظورة أمامها التحكيمات المعنية بالضم الجزئي أن توقف الإجراءات، ويرسل حكم محكمة التحكيم التي تم تشكيلها للنظر في التحكيم المضموم بواسطة هذه المحكمة إلى محاكم التحكيم الأخرى المعنية، وعلى هذه المحاكم، فور استلامها لهذا الحكم، أن تستأنف الإجراءات الماثلة أمامها، وتصدر أحكامها بما يتفق مع الحكم الصادر في التحيكم المضموم.

وأخيراً نلاحظ أن هذه المبادرة التشريعية الهولندية يعتمد نجاحها على التطبيقات العملية التي ستكون محلاً لها، خاصة في مجال عقود الإنشاءات والتشييد، التي يتخذ أطرافها في الغالب أمستردام كمكان للتحكيم[1]، ومن المعروف أيضاً أن عدداً من الفقهاء الفرنسيين لم يتحمس كثيراً لهذه المبادرة التشريعية، ولم ينصح بالتالي أن يتبع المشرع الفرنسي الأسلوب نفسه[2]، ويتمثل التحفظ الأساسي حول القانون الهولندي في الصعوبات التي قد تظهر عند طلب تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بناء على الضم في البلدان المعنية

---

(1) راجع Jon SCHULTSZ، المرجع السابق، ص 213.

(2) راجع B. OPPETIT، المرجع السابق، ص 551.

بذلك التنفيذ[1].

وفي كل الأحوال، فإن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بناء على هذا الضم التشريعي، سوف يعتمد بداهة على مدى توفر الشروط التي تتطلبها اتفاقية نيويورك، لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها.

رابعاً: الحلول الاتفاقية

رأينا عند دراسة الحلول القضائية، وموقف مختلف المحاكم إزاء مسألة الضم، كيف أن تلك المحاكم لا بد أن تسند موقفها بشكل أو بآخر على نية الأطراف، وتفسير الاتفاقات التي توصلت إليها: انطلاقاً من النية الصريحة، أو الضمنية للأطراف. ورأينا أيضاً كيف أن المحاكم تعطي دائماً الأولوية لإرادة الأطراف، ولا تقر الضم الذي لا يستند إلى تلك الإرادة، حتى لو كان ذلك على حساب اعتبارات تتعلق بحسن سير العدالة.

ولهذا فإن غالبية الفقه ترى أن الحل الوحيد الناجع للمشاكل التي قد تنجم عن التحكيم متعدد الأطراف هو الحل الذي يضعه المتعاقدون أنفسهم، باعتبارهم المعنيين أولاً وأخيراً بالأمر، خاصة إذا كانت العلاقة التعاقدية مترابطة ومتشابكة، إلى الحد الذي يكون لازماً على المتفاوضين أن يولوا عناية خاصة لشروط التحكيم والتنسيق بين نصوصها وأحكامها في مختلف العقود، وللأطراف في حالة تشابك وترابط العلاقات التعاقدية أن يحددوا بشكل مباشر الأحكام التي يخضع لها تنظيم المنازعات التي قد تثور بينهم (الصورة الأولى). كما يمكن - بطبيعة الحال - أن يحيلوا في ذلك إلى قانون أو شرط تحكيم نموذجي سار في إحدى هيئات التحكيم الدولية، إذا كان ذلك القانون أو الشرط النموذجي ملائماً لتنظيم هذا النوع من المنازعات (الصورة الثانية).

---

(1) انظر RUBELLIN - DEVICHI، المرجع السابق، ص 523.

وسنعرض فيما يلي لكل من هاتين الصورتين على التوالي:

الصورة الأولى: الحلول الاتفاقية المباشرة

يمكن أن نتصور ما لا نهاية له من صيغ شروط التحكيم ومضامينه، تلك التي يمكن أن يضعها أطراف علاقة تعاقدية مترابطة ومتشابكة، بشأن كيفية حل المنازعات التي قد تنشأ بينهم عن طريق التحكيم، والكيفية التي يتم بها تنظيم تشكيل هيئة التحكيم، وإجراءات التحكيم الذي سيكون حتماً تحكيماً متعدد الأطراف، ويؤسس الحل الاتفاقي هنا على أساس ضم المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف تحت مظلة تحكيم واحد، إلا أن التفاوض بشأن مسألة الضم لن يكون أمراً يسيراً، وذلك لتعارض المصالح بين الأطراف المعنية في العلاقات التعاقدية المتشابكة، وليس أدل على ذلك من تعارض المصالح بين رب العمل والمقاول والمقاول من الباطن، والمورد الاستشاري، في عقود المقاولة المبرمة لتنفيذ المشاريع الضخمة[1].

وطبيعي أنه لا يمكن لبحث كهذا أن يتتبع تلك الصيغ والمضامين كلها، ولهذا نكتفي بالتأكيد على أن العلاقات التعاقدية المتشابكة والمترابطة تتطلب مهارات خاصة لصياغة شرط أو شروط تحكم تستجيب لمتطلبات تلك العلاقات، وتكفل عند الضرورة حل المنازعات متعددة الأطراف في إطار تحكيم موحد، ولا شك أن ذلك يوفر الجهد والوقت والمال، ويغني الأطراف عن الدخول في متاهات الإجراءات التي يتحتم الخوض فيها، عند خلو العقد من شرط تحكيم، أو عند وجود شرط تحكيم غير مناسب، أمام هيئات التحكيم، أو المحاكم العادية، بالإضافة إلى أن الأطراف المعنية تواجه في هذه الحالة المخاطرة والمغامرة من حيث القرارات التي قد تتخذها هيئة التحكيم، أو المحاكم العادية، بخصوص مسألة الضم، وهي قرارات تبنى دائماً على مواقف متباينة، بل ومتعارضة، كما رأينا في الفقرات السابقة من هذا البحث

---

(1) انظر سابقاً، ص 33 وما بعدها من هذا البحث.

وعلى أية حال فإنه من المؤكد أن الصيغ التقليدية المنتشرة حالياً لشرط التحكيم، أو الشروط النموذجية للتحكيم، لا تستجيب على الإطلاق لمتطلبات العلاقات التعاقدية المتشابكة، ومقتضيات التحكيم متعدد الأطراف، ولهذا لا بد لمهارات التفاوض أن تظهر لتأكيد ملاءمة شرط التحكيم المطلوب للواقع التعاقدي المعاش؛ ولا يفوتنا هنا أن ننوه بالمجهودات المرموقة التي بذلها المتخصصون في هذا المجال[1]، والتي عنيت بوضع صيغ مختلفة لشرط التحكيم متعدد الأطراف، هذه الصيغ التي لا تتضمن نص شرط التحكيم متعدد الأطراف كنموذج موحد فحسب، بل تتكفل ببيان التعديلات والإضافات المناسبة، التي تتطلبها صور معينة من العلاقات التعاقدية متعددة الأطراف، مثل نماذج شرط التحكيم في حالة المشروع المشترك، والعلاقات بين الشركة والشركات التابعة لها، نماذج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع هيئات ومؤسسات الدولة، والنماذج الخاصة بالمشروع الدولي المشترك، أو المنظمات الدولية، والنماذج الخاصة بالعلاقات التعاقدية التي يثيرها عقد المقاولة بين أطرافه كافة، وأخيراً نماذج شروط التحكيم في العقود المبرمة بين الكونسورتيوم وأطراف أخرى، أو بين الكونسورتيوم وكونسورتيوم آخر، وذلك مع اختلاف الصياغة المقترحة بحسب ما إذا كان التحكيم نظامياً أم ad hoc[2]، إلا أنه ومهما كانت

---

(1) ومنهم على وجه الخصوص الأستاذ Poger Ph. BUDIN في مؤلفه المشار إليه في بداية هذا البحث.

(2) راجع في الصيغ المختلفة وشرح ما بينها من فروق وتبرير التعديلات في حالات معينة R. Ph. BUDIN، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها، راجع كذلك المقالات التالية في الوثيقة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية MULTIPARTY ARBITRATION التي أشرنا إليها آنفاً:

Humphrey LLOYD, A national experience, p. 61 et s.

Piero BERNANDINI/ Joachim GEODEL, Examination of issues involed in drafting arbitral clauses, P. 97 et s.

J. Gellis WETTER, Six multiparty arbitration clauses, P. 115 et s.

درجة الإحكام والتحوّط في صياغة مثل تلك الشروط، فإن كثرة المشاكل الناجمة عن التحكيم متعدد الأطراف وتوالدها غير المتوقع عند التفاوض، قد يصل إلى حد لا يمكن للمتفاوضين إدراكه والإلمام به خلال الفترة التي سبق إبرام العقد، ولا مناص هنا بطبيعة الحال من العودة إلى القاضي أو المشرع لحسم الأمر والبت فيه بطريقة أو بأخرى[1].

الصورة الثانية: الحلول الاتفاقية غير المباشرة (الإحالة)

خلافاً لما يحدث في الصورة الأولى، يوفر أطراف العلاقة التعاقدية على أنفسهم في هذه الصورة عناء الدخول في تفاصيل بنود شرط التحكيم المتعلقة بتنظيم سير عملية التحكيم متعدد الأطراف، وذلك إما بالإحالة إلى قانون وضعي تتعرض نصوصه لتنظيم التحكيم متعدد الأطراف، وخاصة فيما يتعلق بكيفية الضم، وإما بالإحالة إلى القواعد المعمول بها لدى إحدى هيئات التحكيم، والتي تتعرض لهذه المسألة.

ومن أمثلة الإحالة إلى نصوص قانون وضعي، الإحالة إلى نصوص القانون الهولندي، الذي ينظم ـ كما رأينا، وبشكل مفصل ـ عملية التحكيم متعدد الأطراف، ويضع شروطاً محددة لانطباق تلك النصوص وخاصة ما يتعلق منها بالضم[2].

ومن أمثلة الإحالة إلى قواعد التحكيم السارية في بعض المنظمات

---

(1) راجع J. L. DELVOLVE، المرجع السابق، ص 511.

(2) على الرغم من أنه يشار عادة إلى القانون الصادر في هونج كونج على أساس أنه ينظم، كالقانون الهولندي، عملية ضم التحكيم، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه إثر تبني ذلك البلد عام 1990 للقانون النموذجي الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة (CNUDCI)، لم يتقرر للمحاكم هناك أي اختصاص فيما يتعلق بالضم الإجباري عندما يتعلق الأمر بتحكيمات دولية، راجع في ذلك A. REDFURN / M. HUNTER، المرجع السابق، ص 152.

المهنية، الإحالة إلى قواعد التحكيم في جمعية الحبوب والأغذية Gafta، ولائحة التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم الدولي في لندن، حيث تنظم اللوائح المعمول بها في هاتين المنظمتين مسائل تتعلق بالتحكيم متعدد الأطراف كما رأينا سابقاً[1].

الإحالة إلى قواعد غرفة التجارة الدولية:

رأينا فما سبق[2] أن قواعد التوفيق والتحكيم المعمول بها حالياً في غرفة التجارة الدولية جاءت خالية من أي نص نظم عملية التحكيم متعدد الأطراف، وبصورة خاصة مسألة الضم؛ وعليخ فإن الإحالة إلى تلك القواعد - بوضعها الحالي - في العقود متعددة الأطراف لا تفي دائماً بالغرض المطلوب، إلاّ أننا نلاحظ من جهة أن عدم تعرض قواعد الغرفة لمسألة الضم لم يحد - على الإطلاق - من إحالة الأطراف إليها في كثير من الأحيان، لتسوية ما قد ينشأ بينهم من نزاعات[3]، ومن جهة أخرى نجد أن الغرفة قد عنيت منذ مدة وبشكل جدي بدراسة موضوع التحكيم متعدد الأطراف من جوانبه كافة، فخصصت له العديد من الندوات والمؤتمرات، وأصدرت دليلاً مرشداً للأطراف في هذه المسألة، كما شكلت فريق عمل مهمته دراسة الموضوع، واقترحت صيغة نموذجية لشرط التحكيم متعدد الأطراف، ونظراً للمكانة التي تحتلها الغرفة بين مؤسسات التحكيم الدولي، والنجاح الذي حققته في هذا المضمار، فقد رأينا أن نخصص الجزء الأكبر من هذه الفقرة لدراسة المجهودات التي بذلتها تلك المؤسسة في مجال التحكيم متعدد الأطراف.

ولقد توصل فريق العمل المذكور المنبثق عن لجنة التحكيم التابعة

---

(1) انظر سابقاً، ص 93 من هذا البحث.

(2) انظر سابقاً، ص 93 وص 108 من هذا البحث على التوالي.

(3) انظر سابقاً، ص 93 وص 108 من هذا البحث على التوالي.

للغرفة، وبعد جهد وعناء، إلى مشروع شرط نموذجي للتحكيم متعدد الأطراف، نورد فيما يلي ترجمة لبنوده[1].

1 - تتم تسوية الخلافات الناشئة عن هذا العقد تسوية نهائية، وفقاً لائحة التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، عن طريق محكم، أو عدة محكمين، يتم تعيينهم وفقاً لتلك القواعد.

2 - توافق الأطراف في هذا الشرط على ما يلي:

أ - إذا أثار الخلاف مسألة مماثلة، أو مرتبطة بمسائل يثيرها خلاف مرتبط ناتج عن عقد بين طرف في العقد الحالي وطرف ثالث، وشريطة أن يكون هذا الخلاف المرتبط متعيناً إحالته، أو أحيل هو ذاته إلى التحكيم، وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية.

ب - إذا كانت الأطراف في هذا الخلاف المرتبط قد اتفقت هي ذاته في اتفاق التحكيم الأصلي بينها، أو بموجب اتفاق لاحق على تسويته نهائياً، عن طريق تحكيم متعدد الأطراف، بمعرفة الغرفة، وفي الوقت نفسه مع خلاف قد ينتج عن عقد مرتبط.

ج - وشريطة أن يطلب ذلك أو يقبله من طرفي هذا العقد بعد علمهم بالخلاف المرتبط.

فإن ذلك النزاع، والنزاع المرتبط، تتم تسويتهما نهائياً عن طريق ذات المحكم، أو ذات المحكمين، الذين سيتم تعيينهم بالاتفاق المشترك بين الأطراف كافة في التحكيم المرتبط، على هذا النحو، أو عن طريق محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، وفقاً للمبادىء الموجهة للتحكيم متعدد

---

(1) راجع النص الفرنسي لهذا الشرط النموذجي في مقال DELVOLVE المشار إليه سابقاً، ص 511.

الأطراف المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية.

وتقرر محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية للوهلة الأولى، فيما إذا كان يتعين تسوية نزاع ما عن طريق تحكيم متعدد الأطراف في إطار غرفة التجارة الدولية، إلاّ أن القرار النهائي سيتم اتخاذه من قبل المحكم أو المحكمين.

وأول ما يلاحظ على هذا الشرط هو بنيته المركبة، التي تعد نتاجاً طبيعياً للعلاقات التي ينظمها ويحكمها، وهي ـ على أية حال ـ علاقات من الكثرة والتعدد بدرجة لا بد أن تنعكس على صياغة أي شرط نموذجي، يحاول استيعاب كافة الفروض الممكنة للخلافات، التي قد تنشأ بين الأطراف.

ومن ناحية ثانية، نلاحظ أن مشروع الشرط النموذجي قد بنى في كثير من الأوجه على إرادة الأطراف، وينطلق أساساً من اتفاقهم الواضح على صيرورى التحكيم تحكيماً متعدد الأطراف، إذ بغير تلك الإرادة يكون الشرط عاجزاً عن أن ينطبق، أو ينتج أثاره كاملة.

ومن جهة ثالثة، فإن المشاكل والافتراضات التي يتصدى بها من يريد صياغة شرط نموذجي، شامل، كامل، هي في الواقع مشاكل وافتراضات لا تعد ولا تحصى، كما سبق أن رأينا[1]؛ وتؤدي بالتالي إلى إثارة الكثير والكثير من التساؤلات، وهذا كما يرى البعض[2]، هو السبب الرئيسي الذي أدى إلى عدم قبول لجنة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية عام 1986 لمشروع الشرط النموذجي، الذي أعده فريق العمل المشار إليه آنفاً، بعد أن طرحت أثناء مداولاتها عدة تساؤلات، منها ما يتعلق بالصعوبات التي قد يثيرها التحكيم متعدد الأطراف، فيما يخص الشروط التي وضعتها اتفاقية نيويورك لتنفيذ

---

(1) انظر سابقاً، ص 39 وما بعدها من هذا البحث.

(2) راجع DELVOLVE، المرجع السابق، ص 511.

أحكام التحكيم، وخاصة تلك المتعلقة بصحة أحكام التحكيم، من جهة قواعد الاختصاص، وتشكيل هيئة التحكيم، أو ممارسة حقوق الدفاع؛ ومنها ما يتعلق بمدى سلطة هيئة التحكيم في إصدار حكم واحد، أو عدة أحكام، وما هو مصير الحكم الصادر في مواجهة الطرفين الأصليين، إذا قام الغير الذي تم ضمه إلى التحكيم بالطعن في ذلك الحكم بصورة منفردة؛ وتساؤلات أخرى تتعلق بمدى سلطةهيئة التحكيم في الأمر بإعادة فصل القضايا Disjonction، والحق في الانسحاب بعد الضم، ووضع حد أعلى لعدد لامحكمين، وعدد الأطراف الذين تم ضمهم، ناهيك عن التساؤل لامتعلق بطريقة حساب المصاريف وتوزيع الدفعات على الحساب، ومن يتحمل دفع الرصيد المطلوب في حالة إخفاق أحد الأطراف في ذلك[1].

إن مثل هذه التساؤلات وتساؤلات غيرها يصعب إيجاد حلول ناجعة لها[2]، هي التي تجعل التفكير يتجه، دائماً إلى العودة إلى الأصل، وهو إرادة الأطراف أنفسهم، لتنظيم كيفية تسوية المنازعات بينهم، وبما أن هذه الإرادة تقف عاجزة عن أن تستوعب كل الفروض وتستجيب لكل الحاجات، وتسد ثغرات التحكيم متعدد الأطراف كافة، فإنه لا مفر من تدخل القضاء أو المشرع إذا كان لعملية التحكيم متعدد الأطراف أن تتم بأقل قدر من المشاكل والصعاب.

---

(1) أشار DELVOLVE، المرجع السابق، ص 512، إلى هذه التساؤلات معلقاً على مجهود فريق العمل بأن مستوى طموحاته عال إلى درجة أنه لم ينجح في مهمته:
C'est peut - etre aussi pour avoir ete trop ambitieux qu'il n' a pas reussi.

(2) راجع بالنسبة لآخر تطورات مجهودات غرفة التجارة الدولية في هذا الشأن:
Otroarndt GLOSSNER. Presentation of the works of the ICC Commission on international arbitration. In: MULTIPARTY ARBITRATION, P. 31 et s.

نظرية العمل الأمير
والعقد الإداري

د. عمر محمد السيوى
الأستاذ المشارك
بكلية القانون

قانون قاريونس

1996/ م.

1997/ م.

تمهيد

1 ـ يتعرض المتعاقد أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة، والتي تملك زيادة التزاماته أو إنقاصها، ولما كانت التزامات المتعاقد تتسم بالمرونة فإنه من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه، فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقاً معينة يعتمد عليها، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها.

2 ـ وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري La notion d'équilibre financier أو التوازن الشريف L'equivalanee honnête des prestations ففكرة التوازن هي فكرة لازمة لسلطة التعديل التي تتمتع بها الإدارة، ولما كانت مثل هذه السلطة لا وجود لها في القانون الخاص فإن فكرة التوازن المالي للعقد لا مقابل لها في ذلك القانون.

3 ـ ولقد ظهرت فكرة التوازن لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز، وتولى المفوض ليون بلوم صياغتها في تقريره الذي قدمه في قضية Cie francaise des tramways والتي صدر فيها حكم المجلس في 11 مارس 1910 يقول المفوض بلوم:

«Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de realiser dans la mesure du possible, une égalite entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui luie sont imposées... les avantages et les charges doiyent se balancer de façon à former la contrepartie des des bénéfices probables e des pertes preyues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'equivalance honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui exigé de lui... c'est ce qu'on appelle l'equivalance financière et

commerciale, l'equitation financiére et commerciale du contrat de concession».

ومنذ هذا التاريخ أصبح استعمال الاصطلاح وارداً، قلما تخلو منه مذكرة لمفوض الدولة في هذا المجال[1].

4 ـ لكن الدكتور / ثروت بدوي، ليس من أنصار هذه الفكرة، بل ينادي بضرورة التخلص منها لأنها خطرة وغير صحيحة[2].

أما خطورتها عنده فمردها إلى الطابع العام الذي يريد بعض الفقهاء إضفاءه عليها[3] وإرجاعهم إليها كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى ولو اختل التوازن المالي بغير عمل الإدارة.

وأما عدم صحتها فمرده إلى كيفية تطبيقها ذلك أن الدكتور / ثروت بدوي يرى أن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة باقتصاديات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد. فمثلاً في حالة إنهاء الإدارة للعقد بلا خطأ ففكرة التوازن المالي لا يمكن أن تبرر التعويض الذي يحكم به القضاء للإدارة، حيث إنه لا يمكن بالفرض التحدث عن التوازن المالي لعقد غير موجود.

5 ـ ولئن كان صحيحاً، أن فكرة التوازن المالي للعقد ـ لا تكفي وحدها لتبرير التعويض في جميع الحالات التي حكم فيهال القضاء الإداري بتعويض خطأ من جانب الإدارة، إلا أنها، أي فكرة التوازن المالي للعقد، تنطوي على حقيقة لا شك فيها، ولا يمكن إنكارها، فمرونة

---

(1) مجلس الدولة 11/ 3/ 1991 قضية Cie francaise de trammays RP 218.

(2) د. ثروت بدوي، نظرية عمل الأمير في العقود الإدارية، طبعة 1955 ص 129.

(3) انظر دي سوتي سيري 1950 ص 455.

التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة أو نقصاً على الأقل إذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة، وكما يقول بحق الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي[1] «إن فكرة التوازن المالي هي مجرد توجيه عام، تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد، كما روعي عند التعاقد ومعاملته كظاهرة طبيعية، فالحيوان والنبات يتمدد وينكمش ولكنه يحتفظ بخواصه ومظاهره. وكذلك العقد الإداري، فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منه، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي إبقاء على خواصه الأصلية. ولا شك أن هذا التوجيه في غاية الفائدة للقاضي وسيجد نفسه مسوقاً إلى الاستهداء به في تقدير التعويض ومن ثم من المغالاة القول بأن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة. . .».

6 - ويرجع كثير من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين - ولكن هذا الرأي قد يصدق في حالة النص صراحة[2] في العقد على ضمان الإدارة التوازن المالي للعقد.

أما في غير حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي أو الاقتصادي، فإن مرجع هذه الفكرة إلى العدالة وصالح المرفق العام، لأن للإدارة الحق في تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقص فيكون من العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الإدارة واستعمالها لسلطتها تلك. من ناحية أخرى فإن هذا الحق مقرر لصالح المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء

---

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة. الطبعة الرابعة سنة 1984، دار الفكر العربي، ص 558.

(2) لوبادير. مطولة في العقد، 111، ص 65 وما بعدها.

بالتزاماته، كما أنه يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة.

7 - يمثل التوازن المالي للعقد، بلا خطأ من جانب الإدارة في حالات ثلاث هي فعل الأمير، والظرف الطارىء وحالة الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يواجهها المتعاقد أثناء التنفيذ.

ويهمنا أن نتناول في هذا البحث نظرية عمل الأمير من حيث الشروط في مبحث أول، ومن حيث النتائج والآثار المترتبة عليها في مبحث ثاني.

المبحث الأول

شروط تطبيق النظرية

يمكن أن يطلق فعل الأمير على كل تصرف صادر من السلطة العامة المتعاقدة يترتب عليه أن يجعل تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد أكثر صعوبة[1].

ويعرفه الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوي، بأنه عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوىء مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحق من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد[2].

وتاخذ محكمة القضاء الإداري في مصر بتعريف مقارب في حكمها الصادر في 30 يونيو 1957 يحث تقول: «إن المقصود بعبارة «فعل الأمير» هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة «المخاطر الإدارية» وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة[3]».

---

(1) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، ص 215، دار النهضة العربية، طبعة 1981.

(2) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 567.

(3) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 568.

ويلاحظ أن هذا التعريف لنظرية الأمير ـ ينطوي على كثير من التعقيد كما لحقه تطور كبير من شأنه إخراج بعض الحالات التي كانت تخضع للنظرية، ثم أصبحت داخلة في نطاق تطبيق نظرية أخرى هي نظرية الظروف الطارئة ـ وهذا التحول على درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة للمتعاقد الذي يستحق تعويضاً كاملاً وفقاً لنظرية عمل الأمير، بينما يستحق تعويضاً جزئياً حال تطبيق نظرية ـ الظروف الطارئة ـ ولهذا فمن الأهمية بمكان أن نحدد شروط تطبيق نظرية (عمل الأمير) فما هذه الشروط لكي تطبق نظرية ـ عمل الأمير؟ يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية ـ فنظرية عمل الأمير هي من الأفكار الإدارية التي لا محل لها في نطاق القانون الخاص ولا تطبق إلا بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري بشروطه وعناصره المعروفة.

ولقد أبرزت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا الشرط أكثر من مرة، فهي في حكمها الصادر في 3 مارس 1957 مثلاً تقول: «متى كان الأمر بين الحكومة والشركة خارج نطاق الرابطة التعاقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية «عمل الأمير» لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الاخلال بالتوازن المالي للعقد[1].

---

(1) مجموعة أحكام المحكمة ـ السنة 11، ص 239.

كما أشارت ضمنا إلى هذا الشرط المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر في 21 يناير 1974 حيث تقول: «. . . إذا كان الأمر الإداري بإيقاف العمل تتوفر فيه جميع الشروط اللازمة لتطبيق نظرية عمل الأمير ـ وذلك بأن صدر الأمر من الجهة الإدارية المتعاقدة ونشأ عنه ضرر للمتعاقد وحده ولم يشاركه فيه أحد أياً كانت درجة هذا الضرر وأن هذا الإجراء لم يكن متوقعاً فإن النظرية المنطبقة في هذه الحالة هي نظرية فعل الأمير وليست نظرية ـ الظروف الطارئة[1]».

الشرط الثاني:

يجب أن يكون العمل الضار صادراً عن جهة الإدارة المتعاقدة، فالتصرف الصادر عن غير جهة الإدارة المتعاقدة قد يكون موضوعاً لتطبيق نظرية أخرى هي نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير ـ هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 4 مارس 1949 مدينة طولون Ville de Toulon الذي يقول فيه[2]: «إن الخسائر التي لحقت بشركة الكهرباء والغاز، لا ترجع إلى تدخل سلطات مدينة طولون، بل مردها إلى أوامر وتدخل السلطات العسكرية أثناء الحرب العالمية الثانية. . . ولا يحق للطاعن إذن المطالبة بتعويض كامل استناداً إلى نظرية ـ عمل الأمير».

ويفترض هذا الشرط التسليم بوجود أشخاص معنوية عامة مستقلة بجوار الدولة كالمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة، فإذا ما تعاقد شخص من أشخاص القانون العام هذه، فيجب أن يصدر عمل الأمير منه، أما إذا صدر عن شخص معنوي آخر، فحينئذٍ تطبق كما قلنا نظرية الظروف الطارئة.

---

(1) مجلة المحكمة العليا، السنة 10 العدد 3 ص 77.

(2) د. سليمان الطماوي ـ المرجع السابق، ص 588، 589.

أما بالنسبة للدولة نفسها، فتعتبر الوزارات (الأمانات) والإدارات وحدة واحدة، تعبر كل منها عن شخصية الدولة، في نطاق تخصصها، ومن ثم فإن الإجراءات الخاصة والعامة التي تصدر عن وزارة من الوزارات وما يتفرع عنها من مصالح لا تعتبر «غيراً» عند تطبيق نظرية «أعمال الأمير»[1].

الشرط الثالث:

يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرر للمتعاقد ولا يشترط هنا درجة معينة من الضرر، فقد يكون هذا الضرر جسيماً أو يسيراً، وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد أو مجرد إنقاص في الربح الذي عول عليه ولكن هل يشترط أن يكون الضرر خاصاً؟

دافع عن هذه الفكرة «نظرية الضرر الخاص» الدكتور / ثروت بدوي في رسالته عن عمل الأمير، بل وجعلها الشرط الوحيد والكافي للتعويض عن عمل الأمير في حالة الإجراءات العامة.

وكما سبق لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن نادت بهذا الشرط في حكمها الصادر في 30 يناير 1955[2] حيث تقول: «... يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص - والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وحده دون مجموع الشعب...».

وإذا كانت فكرة الضرر الخاص، هي فكرة موضوعية، تثبت في كل حالة على حده، فإن العميد هوريو قد ذهب في بعض تعليقاته[3]، إلى أن

---

(1) د. ثروت بدوي - المرجع السابق، ص 211.

(2) مجموعة أحكام المحكمة - السنة التاسعة، ص 268 والمحكمة العليا في حكمها السابق الصادر في 21/ 2/ 1974.

(3) هوريو - تعليقه في مجموعة سيرى 1، 3، 1910 على حكم Zelebadine.

الضرر الذي يصيب المتعاقد من جراء الإجراءات العامة (القوانين واللوائح) هو ضرر خاص باستمرار، نظراً للرابطة التعاقدية التي تربطه بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المضرورين من تلك التشريعات.

والواقع أن تفسير العميد هوريو، هو وحده الذي يجعل للتعويض أساساً متميزاً في هذه الحالة، ويلحقه بنظرية عمل الأمير، كفكرة يقتصر تطبيقها على نطاق العقود الإدارية، أما استبعاد تفسيره والاقتصار على فكرة الضرر الخاص بمعناها المطلق، فيجعل المسؤولية في هذه الحالة تخضع للقواعد العامة في المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الأفراد من جراء التشريعات، سواء كانت تربطهم بالإدارة رابطة تعاقدية أم لا، الذي وضع مجلس الدولة الفرنسي أساسه في حكمه المشهور في قضية Fleurette[1].

الشرط الرابع:

يجب أن يكون الإجراء الصادر غير متوقع[2] وتشارك نظرية عمل الأمير في هذا الشرط نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، فإذا توقع العقد الإجراء فإن أحكام نظرية عمل الأمير تستبعد وتطبق النصوص التعاقدية[3].

---

(1) لوبادير ـ مطولة في العقد 111، ص 45.

(2) هذا ما يشار إليه في العقود بعبارة Unforeseen Events الحوادث غير المتوقعة: مثل عمل الأمير والقوة القاهرة، والظرف الطارىء يرجع إلى بحث Norbert Horn Standard Clauses on Contract Ad - aption International Commerce 1985 نشر في دراسات في القانون الدولي ـ لندن.

(3) هذا ما جرى عليه العمل في الكثير من العقود المبرمة مع الجهات الإدارية العامة. (انظر مثلاً المادة 51/ 1 من العقد المبرم بين الهيئة العامة للضمان الاجتماعي وشركة فيليب هولزمان) والمادة 7 من العقد المبرم بتاريخ 27/ 9/ 1975 بين وزارة الصحة وشركة تكنواكسبورت البلغارية. والمادة 7 من العقد المبرم بتاريخ 4/ 1/ 1988 بين جهاز تنفيذ وإدارة مشروع النهر الصناعي العظيم وشركة انكا التركية.

ولقد أبرزت هذا الشرط محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 30 يونيو[1] حيث تقول «. . .ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية عمل الأمير. . .».

وشرط عدم توقع الإجراء واضح ولا خلاف عليه فيما يتعلق بالإجراءات العامة (كالقوانين واللوائح)، ولكن عمل الأمير يغطي الإجراءات الخاصة أيضاً التي تصدر من الإدارة وتؤدي إلى تعديل شروط العقد بقرارات إدارية فردية، ونحن نعلم للإدارة الحق في تعديل شروط العقد دون حاجة لرضاء المتعاقد حتى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد[2] فكيف يكون القول بأن المتعاقد في هذه الحالة لم يتوقع التعديل؟ والرأي هنا أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل لأن هذا الحق متوقع دائماً، ولكن ينصرف إلى حدود التعديل ومداه فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية - وإذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فإن النظرية تطبق.

الشرط الخامس:

ويتعلق هذا الشرط بطبيعة العمل الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة - الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية عمل الأمير والحكم بالتعويض فقد يكون هذا العمل أو الإجراء خاصاً (أ) وقد يتخذ صورة الإجراء العام (ب).

---

(1) المجموعة أ، ب 498، المحكمة العدد (3) س 1974، سبق الإشارة إليه.

(2) انظر رسالة د. عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - دار النهضة العربية 1973 ص 193 وما بعدها.

أ ـ عمل الأمير في صورة إجراء خاص:

1 ـ هذا الإجراء الخاص الذي يصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة، قد يؤثر على العقد تأثير مباشر، كأن تتدخل الإدارة بقرارات منها فتعدل من التزامات المتعاقد معها بالنقص أو الزيادة ـ ويوازن هذا الحق المقرر للإدارة حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد ـ ولا خلاف بين الفقهاء ولا في أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد، وذلك كله بشرط مراعاة قيود معينة ـ كما تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 30 يونيو 1957، المجموعة، السنة 11 رقم 377 ص 607.. منها أن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها، ومنها كذلك أنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة إلا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وفي أهميتها، أو أن تفوق في قيمتها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة، أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بدرجة كبيرة بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله، أو تؤدي الأعباء الجديدة إلى ارهاقه وتجاوز إمكانياته الفنية والمالية أو الاقتصادية ـ وإلا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ، بل أن له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشىء عن هذا التعديل».

2 ـ وقد يكون الإجراء الخاص في صورة تدخل غير مباشر من جانب الجهة الإدارية المتعاقد أو لا يؤثر تأثيراً مباشراً على العقد، ولكنه يؤدي إلى تغيير في ظروف تنفيذ العقد، بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد، وفي هذه الحالة، يتعين تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً على أساس نظرية التوازن المالي للعقد ـ ومن ذلك مثلاً:

أ ـ بعض الإجراءات أو القرارات الإدارية التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة كسلطة ضبط، لا كأحد أطراف العقد، وتؤدي هذه الإجراءات أو القرارات إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء جديدة أو خسائر لم تكن في الحسبان كالأمر بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين[1].

ب ـ أعمال مادية أخرى تصدر عن الإدارة، ينجم عنها تحميل المتعاقد معها أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد لأول مرة ـ مثل قيام الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضراراً في تنفيذ العقد، فهنا يستحق المتعاقد تعويضاً على أساس نظرية عمل الأمير إذا أهمل العقد تنظيم هذا الموضوع[2].

على أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق شروط العقد إذا تولت تنظيم هذا الموضوع سواء بتحديد مقدار التعويض أو بتقييده أو باستبعاده[3].

ب ـ عمل الأمير في صورة إجراء عام:

وعمل الأمير قد يكون في صورة إجراء عام، ويقصد بالإجراء العام هنا

---

(1) لوبادير، مطولة في العقود، 111، ص 55، 58، والاحكام المشار إليها الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي: مجلس الدولة في 22 مارس 1944 Ste Energie Elec trique de la basse - Loire عكس هذا حكم آخر لمجلس الدولة رفض فيه التعويض. مجلس الدولة في 29/ 4/ 1898 قضية 45، 3، 1900.

Gilles et Bellet, Parce que, si l'emploi de la main d'oevre étrangere n'etait pas interdit par le contract il restatit en tous Cas subordonné a'll'exeecution des mesures necessaires par la surĕte publique»

(2) مثلا الحكم الصادر في 16/ 12/ 1946 Ville de Paris المجموعة أ، ب 293.

(3) حكم المجلس في 8/ 12/ 1944 Stĕ l'energie industrielle مجلس القانون العام سنة 1946، ص 215

صدور قانون أو لائحة ـ بعد التعاقد يكون من شأنها تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء جديدة فإنه يجب تعويض المتعاقد في هذه الحالات عن الأضرار التي تناله من جراء هذه الإجراءات العامة. وفي رأينا لا يخلو الأمر من فرضين:

الفرض الأول:

إذا نصت العقود المبرمة بين الشركات أو الجهات الإدارية العامة على تنظيم أو حل لهذه المسألة[1] ففي هذه الحالة لا تثور أي مشكلة بين الأطراف المتعاقدة وتسترد الشركات عادة ما دفعته أو تعوض تطبيقاً لنصوص العقد.

الفرض الثاني:

أما إذا سكت العقد، ولم ينص على تنظيم أو حل لهذه المسألة ـ وصدر الإجراء العام (قانون أو لائحة) نتج عنه تكبيد المتعاقد أعباء جديدة لم تكن في الحسبان عند التعاقد لأول مرة، من المتعين في هذه الحالة تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير.

من ذلك مثلاً الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 19 نوفمبر 1909 في قضية Zeilabadine والتي قضى فيها بتعويض المتطوعين الذين

---

(1) مثلاً نص المادة 2/ 5/ 9 من عقد تنفيذ المرحلة الثانية لمشروع النهر الصناعي العظيم المبرم بين جهاز تنفيذ وإدارة مشروع النهر الصناعي العظيم وائتلاف شركات دونغ اه التي نصت على الآتي: «في حالة حدوث أي تغيير هام في الضرائب والرسوم داخل الجماهيرية بعد توقيع العقد، مما له تأثير مباشر على العقد سواء بالزيادة أو النقصان، يجب عندئذ تعديل سعر العقد بمبلغ يساوي التغيير الذي يحدث في تلك الضرائب والرسوم بالقدر الذي ينطبق على هذا العقد» والمادة 32/ 4 الشروط العامة من عقد تنفيذ المرحلة الأولى نصت على الآتي: «في حالة حدوث أي تغيير في القوانين واللوائح المعمول بها في الجماهيرية بعد توقيع العقد من شأنه أن يؤدي إلى زيادة هامة في النفقات أو في المدة المحددة للتنفيذ، يجتمع المالك والمقاول لبحث أفضل الحلول لمثل هذه الحالة بصورة عادلة ومعقولة على ضوء ذلك التغيير».

ألغيت عقودهم نتيجة لصدور مرسوم يقضي بحل الفرق التي ينتمون إليها[1].

والحكم الصادر عن نفس المجلس في 28 أبريل 1939 في قضية سكة حديد الغرب[2] Chemins de fer de l'ouest تتخلص ظروفها أنه صدر في فرنسا مرسوم بقانون في 16 يوليو 1935 يقضي بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة 10٪ وقد أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على شركة سكة حديد الغرب إلى تعديل الاتفاق الذي تم بينها وبين الدولة في 28 أكتوبر 1909 والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذي كانت تتولاه في مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة إلى الشركة، فلما تظلمت الشركة من خفض تلك الأقساط بنسبة 10٪ وفقاً للمرسوم بقانون المشار إليه قضى المجلس في حكمه السابق وفقاً لتقرير المفوض Josse بتعويض الشركة تعويضاً كاملاً على أساس نظرية عمل الأمير.

وقد قال المفوض Josse في هذا الخصوص، أن كون الأقساط التي التزمت بها الدولة إلى الشركة المدعية قد صدرت بمقتضى العقد، لا يحول دون تطبيق المرسوم بقانون الصادر في 16 يوليو 1935 الذي يقضي بخفض جميع نفقات الدولة كسلطة تشريعية في مجال عقودها مع الأفراد، وهنا لا يمكن إنكار حق الأفراد في التعويض ما دام التشريع لم يتضمن حكماً بعكس ذلك[3].

---

(1) مجلس الدولة في 19/ 11/ 1909 ـ Zeilabadine. S. 3.1 تعليق هوريو.

(2) مجلس الدولة في 28/ 4/ 1939.

Cie des chemins de fer de l'ouest, R.D.P. 1940, P. 58 Con Josse, note Jeze.

(3) وكان مجلس الدولة في 31/ 3/ 1944 في قضية سكة حديد بلفور Belfort قد رفض التعويض في ظروف مشابهة عن المرسوم الصادر في 16/ 7/ 1935 ولا يعتبر هذا الحكم عدولاً عن القضاء السابق لأن الطعن رفع ضد المحافظة، لا الدولة التي صدر عنها المرسوم ـ فالإجراء العام في هذه الحالة ـ لم يصدر عن الجهة المتعاقدة (المحافظة) وبالتالي تخلف أحد شروط تطبيق هذه النظرية، انظر لوبادير، 111، ص 38.

ويشترط لإعمال وتطبيق هذه النظرية، في حالة الإجراءات العامة، أن تمس بشكل مباشر شرطاً من شروط العقد، أو تصيب المتعاقد مع الإدارة بضرر خاص لا يشاركه فيه الآخرون.

فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي التعويض «لأن نصوص القانون (أو اللائحة) ذات طابع عام، وأن الضرر الذي نال المتعاقد من جرائها إنما تحكمه في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين، ومن ثم فأنه لا يستحق عنها تعويضاً إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب»[1].

وفي مصر، رفضت محكمة القضاء الإداري، التعويض، والتزمت نفس مسلك مجلس الدولة الفرنسي، في حكمها الصادر في 16 يونيو 1953[2]، حيث قالت فيه« . . . وحيث إن فرض الرسم كان متوقعاً وقت التعاقد بمقتضى البند 17 من عقد الامتياز، فضلاً عن أنه لم يجاوز الحد العادل، ولم يتضمن أي تمييز في التكلفة بين المنطوين تحت أحكامه وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة في سعر التكلفة ونقص في الاستهلاك لم يؤد إلى ارهاقها في التزاماتها وإلى الاخلال بالتوازن المالي للعقد. . .».

وفي قضية أخرى[3] رفض التعويض عن فروق الأسعار الخاصة بمهمات مطلوب استيرادها بسبب حرب سنة 1956، وعمولة شركة مصر للتجارة الخارجية، وعلاوة حساب التصدير ورسم أخصائي جمركي، ورسم بحري، لأن جميع هذه المبالغ لا ترجع إلى تدخل مباشر من جهة الإدارة المتعاقدة (الإدارة العامة للمياه بوزارة الإسكان والمرافق) وأنه يشترط لإعمال هذه

---

(1) مجلس الدولة 10/ 1/ 1908 Noire et Beyssac المجموعة ص 21.

(2) المجموعة للسنة السابعة ص 1578.

(3) المجموعة، السنة 19، ص 51.

النظرية صدور إجراء عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة، لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من ساهم في هذا الإجراء. . .»[1].

(1) ولهذا السبب تلجأ الشركات الأجنبية المتعاقدة إلى تحصين نفسها في عقودها المبرمة ضد أي تغير في التشريعات (قوانين) لوائح، قرارات، ينجم عنها زيادة في التكلفة أو سعر العقد يرجع إلى:

P. Weil: Les clauses de stabilisation ou d'intangibilite inserees dans les accords de developpment economiques.

In, Melanges CH. Rousseau, ED, Pedone, Paris, 1974, P. 305

المبحث الثاني

نتائج تطبيق النظرية

يترتب على التسليم بنظرية عمل الأمير نتيجة رئيسية هامة وهي منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة تعويضاً كاملاً، فما هو الأساس لهذا التعويض (أ) وما هي القواعد التي يرجع إليها في احتساب التعويض وتقديره (ب)

أ ـ أساس التعويض

يتردد الفقه بين أساسين للتعويض في حالة الأمير:

الأساس الأول: «التوازن المالي للعقد»

يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء التنفيذ لتدخلها بالتعديل، التي تملك زيادة التزاماته أو انقاصها، ولما كانت التزامات التعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة، فإنه من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضاً، نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه. فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينة حقوقاً معينة يعول عليها وما دامت الالتزامات قابلة للنقص أو الزيادة، فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها.

وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته ـ ولقد سبق أن أشرنا إلى هذا الأساس في بداية هذه الدراسة، ورأينا أنه الأساس الذي يقول به معظم الفقهاء، كما أن القضاء الإداري قد سلم به ورده في معظم أحكامه، وعلى أساس هذه الفكرة يتعين

على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل التوازن نتيجة فعل الإدارة[1].

ويذهب الفقيه دي سوتو[2] إلى أبعد من ذلك حيث يعتبر نظرية التوازن المالي للعقد ذات صبغة عامة، تلتزم الإدارة بضمان التوازن المالي في كل حالة يختل فيها توازن العقد سواء كان ذلك بفعل الإدارة أو الأمر خارج عن إرادتها.

«من بين القواعد الأساسية للعقود الإدارية توجد القاعدة القائلة بالمحافظة على التوازن المالي للعقود. ومؤداها أنه إذا كان تصرف الإدارة أو إذا كان هناك سبب خارجي أدى إلى تعديل هذا التوازن فيجب أن يقدم تعويضاً إلى المتعاقد المضرور»[3].

وفي تعليق آخر له في مجموعة داللوز سنة 1942 ص 11 يقول: «المحافظة على هذا التوازن يمثل مبدأ أساسياً في نظرية العقد الإداري فالتزامات المتعاقدين قد حسبت نظرية تحقق هذا التوازن من الناحية المالية، وقاضي العقد يجب عليه أن يعمل على ضمان بقاء هذا التوازن. فحقوق والتزامات المتعاقدين كلها مترابطة بعضها بالبعض فإذا نقصت، أو زادت إحداهما فإن العدالة وهدف العقد والنية المشتركة للمتعاقدين تتجه إلى ضرورة تغير الأخرى بذات الحدود...».

الأساس الثاني: المسؤولية التعاقدية للإدارة:

وقد نادى بهذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالي للعقد، وكما يقول روميو في تقريره في قضية «Lorsque» Bardy - C.E. 1905. 12. 24

---

(1) مجموعة داللوز ـ 1950، ص 455 Mestre, note, s. 1930, 3, 61.

(2) و (3) د. ثروت بدوي، رسالته السابقة، ص 302، 488.

c'est la personne, publique signataire du contrat qui etablit un impot, elle engage sa responsabilite enyers celui qui a contracte avec elle.

ولئن كان الفقه قد رفض المسؤولية التعاقدية على أساس الخطأ فإنه لازال يرجع التزام الإدارة بالتعويض على أساس أنه التزام نابع من العقد، وأن مسؤوليتها هي مسؤولية تعاقدية وإن كانت مسؤولية بلا خطأ.

وقد أيد فكرة المسؤولية التعاقدية الأستاذ الدكتور / ثروت بدوي وهو يؤكد أنه لتفسير حق التعاقد في التعويض فإن هذا الحق ليس إلا نتيجة لسلطة التعديل التي تملكها الإدارة، فالخطأ لم يعد مستلزماً لشغل مسؤولية السلطة العامة والمسؤولية غير التعاقدية بدون خطأ، تقابلها المسؤولية التعاقدية للتعديلات التي تحدثها الإدارة منفردة في عقودها وهذه هي المسؤولية دون خطأ في نطاق العقد[1].

والواقع، كما يلاحظ الأستاذ/ دي لوبادير[2] أنه لا خلاف بين الفكرتين، فالمسؤولية عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد، وهذا يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الإدارة المتعاقدة، ورفضه التعويض على هذا الأساس إذا كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة.

ولكن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة، هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ، لأن عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطىء حين تصرفت وإلا قامت المسؤولية على أساس آخر وتصبح المسؤولية في هذه الحالة شبيهة بالمسؤولية

---

(1) د. بدوي، المرجع السابق، ص 108.

(2) دي لوبادير، مطولة في العقود، 111، ص 64 ـ 65.

على أساس المخاطر، فأساس مسؤولية المخاطر مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة، وأساس المسؤولية عن عمل الأمير، هو التوازن المالي للعقد.

ب ـ قواعد احتساب التعويض:

أولاً: قاعدة التعويض الكامل:

يجب على الإدارة أن تعوض المتعاقد تعويضاً كاملاً Indemnisation integrale إذا ما ثبت أن العمل الضار من قبل «عمل الأمير» والتعويض الكامل يشمل العنصرين الأساسين لكل تعويض وهما:

- ما يحلق المتعاقد من خسارة La damnum emergens بسبب عمل الأمير كالنفقات الجديدة نتيجة فرق السعر، أو الرسوم الجديدة... الخ.

- والعنصر الثاني وهو ما فاته من كسب Lucrum cessans ويشمل المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة لعمل الأمير.

والتعويض الكامل في هذه الحالة يتميز عن نظرية الظروف الطارئة التي يقضى فيها بالتعويض الجزئي، وتطبق بشأنه نفس القواعد في حالة التعويض الناتج عن خطأ الإدارة[1].

وقد تولت محكمة القضاء الإداري ـ المصرية ـ إبراز هذا المبدأ في حكمها الصادر في 30 يونيه 1957 (وقد سبقت الإشارة إليه) حيث يقول: «إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد(... إنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وإن كل ما هو

---

(1) لوبادير، مطولة في العقود، 111 رقم، 944، ص 66.
وحكم مجلس الدولة في 23 أبريل 1948 المشار إليه في نفس المرجع.

غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه.

ويعتبر «عدم التوقع» في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة، مادام أنها ليست جزءاً من الاتفاق، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير، والمحكمة إنما تقدر هذه التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين:

الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة ـ ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الاحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثل ذلك ما إذا طلبت الإدارة بسرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.

الثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتباراً من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال من عمله ورأس ماله.

وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية التوازن المالي عنه على أساس نظرية الظروف الطارئة في أن الأول تعويض شامل وغير جزئي كما هو الشأن في التعويض الثاني...».

ثانياً: الاستثناءات:

1 ـ إن مجلس الدولة الفرنسي ـ وفقاً لقضاء مستقر في هذا الصدد، يهمل عنصر الكسب المختلف في بعض الصور، كما هو الشأن في حالة إنهاء الإدارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب

وقف القتال ـ فهنا يكتفي المجلس بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود ومن دون اعتبار للأرباح التي كان من شأن المتعاقد أن يحققها لو لم يتم الفسخ[1].

2 ـ كذلك لا يحكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض كامل للمتعاقد إذا كان قد ساهم بخطئه في إحداث بعض الأضرار، المترتبة على عمل الأمير أو ساعد على زيادة تلك الأضرار فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد[2].

3 ـ وأخيراً ـ هل يمكن للإدارة أن تضمن العقد شرطاً يتضمن عدم مسؤوليتها قبل التعاقد؟ لا يتصور من الناحية العملية بأن يقبل المتعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لا حد لها، ولكن إذا حدث ذلك عملاً فيجب في هذه الحالة أن نميز بين حالتين:

الأولى: حالة الإعفاء المطلق من المسؤولية ـ ويجمع الفقه الإداري على عدم مشروعية مثل هذا الشرط ـ وهذا ماأعلنته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 30 يونيو 1957 حيث تقول: «من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسؤوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث المتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادىء المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد».

وتطبيقاً لهذه القاعدة، لا يمكن للإدارة أن تضمن عقودها شرطاً عاماً

---

(1) مجلس الدولة، 23 يناير 1952 C. Chambonyet ص 50.

(2) مجلس الدولة، 28 نوفمبر 1924 Tardi المشار إليه لوبادير المرجع السابق، ص 68.

يقضي باعفائها من جميع الأضرار المترتبة على أعمال الأمير[1].

الثانية: شرط الإعفاء الذي ينصب على إجراء معين، وهذا الشرط مشروع، فإذا توقع المتعاقد أن إجراءً معيناً ـ من الإجراءات السابقة، كفرض ضريبة معينة أو زيادة سعرها... الخ ونصاً على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار، فإن النص مشروع ويجري مجلس الدولة على التشدد في تفسير مثل هذه الشروط المشروعة[2].

---

(1) والحكم الصادر في 14 أبريل 1960 السنة 14، ص 36 «حيث تؤكد المحكمة عدم شرعية الشرط الذي تضمنه الإدارة عقودها والخاص بحرمان المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارىء، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الإدارية».

(2) لوبادير، مطولة في العقود، 111، ص 65 ـ مجلس الدولة 16 يناير 1924 pigat ص53.

خاتمة

1 ـ تناولنا في هذا البحث «نظرية عمل الأمير» من حيث الشروط والآثار لكي تطبق هذه النظرية يجب أن تتوافر الشروط الاتية:

- يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.
- يجب أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة.
- إن ينشأ عنه ضرر لا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة.
- ان الإدارة لم تخطىء حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ.
- ويجب أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

2 ـ فإذا توافرت هذه الشروط، أمكن تطبيق النظرية وتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً، سواء صدر عمل الأمير في صورة إجراء خاص (قرار إداري فردي ـ أو عمل مادي) أو في صورة إجراء عام (قانون أو لائحة)، فلا عبرة بتعدد أجهزة الدولة ـ واستقلال كل جهاز عن الآخر ـ وما هي إلا أوجه متعددة لشخص قانوني واحد وهو الدولة.

وتطبق كذلك هذه النظرية إذا كان عمل الأمير في صورة عمل إيجابي أو حتى في صورة موقف سلبي من جانب جهة الإدارة المتعاقدة إذا امتنعت عن تطبيق القوانين واللوائح مما يجعل تنفيذ الإلتزامات العقدية أكثر إرهاقاً للمتعاقد.

3 ـ هذه هي نظرية عمل الأمير، بشروطها وآثارها ومجال تطبيقها الواسع، غير أن البعض يرى أن النظرية يجب أن تقتصر على ممارسة الإدارة المتعاقدة لاختصاصها الخارج عن النطاق التعاقدي.

أما ما يطلق عليه بالفرنسية Extra - Contractuelles مثل بعض إجراءات الضبط الإداري، أو إجراءات تنظيم المرفق أو إجراءات الاقتصاد الموجه والتي من شأنها أن تؤثر على شروط وظروف تنفيذ العقود المبرمة معها[1] بحيث لا تشمل نظرية عمل الأمير ـ وفقاً لهذا الرأي ـ سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

4 ـ وفي الواقع، فإن هذا الإتجاه الذي يرمي إلى تضييق مجال تطبيق نظرية عمل الأمير محل نظر من عدة وجوه: ذلك أن سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة بإرادتها المفردة، وما هي إلا إحدى تطبيقات نظرية عمل الأمير بل أن الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي يذهب إلى أن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا في أجلى صورها[2].

فالإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة قد يمس موضوع العقد، بتعديل بعض بنوده وشروطه، وقد يمس موضوعاً مختلفاً، وللمتعاقد الحق في تعويض كامل للضرر الذي أصابه ـ فالشروط واحدة في الحالتين وأيضاً النتائج المترتبة على تدخل الإدارة واحدة دون أي تمييز بين ما إذا كان

---

(1) رأي الأستاذ PH Terneyere عن مسؤولية السلطات العامة التعاقدية في القانون الإداري، 1983، ص 288.

(2) د. سليمان الطماوي، العقود، المرجع السابق، ص 574.

الإجراء يمس أو لا موضوع العقد.

وعلى ذلك فإن مجال تطبيق النظرية، يشمل كافة العقود الإدارية، وللمتعاقد الحق في التعويض إذا ما استوفى شروط تطبيقها بصرف النظر عما إذا كان الإجراء الذي أصابه بالضرر نتيجة تدخل الإدارة المتعاقدة قد عدل شروط مباشرة أو أثر على ظروف تنفيذه فقط.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1 ـ الدكتور / سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة عين شمس 1984

2 ـ الدكتورة / عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1981

3 ـ الدكتور / أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1973

4 ـ الدكتور / علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة ـ القاهرة ـ 1975

ثانياً: باللغة الفرنسية:

1 - LAUBADERE (A.de).

Traité des contrats administratifs, L.J.D.J.T. III 1956.

2 - BADAOUI (S)

Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit Egyptian. L.G.D.S, 1954

3 - Terneyre (P)

La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Pau, 1983.

ثالثاً: المجلات ومجموعات الأحكام:

- مجلة المحكمة العليا.
- مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.
- مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها لمجلس الدولة المصري.
- مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

السفينة الأجنبية
في
الميناء الوطني

الدكتور
عبد المنعم محمد داود
كلية القانون ـ جامعة قاريونس
1996

مقدمة البحث

لا شك أن التنمية الاقتصادية ترتبط باستقرار الأوضاع الداخلية، ومنها أوضاع الموانىء التي تضطلع بمهام تصدير واستيراد المواد التجارية المختلفة، بالإضافة إلى أعمال نقل الركاب لتنشيط الحركة السياحية التي تضيف بعداً جديداً للتنمية الاقتصادية.

الجدير بالذكر أن تهيئة الميناء باعتباره نافذة الوطن على العالم الخارجي من الأمور الهامة، وتأتي تلك التهيئة من خلال الاستعداد الإنشائي والحضاري والتقني بتوفير المعدات اللازمة للشحن والتفريغ والنقل والمظهر الحضاري اللازم لاستقبال الركاب والبحارة والتجارة.

لعل أهم المظاهر الحضارية ـ من جهة نظرنا ـ الاهتمام بالقانون حتى تقرّ في نفوس الزائرين. أننا نعرف تماماً ما لنا من حقوق وما علينا من واجبات وفقاً لما يتم التعامل به في أرقى الموانىء لدى أرقى الدول.

إن الدراية بقواعد القانون الدولي العام والدولي الخاص وغيرها من القواعد والتعامل بتلك القواعد يؤكد مدى حضارة دولة الميناء، الأمر الذي دفعنا إلى إعداد هذا البحث المتواضع.

لذلك حاولنا في بداية البحث إلقاء نظرة عامة على المقصود بالسفينة والتفرقة بدقة بين السفينة العامة والسفينة الخاصة، كما تطرقت تلك النظرة العامة إلى تحديد المقصود بالميناء والمنشآت المينائية الدائمة والمراسي والوضع القانوني لها وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

توجه البحث بعد ذلك بالدراسة نحو المركز القانوني للسفينة الأجنبية في الميناء الوطني، وفي هذا الإطار نالت السفن النووية قدراً من الرعاية لما تمثله

السفن من نقلة تقنية في الصناعة يترتب عليها آثار سيئة يصعب على بعض الدول النامية تلافيها، وبالتالي يستدعي الأمر أن تكون لتلك السفن دراسة قانونية خاصة بها تؤثر على مركزها القانوني أثناء وجودها بالميناء الوطني.

يثير الواقع الدولي عدداً من المشاكل القانونية تتعلق بالجرائم والمجرمين واللجوء إلى السفينة أو اللجوء إلى السلطات المينائية، وكذلك الجرائم التي تتصل بالدائرة المشتركة للسفينة والميناء ومدى تطبيق القوانين الختلفة عليها.

في مجال اللجوء يوجب القانون التفرقة بين اللجوء السياسي أو العسكري وغيره من أشكال اللجوء، وموقف القانون في التعامل مع اللاجىء من كل نوع.

في المجال المدني ـ أي في مجال العلاقات المدنية ـ يوجب القانون قواعد معينة في حالات الولادة والوفاة والتنفيذ على السفينة لقاء ما حصلت عليه من مواد دون سداد ما يقابلها من ثمن بالإضافة إلى تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى غير ذلك من الأمور التي يستدعي حسمها سرعة في اتخاذ القرار لإبراز الوجه الحضاري لدولة الميناء.

لذلك تنقسم الدراسة إلى فصلين:

الأول: النظرة العامة للسفينة والميناء.

الثاني: الموقف القانوني للسفينة الأجنبية في الميناء الوطني.

الفصل الأول

النظرة العامة للسفينة في الميناء

المبحث الأول

السفينة الأجنبية

أولاً: المقصود بالسفينة: La navire

يرى الفقهاء أن السفينة منشأة قابلة للتنقل والتوجيه، وتقوم بالملاحة البحرية على وجه الاعتياد[1]، ومن ثم يتضح أن هذا التعريف يقوم على ركنين أساسين هما:

القيام بالملاحة البحرية:

يشترط هذا الركن صلاحية المنشأة للقيام بأعمال الملاحة البحرية، فالجوهري الصلاحية للقيام بتلك الأعمال لأن المنشأة قبل صلاحيتها، أي في مرحلة التشييد والبناء لا ينطبق عليها وصف السفينة، وبعد انتهاء الصلاحية للملاحة ينسحب عنها هذا الوصف.

---

(1) الدكتور صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ـ الموجز في مبادىء القانون البحري ـ الطبعة الأولى ـ دار المهد للطباعة والنشر والتوزيع ـ عمان ـ الأردن ـ 1982.

بيد أن المقصود بالملاحة البحرية يؤدي إلى استبعاد المراكب المخصصة للملاحة النهرية أو الداخلية وان توفر فيها شرط الملاحة النهرية أو الداخلية.

كما أن القيام بالملاحة البحرية يؤدي إلى استبعاد بعض أنواع المنشآت البحرية القائمة والتي تستخدم داخل الموانىء أو خارجها كالأحواض القائمة والرافعات العائمة وغيرها مما لا يصلح عامة للملاحة البحرية بذاتها.

الاعتياد:

يتوفر هذا الركن بتوفر حالة تكرار ممارسة أعمال الملاحة البحرية ويظل متوافراً حتى ولو قامت السفينة بملاحة نهرية مرة واحدة أو عدة مرات في فترات متباعدة حيث يظل الاعتياد في الملاحة البحرية صفة عامة، والاستثناء في الملاحة النهرية صفة عرضية.

أما إذا كانت المنشأة مخصصة عادة للملاحة النهرية ثم قامت بملاحة بحرية بصفة عرضية، أي استثنائية، فإن ذلك لا يسبغ عليها وصف السفينة البحرية ولا يرفع عنها وصف السفينة النهرية.

نشير إلى أن غالبية القوانين الوطنية[1] تؤكد أن السفينة هي كل منشأة بحرية تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية، ولو لم تستهدف الربح.

قد تفقد السفينة صفتها كسفينة فيما إذا تحولت إلى فندق عائم مثلاً، وفي هذه الحالة لا تطبق عليها أحكام القانون البحري إلا إذا عادت إلى القيام

---

(1) أكد القانون المصري في مادته الأولى على صفة الاعتياد، فالسفينة كل منشأة تعمل عادة وتكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تستهدف الربح. كما أكد ذلك المعنى القانون البحري العراقي في مادته الأولى، أما القانون البحري الليبي في المادة الأولى فقد عرف السفينة بأنها: «كل منشأة صالحة للملاحة مهما كانت حمولتها أو تسميتها وسواء أكانت هذه الملاحة تستهدف الكسب أم لم تكن».

بالملاحة البحرية مرة أخرى[1].

تؤدي تعريفات السفينة الواردة بالقوانين الوطنية على النحو السابق إلى إدخال سفن النزهة وسفن الصيد للهواة، بالإضافة إلى سفن البحث العلمي، وغيرها من السفن التي تقوم بالملاحة البحرية عادة وليس من أهدافها تحقيق الربح وذلك بالإضافة إلى السفن التجارية التي تقوم بنقل البضائع والأشخاص بين الدول والموانىء المختلفة والتي من أهدافها تحقيق الربح.

يلاحظ أن مفهوم السفينة يشمل ملحقاتها، حيث لا تقتصر السفينة على الهيكل، بل ينصرف كذلك إلى الملحقات التي لا يمكن الاستغناء عنها لملاحة السفينة واستغلالها سواء أكانت تلك الملحقات متصلة بها أو منفصلة عنها كالآلات، والصوارى، والرافعات، وقوارب النجاة[2].

تعد هذه الملحقات بمثابة منقول خصص لخدمة عقار[3]، وبالتالي فهي عقارات بالتخصيص أسوة بالآلات الزراعية التي تعد بمثابة منقول خصص لخدمة عقار فهي عقارات بالتخصيص وفقاً للمبادىء العامة من القانون

---

(1) إلى المعنى المشار إليه بالمتن أكدت المحكمة العليا الليبية قائلة: أن رسو سفينة في الموانىء الليبية واستعمالها كفندق عائم يأوى إليها الناس دون تمييز للإقامة فيها لا يجعلها قائمة بالملاحة البحرية، كما لا يمكن اعتبارها قائمة بالملاحة النهرية، وذلك لخروجها عن طبيعتها، ولفقدانها لصفتها كسفينة، وتحويلها إلى فندق عائم مثلها في ذلك مثل سائر الفنادق على اليابسة.
مجلة المحكمة العليا - السنة الخامسة - العدد الثالث - ص 21 - حكم 25/ 1/ 1969 في الطبعة28/ 15 ق.

(2) القانون البحري المصري أكد المعنى السابق وكذلك القانون العراقي، ومن القانون البحري الليبي في فقرته الثانية من المادة الأولى النص على أن توابع السفينة الضرورية لاستثمارها تعتبر جزءاً منها كالمعدات والأجهزة والأثاث والقوارب.

(3) Mme Paul BASTID, Cours de droit International public, Les cours de droit, Paris, 1967, PP. 803 et. s.

المدني[1]. وإن كان بعض الفقهاء يراها عنصراً من عناصر تكوين السفينة[2].

من هنا يمكن القول بأنه لا تدخل في مفهوم السفينة المنشآت البحرية غير المعدة للملاحة البحرية: كالعوامات House boats أو الطائرات المائية Hydravion أو الأرصفة العائمة docks - flottants[3].

يضيف بعض الفقهاء شرط أن تكون السفينة قابلة للتنقل بذاتها ولا يقصد بذلك ضرورة مباشرتها لأشكال الملاحة المعتادة الممثلة في الانتقال من مكان لآخر وإنما يمكن أن تخصص لأغراض ملاحية أخرى تباشرها وهي مستقرة في مكان محدود رغم أنها يمكن أن تنقل السفن الأخرى الحاملة لعلامات إرشاد السفن وكذلك السفن التي تباشر أعمال استغلال ثروات قيعان البحار في مناطق محددة، وكل هذه المنشآت العائمة يضمها المدلول القانوني للسفينة[4].

أما المقصود بالسفينة الأجنبية في الميناء الوطني، فهي تلك السفن التي ترفع علم دولة تختلف عن دولة الميناء وبالتالي تصبح أجنبية على عكس السفن التي ترفع علم دولة الميناء فهي السفن الوطنية في الميناء الوطني.

ثانياً: السفن العامة والخاصة:

السفينة العامة تلك التي تستخدمها السلطات العامة في الدولة لأداء

---

(1) د. عبد القادر ـ محمد شهاب ـ أساسيات القانون والحق ـ منشورات جامعة قاريونس ـ الطبعة الثانية ـ 1994 ـ ص 324.

(2) د. محمد سمير الشرقاوي ـ القانون البحري الليبي ـ المكتب المصري الحديث ـ الاسكندرية ـ 1970 ـ ص 57.

(3) المؤلف ـ الملاحة البحرية في الصناعة العربية ـ دروس لطلاب الدراسات العليا ـ كلية القانون جامعة قاريونس ـ 95/ 1996 ـ غير منشورة.

(4) المؤلف ـ محاضرات لطلبة القانون ـ جامعة البصرة ـ العراق ـ 89/ 1900 غير منشورة.

خدمات عامة ولغير الأغراض التجارية[1].

يلاحظ في هذا التعريف أن السفن العامة لا يشترط لاتصافها بهذا الوصف أن تكون مملوكة للدولة فقط، بل ويشترط كذلك أن تخصص لأداء خدمات عامة ولغير أغراض التجارة.

الظاهرة المألوقة الآن هي تدخل الدولة في كافة مجالات النشاط ومنها مجال التجارة ومجال النقل البحري حيث تمتلك الدول الاشتراكية أساطيل النقل البحري لديها.

على ضوء هذه الظاهرة يمكننا القول بإن السفن التي تملكها الدولة وتخصصها لأداء أعمال خاصة ومنها أعمال النقل البحري سواء في نقل الأشخاص أو في نقل التجارة بين الدول هي بمثابة سفن خاصة ولا يمكننا القول بأنها سفن عامة.

إن القول بغير ذلك سوف يؤدي إلى تمتع مثل تلك السفن بالحصانة، وبالتالي سوف تقل عوامل المنافسة بينها وبين مثيلاتها من السفن الخاصة الأخرى[2].

يثور التساؤل حول وضع السفن التي تملكها الدولة وتقوم باستخدامها على نحو يجعلها تجمع بين الصفتين العامة والخاصة كأن تقوم بأعمال التجارة البحرية بالإضافة إلى بعض أعمال الخدمات الحكومية.

---

(1) د. إبراهيم الغنائي ـ قانون البحار ـ الجزء الأول ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1988 ـ ص 102.
توضح المادة 32 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المعنى السابق في شأن حصانات السفن الحربية والسفن الحكومية الأخرى المستعملة لأغراض غير تجارية.

(2) المؤلف ـ القانون الدولي للبحار ـ دروس لطلبة البكالوريوس كلية القانون ـ جامعة البصرة ـ 1989 ـ 1990 ـ مذكرات على الاستنسل غير منشورة.

نؤكد من جانبنا ـ في هذه الحالة ـ التمسك بالصفة الغالبة للسفينة، فإن كان العمل المعتاد هو الخدمات الحكومية تُحدث بمثابة سفينة عامة وتعامل على هذا النحو[1].

تجدر بنا الإشارة إلى أن السفن العامة قد تكون سفن حربية وقد تكون غير حربية.

ينضوي تحت مفهوم السفينة العامة مفهوم السفينة الحربية، وهي تلك السفينة التابعة للقوات المسلحة لدولة ما وتعمل العلامات الخارجية المميزة للسفن الحربية التي لها جنسية لهذه الدولة وتكون تحت إمرة ضابط معين رسمياً من حكومة تلك الدولة ويظهر اسمه في قائمة الخدمة المناسبة أو فيما يعادلها، ويشغلها طاقم من الأشخاص خاضع لقواعد الانضباط في القوات المسلحة النظامية[2].

أما باقي أنواع السفن العامة غير الحربية فهي السفن التي تؤدي خدمات عامة كالسفن المخصصة لنقل البريد وسفن المستشفيات وسفن الأرصاد وسفن البحث العلمي وسفن الجمارك[3] والسفن المخصصة لرؤساء الدول وكبار الممثلين الدبلوماسيين[4].

---

(1) من السوابق القضائية في القانون الدولي قضية إحدى السفن التي كانت تخدمها الحكومة البلجيكية في الخدمات العامة بصفة معتادة وبصفة استثنائية في نقل الركاب والبضائع، ولذلك قررت محكمة الإستئناف البريطانية أن تلك السفينة تتمتع بالحصانة من حيث إنها مال عام مخصص لخدمة عامة عادة.
انظر تفاصيل هذه القضية والتعليق عليها لدى:
د. طلعت القسمي ـ الوسيط ـ قانون السلام ـ منشأة المعارف الاسكندرية ـ 1987 ـ ص 718.

(2) انظر نص المادة 29 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار العام 1982.

(3) د. إبراهيم العناني ـ قانون البحار ـ المرجع السابق ـ ص 103.

(4) LOPPENHEIM, International Law, Vol, I, 3th ed, Longnan, London, 1955, PP. 851 - 852.

يستبعد من نطاق السفن العامة تلك السفن الموضوعة في خدمة منظمة الأمم المتحدة أو وكالاتها المتخصصة، أو الوكالة الدولية للطاقة الذرية التي ترفع علم المنظمة[1] نظراً لأن مثل هذه السفن ليست سفناً عامة بالمعنى المتقدم، كما أنها ليست سفناً خاصة وإنما لها قواعدها الخاصة بها.

يشار في هذا الصدد إلى أن الأمم المتحدة قد تضطر في بعض الظروف إلى امتلاك سفن تحمل علمها الخاص وتعمل تحت تصرفها، ففي أعقاب الحرب الكورية أسست الأمم المتحدة وكالة للنهوض بكوريا وقامت هذه الوكالة ببناء عشرة مراكب للصيد لحسابها في «هونج كونج» سلمت لرعايا كوريين للعمل عليها تحت علم الأمم المتحدة حيث سجلت لديها هذه السفن[2].

يشار كذلك إلى أن المنظمات الدولية قد استخدمت أو سيرت سفناً بحرية عن طريق الإيجار ـ مثال ذلك السفن التي استأجرتها الأمم المتحدة لنقل قوات الطوارىء الدولية إلى مصر عقب حرب بورسعيد عام 1956 والتي رفعت علم الأمم المتحدة، واعترفت لها مصر بذلك، وأن كانت هذه السفن لا تحمل جنسية المنظمة[3] كما أن السفن التي باشرت عملية تطهير قناة السويس تحت علم الأمم المتحدة يمكن أن يشار إليها في هذا الصدد.

أما السفن الخاصة فهي تستخدم لأغراض خاصة كالسياحة والنزهة والصيد والنقل والتجارة والتي يمتلكها الأفراد أو الشركات الخاصة.

وفقاً لما نراه ـ فإن السفن التي تمتلكها الدولة وتستخدمها لأغراض خاصة عادة تدخل في عداد السفن الخاصة عدا السفن المخصصة لرؤساء الدول التي تكتسب حصانة خاصة من حصانة رؤساء الدول بحيث إذا تم تسييرها في رحلات خاصة عُدت سفناً خاصة وتنتفي عنها الحصانة.

---

(1) Mme P.BSTID, op. cit, P. 808

(2) د. إبراهيم العناني ـ قانون البحار ـ المرجع السابق ـ ص 90.

(3) للمؤلف ـ القانون الدولي للبحار ـ المرجع السابق.

المبحث الثاني

الميناء الوطني

أولاً: المقصود بالميناء:

الميناء منفذ طبيعي ـ أي من صنع الطبيعة ـ مثل ميناء هونج كونج والإسكندرية أو صناعي ـ أي منشأة تقيمها الدولة مثل ميناء مدراس بالهند وبورسعيد بمصر ـ على الساحل تتخذ منه السفن مأوى لها[1].

تنقسم الموانىء إلى نوعين: الميناء التجاري أي المفتوح للتجارة الخارجية تصديراً واستيراداً ولنقل الركاب واستقبالهم والميناء الحربي أو العسكري الذي يستقبل السفن العسكرية وغالباً ما يفرض عليه حظر الاقتراب ويعتبر حكراً لدولة الميناء بوجه عام.

يتركز الكلام في هذا البحث على الميناء التجاري دون الميناء العسكري ذلك الأخير الذي يخضع للنظام القانوني لدولة الميناء بشكل مطلق.

أما الميناء التجاري، فقد تم تنظيم أوضاعه القانونية من خلال اتفاقية 1923 المعروفة باتفاقية جنيف والمبرمة في 9/ 12/ 1923 بخصوص النظام القانوني للموانىء البحرية[2].

لعل أهم قواعد القانون الدولي التي تحكم الموانىء التجارية أن تظل

---

(1) لقد فرق الفقه بين الموانىء Ports والمرافىء Harbours والمراسي Roadsteads وغيرها من المسميات (ثغر ـ موانىء المياه العميقة ـ الموانىء الثلجية)، د. محمد طلعت الغنيمي الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص 702.

(2) المرجع السابق ـ ص 707.

تلك الموانىء مفتوحة لاستقبال السفن التجارية ولا يمكن إغلاقها إلا عندما تتطلب مصالح الدولة ذلك الإغلاق.

لقد صدر حكم قضائي دولي يؤكد هذا المعنى قائلاً: «According to a great principle of public international law, The parts of every state must be open to foreign merchant vessels and can only be closed when the vital interest of the state se require».

أما عن نطاق الميناء، أي المجال المكاني له، فيثور التساؤل حول المنشآت المينائية التي تمتد إلى منطقة البحر الإقليمي وتستخدم كمرسى رغم إنها تنفصل عن سواحل الدولة بشكل واضح، فهل تبقى مياه هذا المرسى - مياهاً داخلية؟ أم أنها توصف بوصف غير ذلك؟

تذهب بعض الدول إلى اعتبار تلك المياه مياهاً داخلية بدعوى أن الأخذ بغير ذلك يقلل فرصة الدولية الساحلية في فرض سيطرتها على المراسي وما يجري فيها من أنشطة.

لقد فرقت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بين نوعين من المنشآت نوضحها فيما يلي بالفقرة التالية:

ثانياً: المنشآت المينائية الدائمة:

تدخل هذه المنشآت في نطاق المياه الداخلية للدولة الساحلية ويسري عليها ما يسري على الميناء من قواعد بالإضافة للقواعد التي تسري على المياه الداخلية بصفة عامة.

نقصد بالقواعد التي تسري على المياه الداخلية تلك القاعدة الواردة باتفاقية الأمم المتحدة[1] والتي تجعل المرور البريء للسفن الأجنبية حقاً لها

---

(1) انظر نص المادة 8 من الاتفاقية المذكورة التي تنص على:
«. . . حيث يؤدى تقرير خط الأساس المستقيم وفقاً للطريقة المبنية إلى حصر مساحات =

في المياه الداخلية التي اكتسبت تلك الصفة نتيجة اتباع طريقة الخطوط المستقيمة لتحديد خط الأساس للبحر الإقليمي والتي لولا اتباعها لكانت هذه المياه داخلة في نطاق البحر الإقليمي وليس في المياه الداخلية.

أما المياه الداخلية التي لا ينطبق عليها الوصف السابق فإنها لا تخضع لنظام المرور البريء خضوعاً إجبارياً بمعنى أن المرور البريء ليس حقاً للسفن الأجنبية وإنما رخصة بيد الدولة الساحلية إن تشأ صرحت به وإن شاءت منعته.

لقد فرقت المادة الحادية عشرة من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بين المنشآت المرفئية الدائمة التي تشكل جزءاً أصلاً من النظام المرفئي، وتعتبر تلك المنشآت داخلة في نطاق المياه الداخلية ويبدأ بعدها قياس البحر الإقليمي.

أما المنشآت المقامة في عرض البحر والجزر الاصطناعية فإنها لا تعتبر من المنشآت المرفئية الدائمة وينطبق عليها النظام القانوني للمياه التي تقع تلك المنشآت فيها، فإن كانت في البحر الإقليمي سرى عليها ما يسرى على البحر الإقليمي من نظام المرور البريء بضوابطه المعروفة، وإن كانت في أعالي البحار سرى عليها ما يسري في أعالي البحار من حرية المرور للسفن الأجنبية.

ثالثاً: المراسي:

تستخدم المراسي عادة لتحميل السفن وتفريغها ورسوها ـ وهذا هو المعنى الذي تأخذ به اتفاقية الأمم المتحدة، ويمكن أن نتصور عدة فروض المراسي.

الفرض الأول:

إذا كانت المراسي داخل نطاق المياه الدخلية، نراها بمثابة منشآت

= مائية وجعلها مياها داخلية بعد أن لم تكن تعتبر كذلك من قبل، ينطبق على تلك المياه حق المرور البري».

مرفئية، وبالتالي يسري عليها نظام المياه الداخلية التي تقع فيها تلك المراسي ويسرى فيها نظام المرور البري إذا انطبق عليها نص المادة الثامنة السابق التعرض إليه، وإذا لم ينطبق النص المذكور أصبح المرور رخصة بيد الدولة الساحلية وليس حقاً للسفينة الأجنبية.

الفرض الثاني:

إذا كان المرسى داخل نطاق البحر الإقليمي فإنه يسرى عليه ما يسرى على البحر الأقليمي من نظام قانوني، وبالتالي حق المرور البريء للسفن الأجنبية بضوابط حددها الفرع الثالث من الاتفاقية في المواد 17 و18 و19.

الفرض الثالث:

وقوع المرسى بين البحر الإقليمي وأعالي البحار، أو وقوعه بالكامل في أعالي البحار فإنه في هذه الحالة يعتبر المرسى واقعاً حكماً داخل منطقة البحر الإقليمي، وبالتالي ينطبق عليه نظام المرور البريء.

نشير إلى أن المرور البريء معناه الملاحة خلال البحر الإقليمي لفرضين[1]:

- اجتياز هذا البحر دون دخول المياه الداخلية أو التوقف في مرسى أو في مرفأ مينائي يقع خارج المياه الداخلية.
- التوجه إلى المياه الداخلية أو التوقف في أحد هذه المراسي أو المرافق المينائية أو مغادرته.

يلاحظ أن المرور بجب أن يكون متواصلاً وسريعاً، ومع هذا يمكن أن يشتمل على التوقف والرسو، وليكن فقط بقدر ما يكون هذا التوقف والرسو من مقتضيات الملاحة العادية أو حين تستلزمها قوة قاهرة أو حالة شدة أو حين

(1) انظر نص المادة 18 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

يكونان لغرض تقديم المساعدة إلى أشخاص أو سفن أو طائرات في حالة خطر أو شدة.

هكذا عرفنا الميناء الوطني وأنه هو المنفذ لدخول وخروج السفن لنقل البضاعة والأشخاص، كما عرفنا أنه يمكن أن يمتد مفهوم الميناء إلى المنشآت المرفئية الدائمة على النحو السابق.

الفصل الثاني

المركز القانوني للسفينة الأجنبية في الميناء الوطني

المبحث الأول

السفن العامة النووية

يلاحظ منذ البداية أن القانون الدولي قد نظم مرور السفن النووية[1] بالبحر الإقليمي واستلزم أن تحمل تلك السفن الوثائق وأن تراعي من التدابير الوقائية الخاصة ما قررته الاتفاقية الدولية فيما يتعلق بتلك السفن[2].

---

(1) تصدرت الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي قائمة الدول التي قامت ببناء سفن تعمل بالطاقة النووية تم تلتهما المانيا والصين الشعبية وبريطانيا والسويد وإيطاليا انظر من ذلك:

Jacques BALLENGGER, La Pollution droit Internationnal La respon solutité Pesposabilite pour les domenages causes par la pollution transportiere these de dotrat, lausanne

(2) تنص المادة 23 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على أن السفن الأجنبية التي تعمل بالقوة النووية والسفن التي تحمل مواد نووية أو غيرها من المواد ذات الطبيعة الخطرة أو الذؤبة، عليها أثناء ممارستها لحين المرور البريء عبر البحر الإقليمي أن تحمل من الوثائق وأن تراعي من التدابير الوثائقية الخاصة ما قررته الاتفاقات الدولية فيما يتعلق بتلك السفن.

كما يلاحظ أن نص المادة 23 من اتفاقية الأمم المتحدة لم تستلزم طلب الإذن بالمرور أو الإخطار المسبق للدولة الساحلية، الأمر الذي يؤدي إلى إثارة مخاوف الدول الساحلية في هذا الصدد[1].

إلا أننا من جانبنا نرى أن شرط الإذن المسبق أو الإخطار المسبق للدولة الساحلية شرط ضروري ونفهمه من سياق النص الذي يستلزم توافر وثائق واتخاذ تدابير وقائية حيث يحق للدولة الساحلية التدخل للتأكد من توافر تلك الوثائق واتخاذ تلك التدابير عند مرور هذه السفن النووية بمياهها الإقليمية.

يرجع اشتراط الإذن المسبق أو الإخطار المسبق إلى سببين أساسيين أحدهما منطقي والآخر قانوني:

الأول: إن المنطق في اشتراط الإذن أو الإخطار المسبق للدولة الساحلية يكمن في إعطائها فرصة الإجراءات اللازمة للمحافظة على الصحة العامة أو الأمن العام ولمنع تلوث البيئة البحرية الإقليمية للدولة الساحلية، مع ملاحظة أن تلك الإجراءات إنما تتخذها الدولة الساحلية.

الثاني: إن القانون في اشتراط الإذن أو الإخطار المسبق يتضح من خلال نص المادة 23 من اتفاقية الأمم المتحدة، فالمفهوم العكسي لنص المادة يتطلب الإذن أو الإخطار المسبق من السفن العادية أي غير النووية، وبالتالي لو قلنا بعدم اشتراط الإذن أو الإخطار نكون قد ماثلنا بين نوعي السفن العادية والنووية الأمر الذي لم يقصده القانون الدولي بالقطع.

لقد تأيد ما نقول به من قبل أحد فقهاء القانون الدولي[2] الأمر الذي يزيد

---

(1) Nyu Yen qwoc DNN, Darllier Pallier et Alians Pelle,Droit international public, 2 ed, Paris, 1980, P. 586

(2) د. صلاح الدين عامر ـ القانون الدولي الجديد للبحار ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1983 ـ ص 100.

تمسكنا بما نقول به من شرط الإذن أو الإخطار المسبق للدولة الساحلية.

وإذا كان هذا هو أمر مرور السفن النووية في البحر الإقليمي فهو من باب أولى عند دخول إلى الموانىء الوطنية.

كما نشير إلى أن السفينة النووية الأجنبية إذا كانت حربية فالطبيعي أنه لا يحق لها زيارة الميناء الوطني بدون السماح لها بذلك بعد أن تقوم بأخطار الدولة المزورة التي تصرح لها بعد ذلك بالزيارة أو لا تصرح.

فالقاعدة العامة تقضي بعدم جواز دخول السفن الحربية الأجنبية في وقت السلم إلى الموانىء الوطنية إلا بإذن مسبق وذلك فيما عدا الحالات التي تكون فيها هذه السفن في مأزق كحالة القوة القاهرة أو الضرورة القصوى[1] ويعتبر عدم السماح لها بالزيارة أمراً غير مرغوب فيه في المجاملات الدولية، وجرى العرف على ذلك السماح.

أما إذا كانت تلك السفينة النووية من السفن التجارية فلا يحق لها دخول الميناء الوطني بدون إذن مسبق ـ وفقاً لوجهة نظرنا رغم أن القاعدة العامة في شأن السفن غير النووية أن الدولة الساحلية غالباً ما تسمح بالدخول وفقاً لاتفاقية 1923[2] والتي بموجبها يعتبر دخول السفينة التجارية غير النووية إلى الميناء حقاً لا يجب منعها منه إلا عند الضرورة أو لمبررات قوية.

أما بالنسبة للسفن النووية، فإننا نلاحظ أنها إذا كانت تجارية فلا بد من

---

(1) د. بدرية العوض ـ الأحكام العامة في القانون الدولي للبحار ـ مطبعة السلام ـ الكويت ـ 1988 ـ ص 59.

(2) تنص المادة الثانية من اتفاقية 1923 على أنه يحق لمواطن الدول الأطراف وأموالهم واعلامهم أن تمارس حرية التردد على الموانىء البحرية التي تخضع لسيادة أو سلطة الدول الأطراف. د. محمد طلعت القبحي ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص 706.

طلب الإذن بالدخول مسبقاً وتقوم الدولة المستقبلة بالتأكد من قدرتها على استقبال مثل هذا النوع من السفن وبالتالي يحق لها أن تقبل أو ترفض الإذن لها، ولا يمكن التعلل بنص اتفاقية 1923، وذلك لأن نصوص اتفاقية الأمم المتحدة للقانون الدولي للبحار لعام 1982 قد قيدت حرية السفن النووية بصفة مطلقة الحربية منها والتجارية حتى في حالة المرور البريء بالبحر الإقليمي فإن يكن ذلك بالنسبة لدخول الميناء فهو من باب أولى[1].

أما إذا كانت السفينة الأجنبية حربية فطلب الإذن بالزيارة أمر ضروري وإن كانت تعمل بالطاقة النوورية أو تحمل مواد نووية فإنه يمكن رفض زيارتها ولا يعتبر ذلك عملاً مستهجناً وفقاً لقواعد المعاملات الدولية.

لقد حاولت بعض الدول مثل الصين ونيوزلندا عدم السماح بالزيارة للسفن الحربية النورية أو السفن التي تحمل الأسلحة النووية مما دعا الولايات المتحدة الأميركية في عام 1958 إلى إلغاء الزيارة الأولى منذ 36 عاماً لسفنها الحربية للصين خوفاً من تكوّن عرف جديد يشكل قيداً على حق سفنها في زيارة الموانىء الأجنبية.

ويلاحظ أن اليابان قد أعلنت منذ عام 1968 منع تصنيع أو حيازة أو دخول الأسلحة النووية، ومع ذلك فإنها لا تمانع في زيارة السفن الحربية التي تعمل بالطاقة النووية، لموانيها إذ كان الغرض من الزيارة ممارسة المرور العابر (المتواصل المتلاحق بدون توقف) وليس بغرض الشحن أو البقاء أو الرسو في الأراضي اليابانية وذلك نظراً للطبيعة الجغرافية الخاصة لليابان باعتبارها مجموعة جزر يمكن المرور من خلالها.

---

(1) تنص المادة الثانية من اتفاقية 1923 على أنه يحق المواطن الدول الأطراف وأموالهم وإعلامهم أن تمارس حرية التردد على الموانىء البحرية التي تخضع لسيادتها أو سلطة الدول الأطراف: د، محمد طلعب القبحي ـ الوسيط ـ المرجع السابق ص 706.

وهكذا نصل إلى القول بأن العرف الدولي لم يتقرر بالشكل الكافي فيما يتعلق بحق السفن العامة النووية في زيارة الموانىء ويبدو لنا أنه من الخطأ القول بحق السفن العامة النووية وإنما بمدى السماح لها بالزيارة، فالزيارة ليست حقاً لها وإنما رخصة بيد الدولة المزورة والتي يمكن أن تمنحها حق الزيارة أو ترفض.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق

أولاً: السفينة الخاصة:

في المسائل المدنية:

لا يمكن وضع قاعدة عامة في هذا الشأن وإنما نقيم فحص كل حالة على حدة، وكثيراً ما يترتب على هذا ازدواج القوانين التي تطبق وبالتالي يتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص للبحث في حل لنزاع معين.

ففي حالة الولادة يفرق من وجهة نظرنا بين ولادة الطفل على ظهر السفينة حيث يخص قانون دولة علم السفينة، أما إذا اضطر إلى اللجوء إلى أقرب مستشفى بالبر - فنطبق قانون دولة الميناء، وبالتالي قد يكتسب هذا الطفل جنسية دولة الميناء إذا كانت الدولة تأخذ بنظرية الإقليم أي الولادة بالإقليم لإكساب الجنسية كما يكتسب هذا الطفل جنسية دولة أخرى هي جنسية الوالدين إذا كان قانونهما يسمح بذلك أخذا برابطة الدم، ونشير إلى من يولد في سفينة أثناء مرورها بالمياه الإقليمية الليبية يعد مولوداً في ليبيا[1].

وفي حالة إبرام عقد عمل بحري مع ملاح (بصرف النظر عن الجنسية) وفي حالة الرهن البحري المترتب على السفينة وفي حالة المنازعات البحرية المتعلقة بمباشرة حقوق الامتياز البحرية وانقضائها، فالقاعدة العامة بوجه عام

---

(1) د. محمد عبد الخالق عمر - القانون الدولي الليبي الخاص - منشورات جامعة قاريونس - بنغازي - 1978 - ص 175.

أن قانون دولة علم السفينة هو الذي ينطبق[1] ومع ذلك فإن القضاء في الولايات المتحدة الأميركية يطبق القانون الأميركي على علاقات العمل البحرية[2].

أما في حالة إجراءات التنفيذ فإنه يجوز للدولة الساحلية أن توقع إجراءات التنفيذ لغرض أي دعوى مدنية ضد أية سفينة أجنبية راسية في إحدى موانيها.

بل ويمكن للدولة الساحلية متابعة السفينة حتى بعد خروجها من الميناء لاستئداء المستحقات الناشئة عن الديون التي تمت في الميناء وبالتالي يمكن ملاحقتها في البحر الإقليمي وأن تحتجزها وتوقع إجراءات التنفيذ عليها.

الأكثر من ذلك أنه إذا اشترت سفينة مواد تموينية من دولة الميناء وغادرت دون سداد ثمن المشتريات، وعلمت الدولة أنها تمر بالبحر الإقليمي لها أن توقفها وتحجزها وتوقع إجراءات الحجز التنفيذي عليها، بصرف النظر عن مديونية السفينة الأجنبية لدولة الميناء أو للشركات أو للأفراد مهما كانت الدعوى المدنية فإنه يمكن اتخاذ إجراءات الحجز التنفيذي ضد السفينة[3].

---

(1) د. علي حسن يونس ـ العقود البحرية ـ دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ 1978م ـ ص 175.

ويلاحظ: إن سندات الشحن قد تم تنظيمها باتفاقية بروكسل لسنة 1924م وأن كانت تلك الاتفاقية لم تنه مشكلة تنازع القوانين تماماً.

انظر إلى ذلك:

د. صلاح محمد المقدم ـ تاريخ القوانين في سنوات الشحن ومشاركات إيجار السفينة ـ الدار الجامعية ـ بيروت 1982م ـ ص 72.

(2) د. طلعت الغنيمي ـ المرجع السابق ـ ص 72.

(3) انظر نص المادة 28 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والذي يجري على النحو التالي:

ـ «لا يجوز للدولة الساحلية أن توقع إجراءات التنفيذ ضد السفينة أو تحتجزها لغرض =

نضيف من جانبنا أنه يمكن لدولة أخرى القيام بهذا الإجراء إذا كانت هناك اتفاقية بين الدولتين لتنفيذ الأحكام الصادرة في كل منهما لدى الدولة الأخرى، وبالتالي فإنه يمكن اتخاذ إجراءات التنفيذ لدى دولة غير الدولة الدائنة للسفينة.

نشير في هذا الصدد إلى اتفاقية المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالنفط لعام 1969 والتي نصت على أن دعاوى التعويض عن أضرار التلوث التي تصيب المياه الإقليمية لأي دولة متعاقدة ترفع أمام محاكم أية دولة وأن القرارات التي تصدرها محاكم أية دولة طرف يعترف بها وتكون قابلة للتنفيذ في كافة الدول الأطراف وفقاً للمادة العاشرة من الاتفاقية المذكورة[1].

يترتب على ضوء ما ورد بهذه الاتفاقية تنفيذ حكم صادر لدولة غير دولة الميناء وتقوم سلطات تلك الأخيرة بتنفيذ هذا الحكم على السفينة الموجودة بموانيها أو بمياهها الإقليمية.

في المسائل الجنائية:

لا ينبغي للدولة الساحلية أن تمارس الولاية الجنائية على ظهر سفينة

= أي دعوى مدنية إلا فيما يتعلق بالإلتزامات التي تتحملها السفينة أو المسؤوليات التي تقع عليها أثناء رحلتها خلال مياه الدولة الساحلية أو لغرض تلك الرحلة».

3 ـ لا تخل الفقرة (السابقة) بحق الدولة الساحلية وفقا لقوانينها في أن توقع إجراءات التنفيذ لغرض أي دعوى مدنية ضد أية سفينة أجنبية راسية في بحرها الإقليمي أو مارة خلال ممرها الإقليمي أو أن تحتجزها بعد مغادرة المياه الداخلية» وانظر بصفة عامة الولاية المدنية للدولة الساحلية لدى:

د. أحمد أبو الفا محمد ـ القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول. اتفاقية 1982 ـ الطبعة الأولى ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 88/ 89 م ـ ص 228.

(1) د. جابر إبراهيم الراوي ـ القانون الدولي للبحار ـ مطبعة التعليم العالي ـ بغداد ـ 1989 ـ ص 287.

أجنبية مارة خلال البحر الإقليمي من أجل توقيف أي شخص أو إجراء أي تحقيق بصدد أية جريمة ارتكبت على ظهر السفينة أثناء مرورها إلا في الحالات التالية فقط:

- إذا كانت الجريمة من نوع يخل بسلم البلد أو بحسن النظام في البحر الإقليمي.
- إذا امتدت نتائج الجريمة إلى الدولة الساحلية.
- إذا طلب ربان السفينة أو ممثل دبلوماسي أو موظف قنصلي لدولة العلم مساعدة السلطات المحلية.
- إذا كانت هذه التدابير لازمة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التي تؤثر على العقل[1].

تلتزم الدولة الساحلية - إذا طلب منها الربان ذلك - بإخطار ممثل دبلوماسي أو موظف قنصلي تابعاً لدولة العلم قبل اتخاذ أية تدابير وتسهل الاتصال بين هذا الممثل أو الموظف وطاقم السفينة لمتابعة إجراءات التحقيق وتقديم ما لديه من وثائق ومستندات.

رغم هذا الالتزام يجوز في الحالات الطارئة ألا يتم إخطار الممثل الدبلوماسي أو القنصلي قبل التحقيق وإنما أثناء ذلك التحقيق أو أثناء اتخاذ التدابير اللازمة طالما أن الضرورة تستدعي ذلك.

ويجب على الدولة الساحلية أن تراعي مصالح الملاحة المراعاة الواجبة عند نظرها فيما إذا كان ينبغي إجراء أي توقيف أو عند نظرها في كيفية إجراء ذلك التوفيق.

---

(1) انظر نص المادة 27 الخاصة بالولاية الجنائية على ظهر سفنية أجنبية من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

ويمنع على الدولة الساحلية أن تتخذ أية خطوات على ظهر سفينة أجنبية مارة خلال البحر الإقليمي من أجل توقيف أي شخص أو إجراء أي تحقيق بصدد أية جريمة ارتكبت قبل دخول السفينة البحر الإقليمي إذا كانت السفينة قادمة من ميناء أجنبي ومارة فقط خلال البحر الإقليمي دون دخول المياه الداخلية.

ثانياً: السفينة العامة:

تتمتع السفن الحربية والسفن الحكومية الأخرى المستعملة لأغراض غير تجارية بالحصانة ولا يجوز التعرض لها إلا في حالتين فقط هما[1]:

الحالة الأولى:

عدم امتثال السفن الحربية لقوانين وأنظمة الدولة الساحلية بشأن المرور خلال البحر الإقليمي فإذا تجاهلت هذه السفن أي طلب يقدم إليها للامتثال لتلك القوانين والأنظمة جاز للدولة الساحلية أن تطلب إليها المغادرة فوراً[2].

الحالة الثانية:

للدولة الساحلية الحق في منع خرق قوانينها وانظمتها الجمركية أو الضريبية أو المتعلقة بالصحة والأمن، وتعمل دولة العلم المخالفة نتيجة عدم الامتثال للأنظمة والتعليمات.

نخلص إلى القول بأن السفينة العامة بالإضافة إلى عدم خضوعها للتشريعات المدنية في دولة الميناء فإنه في حالة الجرائم وتبادل المجرمين يسري عليها ما سبق من قول في شأن هذا التبادل.

---

(1) انظر نص المادة مع من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

(2) انظر نص المادة 31 من الاتفاقية المذكورة.

ويلاحظ أنه عند عدم امتثال السفينة العامة فتؤمر بمغادرة الإقليم فوراً، وتقوم دولة الميناء باتباع إجراءات المسؤولية الدولية وفقاً للقواعد العامة في القانون الدولي[1].

يجدر بنا القول إلى أنه قد ثار الخلاف حول مد الحصانة إلى السفن العامة التي تعمل بالتجارة وانقسم الرأي إلى فريقين:

الأول: الاتجاه الذي تتزعمه الدول الشيوعية والاشتراكية ويرى مد الحصانة إلى السفن العامة التي تعمل بالتجارة على أساس أن حصانة الدولة وأموالها أمر بديهي لما لها من سيادة وأن التحيز بين سفن الدول بحسب استخدامها يعتبر تدخلاً في الشؤون الداخلية للدول ومساساً بسيادتها.

الثاني: يرى أنصار هذا الرأي ضرورة التفرقة بين السفن العامة التجارية والسفن العامة غير التجارية بحيث يسري على السفن التجارية ما يسري على كافة السفن التجارية الأخرى من قواعد وبصرف النظر عن كون بعضها تعود ملكيته للدولة أو للأفراد علماً بأن الأخذ بغير ذلك يؤدي إلى التأثير على المنافسة التجارية بين السفن التجارية، الأمر الغير مرغوب فيه منطقاً.

ولقد تم إقرار اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار انحيازاً للرأي الثاني وبالتالي أصبحت السفن التجارية التي تمتلكها الدول تخضع للقواعد التي تخضع لها السفن الخاصة وتعامل معاملتها[2].

---

(1) د. إبراهيم العناني ـ قانون البحار ـ المرجع السابق ـ ص 112.

(2) Pierre solodo Vnikoff, La Nanigation Maritime dans la doctorine et la pratique Soviétique, Paris, 1980, PP. 112 et s

المبحث الثالث

محاولات الفقه والقضاء

لقد حاول الفقه وضع الضوابط المتعلقة باختصاص دولة الميناء الجنائي حيث وضعت اللجنة التحضيرية لمؤتمر لاهاي لسنة 1930 في نص المادة 27 من المشروع المقترح ما يلي:

لا يجوز للدولة الساحلية أن تمارس اختصاصاً بشأن الجنايات والجنح التي تُرتكب على ظهر سفينة تجارية أجنبية راسية في أحد موانيها إلا في الحالات التالية:

1 ـ إذا ارتكبت الجريمة من قبل شخص لا ينتسب إلى طاقمها أو ضده.

2 ـ إذا اعتقدت السلطات المختصة المحلية أن من شأن طبيعة الجريمة المرتكبة الإخلال بسلم الميناء.

3 ـ عند التقدم بطلب مساعدة إلى السلطات المحلية من قائد السفينة أو من قنصل الدولة التي ترفع علم تلك السفينة أو من شخص مسّته الجريمة بصورة مباشرة. لم يتم اعتماد النص المذكور لأنه يخرج عن نطاق عمل المؤتمر، كما اختلف الرأي حول الوضع المناسب الذي يوضع فيه النص[1] وقد أثار جدلاً فقهياً بعد ذلك.

جدير بالذكر أن القانون الدولي يورد قيداً هاماً على قاعدة خضوع

---

(1) د. زهير الزبيدي ـ الاختصاص الجنائي للدولة في القانون الدولي ـ الطبعة الأولى ـ جامعة بغداد ـ مطبعة الأديب البغدادية ـ 1980 ـ ص 169.

السفينة، لا اختصاص الجنائي للدولة صاحبة الميناء[1] يتعلق بحالة الخطر الذي تتعرض له السفينة وتضطر معه إلى دخول الميناء إذ تتمتع حينئذ بالحصانة من الاختصاص المحلي شريطة ألا تنتهك عمداً القانون الداخلي خلال رسوها في ذلك الميناء ـ ولا تكون قد قصدت ارتكاب جريمة ضد الدولة الساحلية قبل أن تصاب بالكارثة.

ويمكننا القول بأن الفقه يتوزع على مذهبين[2]، الأول فرنسي والثاني إنجليزي:

المذهب الأول:

يعتمد المذهب الفرنسي على فتوى مجلس الدولة الصادرة في 20 نوفمبر 1806، وجاء في هذه الفتوى أن الاختصاص الإقليمي لفرنسا يمتد فقط إلى:

1 ـ الجرائم التي ترتكب على ظهر السفينة ضد شخص أجنبي عن طاقمها.

2 ـ الحالات التي ترتكب تهديداً أو إخلالاً بالأمن في الميناء.

3 ـ الحالات التي يطلب فيها قبطان السفينة أو قنصل دولة علمها مساعدة السلطات الفرنسية.

أما بالنسبة للجرائم التي ترتكب بين أفراد الطاقم أو الوقائع التي تمس النظام الداخلي للسفينة فحسب فإنها لا تدخل في اختصاص السلطات المحلية.

---

(1) D.J. HARRIS, Cases and materials on international law, Sweet and Maxwell London, 1973, P. 336

(2) انظر في شرح هذين المذهبين تفصيلاً:
د. إبراهيم العناني ـ قانون البحار ـ المرجع السابق ـ ص 110 وما بعدها.

المذهب الثاني:

اتجه المذهب الإنجليزي في البدء إلى تقرير الاختصاص المطلق لدولة الميناء بالنسبة لجميع الوقائع التي تحدث على ظهر السفينة الأجنبية الموجودة بالميناء، غير أن القضاء الإنجليزي قد خفف من غلواء هذا المبدأ كثيراً وذلك باستبعاد كل ما يتعلق بالنظام الداخلي للسفينة والعلاقات الداخلية بين أفراد الطاقم مما يقارب بين المذهبين.

أما القضاء لدى الدول المختلفة، فقد حاول من جانبه الإسهام في وضع تلك الضوابط وصياغتها[1].

ففي فرنسا صدر قرار شهير من مجلس الدولة يقضي بخضوع أفراد طاقم السفن الأجنبية الراسية في الموانىء الفرنسية بالنسبة للجرائم التي يرتكبونها ضد أشخاص لا ينتسبون لتلك السفن، ولا يجوز التدخل في الجرائم التي هي الجرائم التي تمس السفن نفسها أو الضبط الداخلي، فيما يقع من جرائم بين ملاحيها، إلا عند التقدم بطلب المساعدة أو عند الإخلال بأمن الميناء.

لقد صدر هذا القرار على أثر قضية تتلخص وقائعها في أن سفينتين أمريكيتين كانتا راسيتين في أحد الموانىء الفرنسية وكان أحد بحارة السفينتين قد اعتدى على بحار ينتسب إلى السفينة الأخرى.

تشير إلى أن الاعتداء لو كان قد تم على أرض الميناء لاعتبر القضاء ذلك مخلاً بسلم الميناء وبالتالي لخضعت الواقعة للقانون الفرنسي.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد أعطت للسلطات المحلية الحق في ممارسة اختصاصها الجنائي على ظهر سفينة أجنبية لجريمة وقعت بين أفراد طاقمها ولكن بشرط الحصول على موافقة قنصل الدولة التي ترفع السفينة علمها وبعد أن ترخص له دولته بذلك، ويقصد بذلك أنه لو لم ترخص دولة

---

(1) د. زهير الزبيدي ـ المرجع السابق ـ ص 177 وما بعدها.

السفينة للقنصل بطلب التدخل فلن تتمكن السلطات الفرنسية من التدخل رغم طلب القنصل.

أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد فسرت محكمتها العليا أساس اختصاصها للنظر في الجرائم التي ترتكب على ظهر السفن التي ترفع العلم الأمريكي في المياه الأجنبية على أنه يعود إلى عدم ممارسة الدول الأجنبية التي ترسو فيها السفن الأمريكية لاختصاصها حيث يجب والحال كذلك أن يتصدّى القضاء الأمريكي للفصل في الجرائم التي تقع عندئذ.

كما أخذ الشارع الليبي بمبدأ إقليمية القانون الجنائي فنصت المادة الرابعة عقوبات على سريان أحكام القانون الليبي على كل ليبي أو أجنبي يرتكب في الأراضي الليبية جريمة من الجرائم المنصوص عليها. وعلى أنه يعد في حكم الأراضي الليبية الطائرات والسفن الليبية حيثما وجدت إذا لم تكن خاضعة لقانون أجنبي حسب القانون الدولي[1].

على ضوء تلك النصوص فإن القانون الوطني يخضع السفن الوطنية في المياه الأجنبية للقانون الوطني في حالة عدم قيام القانون الإقليمي بالعقاب، ولذلك فإن الجرائم التي ترتكب على ظهر السفن الوطنية تخضع للاختصاص الجنائي الوطني، أينما وجدت، فإذا ما وقعت جريمة في سفينة وطنية راسية في أحد الموانىء الأجنبية فإنها تخضع للاختصاص الإقليمي للقانون الجنائي الوطني[2].

---

(1) د. محمد سامي النبراوي ـ شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ـ منشورات / جامعة قاريونس ـ بنغازي ـ 1987 ص 74. كما يلاحظ أن أغلب التشريعات تنص على ذلك فالمادة الأولى والثانية من قانون العقوبات المصري والمادة 11 من قانون العقوبات الكويتي والمادة 6 من قانون العقوبات العراقي والمادة والمادة 10 من قانون العقوبات اللبناني والمادة 116 من قانون العقوبات الإيطالي . . . كلها تؤكد ذات المعنى بالمتن.

(2) د. حميد السعدي ـ شرح قانون العقوبات الجديد ـ دار الحرية للطباعة ـ بغداد ـ 1976 ـ ص 96 و97.

ومن المهم لدينا الإشارة إلى أن السلطات اليابانية قامت بتسليم متهم بجريمة وهو عراقي الجنسية إلى السلطات العراقية بالرغم من وقوع الاعتداء (الطعن بالسكين) من قبل المتهم المذكور على عراقي آخر على ظهر السفينة العراقية (الواسطي) بتاريخ 14/ 1/ 1977 في المياه الإقليمية اليابانية[1].

كما يجري العمل في مصر على إخضاع السفينة للاختصاص المحلي خاصة بالنسبة للجرائم التي تتعدى آثارها طاقم السفينة أو تتضمن خروجاً على نظام الميناء أو تهدد أمنه[2].

---

(1) كتاب سفانة الجمهورية العراقية في طوكيو رقم ق / 8/ 24 في 18/ 1/ 1977 ملف مديرية الشرطة العامة ـ الشرطة الدولية رقم 1574 ش.

(2) د. محمد حافظ غانم ـ مبادىء القانون الدولي العام ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1972 ـ ص 379.

المبحث الرابع

تبادل المجرمين

إذا ارتكب شخص جريمة على أرض الميناء ثم فر إلى إحدى السفن الأجنبية الموجودة بالميناء، فلا يجوز لسلطات الميناء متابعة ذلك المجرم إلى ظهر السفينة وتفتيشها بحجة القبض عليه، وكل ما لها هو سلوك طريق المسؤولية الدولية[1].

وإذا ارتكب شخص جريمة على ظهرالسفينة ثم فر إلى أرض الميناء فلا يجوز لقائد السفينة متابعة المجرم ومطاردته للقبض عليه، بل عليه أن يقدم طلباً إلى السلطات الوطنية لدولة الميناء عن طريق قنصل دولة السفينة احتراماً لسيادة دولة الميناء.

أما في حالة المجرم السياسي أو العسكري الفار من الدولة إلى السفينة العامة ـ فالقاعدة العامة أن قائد السفينة لا يلتزم بتسليمه إلى السلطات الوطنية لدولة الميناء استثناء من هذه القاعدة العامة، وفي حالة وجود اتفاق بين دولة الميناء ودولة السفينة يقضي بتبادل المجرمين السياسيين، ففي هذه الحالة يلتزم قائد السفينة بتسليم المجرم السياسي أو العسكري.

إذا رفض قائد السفينة التسليم، فالقواعد العامة تنطبق حيث لا يجوز مداهمة السفينة وتفتيشها للقبض على المجرم، وإنما تلتزم دولة الميناء باتباع قواعد المسؤولية الدولية تجاه دولة السفينة.

---

(1) د. مفيد شهاب ـ قانون البحار الجديد والمصالح العربية، معهد البحوث والدراسات العربية ـ القاهرة 1977 ـ ص 5.

أما بالنسبة للعاملين على ظهر السفينة في حالة ارتكابهم جريمة. فإنه يفرق بين الجرائم التي يرتكبها العاملون على ظهر السفينة والجريمة التي يرتكبها أحدهم على أرض الميناء.

ففي الحالة الأولى، أي في حالة ارتكاب أحد العاملين على ظهر السفينة لجريمة دون أن يتعدى أثرها دولة الميناء ولم يطلب القبطان تدخل تلك الدولة لم يكن المجني عليه من رعايا تلك الدولة، في هذه الحالة يظل الاختصاص منعقداً لقانون دولة جنسية السفينة ولا دخل لقانون دولة الميناء في مثل تلك الحالة[1].

أما في الحالة الثانية، أي حالة نزول أحد العاملين على ظهر السفينة الأجنبية إلى أرض الميناء الوطني، فإن العمل الدولي يجري على التفصيل التالي:

القاعدة العامة عدم الخضوع للاختصاص الوطني لدولة الميناء، وفي ذات الوقت على هؤلاء العاملين الإلتزام بقوانين تلك الدولة فإذا نزلوا للبر بصفة رسمية في زيهم الرسمي لأداء مهمة متعلقة بالسفينة فتسري عليهم قواعد الحصانة وتمتد من الناحية الاعتبارية أي باعتبارهم من العاملين على ظهر سفينة عامة أجنبية.

في حالة نزولهم للبر دون التزي بالزي الرسمي أو الأداء مهمة لا تتعلق

---

(1) تنص المادة الثامنة من قانون العقوبات العراقي:

«لا يسرى هذا القانون على الجرائم التي ترتكب على متن سفينة أجنبية في ميناء عراقي أو في المياه الإقليمية إلا إذا مست الجريمة أمن الإقليم أو كان الجاني أو المجني عليه عراقياً أو طلبت المعونة من السلطات العراقية، وكذلك لا يسرى هذا القانون على الجرائم التي ترتكب في طائرة أجنبية في أقليم العراق. الجوى إلا إذا حطت في العراق بعد ارتكاب الجريمة أو مست أمنه أو كان الجاني أو المجني عليه عراقياً أو طلبت من السلطات العراقية المعونة.

بالسفينة، فلا تسرى عليهم قواعد الحصانة وتتم معاملتهم كالأجانب الأخرين في إقليم تلك الدولة.

في هذه الحالة الأخيرة - أي حالة نزولهم للبر بدون الزي الرسمي ولأداء مهمات لا تتعلق بالسفينة - فإن المجاملات الدولية جرت على عدم محاسبتهم عما يرتكبونه من مخالفات بسيطة كالسكن أو السلوك المغاير لحسن الضبط والربط والانتظام العسكري[1].

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة ارتكاب جرائم فإنه يمكن لدولة الميناء حق محاكمة المجرم أو تسليمه لقائد السفينة لمحاكمته وفقاً لقانون دولة السفينة.

يؤكد واقع القانون الدولي بعضاً من تلك الافتراضات السابقة، فقد حدث أن نزل بحاران إلى الأرض من سفينة حربية أمريكية ثم قتل أحدهما الآخر - وقد وافقت بريطانيا بناء على طلب السفير الأمريكي على أن يحاكم المتهم أمام مجلس عسكري أمريكي.

كما حدث أن احتجت بريطانيا لدى البرازيل بسبب قبض السلطات البرازيلية على ثلاثة ضباط بريطانيين نزلوا إلى أرض ميناء برازيلي، وتم القبض عليهم لمخالفات بسيطة، وقرر القضاء الدولي أن تصرف البرازيل لا ضير عليه لأن الضباط لم يكونوا مرتدين لزيهم الرسمي خصوصاً أن السلطات البرازيلية قد أخلت سبيلهم فور التحقق من شخصيتهم[2].

---

(1) د. محمد طلعت الغنيمي - الوسيط - المرجع السابق - ص 717.

(2) لمزيد من الشرح حول حصانة العاملين على ظهر السفن الأجنبية - يمكن الرجوع إلى:
د. محمد طلعت الغنيمي - المرجع السابق - نفس الموضوع.

خاتمة البحث

أرست اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المبرمة عام 1982 العديد من المبادىء القانونية الدولية حول المركز القانوني للسفينة بشكل عام ـ أثناء وجودها بالمجالات البحرية المختلفة، سواء في أعالي البحار أو في البحار الإقليمية أو المناطق الاقتصادية أو في المياه الداخلية أو موانىء الدول المختلفة.

لقد قامت الدراسة بإلقاء الضوء على تلك المبادىء والتعرض لها بالشرح والتحليل في محاولة متواضعة للوصول إلى نظرية عامة للمركز القانوني للسفينة الأجنبية أثناء رسوها في الموانىء الوطنية.

نقترح في نهاية هذه الدراسة ضرورة التعاون الفقهي في مجال القانون الدولي للبحار والقانون الدولي الخاص وذلك لإدماج أو تعديل بعض المبادىء القانونية وذلك في سبيل الوصول إلى مبادىء عامة يتم الاسترشاد بها عند إصدار التشريعات الوطنية.

يعد هذا الاقتراح في نظرنا بمثابة تمهيد لإعداد وشرح وتأصيل المبادىء العامة من خلال وجهات النظر الفقهية التي تؤدي إلى الارتقاء بقواعد القانون الدولي الخاص نحو العالمية أسوة بغيرها من القواعد التي نلحظها في القانون الدولي الاقتصادي والقانون الدولي الجنائي، ونراها بيسر في القانون الدولي الإنساني خاصة في مجال حقوق الإنسان.

لعلنا بهذه الدراسة المتواضعة قد أضفنا لبنة في بناء شامخ مازال في حاجة إلى العديد من الجهود المتضافرة هو القانون الدولي.

أسلوب القسم في القرآن الكريم

للدكتور: ناصر عبدالله أبو راس

بسم الله الرحمن الرحيم

لك الحمد على ما أنعمت، ولك الشكر على ما أسديت، وعلى محمد رسولك الأمين ناقل شرعك، وحامل رسالتك، أفضل الصلاة وأزكى التسليم، ولصحابته الأكرمين أعلام الهدى رضوانك يارب العالمين.

أما بعد،

فإن الاستعداد النفسي لتقبل الحق وانقياده لنوره، يختلف من شخص إلى آخر. فالإنسان إذا كانت نفسه صافية نقية يكتفي باللمحة والإشارة في استجابته للحق وفتح قلبه لنوره. وأما إذا كانت نفسه قد تجمعت عليها سحابة الجهل، وغطتها ظلمة الباطل فلا تستجيب للحق والهدى، ولا يفتح قلبه لنوره إلا إذا أكد الكلام بأساليب التوكيد الشديدة الوقع على قلبه. فالقسم من أساليب التأكيد التي سلكها القرآن الكريم، ليؤكد للعالمين وجود الله ووحدانيته وقدرته الكاملة، وليثبت لهم معجزة رسوله ﷺ وحقيقة نبوته، حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله.

مفهوم القسم وعلاقته بالعرب

القسم هو الحلف واليمين، وفعله أقسم. جاء في لسان العرب: أقسم

بالله واستقسم به وقاسم حلف له. وتقاسم القوم تحالفوا. وأقسمت أي حلفت، وأصله من القسامة. والقسم اليمين، والقسامة الجماعة يقسمون على الشيء أو يشهدون يمين القسامة[1] وجاء في مختار الصحاح: وأقسم حلف، وأصله من القسامة وهي الإيمان نقسم على الأولياء في الدم، والقسم بفتحتين اليمين وقاسمه حلف له[2] وجاء في المصباح المنير: قاسمته: حلفت له، والقسم بفتحتين: اسم من أقسم بالله إقساماً إذا حلف، والقسامة بالفتح: الإيمان نقسم على أولياء القتيل إذا ادعو الدم[3].

هذا عن مفهوم القسم عند أهل اللغة، وأما معناه اصطلاحا فهن عبارة عن ربط النفس بالامتناع عن شيء، أو الإقدام عليه، بمعنى معظم عند الحالف حقيقة أو اعتقاداً[4].

ويستعمل القسم عادة بين إنسان وآخر لدفع الشك عند المستمع منهما، لأن الأساس في القسم إن الإنسان إذا أقسم فإنه يحلف بشيء عظيم في نفسه ونفس السامع، ويكون القسم حينئذ لتثبيت ما يذهب إليه المقسم وتقريره في ذهن المخاطب، بغية تصديقه فيما يقول، وذلك أن السامع يعتقد أن القسم الذي فيه كذب وغش يؤدي إلى هلاك صحاب ذلك القسم.

وقد نشأ هذا الاعتقاد في البداية من ارتباط القسم بفكرة القداسة الدينية عند الناس في العصور القديمة؛ ولذلك كان المعبود هو أول ما يقسم به ويلتجأ إليه. وعلى هذا الأساس جاء الحلف أو القسم عند العرب في الجزيرة

---

(1) لسان العرب 2/ 381 مادة أقسم

(2) مختار الصحاح ص 535.

(3) المصباح المنير ص 691. وانظر كذلك ترتيب القاموس المحيط للشيخ الطاهر الزاوي. 3/ 621.

(4) مباحث في علوم القرآن لمناع القطان ص 291.

العربية[1].

وحيث أن القرآن الكريم نزل بلغة هؤلاء العرب، وعلى ما ألفوه من أساليبهم ليكون مفهوماً لديهم. ومن ثم فلا غرو أن يهتم القرآن الكريم بالقسم باعتباره من أحسن أساليب التأكيد العربية، ليؤكد للبشرية جمعاء أنه كتاب أنزله المولى عز وجل على رسوله محمد ﷺ. ليكون للعالمين نذيراً.

صيغة القسم وأدواته

الصيغة الأصلية للقسم هي: أن تبدأ بالفعل «أقسم أو أحلف» متعدياً بالباء إلى المقسم به، ثم يأتي المقسم عليه، وهو ما يسمى بجواب القسم، كقوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَا يَبْعَثُ اللَّهُ مَن يَمُوتُ﴾[2] فتنقسم صيغة القسم على هذا الأساس إلى ثلاثة أقسام، أولاً: الفعل الذي يتعلق بالباء «أقسم أو أحلف». ثانياً: المقسم به. ثالثاً: المقسم عليه، وهو جواب القسم[3].

وقد اختصرت هذه الصيغة بسبب كثرة ورودها في الكلام حتى حذف فعل القسم منها واكتفى بالباء فقط، ثم عوض عن الباء بالواو في الأسماء الظاهرة، كقوله تعالى: ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ ۝١ وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ ۝٢ وَمَا خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ۝٣ إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ ۝٤﴾[4] وعوض عن الباء بالتاء في لفظ اسم الجلالة، كقوله تعالى: ﴿وَتَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُم بَعْدَ أَن تُوَلُّوا مُدْبِرِينَ ۝٥٧﴾[5] وقد ورد باء القسم

---

(1) روح القرآن الكريم تفسير جزء عم لعفيف طبارة ص 34، من علوم القرآن لفؤاد علي رضا ص 165.

(2) سورة النحل الآية 38.

(3) مباحث في علوم القرآن لمناع القطان ص 290.

(4) سورة الليل الآيات من 1 ـ 4.

(5) سورة الأنبياء الآية 57.

في القرآن عشرين مرة، وواو القسم اثنتين وخمسين مرة، وتاء القسم سبع مرات فقط[1].

وهذه الأحرف الثلاثة تسمى بأدوات القسم المشهورة. وهناك أدوات أخرى للقسم، وهي: لام القسم الذي يدل على التعجب مع القسم، «ومن» بكسر ميمه وضمها، ومن المستحسن اليوم عدم استعماله لغرابته[2]. وإذا كانت صيغة القسم تأتي لتأكيد جوابه فإن هناك بعض الأفعال تجري مجراه إذا كان سياق الكلام في معناه[3]، كقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ لَتُبَيِّنُنَّهُۥ لِلنَّاسِ﴾[4] لأن القسم والجملة بعدها جواب القسم، لأن أخذ الميثاق بمعنى الاستحلاف، وحمل بعض المفسرين على هذا قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَٰقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَآءَكُمْ ﴿٨٤﴾﴾[5] وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَٰقَ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا ٱللَّهَ﴾[6] وقوله تعالى: ﴿وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ كَمَا ٱسْتَخْلَفَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾[7].

لماذا القسم في القرآن

وقد تساءل بعض الناس منذ القدم وقالوا: ما معنى القسم من الله؟ ولمن يكون؟ فإن القسم أن كان لأجل المؤمن الذي آمن بالقرآن الكريم، وبنبوة

---

(1) التبيان في أقسام القرآن لإبن قيم الجوزية ص 3.
(2) النحو الوافي لعباس حسن 2/ 441.
(3) البرهان في علوم القرآن للزركشي 3/ 45، مباحث في علوم القرآن لمناع القطان ص 297.
(4) سورة آل عمران الآية 187.
(5) سورة البقرة الآية 83.
(6) سورة البقرة الآية 84.
(7) سورة النور الآية 53.

محمد ﷺ، فإن المؤمن يصدق بمجرد الإخبار دون حاجة إلى القسم لتأكيدها. وإن كان القسم موجهاً لذلك الكافر فإن من كان كافراً ومصراً على كفره فإن هذا القسم لا يفيده في شيء.

وأجيب عن هذه التساؤلات من قبل بعض العلماء حيث قالوا: إن القرآن الكريم نزل بلغة العرب ومن عادتهم أن يقسموا إذا أرادوا تأكيد الخبر[1] وقال أبو القاسم القشيري: أن الله ذكر القسم لكمال الحجة وتأكيدها، وذلك أن الحكم يفصل باثنين: أما بالشهادة وأما بالقسم. فذكر تعالى في كتابه النوعين حتى لا يبقى لهم حجة[2].

وعلى كل حال فإن القرآن الكريم نزل باللغة العربية التي تمتاز بدقة التعبير، واختلاف الأساليب، وتنوع الأغراض، وأن لسامع الكلام حالات ثلاث بالنسبة لمضمون الخبر في هذه اللغة، وهي:

أولاً: إن المخاطب أو السامع قد يكون خالي الذهن من الحكم فيلقى إليه الخبر خالياً من أدوات التوكيد، ويسمى هذا النوع ابتدائياً.

ثانياً: وقد يكون السامع متردداً في ثبوت الحكم وعدمه، وفي هذه الحال يحسن تقوية الحكم له بمؤكد ليزيل تردده، وهذا الضرب يسمى طلبياً.

ثالثاً: قد يكون السامع منكراً لحكم الخبر، فيجب أن يؤكد له الخبر بقدر انكاره قوة وضعفاً. ويسمى هذا النوع إنكارياً[3].

والقسم من المؤكدات المشهورة التي تمكن الشيء في النفس وتقويه، وقد نزل القرآن الكريم للناس كافة، ووقف الناس منه مواقف متباينة، فمنهم

---

(1) من علوم القرآن لفؤاد علي رضا ص 165.
(2) الاتقان في علوم القرآن للسيوطي 2/ 133، البرهان في علوم القرآن للزركشي 3/ 41.
(3) علم المعاني لعبد العزيز عتيق ص 55.

الشاك، ومنهم المنكر، ومنهم الخصم الألد. فالقسم في كلام الله تعالى يزيل الشكوك، ويحبط الشبهات، ويقيم الحجة، ويؤكد الأخبار، ويقرر الحكم في أكمل صورة[1].

أنواع القسم في القرآن

تتنوع أقسام القرآن إلى نوعين[2] حسب الصيغ التي وردت في الآيات القرآنية، صريحة تارة، وخفية تارة أخرى، وذلك بقرينة واضحة تدل على ذلك.

أولاً: القسم الظاهر. وهو ما صرح فيه بفعل القسم والمقسم به، ويدخل في هذا من القسم أيضاً ما حذف فيه فعل القسم مع الاكتفاء بأدوات القسم، وهي أحرف القسم الثلاثة: الباء، والواو، والتاء. فمثال الأول قوله تعالى: ﴿لَآ أُقۡسِمُ بِيَوۡمِ ٱلۡقِيَٰمَةِ ۝١ وَلَآ أُقۡسِمُ بِٱلنَّفۡسِ ٱللَّوَّامَةِ ۝٢﴾[3] وقد ذكر في هذا القسم كل من فعل القسم والقسم به، فهو من القسم الظاهر.

وأما اللام التي هي في مقدمة الفعل فهي تحتمل عدة أوجه حسب آراء العلماء. منهم[4] من قال إنها نافية لمحذوف يناسب المقام. مثل: لا صحة لما تزعمون أنه لا حساب ولا عقاب. فأقسم بيوم القيامة، وبالنفس اللوامة أنكم ستبعثون. ومنهم[5] من قال: إنها للابتداء، وقيل: إنها زائدة[6].

---

(1) مباحث في علوم القرآن لمناع القطان ص 291، علوم التفسير لعبد الله شحاتة ص 128.

(2) البرهان 3/ 42، الفوائد المشوقة إلى علوم القرآن لابن القيم ص 173، الاتقان 2/ 134.

(3) سورة القيامة1، 2.

(4) معاني القرآن للفراء 3/ 207، تفسير ابن كثير 4/ 447، تفسير النسفى 4/ 313.

(5) المرجع السابق.

(6) معاني القرآن للفراء 3/ 207.

وعلى كل حال فإن القسم في هذه الآية يسمى ظاهراً لظهور فعله والمقسم به.

والمثال الثاني: قوله تعالى: ﴿وَٱلتِّينِ وَٱلزَّيْتُونِ ۝١ وَطُورِ سِينِينَ ۝٢ وَهَٰذَا ٱلْبَلَدِ ٱلْأَمِينِ ۝٣﴾[1] وقد ذكرت في هذا الأقسام الأربعة إحدى الأدوات القسمية، وهي: واو القسم مع الأسماء المذكورة المقسم بها. ومن ثم تسمى بالأقسام الظاهرة.

ثانياً: القسم المضمر، وهو الذي لم يصرح فيه بفعل القسم، ولا المقسم به، وإنما ذكر فيه قرينة من القرائن التي تدل على حذفه.

ويمكن لنا أن نقسم هذا النوع من القسم إلى نوعين، على اختلاف القرائن الدالة على ذلك.

أ ـ القسم الذي تدل عليه اللام المؤكدة لجواب القسم، كقوله تعالى: ﴿لَتُبْلَوُنَّ فِيٓ أَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ﴾[2] أي والله لتبلون في أموالكم وأنفسكم.

ب ـ القسم الذي يدل عليه المعنى. كقوله تعالى: ﴿وَإِن مِّنكُمْ إِلَّا وَارِدُهَا ۚ كَانَ عَلَىٰ رَبِّكَ حَتْمًا مَّقْضِيًّا ۝٧١﴾[3]. تقديره ـ والله أعلم بالصواب ـ والله أن منكم ألاً واردها. وله في القرآن الكريم نظائره.

أنواع المقسم به في القرآن

ورد المقسم به في القرآن الكريم على ثلاثة أنواع، وهي:

1 ـ قسمه جل جلاله بذاته الشريفة.

---

(1) سورة التين الآيات 1، 2، 3.

(2) آل عمران 186.

(3) سورة مريم الآية 71.

2 ـ قسمه تعالى بفعله.

3 ـ قسمه بمفعوله. وهو جميع مخلوقاته التي تدل على وجوده ووحدانيته وقدرته الكاملة.

أولاً: أقسم الله جل جلاله بذاته الشريفة في سبعة[1] مواضع من القرآن الكريم وهي: قوله تعالى: 1 ـ ﴿زَعَمَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ أَن لَّن يُبْعَثُواْ قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ﴾[2].

2 ـ وقوله: ﴿فَوَرَبِّ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ﴾[3].

3 ـ وقوله: ﴿قُلْ إِى وَرَبِّيٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ﴾[4].

4 ـ وقوله: ﴿فَوَرَبِّكَ لَنَحْشُرَنَّهُمْ وَٱلشَّيَٰطِينَ﴾[5].

5 ـ وقوله: ﴿فَوَرَبِّكَ لَنَسْـَٔلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٩٢﴾﴾[6].

6 ـ وقوله: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[7].

7 ـ وقوله: ﴿فَلَآ أُقْسِمُ بِرَبِّ ٱلْمَشَٰرِقِ وَٱلْمَغَٰرِبِ﴾[8].

ثانياً: وأقسم الله عز وجل بفعله[9] في كثير من الآيات القرآنية، مثل قوله

---

(1) البرهان للزركشي 3/ 40، الاتقان للسيوطي 2/ 133، مباحث في علوم القرآن للقطان 292.

(2) سورة التغابن الآية 7.

(3) الذاريات الآية 23.

(4) يونس الآية 53.

(5) مريم الآية 68.

(6) سورة الحجر الآية 92.

(7) سورة النساء الآية 64.

(8) سورة المعارج الآية 40.

(9) الاتقان للسيوطي 2/ 134.

تعالى: ﴿وَٱلَّيۡلِ إِذَا يَغۡشَىٰهَا ۝٤ وَٱلسَّمَآءِ وَمَا بَنَىٰهَا ۝٥ وَٱلۡأَرۡضِ وَمَا طَحَىٰهَا ۝٦﴾[1] وله أمثلة كثيرة في القرآن الكريم. وهذا على اعتبار أن «ما» في الآيات الكريمة مصدرية، بمعنى: والسماء وبنائها، والأرض وطحوها. وهلم جرّاً[2].

ثالثاً: وأقسم سبحانه وتعالى بمفعوله أيضاً في كثير من السور القرآنية. ونجد هذا النوع من المقسم به غالباً في أوائل بعض السور، كقوله تعالى: «والشمس» «والفجر» «والصافات» «والضحى» «والليل» وما إلى ذلك من الأمثلة الواردة في القرآن الكريم، وحتى أنه قد ورد القسم بالنبي ﷺ في القرآن الكريم، وهو أيضاً من هذا النوع، حيث قال: ﴿لَعَمۡرُكَ إِنَّهُمۡ لَفِي سَكۡرَتِهِمۡ يَعۡمَهُونَ ۝٧٢﴾[3] ليعرف الناس عظمة النبي ﷺ عند ربه ومكانته لديه[4].

فإن قيل: كيف أقسم الله عز وجل بمخلوقاته، وقد ورد النهي علينا ألاّ نقسم بمخلوق؟ لقوله ﷺ: **«ألا أن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»**[5].

وقوله: «من حلف بغير الله فقد كفر أو أشرك»[6].

قيل: إن في ذلك ثلاثة أجوبة[7]: احدها: أنه على حذف مضاف، أي «ورب الفجر» «ورب الشمس»، وهلم جرّاً. الثاني: أن العرب كانت تعظم هذه الأشياء وتقسم بها، فنزل القرآن على ما يعرفونه. والثالث: أن الإقسام إنما يجب أن يقسم الرجل بما يعظمه، أو بمن يجله، وهو فوقه والله تعالى

---

(1) سورة الشمس الآيات 4، 5، 6.
(2) فتح البيان لصديق خان 10/ 361، الألوسى 30/ 143.
(3) سورة الحجر الآية 72.
(4) البرهان 3/ 42، الاتقان 2/ 134.
(5) صحيح البخاري بهامش فتح الباري 14/ 336.
(6) الترمذي هامش عارضة الأحوزى 7/ 18.
(7) البرهان 3/ 41، 42، الاتقان 2/ 134.

ليس شيء فوقه، فأقسم تارة بنفسه، وتارة بمصنوعاته، لأنها تدل على باريء وصانع.

وقد أجاب الحسن البصري أيضاً عن ذلك بقوله: «إن الله يقسم بما شاء من خلقه، وليس لأحد أن يقسم إلا بالله».

وعلى كل حال فإن القسم بالمخلوقات لا يخرج عن وجهين كما قال أبو القاسم القشيري[1] إما الفضيلة، وأما المنفعة، فالفضيلة كقوله تعالى: ﴿وَطُورِ سِينِينَ ۝٢ وَهَٰذَا ٱلْبَلَدِ ٱلْأَمِينِ ۝٣﴾[2] والمنفعة كقوله تعالى: ﴿وَٱلتِّينِ وَٱلزَّيْتُونِ ۝١﴾[3].

أنواع المقسم عليه في القرآن.

أقسم الله جل جلاله في القرآن الكريم على أصول الإيمان التي بنى عليها الإسلام، والتي يجب على الناس معرفتها وتصديقها، ويتمثل ذلك في الأنواع التالية[4]:

أولاً: القسم على التوحيد، وهو أصل من أصول الإيمان، مثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلصَّٰٓفَّٰتِ صَفًّا ۝١ فَٱلزَّٰجِرَٰتِ زَجْرًا ۝٢ فَٱلتَّٰلِيَٰتِ ذِكْرًا ۝٣ إِنَّ إِلَٰهَكُمْ لَوَٰحِدٌ ۝٤﴾[5].

ثانياً: القسم على أن القرآن حق منزل من عنده تعالى، وما كان للنبي أن يفتريه، أو أن يأتي به من عند غير الله، إذ لو كان من عند غير الله لوجدوا فيه

---

(1) المرجع السابق.
(2) سورة التين الآيتان 2، 3.
(3) سورة التين الآية 1.
(4) التبيان لإبن القيم من ص: 3 ـ 6، من علوم القرآن لفؤاد علي رضا 68 ـ 170، الاتقان 2/ 134، 135، مباحث في علوم القرآن لمناع القطان 295.
(5) الصافات من 1 ـ 4.

اختلافاً كثيراً. ومثال ذلك قوله تعالى:

﴿فَلَآ أُقْسِمُ بِمَوَٰقِعِ ٱلنُّجُومِ ﴿٧٥﴾ وَإِنَّهُۥ لَقَسَمٌ لَّوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ ﴿٧٦﴾ إِنَّهُۥ لَقُرْءَانٌ كَرِيمٌ ﴿٧٧﴾﴾[1].

ثالثاً: القسم على أن الرسول ﷺ بُعث بالحق، وأن رسالته حق، وأن ما جاء به من لدن عزيز حكيم. ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿يسٓ ﴿١﴾ وَٱلْقُرْءَانِ ٱلْحَكِيمِ ﴿٢﴾ إِنَّكَ لَمِنَ ٱلْمُرْسَلِينَ ﴿٣﴾ عَلَىٰ صِرَٰطٍ مُّسْتَقِيمٍ ﴿٤﴾﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿وَٱلنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ ﴿١﴾ مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَمَا غَوَىٰ ﴿٢﴾ وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ﴿٣﴾ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ ﴿٤﴾﴾[3].

رابعاً: القسم على الجزاء بالوعد والوعيد، كقوله تعالى: ﴿وَٱلذَّٰرِيَٰتِ ذَرْوًا ﴿١﴾ فَٱلْحَٰمِلَٰتِ وِقْرًا ﴿٢﴾ فَٱلْجَٰرِيَٰتِ يُسْرًا ﴿٣﴾ فَٱلْمُقَسِّمَٰتِ أَمْرًا ﴿٤﴾ إِنَّمَا تُوعَدُونَ لَصَادِقٌ ﴿٥﴾ وَإِنَّ ٱلدِّينَ لَوَٰقِعٌ ﴿٦﴾﴾[4].

خامساً: «القسم على حال الإنسان التي يعلمها علم اليقين، حيث يقول جل من قائل: ﴿وَٱلَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ ﴿١﴾ وَٱلنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ ﴿٢﴾ وَمَا خَلَقَ ٱلذَّكَرَ وَٱلْأُنثَىٰٓ ﴿٣﴾ إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ ﴿٤﴾﴾[5]، ويقول: ﴿وَٱلْعَٰدِيَٰتِ ضَبْحًا ﴿١﴾ فَٱلْمُورِيَٰتِ قَدْحًا ﴿٢﴾ فَٱلْمُغِيرَٰتِ صُبْحًا ﴿٣﴾ فَأَثَرْنَ بِهِۦ نَقْعًا ﴿٤﴾ فَوَسَطْنَ بِهِۦ جَمْعًا ﴿٥﴾ إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ لِرَبِّهِۦ لَكَنُودٌ ﴿٦﴾﴾[6]. ويقول: ﴿وَٱلْعَصْرِ ﴿١﴾ إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ لَفِى خُسْرٍ ﴿٢﴾﴾[7] وتقول: ﴿وَٱلتِّينِ وَٱلزَّيْتُونِ ﴿١﴾

---

(1) الواقعة من 75 ـ 77.
(2) سورة يس من 1 ـ 4.
(3) سورة النجم الآيات من 1 ـ 4.
(4) الذاريات من 1 ـ 6.
(5) الليل من 1 ـ 4.
(6) العاديات من 1 ـ 6.
(7) العصر 1، 2.

وَطُورِ سِينِينَ ﴿٢﴾ وَهَٰذَا ٱلْبَلَدِ ٱلْأَمِينِ ﴿٣﴾ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِىٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴿٤﴾﴾[1]، ويقول: ﴿لَآ أُقْسِمُ بِهَٰذَا ٱلْبَلَدِ ﴿١﴾ وَأَنتَ حِلٌّۢ بِهَٰذَا ٱلْبَلَدِ ﴿٢﴾ وَوَالِدٍ وَمَا وَلَدَ ﴿٣﴾ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِى كَبَدٍ ﴿٤﴾﴾[2].

حالات المقسم عليه في القرآن[3]:

يقصد بالقسم تأكيد ما يراد من جواب القسم، وإزالة الشك عن معناه إذا كان هذا الجواب ـ المقسم عليه جملة خبرية، أو يقصد بالقسم تحريك النفس وإثارة شعورها إذا كان الجواب ـ المقسم عليه ـ جملة إنشائية. ولكن الكلام هنا يقتصر على النوع الأول منها، لكونه أساساً في قسم القرآن. ويتطلب هذا النوع بعض الزيادات حسب الجمل:

أ ـ إن كان المقسم عليه جملة فعليه فعلها ماض متصرف مثبت، فالكثير الفصيح اقترانها «باللام» و «قد» معاً. ولا يجوز الاقتصار على إحداهما إلا عند طول الكلام، كقوله تعالى: ﴿وَٱلشَّمْسِ وَضُحَىٰهَا ﴿١﴾ وَٱلْقَمَرِ إِذَا تَلَىٰهَا ﴿٢﴾ وَٱلنَّهَارِ إِذَا جَلَّىٰهَا ﴿٣﴾ وَٱلَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰهَا ﴿٤﴾ وَٱلسَّمَآءِ وَمَا بَنَىٰهَا ﴿٥﴾ وَٱلْأَرْضِ وَمَا طَحَىٰهَا ﴿٦﴾ وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّىٰهَا ﴿٧﴾ فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَىٰهَا ﴿٨﴾﴾[4] حذفت منه اللام لطول الكلام.

وإن كان الماضي غير متصرف فالكثير الفصيح اقترانه باللام فقط، نحو: والله لنعم المرء يبتعد عن الشبهات، إلا الفعل «ليس» فلا يقترن بشيء، مثل: والله ليست قيمة المرء بالأقوال، ولكن بالأفعال، وإن كان

---

(1) التين من 1 ـ 4.

(2) البلد من 1 ـ 4.

(3) انظر في هذا المبحث: النحو الوافي لعباس حسن 2/ 460 ـ 467، مباحث في علوم القرآن لمناع القطان ص 293، 294.

(4) سورة الشمس من 1 ـ 8.

الماضي غير مثبت لم يرد عليه شيء إلا حرف من حروف النفي الثلاثة التي يكثر دخولها على الجواب المنفي، وهي: ما ـ لا ـ إنْ ـ، نحو: والله ما مدحت أليماً، وعلى ذلك قس.

ب ـ وإن كان الجواب جملة مضارعية مثبتة فالأغلب الأقوى اقتران مضارعها باللام ونون التوكيد معاً، كقوله تعالى: ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا﴾[1] ومن القليل الجائز الاقتصار على أحدهما.

ج ـ وإن كان المقسم عليه جملة إسمية مثبتة فالأحسن اقترانه بحرفين معاً، هما: «أنَّ» ولام الابتداء في خبرها، نحو: والله إن الغدر لأقبح الطباع. ويجوز الاقتصار على أحدهما أيضاً.

أما إذا كان المقسم عليه جملة إسمية منفية لم يرد عليه إلا أداة النفي في أوله، وهي: إحدى الحروف الثلاثة السالفة (ما ـ لا ـ إنْ) نحو: والله ما هذه الدنيا بدار قرار ـ بالله لا المال ولا الجاه بنافع إلا بسياج من الفضيلة ـ والله إنْ هذه الدنيا بدار قرار.

هذا وما يجدر ذكره هنا: أن المقسم عليه تارة يذكر، وتارة أخرى يحذف. وباعتبار أن ذكره أكثر[2] من حذفه. فإني سأعرض لحالات يحذف فيها وجوباً، وأخرى يحذف فيها جوازاً.

أولاً: حالات يحذف فيها المقسم عليه وجوباً.

أ ـ أن يتأخر القسم ويتقدم عليه جملة تغني عن جوابه ـ لدلالتها عليه ـ نحو: تسعد الأمة وتشقى بأبنائها والله.

ب ـ أن يحيط القسم جملة تغني عن جوابه، مثل: سعادة الأمة ـ والله ـ رهينة بعمل أبنائها.

---

(1) سورة النمل الآية 21.

(2) الاتقان 2/ 134.

ج ـ أن يجتمع أداتا شرط وقسم، ويتأخر القسم عن الشرط، فالجواب يكون للمتقدم. مثل قوله تعالى: ﴿لَئِنْ أُخْرِجُوا لَا يَخْرُجُونَ مَعَهُمْ وَلَئِن قُوتِلُوا لَا يَنصُرُونَهُمْ وَلَئِن نَّصَرُوهُمْ لَيُوَلُّنَّ الْأَدْبَارَ ثُمَّ لَا يُنصَرُونَ ﴿١٢﴾﴾[1].

ثانياً: ويحذف المقسم عليه جوازاً في غير الحالات السابقة لدليل، مثال ذلك:

قوله تعالى: ﴿قٓ وَالْقُرْآنِ الْمَجِيدِ ﴿١﴾﴾[2] فجواب هذا القسم محذوف تقديره: إنك لمنذر، أو نحو هذا؛ بدليل قوله تعالى بعد ذلك: ﴿بل عجبوا أن جاءهم منذر منهم﴾ ومثله قوله تعالى: ﴿صٓ وَالْقُرْآنِ ذِي الذِّكْرِ ﴿١﴾﴾[3] فالمقسم عليه محذوف تقديره: «إنك لمنذر»؛ بدليل قوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَعَجِبُوا أَن جَاءَهُم مُّنذِرٌ مِّنْهُمْ وَقَالَ الْكَافِرُونَ هَٰذَا سَاحِرٌ كَذَّابٌ ﴿٤﴾﴾[4].

والأمثلة عديدة لهذا النوع من القسم القرآني.

علاقة القسم بالشرط

يستدعي كل من القسم والشرط في التراكيب جواباً خاصاً، يتميز بعلامة أو أكثر ينفرد بها دون الآخر. فجواب القسم مثلاً يختلف باختلاف نوعي القسم، وهو أولاً: القسم الاستعطافي الذي يكون جوابه جملة طلبية مشتملة على ما يثير الشعور والعاطفة، والآخر القسم غير الاستعطافي الذي يكون جوابه جملة خبرية يراد تأكيدها بالقسم.

وأما جواب الشرط الجازم فلا بد أن يكون مجزوماً، وذلك يكون إما

---

(1) سورة الحشر الآية 12.
(2) سورة ق الآية 1.
(3) سورة ص الآية 1.
(4) ص الآية 4.

لفظاً إذا كان الجواب فعلاً مضارعاً، وإما محلاً إذا كان الجواب فعلاً ماضياً، أو اقتران الجواب بـ «الفاء» أو «إذا» الفجائية[1]. ثم أن الشرط يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: الشرط الامتناعي، وهو: ما كانت أدواته: لو، لوما، لولا.

النوع الثاني: الشرط غير الامتناعي، وهو: ما كانت أدواته غير تلك التي سبق ذكرها.

هذا وقد يجتمع القسم والشرط معاً، ويؤدي ذلك إلى حذف جواب القسم أحياناً وإثباته أحياناً أخرى. وبيان ذلك في النقاط التالية:

أولاً: إذا اجتمع القسم والشرط غير الامتناعي يقتضي ذلك الاكتفاء بجواب واحد للمتقدم منهما، وأما جواب الآخر فيحذف لدلالة المذكور عليه[2].

مثل قوله تعالى: ﴿لَأَرْجُمَنَّكَ وَٱهْجُرْنِي مَلِيًّا ﴿٤٦﴾﴾[3]. والتقدير: والله لئن لم تنته لأرجمنك. ويستثنى من هذه القاعدة حالتان:

أ ـ إذا اجتمع القسم المبدوء بالفاء والشرط غير الامتناعي وتأخر القسم عن الشرط يكون الجواب للقسم رغم تأخره عن الشرط. مثل قولنا: من يجتهد في دروسه فالله ينجحه نجاحاً باهراً.

ب ـ إذا اجتمع القسم والشرط غير الامتناعي، وتقدم عليهما ما يحتاج إلى خبر. مثل المبتدأ في الجمل. يكون الجواب للشرط مع تأخره عن القسم. مثل قولنا: «علي أن اجتهد والله ينجح».

---

(1) النحو الوافي 4/ 450.
(2) المرجع السابق 4/ 455، مباحث في علوم القرآن لمناع القطان 296.
(3) سورة مريم الآية 46.

ثانياً: إذا اجتمع القسم والشرط الامتناعي يكون الجواب للشرط، سواء أكان متقدماً على القسم. أم متأخراً عنه. مثل قولنا: والله لولا رحمة الله بعباده لأهلكهم بذنوبهم. وقولنا: لولا الله ـ والله ـ ما اهتدينا[1].

ثالثاً: إذا اجتمعت جملة القسم والشرط قد تدخل اللام الموطئة على أداة الشرط، لتدل على أن الجملة المتأخرة المصدرة بلام أخرى هي جواب القسم[2]، كقوله تعالى: ﴿لَئِنْ أُخْرِجُوا لَا يَخْرُجُونَ مَعَهُمْ وَلَئِن قُوتِلُوا لَا يَنصُرُونَهُمْ وَلَئِن نَّصَرُوهُمْ لَيُوَلُّنَّ الْأَدْبَارَ ثُمَّ لَا يُنصَرُونَ ﴿١٢﴾﴾[3].

مقاصد القسم ومواطن العبرة فيه.

من المعلوم أن المولى عز وجل لا يقسم بشيء إلا وفيه موضع للعبرة، وموطن للعظة والذكرى، ومجال رحب للتأمل والنظر، وكان من ورائه مقصد يطلبه المتدبر، والعاقل المستبصر.

والقسم كأسلوب قرآني يتجه بأغراضه ومقاصده إلى المقسم به، وإلى القسم عليه. ومن الأغراض المتجهة إلى المقسم به ما يلي:

1 ـ تعظيم المقسم به وتقديسه.

يتجه الغرض في أسلوب القسم أحياناً إلى المقسم به من أجل تعظيمه وتقديسه، كقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾[4] فأقسم بالرب مضافاً إلى ضمير النبي ﷺ تعظيماً للمقسم به، وتقديساً للرب

---

(1) التوضيح والتكميل شرح ابن عقيل 2/ 322.
(2) مباحث في علوم القرآن لمناع القطان 296.
(3) سورة الحشر الآية 12.
(4) النساء الآية 65.

سبحانه وتعالى، فهو المربي والمعين، والمستحق لكل تعظيم، وهذا الغرض لا يجوز إلا إذا كان المقسم به هو الله تعالى.

2 ـ بيان أهمية المقسم به.

وقد يكون الغرض من أسلوب القسم هو الإهتمام بالمقسم به، كقوله تعالى: ﴿يسٓ ۝١ وَٱلۡقُرۡءَانِ ٱلۡحَكِيمِ ۝٢﴾[1] ذلك لأن القرآن بوصفه الكتاب المنزل المعجز المتحدى به، المشتمل على ما اشتمل عليه من تربية وتعلية واسعاد يستحق أن يهتم المتحدى به وبشأنه، فكان القسم به لبيان أهميته، وحتى يزيد به الاهتمام أكثر وصفه بالحكمة[2].

3 ـ بيان دور المقسم به.

وقد يكون الغرض من أسلوب القسم هو بيان دور المقسم به في دلالته على الهدف المقصود منه، كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّيۡلِ إِذَا يَغۡشَىٰ ۝١ وَٱلنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ ۝٢﴾[3] وهكذا سائر الصور التي يكون المقسم به فيها أمراً كونياً فإنها تدل على هدفها برمز بيّن واضح. فظهور الشمس رمز على وضوح الهدى، وغشيان الليل رمز على ظلمة الكفر والضلال[4].

ولعل هذه الرمزية تتضح أكثر من جمع القرآن بين الشيئين المتقابلين حين يقسم لهما معاً، كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّيۡلِ إِذۡ أَدۡبَرَ ۝٣٣ وَٱلصُّبۡحِ إِذَآ أَسۡفَرَ ۝٣٤﴾[5] وقوله: ﴿وَٱلضُّحَىٰ ۝١ وَٱلَّيۡلِ إِذَا سَجَىٰ ۝٢﴾[6] فإن هذا الجمع يدل على أن السنة جارية على أن الظلام مهما طال فلا بد أن يعقبه نور وضياء.

---

(1) سورة يس الآيتان 1، 2.
(2) روح القرآن الكريم لعفيف طباره تفسير جزء يس ص 8.
(3) سورة الليل الآيتان 1، 2.
(4) التحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور 30/ 368.
(5) المدثر الآيتان 33، 34.
(6) الضحى الآيتان، 1، 2.

4 ـ بيان آثار المقسم به.

وقد يكون الغرض من أسلوب القسم هو لفت الأنظار إلى ما في المقسم به من أثر، كقوله تعالى: ﴿وَٱلتِّينِ وَٱلزَّيْتُونِ ۝١ وَطُورِ سِينِينَ ۝٢ وَهَٰذَا ٱلْبَلَدِ ٱلْأَمِينِ ۝٣﴾[1] فإن المقسم به المتعدد في هذه الآيات يشير إلى مواطن النبوات، وأماكن ظهورها. يقول الشيخ محمد عبده في تفسيره لجزء عم[2] ما ملخصه: وبالجملة فإن التين والزيتون كنايتان عن مواضع ليتناسب جمعها مع طور سينين، هذا البلد الأمين. فأقسم الله تعالى بالتين للتذكير بأمر نوح وما أهلك الله به أهل الفجور والفساد، وأنجى الله المؤمنين الصالحين. وأقسم بالزيتون تعبيراً عن زمن تعمير الأرض بعد نوح. وطور سنين إشارة إلى عهد الشريعة الموسوية، وظهور نور التوحيد في العالم، بعدما تدنست جوانب الأرض بالوثنية.

وأقسم بالبلد الأمين تنويهاً بقدر مكة خاصة بعد ظهور النور المحمدي.

وهكذا أقسم بهذه الأشياء إيضاحاً لآثارها الهامة، وإشارة إليها. ومع الأغراض العائدة على المقسم به، يوجد أغراض تعود على المقسم عليه، ومن أهمها ما يلي:

1 ـ تعظيم المقسم عليه.

قد يكون الغرض من أسلوب القسم تعظيم المقسم عليه، كقوله تعالى: ﴿فَلَآ أُقْسِمُ بِمَوَٰقِعِ ٱلنُّجُومِ ۝٧٥ وَإِنَّهُۥ لَقَسَمٌ لَّوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ ۝٧٦ إِنَّهُۥ لَقُرْءَانٌ كَرِيمٌ ۝٧٧﴾[3] فإن هذا القسم يفيد تعظيم المقسم عليه، وهو القرآن الكريم. يقول بعض المفسرين[4] عند تفسير كلمة «ولا أقسم» أن «لا» لنفي القسم.

---

(1) التين الآيات: 1، 2، 3.

(2) ص 90، 91.

(3) سورة الواقعة، الآيات: 75، 76، 77.

(4) فتح البيان لصديق خان 9/ 274.
التحرير والتنوير 27/ 330. روح المعاني للألوسي 27/ 152.

فكأن الله تعالى يقول: «لا أقسم بهذه الأشياء مع عظمها على إثبات المطلوب، فإن المطلوب أعظم وأجل من أن يقسم عليه، ويكون الغرض هو تعظيم المقسم عليه، وتفخيم شأنه، وإثبات أنه أحرى وأقوى من أن يمثل هذا القسم. وقد يدل النفي في «لا أقسم» على توكيد القسم لا نفيه؛ كما تقول لصاحبك موصياً إياه مؤكداً عليه الوصية. تقول: لا أواصيك بفلان، وأنت تريد توكيد الوصية به. وسواء أفادت الصيغة النفي أو التوكيد، فإنها تعظم القرآن الكريم وتقدره.

2 ـ ثبوت المقسم عليه.

وقد يكون الغرض من أسلوب القسم بيان ثبوت المقسم عليه، كقوله تعالى: ﴿زَعَمَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ أَن لَّن يُبْعَثُواْۚ قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْۚ وَذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٌ ۝٧﴾[1] فإن البعث من الحقائق التي تعرضت كثيراً للإنكار والشك، فأكد الله ثبوته بالمقسم عليه. وأقسم عز وجل على أن البعث حقيقة ثابتة مؤكدة[2].

3 ـ إبراز المقسم عليه في عالم الحس.

وقد يكون الغرض من أسلوبه القسم هو بيان تحقق المقسم عليه وإبرازه في عالم الحس، كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ ۝١ وَٱلنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ ۝٢ وَمَا خَلَقَ ٱلذَّكَرَ وَٱلْأُنثَىٰٓ ۝٣ إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ ۝٤﴾[3] فالله سبحانه أقسم بما هو مدرك حسّياً من تفاوت الليل والنهار، ومن التفاوت في المخلوقات بين ذكر وأنثى، توطئة إيضاحية لبيان تفاوت مماثل في سعي الناس في الدنيا بين هدى وضلال،

---

(1) سورة التغابن الآية 7.
(2) روح المعاني للألوسي 28/ 122.
(3) الليل الآيات من 1 ـ 4.

فمنهم من يعمل للجنة، ومنهم من يعمل للنار[1].

وجه المناسبة بين القسم به والمقسم عليه[2].

التناسب بين الآيات والسور ضرب من الإعجاز البياني للقرآن الكريم، فهو كتاب محكم النسيج، لا تجد فيه خللاً بين كلماته، ولا تنافر بين حروفه، ولا تناقض في معانيه ولا في مراميه، مع أنه نزل منجماً في نحو ثلاث وعشرين سنة، فانظر كيف رتبه الله ترتيباً فريداً غاية في الحسن والجمال والجلال والكمال، بهر العقول ببراعة نظمه، وسلاسة أسلوبه، ورقة تصويره، وروعة تعبيره، وعذوبة بيانه.

فإذا تأملنا مثلاً في آيات القسم وجدنا الصلة جد وثيقة بين المقسم به والمقسم عليه، وأدركنا أن بينهما تناسباً وثيقاً. فالقسم القرآني يقوم بتأثيراته في مخاطبيه بدقة رائعة، ذلك أن المولى عز وجل لا يقسم إلا بما هو معروف للمخاطب، لأنه كالدليل لما يقسم عليه، فناسب أن يقسم بالظاهر على الخفى، ولهذا كان المقسم به دائماً يلامسه البشر ويعرفونه، وحتى عندما يكون المقسم به مما ينكره المدعو نرى القسم يأتي بجانب مسلم فيما هو موضع الإنكار.

ونذكر توضيحاً لذلك بعض الأمثلة، منها قوله تعالى: ﴿وَالضُّحَىٰ ۝١ وَاللَّيْلِ إِذَا سَجَىٰ ۝٢ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ ۝٣﴾[3].

والمقسم به هنا نور وضاح متلألىء يعقبه الليل المظلم، فهما حالتان متقابلتان للزمان، والمقسم عليه بيان أن الله تعالى لم يترك النبي ﷺ ولم

---

(1) فتح البيان 10/ 367، روح القرآن لعفيف طبارة تفسير جزء عمّ ص 126.

(2) انظر في ذلك: الألوسي 30/ 154، 155، مناهل العرفان 1/ 216، 217. روح القرآن، تفسير جزء عم 130، 131.

(3) سورة الضحى الآيات، 1، 2، 3.

يبغضه، وإنما انقطع الوحي لحكمة أرادها الله تعالى. والمناسبة بينهما إن انقطاع الوحي فترة لا يعد ضرراً قط؛ لأن مجيء الوحي وانقطاعه حالتان صغيرتان لمجيء النور والظلمة. وطريقة التأثير هنا أن يقف المعارضون عند حد، ولا يتمادون في أكاذيبهم. فما انقطاع الوحي إلا لتهدئة فؤاد النبي ﷺ بعد أن ارتجف حين ضمه جبريل عليه السلام إليه لأول مرة. وبعد التهدئة يأتيه الوحي من جديد تماماً، لما هو معروف من أن انقطاع ضوء الضحى ليأتي ظلام الليل أو بالعكس له فائدة جليلة. فالليل للهدوء والسكينة، والنهار للحركة والنشاط، ولو كان الزمان كله نهاراً أو ليلاً لما سارت الأمور، ولتوقفت الحياة، فأقسم الله عز وجل بحالتين من حالات الزمن فائدتهما واضحة لتأكيد: أن يغير الوحي مع النبي ﷺ إلى حالتين، كان لما لهما من فائدة، والتصديق حينئذ يسهل، لأن التصديق بالمقسم به معروف حساً، والمقسم عليه يشبهه في التغير والفائدة معنى. فحُقَّ الإيمان والتصديق بمحتواه.

يقول الألوسي في هذا المضمار: كأن الله تعالى يقول: الزمان ساعة فساعة، ساعة ليل وساعة نهار، ثم يزداد، فمرة تزداد ساعات الليل وتنقص ساعات النهار، ومرة بالعكس، . فلا تكون الزيادة لهوى ولا النقصان لقلى، بل لحكمة. كذا الرسالة لإنزال الوحي بحسب المصالح فمرة إنزال، ومرة حبس، فلا كان الإنزال عن هوى، ولا كان الحبس عن قلى. ا.هـ.

موقف المستشرقين من القسم القرآني[1]

إن خصوم الإسلام يحرصون كل الحرص على التشكيك في القرآن؛ لأنه قوام الدين وأصله الذي يعتمد عليه، فإذا ما اهتز هذا الأساس ولو هزة

---

(1) انظر في هذا المبحث: مناهل العرفان1 / من صفحة 213 ـ 218، الظاهرة الاستشراقية وأثرها على الدراسات الإسلامية لسان الحاج 2/ 435.

خفيفة تمايلت الأغصان وارتجفت، وتداعت الثمار للسقوط. وفي هذا الإطار يعمد المستشرقون إلى أسلوب التشكيك، وإثارة الشبهات، لتتزعزع عقيدة المسلم في دينه، فتضعف روح الإيمان وقوته في قلوب أهله، فيسهل إخضاعهم وإذلالهم. حيث قالوا: إن القرآن أقسم كثيراً بالأشياء الحسيَّة كالضحى، والليل، والتين، والزيتون وطور سينين، وكثير من المخلوقات.

ولا ريب أن القسم بمثل هذه الأمور يدل على تأثر القرآن بالبيئة في مكة، لأن القوم فيها كانوا أميين، ولاتعدو مداركهم حدود الحسيات. أما بعد الهجرة واتصال محمد بأهل المدينة وهم مثقفون مستنيرون فقد تأثر القرآن بهذا الوسط الراقي الجديد، وخلا من القسم بتلك الأشياء الحسية الدالة على البساطة والسذاجة.

ويمكن الرد على هذه الشبهة بما يلي:

1 ـ إن أهل مكة ليسوا بسطاء أو سذجاً بحيث تكون مداركهم لا تعدو حدود الحسيات، بل كانوا أرقى ذوقاً، . وأعظم ذكاء من أهل المدنية، وأن الخطاب معهم كان ملحوظاً فيه استحاله على أسرار وخصائص لا يدركها إلا المتفوقون والمتميزون في صناعة البيان، والتاريخ خير شاهد بامتياز العرب في مكة عن سائر القبائل على عهد نزول القرآن.

2 ـ إن القسم بالأمور الحسية في القرآن كالضحى والليل ليس ناشئاً عن انحطاط القوم كما زعم أعداء الإسلام، إنما منشؤه مراعاة مقتضى الحال فيما سبق القسم لأجله، وذلك أن القرآن كان بصدد علاج أفحش العقائد فيهم، وهي عقيدة الشرك، ولا سبيل إلى استئصال هذه العقيدة، وإقامة صرح التوحيد على أنقاضها، إلا بلغت عقولهم إلى ما في الكون من شؤون الله وخلق الله، وإلاّ بفتح عيونهم على طائفة كبيرة من نعم الخلق المحيطة بهم، ليصلوا من وراء ذلك إلى أن يؤمنوا بالله وحده، ومادام هو الخالق وحده، لأنه لا يستحق العبادة عقلاً، إلا من كان له أثر الخلق في العالم فعلاً.

ومن ثم نلاحظ أن القرآن الكريم يحدث مرة عن خلق السماء والأرض، ومرة عن أنفسهم، وثالثة عن أنواع الحيوان والنبات والجماد، وتارة يختار طريقة القسم، لأن في القسم معنى العظمة التي أودعها الله في هذه النعم، دالة على توحيده وعظمته، حتى صح أن يدور القسم عليها.

3 ـ إن في مضامين تلك الأقسام بالحسيات أسرار تنأى بها عن السذاجة والبساطة، وتشهد ببراعة المخاطبين بها وتفوقهم في الفهم والذكاء، والفصاحة والبلاغة والبيان، وذلك أن القسم بها ـ كما ذكرنا آنفاً ـ إشارة إلى الأسرار العظيمة التي وضعها الله في تلك الأمور التي أقسم بها، حتى صح أن يكون مقسماً بها. وإذا أردنا معرفة تلك الأسرار فعلينا أن نرجع إلى الوراء قليلاً في مبحث: مقاصد القسم ومواطن العبرة فيه، وفي المبحث الخاص: بوجه المناسبة بين المقسم به والمقسم عليه، ليتبين الحال، ولا يبقى لمثل هذه الشبهة مجال.

والله أعلى وأعلم وأعز وأكرم

والحمد لله أولاً وآخراً

مصادر مراجع البحث

1 ـ البرهان في علوم القرآن للزركشي. تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم. مطبعة عيسى الحلبي الطبعة الأولى 1958.

2 ـ التبيان في أقسام القرآن لابن القيم الجوزية. دار المعرفة، بيروت، لبنان.

3 ـ ترتيب القاموس المحيط للشيخ الطاهر الزاوي الدار العربية للكتاب، الطبعة الثالثة 1980م.

4 ـ تفسير التحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر بن عاشور. الدار التونسية للنشر. الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان.

5 ـ تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، طبعة دار إحياء الكتب العربية. عيسى الحلبي وشركاه. القاهرة.

6 ـ تفسير النسفي. دار الكتاب العربي. بيروت لبنان 1982م.

7 ـ تفسير جزء عمّ للشيخ محمد عبده، مطبعة الشعب. سلسلة كتاب الشعب. القاهرة.

8 ـ الإتقان في علوم القرآن للسيوطي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

9 ـ التوضيح والتكميل لشرح ابن عقيل، تأليف محمد عبد العزيز النجار. مطبعة الفجالة الجديدة 1967م.

10 ـ روح القرآن الكريم، . لعفيف طبارة. منشورات جمعية الدعوة الإسلامية.

11 ـ روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى للألوسى. دار إحياء التراث العربي الطبعة الرابعة 1985م.

12 ـ صحيح البخاري بهامش الفتح. مطبعة مصطفى الحلبي 1959م.

13 ـ صحيح الترمذي بهامش عارضة الأحوزي، دار العلم للملايين.

14 ـ الظاهرة الاستشراقية وأثرها على الدراسات الإسلامية لساسى الحاج. منشورات مركز دراسات العالم الإسلامي 1991م.

15 ـ علم المعاني لعبد العزيز عتيق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت 1985م.

16 ـ علوم التفسير لعبد الله شحاتة، مطبعة القاهرة 1986م.

17 ـ فتح البيان في مقاصد القرآن لصديق حسن خان، مطبعة العاصمة، شارع الفلكي، القاهرة، الناشر عبد المنجى محفوظ.

18 ـ الفوائد المشوقة الى علوم القرآن لابن القيم الجوزية. مكتبة الهلال، بيروت، لبنان.

19 ـ لسان العرب لابن منظور.

20 ـ مباحث في علوم القرآن لمناع القطان. مؤسسة الرسالة الطبعة الثامنة 1981م.

21 ـ مختار الصحاح للإمام الرازي. طبعة الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية 1962م.

22 ـ المصباح المنير للفيومي، المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة الثامنة.

23 ـ معاني القرآن للفراء، عالم الكتب الطبعة الثانية 1980م.

24 ـ مناهل العرفان في علوم القرآن للشيخ محمد عبد العظيم الزرقاني. دار إحياء التراث العربي.

25 ـ من علوم القرآن لفؤاد على رضا. دار إقرأ بيروت، لبنان. الطبعة الثالثة 1984م.

26 ـ النحو الوافي لعباس حسن، دار المعارف بمصر. الطبعة الثالثة.

عقوبة الغرامة
ومدى إمكانية الحكم بها
في أحوال الشروع في الجنايات

إعداد
الدكتور مصطفى مصباح دبارة
أستاذ القانون الجنائي المشارك
بكلية القانون ـ جامعة قاريونس

بسم الله الرحمن الرحيم

1) مقدمة

عالج المشروع الليبي أحكام الشروع في الجريمة في المواد 59، 60، 61 من قانون العقوبات، وعني في المادة الأولى بتعريفه، وبين في المادتين الأخريين عقوبته. وقد نهج فيهما منهج التشريعات التي تخفف عقوبة الشروع، فقرر له عقوبة أدنى من الجريمة التامة، حيث نص على أن يعاقب على الشروع في الجناية بالسجن المؤبد إذا كانت عقوبة الجناية التامة الإعدام، بالسجن الذي لا تقل مدته عن ثماني سنوات إذا كانت عقوبتها السجن المؤبد، أما إذا كانت عقوبة الجناية التامة السجن فيحكم في الشروع فيها بعقوبة السجن مع خفض حديها إلى النصف (م60). ونص على أن يعاقب على الشروع في الجنح بالعقوبات المقررة للجنحة الكاملة مع خفض حديها إلى النصف(م61). ومؤدى هذه النصوص مجتمعة أنه لا عقاب على الشروع في المخالفات، أما الشروع في الجنايات والجنح فيعاقب عليه بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة وفقاً للقواعد المنصوص عليها في المادتين المذكورتين.

ويثور السؤال عن حكم عقوبة الغرامة ومدى إمكانية توقيعها في أحوال الشروع، وهذا السؤال يثور في حالة الشروع في الجناية ولا يثور في حالة الشروع في الجنحة، فالنص المتعلق بالحالة الثانية واضح الدلالة على انصرافه إلى العقوبات المقررة للجنحة الكاملة، بحيث يتعين خفض حديها إلى النصف، سواء كانت حبساً أو غرامة. أما بالنسبة إلى الشروع في الجناية فقد تحدث النص عن عقوبات الإعدام والسجن المؤبد والسجن، دون أن يشير إلى

الغرامة، على الرغم من أنها تقررت في كثير من الجنايات (انظر على سبيل المثال لا الحصر المادتين 169، 173 من قانون العقوبات). فهل سكوت المشرع عن النص على عقوبة الغرامة في الشروع في الجناية يفسر على أن إرادته قد انصرفت إلى الإعفاء منها في هذا الحالة، أم أن توقيعها مع ذلك يكون واجباً أو جائزاً بحسب وضعها في الجريمة التامة؟ وإذا صح الرأي الثاني فهل تخفض عقوبة الغرامة في الشروع في الجناية إلى النصف أم أنها توقع كاملة؟

اختلف موقف دائرتي النقض الجنائي بالمحكمة العليا الليبية، فقد ذهبت الدائرة الأولى إلى الأخذ بالرأي الثاني القاضي بتوقيع عقوبة الغرامة على الشروع في الجناية، وقررت عدم إخضاعها لحكم التخفيف أو التخفيض المنصوص عليه في المادة 61 عقوبات، فأيدت الحكم المطعون فيه، وذلك فيما قضى به من تطبيق عقوبة الغرامة النسبية في حالة الشروع في جناية التهريب، على أساس المبلغ الذي شرع في تهريبه، بينما خطأته فيما يتعلق بقضائه بتخفيض الغرامة إلى النصف، حيث قضت بأن تخفيض العقوبة إلى النصف لا يرد في الجنايات إلا على عقوبة السجن كما هو مستفاد من المادة 61 عقوبات[1]. أما دائرة النقض الجنائي الثانية فقد انحازت إلى الرأي الأول، حيث قضت في الطعن الجنائي رقم 301/ 35 ق، بعدم تطبيق عقوبة الغرامة النسبية في حالة الشروع في جناية التهريب، بل إنها قررت أن هذا المبدأ يتسع للأخذ بعدم تطبيق الغرامة ـ بنوعيها العادية والنسبية ـ في أحوال الشروع في الجناية.

وأمام هذا التضارب كان لا بد من عرض المسألة على الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا لتوحيد الرأي فيها حتى لا تتناقض أحكام المحاكم الأدنى فيها، وذلك نزولاً على حكم المادة الثالثة والعشرين من قانون المحكمة العليا

---

(1) جلسة 6/ 12/ 1983م ـ مجلة المحكمة العليا ـ س 21 ـ ع 2 ـ يناير 1985م، ص 161، ص 162.

رقم 6 لسنة 1982م، وكانت الفرصة السانحة قد لاحت لدائرة النقض الجنائي الثانية من خلال الطعن الجنائي رقم 642/ 36 ق، الذي رفع إليها ضد حكم صادر من محكمة جنايات طرابلس، قضى بتغريم المحكوم عليهم في جريمة شروع في جناية تهريب بضائع خارج الدوائر الجمركية، فقامت الدائرة الثانية بإحالة هذا الطعن إلى المحكمة العليا منعقدة بدوائرها المجتمعة للنظر في إمكانية العدول عما كانت الدائرة الأولى قد قررته في هذه المسألة. والمحكمة بدوائرها المجتمعة انتهت إلى العدول عما قررته الدائرة الأولى في الطعنين رقمي 57/ 28 ق، 189/ 33 ق، وقررت القضاء بعدم تطبيق الغرامة بنوعيها العادية والنسبية في حالة الشروع في الجناية[1].

ونحن إذ نتقدم ـ على استحياء ـ لمناقشة هذه المسألة وتقييم ما انتهى إليه قضاؤنا في شأنها، إنما نعترف ـ منذ البداية ـ بصعوبتها ودقتها. وهو ما يفرض علينا الحذر والتحرز من إبداء رأي متعجل فيها. ويحدونا اعتقاد راسخ بأن المشرع لم يكن ليغفل عن هذه المسألة بالبساطة التي قد تبدو للوهلة الأولى. وهو ما دعانا إلى الوقوف عندها وقفة متأملة فاحصة مدققة، علنا بذلك نسهم بما من شأنه إجلاء غموضها وحل عقدتها. ونحن نعتقد أن الوصول إلى نتيجة منطقية في الخلاف الذي يثور حول هذه المشكلة يتطلب تحليل المقدمة الأساسية المؤدية إليها والمتعلقة بطبيعة عقوبة الغرامة في كل من الجنايات والجنح، وما إذا كانت واحدة في كل هذين النوعين من الجرائم أم هي مختلفة، ليتسنى لنا تحديد مدى خضوعها في أحوال الشروع في الجنايات والجنح لحكم واحد أم لحكمين مختلفين، وتقييم موقف المشرع وفقاً لذلك.

---

(1) قضاء الدوائر المجتمعة بشأن العدول عن مبدأ توقيع عقوبة الغرامة في حالة الشروع في جناية ـ جلسة 20/ 2/ 1981م، مجلة المحكمة العليا س 24 ع3، 4 ـ الطير (أبريل)، ناصر (يوليو) 1988 ـ ص 317 وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المشكلة تثور على وجه الخصوص في الغرامة النسبية، الأمر الذي يقتضي تخصيص فقرة لمعالجة حكم هذا النوع من الغرامة. وبناء عليه فإننا نعرض للمسألة في فقرتين تخصص أولاهما للغرامة العادية، ونتناول في أخراهما الغرامة النسبية.

الفقرة الأولى

الغرامة العادية ومدى إمكانية توقيعها في أحوال الشروع في الجنايات

2 ـ تمهيد وتقسيم:

لاجدال في الطابع العقابي للغرامة، فالعقوبة الجنائية إجراء قانوني محدد ينطوي على إيلام مقصود يتم توقيعه ـ عن طريق الدعوى الجنائية ـ على كل من ارتكب فعلاً يعده القانون جريمة، فنصيب حقاً من حقوقه. وهي بهذا المعنى تنطبق على الغرامة كما تنطبق على غيرها من العقوبات الأخرى، فالإعدام يسلب حق المحكوم عليه في حياته، والسجن والحبس يقيدان حريته، والغرامة تجرده من بعض ماله... الخ. لكن الجدل يمكن أن يثور حول تحديد ما إذا كانت الغرامة عقوبة أصلية أم هي عقوبة تكميلية. وسنرى أن الخلاف في هذا الشأن ليس نظرياً من كل الوجوه، بل تترتب عليه في بعض الأحيان نتائج عملية، لعل أهمها ما نحن بصدد معالجته ويتعلق بمدى سريان الغرامة في أحوال الشروع.

والمعروف أن العقوبات تنقسم بالنظر إلى مدى استقلالها عن بعضها قسمين: أصلية وغير أصلية، والعقوبة الأصلية هي الجزاء الرئيسي الذي يقرره القانون للجريمة. وهي تتميز بأنها من جهة لا توقع إلا إذا صرح بها القاضي في حكمه فحدد نوعها ومقدارها، وبأنها من جهة أخرى أصل في ذاتها، أي أن توقيعها لا يتوقف على توقيع عقوبة غيرها، ولهذا يصح الحكم بها وحدها[1].

---

(1) دكتور عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ـ 1991م، ص 545.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن العقوبة الأصلية هي عقوبة تستمد وصفها من كونها العقاب الأصلي أو الأساسي المباشر للجريمة، بحيث يمكن توقيعها منفردة فلا يكون القضاء بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى[1]. أما العقوبة غير الأصلية فهي عقوبة ثانوية لا توقع بمفردها، وإنما توقع بالإضافة إلى عقوبة أصلية. وهي إما أن تكون تبعية فتترتب بقوة القانون تبعاً للحكم بعقوبة أصلية وتوجد بوجودها وتنعدم بانعدامها، بحيث لا يكون القاضي في حاجة لأن يقررها في حكمه، أو تكميلية بحيث لا توقع على المحكوم عليه إلا إذا صرح بها القاضي في حكمه، سواء كان الحكم بها وجوبياً أو جوازياً. فالعقوبة التكميلية تشبه العقوبة التبعية من حيث أنها لا توقع منفردة، بل تلتحق دائماً بغيرها ليكتمل بها معنى العقاب، وهي تشبه العقوبة الأصلية من حيث إنها لا تلحق المحكوم عليه في أي حال إلا إذا صرح بها القاضي في حكمه، فإذا خلا الحكم من النص عليها امتنع تنفيذها على المحكوم عليه ولو كان الحكم بها وجوبياً[2].

فما هي موقع عقوبة الغرامة في هذا التصنيف، وما أثر ذلك على

---

(1) نقض 17/ 3/ 1950م مجموعة أحكام النقض س1 ق73 ص 328.

(2) والسبيل الوحيد لتدراك الخطأ في هذه الحالة هو الطعن في الحكم لتصحيحه بالنص فيه على العقوبة التكميلية. انظر في ذلك: دكتور عوض محمد المرجع السابق ـ ص 546 ولذلك فقد عابت المحكمة العليا على حكم طعن فيه أمامها من المحكوم عليه إنه لم يقض بالغرامة وهي عقوبة وجوبية بالنسبة إلى الجريمة التي دين بها الطاعن (جريمة ابتزاز الأموال المنصوص عليها في المادة 231 عقوبات)، وقد جاء في حكم المحكمة العليا إنه «لا يفوت المحكمة أن تشير إلى خطأ وقع فيه الحكم المطعون عليه بعدم قضائه بالغرامة الوجوبية» جلسة 22/ 2/ 1964 م ـ مجلة المحكمة العليا ـ ص 1 ـ ع1 ـ اكتوبر 1964 م. ص 52. ولم تستطع المحكمة تصحيح هذا الخطأ، لأن الطعن كان قد رفع من المحكوم عليه وحده، وذلك نزولاً على قاعدة أن الطاعن لا يضار بطعنه. انظر في ذلك أيضاً: دكتور أحمد عبد العزيز الألفي ـ شرح قانون العقوبات الليبي ـ القسم العام ـ الطبعة الثانية ـ المكتب المصري الحديث ـ القاهرة 1979م ص 442، ص 443.

حكمها في أحوال الشروع؟ هذا ما نعرض له فيما يلي:

أولاً: وصف عقوبة الغرامة:

وصف العقوبة لا يتوقف على طبيعتها وإنما يتوقف على إرادة المشرع وحده، فليس في طبيعة أي من العقوبات ما يوجب اعتبارها أصلية أو تبعية أو تكميلية، وإنما القانون هو الذي يسبغ عليها هذا الوصف أو ذاك، الأمر الذي يتعين معه الرجوع دائماً إلى نص القانون ذاته لتحديد صفة العقوبة.

وبمراجعة قانون العقوبات الليبي يتضح أنه اعتبر الغرامة عقوبة أصلية بوجه عام (م 17)، غير أنه مع ذلك لم يسحب هذا الحكم على الجنايات، وإنما قصره على الجنح والمخالفات، فقد نص على أن الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن (م 53)، والجنح هي الجرائم المعاقب عليها بالحبس الذي لا تقل مدته عن شهر أو الغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على عشرة دنانير (م 54)، والمخالفات هي الجرائم المعاقب عليها بالحبس الذي لا تزيد أقصى مدته على شهر أو الغرامة التي لا يزيد أقصى مقدراها على عشرة دانانير (م 55). فمفاد هذه النصوص أن الغرامة عقوبة أصلية في الجنح والمخالفات[1]، أما في الجنايات فإن تقرير الغرامة في

---

(1) ويذهب الدكتور محمد محمود مصطفى أن الغرامة يمكن أن تكون عقوبة تكميلية في الجنح، وذلك عندما ينص عليها القانون بالإضافة إلى عقوبة الحبس، ويرى أن الحبس في هذه الحالة يكون من العقوبة الأصلية، أما الغرامة فتكون عقوبة تكميلية. انظر مؤلفه شرح قانون العقوبات، القسم العام ـ الطبعة العاشرة ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1983م ـ ص 595. وهذا الرأي محل نظر لأن الغرامة بنص القانون ـ عقوبة أصلية في الجنح، شأنها في ذلك شأن الحبس سواء بسواء، وهي لا تفقد هذه الصفة سواء تقررت وحدها أو تقررت مع الحبس، ولا يتغير وصفها سواء جاء تقريرها مع الحبس على وجه البدل أو بالاضافة إليه، وسواء كان ذلك على سبيل الوجوب أو الجواز. دكتور عوض محمد ـ المرجع السابق ـ ص 596.

أي منها لا يضفي عليها أكثر من وصف العقوبة التكميلية[1]، فالغرامة في الجنايات هي عقوبة غير أصلية، أي أنها ثانوية لا توقع بمفردها، بل تلتحق دائماً بغيرها. ولا يمكن وصفها بالتبعية، لأن الغرامة لا تكون عقوبة تبعية في أي حال، ولذلك يلزم النص عليها في حكم الإدانة وإلا امتنع تنفيذها. فإذا انتفى عن الغرامة في الجنايات وصف العقوبة الأصلية ووصف العقوبة التبيعة، لم يبق غير أن تكون عقوبة تكميلية.

ثانياً: حكم الغرامة العادية في أحوال الشروع:

لا خلاف في أن الحكم المتعلق بخفض العقوبة إلى النصف في أحوال الشروع في الجنح يسري على عقوبتي الحبس والغرامة معاً، لأن كلتيهما عقوبة أصلية لهذا النوع من الجرائم، فضلاً عن أن نص المادة 61 من قانون العقوبات صريح في تقرير هذا الحكم، حيث يقضي بأن يعاقب على الشروع في الجنح بالعقوبات المقررة لها مع خفض حديها إلى النصف. فهو لم يجعل حكمه مقتصراً على الحبس وحده، بل صرفه إلى العقوبات المقررة لها، بما في ذلك الغرامة.

أما في حالة الشروع في الجناية فقد ذهبت الدوائر المجتمعة بمحكمتنا العليا الليبية إلى القضاء بعدم تطبيق الغرامة العادية، وقد جاء في أسباب هذا القضاء أنه «وحيث تنص المادة 60 من قانون العقوبات على أنه يعاقب على الشروع في الجناية بالعقوبات التالية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك:

---

(1) وهذا هو رأي جمهور الفقه: انظر على سبيل المثال: دكتور محمود محمود مصطفى المرجع والموضع السابقان. دكتور عوض محمد المرجع والموضع السابقان. دكتور رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائي طبعة جديدة منشأة المعارف الاسكندرية 1995م ص 926، ص 927، دكتور أحمد عبد العزيز الألفي المرجع السابق ص 442، ص 462، مع ملاحظة أن الدكتور الألفي يعتبر الغرامة عقوبة تكميلية أيضاً في بعض الجنح. وقد سبق أن عرضنا لهذا الرأي بالنقد ـ راجع الحاشية السابقة.

بالسجن المؤبد إذا كانت عقوبة الجناية الإعدام، وبالسجن الذي تقل مدته عن ثماني سنوات إذا كانت عقوبة الجناية السجن المؤبد، أما في الأحوال الأخرى فيحكم بعقوبة السجن مع خفض حديها إلى النصف. . . لما كان ذلك، وكانت المادة الأولى من قانون العقوبات تنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وكان من المقرر أنه لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الجنائية فيما يعد جريمة والعقوبة المقررة لها. وكان يبين من نص المادة 60 من قانون العقوبات. سالفة الذكر، الخاصة بتخفيف العقوبة في حالة الشروع في الجناية أن المشرع لم ينص على عقوبة الغرامة في تلك الحالة، ولو أنه أراد مخالفة ذلك بأن توقع فيها الغرامة لنص على ذلك صراحة، كما فعل بالنسبة لعقوبة الشروع في الجنحة، بالنص عليها في المادة 61 من قانون العقوبات. . . ومن ثم فإن عقوبة الغرامة لا تطبق في حالة الشروع في الجناية، ما لم يستثن ذلك بتشريع أو قانون خاص[1].

وهذا القضاء في اعتقادنا غير سديد، ووجه الخلل فيه ابتناؤه على أساس المقارنة بين حكم الغرامة في الجنح وحكمها في الجنايات. وهو أساس خاطىء، ويكمن خطؤه في اختلاف حكم الغرامة في الحالين، فهي في الجنح عقوبة أصلية، أما في الجنايات فهي عقوبة تكميلية. ومن الطبيعي أن ينص المشرع على حكمها في أحوال الشروع في الجنح ويغفل النص عليها في أحوال الشروع في الجنايات، لأنه في الحالين عني بالنص على العقوبات الأصلية دون التكميلية ولا التبعية. ولو صح مذهب الدوائر المجتمعة لامتنع توقيع العقوبات التكميلية المقررة للجنحة إذا وقفت عند حد الشروع، وهو ما لم يقل به أحد.

---

(1) جلسة 20/ 2/ 1991م، مجلة المحكمة العليا س24 ـ ع3، 4 ـ الطير(أبريل) ناصر (يوليو)1988م، ص 317، 318.

والصحيح في رأينا أن عقوبة الشروع لا تقتصر على العقوبة الأصلية وحدها، بل تشمل كذلك العقوبات التبعية والتكميلية. ولا يقدح في صحة هذا الرأي سكوت المشرع عن ذكر العقوبات التبعية والتكميلية، واقتصاره على تخفيف العقوبات الأصلية، فذلك لا يعني استبعاد الأولى والثانية من التطبيق في أحوال الشروع، وإنما يعني أنه يرمي من ذلك إلى تخفيف العقوبات الأصلية فقط، أما العقوبات التبعية والتكميلية فإنها توقع دون تمييز بين الجريمة التامة والشروع. ومؤدى ذلك أنه إذا نص القانون على توقيع عقوبة أصلية للجناية التامة، وكانت هناك عقوبة تبعية أو تكميلية يجب أو يجوز توقيعها إلى جانب العقوبة الأصلية، فإن هذه الأخيرة هي التي يلحقها التخفيف إذا أوقفت الجريمة أو خاب أثرها لسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه. أما العقوبة التكميلية أو التبعية فإنها تطبق كما لو كانت الجناية قد وقعت تامة[1].

---

(1) وقد حرص واضعو مشروع قانون العقوبات المصري لعام 1967م على تقنين هذا الحكم، حيث ضمنوه نصاً يقضي بأن «تسرى على الشروع المعاقب عليه الأحكام الخاصة بالعقوبات الفرعية والتدابير المقررة للجريمة التامة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»، (م42 من المشروع). نقلاً عن: دكتور محمود محمود مصطفى المرجع السابق، ص 325. الحاشية (3). ويذهب الرأي السائد في الفقه المصري إلى أن عدم وجود مثل هذا النص في قانون العقوبات النافذ لا يحول دون إعمال هذا الحكم. راجع في ذلك: الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية - القاهرة، 1962م ص 341، دكتور محمد محي الدين عوض - القانون الجنائي - مبادئه الأساسية وتطبيقاته العامة في التشريعين المصري والسوداني، القاهرة 1963م، ص 154، دكتور سمير الشناوي - الشروع في الجريمة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - الطبعة الثالثة - القاهرة 1992م، ص 543، ص 544.

وقد جرى قضاء النقض المصري على هذا الحكم، من تطبيقاته أنه «لا يشترط لتوقيع عقوبة العزل المنصوص عليها في المادة 27 من قانون العقوبات أن تكون الجريمة تامة، بما هو مستفاد من النص فيها على مجرد ارتكاب جناية، الأمر الذي ينسحب على الجريمة التامة والشروع فيها على حد سواء» نقض 24/ 6/ 1958م، مجموعة =

غير أن هذا الحكم لا يشكل مع ذلك قاعدة مطردة، فهو لا يكون واجب التطبيق إذا تبين أن العقوبة التبعية أو التكميلية، لا تسري إلا على الجريمة التامة وحدها. وهذا هو ما يجرنا إلى بحث الغرامة النسبية وحكمها في حالة الشروع في الجناية، وهي المسألة التي نعرض لها في الفقرة التالية:

= أحكام النقض، ص 9 ـ ق 182 ـ ص 743. وهذا حكم منطقي، لأن المادة 27 من قانون العقوبات المصري لا تشترط لتطبيق حكمها أن تقع الجريمة تامة، ولهذا فهي تنطبق ولو وقفت الجناية عند حد الشروع، لأن الشروع في الجناية جناية، والعبرة في انزال هذه العقوبة التكميلية هي بتوافر وصف الجناية. وهذا الوصف ثابت في حالى التمام والشروع. انظر في ذلك: الدكتور عوض محمد ـ قانون العقوبات (القسم العام) ـ المرجع السابق ـ ص 567.

الفقرة الثانية

الغرامة النسبية وحكمها في أحوال الشروع في الجنايات

5 ـ تمهيد وتقسيم:

كانت الغرامة النسبية هي مثار المشكلة التي نحن بصدد بحثها. وإذا كانت إثارة هذه المسألة جديدة في القضاء والفقه الليبيين فهي قديمة في الفقه والقضاء المصريين. ولا تكاد الآراء المطروحة في شأنها في مصر تختلف عما طرح في ليبيا. ونعتقد أن المسألة الأولية التي يلزم التعرض لها بالمناقشة قبل الخوض في غمار هذه المشكلة هي تلك المتعلقة بطبيعة الغرامة النسبية، فما هي طبيعتها وما حكمها في أحوال الشروع؟ هذا ما نعرض له فيما يلي:

6 ـ أولاً: طبيعة الغرامة النسبية:

يسلك المشرع في تحديد مقدار الغرامة إحدى طريقتين: أولاهما تقدير الغرامة بمبلغ ثابت لحديها الأدنى والأقصى، وترك تحديدها بين هذين الحدين للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، تبعاً لظروف كل حالة على حدة. ومثال ذلك الغرامة المنصوص عليها في المادة 169 من قانون العقوبات. وهذه هي الطريقة الغالبة في تقدير الغرامات، وتكون الغرامة المقدرة بمقتضاها غرامة عادية. أما الطريقة الثانية فهي ربط الغرامة بقيمة الضرر الذي أحدثته الجريمة أو بقيمة الفائدة التي حققها الجاني أو التي كان يسعى إلى تحقيقها. ومن قبيل ذلك ما نهجه المشرع في المادة 35 من قانون الجرائم الاقتصادية، حيث نص على أن «يحكم على الجاني في جميع الأحوال المبنية بالمواد 5، 21، 22، 27، 28، 29، 30، 31، 32، 33 بغرامة تعادل ضعف ما هرب أو اختلس أو

طلب أو قبل أو وعد به أو عرض عليه أو حصل عليه أو استولى عليه أو ارغم غيره على إعطائه. . .» وتكون الغرامة التي يتم تقديرها بهذه الطريقة غرامة نسبية.

وفارق ما بين النوعين من الغرامة لا ينحصر في طريقة تحديد مقدار كل منهما، وإنما تختلف الغرامة العادية عن الغرامة النسبية في الأحكام المنظمة لكل منهما. فقد نص قانون العقوبات على أنه «إذا حكم على جملة متهمين بحكم جريمة واحدة فاعلين كانوا أو شركاء فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراد، خلافاً للغرامات النسبية فإنهم يكونون متضامنين في الالتزام بها (م 103 مكرره ب). ومؤدى هذا النص أن الغرامة العادية تتعدد بتعدد الجناة وأنها لا تخضع لمبدأ التضامن، فلا يلتزم كل محكوم عليه إلا بالغرامة التي حكم عليها بها، أما ما حكم به منها على أي من شركائه فلا يلتزم بأدائه. والأمر في الغرامة النسبية عل خلاف ذلك تماماً، فهي واحدة لا تتعدد ولو تعدد الجناة، وأن أداءها محكوم بمبدأ التضامن بين المحكوم عليهم بها، بحيث يجوز استيفاؤها بأكملها من أحدهم.

وكان من نتيجة هذا الاختلاف بين الغرامة النسبية والغرامة العادية في التنظيم القانوني أن في الفقه من يذهب إلى أن للغرامة النسبية طبيعة قانونية مختلفة عن طبيعة الغرامة العادية. وحاصل هذا الرأي أن الغرامة النسبية جزاء يختلط فيه معنى التعويض ومعنى العقوبة[1]. وحجة القائلين بالصفة المختلطة للغرامة النسبية أن فكرة التعويض تظهر في أن هذه الغرامة تقدر على وجه يتناسب مع الضرر[2]. وقد استقر قضاء المحكمة العليا الليبية على هذا الرأي،

---

(1) دكتور محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص 598، دكتور أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق، ص 465.

(2) دكتور محمود محمود مصطفى - المرجع والموضع السابقان.

حيث قضت بإن الغرامة النسبية تعتبر عقوبة تكميلية تجمع بين الصفتين المدنية والجنائية، فهي ذات طبيعة مختلطة بمعنى أنها تعويض عما نال الخزانة العامة من ضرر. . . وهي في نفس الوقت عقوبة يعادل مقدارها أضعاف ما كان يحتمل أن ينال الخزانة من ضرر[1]. وقضت في مناسبة أخرى بأن الغرامة التكميلية المنصوص عليها في المادة 230 من قانون العقوبات تحمل في طياتها فكرة التعويض المدني للخزانة العامة[2]. أما محكمة النقض المصرية فليس لها في هذا الخصوص موقف ثابت، فقد قضت في بعض المناسبات بأن الغرامة النسبية عقوبة تكميلية تنطوي على عنصر التعويض وتلازم العقوبة الأصلية التي يقضى بها على الجاني تحقيقاً للغرض المقصود من العقوبة من ناحية كفايتها للردع والزجر[3]. وبأن الغرامة المأمور بها في مواد الاختلاس والرشوة هي في الواقع تعويض للحكومة عن إجرام موظفيها باختلاس مالها أو بالارتشاء[4]. غير أنها ذهبت في أحكام أخرى إلى أن الغرامة النسبية عقوبة جنائية خالصة. فقد قضت بأن الغرامة المقررة في جريمة الاختلاس - وهي غرامة نسبية - هي عقاب مالي وضع خصيصاً للمختلس جزاءً وفاقاً على اختلاسه مال غيره، وفي ترتيب الشارع لها معنى خاص هو التأديب بجنس العمل[5]. وقضت كذلك بأن الغرامة النسبية المنصوص عليها في المادة 7 من القانون رقم 178 لسنة 1961م، في شأن تنظيم هدم المباني، جزاء مقرر لفعل يعتبر في القانون جريمة تنظر فيها المحاكم الجنائية دون غيرها، بناء على طلب النيابة العامة وحدها دون تدخل من مصلحة التنظيم أو توقف على طلب منها، مما يقتضي أن ينسبغ

---

(1) جلسة 28/ 12/ 1955 - قضاء المحمكة العليا الاتحادية - القسم الجنائي - ص 311، ص 312.

(2) جلسة 20/ 6/ 1972م - مجلة المحكمة العليا - ص 9 - ع1 - اكتوبر 1972م - ص 223.

(3) نقض 31/ 5/ 1966م - مجموعة أحكام النقض - ص 17 - ق 133 - ص 721.

(4) نقض 25/ 4/ 1929م - مجموعة القواعد القانونية - ج1 - ق 240 - ص279.

(5) نقض 6/ 11/ 1930م - المرجع السابق، ج2 - ق 89 - ص 81.

عليها وصف العقوبة الجنائية البحث، و لا تغير نسبيتها من طبيعتها الأصلية كعقوبة حسبما قصد إليه الشارع وبينه[1].

والراجح في تقديرنا أن الغرامة النسبية عقوبة جنائية لا تختلف في طبيعتها عن الغرامة العادية، فنسبية الغرامة لا تغير من طبيعتها العقابية ولا تضفي عليها وصف التعويض، بل إنها لا تجعلها خليطاً من عقوبة وتعويض. وإذا كان ثمة فارق بين الغرامة العادية والغرامة النسبية في طريقة التقدير، فهذا الفارق ليس من شأنه تغيير الطبيعة القانونية للغرامة النسبية، لأن طبيعة الغرامة لا تختلف تبعاً للطريقة التي يتحدد بها مقدارها[2].

ولا يقدح في اعتبار الغرامة النسبية عقوبة جنائية خالصة وجوب القضاء بها ولو كانت الجريمة التي تقررت من أجلها مرتبطة على وجه لا يقبل التجزئة بجريمة أخرى عقوبتها أشد، ذلك أن القضاء بالغرامة النسبية رغم وجوب العقوبة الأصلية بسبب الارتباط لا يتأسس على اعتبارها تعويضاً، وإنما لأنها عقوبة تكميلية. وهو حكم لا تنفرد به الغرامة النسبية وحدها بل تشترك فيه مع سائر العقوبات التكميلية الأخرى كالعزل والمصادرة والوضع تحت مراقبة الشرطة. فالعقوبات التكميلية عقوبات نوعية ملازمة لطبيعة الجريمة التي تقتضيها، وملحوظ للشارع بصفة خاصة توقيعها مهما تكن العقوبة المقررة لما يرتبط بالجريمة الأشد من الجرائم الأخرى، ولذلك فإنه يجب الحكم بها مع عقوبة الجريمة الأشد[3]. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية بأنه لما

---

(1) نقض 17/ 1/ 1966م ـ مجموعة أحكام النقض ـ س 17 ـ ق 12 ـ ص 64.

(2) دكتور عوض محمد عوض ـ المرجع السابق، 605، دكتور سمير الجنزوري ـ الغرامة الجنائية ـ رسالة دكتوراه ـ كلية الحقوق جامعة القاهرة ـ الطبعة الأولى ـ المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ـ القاهرة ـ 1967م ـ ص162.

(3) نقض 23/ 5/ 1966م ـ مجموعة أحكام النقض س 17 ـ ق 124 ـ ص 687. نقض 21/ 3/ 1971م المرجع السابق ـ س 22 ق 63 ـ ص 259، نقض 29/ 3/ 1971 المرجع السابق ق 75 ـ ص 325، نقض 12/ 3/ 1973م ـ المرجع السابق ـ س 24 ق 70 ص =

كان الأصل أن العقوبة الأصلية المقررة لأشد الجرائم المرتبطة ببعضها ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة تجب العقوبة الأصلية المقررة لما عداها من الجرائم، لكن هذا الأصل لا يمتد إلى العقوبات التكميلية. . . فهي عقوبات نوعية مراعى فيها طبيعة الجريمة، ولذلك يجب توقيعها مهما تكن العقوبة المقررة لما يرتبط بتلك الجريمة من جرائم أخرى، والحكم بها مع عقوبة الجريمة الأشد. . . فإذا ما ارتكب صراف اختلاساً وتزويراً في الدفاتر، لإخفاء هذا الاختلاس، أو زيف الجاني نقوداً وتعامل بها، فإنه يتعين الحكم بالعقوبة المقررة للجريمة الأشد، فضلاً عن العقوبة التكميلية المقررة للجريمة الأخرى من غرامة أومصادرة[1].

كما لا يقدح في وصف الغرامة النسبية بأنها عقوبة جنائية خالصة تضامن المحكوم عليهم في أدائها وعدم تعددها بتعددهم، فذلك لا يغير من طبيعتها ولا يجعلها من قبيل التعويض، وإنما تظل محتفظة ـ رغم ذلك ـ بطابعها العقابي والخالص. وآية ذلك إنه يتعين القضاء بالغرامة النسبية عند الإدانة بغير طلب، وأنها لا توقع على غير الجناة، فلا شأن للمسؤول عن الحقوق المدنية بها، ويمتنع القضاء بها على الورثة إذا توفي المتهم أثناء نظر الدعوى. كما أن أساس تقديرها يختلف عن الأساس المتبع في تقدير التعويض في القانون المدني، حيث يمكن الحكم بها ولو لم يستفد الجاني من الجريمة أو يلحق بالخزانة العامة ضرر، كما إنها قد تعادل أضعاف الفائدة الحاصلة أو المتوقعة[2]. هذا إلى أن الغرامة النسبية تتقادم بما تتقادم به العقوبات لا بما تتقادم به الحقوق المدنية، ويخضع تطبيقها لمبدأ القانون الأصلح للمتهم،

= 325. نقض 16/ 12/ 1974م ـ المرجع السابق ـ س 25 ـ ق 178 ـ ص 813، نقض 26/ 5/ 1980م المرجع السابق ـ س 31 ـ ق 132 ـ ص 68.

(1) جلسة 22/ 6/ 1972 مجلة المحكمة العليا ـ س 9 ـ ع1 ـ اكتوبر 1972م ـ ص 223.

(2) جلسة 28/ 12/ 1955 ـ قضاء المحكمة العليا الجنائي ـ الجزء الأول ـ ص 311.

ويمتنع الحكم بها إذا توافر مانع من موانع العقاب، أو إذا صدر عفو عام بعد ارتكاب الجريمة. وكل هذه النتائج تتفق فيها الغرامة النسبية مع الغرامة العادية، مما يؤكد اتفاقهما في الطبيعة العقابية الخالصة[1].

7 ـ ثانياً: حكم الغرامة النسبية في أحوال الشروع:

انتهينا إلى أن الغرامة النسبية عقوبة جنائية لا تختلف في طبيعتها عن الغرامة العادية، وأنه إذا كان ثمة فارق بين النوعين من الغرامة في طريقة التقدير، فهذا الفارق لا يغير من الطبيعة القانونية للغرامة النسبية، لأن طبيعة الغرامة لا تختلف تبعاً للطريقة التي يتحدد بها مقدارها. أما تحديد ما إذا كانت الغرامة النسبية عقوبة أصلية أم عقوبة تكميلية فهذا يتوقف على تحديد نوع الجريمة التي تقررت جزاء لها، فهي عقوبة أصلية في الجنح والمخالفات، وعقوبة تكميلية في الجنايات، شأنها في هذا الحكم شأن الغرامة العادية.

وقد قلنا إن عقوبة الشروع لا تقتصر على العقوبة الأصلية وحدها، بل تشمل كذلك العقوبات التبعية والتكميلية، كل ما في الأمر أن التخفيف يقتصر على العقوبة الأصلية دون العقوبة التبعية أو التكميلية[2].

وإذا أمكن إعمال هذا الحكم بشقيه في الغرامة العادية، بحسبان أن مقدارها محدد سلفاً، فهو أمر متعذر في الغرامة النسبية لأن مقدارها يتحدد على أساس ما عاد على الجاني من الجريمة، أي حسب قيمة ما اختلسه أو استولى عليه أو هربه... الخ، وذلك يفترض وقوع الجريمة تامة، أما إذا وقفت عند حد الشروع فإن تحديد الغرامة النسبية يكون مستعصياً على

---

(1) انظر في ذلك: دكتور عوض محمد، قانون العقوبات ـ القسم العام ـ المرجع السابق ـ ص 604 ـ ص 608، دكتور سمير الجنزوري ـ الغرامة الجنائية ـ المرجع السابق ـ ص 160 ـ ص 164.

(2) انظر ما تقدم الفقرة رقم (4).

التحديد، فضلاً عن أن عدم تمام الجريمة يعني أن الجاني لم يعد عليه من الجريمة شيء، وبالتالي يتعذر القول بتغريمه غرامة روعي في تحديد مقدارها عائد الجريمة[1].

وقد ورد في تعليقات الحقانية المصرية على المادة 46 من قانون العقوبات المصري الصادر سنة 1904م أن المقدار الذي يحتسب بمقتضاه مبلغ الغرامة النسبية المقررة في هذا النص لا وجود له في أحوال الشروع. كما أن واضعي مشروع قانون العقوبات المصري لسنة 1967م ضمنوه نصاً يقضي بأن «تسري على الشروع المعاقب عليه الأحكام الخاصة بالعقوبات الفرعية والتدابير المقررة للجريمة التامة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» (م 43 من المشروع) وجاء في التعليق على هذا النص أن المقصود بالاستثناء الوارد في عجزه أن «من العقوبات الفرعية ما لا ينطبق بطبيعته على الشروع كالغرامة النسبية[2]».

8 ـ الخلاصة:

مؤدى كل ما تقدم إن حكم المحكمة العليا ـ محل التعليق ـ قد حالفه التوفيق في شق منها وخالفه في شق آخر. ووجه الصحة منها انتهاؤه إلى عدم توقيع الغرامة النسبية في أحوال الشروع. أما وجه الخلل فهو إطلاقه هذا الحكم وسحبه على الغرامة العادية في الجنايات ومكمن الخلل في هذا الجانب تأسيسه على أن الغرامة عقوبة تكميلية في الجنايات سواء كانت عادية أم نسبية. وعلى الرغم من صحة هذا الاساس فإنه مع ذلك لا يكفي لحمل

---

(1) نقض مصري 2/ 12/ 1958م ـ مجموعة أحكام النقض ـ س 9 ـ ق 247 ـ ص 1020، نقض 5/ 10/ 1965 ـ المرجع السابق ـ س 16 ـ ق 128 ـ ص 672.

(2) نقلاً عن دكتور سمير الشناوي ـ الشروع في الجريمة ـ المرجع السابق ـ ص 550 ـ ص 551.

النتيجة التي أقامتها المحكمة العليا عليه: فكون الغرامة عقوبة تكميلية لا يشفع للجاني في عدم توقيعها عليه في أحوال الشروع، لأن عقوبة الشروع لا تقتصر على العقوبة الأصلية وإنما يشمل كذلك العقوبات التبعية والتكميلية. وإذا صح القول بعدم إمكانية توقيع الغرامة النسبية في حالة الشروع، فصحة هذا الحكم لا تستند على كون هذه الغرامة عقوبة تكميلية، وإنما تستند على تعذر تقديرها في هذه الحالة. وهو ما لا يصدق على الغرامة العادية، لأن مقدارها معروف ومحدد، بصرف النظر عن قيمة ما عاد على الجاني من جريمته، الأمر الذي لا يجعل تحديدها موقوفاً على تمام الجريمة.

القسم الثاني

القضاء

المبدأ الذي قررته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1956م والمنشور بمجموعة اللوز 1957 م ص 349. والمتعلّق بمسؤولية الأحداث الجنائية.

تعليق: الأستاذ موريس باتان **Maurice Patin** المستشار بمحكمة النقض الفرنسية.

ترجمة:

الدكتور محمد حسن الجازوي أستاذ القانون الجنائي، بكلية القانون، جامعة قاريونس.

المبدأ:

إذا كان الأمر الصادر في 2 فبراير 1945، والمعدل بالقانون الصادر في 24 مايو 1951، قد أرسى في المادتين 1 و2 منه، مبدأ عدم المسؤولية الجنائية للحدث، بغض النظر عن توافر التمييز لديه، وحدد القضاء المختص بالفصل في الجنح والجنايات المسندة إلى الأحداث الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة، وخول هذا القضاء اتخاذ الإجراءات التقويمية المناسبة إزاءهم، فيجب أيضاً، وفقاً للقواعد العامة، أن يكون الحدث قد ارتكب السلوك المادي المسند إليه عن إدراك qu'il ait compris et voulu ...etc».

وبناء على ذلك، إذا كان الحكم المطعون فيه قرر انتفاء المسؤولية الجنائية لحدث يبلغ السادسة من العمر عن جريمة الجرح خطأ المسندة إليه لانعدام الإدراك لديه، فإنه يكون قد أصاب وجه الحق.

ولكن بما أنه قرر عدم مسؤولية الحدث جنائياً فيتعين عليه أن يقضي ببراءته، ولا يجوز له أن يفرض عليه تدبيراً وقائياً وإلا كان مشوباً بتناقض يعيبه.

وتأسيساً على ذلك إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتسليم الحدث إلى أسرته فأنه يكون فاقد الأساس القانوني الذي استند إليه، ويتعين نقضه.

التعليق

قرر القانون الفرنسي التقليدي أن كل جريمة، عمدية أو غير عمدية، تتطلب، على الأقل، أن يكون لدى مرتكبها الإرادة الحرة. ومن أجل ذلك وبعد أن أسبغ على العقوبة قيمة تكفيرية، أرسى، من حيث المبدأ ، قاعدة لا عقاب إذا كان الفاعل في حالة جنون وقت ارتكاب الفعل، أن القضاء الجنائي لا يهتم بأمر المجرم المختل عقلياً، وإنما تهتم به الإدارة وحدها في حالة قصور أسرته، ولها أن تتخذ في شأنه التدابير الملائمة لشفائه إذا كان ذلك ممكناً، وتحول بينه وبين الأذى والضرر.

غير أنه إذا كان المشرع قد عبر عن رأيه بوضوح فيما يتعلق بالمختل عقلياً، فإنه لم يفعل ذلك بالنسبة للصغير. فكل النظم المتعلقة بإجرام الأحداث ، وبغض النظر عن التقدم الذي أحرزه بعضها في هذا المجال، تعتبر الطفل منذ صغره، بل منذ ولادته نفسها، كائن مجرد من الإرادة والإدراك وقادر، بالتالي، على ارتكاب الجريمة. وينحصر دور المشرع، حياله في النص على تطبيق التدابير الوقائية بدلاً من توقيع العقوبة عليه. لنأخذ مثلاً قانون العقوبات الصادر في سنة 1810 الذي حدد الأهلية الجنائية ببلوغ السادسة عشرة، فلقد عامل هذا القانون الصغير الذي لم يبلغ تلك السن بأسلوب مماثل حيث قرر توقيع عقوبة عليه إذا ارتكب الجريمة وهو يتمتع بالإدراك والتمييز. أما إذا ارتكبها دون أن يكون لديه الإدراك والتمييز فيخضع للتدابيرالوقائية، معتبراً أياه، مهما كانت سنه مذنباً بمجرد ارتكاب الفعل المجرم قانوناً.

ولنأخذ أيضاً الأمر الصادر في 2 فبراير 1945م. المعدل بالقانون الصادر في 24 مايو 1951م، الذي أبقى المبدأ كما هو عليه فيما يتعلق بهذه المسألة.

فمما لا شك فيه أن الصغير حتى بلوغ سن الثامنة عشرة يعتبر غير مسؤول جنائياً. غير أن فكرة انعدام المسؤولية لا يمكن ادراكها بنفس الكيفية المقررة للشخص المختل عقلياً.

فالصغير يعتبر مذنباً ، بمجرد اللحظة التي يرتكب فيها السلوك المادي ويُسأل جنائياً ومدنياً. ومسؤوليته الجنائية تنحصر في فرض التدابير التقويمية عليه، أما مسؤوليته المدنية فتتمثل في رفع دعوى مدنية للمطالبة بتعويض الضرر الذي سببه للغير. وفي هذه الحالة يكون الشخص الملزم برقابة الصغير مسؤولاً في إطار النظام التشريعي ، كما لو كانت الإرادة والإدراك وملكة العقل والفهم ليست ركناً في الجريمة.

وهكذا، ودون أن نذهب إلى حد الطفولة في المهد، فإنه، وفقاً للنصوص القانونية فإن الصغير، ذكراً أو أنثى، البالغ من العمر أربع سنوات الذي يضبط في أحد قطارات الانفاق بدون تذكرة ركوب في هذا القطار، حتى ولو كان مرافقاً لوالديه، يعتبر مرتكباً لجريمة بالمخالفة للائحة قطارات الانفاق، من ثم يخضع لأحد التدابير القانونية كالتدابير التهذيبية وطرق التربية والرقابة. أن القضية موضوع التعليق تعتبر مثالاً عن ذلك فالصغير Laboube عمره ست سنوات وعندما كان يلعب مع أحد زملائه سبب إيذاء لأحدهم بالعين اليمنى. وإزاء ذلك لم تتخذ النيابة العامة في بادىء الأمر أي إجراء ضده، غير أن ولي أمر المجني عليه، وهو والده، احتج على ذلك، وأقام نفسه مدعياً بحقوق مدنية، وعلى أثر ذلك افتتح التحقيق في الواقعة، ثم أحيل الحدث الجاني إلى محكمة الأحداث بتهمة الجرح الخطأ Blessures par imprudence وفي يوم المحاكمة طلب المحامي الحكم ببراءة الحدث، بالرغم من أن الواقعة كانت ثابتة وأسس دفاعه على أن الحدث كان وقت ارتكاب الجريمة صغيراً ولم يكن لديه التمييز الكافي ليدرك ماهية الفعل الذي ارتكبه، وبالتالي فإن الركن المعنوي للجريمة يكون منعدماً. ومتى تخلف هذا الركن تنعدم الجريمة، وتنتفي بالتالي، المسؤولية الجنائية والمدنية.

ولكن ماذا كان رد محكمة الأحداث على هذا الدفع؟ لقد كان ردها واضحاً. لقد قالت أن مسألة التمييز في الواقعة لا أهمية لها، وإنما يتعين التحقق مما إذا كان الفعل المادي قد ارتكب أم لا، فإذا تبين أن الفعل قد وقع مادياً فحينئذ يكون سلوك الذنب متوافراً[1].

وبناء على ذلك، فلقد ثبت في هذه القضية، أن الحدث هو الذي ارتكب الجريمة المسندة إليه، وتقرر تسليمه إلى أسرته كإجراء وقائي من إجراءات التقويم والتربية. مع الحكم على والده بالتعويض عن الضرر الذي سببه ابنه للمجني عليه، بوصف الأب مسؤولاً عن الحقوق المدنية.

ويظهر أن المحكمة قد أذعنت، عندما عبرت بهذه الكلمات، ليس للنص الحرفي للقانون، وإنما لرغبة المشرع التي لم يفصح عنها. فهو يهتم، قبل كل شيء بضمان تربية الحدث وتهذبيه، ولكن يقرر تقديمه إلى القضاء بمجرد انتهاكه للقانون، غير أن هذا النهج لا يستقيم مع العقل، ذلك أن القضاء الجنائي لا تعنيه مشكلة الأحداث في مجموعها وإنما يعنيه الأحداث المجرمون. ومن المقرر أن سلوك الذنب لا ينشأ من مجرد ارتكاب فعل مجرم قانوناً، وإنما يفترض توافر الركن المعنوي للجريمة، أي وجود الحد الأدنى من الإرادة والإدراك، وحرية الاختيار التي لا تتوافر لدى الطفل عند ولادته، وإنما يكتسبها شيئاً فشيئاً. وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في هذه الدعوى، حيث قررت أنه بالرغم من غموض نصوص الأمر الصادر في 2 فبراير 1945، فإن لهذه النصوص طابعاً جنائياً من حيث أنها تتطلب، التطبيق نظام التدابير التقويمية، أن يرتكب الحدث جريمة. غير أنه لا وجود للجريمة في حالة ما إذا كان الحدث ليس لديه التمييز الكافي لفهم الأذى أو إدراك

---

(1) سلوك الذنب أو الإثم الجنائي CULPABILITé يفترض ارتكاب خطأ بالمعنى الواسع أسواء كان عمدياً أو خطأ غير عمدي وهو ما يشكل الركن المعلوي للجريمة.

العواقب الناتجة عن سلوكه.

ولهذا قررت محكمة الاستئناف، آخذة في الاعتبار صغر سن الحدث وقت ارتكاب الجريمة، أنه في حالة عدم توافر الإدراك اللازم، لا يمكن مساءلة الحدث J. Laboube أمام محكمة الأحداث عن الفعل المسند إليه، وبناء على ذلك قضت بإلغاء الحكم الصادر بإدانته عن جريمة الإيذاء الخطأ، وبإلزام والده بالتعويض عن الضرر الناشىء عن الجريمة. غير أنه لا يمكن تبني هذا الرأي دون أن تفصل فيه محكمة النقض. ونظراً لعدم وجود طعن بالنقض من قبل الخصوم، قرر المدعي العام لدى محكمة النقض الطعن بالنقض لمصلحة القانون Dans l'intéret de la loi. وقال في أسباب طعنه الذي طلب فيه نقض الحكم المطعون فيه ما يلي: «بتاريخ 1/ 12/ 1953 قضت محكمة استئناف Colmar بأن الأمر الصادر في 2 فبراير 1945 لم ينص على إلغاء مسألة التمييز، ومن ثم يتعين البحث فيما إذا كان لدى الحدث الإدراك الكافي حتى يمكن إضفاء الوصف القانوني المناسب على الأفعال التي ارتكبها. وهذا التفسير الذي ذهبت إليه المحكمة هو تفسير خاطىء.

فإذا كانت المادة الأولى من الأمر الصادر في 2 فبراير 1945 حددت القضاء المختص بنظر الجنايات والجنح التي يرتكبها الأحداث الذين لم يتجاوزوا الثامنة عشرة من العمر، فإن المادة الثانية فقرة (1) من الأمر المذكور أرست مبدأ عدم المسؤولية الجنائية للأحداث، حيث نصت على إنه يتعين على محكمة الأحداث ومحكمة الجنايات أن تتخذ الإجراءات التقويمية الملائمة تجاه الحدث.

كذلك أجازت الفقرة الثانية من المادة المذكورة لهذه المحاكم أن تحكم بالإدانة على الحدث الذي تجاوزت سنه الثالثة عشر إذا تبين لها أن الظروف وشخصية المتهم تقتضي ذلك، غير أن هذا النص الأخير لا يلزم محكمة الموضوع بالفصل فيما إذا كان الحدث مميزاً أم لا. إن مسألة التمييز، التي

يجب عدم الخلط بينها و بين الركن المعنوي للجريمة، لا يمكن إدراكها مع مبدأ عدم المسؤولية الجنائية المنصوص عليه في المادة 2/ 1. وبالإضافة إلى ذلك فإن المادة 67 عقوبات التي تنص على جزاءات جنائية توقع على الأحداث الذين تجاوزوا الثالثة عشرة من العمر غضت النظر عن مسألة التمييز التي كانت تشير إليها في صياغتها السابقة على الأمر الصادر في 2 فبراير 1945».

ومن السهل جداً فهم هذا الطلب الذي يستند إلى اعتبارات قانونية مستمدة من إلغاء فكرة التمييز التي قررها الأمر المذكور فيما يتعلق بإجرام الأحداث. غير أن فكرة التمييز تعد غريبة عن النقطة التي تهمنا. إن مسألة التمييز لا تتعلق بمبدأ سلوك الذنب وإنما تتعلق بمعرفة ما إذا كان هناك مجال لتوقيع عقوبات جنائية أو فرض تدابير وقائية. ومن المفيد اليوم عدم إثارة مسألة التمييز من جديد. غير أن المشكلة تظل قائمة فيما يتعلق بمعرفة ما إذا كان الحدث يقع تحت طائلة القانون الجنائي، في حين أنه ليس لديه الإدراك الكافي لفهم نتائج تصرفاته.

لقد أجابت محكمة النقض عن هذه الطلبات بكل وضوح حيث قالت:

«إذا كانت المادتان 1 و2 من أمر 2 فبراير 1945 ققد أرستا مبدأ عدم المسؤولية الجنائية للصغير، بغض النظر عن توافر التمييز لديه، وحددتا القضاء المختص بالفصل في الجنح والجنايات المسندة إلى الأحداث، وخولت هذا القضاء إتخاذ الإجراءات التقويمية الملائمة تجاه الأحداث، فيجب أيضا وفقاً للقواعد العامة، أن يكون الحدث قد ارتكب السلوك المادي المسند إليه عن إدراك وإرادة.

وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بنقض الحكم المطعون فيه، مع تبني معظم أسبابه، خلافاً للرأي الذي استندت إليه أسباب الطعن بالنقض، فلأن المحكمة المطعون في حكمها لم تقض ببراءة الحدث، وهذه هي الحجة

التي استندت إليها محكمة النقض عندما قضت بنقض الحكم المطعون فيه. فالحدث الذي لم يكتمل نموه العقلي لا يمكن أن يسند إليه ارتكاب الجريمة. كالمجنون الذي لا يسأل جنائياً عن الجريمة التي اقترفها. ومن ثم فالقضاء لا يقع على عاتقه عبء الاهتمام بالحدث، حتى ولو كان الأمر يقتصر على تهذيبه وتأهيله ليصبح عضواً نافعاً في المجتمع، وإنما يقع هذا العبء على عاتق الإدارة، مثلما يقع عليها إتخاذ التدابير المناسبة بالنسبة للمصابين بخلل عقلي.

ويلاحظ أن محكمة النقض قبلت الإدعاء بالحقوق المدنية في الدعوى المرفوعة على الحدث. ومن المعروف أن القضاء الجنائي لا يختص بالدعوى المدنية إلا تبعاً للدعوى الجنائية. وهذا لا يعني أن ولي أمر المجني عليه ليس له الحق في المطالبة بالتعويض، بل من حقه أن يرفع دعواه أمام المحكمة المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصاب ابنه. ما قيمة الرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض: من الطبيعي، ليس أنا الذي يقول ذلك. فالفقه والمشرع، إذا اقتضى الأمر، هما الذين سيقدرون هذا الرأي. غير أن الذي أود الإشارة إليه فقط هو أن محكمة النقض قد أبدت تمسكها بالمبادىء التحررية والقواعد التقليدية للقانون الجنائي الذي آمن واضعوه بمبدأ حرية الاختيار Libre orbite والذي يرتكز على أفكار أدبية أسمى من مصلحة المجتمع أو المتهم نفسه.

موريس باتان

Maurice Patin

المستشار بمحكمة النقض

الحكم في الدعوى الجنائية بالبراءة وأثره في الدعوى المدنية التابعة

تعليق على حكم للمحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 432/ 36 ق

إعداد:

الدكتور/ مصطفى مصباح دبارة

أستاذ القانون الجنائي المشارك

بكلية القانون ـ جامعة قاريونس

1 ـ الوقائع :

اتهمت النيابة العامة المطعون ضدهما بأنهما بتاريخ 24/ 3/ 1987 ف بدائرة فرع الأمن الشعبي المحلي إجدابيا قاما بالاعتداء على سمعة المجنى عليه . . . بالتشهير به لدى عدة أشخاص عن طريق تقرير مقدم منهم إلى قسم البحث الجنائي إجدابيا وأمين العدل، على النحو الوارد بالأوراق. وطلبت من محكمة إجدابيا الحزئية معاقبتهما بالمادة 439/ 1، 2، 3 عقوبات. وأقام المجني عليه نفسه مدعياً بالحق المدني، من خلال دعوى مدنية رفعها بالتبعة للدعوى الجنائية، مطالباً بالحكم على المتهمين بالتعويض عما لحقه من ضرر ناجم عن الواقعة المنسوبة إليهما. وقد قضت محكمة إجدابيا الجزئية ببراءة المتهمين مما أسند إليهما، بانية قضاءها على انتفاء أركان الجريمة، كما قضت برفض الدعوى المدنية المقامة من المجني عليه.

استأنف المدعي بالحق المدني هذا الحكم أمام دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة بمحكمة بنغازي الابتدائية. والمحكمة المذكورة قضت في جلستها المنعقدة بمقر محكمة اجدابيا برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

لم يرتض المدعي بالحق المدني هذا الحكم، فقرر الطعن فيه بالنقض، ناعياً عليه الخطأ في تطبيق القانون، قائلاً إن المحكمة المطعون في حكمها قضت بتأييد حكم محكمة أول درجة، الذي قضى ببراءة المتهمين وبرفض دعواه المدنية، والتفتت عما تمسك به في صحيفة الاستئناف من وجوب عدم الخلط بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني، وأنه إذا لم تتكامل في الفعل العناصر اللازمة لاعتباره جريمة فإن ذلك لا يحول دون اعتباره عملاً غير مشروع وخطأ مدنياً يبرر الحكم بالتعويض.

2 ـ الحكم وأسبابه:

نظرت المحكمة العليا الطعن، وقضت بقبوله شكلاً، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به من رفض الدعوى المدنية، وبإحالة القضية إلى محكمة بنغازي الإبتدائية للفصل مجدداً في الدعوى من هيئة استئنافية أخرى، وألزمت المطعون ضدهما بالمصروفات. وقد بنت المحكمة العليا حكمها هذا على الأسباب التالية: حيث يبين من مطالعة حكم محكمة أول درجة، المؤيدة أسبابه بالحكم المطعون فيه، أنه أورد واقعة الدعوى بقوله: إن المجني عليه تقدم ببلاغ مفاده أن المتهمين ادعيا ضده بأقوال كاذبة مفادها أنه يقوم ببيع الحشيش وتهريب الدولارات، وأنه يعمل مع شخص ملثم مجهول الهوية، ثم تراجع المتهم الثاني وتقدم بتقرير قال فيه: إنه لا يعلم عن الموضوع أي شيء. وبعد أن أورد الحكم واقعة الدعوى على النحو المتقدم عرض لبيان أقوال الطاعن وأقوال المطعون ضدهما لدى محضر الضبط، وانتهى إلى القضاء ببراءتهما وبرفض الدعوى المدنية، وأورد لذلك قوله: إن المعلومات التي أدلى بها المتهمان لم يكن القصد منها التشهير بالمجني عليه أو الافتراء أو البلاغ الكاذب، وإنما كان ذلك أداء لواجبهما في التحري عن الجرائم والمخالفات الإدارية، مما تنتفي معه أركان الجريمة لانتفاء القصد الجنائي لديهما، ولأنه لا عقاب إذا وقع الفعل ممارسة لحق أو أداء لواجب، طبقاً لنص المادة 69 عقوبات. وإنه لما كانت الدعوى المدنية تستند على الحكم الجنائي، وكان هذا الحكم قد قضى ببراءة المتهمين، فإنه يتعين بناء على حكم البراءة برفض الدعوى المدنية. كما يتبين من الحكم المطعون فيه أنه انتهى إلى تأييد حكم محكمة أول درجة، لذات الأسباب التي بنى عليها.

وحيث إنه لما كان المستفاد مما سلف أن الحكم المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض الدعوى المدنية على انتفاء القصد الجنائي عن المتهمين المطعون ضدهما، فإن هذا لا يكفي وحده لانعدام المسؤولية المدنية، التي تقوم على الخطأ المدني، وهو الخروج على ما يقتضيه الحرص

والعقل في حين أن الخطأ الجنائي هو مخالفة الإنسان لأي نهى أو أمر في التشريعات الجنائية. وبالتالي فإن كل خطأ جنائي هو في ذاته خطأ مدني، والعكس ليس بصحيح، (فالأخطاء الجنائية) محصورة بنصوص القوانين واللوائح، أما الأخطاء المدنية فلا حصر لها. وتوجد حالات في القانون المدني يفترض فيها الخطأ ابتداء، أما المسؤولية الجنائية فلا يفترض الخطأ في صددها، بل لابد من إثبات قيامه. وبالتالي فلا تناقض بين الحكم الجنائي الذي يقضي بالبراءة والحكم المدني الذي يقضي بالتعويض. ومقتضى ذلك أنه متى تبينت المحكمة الجنائية أن الواقعة لم تتوافر فيها جميع أركان الجريمة الموجبة للعقاب فإنها تصدر حكمها ببراءة المتهم، ولا يحول ذلك دون استكمال بحث عناصر الدعوى المدنية، وجواز الحكم عليه بالتعويض، على اعتبار أن عدم تكامل أركان الجريمة لا يمنع من توافر الخطأ المدني الموجب للتعويض، ولو لم يكن فعل الجاني قد تم بسوء نية، متى كان قد صدر عن عدم تبصر وتسرع في الاتهام، مما يوجب على المحكمة بحث عناصر الدعوى المدنية والفصل فيها على هذا الأساس، دون أن يكون ثمة تناقض بين حكمها (في هذا الشق المدني) والحكم الجنائي الذي قضى ببراءة الجاني، طالما لم تؤسس البراءة على عدم حصول الواقعة أو على عدم صحتها أو لعدم ثبوتها، لأنها لا تملك في هذه الأحوال أن تقضي بالتعويض، لقيام المسؤوليتين الجنائية والمدنية معاً على ثبوت الواقعة وصحة إسنادها للمتهم. ولما كانت المحكمة الجزئية قد قضت، على نحو ما سلف ذكره، برفض الدعوى المدنية، تأسيساً على مجرد الحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية، دون أن تبحث في توافر عناصر الخطأ المدني الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، وكان الحكم المطعون فيه قد أيد ذلك القضاء، فإنه يكون قد خالف صحيح القانون، ويتعين نقضه[1].

---

(1) جلسة 6/ 2/ 1991 ف، مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة والعشرون، العددان الأول والثاني، التمور (أكتوبر)، أي النار (يناير)، 90، 1991ف، ص 176 وما بعدها.

3 ـ المسألة القانونية التي يثيرها الحكم:

يثير الحكم محل التعليق مسألة قانونية على جانب كبير من الأهمية تتعلق بأثر الحكم في الدعوى الجنائية بالبراءة على الدعوى المدنية التابعة. والأصل في هذه المسألة أنه لا تلازم بين الحكم في الدعوى الجنائية بالإدانة والقضاء في الدعوى المدنية التابعة بالتعويض، ولا بين الحكم بالبراءة والقضاء برفض الدعوى المدنية. ومؤدى هذا الأصل أن قضاء المحكمة الجنائية بإدانة المتهم لا يستتبع بالضرورة الحكم بإلزامه بالتعويض، بالنظر إلى اختلاف المناط في كلا الحكمين، فالحكم بالإدانة مناطه تحقق الجريمة في جانب المتهم وقيام مسؤوليته عنها، وهذا لا يكفي لقيام مسؤوليته المدنية، فمع التسليم بتوافر عنصر الخطأ في سلوك الجاني الذي يجرمه القانون، فإن هذا الخطأ بمفرده لا يبرر القضاء للمجني عليه بالتعويض، وإنما ينبغي أن يؤدي هذا الخطأ إلى وقوع الضرر، فالشروع في السرقة جريمة معاقب عليها قانوناً، غير أنه مع ذلك لا يؤدي إلى ضرر. ومن هنا قلنا إنه لا تلازم بين الحكم بالإدانة والقضاء بالتعويض، وإنه لا تناقض بين الحكم الذي يقضي في الدعوى الجنائية بالإدانة ولا يقضي في الدعوى المدنية بالتعويض.

وبالمقابل فإن القضاء ببراءة المتهم لا يحول دون الحكم بإلزامه بالتعويض، فقد يتأسس الحكم بالبراءة على عدم مسؤولية المتهم أو على امتناع عقابه، وكلا الامرين لا يؤثر على قيام المسؤولية المدنية، فالقانون يجيز مساءلة الشخص مدنياً في حالات يمتنع فيها عقابه جنائياً، ومن هنا جاء قولنا إنه لا تلازم بين الحكم بالبراءة والقضاء برفض الدعوى المدنية، فإذا قضت المحكمة ببراءة المتهم لتوافر مانع المسؤولية الجنائية أو العقاب، صح لها مع ذلك أن تحكم في الوقت نفسه بالتعويض، دون أن يؤخذ عليها الوقوع في التناقض.

غير إن إمكانية الحكم بالتعويض على الرغم من القضاء ببراءة المتهم

يتطلب توافر وصف الجريمة في سلوكه، فانقضاء وصف الجريمة وإن كان لا يحول دون قيام المسؤولية المدنية عند توافر وصف الخطأ في سلوك المتهم فإنه مع ذلك يغل يد المحكمة الجنائية ويصدها عن إمكانية القضاء بالتعويض. فاختصاصها في هذا الصدد استثنائي مرهون بقيام شروطه، وأهم هذه الشروط أن يكون الضرر المطلوب التعويض عنه ناجماً عن جريمة، فإذا تخلف هذا الشرط زال اختصاص المحكمة الجنائية، وتعين على المضرور اللجوء إلى القاضي المختص أصلاً بقضايا التعويض وهو القاضي المدني. ومؤدى ذلك إنه تنبغي التفرقة بين قيام المسؤولية المدنية واستحقاق المضرور للتعويض على الرغم من انتفاء وصف الجريمة في سلوكه بين اختصاص المحكمة الجنائية بالفصل في الدعاوى المدنية، فلكل من الأمرين أساس يقوم عليه، فالمسؤولية المدنية تقوم على الخطأ، واختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدينة يقوم على توافر وصف الجريمة في السلوك، واجتماع الأمرين في بعض الفروض لا يحول دون ابتعادهما في فروض أخرى. فالإيذاء ـ عمدا أو خطأ ـ جريمة معاقب عليها قانوناً، وخطأ تقوم به المسؤولية المدنية. أما الإتلاف غير العمدي فلا يشكل جريمة معاقباً عليها، وبالتالي فلا مجال لاختصاص المحكمة الجنائية بنظر دعوى التعويض إذا لم يثبت لديها قصد الإتلاف، لا لأن المسؤولية المدنية غير قائمة ولكن لأن الجريمة ـ كشرط لاختصاصها ـ لم تقم لتخلف الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي[1].

---

(1) يذهب رأي مرجوح في الفقه إلى أنه إذا كان قانون العقوبات يشترط العمد لتجريم بعض الأفعال فإن مجرد ارتكاب الفعل يعد جريمة في قانون الإجراءات، ولو كان عنصر العمد غير قائم. وينتهي إلى انعقاد الاختصاص للمحكمة الجنائية بنظر الدعوى التي يرفعها إليها من ناله ضرر من الفعل المرتكب. راجع في هذا الرأي والحجة التي يستند إليها: دكتور مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 1971ف، ص 306 ـ 310. وانظر نقداً لهذا الرأي =

4 ـ تقدير حكم محكمة الموضوع:

ومؤدى ما تقدم صحة ما ذهب إليه حكم محكمة إجدابياً الجزئية وحكم دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة بمحكمة بنغازي الإبتدائية فيما ذهبا إليه من رفض القضاء بالتعويض للمدعي بالحق المدني، لأن السلوك المنسوب إلى المتهمين لم يتوافر فيه وصف الجريمة، وانتفاء هذا الوصف ـ سواء لتخلف الركن المعنوي المتمثل في قصد التشهير أم لتوافر سبب الإباحة المتمثل في استعمال الحق أو أداء الواجب ـ يحول دون سلطة المحكمة الجنائية في القضاء بالتعويض. فتخلف القصد الجنائي في الواقعة وإن كان لا يحول دون قيام المسؤولية المدنية فإنه مع ذلك يجرد السلوك من وصف الجريمة ويمنع اختصاص المحكمة الإبتدائية بنظر دعوى التعويض عن الضرر الناجم عنه. أما قيام سبب الإباحة فهو يجرد هذا السلوك من وصف الجريمة ووصف الخطأ المدني في آن معاً ويحول بالتالي دون قيام المسؤوليتين الجنائية والمدنية. وبالتالي فإن قضاء المحكمة ببراءة المتهم لتخلف القصد الجنائي يستتبع بالضرروة قضاءها بعدم الاختصاص بنظر الدعوى المدنية. أما تأسيس البراءة على توافر سبب الإباحة فيستلزم قضاءها برفض الدعوى المدنية. وإذا كانت لمحكمة الدرجة الأولى ـ مؤيدة بحكم محكمة الجنح والمخالفات المستأنفة ـ قد قضت برفض الدعوى المدنية، فأغلب الظن أنها قد استندت في ذلك على توافر الإباحة، وهي مسألة حرصت على بيانها في أسباب حكمها بالقول إن المعلومات التي أدلى بها المتهمان قد جاءت نتيجة أداء واجبهما في التحري عن الجرائم مما تنتفي معه أركان الجريمة... لأنه لا عقاب إذا وقع الفعل ممارسة لحق أو أداء الواجب طبقاً لنص المادة 69 عقوبات.

= وتفنيداً لحججه: أستاذنا الدكتور عوض محمد عوض، الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1989ف، ص 191 ـ 193.

وإذا كانت المحكمة المطعون في قضائها قد خلطت بين أدائها الواجب كسبب إباحة وحسن النية كسبب لانتفاء القصد الجنائي، فخلطها بين الأمرين له ما يبرره. ذلك أن حسن النية قاسم مشترك بين المسألتين فهو من جهة شرط من شروط إباحة أداء الواجب، وهو من جهة أخرى ناف للقصد الجنائي، وهو في الحالتين يحول دون اكتمال عناصر الجريمة، ويمنع المحكمة بالتالي من التصدي لطلب التعويض.

غير أننا مع ذلك نعيب على محكمة إجدابيا الجزئية ودائرة الجنح المستأنفة بمحكمة بنغازي الإبتدائية عدم تحري الدقة في أسباب الحكم ومنطوقه. فالتداخل بين مسألتي الإباحة وإنتفاء القصد الجنائي وإن كان أمراً وارداً في هذا المقام كما أسلفنا، إلا أنه لا يعني تماثل الحكم الذي يبنى على كل منهما، فحسن النية لا يكفي لاعتبار أداء الواجب سبباً للإباحة، وإنما ينبغي على الموظف أن يقوم قبل ارتكاب الفعل بالتثبت والتحري، بحيث يكون اعتقاده بمشروعية الفعل قائماً على أسباب معقولة. فإذا تبين أنه أقدم على ارتكاب الفعل وليس لديه إلا اعتقاد مجرد بمشروعيته، دون أن يبذل أي جهد للتحقق من سلامة اعتقاده فإن هذا الشرط - شرط التثبت والتحري - يكون منفياً، ويظل الموظف مسؤولاً عن فعله، وكذلك الشأن لو بذل الموظف جهداً طفيفاً وكان وفي وسعه بذل المزيد، لأن مسلكه في الحالين يكون متسماً بالرعونة والتقصير فلا يستفيد من الإباحة المقررة قانوناً.

بيد أن اعتقاد الموظف مشروعية فعله - أي حسن نيته - ينفي القصد الجنائي لديه، ولو ثبت أن خطأه جسيم، وأنه كان يستطيع، بشيء من التثبت والتحري، إدراك مدى سلامة تصرفه، غير أن ذلك وإن كان ينفي العمد فليس من شأنه أن ينفي الخطأ، لأن هذا الأخير لا يرتفع تماماً إلا إذا انتفى العمد والإهمال جميعاً. ومؤدى ما تقدم أن حسن نية الموظف يحول دون مسؤوليته عن الجريمة بالوصف العمدي، لكنه مع ذلك يظل مسؤولاً عن جريمة غير عمدية إذا كان القانون يعاقب عن الفعل بهذا الوصف. أما إذا كان الفعل معاقباً

عنه على وجه العمد فقط، وكان الموظف حسن النية عند إرتكابه، لكنه لم يترو أو يتثبت فإنه لا يسأل عنه جنائياً، لأن حسن النية من جهة ينفي القصد الجنائي فلا يسأل صاحبه عن جريمة عمدية، ولأن الفعل لا عقاب عن ارتكابه بإهمال فلا يسأل مرتكبه عن جريمة خطئية[1].

وهذا ما يصدق على واقعة الدعوى محل التعليق، فالمتهمان اعتقدا أن المدعي بالحق المدني يقوم بأعمال يجرمها القانون، فقدما تقرير هما ضده على هذا الأساس. وإذا كان هذا التقرير قد تضمن تشهيراً بالمدعي بالحق المدني، فإن المتهمين لا يسألان مع ذلك عنه، لأن القانون لا يعاقب عن جريمة التشهير إلا إذا وقعت عمداً، والعمد في جانب المتهمين منتف لحسن نيتهما.

وكان ينبغي على محكمة الموضوع أن تتحرى الدقة في قضائها فتفضل البحث في مسألة الإباحة عن البحث في مسألة انتفاء القصد الجنائي، لأن نتيجة البحث تختلف في الحالة الأولى عن الحالة الثانية، وتفصيل ذلك أن ثبوت شرطي الإباحة (حسن النية والتثبت والتحري) كفيل بحمل قضائها الذي انتهت إليه، وهو الحكم بالبراءة وبرفض الدعوى المدنية، بحسبان أن الإباحة تجرد السلوك من وصف الجريمة الجنائية ومن شائبة الخطأ المدني في آن معا. وتحول بالتالي دون قيام المسؤوليتين الجنائية والمدنية في نفس الوقت، الأمر الذي يستوجب الحكم بالبراءة وبرفض الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية. ولهذا كان يمكن للمحكمة أن تسد ثغرة هائلة، نفذ منها محامي الدفاع وفتحت المجال لتخطئة حكمها من قبل المحكمة العليا، لو أنها ركزت على هذه المسألة وأكدت على توافر الإباحة بشرطيها، دون أن تكتفي

---

(1) راجع في ذلك: استاذنا الدكتور عوض محمد عوض، قانون العقوبات ـ القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1991ف، ص 121، ص124، ص 125.

بمجرد التلميح إلى قيامها. فما كان يمكن للمحكمة العليا أن تتجرأ على هدم قضائها لو أحكمت بنيانه وأسسته بشكل قاطع على براءة المتهمين مما أسند إليهما لأنهما كان يقومان بأداء واجبهما المفروض عليهما قانوناً، وأنهما قد استوفيا شروط الإباحة التي ترفع عن سلوكهما وصف الجريمة من الناحية الجنائية ووصف الخطأ من الناحية المدنية، ويكون حقيقاً عليها بعد ذلك القضاء بالبراءة في الدعوى الجنائية، وفي الدعوى المدنية برفضها، دون أن يكون لقضائها في الشقين معقب.

أما إذا آثرت التركيز على حسن النية لدى المتهمين وبنت عليه نتيجة مؤداها انتفاء القصد الجنائي لديهما، فقد كان عليها أن تنتهي إلى الحكم في الدعوى الجنائية ببراءة المتهمين وفي الدعوة المدنية بعدم الاختصاص بنظرها. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى ببراءة المتهم لما تكشف له بداءة من أن الواقعة المرفوعة بها الدعوى هي منازعة مدنية بحت وقد ألبست ثوب الجريمة على غير أساس من القانون، فإن قضاءه بالبراءة اعتماداً على هذا السبب يلزم عنه اعتبار المحكمة الجنائية غير مختصة بالفصل في الدعوى المدنية. أما وقد تعرض لها الحكم وفصل في موضوعها بالرفض فإنه يكون قد قضى في أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية وحدها ولا شأن للمحاكم الجنائية به. ولما كان ذلك فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه فيما قضى في الدعوى المدنية والقضاء بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بالفصل فيها[1]. وليت محكمتنا العليا الليبية اقتفت أثر محكمة النقض المصرية في هذا القضاء الدقيق المحكم، ولكنها للأسف سلكت مسلكاً آخر، خلطت بين أمرين لا مجال للخلط بينهما وهو ما نناقشه في الفقرة التالية.

---

(1) نقض 11/ 12/ 1962 ف، مجموعة أحكام النقض، السنة الثالثة عشرة، القاعدة رقم 302، ص 842.

5 ـ حكم المحكمة العليا في الميزان:

استهلكت المحكمة العليا قضاءها بوضع مقدمة مفادها أن انتفاء القصد الجنائي عن المتهمين لا يكفي وحده لانعدام مسؤوليتهما المدنية، لأن هذه المسؤولية تقوم على الخطأ المدني وهو الخروج على ما يقتضيه الحرص والعقل. ورتبت على هذه المقدمة نتيجة مؤداها أنه متى ثبت للمحكمة الجنائية أن الواقعة لم تتوافر فيها جميع أركان الجريمة الموجبة للعقاب فإنها تصدر حكمها ببراءة المتهم، ولا يحول ذلك دون استكمال بحث عناصر الدعوى المدنية وجواز الحكم فيها بالتعويض، على اعتبار أن عدم تكامل أركان الجريمة لا يمنع من توافر الخطأ المدني الموجب للتعويض، ولو لم يكن فعل الجاني قد تم بسوء نية، متى كان قد صدر عن عدم تبصر وتسرع في الاتهام، مما يوجب على المحكمة بحث عناصر الدعوى المدنية والفصل فيها على هذا الأساس، دون أن يكون ثمة تناقض بين حكمها في الشق المدني وحكمها في الشق الجنائي القاضي ببراءة المتهم. وانتهت إلى أنه متى كانت المحكمة قد قضت برفض الدعوى المدنية تأسيساً على مجرد الحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية دون أن تبحث عناصر الخطأ المدني الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، فإنها تكون قد خالفت صحيح القانون.

ولسنا نجادل في صحة المقدمة التي استهلت بها المحكمة العليا قضاءها، فنحن معها ـ على طول الخط ـ في قولها إن انتفاء القصد الجنائي لا يعني بالضرورة انتفاء الخطأ، وأنه لا تلازم بين القضاء بالبراءة والحكم برفض الدعوى المدنية. فتلك مسألة حرصنا على تأكيدها في مستهل تعليقنا على حكمها. لكننا مع ذلك لا نجاريها في النتيجة التي خلصت إليها بعد هذه المقدمة. فالخلاف في واقعة الحال لا ينصب على بقاء المسؤولية المدنية رغم انتفاء المسؤولية الجنائية بانتفاء القصد الجنائي، وإنما ينصب على اختصاص المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى المدنية بالفصل فيها. وشتان بين هذا وذاك،

فالتسليم بقيام المسؤولية المدنية للمتهمين رغم القضاء ببراءتهما لا يعني بالضرورة أن المحكمة تظل مختصة بنظر الدعوى المدنية التي رفعها المدعي بالحق المدني أمامها. فهذا الاختصاص يبقى معقوداً إذا كان مبنى البراءة توافر مانع من موانع المسؤولية أو العقاب. لكنه يزول ولا يعود له أساس إذا كانت البراءة قد بنيت على انتفاء وصف الجريمة عن السلوك المنسوب إلى المتهم. وفي واقعة الدعوى انتهت المحكمة ـ المطعون في حكمها ـ إلى أن سلوك المتهمين كان مصحوباً بحسن النية من طرف كل منهما الأمر الذي ينفي القصد الجنائي في جانبهما، وينفي بالتالي عن سلوكهما وصف الجريمة.

وإذا كانت محكمة الموضوع قد أخطأت فخطؤها أنها قضت برفض الدعوى المدنية ولم تقض بعدم الاختصاص. وكان ينبغي على المحكمة العليا أن تصحح هذا الخطأ بنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به من رفض للدعوى المدنية والقضاء بعدم اختصاص المحكمة المطعون في قضائها بالفصل فيها. أما أن تغفل عن هذا الوجه وتذهب إلى ما ذهبت إليه فهو ما يجعل حكمها مشوباً بعيب مخالفة القانون، وكان حرياً بها أن تربأ بنفسها عن الوقوع فيه.

6ـ الخلاصة:

واقعة الدعوى محل البحث تتعلق بتهمة تشهير مسندة إلى متهمين قضت المحكمة ببراءتهما من هذه التهمة إستناداً على أداء الواجب كسبب إباحة، وعلى حسن النية كسبب لانتفاء القصد الجنائي أي الركن المعنوي في الجريمة. وبزوال وصف الجريمة عن السلوك يمكن أن يترتب واحد من أثرين:

أولهما: إذا كان مبنى انتفاء التجريم هو توافر الإباحة، فمؤدى ذلك انتفاء المسؤوليتين الجنائية والمدنية، وبالتالي يكون حكم المحكمة المطعون في قضائها بالبراءة وبرفض الدعوى المدنية صحيحاً ولا تثريب عليها فيه.

ثانيهما : إذا كان أساس انتفاء التجريم عدم قيام الركن المعنوي (وهو القصد الجنائي)، فمفاد ذلك وجوب الحكم بالبراءة لعدم الجريمة، والحكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى المدنية، لأن المحكمة الجنائية لا تختص بنظر قضايا التعويض إلا إذا كان الضرر المطلوب التعويض عنه ناجماً عن جريمة.

وإذا كان المحكمة العليا قد خالفت هذا النظر، وانتهت إلى إبقاء اختصاص المحكمة بالفصل في طلب التعويض رغم قضائها بالبراءة لعدم توافر أركان الجريمة، فإنها تكون بذلك قد وقعت في خطأ قانوني، يعيبها الوقوع فيه وهي تقف على رأس الهرم القضائي في الدولة، وتسهر على التطبيق السليم للقانون، وتصحح ما تقع فيه المحاكم الدنيا من أخطاء. والأمل يحدونا في أن تعيد محكمتنا العليا النظر في هذه المسألة في أحكامها المقبلة، فالعيب لا يكمن في مجرد الخطأ، وإنما العيب يكمن في الإصرار على الخطأ.

والله من وراء القصد

القسم الثالث

القوانين واللوائح
القانون رقم (4) لسنة 1981م
بإنشاء إدارة المحاماة الشعبية ولائحته التنفيذية

الجماهيرية العربية الليبية
الشعبية الاشتراكية
أمانة اللجنة الشعبية العامة للعدل
إدارة المحاماة الشعبية

القانون رقم (4) لسنة 1981م
بإنشاء إدارة المحاماة الشعبية
ولائحته التنفيذية
والقرارات والتعليمات والمنشورات
الصادرة بمقتضاه

قانون رقم (4) لسنة 1981م
بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية

مؤتمر الشعب العام:

تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية في دور انعقادها العادي الثالث لسنة 89 ـ 1390 من وفاة الرسول الموافق 1980م والتي صاغها الملتقى العام للمؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية والاتحادات والنقابات والروابط المهنية (مؤتمر الشعب العام)، في دور انعقاده السادس في الفترة من 27 صفر ـ غرة ربيع الأول 1390 من وفاة الرسول الموافق 3 ـ 7 يناير 1981م.

صيغ القانون الآتي

الباب الأول

تكوين الإدارة واختصاصاتها

المادة الأولى

لمواطني الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية حق الاستعانة دون مقابل بمحام في القضايا التي ترفع منهم أو عليهم أمام الجهات القضائية، وفقاً للقواعد التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

المادة الثانية

تنشأ بأمانة العدل إدارة تسمى «إدارة المحاماة الشعبية» تعتبر من الهيئات القضائية مقرها مدينة طرابلس، ويجري تنظيمها وفقاً لأحكام هذا القانون.

المادة الثالثة

تتكون إدارة المحاماة الشعبية من فروع ومكاتب.

ويكون لها فرع بمقر كل محكمة استئناف يتولى اختصاصاتها، وتتبعه

مكاتب بكل محكمة ابتدائية خارج مقر الفرع، ويجوز إنشاء مكاتب أخرى بمقار المحاكم الجزئية بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل، بناء على اقتراح رئيس الإدارة.

المادة الرابعة

تشكل إدارة المحاماة الشعبية من رئيس ووكلاء وعدد كاف من الأعضاء وفقاً للجدول المرافق.

المادة الخامسة

تقوم الإدارة وفروعها ومكاتبها بإرشاد المواطنين وتوعيتهم بمختلف أحكام القوانين واللوائح التي تتعلق بحقوقهم وواجباتهم ومصالحهم، ولها في سبيل ذلك الاستعانة بكافة وسائل النشر والإعلان.

كما تقوم الإدارة وفروعها ومكاتبها بمعاونة المواطنين على إنهاء منازعاتهم صلحاً.

المادة السادسة

تنوب إدارة المحاماة الشعبية بواسطة فروعها ومكاتبها عن الأفراد من مواطني الجماهيرية، وبدون مقابل، فيما يرفع منهم أو عليهم من دعاوى أحكام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ولدى الجهات الأخرى التي يخولها القانون اختصاصاً قضائياً، وفي غير ذلك من الإجراءات القضائية وفقاً لأحكام هذا القانون.

المادة السابعة

يحق لكل شخص يرغب في رفع دعوى أو اتخاذ إجراء قضائي، أن يطلب من الفرع أو المكتب المختص القيام بذلك نيابة عنه، ويقدم الطلب إلى المكتب أو الفرع المختص على النموذج المعد لذلك، مصحوباً بالمستندات والبيانات اللازمة.

وللمحكمة والنيابة العامة أن تكلف الفرع أو المكتب بأن يندب من يتولى الدفاع عن أحد الأشخاص، كلما اقتضى القانون ذلك.

المادة الثامنة

في غير الأحوال التي يصدر فيها قرار بمنح المساعدة القضائية، لا تباشر الفروع أو المكاتب أي إجراء في الدعوى، إلا بعد أن يقوم صاحب الشآن بدفع الرسوم القضائية المقررة.

ويتولى الفرع أو المكتب تقديم طلب المساعدة القضائية عن الشخص الذي ينوب عنه، وفقاً للأحكام الخاصة بالمساعدة القضائية، ولا يخل ذلك بحق الشخص في التقدم إلى المحكمة بطلب هذه المساعدة.

المادة التاسعة

مع مراعاة أحكام المادة الرابعة من القانون رقم 87 لسنة 1971م بشأن إدارة القضايا يجوز للشركات والمنشآت الأجنبية والوطنية الاستعانة بمحام عن طريق فروع الإدارة ومكاتبها، في القضايا التي ترفع منها أو عليها، بمقابل، تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وبعد إداء الرسوم القضائية.

المادة العاشرة

يحق لرعايا الدول الأجنبية الاستعانة بمحام عن طريق فروع الإدارة ومكاتبها، بمقابل، تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ويجوز لأمين اللجنة الشعبية العامة للعدل بناء على عرض رئيس الإدارة أو طلب أصحاب الشأن، تخفيض الأتعاب أو الاعفاء منها إذا تبين له ما يبرر ذلك.

المادة الحادية عشر

يكلف رئيس الفرع أو المكتب أحد الأعضاء ليتولى دراسة الطلب

ومحاولة إنهاء النزاع صلحاً باتفاق جميع الأطراف، وإذا تعذر ذلك يتولى هذا العضو نيابة عن الطالب رفع الدعاوى أمام الجهة القضائية المختصة، كما يكلف رئيس الفرع أو المكتب عضواً آخر لينوب عن الطرف الآخر في الدعوى بناء على طلب منه، ويتولى الدفاع عن وجهة نظره وعن حقوقه، على أساس ما يقدمه له من مستندات وبيانات.

كما يتولى الفرع أو المكتب مباشرة كافة الإجراءات القضائية بما فيها الطعون، وتنفيذ الأحكام عن الشخص الذي ينوب عنه.

المادة الثانية عشر

تنتهي نيابة الفرع أو المكتب عن الأفراد بانتهاء النزاع، أو بناء على طلبهم.

وإذا قرر الأطراف إنهاء النزاع دون علم الإدارة، تعين عليهم إخطار الفرع أو المكتب المختص بذلك.

الباب الثاني

أعضاء الإدارة

المادة الثالثة عشر

مع مراعاة أحكام هذا القانون، يسري على رئيس إدارة المحاماة الشعبية ووكلائها وأعضائها بالنسبة للتعيينات والأقدميات والعلاوات والإجازات، وتقدير درجة الكفاية والنقل والندب والإعارة والتأديب وانتهاء الخدمة والحقوق التقاعدية، ما يسري على شاغلي وظائف القضاء والنيابة العامة المعادلة لوظائفهم.

وتختص اللجنة الشعبية العامة للعدل بالنسبة لرئيس وأعضاء إدارة المحاماة الشعبية، بما تختص به من هذه الشؤون بالنسبة لرجال القضاء وأعضاء النيابة العامة.

المادة الرابعة عشر

يشترط فيمن يعين في وظائف وإدارة المحاماة الشعبية الشروط المنصوص عليها في الفقرات 1 و2 و3 و4 و5 و6 و8 من المادة (43) من قانون نظام القضاء رقم (51) لسنة 1976.

ويستثنى من شرط الحصول على المؤهل، المحامون المقيدون في أحد جدولي المحاماة وقت صدور هذا القانون.

المادة الخامسة عشر

يجوز نقل رجال القضاء والنيابة العامة وإدارة القضايا إلى إدارة المحاماة الشعبية، كما يجوز نقل أعضاء الإدارة إلى القضايا والنيابة وإدارة القضايا، بالشروط والأوضاع التي يتم بها التعيين في الوظائف التي يجري النقل إليها.

المادة السادسة عشر

مع عدم الاخلال باختصاصات اللجان الشعبية للعدل في البلديات ينوب رئيس إدارة المحاماة الشعبية في الإدارة في جميع صلاتها بالجهات الرسمية وغيرها، ويشرف على جميع أعمال الإدارة وأعضائها وموظفيها، وله في هذا الشأن أن يتخذ الإجراءات ويصدر التعليمات التي تكفل حسن سير العمل.

كما له أن يفوض وكلاء الإدارة ورؤساء الفروع والمكاتب في بعض اختصاصاته، ويقوم أقدم الوكلاء مقام رئيس الإدارة عند غيابه.

المادة السابعة عشر

يتولى رئيس الفرع جميع الأعمال الفنية والإدارية في دائرة اختصاص الفرع التابع له، ويكون مسؤولاً عن حسن سير العمل بالفرع، ويقدم للإدارة كل ثلاثة أشهر تقريراً عن أعمال الفرع يتضمن بيان القضايا المتداولة والمفصول فيها، كما يتضمن ما يراه من ملاحظات واقتراحات.

كما يتولى رئيس المكتب الأعمال والمسؤوليات المنصوص عليها بالفقرة السابقة، ولرئيس الفرع أو المكتب أن يعهد للأعضاء ببعض اختصاصاته.

المادة الثامنة عشر

أعضاء إدارة المحاماة الشعبية تابعون لرؤسائهم بترتيب درجاتهم ثم لأمين اللجنة الشعبية للعدل.

المادة التاسعة عشر

استثناء من حكم المادة (الثالثة عشر) من هذا القانون، يكون نقل وندب أعضاء إدارة المحاماة الشعبية داخل الإدارة بقرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل بعد أخذ رأي رئيس الإدارة.

المادة العشرون

يؤدي أعضاء إدارة المحاماة الشعبية قبل مباشرتهم وظائفهم، يميناً بأن يؤدوا واجبات وظائفهم بالأمانة والصدق والعدل.

ويؤدي رئيس الإدارة ووكلاؤها اليمين أمام أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل، ومن عداهم أمام أمين اللجنة الشعبية للعدل المختص.

المادة الحادية والعشرون

على عضو الإدارة الامتناع عن إبداء أية مشورة أو مساعدة في نفس الدعوى أو في أي نزاع مرتبط بها للطرف الثاني في الدعوى، وبصفة عامة لا يجوز لعضو الإدارة أن يمثل مصالح متعارضة.

المادة الثانية والعشرون

لا يجوز لمن علم من أعضاء الإدارة عن طريق وظيفته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها، ولو بعد انتهاء نيابته، ما لم يكن ذكره لها بقصد منع ارتكاب جريمة.

كما لا يجوز تكليف عضو الإدارة بأداء الشهادة في نزاع أنيب أو استشير فيه.

المادة الثالثة والعشرون

يتم التفتيش على أعمال أعضاء الإدارة بالكيفية التي يتم بها التفتيش على أعمال رجال القضاء والنيابة العامة.

المادة الرابعة والعشرون

لأمين اللجنة الشعبية للعدل ورئيس الإدارة حق انذار أعضاء الإدارة إذا وقع منهم إخلال بواجباتهم، ويكون لهم حق الاعتراض أمام اللجنة الشعبية العامة للعدل، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ابلاغهم به.

المادة الخامسة والعشرون

يلحق بإدارة المحاماة الشعبية العدد الكافي من الموظفين الإداريين والكتابيين وتسري على هؤلاء الموظفين أحكام قانون الخدمة المدنية واللوائح الصادرة بمقتضاه.

ويكون لرئيس الإدارة بالنسبة لهم السلطة المقررة لرئيس المصلحة.

المادة السادسة والعشرون

يكون للموظفين الإداريين والكتابيين بإدارة المحاماة الشعبية حق الإطلاع على ملفات الدعاوي في المحاكم، نسخ بيانات المستندات والأوراق التي تتضمنها هذه الملفات، وذلك بتكليف من رئيس أو وكلاء الإدارة أو رئيس الفرع أو المكتب المختص.

المادة السابعة والعشرون

يجوز للمحامي من غير المتمتعين بالجنسية العربية الترافع أمام المحاكم في الدرجة المقررة له في بلاده، وذلك في قضية معينة وبإذن خاص من أمين

اللجنة الشعبية العامة للعدل.

على أن يؤخذ في الاعتبار عند منح الإذن المعاملة بالمثل ومشاركة أحد أعضاء إدارة المحاماة الشعبية.

المادة الثامنة والعشرون

تنشأ رابطة للقانونيين في الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية تكون لها الشخصية الاعتبارية.

وتعمل الرابطة على الارتقاء بمهنة القانون وترعى مصالح القائمين بها، كما يكون لها حق المشاركة في المنظمات والمؤتمرات والندوات العربية والعالمية للقانونيين.

وتؤول إلى الرابطة أموال نقابة المحامين، وتحل محلها في عضوية المنظمات التي كانت النقابة المذكورة طرفاً فيها.

ويصدر بالنظام الأساسي للرابطة قرار من اللجنة الشعبية العامة.

المادة التاسعة والعشرون

مع مراعاة أحكام القانون رقم 87 لسنة 1971م بشأن إدارة القضايا، تقصر مزاولة مهنة المحاماة على فروع ومكاتب إدارة المحاماة الشعبية إعتباراً من تاريخ مباشرتها لاختصاصاتها.

الباب الثالث

أحكام عامة وانتقالية

المادة الثلاثون

يجوز تعيين المحامين المقيدين طبقاً لأحكام القانون رقم 82 لسنة 1975 - بناء على طلب منهم - في وظائف إدارة المحاماة الشعبية بالشروط والأوضاع المبينة في القانون، وتحدد درجاتهم عند التعيين وفقاً لأحكام المادة (45) من

قانون نظام القضاء رقم (51) لسنة 1976م.

كما يجوز تعيين الموظفين العاملين بمكاتب المحامين الحاليين - بناء على طلب منهم - في الوظائف الإدارية والكتابية، وتحدد درجاتهم عند التعيين وفقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية رقم (55) لسنة 1976م.

المادة الحادية والثلاثون

تحدد اللائحة التنفيذية شروط وقواعد الترافع أمام درجات المحاكم المختلفة.

المادة الثانية والثلاثون

تتولى فروع ومكاتب إدارة المحاماة الشعبية الدعاوى والإجراءات القضائية التي يباشرها المحامون، ويتعين على هؤلاء الاستمرار في مباشرتهم لهذه الدعاوى والإجراءات، إلى حين تسليم ملفاتها ومستنداتها وكل ما يتعلق بها، إلى الفرع أو المكتب المختص، على أن يتم ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ مباشرة الفروع والمكاتب لاختصاصاتها المبينة في هذا القانون.

ويحدد بقرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل تاريخ مباشرة هذه الفروع والمكاتب لتلك الاختصاصات.

المادة الثالثة والثلاثون

تؤول أموال صندوق تقاعد المحامين إلى صندوق الضمان الإجتماعي ويتولى هذا الصندوق الالتزامات المترتبة على صندوق التقاعد المذكور، بالشروط والقواعد التي تحددها اللائحة التنفيذية، وذلك في حدود ما آل إليه من أموال وحقوق بمقتضى هذه المادة.

المادة الرابعة والثلاثون

تخصص أمانة الخزانة لهذه الإدارة المبالغ اللازمة في الميزانية العامة

الحالية، وذلك أن يوضع لها بند خاص في ميزانية أمانة العدل.

المادة الخامسة والثلاثون

تطبق القواعد الواردة بقانون نظام القضاء فيما لم يرد به نص بهذا القانون.

المادة السادسة والثلاثون

تشكل بقرار من أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل لجنة تتولى فحص طلبات التعيين المنصوص عليها بالمادة (الثلاثين) من هذا القانون وتحديد درجة وأقدمية مقدميها وفقاً لأحكام هذا القانون.

وترفع اللجنة تقريراً بنتائج أعمالها إلى اللجنة الشعبية العامة للعدل.

المادة السابعة والثلاثون

تصدر بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل، اللائحة التنفيذية لهذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العمل به.

المادة الثامنة والثلاثون

يلغى قانون المحاماة رقم (82) لسنة 1975.

المادة التاسعة والثلاثون

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد ستين يوماً من تاريخ نشره.

• مؤتمر الشعب العام •

✶ صدر في 21 ربيع الأول 1390 من وفاة الرسول ✶

الموافق 27 يناير 1981م

جدول معادلة وظائف
أعضاء إدارة المحاماة الشعبية
بوظائف القضاء والنيابة العامة

وظائف المحاماة الشعبية	وظائف القضاء والنيابة العامة
رئيس إدارة	رئيس محكمة استئناف
وكيل إدارة	وكيل محكمة استئناف
محام من الفئة (أ)	رئيس نيابة
محام من الفئة (ب)	نائب نيابة من الدرجة الأولى
محام من الفئة (ج)	نائب نيابة من الدرجة الثانية
محام من الدرجة الأولى	وكيل نيابة من الدرجة الأولى
محام من الدرجة الثانية	وكيل نيابة من الدرجة الثانية
محام من الدرجة الثالثة	وكيل نيابة من الدرجة الثالثة
محام من الدرجة الرابعة	مساعد نيابة
محام تحت التمرين	معاون نيابة

قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل
باللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لسنة 1981
بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية

اللجنة الشعبية العامة للعدل،

بعد الاطلاع على القانون رقم (4) لسنة 1981م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية،

وعلى قانون نظام القضاء الصادر بالقانون رقم (56) لسنة 1976م،

وعلى قرار اللجنة الشعبية العامة الصادر بتاريخ 17 ذي الحجة 1388 من وفاة الرسول الموافق 7 نوفمبر 1979م بشأن إعادة تنظيم أمانة العدل.

قررت .

الفصل الأول .

. تكوين الإدارة واختصاصاتها .

مادة (1)

تتكون إدارة المحاماة الشعبية من فروع ومكاتب، ويكون للإدارة فرع بمقر كل محكمة استئناف ومكتب بكل محكمة ابتدائية خارج مقر الفرع.

ويجوز بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل بناء على اقتراح رئيس الإدارة إنشاء مكاتب أخرى بمقدار المحاكم الجزئية.

ويتحدد اختصاص الفرع أو المكتب بدائرة المحكمة الابتدائية أو الجزئية التي يقع مقره فيها.

مادة (2)

يتكون كل فرع أو مكتب من الأقسام الآتية:

1 ـ قسم الاستئناف.

2 ـ قسم القضاء الإداري والدستوري.

3 ـ قسم الجنائي.

4 ـ قسم الابتدائي.

مادة (3)

يتولى قسم الاستئناف مباشرة الدعاوى والترافع فيها أمام محاكم الاستئناف وأمام المحاكم الابتدائية بصفتها هيئة استئنافية في غير الجنح والمخالفات.

مادة (4)

يتولى قسم القضاء الإداري والدستوي مباشرة الدعاوى والترافع فيها أمام دوائر القضاء الإداري في محاكم الاستئناف وهيئات التحكيم والجهات الأخرى التي يخولها القانون اختصاصاً قضائياً في نطاق القانون الإداري.

كما يتولى هذا القسم كتابة مذكرات بشأن الدعاوى والدفوع الدستورية واحالتها إلى قسم النقض المختص بالإدارة.

مادة (5)

مع مراعاة أحكام البندين (2، 3) من المادة (12) من هذه اللائحة يتولى قسم الجنائي الترافع أمام محكمة الجنايات والمحكمة الجزئية والنائية في مواد الجنح والمخالفات والمحكمة الابتدائية بصفتها هيئة استئنافية في مواد الجنح والمخالفات، كما يتولى حضور التحقيقات أمام النيابة العامة وغرفة الاتهام وأية جهة أخرى يخولها القانون اختصاصاً قضائياً في المجال الجنائي.

مادة (6)

يتولى قسم الابتدائي مباشرة الدعاوى والترافع فيها أمام المحاكم الابتدائية والجزئية والنائية وكذلك الجهات التي يخولها القانون اختصاصاً قضائياً في غير نطاق القانون الإداري.

مادة (7)

يتولى كل قسم من الأقسام المشار إليها في المواد السابقة متابعة تنفيذ الأحكام الصادرة لصالح الأفراد والأشخاص والجهات التي تولى الفرع أو المكتب مباشرة الدعوى أو الترافع فيها نيابة عنهم وكذلك متابعة إجراءات الافلاس والصلح الواقي والبيوع ضد مديني من ناب عنهم.

مادة (8)

إذا قرر صاحب الشأن الطعن بالنقض في الحكم الصادر يقوم القسم الذي كان يتولى الدعوى بإعداد مذكرة الطعن مبيناً بها أسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم والحكم المطعون فيه وصورة من الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن والمستندات المؤيدة له وطلبات الطاعن.

وتحال مذكرة الطعن من الفرع أو المكتب إلى قسم النقض المختص بالإدارة مرفقاً بها صورة من الحكم الابتدائي إذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال إليه في أسبابه.

ويجوز لقسم النقض المختص طلب أية بيانات أخرى يراها لازمة من الفرع أو المكتب.

مادة (9)

تنشأ بمقر إدارة المحاماة الشعبية الأقسام التالية:

1 ـ قسم النقض الجنائي.

2 ـ قسم النقض المدني.

3 ـ قسم النقض الإداري والدستوري

4 ـ قسم النقض للأحوال الشخصية.

ويجوز إنشاء أقسام أخرى بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل بناء على اقتراح رئيس الإدارة.

مادة (10)

يتولى قسم النقض المختص دراسة مذكرة الطعن المحالة إليه من الفرع أو المكتب، فإذا تبين له أن المذكرة غير مستوفية للشروط الموضوعية أو القانونية أكمل ما بها من نقص أو أعد مذكرة أخرى، ثم أحالها إلى المحكمة العليا، وتولى المرافعة والدفاع فيها.

ويقوم قسم النقض المختص بإبلاغ الفروع أو المكاتب بالأحكام الصادرة في الطعون المحالة إليه منها خلال عشرة أيام من تاريخ صدورها.

مادة (11)

ينشأ بمقر إدارة المحاماة الشعبية، جهاز تفتيش، يتولى التفتيش على أعمال أعضاء الإدارة وفروعها ومكاتبها.

ويصدر بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل بناء على عرض رئيس الإدارة لائحة تفتيش، وفقاً لأحكام المادة (23) من قانون إنشاء إدارة المحاماة الشعبية المشار إليها.

الفصل الثاني

الاستعانة بفروع ومكاتب الإدارة

مادة (12)

لكل فرد من مواطني الجماهيرية أن يستعين بفروع أو مكاتب المحاماة

الشعبية فيما يرفع منه أو عليه من دعاوى امام المحاكم أو أية جهة أخرى يخولها القانون اختصاصاً قضائياً ذلك باستثناء ما يأتي:

1 ـ الدعاوى التي لا تجاوز قيمتها مائة دينار.

2 ـ المخالفات.

مادة (13)

يجوز لكل فرد من غير مواطني الجماهيرية الاستعانة بمقابل بأحد فروع أو مكاتب إدارة المحاماة الشعبية فيما يرفع منه أو عليه من دعاوى أمام المحاكم أو أية جهة أخرى يخولها القانون اختصاصاً قضائياً.

ولا يجوز للفرع أو المكتب أن يباشر الدعوى أو أي إجراء قضائي إلا بعد أن يقوم صاحب الشأن بأداء المقابل المستحق وفقاً لأحكام هذه اللائحة ما لم يتقرر اعفاؤه من ذلك.

مادة (14)

يجوز للشركات والمنشآت الوطنية والجهات الأجنبية والدولية الاستعانة ـ بمقابل ـ بأحد فروع أو مكاتب إدارة المحاماة الشعبية فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى أمام المحاكم أو أية جهة أخرى بخولها القانون اختصاصاً قضائياً.

ولا يجوز للفرع أو المكتب أن يباشر الدعوى أو أي اجراء قضائي إلا بعد أن يقوم صاحب الشأن بأداء المقابل المستحق وفقاً لأحكام هذه اللائحة.

مادة (15)

لا يباشر الفرع أو المكتب الدعوى إلا إذا كان لمقدم طلب الاستعانة بمحام مصلحة جدية في الدعوى لها أساس من القانون.

مادة (16)

يقدم طلب الاستعانة بمحام من الفرع أو المكتب على النحو التالي:

أ) بالنسبة للأفراد من مواطني الجماهيرية على النموذج المعد لذلك.

ب) بالنسبة للأفراد من غير مواطني الجماهيرية على النموذج المعد لذلك.

ج) بالنسبة للشركات والمنشآت الوطنية والجهات الأجنبية والدولية على النموذج المعد لذلك.

ولا يجوز مباشرة الدعوى والترافع فيها أو متابعة تنفيذ الأحكام الصادرة فيها إلا بناء على طلب يقدم من ذوي الشأن على أحد النماذج المشار إليها في الفقرة السابقة.

وتصدر أية نماذج أخرى يتطلبها العمل في إدارة المحاماة الشعبية بقرار من رئيس الإدارة.

مادة (17)

لا يجوز للفرع أو المكتب أن يباشر الدعوى أو أي إجراء قضائي إلا بعد أن يقوم صاحب الشأن بدفع الرسوم القضائية المقررة قانوناً وذلك كله في غير الأحوال التي يصدر فيها قرار بمنحه المساعدة القضائية.

مادة (18)

يكون تحديد المقابل المنصوص عليه في المادتين (13، 14) من هذه اللائحة بقرار من رئيس الإدارة أخذاً في اعتباره نوع الدعاوى وما يتطلب مباشرتها والترافع فيها من عمل وجهد.

مادة (19)

على فروع الإدارة ومكاتبها عندما يقدم إليها طلب الاستعانة بمحام أن تعمل على إنهاء النزاع صلحاً في الأحوال الجائزة قانوناً، وفي حالة إنهاء النزاع صلحاً يحرر محضر بما انتهى إليه الإتفاق تحدد فيه المسائل التي تم الاتفاق عليها صراحة ويوقعه أطراف النزاع ومحامو الخصوم ويعتمد من رئيس الفرع

أو المكتب ويتولى الفرع أو المكتب ايداع أصل هذا المحضر لدى المحكمة المختصة واستصدار أمر منها باعطائه قوة السند التنفيذي أو الحجية المنهية للخصومة ـ بحسب الأحوال ـ فإذا كان الاتفاق متعلقاً بنزاع معروض أمام احدى المحاكم أو النيابة العامة قدم أصل محضر الاتفاق إلى المحكمة المنظور أمامها النزاع أو النيابة العامة التي تباشر الدعوى لتتولى اتخاذ الإجراءات القانونية بشأنه.

مادة (20)

يتعين على من تقدم بطلب الاستعانة بمحام ـ في حالة إنهاء النزاع عن غير طريق الفرع أو المكتب ـ أن يخطر الفرع أو المكتب المختص بما يفيد انهاء النزاع، ويودع هذا الاخطار في ملف الدعوى للرجوع إليه عند الاقتضاء.

الفصل الثالث

درجات الترافع أمام المحاكم

مادة (21)

يؤدي رئيس ووكلاء وأعضاء الإدارة قبل مباشرتهم العمل اليمين التالية:

«أقسم بالله العظيم أن أؤدي واجبات وظيفتي بالأمانة والصدق والعدل وأن أحافظ على أسرارها».

ويؤدي رئيس الإدارة ووكلاؤها اليمين أمام أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل.

ويؤدي الأعضاء اليمين أمام أمين اللجنة الشعبية للعدل المختص.

مادة (22)

يكون ترافع أعضاء إدارة المحاماة الشعبية أمام المحاكم على اختلاف درجاتها على النحو التالي:

أ) المحكمة العليا:

رئيس ووكلاء الإدارة والمحامون من الفئات أ، ب، جـ.

ب) محكمة الاستئناف:

المحامون من الدرجة الأولى والثانية.

جـ) محكمة الجنايات

المحامون من الدرجة الثالثة.

د) المحكمة الابتدائية:

المحامون من الدرجة الثالثة.

هـ) المحكمة الجزئية:

المحامون من الدرجة الرابعة والمحامون تحت التمرين.

ويخول الترافع أمام المحاكم الأعلى درجة حق الترافع أمام المحاكم الأدنى درجة.

ويجوز بتفويض من رئيس الفرع أو المكتب أن يترافع المحامون من الدرجة الرابعة أمام غرفة الاتهام.

مادة (23)

يكون للمحامين من الدرجة الثالثة فما فوق حضور التحقيقات أمام النيابة العامة وغرفة الاتهام.

ويكون للمحامين من الدرجة الرابعة والمحامين تحت التمرين حضور التحقيقات أمام النيابة العامة في الجنح والمخالفات.

ويجوز بتفويض من رئيس الفرع أو المكتب أن يحضر المحامون من الدرجة الرابعة التحقيقات أمام النيابة العامة وغرفة الاتهام في الجنايات.

مادة (24)

يكون الترافع أمام المحاكم الخاصة والجهات الأخرى التي يخولها القانون اختصاصاً قضائياً بناء على قرار يصدره رئيس الفرع أو المكتب يحدد فيه اسم ودرجة العضو الذي يتولى مباشرة الدعوى مراعياً في ذلك موضوعها والجهة التي تحقق فيها أو تنظرها.

مادة (25)

استثناء من أحكام المواد السابقة يجوز لمن تم تعيينه عضواً في إدارة المحاماة الشعبية من المحامين المقيدين في أحد جدولي المحاماة وفق أحكام القانون رقم 82 لسنة 1975 بشأن إعادة تنظيم المحاماة، أن يباشر الدعوى ويترافع فيها أمام المحاكم التي كان مقيداً أمامها قبل العمل بأحكام هذه اللائحة وكذلك ما يدنوها من درجات.

مادة (26)

يجب على المحامي غير المتمتع بجنسية الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية الحاصل على إذن بالترافع في قضية معينة أن يقدم إلى الإدارة وإلى المحكمة أو الهيئة التي يريد الترافع أمامها شهادة من نقابة المحامين أو الجهة المختصة بذلك في بلده تبين درجة المحكمة المخول له بالترافع أمامها على أن تكون معتمدة من بعثة التمثيل السياسي للجماهيرية في هذا البلد.

وعلى رئيس الفرع أو المكتب أن يكلف أحد الأعضاء التابعين له بمشاركة المحامي الأجنبي في المرافعة.

الفصل الرابع

سير العمل بالإدارة

مادة (27)

يتولى رئيس الإدارة تسيير العمل في إدارة المحاماة الشعبية، ويشرف

بوجه عام على جميع الأعمال الفنية والإدارية في الفروع والمكاتب، كما يشرف على جميع أعضائها وموظفيها.

ولرئيس الإدارة أن يصدر توجيهاته وتعليماته إلى الفروع والمكاتب بما يكفل أداءها لواجباتها وحسن سير العمل بها بهدف الارتفاع بمستوى الخدمات المنوطة بها وهي معاونة جهاز القضاء في تحقيق العدل والانصاف بين المتقاضين.

مادة (28)

يتولى رئاسة كل فرع أقدم الأعضاء فيه، ويختص بالاشراف على جميع الأعمال الفنية والإدارية في الفرع والمكاتب التابعة له، وتعرض عليه القضايا الهامة والإجراءات التي اتخذت بشأنها، ومذكرات الدفاع فيها ليبدي مايراه فيها من توجيهات.

كما تعرض عليه المشاكل والصعوبات التي تواجه الأعضاء عند قيامهم بواجباتهم ليعمل على تذليلها.

ويكون رئيس الفرع مسؤولاً عن حسن سير العمل في الفرع.

مادة (29)

يتولى رئاسة كل مكتب في فروع الإدارة أقدم الأعضاء فيه، ويختص بالاشراف على جميع الأعمال الفنية والإدارية في المكتب، وتعرض عليه القضايا الهامة والإجراءات التي اتخذت بشأنها، ومذكرات الدفاع فيها ليبدي ما يراه فيها من توجيهات، كما تعرض عليه المشاكل والصعوبات التي تواجه الأعضاء عند قيامهم بواجباتهم ليعمل على تذليلها بالتعاون مع رئيس الفرع، ويكون رئيس المكتب مسؤولاً عن حسن سير العمل في دائرة اختصاصه.

مادة (30)

يرأس القسم أقدم الأعضاء فيه، ويشرف على سير العمل به من الناحية

الفنية، وتعرض عليه صحف افتتاح الدعاوى ومذكرات الدفاع وكل ما يتعلق بالطعون أو اشكالات التنفيذ، ويتولى رئيس القسم توزيع العمل على الأعضاء التابعين للقسم، ويراعي عند توزيع العمل ألا يمثل العضو مصالح متعارضة بأي حال من الأحوال، ويقوم رئيس القسم بعرض ملفات الدعاوى المفصول فيها مع بيان وجهة نظره في الحكم الصادر فيها من حيث الطعن أو عدم الطعن فيه على رئيس الفرع أو المكتب ليقرر ما يراه.

مادة (31)

يتولى عضو الإدارة مباشرة الدعاوى وكافة الأعمال الأخرى التي يعهد بها إليه، ويقوم باعداد صحف الدعاوي ومذكرات الدفاع فيها واتخاذ الإجراءات المتعلقة بها وعلى العضو أن يباشر أعماله الفنية بنفسه، ولا يجوز له انابة غيره فيها، إلا في حالة الضرورة وبعد موافقة القسم بذلك كتابياً على الملف، وبشرط عرض الأمر عليه قبل تاريخ الجلسة بوقت كاف.

مادة (32)

باستثناء القضايا الجنائية إذا رأى عضو الإدارة الذي تولى دراسة الأوراق والمستندات المقدمة من طالب انابة الإدارة في رفع دعوى أو الدفاع في دعوى مرفوعة ضده أنها غير محتملة الكسب لأسباب موضوعية أو قانونية، حرر بذلك مذكرة مسببة لعرضها على رئيس القسم، فإذا اقتنع بذلك وجب عليه أن يعرض الأمر على رئيس الفرع أو المكتب ليقرر تولي الإدارة الإنابة في الدعوى من عدمه حسبما يراه.

مادة (33)

على عضو الإدارة أن يقوم بواجب الدفاع في القضايا المكلف بها بأمانة، فإذا أهمل أو قصر في هذا الواجب أحيل إلى المحكمة التأديبية وفقاً لأحكام قانون نظام القضاء رقم 51 لسنة 1976م بناء على مذكرة مقدمة من

رئيس الإدارة أو جهاز التفتيش تبين أوجه الإهمال أو التقصير وذلك كله من مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في المادة 339 من قانون الإجراءات الجنائية.

ويعتبر اخلالاً بالواجب كل إهمال أو تقصير من العضو يسبب ضرراً للمكلف.

مادة (34)

يعرض العضو على رئيس القسم المختص ـ مذكرة مسببة ـ ملفات الأحكام والقرارات التي يرى عدم الطعن فيها والدعاوى التي يرى ترك الخصومة فيها أو تركها للشطب، فإذا نشأ خلاف في الرأي بين العضو ورئيس القسم يعرض الأمر على رئيس الفرع أو المكتب ليقرر ما يراه بالخصوص.

مادة (35)

يعرض العضو على رئيس القسم تقريراً يبين فيه ما تم في الجلسة بالنسبة للدعاوى التي يباشرها، ويثبت في التقرير منطوق الحكم فيها كاملاً، ويتم كل ذلك خلال يومين من تاريخ الجلسة على الأكثر.

مادة (36)

يقوم عضو الإدارة باعداد كافة مستندات المكاتبات المتعلقة بطلب البيانات والمستندات التي يراها لازمة ومفيدة في الدعوى.

وعلى العضو أن يطلع على ملف الدعوى في المحكمة ويدرس مستندات الخصم بدقة، وله أن ينسخ ما يرى ضرورة لنسخه منها حتى تكون لديه صورة كاملة لملف الدعوى في المحكمة.

ويحرر العضو بنفسه حافظة المستندات من أصل وصورة وتحفظ الصورة بملف الدعوى في الفرع أو المكتب بعد التأشير عليها من قلم الكتاب بتاريخ الإيداع.

ويتعين على العضو أن يحافظ على المواعيد القانونية بالنسبة للدعاوى التي يباشرها، وعليه أن يعرض الأمر على رئيس القسم كلما خشي من سقوط حق أو فوات ميعاد ليشير عليه بما يراه.

مادة (37)

على قلم الكتاب بالمحكمة والجهات الأخرى أن يمكنوا عضو الإدارة المكلف بمباشرة الدعوى من الاطلاع على ملفها ونسخ ما يراه من بيانات تضمنها الملف، وعليهم أن يمكنوا أيضاً موظفي الإدارة المكلفين بذلك على أن يتم الاطلاع أو النسخ في مقر قلم الكتاب أو الجهة المعنية.

مادة (38)

لا يجوز لمن سبق له العمل في القضاء أو النيابة العامة من أعضاء الإدارة أن يباشر الدعاوى التي كان قد أتخذ فيها أي إجراء بصفته قاضياً أو عضو نيابة.

مادة (39)

لا يجوز لعضو الإدارة ـ في غير الأعمال المنوطة به بموجب وظيفته ـ القيام بدراسة القضايا أو اعداد مذكرات فيها أو إبداء الرأي القانوني أو أية أعمال أخرى لأي شخص أو أية جهة بمقابل أو بدونه.

كما لايجوز له تقديم أية مساعدة أو إبداء المشورة في الدعوى التي يباشرها أو في أي نزاع مرتبط بها لخصم موكله.

مادة (40)

لا يجوز لعضو الإدارة أن يتنحى عن الأعمال أو الدعاوى التي يباشرها إلا بناء على أسباب يبديها كتابه لرئيس الإدارة أو الفرع أو المكتب التابع له، فإذا اقتنع الرئيس بالأسباب تعين عليه أن يكلف عضواً آخر بالأعمال أو الدعاوى التي تم التنحي عنها.

مادة (41)

إذا انتهت خدمة عضو الإدارة أو تم نقله أو أوقف عن عمله أو استحال عليه القيام به لأي سبب من الأسباب، يكلف الرئيس المختص عضواً آخر لمباشرة الأعمال والدعاوي التي كان مكلفاً بها العضو السابق.

مادة (42)

لا يجوز لأعضاء الفرع أو المكتب ولا للعاملين بأي منهما أن يتعاملوا بأي وجه من الوجوه في الحقوق التي أنيب فيها الفرع أو المكتب سواء كان التعامل بصفة مباشرة أو غير مباشرة وإلا وقع التعامل باطلاً.

ويطبق حكم الفقرة السابقة على رئيس الإدارة ووكلائها وأعضائها وكافة العاملين بمقرها وذلك بالنسبة للقضايا التي تنوب فيها الإدارة وفقاً لحكم المادتين 9، 10 من هذه اللائحة.

مادة (43)

يجب على أعضاء الإدارة وموظفيها أن يحافظوا على سرية البيانات والمعلومات والوثائق التي تقضي طبيعة أعمالهم تداولها أو معرفتها أو الاطلاع عليها، وذلك صيانة لأسرار الأشخاص والعمل وحرصاً على الصالح العام.

مادة (44)

يعد رئيس المكتب تقريراً كل ثلاثة أشهر عن أعمال المكتب متضمناً عدد القضايا وأنواعها وما تم الفصل فيها منها وما لم يفصل فيه وأسباب عدم الفصل.

ويقدم هذا التقرير رئيس الفرع الذي يتبعه هذا المكتب، ويبلغ أمين اللجنة الشعبية للعدل للبلدية بصورة من هذا التقرير.

مادة (45)

يعد رئيس الفرع تقريراً كل ثلاثة أشهر من أعمال الفرع والمكاتب التابعة

له متضمناً عدد القضايا وأنواعها وما فصل فيه منها وما لم يفصل فيه وأسباب عدم الفصل وكذلك ما يراه من ملاحظات واقتراحات.

ويقدم هذا التقرير إلى رئيس الإدارة، ويبلغ أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل بصورة منه.

مادة (46)

يعد رئيس الإدارة في نهاية كل سنة قضائية تقريراً عن أعمال الإدارة متضمناً عدد القضايا وأنواعها التي تولت الإدارة وفروعها ومكاتبها الانابة فيها مع بيان ما فصل فيها وما لم يفصل فيه وأسباب عدم الفصل وكذلك ما يراه من ملاحظات واقتراحات.

ويقدم هذا التقرير إلى أمين اللجنة الشعبية العامة للعدل.

الفصل الخامس

أحكام عامة وانتقالية

مادة (47)

يكون تعيين المحامي تحت التمرين في إدارة المحاماة الشعبية لمدة سنة يجري خلالها التفتيش على أعماله والتثبت من صلاحيته وفقاً لأحكام لائحة التفتيش.

فإذا لم يثبت خلال هذه المدة صلاحيته عرض أمره على اللجنة الشعبية العامة للعدل للنظر في إنهاء خدمته أو نقله إلى وظيفة أخرى غير قضائية، ويجوز للجنة أن تقرر مدة فترة التمرين لمدة أقصاها سنة أخرى.

مادة (48)

مع مراعاة حكم المادة (32) من قانون إنشاء إدارة المحاماة الشعبية المشار إليه يتم تسليم ملفات الدعاوى والمستندات المتعلقة بها من المحامين الذين كانوا موكلين فيها إلى الإدارة أو الفرع أو المكتب المختص بموجب كشوفات من أصل وصورة تبين فيها أرقام القضايا المسلمة وعدد الأوراق

والمستندات في ملف كل قضية والمرحلة التي وصلت إليها كل قضية والإجراءات التي تمت فيها وتاريخ نظرها إذا كان محدداً وميعاد الطعن فيها وعلى أن ترقم محتوياته من أصل وصورة، وتسلم صورة الكشوفات والحوافظ إلى المحامي موقعاً عليها بما يفيد التسليم والاستلام.

وعلى المحامي أن يبلغ موكله باسم الجهة التي سلم لها ملف القضية وتاريخ التسليم.

مادة (49)

تؤول إلى صندوق الضمان الإجتماعي أموال وحقوق صندوق تقاعد المحامين، ويجري صرف المعاش التقاعدي من صندوق الضمان الاجتماعي إلى المحامين المتقاعدين قبل العمل بقانون إنشاء إدارة المحاماة الشعبية، كما يجري صرف المعاش للمستحقين من المحامين بموجب أحكام المادة (115) من قانون رقم 82 لسنة 1975م بشأن إعادة تنظيم المحاماة الملغى بالشروط والقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

ويتحمل صندوق الضمان الاجتماعي الالتزامات المترتبة على صندوق تقاعد المحامين بما في ذلك الاعانات الشهرية التي قررت بمقتضى المادتين (113) و (114) من القانون رقم 82 لسنة 1975م المشار إليه.

ويكون صرف المعاشات والتحمل بالإلتزامات المشار إليها في الفقرتين السابقتين في حدود ما آل إلى صندوق الضمان الإجتماعي من أموال وحقوق.

مادة (50)

يعمل بأحكام هذه اللائحة اعتباراً من تاريخ اليوم التالي للعمل بقانون رقم 4 لسنة 1981 م المشار إليه، وتنشر في الجريدة الرسمية.

اللجنة الشعبية العامة للعدل

صدر في 13 رجب 1390 من وفاة الرسول

الموافق 16 مايو 1981م.

قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل
رقم (945) لسنة 1391 ور / 1981م
بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية للقانون
رقم (4) لسنة 1981م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية

اللجنة الشعبية العامة للعدل :

بعد الاطلاع على القانون رقم (4) لسنة 1981م بشأن إدارة المحاماة الشعبية،

وعلى قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل الصادر بتاريخ 13 رجب 1390 من وفاة الرسول الموافق 16 مايو 1981م باللائحة التنفيذية للقانون رقم 4 لسنة 1981م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية.

قررت

المادة الأولى

يستبدل بنصوص المواد 3، 8 ، 9 ، 10، 12، 14، 22، من قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل باللائحة التنفيذية للقانون رقم 4 لسنة 1981م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية المشار إليه النصوص الآتية :

مادة (3) :

يتولى قسم الاستئناف بالفرع مباشرة الدعاوى والترافع فيها أمام محاكم الاستئناف ويتولى قسم الاستئناف بالمكتب مباشرة الدعاوي والترافع فيها أمام المحاكم الابتدائية بصفتها هيئة استئنافية.

مادة (8)

على صاحب الشأن - إذا قرر الطعن بالنقض في الحكم أن ينيب الفرع

أو المكتب المختص خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم الجنائي أو إعلانه بالحكم المدني.

ويقوم القسم الذي كان يتولى الدعوى بإعداد مذكرة بالطعن مبينا بها أسماء الخصوم وصفاتهم ومواطن كل منهم والحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بنى عليها الطعن والمستندات المؤيدة له وطلبات الطاعن.

ويحيل الفرع أو المكتب المختص إلى الإدارة قبل انقضاء ميعاد الطعن بعشرة أيام على الأقل مذكرة الطعن مرفقاً بها صورة من الحكم المطعون فيه وصورة من الحكم الابتدائي إذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال إليه في أسبابه والمستندات المؤيدة لذلك.

وعلى مأمور السجن أو قلم الكتاب المختص في حالة التقرير بالطعن إحالة صورة من هذا التقرير للفرع أو المكتب حسب الأحوال وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثة أيام من تاريخ التقرير.

مادة (9):

تنشأ بمقر إدارة الشعبية الأقسام التالية:

1 ـ قسم النقض الجنائي.

2 ـ قسم النقض المدني.

3 ـ قسم النقض الإداري والدستوري.

4 ـ قسم النقض للأحوال الشخصية.

ويجوز إنشاء أقسام أخرى بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل بناء على اقتراح رئيس الإدارة.

ويجوز لرئيس الإدارة أن يقوم بتوزيع القضايا على الأقسام أو أن يكلف أحد أعضاء الإدارة بأية قضية دون التقيد في الحالتين باختصاصات الأقسام

الواردة في هذه المادة.

مادة (10):

يتولى قسم النقض دراسة مذكرة الطعن المحالة إليه من الفرع أو المكتب طبقاً لنص المادة (8) من اللائحة للتأكد من استيفائها للشروط القانونية والموضوعية فإذا بدا له نقص استوفى ذلك النقص أو أعد مذكرة أخرى، ثم أحالها إلى المحكمة العليا، وتولى المرافعة والدفاع فيها أمامها.

ويقوم قسم النقض المختص بإبلاغ الفروع أو المكاتب بالأحكام الصادرة في الطعون المحالة إليه منها خلال عشرة أيام من تاريخ صدورها.

وفي حالة النقض والإحالة يقوم الفرع أو المكتب المختص بإبلاغ ذوي الشأن بذلك لاتخاذ ما يرونه من إجراءات.

مادة (12):

لكل فرد من مواطني الجماهيرية أن يستعين بفروع أو مكاتب المحاماة الشعبية فيما يرفع منه أو عليه من دعاوى أمام المحاكم أو أية جهة أخرى يخولها القانون اختصاصاً قضائياً وذلك باستثناء ما يأتي:

1 ـ الدعاوى التي لا تجاوز قيمتها مائة دينار عدا قضايا الأحوال الشخصية.

2 ـ المخالفات ما لم يترتب عليها دعاوى وتعويضات.

مادة (14):

يجوز للشركات والمنشآت والجهات الأجنبية والدولية الاستعانة بمقابل بإحدى فروع أو مكاتب إدارة المحاماة الشعبية فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى أمام المحاكم أو أية جهة أخرى يخولها القانون اختصاصاً قضائياً.

ولا يجوز للفرع أو المكتب أن يباشر الدعوى أو أي اجراء قضائي إلا

بعد أن يقوم صاحب الشأن بأداء المقابل المستحق عن كل درجة من درجات التقاضي وفقاً لأحكام هذه اللائحة.

مادة (22):

يكون ترافع أعضاء إدارة المحاماة الشعبية أمام المحاكم على اختلاف درجاتها على النحو التالي:

أ ـ المحكمة العليا:

رئيس ووكلاء الإدارة والمحامين من الفئات أ، ب، ج.

ب ـ محكمة الاستئناف:

ـ المحامون من الدرجة الأولى والثانية.

جـ ـ محكمة الجنايات:

ـ المحامون من الدرجة الثالثة، والرابعة.

د ـ المحكمة الابتدائية:

ـ المحامون من الدرجة الثالثة، والرابعة.

هـ ـ المحكمة الجزئية:

ـ المحامون من الدرجة الرابعة والمحامون تحت التمرين. ويخول الترافع أمام المحاكم الأعلى درجة حق الترافع أمام المحاكم الأدنى درجة.

المادة الثانية

يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره، وينشر في الجريدة الرسمية.

اللجنة الشعبية العامة للعدل

صدر في 12 صفر 1391 من وفاة الرسول

الموافق 9 ديسمبر 1981م.

قرار اللجنة الشعبية العامة للعدل
رقم (417) 91/ 82م
بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية للقانون
رقم (4) لسنة 91 ور/ 81م
بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية

اللجنة الشعبية العامة للعدل،

بعد الإطلاع على القانون رقم (4) لسنة 1981م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية،

وعلى اللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لسنة 1981م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية وتعديلاتها.

قررت

المادة الأولى

يستبدل بنصوص المادة (1) والمادة (8) والمادة (22) والمادة (23) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (4) لسنة 1981م بشأن إنشاء إدارة المحاماة الشعبية المشار إليها النصوص الآتية:

مادة (1)

تتكون إدارة المحاماة الشعبية من فروع ومكاتب، ويكون للإدارة فرع بمقر كل محكمة استئناف ومكتب بكل محكمة ابتدائية خارج مقر الفرع.

ويجوز بقرار من اللجنة الشعبية العامة للعدل بناء على اقتراح رئيس الإدارة إنشاء مكاتب أخرى بمقار المحاكم الجزئية.

ويتحدد اختصاص الفرع بدائرة اختصاص محكمة الاستئناف التي يقع مقره فيها وكذلك المحاكم الابتدائية التابعة لها.

كما يتحدد اختصاص المكتب بدائرة المحكمة الابتدائية التي يقع مقره فيها والمحاكم الجزئية التابعة لها.

مادة (8)

على صاحب الشأن ـ إذا قرر الطعن بالنقض في الحكم أن ينيب الفرع، أو المكتب المختص خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم الجنائي أو الإداري أو من تاريخ إعلانه فيما عدا ذلك.

كما يكون للمطعون ضده أن ينيب الفرع أو المكتب المختص بالرد على الطعن.

ويقوم القسم الذي كان يتولى الدعوى بإعداد مذكرة الطعن أو بالرد عليه ـ حسب الأحوال ـ مبيناً بها أسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم والحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الأسباب التي بني عليها الطعن، أو الرد عليه والمستندات المؤيده لهما وطلبات الطاعن أو المطعون ضده أو كليهما.

ويحيل الفرع أو المكتب المختص إلى الإدارة قبل انقضاء ميعاد الطعن أو ميعاد إيداع المذكرة الرادة ـ بعشرة أيام على الأقل مذكرة الطعن أو المذكرة الرادة حسب الأحوال مرفقاً بها صورة من الحكم المطعون فيه وصورة من الحكم الابتدائي إذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال في أسبابه والمستندات المؤيدة لذلك.

وعلى مأمور السجن أو قلم الكتاب المختص في حالة التقرير بالطعن إحالة صورة من هذا التقرير للفرع أو المكتب حسب الأحوال، وذلك خلال

مدة أقصاها ثلاثة أيام من تاريخ التقرير بالطعن.

مادة (22)

يكون ترافع أعضاء إدارة المحاماة الشعبية أمام المحاكم على اختلاف درجاتها على النحو التالي:

أ ـ المحكمة العليا:

رئيس ووكلاء الإدارة والمحامون من الفئة أ، ب، جـ.

ب ـ محكمة الاستئناف:

المحامون من الدرجة الأولى والثانية.

جـ ـ المحكمة الابتدائية ومحكمة الجنايات:

المحامون من الدرجة الثالثة والرابعة.

د ـ المحكمة الجزئية:

المحامون من الدرجة الرابعة والمحامون تحت التمرين. ويخول الترافع أمام المحاكم الأعلى درجة حق الترافع أمام المحاكم الأدنى درجة.

مادة (23)

يكون للمحامين تحت التمرين الذين أمضوا سنة في أعمال المحاماة وثبتت صلاحيتهم حق الترافع أمام المحاكم الابتدائية ودوائر الجنايات.

المادة الثانية

يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره، وينشر في الجريدة الرسمية.

اللجنة الشعبية العامة للعدل

صدر في 10 شعبان 1391 من وفاة الرسول

الموافق 2 يونيو 1982م

