



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

مجلة العلوم القانونية

E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة العاشرة - العدد العشرون - يوليو ٢٠٢٤

(مجلة علمية دورية محكمة نصف سنوية تُعنى بالدراسات القانونية والشرعية)

التأصيل القانوني والشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي

د. صالح سعيد علي باعوضان

فسخ العقد الذكي المنشأ في منصة البلوكشين بالإرادة المنفردة

الباحث: راشد ناصر أبو شبيب و د. رغيد عبد الحميد فتال

إشكاليات التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس (دراسة تحليلية استقرائية في ضوء التشريع الإماراتي)

الباحثة: سندية راشد الحمادي و أ. د. عماد الدين عبد الحي

تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة)

د. أحمد حسن عبد العليم حسن

السلطات المختصة بفرض العقوبات المسلكية وفقاً لأحكام القانون الأساسي للعاملين في الدولة في سوريا

د. حمود محمد جمعة تثار د. وليد عكل عرب

تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النيابة في التعاقد

(دراسة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي)

د. هاله نصار د. بيير فاليه

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص.ب: 346 عجمان، الإمارات العربية المتحدة، هاتف: 0097167056202 أو 0097167056325 فاكس: 0097167056270



قال تعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

صدقة الله العظيم

(سورة النساء: 58)

جامعة عجمان
دولة الإمارات العربية المتحدة
كلية القانون

تهتم بنشر الدراسات
القانونية والشرعية

مجلة
العلوم القانونية

مجلة علمية مُحكَّمة تصدر
نصف سنوية

السنة العاشرة - العدد العشرون - يوليو 2024م

الترقيم الدولي: ISSN: 2707 - 1081 / E - ISSN: 270 7-1073

سكرتير تحرير مجلة العلوم القانونية
جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة
ص، ب، 346 عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة
الهاتف: 00971-6-7056202
الفاكس: 00971-6-7056270
البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae
موقع المجلة على شبكة الانترنت: law. ajman.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: law. ajman.ac.ae

الهيئة الاستشارية للمجلة

معالي الأستاذ الدكتور أحمد جمال الدين موسى
أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة المنصورة
وزير التعليم السابق

القاضي الدكتور عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا السابق
- الإمارات

الدكتور وسام نعمت إبراهيم السعدي
عميد كلية الحقوق - جامعة الموصل

الدكتور صالح محمد أحمد محمد دياب
عميد كلية القانون - جامعة البحرين

الدكتور حاتم عبد المنعم أحمد
عميد كلية العدالة الجنائية - جامعة نايف العربية
للعلوم الأمنية

الأستاذ الدكتور محمد حسن علي القاسمي
عميد كلية القانون - جامعة الإمارات العربية
المتحدة

الدكتور نضال ياسين حمو
عميد كلية الحقوق - جامعة المملكة - مملكة البحرين

هيئة التحرير

سكرتير التحرير
أ. سناء صالح

نائب رئيس التحرير
د. نجلاء فليح

رئيس التحرير
أ. د. عبد العزيز الحسن

أهداف المجلة:

تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

- 1- تعميق المعرفة بأحكام الفقه الاسلامي ذات الصلة بالقانون والتشريعات القانونية المختلفة.
- 2- تنمية القدرات على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
- 3- التعاون مع كليات القانون والشريعة على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- 4- تدعيم أواصر التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
- 5- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة:

تُعنى المجلة بنشر البحوث العلمية الرصينة في مجالات الفقه الاسلامي ذات الصلة بالقانون والتشريعات القانونية المختلفة، والتي من شأنها أن تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية، وتعزيز مبدأ سيادة القانون.

قواعد النشر في المجلة:

- 1- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لمّا تبدّ المجلة رأيها في البحث.
- 2- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى بعد قبوله للنشر في المجلة إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- 3- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.
- 4- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل بأية صورة من صور النشر.
- 5- ألا يتجاوز حجم البحث أربعين صفحة بما فيها قائمة المراجع وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- 6- تُقدّم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسة والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (10)

- للهمامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.15 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 7- تكون الحواشي 2.5 سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- 8- أن يُراعى في الهوامش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
- أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
- ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويُراعى في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
- ج. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
- د. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الأبجدي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- 9- يُقدّم البحث إلى المجلة بصيغة (word).
- 10- يُقدّم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة.
- 11- يرسل الباحث ملخصاً لبحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية على أن يتضمن الملخص عنوان البحث وأن يكون الملخص جزءاً من جسم البحث وليس منفصلاً عنه.
- 12- يتم عرض البحث على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.
- 13- تُخطر المجلة أصحاب البحوث المقدّمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:
- أ. يُخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
- ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
- ج. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يُعاد البحث لمؤلفه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
- د. يقوم الباحث بإرفاق تقرير مفصل عن التعديلات المطلوبة التي تم القيام بها، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على متن البحث وبلون مختلف، وذلك حتى يسهل على المحكم التحقق معها، وبيان مدى مطابقتها مع التعديل المطلوب. مع احتفاظ هيئة تحرير المجلة بالتحقق من مدى المطابقة ما بين ملاحظات المحكم المقترحة وتعديلات الباحث.

14- يُعتذر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.

15- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر.

16- تقدّم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.

17- يجب ضبط النصوص الشرعية بشكل كامل.

18- أبواب المجلة مفتوحة للنشر لجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون، وأكاديميات الشرطة، ومراكز البحث العلمي القانوني.

19- إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبته لصاحبه، فإنّ ما يطرح من آراء في البحوث المنشورة بالمجلة، إنّما تعبر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.

آلية التحكيم والنشر في المجلة:

تخضع البحوث المقدّمة إلى مجلة العلوم القانونية لتقييم موضوعي، يقوم على مراحل ثلاث:
المرحلة الأولى: مرحلة استلام البحث:

يكون استلام البحث من خلال البريد الإلكتروني للمجلة، ويتم تبليغ الباحث باستلام المجلة للبحث، عن طريق رسالة إلكترونية على بريد الباحث، في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ استلام البحث، ثم تبدأ بعد ذلك عملية مسح أولي للبحث، للتأكد من أنّ البحث مطابق لشروط النشر المعمول بها في المجلة، وكذلك التأكد من أنّ الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية، والتعهد بأن البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى، أو غير مستل من رسالة جامعية.. الخ، ثم يتمّ بعد ذلك عرض البحث على برنامج كاشف "الاقْتباسات" العلمية، للتأكد من مدى الأمانة العلمية.

المرحلة الثانية: مرحلة التحكيم: تتألف من خطوتين:

الخطوة الأولى:

يتم في هذه الخطوة عرض البحث (على نحو سريّ) على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة والخبرة في المواضيع التي تتعلّق بالبحوث. ويلتزم المحكم بفحص البحث وتعبئة نموذج التحكيم واستمارة التقييم، خلال عشرين يوماً من تاريخ إرسال البحوث إليه.

الخطوة الثانية: قرار هيئة تحرير المجلة:

تقرّر هيئة تحرير المجلة قبول البحث أو رفضه، بناء على نتائج تقييم المحكمين، وفي حال

اختلاف تقييم المحكمين، بأن جاء أحدهما بالقبول، وجاء الآخر بالرفض، يتم إرسال البحث إلى محكم ثالث مرّج.

المرحلة الثالثة: مرحلة النشر:

إذا ما تمّ قبول البحث للنشر، يتم نشر نسخة إلكترونية منه على الموقع الإلكتروني للمجلة. أمّا النسخة الورقية، فيتم نشرها في العدد التالي من المجلة، ويتم إرسال إشعار للباحث بنشر البحث، وعند النشر يحق للباحث الحصول على عدد واحد من المجلة وعلى خمس نسخ مستلّة من بحثه مع العلم بأن المجلة تراعى في أولوية النشر ما يأتي:

- البحوث المرتبطة بقضايا المجتمع الإماراتي.
- تاريخ وصول البحث لرئيس تحرير المجلة.
- تنوع موضوعات البحوث.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة العدد

تسعى جامعة عجمان دوماً إلى تشجيع البحث العلمي وتطويره في دولة الإمارات العربية المتحدة، ولذلك نسعى في كلية القانون ومن خلال مجلتنا إلى أن نكون مصدراً من مصادر تشجيع البحث العلمي، وإتاحة الفرصة أمام العاملين في المجال القانوني لنشر أبحاثهم بما يساعد على خلق الإطار العلمي المناسب للنقاش، وتبادل الآراء والسعي نحو كل ما هو جديد في الفكر القانوني.

وفي سبيل الارتقاء بالبحث العلمي ولضمان وصول أفضل الأبحاث جودة ومساهمة في مسيرة تطوير الفكر القانوني إلى النور، فإن هيئة تحرير المجلة تولي اهتماماً كبيراً باختيار الأبحاث في مرحلة التحكيم، كما إننا في المجلة نعمل بجهد وتواصل حتى تصدر أعداد مجلتنا في وقتها المناسب.

يسرُّ هيئة تحرير مجلة العلوم القانونية في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين، والقراء عددها العشرون.

ونرجو أن يجد قراء المجلة ضالهم في البحوث المنشورة في هذا العدد، ونتمنى أن تساعد في تعزيز تجربة جامعة عجمان في دعم البحث العلمي، وتشجيع الباحثين على المساهمة في تطوير المجلة وتلبية حاجات المجتمع.

وأخيراً، لا يفوتنا أن نشكر أعضاء هيئة تحرير المجلة، والهيئة الاستشارية، والمحكمين المعتمدين من المجلة، والمدققين اللغويين، على جهودهم التي بذلوها من أجل إخراج هذا العدد إلى النور.

رئيس التحرير

أ.د. عبد العزيز الحسن

المحتويات

الموضوع	الصفحة
التأصيل القانوني والشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي د. صالح سعيد علي باعوضان	15
فسخ العقد الذكي المنشأ في منصة البلوكشين بالإرادة المنفردة الباحث: راشد ناصر أبوشبص و د. رغيد عبدالحميد فتال	59
إشكاليات التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس (دراسة تحليلية استقرائية في ضوء التشريع الإماراتي) الباحثة / سندية راشد الحمادي و أ. د عماد الدين عبد الحي	105
تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة دراسة مقارنة د. أحمد حسن عبد العليم حسن	147
السلطات المختصة بفرض العقوبات المسلكية وفقاً لأحكام القانون الأساسي للعاملين في الدولة في سوريا د. حمود محمد جمعة تنار ، د. وليد عكل عرب	201
تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النيابة في التعاقد دراسة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي د. هالة نصّار ، د. بيير ماليه	247

التأصيل القانوني والشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي

د. صالح سعيد علي باعوضان

أستاذ القانون الإداري المساعد بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأحقاف
حضر موت - تريم

تاريخ التسليم: 2023/12/14 تاريخ القبول: 2024/02/23

The Legal and Sharia Rooting of Retirement Pension Entitlement

Dr. Saleh Saeed Ali BaOwdhan

Assistant Professor of Administrative Law, Faculty of
Sharia and Law, Al-Ahgaff University
Hadramout - Tarim

الملخص:

يعالجُ هذا البحث (التأصيل القانوني والشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي)؛ حيث يُعدُّ من القضايا النازلة التي يكتنفها بعض التساؤلات القانونية والشرعية التي تحوجه دراسة متخصصة، فقد تناول الباحث تعريف المعاش التقاعدي في اللغة والتشريع الإماراتي واليميني وكلام الفقهاء، ثم الحديث عن تأصيل القانون لاستحقاق المعاش التقاعدي، وبعده استعرضت التأصيل الشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى نتائج من أهمها: أن الحصة التي يلتزم بها المؤمن عليه ليست ضريبة ولا رسماً ولا قسطاً تأمين تجاري، وإنما هي مبلغ نقدي تستقطع من راتبه جبراً بنسبة محددة قانوناً.

وإن ما يتقاضاه المؤمن عليه من راتب تقاعدي هو: «مبلغ مالي غير مشوب بما استقطع، يستحقه الموظف من دولة شهرياً، وفقاً للقوانين والأنظمة إذا توفرت الشروط المحددة فيها».

كما أوصت الدراسة الباحثين بمتابعة البحث في هذا الموضوع بخصوص جزئية المبررات الشرعية التي تُخرج المعاش التقاعدي من حظر أو شبهة استحقاقه.

الكلمات المفتاحية: المعاش، التقاعد، تأصيل، التأمين، الشرعي.

Summary:

This research deals with (legal and legal rooting of pension entitlement), as it is one of the issues descending that are shrouded in some legal and legal questions that require a specialized study, as it dealt with the definition of retirement pension in the language and legislation of the UAE and Yemen and the words of jurists, then talk about the rooting of the law for pension entitlement, and then reviewed the legal rooting of pension entitlement.

The study concluded the most important results: that the share committed by the insured is not a tax, a fee or a commercial insurance premium, but rather a cash amount deducted from his salary forcibly at a legally determined rate.

And that the retirement salary received by the insured is: «a sum of money untainted by what was deducted, to which the employee is entitled from a country monthly, in accordance with the laws and regulations if the conditions specified therein are met».

The study also recommended researchers to continue research on this subject regarding the part of the legal justifications that take the pension out of the prohibition or suspicion of its entitlement.

Keywords: pension, retirement, rooting, insurance, legitimate.

المقدمة

يعد المعاش التقاعدي من أهم الحقوق التقاعدية، كونه يمثل إيراداً دورياً منتظماً يستلمه الموظف المتقاعد، ويمثل أيضاً ضماناً مهمة لخلف المتقاعد من خلال استمرار الخلف المستحق باستلام الراتب التقاعدي بعد وفاته.

كما يعد أيضاً من أهم الحوافز المادية التي تشجع الأفراد على الانضمام لسلك الوظائف العامة لما يمثله من استقرار مادي للموظف بعد انتهاء علاقته الوظيفية وتقدمه بالعمر وضعف قواه البدنية.

فالمعاش التقاعدي مبلغ نقدي يُعطى للموظف بعد انتهاء خدمته الوظيفية بانتظام، ويؤول إلى المستحقين له بعد وفاته، مقابل المبالغ التي يتم استقطاعها من راتبه ومساهمات الدولة؛ فهو إذاً يحتوي على عنصريين: الأول: نسبة مئوية من راتب الموظف تلتزم بها جهة العمل اشتراكات للصندوق، كما تلتزم أيضاً باستقطاع نسبة من الأجر الأساسي الشهري للمؤمن عليه لتأمين الشيخوخة والعجز والوفاة، والعنصر الثاني: مساهمة مالية تخصص من الموازنة العامة للدولة لأغراض دعم صندوق التقاعد المنوط به صرف المعاش التقاعدي.

والمعاش التقاعدي يعتبر من القضايا النازلة التي لها مساس بتطبيق بعض الأحكام الشرعية، كالزكاة والإرث، ويكتنفه بعض التساؤلات الشرعية التي تحوجه إلى نظر وتأمل مما يستدعي بحثها بحثاً شرعياً أيضاً للوصول إلى الحكم الشرعي، فحاولت بهذا البحث أن أصل إلى تحليل أو مفهوم أو إجابة عن هذه التساؤلات.

وقد واجه الباحث بعض الصعوبات، والتي من أهمها التكييف القانوني والشرعي لهذا الموضوع، فقد بذلتُ الجهد لاستكمال مواضيع البحث في إطار المتاح.

أسباب اختيار موضوع البحث:

إن موضوع (التأصيل القانوني والشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي) يعد من الموضوعات المهمة التي لم تأخذ حقها بالدراسة القانونية والشرعية، وما حفّز الباحث لتناول هذا الموضوع إلا رغبة في التعرف على تأصيله القانوني والشرعي مما رصده الفقهاء تجاهه من أحكام فقهية قانونية وشرعية.

مشكلة البحث:

يعدُّ المعاش التقاعدي من القضايا النازلة التي لها مساس بتطبيق بعض الأحكام القانونية والشرعية، ويكتنفه بعض الإشكالات القانونية والشرعية التي تحوجه إلى نظر وتأمل؛ الأمر الذي يجزنا لطرح عدة تساؤلات حول هذا الموضوع تُختزل في الآتي: ما التأصيل القانوني والشرعي لفرض الاستقطاعات الشهرية خلال مدة الخدمة؟ وهل لما يتقاضاه المؤمن عليه بعد نهاية الخدمة من معاش تقاعدي أصلٌ قانوني وشرعي؟ وهل يتعلق به حق الزكاة والإرث أو لا؟

أهداف البحث:

- 1- التأصيل القانوني والشرعي لهذه النازلة.
- 2- الحلول والمعالجات لما قد يرد على المعاش من شبهة استحقاقه.
- 3- اكتساب الملكة في البحث العلمي المعمَّق.

أهمية البحث:

- 1- حداثة الموضوع ومساسه بالواقع العملي؛ لتعلقه بالمعاش التقاعدي الذي يعد أهم الامتيازات التي يحصل عليها الموظف بعد انتهاء خدمته الوظيفية.
- 2- يعدُّ نازلةً معاصرة يحسن التعامل القانوني والشرعي معها.
- 3- الجمع بين الأصالة والتأصيل.

الدراسات السابقة:

بعد البحث وسؤال المختصين، توصلتُ إلى بحوث قد تلامس عنوان بحثي، لكن بعد التمحيص والتحليل يظهر الفارق بارزاً بينها، ومن تلك الدراسات:

● بحث بعنوان: النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، يحيى سهل، ورقة بحثية مقدمة للندوة العلمية حول حماية الحقوق في ظل سيادة القانون، مطبوعات دار جامعة عدن، 15-16 إبريل (2008)، ومن خلال عنوان هذه الورقة البحثية يظهر الفرق واضحاً جلياً بينها وبين بحثي؛ فبحثه يعالج (نظام التقاعد) الذي هو نظام قانوني ينظم حقوق الموظف المنتهية خدمته باستحقاقه المعاش أو المكافأة، أما بحثي فإنه متعلق ب(المعاش) الذي هو مبلغ المنحة أو الراتب الذي يتقاضاه المتقاعد شهرياً إذا توفرت فيه شروط استحقاقه المنصوص عليها في تشريعات ونظم التقاعد، علاوة على أني لم أنقل منه سوى تعريف المعاش الذي أورده استطراداً؛ لكي يُظهر الفرق بين لفظة المعاش ونظام الإحالة للتقاعد.

● بحث بعنوان: الراتب التقاعدي، دراسة فقهية، محمد الدوسري، بحث نشر في مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الثالث عشر، (2012)، ومن خلال خطة بحثه نجد أنها تفارق بحثي من حيثيات عدة:

1- تناولت الدراسة الموضوعَ من الجانب الشرعي البحت؛ أما بحثي فقد تناول التأصيل الشرعي والقانوني لاستحقاق المعاش التقاعدي سواء من خلال الحصبة التي يلتزم بها المؤمن عليه من راتبه شهرياً أو من خلال ما يتقاضاه المؤمن عليه من راتب تقاعدي.

2- لم تُضف الدراسة المعالجات القانونية والشرعية للحصبة المستقطعة خلال مدة الخدمة، والمبررات التي تسوّغ استقطاعها، أما بحثي فقد أضاف ذلك.

- 3- لم تتناول الدراسة إيجاد حلول ومخارج شرعية وقانونية بما يتلاءم وكيفية تخليص المعاش من شبهة حظر استحقاقه، أما بحثي فقد تناول ذلك.
- 4- عدم إعطاء بعض الجوانب القانونية والفقهية حقها من البحث المعمق، وإن كان قد أعطى البعض الآخر حقه الكامل من الدراسة والبحث.
- وهناك دراسات أخرى⁽¹⁾ تناولت أجزاءً من الموضوع، وإن كان البعض منها يعوزه الشمولية؛ وحينئذ؛ فلم يأخذ هذا الموضوع في حدود الجزئية المبحوثة حقه الوافي من التعمق والدراسة.

منهج البحث:

- اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المناهج الآتية:
- المنهج الوصفي؛ ويتجلى واضحاً في قضايا التعريفات اللغوية والاصطلاحية.
 - المنهج التحليلي؛ ويتجلى في تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمعاش، وتبيين الموقف الشرعي له.
 - المنهج الاستقرائي، ويتجلى من خلال استقراء نصوص الفقهاء وأقوالهم للوصول لحكم كلي.

(1) حقوق وواجبات الموظف العام في التشريع اليمني: حقوق الموظف أثناء الخدمة، حقوق الموظف المنتهية خدمته، محمد أحمد مقبل الفيصلي، ورسالة ماجستير بعنوان: إرث الحقوق في الفقه الإسلامي، العنزي عياد بن عساف بن مقبل، ورسالة ماجستير بعنوان: إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني (دراسة مقارنة بالقانونين المصري والإماراتي)، مجدي عبد الملك قيس، تعرض في المبحث الثاني من الفصل الثالث لأحكام المعاش التقاعدي، زكاة مخصصات التقاعد والتوفير ومكافأة نهاية الخدمة، محمد أحمد ياسين.

خطة البحث:

انتظم البحث في تمهيد ومبحثين وخاتمة:

- ✓ التمهيد: تعريف المعاش التقاعدي في التشريع.
- ✓ المبحث الأول: التأصيل القانوني لاستحقاق المعاش التقاعدي، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: التأصيل القانوني للحصة التي يلتزم بها المؤمن عليه.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني لما يتقاضاه المؤمن عليه من راتب تقاعدي.

- ✓ المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: معاش التقاعد يعد تبرعاً محضاً من الدولة.

المطلب الثاني: معاش التقاعد يعد مشوباً بما استقطع من راتب الموظف.

التمهيد

تعريف المعاش التقاعدي

من خلال هذا التمهيد نتعرف بإيجاز على معاش التقاعد في اللغة وبعض التشريعات العربية، ثم نرصد ما قاله فقهاء القانون في تعريفه؛ لناخذ من ذلك كله تصوراً نبي عليه تأصيلنا القانوني والشرعي له.

أولاً: تعريف المعاش التقاعدي في اللغة:

(المعاش): بفتح الميم، ما تكون به الحياة من المطعم والمشرب ونحوهما، وزمان التماس العيش ومكانه، قال تعالى: (وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ

قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ⁽¹⁾، يقول ابن فارس: العين والياء والشين أصل صحيح يدل على حياة وبقاء، قال الخليل: المعيشة: التي يعيش بها الإنسان من مطعم ومشرب وما تكون به الحياة⁽²⁾، والمعاش المرتب الذي يتقاضاه من قضي مدة معينة في خدمة الحكومة بعد انقطاعه عن العمل⁽³⁾.

فالصلة بين المعنى اللُّغوي والاصطلاحي الآتي تبرز في كونه قوامًا لعيش الموظف بعد نهاية الخدمة ومواصلة بقية مشوار حياته، وبعدها يوزع لمن يعيشون ممن يعولهم حال حياته.

(التقاعد): لغة مصدر الفعل (قَعَدَ) قُعُودًا: جلس من قيام، و(تقاعد) به فلان إذا لم يخرج إليه من حقه⁽⁴⁾، و(تقاعد) عن الأمر لم يهتم به، أو تأخر عنه أو تركه، وفي التنزيل العزيز: (وَقَعَدَ الَّذِينَ كَذَبُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ)⁽⁵⁾، ويُقال: تقاعد الموظف عن العمل: أُحيل إلى المعاش (محدثة)⁽⁶⁾، ومتقاعد: محال على المعاش، ومن يستلم راتب التقاعد.⁽⁷⁾

(1) سورة الأعراف، (الآية: 10).

(2) أحمد الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (1979م)، مادة (عيش)، 194/4، محمد ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، 1414 هـ مادة (وظ ف)، فصل (العين)، 321/6.

(3) إبراهيم مصطفى آخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، مادة (عيش)، باب (العين)، 639/2.

(4) محمد ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، 1414 هـ مادة (ق ع د)، فصل (القاف)، 358/3.

(5) سورة التوبة، (الآية: 90).

(6) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة (ق ع د)، 748.

(7) رينهارت بيتر آن دُوزي، تكملة المعاجم العربية، الطبعة الأولى، من 1979- 2000 م، مادة (ق ع د)، 333/8.

وأصل الكلمة فيها معنى الترك، والتقاعد في المعنى الفقهي أو الاصطلاحي يعني: الترك للوظيفة، مما يوحي بترباط الأصل اللُّغوي بالتعريف الاصطلاحي للتقاعد.

ثانياً: تعريف المعاش التقاعدي في التشريع:

حدد المشرع الإماراتي مفهوم المعاش التقاعدي في قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية وتعديلاته رقم (7) لسنة 1999م في المادة (1) بأنه: «المبلغ الذي يستحق من الهيئة بصفة دورية كل شهر لصاحب المعاش أو للمستحقين عنه بمقتضى أحكام المعاش». وعرفه المشرع البحريني في قانون المعاشات ومكافآت التقاعد رقم (13) لسنة 1975م في المادة (1) بأنه: «المبلغ الذي يصرف شهرياً بموجب هذا القانون للمتقاعد أو للمستحقين عنه».

كما عرفه المشرع السوداني في قانون معاشات الخدمة العامة لسنة 1992م في المادة (3) بأنه: «المعاش المستحق للصرف بموجب أحكام هذا القانون».

أما في المشرع اليمني ففي عام 1991م أصدر أول قانون بعد الوحدة رقم (25) لسنة 1991م بشأن التأمينات والمعاشات، والمعمول به حتى الآن للعاملين بالجهاز الإداري للدولة والهيئات والمؤسسات العامة، فقد عُرِفَ معاش التقاعد في المادة (2) بأنه: «المعاش الشهري الذي يستحقه المؤمن عليه أو العامل عند انتهاء خدمته، أو ما يستحقه خلفه بعد وفاته، على وفق أحكام هذا القانون»⁽¹⁾.

ومن التعاريف في التشريعات أعلاه تتضح الطبيعة القانونية للمعاش⁽²⁾؛ فجميع

(1) علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مكتبة الصادق ومكتبة خالد بن الوليد، 145/2.

(2) حسين العويضاني، النظام القانوني للإحالة على المعاش في التشريع اليمني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، (2009)، 117، عبد الله الخياري، قانون التأمينات الاجتماعية اليمني، تأمين إصابات العمل، مكتبة مركز الصادق، (2012)، 76، خالد باجنيد، القانون الإداري اليمني، سلسلة الكتاب الجامعي، (2014)، 300.

التعريفات تتفق في أن المعاش: مبلغ مالي، دوري، يستحقه المؤمن عليه بعد انتهاء الخدمة أو للمستحقين عنه من بعده، بموجب أحكام قانون المعاش.

أما المشرع المصري فلم يأت بتعريف للمعاش في قانون التأمين الاجتماعي وتعديلاته، فبالرجوع إلى القانون ذاته لم نجد ما يتضمن أية إشارة إلى تعريفه أو تحديد طبيعته القانونية، إلا أنه أتى بأحكام استحقاق المعاش التقاعدي وشروطه في المادتين (18)، (19).⁽¹⁾

ثالثاً: تعريف المعاش التقاعدي في الاصطلاح:

تعددت اتجاهات الفقه الإداري في تعريفه، فقد عرّفه بعدة تعريفات منها: «المعاش: المرتب الذي يتقاضاه العامل من الدولة على عمله أو بعد قعوده عن العمل»⁽²⁾، يؤخذ عليه إطلاق المعاش بما يتقاضاه العامل حال الحياة مطلقاً سواء كان أثناء الخدمة أو بعد انتهائها حال التقاعد، مع أن المرتب الذي يتقاضاه العامل من الدولة على عمله حال الخدمة لا يطلق عليه معاش؛ هذا الأول، والثاني: أن التعريف لا يشمل ما يتقاضاه المستحقون بعد وفاته، مع أنه يطلق عليه معاش، والثالث: أنه لم يحدد من يؤول إليه المعاش بعد وفاة الموظف.

ويعرّفه مليكة الصروخ: «مبلغ نقدي يصرف للموظف بعد انتهاء خدمته بصورة نظامية أو عند إصابته بعجز، ويؤول إلى المستحقين له بعد وفاته، وذلك مقابل المبالغ التي تم استقطاعها من راتبه ومساهمات الدولة».⁽³⁾

(1) القانون رقم (79) لسنة 1975 م بشأن التأمين الاجتماعي في مصر.

(2) أحمد قلعي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، (1988)، 437.

(3) مليكة الصروخ، القانون الإداري دراسة مقارنة، الشرطة المغربية لتوزيع الكتب، (2006)، 409. نقلًا عن مجدي باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني مقارنة بالقانونين المصري والإماراتي، رسالة ماجستير، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، (2019)، 148.

وعرّفه يحيى قاسم سهل بأنه: «استمرار استيفاء الموظف راتبه من الخزانة إلى حين وفاته، وانتقال هذا الحق إلى زوجته وأبنائه العاجزين من عائلته»⁽¹⁾

ويقول الدوسري في تعريفه: «أن تجعل الدولة للموظف راتباً شهرياً بعد بلوغه سنّاً معينة، أو بعد عجزه عن العمل، مقابل اقتطاع جزء من راتبه الشهري، ويستمر هذا المرتب مدة حياة الموظف، وينتقل بعد موته إلى المستحقين من عائلته حسب النظام»⁽²⁾.

ونخرج بتعريف جامع لجميع عناصر المعاش الأساسية، فنقول: المعاش هو «مبلغ نقدي، يتقاضاه الموظف بعد انتهاء خدمته، بصورة نظامية، ويؤول إلى المستحقين عنه بعد وفاته، وذلك مقابل مبالغ الاشتراكات الشهرية من المستقطعة من راتبه مدة الخدمة».

-
- (1) يحيى سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، ورقة بحثية مقدمة للندوة العلمية حول حماية الحقوق في ظل سيادة القانون. مطبوعات دار جامعة عدن. 15-16 إبريل (2008)، 6.
- (2) محمد الدوسري، الراتب التقاعدي، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الثالث عشر، (2012)، 150.

المبحث الأول

التأصيل القانوني لاستحقاق المعاش التقاعدي

نتناول في هذا المبحث التأصيل القانوني لمسألة استحقاق المعاش التقاعدي من خلال ما قاله فقهاء القانون وما رصدوه في ذلك، تصوراً وتوصيفاً وتكييفاً، كل ذلك من زاويتين بارزتين: من زاوية المبالغ المستقطعة من راتب الموظف الشهرية، والزاوية الأخرى هي ما يتقاضاه المؤمن عليه من راتب تقاعدي خلال فترة تقاعده أو مستحقوه بعد وفاته، وبالتالي خصصنا لكل زاوية منها مطلباً مستقلاً، على النحو الآتي:

المطلب الأول

التأصيل القانوني للحصة التي يلتزم بها المؤمن عليه

إن طبيعة الحصة التي يلتزم بها المؤمن عليه في القانون هي ما يفرض استقطاعها من راتبه شهرياً بواقع (6%) مثلاً من جملة الأجور الأساسية شهرياً؛ لتأمين الشيخوخة والعجز والوفاة، ويعتبرها مورداً من موارد صندوق التأمينات والمعاشات⁽¹⁾؛ فعلى هذا فالموظف يسهم بجزء من مرتبه الشهري في تمويل هذا التأمين.

وهذا الاستقطاع هو من مقتضيات وشروط الوظيفة؛ فمتى قبل الموظف بالوظيفة، فإن هذا يُعتبر قبولاً منه بجميع الشروط التي تخص تلك الوظيفة.

فإذا أردنا أن نوصّف هذا الاستقطاع في الفقه القانوني فإنه يصعب تنزيله على واقعة قانونية معينة تنطبق عليه دلالة مطابقة صراحة، ولكننا سنحاول تبريره من خلال السند القانوني الذي يبرر فرض المبلغ المستقطع ويتلاءم مع واقع الدولة وطبيعتها، ومن خلال البحث في تكييفها القانوني لإيضاح مفهومها بصورة أقرب.

(1) علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني، 148/2.

فالتبيعة القانونية لمبلغ الاستقطاع يتطلب الإجابة عن السؤال التالي: كيف يمكن تبرير فرض المبلغ المستقطع؟ فقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعته: فمنهم من اعتبره ضريبة، ومنهم من اعتبره رسماً، ومنهم من اعتبره قسطاً تأمينياً، فيتردد الأمر بين ثلاث توصيفات بارزة نعرض تصور كل منها ثم توصيفها؛ ليتضح وضع الحكم عليه:

أولهما: تكيف طبيعة المبلغ المستقطع باعتباره ضريبة:

قد يكيّف على أساس أنه ضريبة باعتبار أنها (فريضة نقدية يدفعها الفرد جبراً إلى الدولة أو لإحدى الهيئات العامة بصفة نهائية مساهمة منه في تحمل التكاليف والأعباء العامة دون أن يعود عليه نفع خاص مقابل دفع الضريبة)⁽¹⁾؛ فيرى البعض وفقاً لهذا التعريف أن مبلغ الاستقطاع ضريبة تفرضه الدولة لغرض خاص، لكن باستقراء خصائص الضريبة ومبلغ الاستقطاع نجد مدى التشابه والاتفاق في بعض الخصائص، واختلافهما في بعضها الآخر؛ وعليه نوضّح أولاً ما يتفقان فيه؛ وذلك كالآتي:

- 1- الضريبة والمبلغ المستقطع من راتب الموظف العام الذي يتقاضاه شهرياً يدفعان على شكل نقد.
- 2- الضريبة تعتبر فريضة جبرية، تلزم الدولة المكلف بها وتجبها دون أن يكون له خيار في دفعها، تماماً تنطبق هذه الخاصية على المبالغ المستقطعة من راتب الموظف؛ فإنه ليس له اختيار في دفعها أو عدمه.
- 3- الضريبة تعتبر فريضة نهائية؛ فلا يحق للمكلف استعادتها إلا إذا تم دفعها بصورة

(1) عادل حشيش، أساسيات المالية العامة مدخل لدراسة أصول الفن المالي للاقتصاد العام، دار النهضة العربية، (1992)، 151، يحيى سهل، السهل في المالية العامة، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، (2020)، 71.

غير قانونية، مثلها في ذلك المبلغ المستقطع؛ فإن الدولة تعتبره نهائياً، فلا يُردُّ.⁽¹⁾

4- الضريبة والمبلغ المستقطع مقرران بقانون، يحدد مقدارهما وقواعد تحصيلهما.⁽²⁾

لكن بالمقابل نجد أن هناك فروقاً بارزة تُخرج المبلغ المستقطع عن كونه ضريبة، من أهمها:

1- أن الضريبة فريضة بلا مقابل معين؛ فلا يحصل المكلف مقابلها على نفع خاص به، وإن كان ينتفع بالخدمات التي تقدمها الدولة إنما هو باعتباره فرداً في الجماعة، لا باعتباره ممولاً للضريبة، خلافاً في ذلك نجد أن المبلغ المستقطع من راتب الموظف يكون مقابل انتفاعه حالاً من خدمة الحصول على الراتب التقاعدي من صندوق التأمينات والمعاشات بعد تقاعده طيلة حياته المتبقية أو حصول معيبيه بعد وفاته.

2- القدرة على الدفع؛ حيث تتوزع الضريبة أو الضرائب المباشرة على الأفراد بنسبة مقدرتهم على الدفع، بينما الاشتراك يتعلق بإمكانيات الدولة ودخل المؤمن عليه، وليس بمقدرته على الدفع.

3- الضريبة تتعرض لعدة ظواهر لا تسري على الاشتراك، مثل: الاستهلاك والتجمد والتقادم.⁽³⁾

(1) يحيى سهل، السهل في المالية العامة، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، (2020)، 71.

(2) أحمد الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مكتبة ومركز الصادق، (2017)، 223.

(3) ضريبة الاستهلاك تفرض عند بيع السلع المنتجة محلياً أو دخول البضائع المستوردة. أما التقادم فهو سقوط حق الحكومة في المطالبة بالضرائب بمضي خمس سنوات تبدأ من اليوم التالي لانتهاء الأجل المحدد لتقديم الإقرار. يراجع عبداللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس، (1994)، 372، محمد فائق، التأمينات الاجتماعية، المبادئ النظرية، الجوانب الرياضية، مع التطبيق على جمهورية مصر العربية، مطابع سجل العرب، (1996)، 24، عبدالله

نخلص بعد التوضيح السابق إلى أنه لا يمكن تكييف المبلغ المستقطع بأنه ضريبة يدفعها الموظف العام؛ للاعتبارات المتقدمة، بمعنى أنه وإن كان يتفق معها في بعض الخصائص، لكنه ليس ضريبة بالمعنى الفني الشامل؛ لتخلف بعض الخصائص، وأيضاً لأدى اعتباره ضريبة إلى تعدد فرضها على وعاء واحد، والحال أن الراتب يخضع للضريبة أيضاً، وهذا مرفوض قانوناً وفقهاً.

ثانيهما: تكييف طبيعة المبلغ المستقطع باعتباره رسماً:

قد يوصّف على أساس أنه رسم، باعتبار أن فكرته قائمة على: (دفع مبلغ من المال للدولة جبراً من الأفراد لقاء الحصول على منفعة خاصة)؛ فيرى البعض وفقاً لهذا التعريف أن مبلغ الاشتراك رسوم تفرضه الدولة لغرض خاص، لكن باستقراء خصائص الرسم ومبلغ الاشتراك نجد مدى اتفاقهما في بعض الخصائص، واختلافهما في بعضها الآخر؛ وعليه نوضح أولاً ما يتفقان فيه، وذلك كالآتي:

- 1- الرسم والمبلغ المستقطع يدفعان شهرياً على شكل نقد.
- 2- عنصر الإيجاب؛ فالرسم يدفع جبراً طالما قرر الشخص طلب الخدمة، كذلك المبلغ المستقطع من الراتب أثناء الخدمة يتم جبراً على الموظف طالما قبل التعيين في الوظيفة العامة.
- 3- من خصائص الرسم أنه يكون مقابل انتفاع الفرد بخدمة معينة أو محددة يعود نفعها له فقط، وكذلك نجد أن المبلغ المستقطع يكون مقابل انتفاعه من خدمة الحصول على الراتب التقاعدي.

==

حسين بركات، المالية العامة للتشريع الضريبي في الجمهورية اليمنية، مكتبة ومركز الصادق، (2005)، 305.

4- الرسم يتحقق فيه النفع العام إلى جانب النفع الخاص، ويعني هذا أن الفرد الذي يدفع الرسم إنما يحصل على نفع خاص به لا يشاركه غيره من الأفراد تتمثل في الخدمة المعينة التي تؤديها له الدولة، كذلك النفع العام فيه فإنه يعود على المجتمع ككل أو على الاقتصاد القومي في مجموعته نظيره المبلغ المستقطع من راتب الموظف فإن الاستقطاع يحقق النفع العام إلى جانب النفع الخاص المتمثل في حصوله على الراتب التقاعدي، وهذا النفع الخاص يرتبط به نفع عام يعود على بقية شريحة الموظفين أو على الاقتصاد القومي في مجموعته.⁽¹⁾

لكن بالمقابل نجد أن هناك فروقاً بارزة تُخرج المبلغ المستقطع عن كونه رسماً، من أهمها:

1- أن الرسم فيه نوع من التناسب أو التكافؤ بين سعره وبين قيمة المقابل الذي يحصل عليه الفرد، بينما في مبلغ الاستقطاع لا يوجد ارتباط بينه وبين المزايا المقابلة له من راتب تقاعدي وغيره، وإلا كنا بصدد تأميناً تجارياً، وليس اجتماعياً.

2- الرسم مرتبط بالمقابل؛ حيث يحصل الفرد على المزية أو الخدمة من الدولة عند دفعه الرسم، وقد يتكرر المقابل بتكرار دفع الرسم، بينما في الاشتراك والاستقطاع لا يحصل الفرد على مزايا التأمين عند دفعه أو بعد دفعه، وإنما بعد مدة معينة وتوفر الشروط المؤهلة لذلك.⁽²⁾

3- المقابل في الرسم محقق الحصول، بينما المقابل في الاستقطاعات قد لا يتحقق حصوله؛ كما لو مات أثناء الخدمة ولم يوجد له معيل.

(1) عادل حشيش، أساسيات المالية العامة مدخل لدراسة أصول الفن المالي للاقتصاد العام، دار النهضة العربية، (1992)، 136، سهل، يحيى قاسم، السهل في المالية العامة، مرجع سابق، 62.

(2) أحمد الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، 224.

4- النظامان يختلفان في نوع المقابل؛ حيث يكون في حالة الرسم مزية أو خدمة معينة كنشاط أو تقديم امتياز أو مصاريف تتكبدتها الدولة، بينما القاعدة العامة في حالة الاشتراك يكون المقابل مبلغاً محدداً من المال وهو ما يسمى بـ(معاش التقاعد).⁽¹⁾

ففي نهاية عرض الخصائص نجد أن جُلَّ عناصر الرسم بينها التوافق النسبي مع عناصر المبلغ المستقطع، لكن لا يمكن أن نقطع بتكليف المبلغ المستقطع بأنه رسم يدفعه الموظف العام؛ للاعتبارات المتقدمة، بمعنى أنه وإن كان يتفق معها في بعض الخصائص، لكنه ليس رسماً بالمعنى الفني الشامل؛ لتخلف بعض الخصائص.

ثالثهما: تكليف طبيعة المبلغ المستقطع باعتباره قسماً تأمينياً؛

قد يوصّف على أساس أنه قسماً تأمينياً، على اعتبار أن فكرته تقوم بـ(التزام المستأمن بدفع قسط معين إلى شركة التأمين القائمة على المساهمة، على أن يتحمل المؤمن (الشركة) تعويض الضرر الذي يصيب المؤمن له أو المستأمن، فإن لم يقع الحادث فقدّ المستأمن حقه في الأقساط، وصارت حقاً للمؤمن)؛ فيرى البعض وفقاً لهذا العرض التعريفي أن مبلغ الاستقطاعات التي يتحملها الموظف العام أقساطاً تأمينيةً تماثل أقساط التأمين التجاري في طبيعتها وتأثيرها ونتائجها، باستثناء أن الاستقطاعات التي تستقطع من راتب الموظف إلزامية وفقاً للقانون.⁽²⁾

لكن وباستقراء خصائص التأمين ومبلغ الاشتراك نجد أن هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف في الخصائص؛ وعليه نوضّح ذلك؛ فأوجه الشبه بينهما تتلخص في الآتي:

- (1) عبداللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 374.
- (2) وبموجب هذا الرأي تشجعت نظم التأمينات الاجتماعية القديمة بجعل المزايا التأمينية متناسب مع الاشتراكات المدفوعة، مثل ذلك النظام البريطاني الصادر في عام 1911م المتعلق بالتأمين الصحي والعجز، والذي كان يشترط دفع الاشتراكات الموحدة بهدف الحصول على الإعانات. محمد حسن فائق، التأمينات الاجتماعية، المبادئ النظرية، مرجع سابق، ص 24.

1- أن كليهما محدد في القانون أو العقد وإن اختلفت طريقة حساب كليهما.
2- أن مزايا التأمين في النظامين لا يمكن الحصول عليهما إلا بدفع الاشتراك أو الأقساط.
لكن إذا جئنا للتحليل بينهما نجد أن هناك فروقاً بارزة تُخرج المبلغ المستقطع عن كونه قسطاً تأمينياً، من أهمها:

- 1- أن الاستقطاع إجباري بحكم القانون، ولا يجوز للمؤمن عليهم أو جهات العمل الامتناع أو التوقف عن دفعه، أو دفعه لجهة أخرى غير التي حددها القانون، بينما نجد قسط التأمين اتفريقي بموجب عقد أبرم بإرادة أطرافه، ويجوز لأحدهم الامتناع أو التوقف عن تنفيذ التزامه في حال أخل الطرف الآخر بما عليه العقد، كما يجوز لهم الاتفاق على تعديل القسط أو إعفاء ما تبقى منه، أو تأجيل دفعه أو توقيفه.
- 2- يختلفان في طريقة تحديد مقدار كل منهما، فقسط التأمين يُحدد بناء على احتمال تحقق الخطر المؤمن منه، وقيمة مبلغ التأمين الواجب دفعه عند تحقق الخطر، بينما الاستقطاعات لها طرق لتحديد نظامها، فقد يحدد مقداره على أساس فرض اشتراكات موحدة، أو نسبة مئوية من الدخل الخاضع للضريبة دون وضع حد أعلى للاشتراك، وتكون المزايا ثابتة ومحددة دون تفرقة بين شخص وآخر، وقد يحدد الاشتراك على أساس أجر المؤمن له فيحسب بنسبة مئوية من هذا الأجر الذي يؤخذ في الحسبان عند منح مزايا التأمين، ولكن مع وضع حد أدنى للمزايا.
- 3- الاستقطاع لا يتحمله المؤمن عليهم - الموظفين - وحدهم، وإنما تتحمل الدولة جزءاً منه؛ ومن ثم يظهر مبدأ التكافل الاجتماعي في هذا النظام، بينما نجد قسط التأمين يتحمله المؤمن عليه وحده.⁽¹⁾

(1) عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 372.

ففي نهاية عرض الخصائص نجد أن بعض عناصر قسط التأمين بينها التوافق مع عناصر المبلغ المستقطع، لكن لا يمكن أن نقطع بتكليفه بأنه قسطٌ تأمينيٌّ؛ لتخلف جُلِّ الخصائص؛ فهو ليس قسطاً تأمينياً بالمعنى الفني الشامل.

وأخيراً نصل إلى نتيجة مفادها: أن تكليف مبلغ الاستقطاع حينئذٍ مستقل بذاته، متميز بخصائصه وبأوصافه الخاصة التي اكتسبها من طبيعة التأمين الاجتماعي وأهدافه، فهو يعتبر: (مبلغاً نقدياً يستقطع من راتب الموظف جبراً بنسبة محددة قانوناً)، وهو يعتبر من الموارد التي تمول صندوق التأمينات والمعاشات، دون أن يكون له الحق في استرجاعه، مقابل حصوله على مزايا يستحقها بعد انتهاء خدمته الفعلية أو القانونية.

المطلب الثاني

التأصيل القانوني لما يتقاضاه المؤمن عليه من راتب تقاعدي

إذا أردنا أن نوصِّف استحقاق المؤمن عليه للمعاش فإنه يصعب تكليفه على واقعة قانونية معينة، ولكننا سنحاول تبرير ذلك من خلال الطبيعة القانونية لهذا المعاش باعتبارها وصفاً لها، والبحث بعد ذلك عن أسس استحقاقه، وتكليفها القانوني للوصول لحكم ينطبق على هذه الواقعة.

فالتبيعة القانونية للراتب التقاعدي يتطلب الإجابة على السؤال التالي: كيف يمكن تبرير استحقاقه قانوناً؟ وقد اختلف الفقهاء في تكليف استحقاق المعاش التقاعدي؛ فمنهم من يراه هبة مشروطة بعوض، ومنهم من يقول: إنه عوض عن الاشتراك أو أجر مؤجل التسليم أو مكافأة للمؤمن عليه عن جهده وخدمته السابقة للمجتمع، ومنهم من يرى أنه من باب التكافل والكفالة الاجتماعية؛ فمن خلال ذلك يتردد الأمر بين أربع توصيفات بارزة نعرض تصور كل منها، وبعده يأتي توصيفها حتى يتضح وضع الحكم عليه:

الرأي الأول: أن الراتب التقاعدي يعتبر هبة مبتدأة من الدولة مشروطة بدفع عوض؛

وعليها يشترط القانون واللوائح لاستحقاق الموظف العام الراتب التقاعدي أن يدفع عوضاً مقدماً يتمثل هذا في شكل استقطاع نسبة محددة من راتبه الشهري حال الخدمة باعتبار أن ما يُدفع له بعد ذلك هبة نقدية من الدولة أو الجهة التي يعمل فيها.

ولكن يعترض عليه أنه ليس هبة؛ لتخلف بعض شروطها؛ كونه يشترط بالموهوب أن يكون موجوداً وقت عقد الهبة، والمبلغ المستقطع غير موجود وقت الاستقطاع؛ بالإضافة إلى أن المعاش قد يكون معدوماً إذا لم تتوفر شروطه.

ومن شرط الهبة بثواب كون العوض معلوماً؛ فإن كان مجهولاً لم تصح، وصارت كالبيع الفاسد⁽¹⁾، والمبلغ الذي سيحصل عليه الموظف معاشاً فيه غرر وجهالة حال العقد؛ وهو مفسد للعقد حينئذ.

الرأي الثاني: أن الراتب التقاعدي عوض عن الاشتراك أو أجر مؤجل التسليم، لكن في اعتقادي أنه ليس كذلك للاعتبارات الآتية:

1- كون العوض مرتبطاً بالمعوض عنه قدرأ ووجوداً وعدمأ، ويثبت استحقاق العوض على كل حال، وينتقل ملكه لورثته، بينما المعاش لا يرتبط بمجموع الاشتراكات المدفوعة؛ فقد يزيد أو ينقص، أو يساويه في مجموعه، وقد لا يحصل على المعاش، فهو يقوم على أساس الاستحقاق ووجود المستحق، بمعنى أن له شروط استحقاق، وأسباب حرمان.

2- الجهل بالمدة المتبقية من حياة الموظف العام بعد التقاعد، حتى يمكن حساب مجموع ما سوف يتقاضاه من معاش شهري.

(1) منصور الهوتي، منتهى الإيرادات، 2/ 430، محمد الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 405.

- 3- احتساب المعاش بطريقة تقديرية بحتة ويقدرها القانون وليس الإدارة.
- 4- لا يحرم من أي منها من انتهت خدمته بسبب الوفاة، أو العجز الكلي أو الجزئي المستديم⁽¹⁾ الذي كان سبباً إلى الاستغناء عنه، ولعدم وجود عمل يصلح له بعد وقوع حالة العجز، وفي حالة وفاة الموظف فمن يستحق المعاش بعده ليسوا هم ورثته شرعاً، ولكن من كان يعولهم الموظف حال حياته، باعتبار أن المعاش ليس تركة توزع وفقاً لأحكام الميراث، وإنما يوزع على المستحقين بالتساوي⁽²⁾.
- 5- وهذا يعني أنه مالمّ مدخر في حياة الموظف، والمال المدخر ملك للموظف فينتقل إلى ورثته بعد وفاته.

الرأي الثالث: أن الراتب التقاعدي مكافأة للمؤمن عليه عن جهده وخدمته السابقة للمجتمع، وفي تقديري أنه ليس كذلك؛ لأننا إذا رجعنا إلى تعريف المكافأة والحوافز وجدناها عرفت في بعض التشريعات⁽³⁾: بأنها كل ما يُمنح للموظف مادياً أو معنوياً لقاء إبداعاته وابتكاراته أو مقابل قيامه بأعمال متميزة في مجال العمل وما يحققه من زيادة في الإنتاج أو في تحسين نوعيته وفقاً لأنظمة المكافآت والحوافز المناسبة لطبيعة نشاط الوحدة الإدارية أو وفقاً لنظام العمل. فإذا نظرنا إلى مبلغ المعاش الذي يتقاضاه

(1) عرفت المادة (2) من قانون التأمينات والمعاشات اليمني العجز الكلي المستديم والجزئي المستديم ب: الكلي المستديم: كل عجز صحي من شأنه أن يحول وبصفة مستديمة بين المؤمن عليه وبين مزاوله أي مهنة أو عمل يتكسب منه، ولا يعتبر في حكم ذلك أمراض الشيخوخة. والجزئي المستديم: كل عجز من شأنه أن يحول جزئياً وبصفة مستديمة بين المؤمن عليه وبين مقدرته على العمل.

(2) أحمد شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة ومركز الصادق، (2009)، 327، علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، 146/2.

(3) للاستزادة يراجع قرار مجلس الوزراء رقم (18) لسنة 2015 بشأن منح المكافآت والحوافز لموظفي الحكومة الاتحادية بدولة الإمارات، واللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية اليمني رقم (19) لسنة 1991م، وغيرها من تشريعات الدول الأخرى.

المؤمن عليه نجد أنه ليس مكافأة تمنح للموظف مقابل خدمته؛ لسببين: الأول: أن المكافأة تختلف نظامياً ولائحياً عن مبلغ المعاش الذي يتقاضاه الموظف، والثاني: أن المكافأة مرهونة بحياة الموظف وقت خدمته لقاء إبداع أو ابتكار ونحوها.

الرأي الرابع: أن الراتب التقاعدي من باب التكافل والكفالة الاجتماعية المشوب بالعموم المبني على أساس الحاجة المظنونة شرعاً.⁽¹⁾

هذا ما أورده بعض فقهاء القانون، والباحث يكتف المعاش التقاعدي قانوناً بأنه ناتج عن نظام قانوني مستقل، يستحقه الموظف المتقاعد أو عياله، متى توافرت الشروط القانونية لاستحقاقه.

وعليه فإن التأصيل القانوني للراتب التقاعدي في رأيي يرجع إلى أنه: «مبلغ مالي غير مشوب بما استقطع يستحقه الموظف شهرياً، وفقاً للقوانين والأنظمة إذا توفرت الشروط المحددة فيها»؛ فالموظف كما يستحق الراتب الشهري حال الخدمة فإنه يستحق الراتب التقاعدي بعد الخدمة شهرياً إذا اجتمعت شروط استحقاقه والتي من أهمها: مساهمته بالاشتراكات الشهرية في تمويل صندوق التقاعد التابع للهيئة العامة للتأمينات، علاوة على مضي مدة الخدمة المقررة قانونياً.

بناء على ذلك: فالمعاش التقاعدي قانوناً ليس ملكاً محضاً للموظف المؤمن عليه، حتى نعتبره تركة تصرف مصرفها⁽²⁾، وليس فيه شائبة استقطاع، باعتبار ما تم استقطاعه دفع لأجل الحصول على استحقاقه، وإنما هو حق قرره القانون له، وفرضه لاعتبارات اجتماعية راعي فيها ظروف المجتمع، وإزالة العوز والحاجة عن أفراد، وهذا

(1) يراجع للاستزادة أبو زهرة، محمد، التكافل الاجتماعي في الإسلام، 70. أحمد الجراي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، 490.

(2) وعلى ذلك لا يجوز لدائني التركة الحجز على المعاش التقاعدي وأخذ ديونهم منه.

الحق يتقاضاه المستحق المحدد بالقانون مباشرة بالنظر إلى قيام الإعالة دون الحق بالميراث، فهذا الحق مصرفه للمستحقين الذين توافرت فيهم شروط استحقاقه؛ وليس للورثة الشرعيين؛ فالمستحق للمعاش:

- قد لا يكون وارثاً؛ كاستحقاق الأخوة والأخوات المعالين في المعاش مع الأب المعال.
- كما أن الوارث قد لا يكون بالضرورة مستحقاً للمعاش؛ كالبنات المتزوجة أو الابن البالغ غير العاجز عن الكسب.⁽¹⁾

(1) راجع المواد: (9، 10، 11) من القانون رقم (25) لسنة 1991م بشأن التأمينات والمعاشات اليمني.

المبحث الثاني

التأصيل الشرعي لاستحقاق المعاش التقاعدي

من المعلوم أن معاش التقاعد في الوقت الراهن يعتبر نازلة من نوازل العصر الحديث التي تحتاج إلى حكم شرعي مبني على تصور أطرافها، ومن ثم تكييفه بتوصيفه الشرعي، وبعد ذلك إعطاؤه حكماً شرعياً، وقد سبق توصيف هذا المعاش في الفقه القانوني باعتبار الحصة المستقطعة وما يتقاضاه من راتب تقاعدي.

وسنطلق في توصيف وحكم هذا المعاش التقاعدي في الشرع من قاعدتين أساسيتين: الأولى: أن الموظف في الدولة يسهم بجزء من مرتبه الشهري في تمويل هذا التأمين، الثانية: أن الإعطاء من معاش التقاعد لا يرتبط بمقدار ما دفعه الموظف من مرتبه؛ لأنه كما يحتمل نفاذ ما دفع الموظف طوال خدمته مع استمرار استحقاق المعاش؛ فتكون الدولة متبرعة للموظف ولخلفه من بعده، يحتمل كذلك توقف صرف المعاش قبل أن يستهلك جميع ما استقطع من الموظف؛ فتكون الدولة مدينةً للموظف.

وحيث؛ فالدولة فيما تبذله للموظف بعد نهاية الخدمة من معاش تقاعدي لا يخلو من حالتين: إما أن يكون تبرعاً محضاً منها لا ارتباط له بالاستقطاعات المدفوعة سلفاً، وإما أن نعتبره مشوباً بما استقطع من راتبه أثناء خدمته، ثم هل للزكاة والميراث تعلق فيما تبذله الدولة من راتب تقاعدي؟ نحاول توضيح كل ذلك في مطلبين:

المطلب الأول

معاش التقاعد يعد تبرعاً محضاً من الدولة

في هذه الحالة نعتبر أن الدولة متبرعة بما تبذله من معاش تبرعاً محضاً كما سبق ترجيح ذلك في التكييف القانوني، لكننا نجد الحال ليس كذلك بالنسبة للموظف؛ فهو يقدم أقساطاً شهرية حال الخدمة من راتبه مقابل تعويضه هو عند بلوغه سنّاً

معيناً أو أقاربه عند موته بأقل أو أكثر مما قدّمه، وهذه هي فكرة التأمين التجاري والتعاوني، وإن كان الأول منهما يُخرج القسط فيه عن ملك المؤمن له، بخلاف الثاني، وإذا أجرينا هذين الاحتمالين على هذا التأمين الحكومي نجد الآتي:

الاحتمال الأول: عدم خروج الاستقطاعات عن ملك الموظف:

وهذا هو الأصل؛ المبني على أن الالتزام الموقع عليه من قبل الدولة للموظف ينص على وجود مبلغ الاستقطاع من راتبه الأساسي، فهو داخل في أجرته المقررة له، وحينئذ ما مصير هذا المبلغ المستقطع والحالة هذه أننا قلنا: أن الدولة تبذل له المعاش تبرعاً محضاً غير مشوب بما استقطع؟ فنجيب: بأن المبلغ الذي يستلمه الموظف بعد انتهاء خدمته هو في الحقيقة أيضاً مشوب بما استقطع، ولكن المحضية هنا في هذه الحالة تأتي على مرحلتين، مرحلة تسديد المديونية للموظف التي على الدولة، وهذه المرحلة يكون مبلغ المعاش فيها مجموعاً من مديونية سابقة مع ما تبرعت به الدولة.

وفي هذه المرحلة يكون حكم المبلغ المستقطع ما يأتي من حيثية وجوب الزكاة وعدم وجوبها، من أن الراجح عدم وجوب الزكاة؛ لعدم الملك التام ولأنه مال غير نامٍ، وأما من حيثية الإرث فيعد تركته يقسم على الورثة الشرعيين؛ لحصول الملكية للمبلغ المستقطع. ثم بعد استنفاد ما على الدولة من مديونية تتمحض المرحلة الثانية بأن ما تبذله الدولة له هو محض تبرع؛ لاعتبارات عدة، من أهمها:

1- الاستمرارية للمعاش للمؤمن عليه ولخلفه من بعده بعد استنفاد مجموع ما تم استقطاعه أثناء الخدمة.

2- توزيع المبالغ المستقطعة بعد موت الموظف على أفراد معينين وهم المستحقون فقط، وعدم شمولها للورثة.

فهذا المبلغ المتبقي من المعاش الذي هو من الدولة فإنه يملكه ملكاً جديداً فلا تجب زكاته إلا إن حال عليه الحول وبلغ نصاباً أو معه في ملكه ما يكمل به، وكذلك لا يرث

أيضاً؛ لعدم الملكية.

الاحتمال الثاني: خروج الاستقطاعات عن ملك الموظف:

نشأ على الموظف التزام من حين عقد التعيين في الوظيفة بدفع مبلغ مقطوع بنسبة محددة من راتبه الشهري، والظاهر من هذا أمران:

أولاً: أن هذا المبلغ لا علاقة له بمبلغ المعاش، وإنما هو شرط من شروط استحقاقه في نهاية الخدمة؛ وهذه نتيجة سبق التدليل عليهما عند الحديث عن التأصيل القانوني.

ثانياً: أن هذا المبلغ المستقطع قد خرج عن ملك الموظف بمقتضى قبوله بالتزامات عقد الوظيفة، وصار ملكاً للدولة تتصرف فيه بالاستثمار ونحوه.

وهذا الاحتمال الثاني - وهو خروج الاستقطاعات عن ملك الموظف - في تقديري هو الظاهر والأقرب؛ إذ نخرج بذلك عن الإشكالات الآتي ذكرها⁽¹⁾، ولا نثقل المعاش بأي التزامات شرعية من زكاة وتركة ونحوهما، وأيضاً توفيقاً بما تم ترجيحه في التأصيل القانوني للمبلغ المستقطع المار الحديث عنه.

يبقى علينا أن نوجد مبرراً شرعياً يسوّغ لنا خروج ذلك المبلغ المستقطع عن ملك الموظف.

فبعد استقراء وتبع كلام فقهاء الشريعة الإسلامية في مختلف المذاهب توصلتُ إلى عدة مسوغات، من ذلك:

أولاً: التقاص بين الدينين، ومعنى ذلك أن الدولة وجهة العمل دفعت مقدار هذا الجزء من المرتب وهو (6%) إلى هيئة التأمين متمثلة في الصندوق؛ فنشأ قرض على

(1) منها الدينية المتبقية له من الاستقطاعات في حالة ما لم تستهلك جميعها بعد تقاعده لا سيما على كلام السادة الشافعية؛ فكيف ينتزع هذا الدين من الدولة ويصرف مصرف التركة، ما دام لم يوجد مستحق؛ فالدولة لا تسوغ صرفه ما دام لا يوجد مستحق في نظام التقاعد وإن وجد الوارث.

الموظف للدولة، فتم استقطاعه من راتبه؛ فحصل التقاص؛ وبه تم الخروج عن ملكه للدولة أو جهة العمل.

ثانياً: اعتبار أن الموظف متبرع⁽¹⁾ بما يستقطع من راتبه لمن يحتاج إليه من زملائه، والدولة متبرعة كذلك لما تساهم به للصندوق، والغرر الحاصل - لو سلم به - معفو عنه في التبرعات بخلاف عقود المعاوضات.⁽²⁾

ثالثاً⁽³⁾: اعتبار الاستقطاعات أموالاً موقوفة لصالح جميع المؤمن عليهم والمستفيدين من بعدهم ومن سينضم إليهم في الأجل، وهي مجعولة للتكافل الاجتماعي عند مظنة الحاجة، فالوقف هنا يحتمل التسبيل من المالك؛ وحينئذ تنتفي عنها الزكاة؛ لعدم تعيين المالك، أو يحتمل تعليق المال؛ فلا زكاة فيما وقف للموظف كالجنين؛ لأنه لا ثقة بوجود حياته إلى مضي مدة الخدمة، ولم تجب الزكاة على مستحقيه؛ لضعف استحقاقهم.

رابعاً: اعتبار الجزء المأخوذ من المرتب من قبل الموظف خارجاً عن ملكه بالتزامه

(1) نقل الحق: هو إخراج حق التصرف من يد لأخرى؛ فما منه بعوض يسمى معاوضة، وما منه بدونه يسمى تبرعاً. عبدالرحمن السقاف، القواعد العامة في الفقه الإسلامي النظريات الفقهية، 172.

(2) الفروق للقرافي 1 / 151، زكريا الأنصاري، الغرر الهيبة، 232/3.

(3) بمعنى أن المبلغ المستقطع من راتب الموظف ليس حقاً خالصاً له؛ فلو أراد ألا تقتطع من راتبه لما قبل قوله، وهو داخل في عقد مع الدولة على هذا راضياً، فما يؤخذ من راتب الموظف ليس له في الحقيقة، بل هو تابع للدولة، والاقتطاع شكلي، وهذه النسبة لا يمكن أن يحصل عليها حتى مع وجود تقاعد له، فهي في الواقع اتفاق مكتوب صوري، ليست من راتب، وجعلها من الراتب مشروط بحسمها عليه، والعبرة بالحقائق والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، والسبب في العمل بهذه الطريقة مصلحة الموظف نفسه؛ حيث يمكن أن تجعل الدولة راتب الموظف هو المبلغ الذي يحصل عليه فعلاً (94%) من مرتبه، وتعد مبلغ (6%) مكافأة منها تدفع للصندوق نيابة عن الموظف. يراجع محمد الدوسري، الراتب التقاعدي، مرجع سابق، 178.

بإبراء الدولة من ذلك المبلغ المستقطع الذي هو دين له عليها؛ على ذلك يحق للموظف أن يبرئ الدولة من المبلغ الذي تم استقطاعه من راتبه باعتباره ديناً له في ذمتها شهرياً، وجهالة المبرئ بما أبرأه به لا ترد في عدم صحة الإبراء بناءً على مقابل الأصح من أن الإبراء إسقاط.⁽¹⁾

ولا يرد أيضاً اشتراط القبول؛ حيث إنه مبني على أن الأصح فيه الإسقاط؛ فلا يشترط. خامساً: أن لا يعتبر الجزء المأخوذ من الراتب، بل تبرع من جهة العمل للصندوق بما يساوي 6% من راتب الموظف مثلاً؛ فجهة العمل تتبرع بتسديد التزامات الموظف من الاستقطاع للصندوق، وتدفعه من ميزانيتها؛ فالموظف يستلم راتبه خالياً من استقطاعات التأمين.

سادساً: أن نجعل نسبة ما يستقطع من راتب الموظف الشهري ليس من جملة مرتبه الشهري، وإنما هو هبة من الدولة أو جهة العمل نظير الحصة الأخرى التي تلتزم بها، وعليه يتم زيادة نسبة الحصة التي تلتزم بها جهة العمل بواقع (13%)⁽²⁾ من جملة الأجور الأساسية للمؤمن عليهم لدى هذه الجهة وتورد شهرياً للصندوق، بافتراض أن راتب الموظف الذي يستحقه يحسب على أساس عدم وجود نسبة مضافة يتم استقطاعها، فما يستلمه فعلياً كل شهر من الراتب هو الراتب الحقيقي، وما استقطع هو خارج عن ملكه ابتداءً.

سابعاً: أن نجعل العقد بين الموظف والدولة عقد هبة مشروطة بدفع الدولة عوضاً حين التقاعد، ولكن يرد عليه الآتي:

(1) النووي، المنهاج، للنووي، 325، أبي بكر شطا، إعانة الطالبين، 180/3.

(2) جميع النسب المذكورة في البحث هي مأخوذة من التشريع اليمني في قانون التأمينات والمعاشات، علماً أنها قد تختلف من تشريع دولة إلى دولة أخرى.

- 1- أنه في الهبة المشروطة يشترط في الموهوب أن يكون موجوداً وقت عقد الهبة، والمبلغ المستقطع غير موجود وقت الاستقطاع.
 - 2- أن شرط صحة الهبة علم المتعاقدين بالموهوب؛ فما يستقطع من راتبه غير معلوم لهما بعينه، وإن كان معلوماً بالنسبة.
 - 3- من شرط الهبة بثواب كون العوض معلوماً؛ فإن كان مجهولاً لم تصح، وصارت كالبيع الفاسد⁽¹⁾، والمبلغ الذي سيحصل عليه الموظف معاشاً فيه غرر وجهالة حال العقد؛ وهو مفسد للعقد حينئذ.
- ثامناً: أن ينذر الموظف وقت تعيينه بنسبة ما يستقطع من راتبه لصندوق التأمينات والمعاشات، بصيغة يتم كتابتها من جهة شرعية معتبرة، إذ يصح النذر بالمجهول والمعدوم، ولا يتوقف على قبض، وتكون النذرية خارج صلب عقد التعيين؛ فالشروط إن كانت قبل العقد فإنه لا أثر لها، ولا تلزم إلا بالتزام شرعي؛ كالنذر⁽²⁾.
- علاوة على ذلك أن نعتبر موافقة الموظف على قبول التعيين بالوظيفة تضمن الرضا بما يجري عليه من استقطاعات شهرية وخروجه من ملكه ابتداءً.
- ومن هذا نخلص إلى أن المعاش التقاعدي على هذا الحال - وهو خروج الاستقطاعات عن ملك الموظف - نزيه من فرضية الزكاة عليه؛ لعدم حصول الملكية فيه، وكذلك لا يصرف به مصرف التركة التي هي أملاك للموظف حال حياته خلفها لورثته؛ لانتفاء المال الموروث.

(1) منصور الهوتي، منتهى الإيرادات، 2/ 430، محمد الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 405.

(2) لكن لو نذره فإنه سيخرج من ملكه، وسيأتي الكلام عليه في الحالة الثانية من الطرق التي تعالج تبرير شرعية المال المستقطع.

المطلب الثاني معاش التقاعد يعد مشوباً بما استقطع من راتب الموظف

في هذه الحالة نعتبر ما يستلمه الموظف أو المستحقون مشوباً بما استقطع؛ وعليه يكون المبلغ المستقطع حال الخدمة لا يزال في ذمة الدولة، لم يخرج عن ملك الموظف⁽¹⁾.

وعلى ذلك يعتبر ما تم استقطاعه من الراتب حال الخدمة جزءاً من أجره الموظف التي اشترط تأجيل استلامها إلى ما بعد نهاية الخدمة؛ بناءً على أن العقد بينهما عقد إجارة عين، أو عقد قرض من الموظف للصندوق؛ فيرتب ديناً له في الذمة؛ وحينئذ يترتب على ذلك تعلق الزكاة والإرث فيما يستلمه الموظف من معاش بعد انتهاء الخدمة.

أولاً: حكم تعلق الزكاة بمعاش التقاعد:

من المعلوم أن ما يستلمه الموظف بعد انتهاء خدمته هو مجموع من حصة مستقطعة من راتبه مع ما يستحقه على الدولة نهاية الخدمة، فهذا الثاني لم يقل أحد من المعاصرين بتعلق الزكاة به؛ لأن الدولة جهة عامة غير مالكة؛ والمؤمن عليه ملكه ملكاً جديداً؛ فلا تجب زكاته إلا إن حال عليه الحول وبلغ نصاباً أو وجد معه ما يكمل به.⁽²⁾

أما حكم تعلق الزكاة وعدمها بالمال المستقطع فهي تُبنى على مسألتين: مسألة مدى تحقق الملك التام في هذه الاستقطاعات، ومسألة وجوب وعدم وجوب زكاة الدين المؤجل سداده؛ بمعنى أن المال البالغ نصاباً والذي هو دين مؤجل لإنسان في ذمة آخر، وحال عليه الحول، هل تجب زكاته؟

(1) أما على احتمال خروجه من ملكه وقت استقطاعه، فهو ظاهر.

(2) محمد أحمد حسين، زكاة مخصصات التقاعد والتوفير ومكافأة نهاية الخدمة، بحث مقدم إلى مؤتمر الزكاة بعنوان: زكاة دخول الموظفين والمهن الحرة، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 1432هـ/2011م، 19.

1- مسألة مدى تحقق الملك التام في هذه الاستقطاعات:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أنه لا بد لوجوب الزكاة في المال فيه أن يكون الملك له ثابتاً متمكناً منه في جميع الأحوال.

لكنهم اختلفوا في معنى الملك التام، أهو أصل الملك، أم ملك اليد (الحيازة) أم ملك التصرف؟

قال الحنفية: المقصود به أصل الملك وملك اليد؛ بأن يكون مملوكاً... وأيضاً أن يكون مملوكاً في اليد أي مقبوضاً؛ وعلى ذلك لو ملك شيئاً ولم يقبضه، كصداق المرأة قبل قبضه، فلا زكاة عليها فيه، وبنوا على ذلك عدم الزكاة في المال الضمار: وهو كل مال غير مقدور الانتفاع به، مع قيام أصل الملك؛ كالحيوان الضال، والمال المفقود والمال الساقط في البحر، والمال الذي أخذه السلطان مصادرة، والدين الموجود إذا لم يكن للمالك بينة وحال الحول ثم صار له بينة، بأن أقر عند الناس...⁽¹⁾

وقال المالكية: أن المقصود به أصل الملك والقدرة على التصرف فيما ملك؛ فلا زكاة على المرتهن فيما تحت يده من شيء غير مملوك له؛ لعدم الملك... وأما المرأة فصداقها مملوك لها ملكاً تاماً، إلا أنها لا تزكيه حال وجوده بيد الزوج، وإنما يجب عليها زكاته بعد أن يمضي عليه حول عندها بعد قبضه.⁽²⁾

وقال الشافعية: المقصود به أصل الملك التام والقدرة على التصرف، لكنهم أخرجوا له صورة واحدة فقط وهي ما ملكه المكاتب، فلا زكاة فيه عليه؛ لضعف ملكه عن احتمال المواساة.⁽³⁾

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 9/2.

(2) أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، 456/1.

(3) الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، 212/1.

أما الحنابلة فقالوا: الملك التام عبارة عما كان بيده لم يتعلق فيه حق غيره، يتصرف فيه على حسب اختياره، وفوائده حاصلة له.⁽¹⁾ وذكروا صوراً له.

فعلى رأي الجميع - سواء فسرنا الملك التام بأصل الملك، أم بملك اليد (الحياسة) أم بملك التصرف- أن الزكاة لا تجب في الاستقطاعات ما دام الملك لها ليس تاماً أي ثابتاً ومستقراً خارجاً فيها عن يده، بل يستأنف حوله بعد قبضه.

وهذا ما نرجحه؛ لأن الاستقطاعات لا تُعد مملوكة ملكاً تاماً باعتبارها ليس مقبوضة في اليد، مع عدم قدرته على التصرف فيها باختياره، بدليل أن ليس له المطالبة بها قبل وقت استحقاقها؛ فلا تجب زكاتها ما دامت لم تقبض بعد ولم يمض حول على قبضها.

وقد صدرت فتاوى وتوصيات مؤتمر الزكاة الأول في الندوة الخامسة بعدم وجوب الزكاة فيها، ونصها: «4- لا تجب الزكاة على العامل أو الموظف في هذه الاستحقاقات طيلة مدة الخدمة؛ لعدم تحقق الملك التام الذي يشترط لوجوب الزكاة. 5- هذه الاستحقاقات إذا صدر القرار بتحديدتها وتسليمها للموظف أو العامل دفعة واحدة أو على فترات دورية أصبح ملكه لها تاماً، ويزكي ما قبضه منها زكاة المال المستفاد، وقد سبق في مؤتمر الزكاة الأول أن المال المستفاد يزكى بضمه إلى ما عند المزكي من الأموال من حيث النصاب والحول».

2- مسألة حكم زكاة الدين المؤجل⁽²⁾: فنقول: في المسألة رأيان: الوجوب وعدمه.

الرأي الأول: عدم وجوب الزكاة في الدين المؤجل؛ وإليه ذهب ابن عمر وعائشة وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم، وعليه المذهب القديم عند الشافعية.⁽³⁾

(1) إبراهيم ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 2/296.

(2) كلامنا في مسألة الدين إنما هو باعتبار الدائن وهو المالك للدين، لا المدين.

(3) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 2/125.

الرأي الثاني: وجوب الزكاة في الدين الموجل، وعليه اتفقت المذاهب⁽¹⁾، إلا أنهم اختلفوا في أنه هل يزكى لجميع السنوات السابقة أم لسنة واحدة فقط؟ الحنفية والراجح⁽²⁾ عند الشافعية والحنابلة: أوجبوا زكاته على صاحبه كل عام؛ لأنه مال مملوك له، إلا أنه لا يجب عليه إخراج الزكاة منه ما لم يقبضه، فإذا قبضه زكاه لكل ما مضى من السنين.⁽³⁾

وذهب المالكية: إلى وجوب زكاته لسنة واحدة فقط عند قبضه ولو أقام عند المدين سنين، إلا إذا أخره قصداً فراراً من الزكاة فإنه تجب عليه زكاته في كل الأعوام التي قصد تأخيرها فيها.⁽⁴⁾

وعليه يبني حكم وجوب الزكاة وعدمها في المال المستقطع على الرأيين السابقين؛ فعلى عدم الوجوب لا إشكال، وهذا ما نرجحه؛ لأمر ثلاثة: لأنه مال غير نام، فلم تجب زكاته؛ كعروض القنية⁽⁵⁾، ولأنه غير معين⁽⁶⁾، ولأنه لا ملك فيه حقيقة.⁽⁷⁾

أما على الوجوب؛ فإن قلنا: تجب لسنة واحدة فقط لجميع الأحوال التي بلغت فيها

(1) يراجع ملزمة السيد محمد بن بصري السقاف، في الفقه المقارن، بعنوان: زكاة الديون، 16.

(2) ومقابل المذهب عند الشافعية: أنه يجب دفع زكاته عند الحول ولو لم يقبضه. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 125/2.

(3) الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي مع حاشية ابن عابدين، 266/2، مغني المحتاج، 125/2، ابن قدامة، المغني، 71/3، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 548/1.

(4) محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 61/2.

(5) وهي العروض التي تقتنى لأجل الانتفاع الشخصي.

(6) النووي، المجموع، 21/6.

(7) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 125/2.

النصاب كما هو عند المالكية، فيلزمه أن يستقري جميع الاستقطاعات مدة الخدمة الفعلية التي بلغت نصاباً، ثم يخرج زكاتها مرة واحدة.

أما إن قلنا: بوجوب إخراجها لجميع السنوات التي حصل النصاب فيها - وهو مذهب الجمهور-، فتجب زكاته من حين بلوغ مجموع الاستقطاعات النصاب ومضي الحول وقبضه بعد انتهاء مدة الخدمة؛ فما تم استلامه من معاش يجب إخراج زكاة الدين منه حين الحصول عليه، خاصةً إذا قلنا: إن شرط تأجيل هذا الجزء من الأجرة لمن شرطه لاغٍ؛ للجبهالة.

وعلى هذا فيستقري الموظف جميع الاستقطاعات حال خدمته؛ ليعرف مدى تحقق النصاب ومتى تحقق؟ ليعرف مقدار ما يجب عليه من الزكاة، ومن ثم يحق له أن يخرجها حالاً أو حين الحصول على المعاش.

وحينئذ نتساءل هل ما يستلمه الموظف أو المستحقون من معاش لأول مرة يجب إخراجها كاملاً عن الزكاة، أو أنه يجب زكاة 6% فقط - وهو المبلغ المستقطع - من كل معاش شهري يستلمه إلى أن تنقضي زكاة كافة الاستقطاعات؟ والثاني أقرب؛ لعدم حصول الاستلام للمبلغ المستقطع دفعة واحدة، وإنما على دفعات شهرية، والإخراج لا يجب إلا بعد أن يقبض الشخص دينه؛ فيتحصل على هذا أمران: أولاً: أن نحسب جميع الاستقطاعات من حيث بداية الخدمة. ثانياً: أن نحسب من متى بلغت الزكاة، أي متى اكتمل النصاب؟ بعد ذلك يجب الإخراج لمرة واحدة عن جميع السنوات عند المالكية، وعند غيرهم عن كل سنة، بعد ذلك هل يجب عليه الإخراج كاملاً عن الزكاة أو من كل معاش يجب إخراج زكاة 6% فقط؟

ثانياً: حكم الإرث في معاش التقاعد:

في هذه الحالة التي نعتبر المعاش مشوباً بما استقطع؛ وأن المبلغ المستقطع لا يزال في ذمة الدولة، لم يخرج عن ملك الموظف، فإذا مات المؤمن عليه فإن المعاش التقاعدي

يؤول لخلفه، فهل يكون تركة شرعية توزع على الورثة الشرعيين بمقدار إرثهم، أو أنه يُصرف للمستحقين قانوناً وليس لورثة؟

تحريم محل النزاع:

أولاً: المبالغ المستحقة للمؤمن عليه قبل موته من مكافئات وعلاوات وبدلات ونحوها ولم تصرف له حال حياته، فإنها تعتبر إرثاً يصرف مصرف التركة للورثة الشرعيين.

ثانياً: المبلغ الزائد من المعاش غير مبلغ الاستقطاعات، فهذا ليس تركة تصرف مصرف الورثة الشرعيين، وإنما هو مبلغ مالي من الدولة استحقه في حياته بمقتضى القوانين والأنظمة - كما سبق - يصرف بعد وفاته مصرف المستحقين المنصوص عليهم في نظامها القانوني إذا توفرت الشروط المحددة فيها؛ لأنه لم يملكه في حياته حتى يدخل ملكه ويصير إرثاً.

يبقى النزاع فيما كان مقتطعاً من الراتب الشهري للموظف من حيث تعلق الإرث به وعدمه، فيكاد يكون اتفاق على اعتبار كونه تركة توزع بين الورثة الشرعيين؛ لحصول الملكية له في حال حياته.

خاتمة البحث

يتبين لنا في ختام هذه الدراسة أن المعاش التقاعدي تَرَد عليه بعض التساؤلات من حيث توصيف استحقاقه القانوني والشرعي؛ فهناك حاجة - أولاً - لمعرفة التأصيل لفرض الاستقطاعات الشهرية؛ حيث يدور تأصيله القانوني بين الضريبة والرسم والقسط التأميني التجاري، أو أنه مبلغ مستقل بذاته، متميز بخصائصه، وأما التأصيل الشرعي فيتردد بين اعتبارين فيما أن يكون مشوباً بما استقطع من راتب الموظف؛ مع بيان تعلق الزكاة والإرث به، أو تبرعاً محضاً من الدولة، وثانياً: لما يتقاضاه المؤمن عليه بعد نهاية الخدمة من معاش تقاعدي باعتباره حقاً قرره القانون، وفرضه لاعتبارات

اجتماعية، علاوة على التأصيل الشرعي فكان لا بد من الاستعانة بفقهاء الشريعة في إيجاد الحلول والمبررات الشرعية التي تُخرج المعاش التقاعدي من حظر أو شبهة استحقاقه.

وهنا أوجز أهم النتائج التي توصلت لها والتوصيات:

أولاً: النتائج:

1- المعاش التقاعدي: «مبلغ نقدي، يتقاضاه الموظف بعد انتهاء خدمته، بصورة نظامية، ويؤول إلى المستحقين عنه بعد وفاته، وذلك مقابل مبالغ الاشتراكات الشهرية من المستقطعة من راتبه مدة الخدمة».

2- التأصيل القانوني للحصة التي يلتزم بها المؤمن عليه بأنها ليست ضريبة ولا رسماً ولا قسماً تأمينياً تجارياً فهي مستقلة بذاتها، متميزة بخصائصها التي اكتسبها من طبيعة التأمين الاجتماعي وأهدافه، فهي تعتبر: (مبلغاً نقدياً يستقطع من راتب الموظف جبراً بنسبة محددة قانوناً).

3- التأصيل القانوني لما يتقاضاه المؤمن عليه من راتب تقاعدي أنه: «مبلغ مالي غير مشوب بما استقطع، يستحقه الموظف من الدولة شهرياً، وفقاً للقوانين والأنظمة إذا توفرت الشروط المحددة فيها».

4- التأصيل الشرعي: أن معاش التقاعد لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن نعتبره تبرعاً محضاً منها لا ارتباط له بالاستقطاعات المدفوعة سلفاً:

- فعلى احتمال عدم خروج الاستقطاعات من ملك الموظف وهو الأصل، فالمبلغ المستقطع لا زكاة فيه؛ لعدم الملك التام ولأنه مال غير نامٍ، ولكن يكون تركة تورث عنه؛ لحصول الملكية، وأما المبلغ المتبقي من المعاش فيملكه ملكاً جديداً فلا تجب

زكاته إلا إن حال عليه الحول وبلغ نصاباً أو معه في ملكه ما يكمل به، وكذلك لا إرث أيضاً.

- وعلى احتمال خروجها عن ملكه وهو الظاهر، فالمبلغ المستقطع لا زكاة فيه؛ لعدم الملكية ولا إرث؛ لانتهاء المال الموروث، وأما المبلغ المتبقي من المعاش فكما سبق. الحالة الثانية: أن نعتبره مشوباً بما استقطع من راتبه أثناء خدمته وعدم خروجه من ملكه، فالمبلغ المستقطع لا زكاة فيه؛ لعدم الملك التام ولأنه مال غير نامٍ، أما من حيث الإرث فيكون تركته تورث عنه؛ لحصول الملكية في حياته، وأما حكم المبلغ المتبقي فإنه لا زكاة تتعلق به، ولا إرث.

ثانياً: التوصيات:

- 1- نوصي الباحثين بمتابعة الدراسة والبحث في هذا الموضوع بخصوص جزئية المبررات الشرعية التي تُخرج المعاش التقاعدي من حظر أو شبهة استحقاقه.
- 2- نوصي الباحثين ومراكز البحوث العلمية في العالم الإسلامي أن يولوا اهتماماتهم بالكتابة في النوازل المعاصرة، لا سيما القانونية منها والتي تحتاج إلى تكييف شرعي يبين حكمها للناس.
- 3- نوصي بضرورة أن تتضمن مناهج التعليم الجامعي موضوعات لها تتعلق بالنوازل الحديثة يتم تناولها بالتأصيل الشرعي والقانوني.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولاً: التشريعات والقوانين:

- 1- قانون التأمينات والمعاشات اليمني رقم (25) لسنة 1991م.
- 2- قانون الخدمة المدنية اليمني رقم (19) لسنة 1991م.
- 3- قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية وتعديلاته الاتحادي الإماراتي رقم (7) لسنة 1999م.
- 4- قانون المعاشات ومكافآت التقاعد البحريني رقم (13) لسنة 1975م.
- 5- القانون رقم (79) لسنة 1975م بشأن التأمين الاجتماعي في مصر.
- 6- قانون معاشات الخدمة العامة السوداني لسنة 1992م.
- 7- اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم (19) لسنة 1991م.

ثانياً: كتب اللغة:

- 1- إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة.
- 2- أحمد بن فارس بن زكرياء الرازي القزويني، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، مصر، 1979م.
- 3- أحمد محمد رواس قلعي، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 1988م.
- 4- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري ابن منظور، الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، 1414 هـ.

ثالثاً: الكتب الفقهية:

- 1- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، 1997م.
- 2- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
- 3- أبو بكر عثمان بن محمد شطا البكري الدمياطي الشافعي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، الطبعة الأولى، دار الفكر، 1997م.
- 4- أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، مع حاشية الدسوقي عليه، دار الفكر، مصر.
- 5- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الفروق، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب.
- 6- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، الغرر الهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، سوريا.
- 7- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
- 8- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة.
- 9- عبد الرحمن بن عبد الله السقاف، القواعد العامة في الفقه الإسلامي النظريات الفقهية.
- 10- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر، مصر، 1992م.

- 11- محمد بن أحمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، دار الفكر العربي، 1991م.
- 12- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، الشافعي، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت.
- 13- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
- 14- محمد بن أحمد بن محمد عlish المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، سوريا، 1989م.
- 15- محمد بن بصري السقاف، ملازم الفقه المقارن، زكاة الديون.
- 16- منصور بن يونس الجهوتي الحنبلي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، عالم الكتب، 1993م.
- 17- منصور بن يونس الجهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 18- يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.
- 19- يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، سوريا، 2005م.

رابعاً: الكتب القانونية:

- 1- أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري، مكتبة ومركز الصادق، 2009م، 2010م.
- 2- أحمد عبده هزاع الجرادي، الوسيط في التأمين الاجتماعي، الطبعة الأولى، مكتبة ومركز الصادق، 2017م.
- 3- خالد عمر عبد الله باجنيد، القانون الإداري اليمني، سلسلة الكتاب الجامعي،

عدن، 2014م.

- 4- عادل أحمد حشيش، أساسيات المالية العامة مدخل لدراسة أصول الفن المالي للاقتصاد العام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1992م.
- 5- عبدالله الخياري، قانون التأمينات الاجتماعية اليمني، تأمين إصابات العمل، الطبعة الرابعة، مكتبة مركز الصادق، 2012م.
- 6- عبداللطيف محمود آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1994م.
- 7- عبدالله حسين بركات المالية العامة التشريع الضريبي في الجمهورية اليمنية، مكتبة ومركز الصادق، 2005م.
- 8- علي علي المصري، الوجيز في القانون الإداري اليمني، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، مكتبة الصادق ومكتبة خالد بن الوليد، 2012م، 2013م.
- 9- محمد حسن فائق، التأمينات الاجتماعية، المبادئ النظرية، الجوانب الرياضية، مع التطبيق على جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، مطابع سجل العرب، 1996م.
- 10- مليكة الصروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الشرطة المغربية لتوزيع الكتب، 2006م.
- 11- يحيى قاسم علي سهل، السهل في المالية العامة، الطبعة الثانية، مكتبة ومركز الصادق، 2020م.

خامساً: المجالات والأبحاث:

- 1- حسين عبدالله العويضاني، النظام القانوني للإحالة على المعاش في التشريع اليمني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2009م.
- 2- مجدي عبدالمملك باقيس، إحالة الموظف العام للتقاعد في القانون اليمني دراسة

مقارنة بالقانونين المصري والإماراتي، رسالة ماجستير، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، 2019م.

3- محمد بن سعد الدوسري، الراتب التقاعدي، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الثالث عشر، 2012م.

سادساً: المؤتمرات:

1- محمد أحمد حسين، زكاة مخصصات التقاعد والتوفير ومكافأة نهاية الخدمة، بحث مقدم إلى مؤتمر الزكاة بعنوان: زكاة دخول الموظفين والمهن الحرة، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 1432هـ/2011م.

2- يحيى قاسم علي سهل، النظام القانوني للتقاعد في التشريع اليمني، ورقة بحثية مقدمة للندوة العلمية حول حماية الحقوق في ظل سيادة القانون، مطبوعات دار جامعة عدن، 15-16 إبريل 2008م.

فسخ العقد الذكي المنشأ في منصة البلوكشين بالإرادة المنفردة

الباحث: راشد ناصر أبوشبص

و

د. رغيد عبدالحميد فताल

تاريخ التسليم: 2024/02/12 تاريخ القبول: 2024/03/12

**Termination of the smart contract
created on the blockchain by
unilateral intention**

Researcher: Rashid Nasir Abushibs

&

Dr. Raghid Abdulhamid Fattal

الملخص:

ألقت الثورة المعلوماتية الهائلة في التقنيات في عصرنا الحالي بظلالها على كافة جوانب الحياة، وفتحت المجال واسعاً لإبرام العقود بمختلف أنواعها؛ إذ تغيرت أساليب التعاقد، فقد ظهر نمط تعاقدى جديد تمثل بالعقود الذكية أو عقود البلوكشين، من هنا كان واجباً على المشرع تنظيم هذا النمط التعاقدى الجديد، خاصة أن هذه العقود ذات سمات خاصة ومميزة تجعل من تطبيقها أكثر أمناً، إذ ترفع من الأمن التعاقدى بفضل تقنية التشفير، فمن غير الممكن أن يتم تعديل أو تحريف أو إتلاف المعطيات، كما تختصر هذه التقنية الوقت والجهد، إذ تركز مبدأ التنفيذ الذاتى للعقود، كما وأن هذه العقود تم الاعتراف بقيمتها الثبوتية من قبل بعض الدول التي تستخدم هذا النمط التعاقدى مثل أمريكا وفرنسا ودولة الامارات العربية المتحدة، وتعتبر التقنية في منصة البلوكشين الدعامة التي تحوي العقود الذكية، إذ تم دمج فضاء المعاملات بالعالم المادي والذي يعرف بإنترنت القيمة. إن التطور التعاقدى من العقود التقليدية إلى الإلكترونية وصولاً للذكية يعيد تشكيل مفهوم الفسخ، بينما يمكن فسخ العقود التقليدية والإلكترونية بإرادة منفردة بموافقة قضائية، تُحد العقود الذكية من هذه الإمكانية بفضل تنفيذها الآلي المستقل عبر تقنية البلوك تشين، مما يقلل تدخل القضاء ويجعل الفسخ بالإرادة المنفردة أمراً معقداً في ظل آليات التنفيذ الذاتية للعقود الذكية.

الكلمات المفتاحية: عقود ذكية، البلوكشين، إنترنت القيمة، ميتا فيرس، الرُموز المميّزة الافتراضية "أن أف تي"، الأصل الافتراضى، فسخ العقد.

Summary:

The huge information revolution in technology in our time has cast a shadow over all aspects of life and opened a wide field for concluding contracts of all kinds. As contracting methods have changed, a new contractual pattern has appeared represented by smart contracts or blockchain contracts. Hence, it was the duty of the legislator to regulate this new contractual pattern, especially since these contracts have special and distinctive features that make their application more secure, as it increases contractual security thanks to encryption technology, it is not possible to modify, distort or destroy data, and this technology shortens time and effort, as it devotes the principle of self-execution of contracts, and these contracts have been recognized for their evidential value by some countries that use this contractual pattern, such as America, France and the United Arab Emirates, and the Blockchain platform is the mainstay that contains smart contracts, as the transaction space has been integrated into the world material, which is known as the Internet of Value. The evolution from traditional to electronic and then to smart contracts reshapes the concept of termination. While traditional and electronic contracts can be terminated by unilateral decision with judicial approval, smart contracts limit this possibility due to their autonomous execution via blockchain technology, reducing judicial intervention and making unilateral termination complex under the self-executing mechanisms of smart contracts.

Keyword: smart contracts, blockchain, Internet of Value, Metaverse, Virtual Asset, NFT, contract termination.

المقدمة

إن الثورة الرقمية المستقبلية المعتمدة على البلوكشين، تعد قفزة نوعية في نقل وتخزين وتأكيد المعلومات الرقمية، بالإضافة إلى التحقق من صلاحية المستخدمين من أهم هذه الاستخدامات هي تفعيل العقود الذكية التي تؤدي بدورها إلى إلغاء الوسيط وتوفير التكاليف وتسهيل المعاملات، مع الحفاظ على التحكم المباشر في ملكية المعاملات والبيانات، والمشاركة بطريقة آمنة ومؤمنة تقريباً، مما أدى إلى ظهور تبادل جديد في المعاملات التجارية يعرف باسم "التجارة الإلكترونية"⁽¹⁾ عبر شبكة الإنترنت⁽²⁾ اللامركزية، والتي تُيسر التعاملات اليومية للجمهور وتقدم الخدمات لهم وفق برنامج محدد وصارم بعيداً عن التدخل البشري إذ يعد الانضباط والالتزام والدقة أهم السمات، وذلك كونها عقداً إلكترونياً مؤتمتاً يعمل بشكل مستقل عن

(1) يعبر مصطلح التجارة الإلكترونية عن مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية، وتعد التجارة الإلكترونية وسيلة متميزة وغير مسبقة للوصول إلى أسواق العالم جميعها في وقت واحد وبأقل النفقات، إذ تساعد البائعين على تخطي حواجز المسافات، والوصول إلى أسواق بعيدة ومتنوعة ومتعددة الخواص، ويساعد هذا النوع من التجارة أيضاً على تخطي حواجز الزمن والتعامل مع العملاء على مدار الساعة. وتعتبر التجارة الإلكترونية تطبيقاً حقيقياً لفكرة العولمة، وأن العالم ما هو إلا قرية صغيرة لا تتقيد بحواجز المكان ولا الزمان، وهي توفر بالتالي فرصة وإمكانيات لا نهائية العرض والسلع والخدمات من المكان ذاته لكل الناس بدون التقيد بحدود الحيز، أو المساحة، أو الوقت. ولمزيد من التفاصيل يراجع: إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية، المكتبة الأكاديمية، 2003، ص 5.

(2) الإنترنت، هي شبكة عالمية تقوم بربط جميع أجهزة الحاسوب بالعالم مع بعضها بعضاً، ليتم التواصل بينها، واكتساب الكثير من المعلومات بشكل سهل وسريع، وقدمت شبكة الإنترنت الكثير من الخدمات والتسهيلات لمستخدميها. كما أنها دخلت في كافة نواحي الحياة، وساهمت في تطويرها من خلال تعدد وسائل الاتصال المستخدمة في الشبكة، كالوسائل النصية، والمرئية، والصوتية، ولمزيد من التفاصيل يراجع: سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2006، ص 48.

تدخل العناصر البشرية في الأصل، حيث يتفاوض الأطراف المتعاقدة كلها أو بعضها عن بعد، فيتم تبادل المعلومات والشروط وكافة البيانات بسرعة هائلة في مجلس العقد الافتراضي⁽¹⁾.

أدت هذه الثورة الرقمية المشفرة واللامركزية إلى تطوير برمجيات متطورة يمكنها أداء المهام بشكل مستقل نيابة عن الأشخاص والمنظمات، مثل المفاوضات بإزالة الحاجة إلى قيام الموظفين لإجراء المفاوضات، هذا بالإضافة إلى كونه أكثر قدرة من الناحية الفنية من الشخص العادي على تحقيق المصلحة الشخصية للشخص الراغب في تنفيذ عقده⁽²⁾.

لذا فإن من المهم فهم الأنواع المختلفة لمنصات التداول، ومعرفة كيفية التعامل معها والتشريعات التي تنطبق عليها، مما أوجد تحديًا واضحًا أمام التشريعات والأنظمة القانونية، ومن أهمها التعاقد الإلكتروني عن بعد وخاصة عندما يكون مع ذكاء اصطناعي يقوم بالقرار عن طريق خوارزميات عامة ليست متمركزة على أوامر مؤتمتة محددة، وقانونية هذه المعاملات التجارية القائمة على إشارات إلكترونية تعبر عن إرادة افتراضية لخوارزميات ذكاء اصطناعي، كالتعبير عن الإرادة وتطابقها عن طريق تبادل رسائل البريد⁽³⁾، وظهور طرق جديدة في البيع تعرف باسم: "إنترنت

(1) أيمن مصطفى أحمد محمد، التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في ضوء تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الفكر الشرطي، القيادة العامة لشرطة الشارقة، المجلد 23، العدد 91، 2014، ص 209.

(2) شريف محمد غنام، دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دراسة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية 2005، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص 2.

(3) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، 2016، ص 10.

القيمة"⁽¹⁾. وتمثل العقود الذكية أحد أهم الأنواع الرئيسة للعقود الإلكترونية المؤتمتة لتقنية سلسلة الكتل، والمعروفة باسم: "البلوكشين".

وتقنية منصة البلوكشين واحدة من الابتكارات المؤثرة في التجارة الإلكترونية التي تستخدم العديد من أنواع التطبيقات المختلفة منها التصويت الرقمي والعملات المشفرة مثل البتكوين⁽²⁾.

وبالتالي، فقد عملت على تبسيط مفاوضات العقد، حيث سيتم إجراء الاتفاقية مباشرة بين الأطراف المتعاقدة فيما يعرف بطريقة "نظير إلى نظير"، وفق إطار ما يعرف بـ "العقود الذكية". وأصبح عمل هذه العقود ضرورة خاصة في الخدمات غير المادية التي تزداد شعبيتها لأنها تقدم محتوى عالي الجودة يتطلب الحد الأدنى من التحرير والمعاملات خارج المجلس الافتراضي.

(1) تتصور إنترنت القيمة " Internet of Value (IoV) " شبكة الإنترنت بأن يتم نقل القيمة بسهولة ورُخص وموثوقية كما يتم نقل البيانات الإلكترونية الآن، وذلك أن إنترنت القيمة هي تصور لأفكار بيئة افتراضية على الإنترنت يمكن للناس تحويل القيمة بين بعضهم البعض على الفور، مما يلغي الحاجة إلى الوسطاء ومعظم التكاليف. ونظرياً، يمكن نقل أي شيء ذي قيمة نقدية أو اجتماعية بين الأطراف، بما في ذلك مثلاً العملة والأصول والأسهم والأوراق المالية وحقوق الملكية الفكرية والاكتشافات العلمية بين الأشخاص دون الحاجة إلى وسطاء، وذلك من خلال استعمال تقنية منصات البلوكشين التي تسهل الوصول إلى البنية التحتية التي تخدم فكرة إنترنت القيمة. مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني:

<https://github.net/blog/what-is-the-internet-of-value>

(2) هنالك العديد من العملات الرقمية المشفرة، إذ لا يوجد لها مقابل مادي ملموس أو وجود فيزيائي، ومن تلك العملات عملة البتكوين، والتي تم إنتاجها باستخدام سلسلة الكتل. أحمد محمد عصام الدين، عملة البتكوين، تقرير إدارة البحوث والتنمية المصرفي، مجلة صادرة عن بنك السودان المركزي، العدد 73، 2014، ص 50.

أولاً: مشكلة البحث:

انتشرت تأثيرات تكنولوجيا نقل البيانات والشبكات والتوسع في المنصات إلى جميع قطاعات الأعمال، بما في ذلك التسويق والتجارة الإلكترونية وكذلك القانون. فقد تأثرت العقود بشكل خاص بهذه الابتكارات لعدة قرون، وقد تم الاعتراف تقليدياً بأنه لا يمكن إنشاء العقود إلا من خلال اتفاق إرادة قانونية سليمة وصحيحة مع إرادة أخرى تتدخل بشكل مباشر في عملية الإبرام، فإننا نجد أن العقود الذكية يمكن تنفيذها بكفاءة ودقة، بما يتناسب مع متطلبات العصر الحالي والفكر الحديث، دون تدخل من البشر⁽¹⁾.

وهذا يثير تساؤلات مهمة حول الطبيعة القانونية للبرامج المستخدمة في هذه العقود ومدى صلاحيتها وإمكانية قبولها والالتزام بها. كل هذا يتعلق بكيفية تعيين العقود، أيكون للخوارزميات الإلكترونية التي باشرت عملية تكوين هذه العقود وأنجزها، أم لمستخدميها ومنصبيها لأداء هذه المهمة لحسابهم ولمصلحتهم؟ وهناك العديد من الأسئلة الهامة التي يطرحها استخدام مثل هذه العقود، على سبيل المثال، من المسؤول إذا استخدم صحفي قصة أنشأها كاتب ذكاء اصطناعي واتضح أنها مسروقة؟ وللإجابة على هذا السؤال نحتاج استكشاف الجوانب التشريعية والعملية للواقعة، فلا يشمل ذلك استكشاف الحلول القانونية فحسب، بل يشمل أيضاً فهم كيفية تعديل هذه القوانين وتحديثها لاستيعاب التطورات التقنية في المجتمع الحديث.

ويمكن القول من خلال ما سبق تقديمه، إن مشكلة البحث من جهة، تتمثل في: بيان الطبيعة القانونية للعقود الذكية على منصة البلوكشين، ومدى تنظيمها وتكييفها

(1) Aleksandra M Jurewicz, Contracts Concluded by Electronic Agents - Comparative Analysis of American and Polish Legal Systems, p.2 available at:

<https://law.bepress.com/expresso/eps/714/>.

وإسنادها القانوني، وهل لقي هذا النوع المستحدث من العقود المُعالَجة من الناحية التشريعية للفسخ بالإرادة المنفردة؟

ثانيًا: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يأتي:

1. توضيح المقصود بمنصة البلوكشين والمقصود بالعقود الذكية لمنصة البلوكشين، باعتبارها من المستحدثات على العقود الإلكترونية.
2. توضيح الطبيعة القانونية لمنصة البلوكشين وعقودها الذكية.
3. البحث في إمكانية فسخ العقود الذكية بالإرادة المنفردة، وخاصةً العقود التي لم يدرج فيها آلية الفسخ سواء من الناحية البرمجية أو العقدية.

ثالثًا: أهمية البحث:

تتمثل الأهمية النظرية لهذا البحث بحسب اطلاع الباحث من الناحية التقنية كونه مهندس حاسب آلي وباحث دكتوراة في القانون الخاص، ومن ناحية أخرى البحث في شح الدراسات السابقة التي بحثت بشكل مباشر في إمكانية فسخ العقود الذكية بالإرادة المنفردة، نظرًا للتطور السريع والتغيرات في كيفية تطبيق العقود الذكية اللامركزية، فقد تغيرت أساسيات التشفير مما صاحبها تطورات ثورية في الذكاء الاصطناعي التي تساعد في أتمتة التنفيذ.

ولا ننسى الدراسات المتعددة في العقود الإلكترونية⁽¹⁾ وفي التقنيات الحديثة في

(1) في مجال التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية، تبرز ثلاث دراسات مهمة تساهم في فهم الإطار القانوني والتحديات المرتبطة بهذا المجال. يناقش أحمد سعيد شرف الدين في كتابه "عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته"، الصادر عن مطبوعات عين شمس في العام 2001، كيفية تكوين وإثبات العقود في سياق التجارة الإلكترونية. بينما يناقش أحمد عبد التواب محمد بهجت، في كتابه ==

وسائل الاتصال⁽¹⁾، ولكن ما نقصده هو البحث القانوني المحكم الذي يجمع القانون بمعضلات تقنية البلوكشين، وآلية خوارزميات البرامج الذكية وربط العقود الذكية بالقوانين الحديثة الصادرة في الآونة الأخيرة مثل القانون رقم (4) لسنة 2022م بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي.

لذا يأمل الباحث أن يكون لهذا البحث فائدة علمية للقراء القانونيين المتخصصين وعملية للمستخدمين للعقود الذكية ويعزز معرفتهم بالعقود الذكية من وجهة نظر أساس أكاديمي محكم.

==

"إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي"، الصادر عن دار النهضة العربية في العام 2009، مقارنة بين النظم القانونية في مصر وفرنسا لتسليط الضوء على كيفية إبرام العقود الإلكترونية. أخيرًا، يناقش أحمد خالد العجلوني في كتابه "التعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة مقارنة"، الصادر عن دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع في العام 2002، التحديات القانونية والتقنية للتعاقد عبر الإنترنت، مقدمًا نظرة مقارنة عالمية. هذه الأعمال توفر فهمًا عميقًا وتحليلًا للإطار القانوني المتعلق بالتجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية، مما يساعد في تطوير هذا المجال.

(1) في مجال تأثير التكنولوجيا ووسائل الاتصالات الحديثة على القانون والمسؤولية المدنية، تبرز ثلاث دراسات مهمة تساهم في فهم الإطار القانوني والتحديات المرتبطة بهذا المجال. حيث إن شريف درويش اللبان في كتابه "تكنولوجيا الاتصال"، الصادر عن الدار المصرية اللبنانية في عام 2000، يناقش التأثيرات القانونية والاجتماعية لتقنيات الاتصالات الحديثة. بينما يناقش عامر عاشور عبد الله في كتابه "المسؤولية المدنية الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة"، المنشورة بمجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية في 2011، الآثار القانونية لإساءة استخدام التكنولوجيا. وأخيرًا، يناقش عمر عبيد الغول في "التقنيات الحديثة وأثرها على التطبيق المكاني للقانون الجنائي: دراسة مقارنة"، الصادر عن معهد التدريب والدراسات القضائية في أبو ظبي في 2008، تأثير التقنيات الحديثة على القانون الجنائي. هذه الأعمال تعالج القضايا الناشئة من تقاطع التكنولوجيا مع القانون، مسلطة الضوء على الحاجة إلى تحديثات قانونية تواكب التطورات التكنولوجية.

كما يستمد البحث وزنه العملي من خلال معالجة جزء منسي من موضوع حديث نسبياً، ألا وهو فسخ العقد الإلكتروني بالإرادة المنفردة ناهيك عن حداثة استخدام العقد الذكي في الوقت الراهن، إذ أن العقود الذكية من المستحدثات التي انتشرت بشكل واسع لدى أفراد المجتمع الغير متخصصين من القانونيين أو الفنيين، سواء كانت باستخدام منصة تقنية البلوكشين أو منصة تقنية السجل الموزع⁽¹⁾، وذلك لتبادل من شراء أو بيع الأصول الافتراضية⁽²⁾ ومنها العملة الرقمية المشفرة أو ما يعرف فنياً بمصطلح " الكريبتوكارنسي"؛ أم كانت لتبادل الرموز المميزة الافتراضية⁽³⁾ ومنها ما يعرف فنياً بمصطلح " أن أف تي" أو " كريبتوجرافك"، والتي تستخدم مباشرةً على منصة البلوكشين، التي تنتج من حقوق استغلال الأصل الافتراضي بدون تحصيل

(1) عرف قانون رقم (4) لسنة 2022م بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، تقنية السجل الموزع بأنها " قاعدة بيانات رقمية عامة أو خاصة يتم من خلالها تسجيل التصرفات التي تتم على الأصول الافتراضية، وإنشائها وحفظها ومشاركتها، بحيث تثبت صحتها وملكيته في شبكة من مجموعة عقد تتم بشكل تلقائي من مواقع وأماكن متعددة، وتشمل تقنية البلوكشين." أو ما يعرف " dApps on Decentralized platform " باللغة الإنجليزية.

(2) عرف قانون رقم (4) لسنة 2022م بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، الأصول الافتراضية بأنها " تمثيل رقمي للقيمة التي يمكن تداولها رقمياً، أو تحويلها، أو استخدامها كأداة للمبادلة، أو الدفع، أو لأغراض الاستثمار، وتشمل الرموز المميزة الافتراضية، وأي تمثيل رقمي لأي قيمة أخرى تحددها السلطة في هذا الشأن". ويرمز لها " Virtual Asset " باللغة الإنجليزية. ومن التعريف يمكن استنتاج أن العملات الرقمية المشفرة والصور المشفرة والرموز المميزة الافتراضية وغيرها تندرج تحت مظلة الأصول الافتراضية متى ما كانت تعمل مستقلة في منصة الأصول الافتراضية.

(3) عرف قانون رقم (4) لسنة 2022م بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، الرموز المميزة الافتراضية بأنها "تمثيل رقمي لمجموعة من الحقوق التي يمكن طرحها وتداولها رقمياً من خلال منصة الأصول الافتراضية". ويرمز لها "Virtual Tokens" مثل "NFT" باللغة الإنجليزية. ومن التعريف نجد أن العملات الرقمية المشفرة والصور المشفرة والرموز المميزة الافتراضية تندرجان تحت مظلة الأصول الافتراضية إلا أنه تجدر الإشارة هنا.

مقابل مباشر له، وإنما يُحصل المقابل لتشغيل حوسبة منصة الأصل الافتراضي ك معالجة للعقود الذكية لنقل ملكية أصل افتراضي خاص بالشخص نفسه أو للغير؛ أم كانت للتعمق في لج العالم الافتراضي أو منصات الأصول الافتراضية⁽¹⁾، أو ما يعرف فنياً بمصطلح "الميتا فيرس"؛ أم كانت للتنافس في النشر الفردي للمحتوى الرقمي على منصات لامركزي أو ما يعرف فنياً بمصطلح "الويب 3"⁽²⁾؛ ونجد ما تقدم يمثل بؤرة الاهتمام للعديد من الأشخاص الطبيعيين والافتراضيين العام والخاص منهم في ظل الظروف الاقتصادية والاجتماعية الحالية، لذا؟ فإن البحث يركز على تحديد مفهوم العقود الذكية ودراسة الأغراض التي دفعت الشركات، والأفراد لاعتمادها، وآلية انعقادها، وانتهائها.

(1) عرف قانون رقم (4) لسنة 2022م بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، منصة الأصول الافتراضية بأنها "منصة رقمية مركزية أو غير مركزية، تدار من قبل مقدم خدمات الأصول الافتراضية، يتم من خلالها بيع وشراء الأصول الافتراضية وتداولها وطرحها وإصدارها وحفظها وتسوية وتقاص تداولاتها من خلال تقنية السجل الموزع". ويرمز لها "Metaverse" باللغة الإنجليزية، ومثال على المنصة الرقمية المركزية هي منصة "Roblox" ومنصة "Minecraft" ومنصة "Meta" المعروفة سابقاً بشركة فيسبوك، ومثال على المنصة الرقمية غير المركزية هي منصة "Decentraland" ومنصة "sandbox".

(2) مرت شبكة المعلومات العالمية "الانترنت" بثلاثة مراحل فكانت المرحلة الأولى "ويب 1" مجرد صفحات تتحكم بها مركزية تسمح للمستخدم القراءة فقط مثل صفحات الأخبار والصفحات الحكومية، وفي المرحلة الثانية "ويب 2" بدأت مراكز التحكم بفتح مجال للمستخدم بتحميل محتواه على منصات تدار من شركات دولية مثل تويتر وقوقل وميتا " فيسبوك سابقاً" فنشأت مواقع التواصل الاجتماعي، إلا أن التحكم مازال مركزي والمحتوى بطريقة غير مباشرة مازال تحت مظلة الشركات يمكن لها حذفه أو تعديله، وعليه ظهرت المرحلة الثالثة "ويب 3" والتي تمكن المستخدم من إنشاء ونشر وتملك المحتوى بشكل لا مركزي بواسطة تقنية البلوكشين دون الحاجة للرجوع إلى المنصات المركزية. مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني:

<https://brave.com/learn/what-is-web3>.

أدى استخدام هذه العقود إلى إحداث تغييرات كبيرة في المعاملات المالية والإجراءات التنظيمية وعليه كان لابد للمتعامل من معرفة الجوانب القانونية لتكييف هذه التكنولوجيا الجديدة، وما إذا كانت ستعتمد على نفس تقنية العقود التقليدية في أداء الحقوق، أو الإثبات، أو الشهادة، أو التوثيق أم لا.

رابعاً: منهج البحث:

تمثلَ منهج هذا البحث بالمنهج الوصفي التحليلي، فقد تم وصف آلية إنشاء العقود الذكية وكيفية عملها وصولاً إلى انتهائها بالفسخ بالإرادة المنفردة، إذ قام الباحث بتحليل النص القانوني الموجود بالتشريعات والتي يمكن اسقاط القياس عليها والاستدلال بها في تنظيم هذه العقود.

وعليه وجد الباحث أنه من الأسهل في تناول هذا الموضوع بعد المقدمة أن يتم تقسيمه إلى مبحثين يخصص المبحث الأول منه على تعريف ماهية العقد الذكي وموقفه التشريع من منصة البلوكشين وعقودها، كما تناول في المبحث الثاني إمكانية تصدر الإرادة المنفردة لفسخ العقد بنوعيه التقليدي والذكي، كما وأن البحث خلص أخراً في الختام إلى جملة من النتائج والتوصيات.

- المبحث الأول: ماهية العقد الذكي الناشئ عن تقنية البلوكشين.
- المبحث الثاني: أحكام فسخ العقود الذكية.

المبحث الأول

ماهية العقد الذكي الناشئ عن تقنية البلوكشين

إن العالم مقبل على ثورة هائلة جديدة يقودها الذكاء الصناعي، والطابعات ثلاثية الأبعاد، ومنصات سلاسل الكتل، والعوالم الافتراضية المتوازية، وغيرها من التقنيات الذكية. ومن شأن هذه الثورة في مجال المعلومات والإلكترونيات أن تغير ليس فقط، من هياكل الإنتاج وخصائص المجتمعات وموازن القوة، فالبشرية باتت على وشك التحول نحو جيل جديد من مجتمعات البيئة الحقيقية إلى الافتراضية، إذ ينذر هذا التحول بظهور مجتمع افتراضي لا مركزي فائق الذكاء تكون فيه اليد العليا للآلة على الإنسان، بواسطة إزالة الخطوط الفاصلة بين ما هو حقيقي وما هو رقمي، ويتعدى ما تمت تسميته مجتمع المعلومات؛ ليظهر مجتمع ما بعد المعلومات على الجيل الثالث من منصات الشبكة المعلوماتية في ثورة "الويب 3"، وإمكانية انشاء المحتوى ونشره والتكسب منه وتوثيق الملكية الفكرية والعلامة التجارية دون الحاجة لمؤسسة تجارية أو لحكومة مركزية.

وفي نفس السياق، أفرزت التطورات التقنية مفاهيم أخرى جديدة، مدفوعة باختراع الإنترنت، والهواتف الذكية، وإنترنت الأشياء⁽¹⁾، ولا يزال بعضها غير واضح،

(1) إنترنت الأشياء " Internet of Things (IoT) " هي فكرة قائمة على أن الأجهزة الإلكترونية التي فيها أي نوع من أنواع الحوسبة أو الخوارزميات من الأجهزة الإلكترونية البسيطة وصولاً إلى أجهزة الحوسبة المعقدة والمعتمدة على الذكاء الاصطناعي على بيئة غير مركزية، يمكن لها الحديث مع بعضها البعض دون الحاجة لتدخل البشري. حيث تُعرّف هذه الأدوات على نطاق واسع بأنها الأجهزة التي لديها اتصال بالإنترنت والقدرة على نقل البيانات دون مساعدة البشر، وتشمل كل شيء من الحياة اليومية، مثل الهواتف المحمولة والسيارات الحديثة، إلى الأدوات متكررة العمل، مثل الآلات المستخدمة في التصنيع، والأجهزة الطبية مثل أجهزة مراقبة القلب المحمولة، جميعها يمكنها نقل المعلومات واتخاذ القرارات

ولم يستقر بعضها الآخر بشكله النهائي كمفهوم مكتمل الأبعاد. وتدور تقنية البلوكشين أو سلسلة الكتل؛ حول دفتر حسابات موزع على خوادم متعددة موجودة في أماكن مختلفة⁽¹⁾، أي أن نفس البيانات بات منها نسخة بعدد الخوادم الموجودة حول العالم، وهذا السجل يقوم بتخزين سجل الحسابات المتزايد باستمرار وتشكل كتلاً، لذا يحلو للبعض تسميتها بسلسلة الكتل، واعتماد سجل الحسابات على كل الخوادم وليس على خادم واحد يجعل من العسير جدًا اختراقه، ولتبسيط الأمر أكثر من ذلك يمكن القول إنها: التزامات تأخذ شكلاً رقمياً يأخذها كل طرف على عاتقه دون وجود وسطاء بينهما؛ إذ يراقب العقد الذكي تنفيذ كامل الالتزامات كما يتحكم في التدفقات المالية المناسبة، وهنا لا توجد حاجة لوجود وسيط أو الطرف الثالث لاشتمال الكود المشفر على جميع الشروط، إذ إنها تعمل بصورة آلية، وأقرب شيء يماثلها آلة البيع المؤتمت التي تقوم بوضع النقود فيها حتى تخرج لك ما تحتاجه من منتج بعد تحديده، فإذا أردت مشروباً كالقهوة تأتي للآلة وتضع النقود فيها ثم تستلم المشروب، وتقوم الآلة في بعض الأحيان بإعادة المال مرة أخرى عندما يتعذر استلام المشروب، وأخيراً، إعادة المتبقي من المبلغ الذي تم دفعه، إذا كان أكثر من الثمن المطلوب.

وتزامن ظهور سلسلة الكتل مع ظهور مصطلح العقد الذكي، والعقد الذكي هو نتيجة استخدام تقنيتين: حوسبة المحتوى التعاقدية، واستخدام منصة البلوكشين. إذ أدى

==

وتنفيذ المخرجات دون الرجوع إلى تدخل بشري. مقالة متاحة هلى الموقع الإلكتروني:

<https://www.law.com/legaltechnews/2017/02/07/the-internet-of-things-means-a-big-dilemma-for-big-law-discovery/?sreturn=20220707095908>.

(1) للاستزادة بموضوع التشابه بين دفتر الحسابات وبين طريقة عمل تقنية البلوكشين يرجى الرجوع لتقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: "برنامج عمل اللجنة الجوانب القانونية للعقود الذكية والذكاء الاصطناعي"، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الحادية والخمسون نيويورك، 25 يونيو - 13 يوليو، 2018.

ارتباطهما إلى خروج عقد غير قابل للتزوير ويتم تنفيذه تلقائياً وبصورة شفافة وبدون قابلية لإلغائه، أو وقفه، أو فسخه بالطريقة الاعتيادية، أو عن طريق القضاء، وسوف نتناول في هذا المبحث تعريف عقد البلوكشين وموقفه التشريعي وذلك من خلال:

المطلب الأول: التعريف بالعقود الذكية.

المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لتقنية البلوكشين.

المطلب الأول

التعريف بالعقود الذكية

تعتبر تقنية البلوكشين⁽¹⁾ عن سلسلة من الكتل من خلالها يتم المصادقة على المعلومات التي تم إنشاؤها، أو تعديلها بصورة إلكترونية وإعادة تخزين ونقل هذه المعلومات بين أطراف مختلفة، ولن يتم إضافة معلومات جديدة إلا إذا وصلت هذه الأطراف إلى توافق في الرأي، فضلاً عن أن المعلومات السابقة لا يمكن محوها، وبذلك سيتمكن كل الأطراف من تتبع تاريخ السجل⁽²⁾.

البلوكشين هي سلاسل الكتل وتُعرف على أنها قاعدة بيانات موزعة تحافظ باستمرار

(1) يعود ظهور مفهوم البلوكشين تاريخياً بطريقة عملية إلى ظهور العملة الرقمية البتكوين في 31 أكتوبر 2008، ويعود أول استخدام للبتكوين إلى 3 يناير 2009 أين قام Nakamoto بإنشاء أول بلوك تشين (أول كتلة في البلوكشين والوحيدة التي ليس لديها كتلة سابقة لترتبط بها، وتدعى الكتلة الأصلية) Genesis block، وأصدر لنفسه أول 50 بتكوين، إذ إن جميع الكتل في البتكوين ترجع إلى هذه الصفقة الأصلية.

J-M Figuet, Bitcoin et blockchain: quelles opportunités? Revue d'économie financière 2016, n° 3, P 330.

(2) سفاين أونسا وآخرون، ترجمة جعفر بن أحمد العلوان، تقنية سلسلة الكتل في المنظمات الحكومية: فوائد وأثار تقنية السجلات الموزعة لمشاركة المعلومات، مجلة الإدارة العامة، المجلد 59، العدد 4، يونيو 2019، ص 896.

على قاعدة متزايدة من سجلات البيانات ضد التلاعب، أو التعديل حتى من جهة المشغلين من مخزني البيانات في العقد. فيمكن اعتبار البلوكشين كدفتر عام لكافة المعاملات التي يتم تنفيذها فهي تتزايد باستمرار ككتلة كاملة يتم إضافتها للكتل السابقة المكونة للسلسلة⁽¹⁾، والأهم من ذلك أنه يتم إضافة الكتل للسلسلة بشكل خطي في تسلسل زمني، يحصل كل مستخدم على نسخة من سلسلة الكتل عند انضمامه للشبكة وتتضمن سلسلة الكتل المعلومات الكاملة والدقيقة عن الأرصدة الصحيحة بدءًا من كتلة التكوين حتى الكتلة النهائية للسلسلة⁽²⁾.

أي تعد منصة البلوكشين قاعدة بيانات عملاقة تضم سلسلة من الكتل المرتبطة "سلسلة ترابطية" بعضها مع البعض الآخر، وذلك بفضل توقيع رقمي، وتستمد تسميتها من نظام سَيْرها، إذ سيتم بهذه الكتل تسجيل المعاملة ما بين الأطراف المتعاقدة التي استخدمت الشبكة الإلكترونية لغرض التعاقد، وسوف يتم ارسال المعلومات بين تلك الكتل⁽³⁾.

ويرى الباحث أن التعريف التالي هو من أشمل التعريفات التي قرأها وهو أن البلوكشين: "عبارة عن سلسلة طويلة من البيانات المشفرة والموزعة على الملايين من أجهزة الحاسوب والأشخاص حول العالم تسمح لأطراف كثيرة بإدخال المعلومات والتأكد منها، وكل جهاز حاسوب أو جهة في هذه السلسلة يملك المعلومات نفسها، وعند اختراق جهاز منها أو تعطله لا يؤثر ذلك على باقي السلسلة؛ إذ إنها عبارة عن سجل

(1) معداوي نجية، العقود الذكية والبلوكشين، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، 2021، ص 59.

(2) K. Fanning, and D. Centers, "Blockchain and Its Coming Impact on Financial Services", The Journal of Corporate Accounting & Finance, Wiley Online Library, 2016, P 56.

(3) إيهاب خليفة، البلوك تشين - الثورة التكنولوجية القادمة في عالم الأعمال والإدارة"، مجلة أوراق أكاديمية - مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، العدد 3، 2018، ص 4.

مشفر وآمن وعلمي، كما يعتبر سلسلة قوية من الثقة، ففي حال وجود بعض الأعطال في العُقد المركزية في الشبكة أو أن تَكُون ثغرات لاختراق أو هجوم إلكتروني فإن الشبكة قادرة على تصحيح نفسها بالتأكد من صحة المعاملة من تسلسل بياناتها السابقة بواسطة معادلة آلية رياضية تسمى اثبات العمل⁽¹⁾.

وإذا أضيفت عقود أو اتفاقيات إلكترونية في منصة البلوكشين يتم التحقق من شروطها دون تدخل بشري، وهي تمثل أكبر سجل رقمي مفتوح يسمح بنقل أصل الملكية من طرف إلى آخر في نفس الوقت دون الحاجة إلى وسيط، مع تحقق درجة مرتفعة من الأمان لعملية التحويل في مواجهة محاولات الغش أو التلاعب، ويشترك في هذا السجل كل الأفراد حول العالم. لكن لا بد من التأكد من البيانات التي يراد إضافتها لمنصة البلوكشين قبل حفظها لأنها غير قابلة للتعديل بعد الحفظ.

إن منصات البلوكشين التي تعمل من خلالها البرامج متعددة، فمنها الخاص أي تديرها شركات أو حكومات، ومنها العام الذي يدار من الجمهور دون مركزية، ومنها المختلط الذي يربط من النوعين فتدار بعض برامجه بطريقة فردية أو عامة، وبشكل مركزي أو غير مركزي، من إدارات حكومية أو مؤسسات تجارية أو جمهور غير محدد ، ومن أبرز المنصات العامة هي منصة الأثيريوم⁽²⁾ والتي يعود لها الفضل الكبير

(1) Pilkington, Marc, Blockchain Technology: Principles and Applications, Edward Elger Publishing, 2015, P 5.

(2) تعتمد منصة الأثيريوم على لغة برمجية تعرف بسوليدتي، وتعد هذه المنصة إحدى أهم أنظمة البلوكشين إذ تتيح تلك المنصة لمستخدميها إمكانية قيامهم بإنشاء تطبيقاتهم الخاصة وعلى أجهزة الحاسب الآلي الخاصة بهم، كما يمكن تشغيل التعليمات البرمجية والتي تعرف بالبرمجة وذلك عبر نظام موزع، إذ سيتم ربط جميع الأشخاص المشتركين بالتطبيق، وبذلك سيعمل هذا التطبيق على إرسال وتخزين وأتمتة مراحل المسار التعاقدية. إثيريوم - متاح على الشبكة العالمية:

<https://ethereum.org/ar/what-is-ethereum>.

بتفعيل تقنية العقود الذكية، إذ تعمل كوسيط إلكتروني ما بين المتعاقدين فتحل محل البنوك بتحويل الأموال، ومحل إدارة التسجيل العقاري بتسجيل الممتلكات، ومحل مكاتب بيع وإيجار العقارات، دون مركزية.

ويمكن إجمال وظائف البلوكشين في ثلاث مهام رئيسية متمثلة بما يأتي:

1. التواصل، ويتمثل بتوفير طرق آمنة ومشفرة للتواصل المباشر بين المستخدمين الموثقين من قبل المنصة دون الحاجة للرجوع إلى أطراف آخرين للتواصل أو للتعريف. وقد فسرت المواد (12) و (13) و (14) من "القانون الاتحادي رقم (46) لسنة 2021م بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة" شروط وحالات اعتبار التواصل بين الأطراف صحيح من خلال تفسير الإسناد، والإقرار بالاستلام، وزمان ومكان إرسال واستلام المستند الإلكتروني.

2. الحفظ أو التخزين، إذ تمثل هذه البرامج نظام خاص من الحماية للمعاملات التي تتسم بالطابع غير المادي ولا سيما بغياب السند الورقي فيها. وقد فسرت المادة رقم (5) والمادة (6) من نفس القانون سابق الذكر طبيعة المستند الإلكتروني واشتراطات وطرق حفظه، وكذلك المادة رقم (7) فسرت التأكيد على تساوي المستند الإلكتروني بالمستند الكتابي استخدام هذا المستند أو ما يحتويه.

3. الأتمتة، ويقضي هذا الأمر دمج العقد المبرم بالطرق التقليدية إلى جهاز آلي فتحول اللغة التي كُتبت بها العقد التقليدي سواء كانت لغة عربية، أو إنجليزية، أو غيرها من اللغات الإنسانية والتي تقبل التحويل والتحوير والتفسير بسبب مرونتها، إلى لغة رقمية ثابتة وجامدة في العقود الذكية؛ ومن ثم لا تقبل أي تفسير⁽¹⁾، وقد

(1) إن مصطلح الأتمتة (Automation) يطلق على تطبيق الآلات للمهام التي يتم تنفيذها مرة واحدة أو أكثر على نحو متزايد من قبل البشر، وتستخدم الأتمتة في مجال تقنية نقل البيانات وتخزين المعلومات، إذ سيتم دمج الآلات في نظام التحكم الآلي؛ ولذا فهي تقنية تهتم بتنفيذ عملية ما من خلال الأوامر ==

فسرت المادة رقم (10) من نفس القانون سابق الذكر جواز انشاء العقد الإلكتروني وصحته القانونية، وكذلك المادة رقم (11) شروط إجازة المعاملات الإلكترونية المؤتمتة.

ومع ذلك، فإن الهدف من العقد الذكي هو الذهاب إلى أبعد من مجرد عقد مبرمج مؤتمت، بل ينبغي عليه تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية. بعبارة أخرى، تقييم شروط التنفيذ للعقد تمثل فقط خطوة أولية في تحقيق هدفها الرئيسي هو التنفيذ التلقائي للعقد. ومع ذلك، فإن للعقد الذكي حدودًا معينة إذ يتحكم في عملياته برنامج حاسب آلي ولا يستطيع هذا الأخير القيام بكل المهام على الأقل في الوقت الراهن التي تتطلب تدخل بشري مثل التوقيع الحي مثلًا⁽¹⁾.

وعليه، ففي الحالة التي يكون فيها بعض أو كل الشروط تم التعبير عنها حصريًا بلغة برمجة الحاسب الآلي، فإن العقد الذكي لا يعود هنا مجرد أداة لإنفاذ العقد الأصلي، بل يصبح كيانًا قانونيًا قائمًا بذاته.

ووجد الباحث اتجاه آخر⁽²⁾ يرى أنه لا يكون العقد ذكيًا، إلا إذا اشتمل على كافة

==

المبرمجة مع التحكم التلقائي في التغذية الراجعة لضمان التنفيذ الصحيح للتعليمات ويكون النظام الناتج قادرًا على العمل دون التدخل البشري، كما تتمثل الميزة الأساسية لنظام الأتمتة في القدرة على أتمتة أنظمة الحفظ والاسترداد لضمان الحماية من المخاطر المحتملة لفقدان القرص الصلب أو تلفه أو غيرها من الأخطاء البشرية. للمزيد ينظر: ما هي "الأتمتة"؟ وكيف تطورت تاريخيًا حتى عصرنا الحديث؟ بحث متاح على شبكة المعلومات العالمية:

<https://www.ida2at.com/what-is-automation-and-how-has-it-evolved/>.

(1) دعاء الدين محمد ذيب عباينة، "دور الوسيط الإلكتروني في التعاقد: دراسة في المعاملات الإلكترونية البحريني والمقارن"، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، البحرين، المجلد السابع، يونيو 2010، ص 359.

(2) Kevin Werbach & Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, Duke Law Journal 313-382, vol 67, 2017, P 348.

المحتوى التعاقدية، فتتم ترجمة كافة المحتوى التعاقدية إلى لغة رقمية، فالعقد الذكي موجود فقط إذا تم التعبير عن كافة شروط العقد بلغة الحاسب الآلي، ويتم تنفيذ كافة الالتزامات الناجمة تلقائياً بواسطة عقد ذكي مؤتمت.

وتتمثل فكرة هذه العقود الذكية، بالاستعاضة عن الوساطة الائتمانية المركزية في التعامل مثل البنك، أو مصرف الحكومة المركزي، أو الكاتب العدل، أو شركات التوثيق، وكذا تخلت عن جهات التوثيق وشهادة التصديق الإلكتروني، والتي يتطلب وجودها في العقود الإلكترونية التقليدية⁽¹⁾.

ويتوجب في هذا النوع من التعاقد أن يكون الثمن معلوماً تحرراً من الخيانة والكذب، لذا سيتم توثيقه في البرنامج⁽²⁾، فالبيوع التي تتم من خلال تقنيات منصة البلوكشين ستكون مبنية على الثقة والاطمئنان في التعامل بين الأطراف المتعاقدة⁽³⁾. وعليه سوف تنقلص في هذا النوع من العقود المخاطر التي تحيط بمرحلة ما قبل التعاقد أي مرحلة التفاوض والغبن، والتي يصفها البعض "بالمناطق غير الآمنة"⁽⁴⁾. إن الفروق بين العقود التقليدية، والعقود الإلكترونية، والعقود الذكية تعكس

(1) ومن أمثلة مزود خدمات التصديق الإلكترونية (Clear Internet Chambersigns, VeriSign) والتي تتمحور مهمتها من خلال التأكد من الموقع الإلكتروني خشية من أن يكون الموقع وهمي والغرض منه النصب والاحتيال على أحد أطراف العلاقة التعاقدية، ينظر: قارة مولود، "ماهية الإنترنت وشكل التعبير عن الإرادة في العقود التجارية"، بحث متاح على شبكة المعلومات العالمية:

<https://www.mohamah.net/law/الإراد-عن-التعبير-وشكل-الإنترنت-وماهية-الإنترنت-وشكل>

(2) Joseph J. Bambara, Paul R. Allen, Blockchain A Practical Guide to Developing Business, McGraw-Hill Technology, 2018, P 88.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص 207.

(4) معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين أي تحديات المنظومة العقد حالياً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 4، ج 1، 2019، ص 485.

تطور الأساليب التعاقدية، فالعقود التقليدية تستند إلى الطرق المكتوبة، مع الاعتماد على الوسائل الورقية والشفهية للإبرام والتنفيذ، ويمكن للقضاء التدخل للفسخ أو التعديل. والعقود الإلكترونية، تنشأ وتنفذ من خلال الوسائط الرقمية، لكنها لا تزال خاضعة لأسس قانونية مماثلة في المجمل للعقود التقليدية، مع بعض التعديلات لتلائم البيئة الإلكترونية. أما في المقابل نجد أن العقود الذكية تبرز كنقطة نوعية بتوظيفها للتكنولوجيا لتنفيذ الشروط التعاقدية بشكل مؤتمت ومستقل عند استيفاء معايير واشتراطات محددة مبرمجة مسبقًا. هذا النمط من العقود يُعقد ويُنفذ بالكامل عبر منصات البلوك تشين، بعيداً عن تدخل القضاء التقليدي عليه، مما يجعلها فريدة في آلية التنفيذ التلقائي دون الحاجة للتدخل البشري أو القضائي⁽¹⁾.

إن العقود الإلكترونية تعتبر أوسع نطاقاً من العقود الذكية، التي تُنفذ إلكترونياً بالكامل عبر تقنية البلوك تشين عند استيفاء شروط محددة مسبقاً، ونجد الفرق الرئيسي بينهما في أن العقود الإلكترونية تمثل الجيل الأول من الثورة الرقمية بطابع بشري، في حين أن العقود الذكية تُمثل تطوراً أكثر تقدماً بطابع آلي يعتمد بشكل كلي على البرمجة التي من خلالها يُشرع العقد أو ما يعرف بأن "الرمز هو القانون"⁽²⁾.

ومما سبق نجد أن هذه الآلية تطرح تحديات جديدة لمفهوم الفسخ بالإرادة المنفردة، إذ تحد من قدرة الدائن على الفسخ بإرادته المنفردة وتحد من طرف آخر قدرة القضاء على التدخل بمنح مرونة للمدين أو تأجيل الوفاء بالالتزامات، إذ تلغي الأتمتة المجال المتاح للتقدير القضائي في التعامل مع العقود، مما يعكس مدى

(1) لمزيد من المعلومات في هذا الشأن راجع : نصر أبو الفتوح فريد حسن، العقود الذكية الماهية والأحكام: دراسة تحليلية، دار النهضة العلمية، الطبعة الأولى 2022، ص 23.

(2) محمد عرفان الخطيب، العقود الذكية، الصدفية والمنهجية دراسة نقدية معمقة في الفلسفة والتأصيل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 8، العدد 30، يونيو 2020، ص 218.

التحول الذي تقدمه العقود الذكية في مجال الالتزامات التعاقدية وتنفيذها وفسخها. ويرى الباحث مما سبق أن العقود الذكية تتشكل متى ما كان العقد مبرمج على أساسيات تقنيات البلوكشين فإنها تعتبر عقود ذكية يمكن الاعتماد عليها، دون التفريق بين الرأيين سواء أكانت جميع البنود أو بعضها مذكور في البرمجة المؤتمتة للعقد الذكي وقت الإنشاء، أو وقت التعديل، أو الإضافة.

ختامًا، يرى الباحث أن عقد الذكي يشمل مجموعة من الخصائص القانونية في المعاملات الإلكترونية التي ذكرها القانون الاتحادي رقم (46) لسنة 2021م بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، فهو يعتبر برنامج معلوماتي به أوامر قابلة للتنفيذ، وهو وسيط إلكتروني مؤتمت، يعمل بشكل مستقل بدون الحاجة لتدخل شخص طبيعي لمعاملات إلكترونية مؤتمتة بها إجراءات التحقق من أطراف العقد ذاتية التأكد بثشفير لامركزي.

المطلب الثاني

التنظيم التشريعي من تقنية البلوكشين

إن تحديد مدى تصديق مفهوم العقد بالمعنى القانوني على التعاملات التي تبني على تقنية البلوكشين، يستلزم البحث في مدى توافق المفهوم التعريفي لتلك التعاملات مع مفهوم العقد المعتمد ضمن نظرية العقد التقليدية، مما يوجب تلمس حقيقتها وتوصيفها، لكونها إجراءً أم عقدًا، وطبيعة التوصيف القانوني للبعد الإجرائي فيها. حيث إن منصة البلوكشين تحظى بالاعتراف القانوني كوسيلة يتم من خلالها إبرام العقود ذات الطابع الإلكتروني مثل العقود الذكية، إذ عرفه قانون المعاملات المدنية الإماراتي بنفس التعريف تقريبًا الذي جاء في تعريف المشرع الفرنسي للعقد في المادة (1101) من القانون المدني المعدل لعام 2016 العقد بكونه: "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام، أو تعديله، أو نقله، أو إنهائه"، بينما عرفه القانون المدني الفرنسي

السابق بكونه: اتفاقية من خلالها يلتزم شخص أو أكثر إزاء شخص بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل". في حين أن العقد الذكي باختصار: برنامج يضمن تنفيذ العقد دون وجود وسيط⁽¹⁾ في حال تحقق اشتراطاته المتفق عليها سابقاً، وفق القاعدة البرمجية "في حال ما إذا... إذاً سيكون التالي..."⁽²⁾.

لقد اعترف المشرع الإماراتي وإن كان محلياً بالتعامل بتقنية البلوكشين، وذلك عن طريق إنشاء مؤسسة عامة تسمى "سلطة دبي لتنظيم الأصول الافتراضية" بموجب قانون رقم (4) لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، والذي سمي بنص المادة الأولى منه "قانون تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي رقم (4) لسنة 2022" حيث وضع الفصل الثالث تنظيم الأصول الافتراضية وسطرت المادة (16) الأنشطة الخاضعة للتصريح، وجاء أول بند ليذكر "تقديم خدمات تشغيل وإدارة منصات الأصول الافتراضية".

وعمل المشرع الأمريكي أيضاً على تعديل أحكام "قانون المعاملات التجارية الأمريكية" وذلك بتاريخ 2001/2/14، فقد تم إدراج المادة (5) في باب التعاملات التجارية الإلكترونية والتي نصت على أنه: "يعتبر التوقيع الذي يتم تأمينه في تقنية البلوكشين، وبشكل إلكتروني وبمثابة توقيع إلكتروني، وسيكون التسجيل أو العقد مؤمن بواسطة تقنية البلوكشين في شكل إلكتروني، ويمكن التعامل بالعقود الذكية في ميدان التجارة كما لا يمكن إنكار الأثر القانوني للعقود أو صحتها أو قوتها الإلزامية، بدواعي صدورها في شكل إلكتروني".

(1) نريمان مسعود بورغدة، عقود البلوك تشين (العقود الذكية من منظور قانون العقود)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية المجلد 52 العدد 2 سنة 2019، ص 106.

(2) معمر بن طرية، العقود الذكية، مرجع سابق، ص 482.

وبالمقارنة مع التشريعات العربية فقد خطت دول عربية على رأسها دولة الامارات خطوات كبيرة في مجال العمل بنظام البلوكشين. الأمر الذي قد يشجع مستقبلاً دولاً أخرى على الحدو حذوها.

قام المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة بالإشارة غير المباشرة إلى تنظيم العقود الذكية لأول مرة من خلال القانون الاتحادي رقم (1) لعام 2006، الذي يتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، إضافة إلى قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الصادر في إمارة دبي بالرقم (2) لعام 2002 والذي أظهر في مقدمته إطار التوجه الاستراتيجي لحكومة دبي نحو الوسائل التقنية الحديثة، بإصدار "قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية" المؤلف من 39 مادة، بهدف تعزيز الاتصالات وتفعيل التجارة الإلكترونية بكفاءة، وذلك بضمان التنفيذ القانوني والفعالية للعقود والمستندات الرقمية⁽¹⁾.

وفقاً للمادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (2) لسنة 2002، نجد كذلك تعريف مماثل في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (1) لعام 2006 المشار إليهما سابقاً، بأن المعاملات الإلكترونية المؤتمتة هي معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها، كلياً أو جزئياً، عبر الاعتماد على أدوات أو سجلات إلكترونية، دون الاستعانة بمتابعة أو مراجعة من جانب أي شخص طبيعي، وجاء في المادة (338) بالقانون الاتحادي رقم (42) لسنة 2022 بإصدار قانون الإجراءات المدنية، التي تعتبر أن المستندات والتوقيعات الإلكترونية تمتلك القوة القانونية المعترف بها للمحركات الورقية الرسمية والعادية، كما هو محدد في القانون الاتحادي الخاص بشأن الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، بشرط أن تلي هذه الوثائق والتوقيعات الإلكترونية الشروط والأحكام الواردة في القانون الاتحادي الخاص بالمعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة.

(1) عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد- دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، 2015، ص 36.

وفي هذا السياق أشار المشرع الاتحادي بالأهلية القانونية للعقود الذكية من خلال ما نص عليه في الفقرة الأولى من المادة (12) ضمن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي، حيث ذكرت المادة على أن العمليات التعاقدية التي تجري بين طرفين أو أكثر، باستخدام وسائل تشتمل على معلومات إلكترونية معدة ومبرمجة مسبقاً لهذا الغرض، تعد صحيحة وملزمة وذات آثار قانونية كاملة، حتى دون الحاجة إلى تدخل أو إشراف مباشر من أي فرد في عملية الإبرام⁽¹⁾.

وذكرت القانون الاتحادي رقم (46) لسنة 2021 الخاص بالمعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة في المادتين (10) و (11) على ضرورة أن يكون المتعاقد الآخر على علم، أو يفترض علمه، بأن نظام المعلومات الإلكتروني المؤتمت هو المسؤول عن إبرام العقد، أو تنفيذه بشكل تلقائي، بالإضافة إلى ذلك، أن جميع الأنشطة والأعمال المتعلقة بالتجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة تتمتع بذات الحجية التي تتمتع بها التجارة التقليدية.

(1) وقد قضت محكمة نقض أبوظبي بأن: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه وفقاً للمادة الثالثة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006، أن هذا القانون يهدف لحماية حقوق المتعاملين إلكترونياً، وتحديد التزاماتهم الإلكترونية، بواسطة سجلات إلكترونية يعتمد عليها وتعزيز الثقة في سلامة وقيمة المعاملات والمراسلات الإلكترونية. ووفقاً للمادة (2)، (4) من ذات القانون، فإن للمعاملات الواردة في الرسالة الإلكترونية حجيتها القانونية متى كان الاطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحة ضمن السجل الإلكتروني للمنشأة وتمت الإشارة في الرسالة إلى كيفية الاطلاع عليها، ووفقاً للمادة (10) من ذات القانون، تكون الرسالة الإلكترونية، أو التوقيع الإلكتروني مقبولاً كدليل إثبات، وإن لم تكن تلك الرسالة، أو ذلك التوقيع أصلياً، أو في شكله الأصلي، طالما كانت الرسالة، أو التوقيع الإلكتروني أفضل دليل توقيع بدرجة مقبولة، أن يحصل عليه الشخص الذي يستشهد به". راجع: حكم محكمة نقض أبوظبي، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم (122) السنة 2014م قضائية، جلسة 2015-26-1، مكتب فيني 9، الجزء الأول، ص 7.

وأخيراً، في المادة الأولى المتعلقة بالتعريفات ذكر القانون الاتحادي رقم (14) لسنة 2023 في شأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة تقنيات البلوكشين في تعريف وسائل التقنية الحديثة.

وما أن تم الإعلان عن تقنية البلوكشين والعملات الرقمية المشفرة اتجهت بعض الشركات المحلية لقبول العملات الرقمية المشفرة، واعتماد العقود الذكية في تعاملاتها والعمل على بدء تقديم خدماتها على منصات العالم الافتراضي⁽¹⁾.

من خلال تحليل النصوص التشريعية السابقة، والواقع التجاري باستخدام الوسائل التقنية الحديثة، يتضح أن التشريعات الإماراتية قد تطرقت إلى موضوع العقود الذكية على منصة البلوكشين بطريقة غير مباشرة، في كل من القوانين الاتحادية والمحلية. من وجهة نظر الباحث، إن النهج الحالي للتشريع لا يرقى إلى المستوى المطلوب لمواكبة التحول التكنولوجي المتسارع، والطموحات العريضة لدولة الإمارات العربية المتحدة التي تسعى إلى دمج التكنولوجيا المتطورة في جميع التعاملات الحكومية، سواء على الصعيد الاتحادي أو المحلي.

(1) بدأت مدرسة سيتيزنز في دبي باستقبال دفعات الرسوم المدرسية بالعملات الرقمية المشفرة مثل البيتكوين والإثيريوم، وذلك للمساهمة في تعزيز وثقافة المجتمع بأهمية مواكبة الثورة التقنية في عالم المنصات اللامركزية وقد ذكر د. عادل إسماعيل الزرعوني، مؤسس مدرسة سيتيزنز، "أن المدرسة تسعى من خلال منهجها لإحداث قفزة نوعية في التجربة التعليمية وذلك بإحداث منظور جديد للعناصر العلمية العملية، بالإضافة إلى خيارات المتاحة للدفع من أولياء أمور الطلبة. وتتطلع مدرسة سيتيزنز من خلال خدمة الدفع الجديدة عبر العملات الرقمية المشفرة لتعزيز مساهمة الشباب في فهم وتطوير التحول والاقتصاد الرقمي لدولة الإمارات، وتجهيز جيل المستقبل من القادة والمستثمرين ورواد الأعمال بكافة القدرات والمهارات التي تمكنهم من تحقيق النجاح في العالمين الواقعي والافتراضي" <https://citizens.me/>

لذا، يقترح الباحث أن يصدر قانونًا متكاملًا اتحاديًا يشمل كل التعاملات الإلكترونية في الدولة لتنظيم العقود الذكية بشكل واضح حتى يمكن مواكبة التطور الهائل في تقنية البلوكشين من ناحية، ويساهم في تحقيق الاستراتيجية التي تطمح دولة الإمارات العربية المتحدة إلى تحقيقها من ناحية أخرى.

المبحث الثاني أحكام فسخ العقود الذكية

لقد شُرعت العقود في مجال المعاملات لإشباع حاجات الأفراد، وتحقيق غاياتهم ورغباتهم، فهي الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق بها بعض مصالحه الاقتصادية والاجتماعية، ما دامت لا تتعارض مصالحته مع النظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

والقاعدة أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفِّ أحد العاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر المطالبة بتنفيذ العقد أو بفسخه. لذا، فالفسخ في مضمونه يشمل معنى العقوبة الضمنية بالنسبة للمتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزامه العقدي، وذلك لما يترتب عليه من هدم العلاقة العقدية في مرحلة تنفيذها، وفض الرابطة العقدية التي أبرمها العقد على نحو صحيح مشتمله أركانها وشروط صحتها⁽²⁾.

ويقوم الفسخ على أساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ إن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر، وبالتالي فمن العدالة أنه إذا لم ينفذ أحد العاقدين التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل مما في ذمته من التزام عن طريق فسخ العقد⁽³⁾.

(1) عبد الكريم بليغور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 2001، ص 5.

(2) منى أبوبكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد 85، 2019، ص 2.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج1، العقد، ط3، قام بتنقيحها وإضافة ما جد من فقه وقضاء: مصطفى محمد الفقي، عبد الباسط جميعي، 1981، ص952.

وسوف نتناول في هذا المبحث فسخ العقد وذلك من خلال:

المطلب الأول: فسخ العقد التقليدي.

المطلب الثاني: خصوصية فسخ العقود الذكوية

المطلب الأول فسخ العقد التقليدي

الفسخ لغة هو: "التفريق والنقض، فيقال فسخ البيع أي نقضه"⁽¹⁾، وأما اصطلاحاً فيُعرف: "انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي في العقود الملزمة لجانبين عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه"⁽²⁾.

وعليه؛ فالفسخ يعد أحد طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بالتالي حق المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد⁽³⁾.

وعليه، ففسخ العقد هو حل الرابطة العقدية التي تجمع بين المتعاقدين وإزالة كافة أثارها إن أمكن؛ إذ بينت المادة (272) من قانون (5) لسنة 1985 بشأن إصدار قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه في حال إخلال أحد الطرفين بالتزاماته في العقود الملزمة للطرفين جاز للدائن بعد إعدار المدين الفسخ أو المطالبة بالتنفيذ وللقاضي الحكم بالتنفيذ الحال أو بعد مدة أو أن يحكم بالفسخ مع إضافة التعويض إن لزم.

(1) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، 1995، ص 740.

(2) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، الدار الجامعية، 1992، ص 328.

(3) توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 328.

وعليه فتفعيل الفسخ الموجود في العقود الملزمة للجانبين يفضي إلى زوال العقد المتحقق في حالة فسخ العقد الاتفاقي، أو حالة انفساخه بحكم القانون⁽¹⁾. والفسخ المعتبر هو ذلك الذي يرد على عقد صحيح محدد المدة وملزم للجانبين، ويشترط للمطالبة القضائية بالفسخ استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه بالعقد، وينبغي هنا أن يُعذر الطرف الآخر بالتنفيذ قبل المطالبة بالفسخ وللأخير تفادي الفسخ بالتنفيذ قبل الحكم النهائي به في حالة الفسخ القضائي، أو قبل وقوع الفسخ الاتفاقي⁽²⁾.

وإن كان هناك نظرية الشرط الضمني التي تقترح فسخ العقد بمجرد الإخلال بالالتزامات، ونظرية ركن السبب التي تقترح فسخ العقد بمجرد زوال السبب وراء التعاقد⁽³⁾، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن نظرية العدل كأساس للفسخ لاعتبارات عادلة، وتتمثل أهمية العدل بالإفضاء إلى إنهاء العقد كي يخفف من تضرر الدائن بوضع حدًا للإهمال والتقصير في الالتزامات المتقابلة، فليس من العدل بأن يُطالب المتضرر بتنفيذ التزامه اتجاه الطرف المخل للالتزامات المتضرر، فله التحلل من التزامه بالفسخ⁽⁴⁾.

ويرى الباحث أن فكرة العدل هي الأقرب لِمَ أخذ به المشرع كأساس قانوني للمطالبة بفسخ العقد جراء عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتق الطرف المخل وترك الأمر إما بالاتفاق السابق أو اللاحق مع الإنذار أو عن طريق تقدير القاضي لكيلا يتعسف أحد الأطراف على الآخر، أو يستغل حاجته، أو الظروف التي تدفعه لفسخ العقد، أو

(1) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، 2007، ص 9.

(2) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، المصادر الإرادية للالتزام، ط 3، 2000، جامعة عين شمس، ص 579.

(3) محمود جمال، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط 3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 398.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 159.

عدم القدرة على تأديته التزاماته اتجاه الآخر.

وتوجد للفسخ عدة شروط ينبغي توافرها لقيامه أيًا كان نوعه؛ سواء كان قضائيًا أو حتى اتفاقيًا، وهي أن يكون العقد ملزمة للطرفين كالبيع والإيجار⁽¹⁾. عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته بسبب خطأه وليس بسبب قوة قاهرة⁽²⁾. ألا يكون طالب الفسخ مقصرًا، وقد نفذ التزامه أو مستعدًا لذلك⁽³⁾. قدرة الدائن على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد أو التعويض مع إعداره للمدين⁽⁴⁾.

وباستقراء شروط الفسخ واستبعاد الفسخ القائم استنادًا إلى نصوص قانونية مثل عقد الوكالة والعقد الإداري فإننا نجد أن الفسخ إما أن يكون قائم على حكم قضائي أو أن يكون اتفاقي قبل أو أثناء العقد وأخيرًا يكون بالإرادة المنفردة.

أ. الفسخ القضائي: ينبغي في الفسخ القضائي إعدار المقصر وتنبيهه إلى ضرورة تنفيذ التزامه قبل رفع الدعوى، فإن أصر على التقاعس بالتنفيذ جاز للمتضرر طلب فسخ العقد⁽⁵⁾. والعقد يظل قائمًا بكل آثاره المترتبة عليه حتى يفصل القضاء في دعوى الفسخ، وهنا يستطيع المدين تفادي حكم المحكمة بالفسخ وقبل صدور الحكم، بأن ينفذ التزامه⁽⁶⁾.

(1) مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام (المصادر الارادية للالتزام)، دار الكتب القانونية، 2005م، ص14.

(2) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م، ص685.

(3) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص687.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص702.

(5) عبدالمجيد عبدالحكيم، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ج1، مكتبة السنهوري، 2008، ص179.

(6) خمائل عبدالله الطون، فسخ العقد الإلكتروني، المجلة القانونية، المجلد 5، العدد 5، جامعة القاهرة - كلية الحقوق فرع الخرطوم، 2019، ص208.

ب. الفسخ الاتفاقي: اتفاق الطرفين فيما بينهما صراحة قبل أو أثناء تنفيذ العقد على فسخ العقد إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته، مع إمكانية الرجوع للقضاء لتقدير التعويض حال الخلاف⁽¹⁾.

ج. الفسخ بالإرادة المنفردة: على الرغم أن المشرع الإماراتي في الأصل حدد طريقتان لفسخ العقد سواء كان بالاتفاق أو بالقضاء إلا أنه لا يمكن تجاهل ما جاء به المشرع الفرنسي في القانون المدني للعقود رقم (131) لسنة 2016 من حل جذري لتسهيل وإسراع المعاملات التجارية وعدم تأخير المتضرر من الحاجة للجوء للقضاء لفسخ العقد، فقد أجاز القانون للمتعاقدين الفسخ بالإرادة المنفردة في العقد المحدد في المادة رقم (1226) أنه يجوز لأي طرف فسخ العقد بالإرادة المنفردة شرط الالتزام بمدة الإنذار مناسبة ووجود تقصير جسيم من الطرف الآخر مع الحفاظ على حق مطالبة الطرف المتضرر من هذا الفسخ بطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فسخ العقد⁽²⁾.

المطلب الثاني

خصوصية فسخ العقود الذكية

إن العقود الذكية المبنية على تكنولوجيا البلوكشين، لا تختلف في الجوهر القانوني عن العقود التقليدية والإلكترونية، حيث تغطي مختلف الخدمات ضمن حدود التعاملات الطبيعية التي تضمن تنفيذ المراحل التعاقدية بصورة آلية عند

(1) محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1999، ص 434.

(2) رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بفسخ العقد غير محدد المدة وتحديد المقابل بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و2018، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر - العدد الثالث (أكتوبر 2020م)، جامعة عجمان، 2020، ص 56.

استيفاء شروط محددة مسبقًا، وتوفر آلية تقنية لتطبيق العقوبات على الأطراف غير الملتزمة بناءً على الشروط والجزاءات المبرمجة مسبقًا⁽¹⁾.

وبالفعل قد ازدهر وشاع استعمال هذا النمط التعاقدي في العديد من الدول مما حدا بالمشرع في مختلف الدول إلى إجراء تعديل بالتشريعات المعنية بمعاملات العقد الذكي، من أجل الاعتراف بالقيمة الثبوتية لتلك التعاملات، فنجد مثلاً قانون تينيسي لعام 2018 الصادر بالولايات المتحدة الأمريكية أورد تعريفًا للعقود الذكية؛ إذ نصت المادة (47-10-201) منه على أن العقود الإلكترونية ومنها الذكية تعد "برنامج كمبيوتر تحركه الأحداث ويطبق من خلال سجل إلكتروني كبير موزع بشكل لا مركزي ويكون مشارك من قبل العديد من الأشخاص ومكرر يستخدم لغرض إتمام العديد من المعاملات.....". ولقد أبدى المشرع الفرنسي استجابة واعترافًا واضحًا من خلال المادة رقم (1125) والمادة (1126) والمادة (1127)، وذلك من خلال تحديد إطار قانوني لاستخدام الوسائل الإلكترونية في العقود كإسماح لتقديم شروط العقد ومعلوماته باستخدام الوسائط الإلكترونية وما يمكن إرساله عبر البريد الإلكتروني قبل نشوء العقد أو خلال تنفيذه ومنها الإخطارات المتعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ الالتزامات وتبادل المستندات ذات صلة بالعقود.

وأخذ القانون الإماراتي نفس الاتجاه في شمولية العقد المؤتمت المبرم إلكترونيًا ليشمل العقود الذكية في تشريعه للقانون الاتحادي والقانون المحلي لإمارة دبي سابق الذكر.

ويرى الباحث أن من شأن خصائص المعاملات المبنية على تقنية البلوكشين أن تجعل للعقد الذكي دورًا كبيرًا في استقرار المعاملات كونه مشفرًا بحيث يصعب جدًا

(1) Joseph J. Bambara, Paul R. Allen, Blockchain A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions, McGraw-Hill Education, 2018, p 90.

اختراقه، وكونه موزعاً بحيث يصعب تغييره أو تزويره، وكونه ذاتي التنفيذ بحيث لا يمكن الرجوع فيه، وأن هذه العقود تنفذ بطريقة آلية وذاتية دون الحاجة لتدخل الأطراف أو القضاء، ولا يمكن أن يتم التعرض له من قبل مركزية العقود الإلكترونية بالإيقاف أو التغيير وإن حكم القاضي بذلك.

وعليه، تظهر إشكالية عدم القدرة على تطبيق مبدأ الإقالة في العقود، حيث إن العقود الذكية التي لا يمكن تعديلها ولا الرجوع فيها مطلقاً تؤدي إلى استحالة الإقالة بالطريقة التقليدية، إذ بمجرد تضمين العقد الذكي دون برمجة طريقة لإيقافه في سلسلة منصة البلوكشين، ينفذ تلقائياً، وتتولى السلسلة ترتيب آثاره وتنفيذ مضمونه دون القدرة على إيقافها من أحد أطراف العقد، ويتم تضمين المعاملة في سلسلة الكتل بعد التنفيذ بصورة لا يمكن تعديلها أو التراجع فيها منهم⁽¹⁾.

وبالتالي ومما سبق في البحث يستنتج الباحث أنه لا يوجد تصرف قانوني واضح لفسخ العقد عن طريق القضاء كما جاء في القانون الإماراتي أو حتى عن طريق الفسخ بالإرادة المنفردة المذكور في القانون الفرنسي في حالة ندم المتعاقدين ورغبتهم أو رغبة أحدهما في الرجوع عن هذا العقد الذكي في حال أخل أحد الطرفين بالتزامه فإن العقد سيستمر إلى أن تصل برمجة إلى الخطوة الأخيرة، فإن كان هناك مثلاً خدمة الإيداع الضامن "اسكرو"⁽²⁾ تم إدخاله في هذا التعاقد فإن مبلغه سيبقى محجوز إلى أن يتم الانتهاء من التسليم، فإن لم يتم التسليم ولم يكون هناك وقت في البرمجة أو شرط

(1) أحمد سعد علي البرعي، إنشاء عقود المعاملات وتنفيذها بين الطرق التقليدية وتقنية " البلوك تشين" والعقد الذكية: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالقاهرة، جامعة الأزهر، العدد39، ج4، 2020، ص2314.

(2) DIANA AMBOLIS, Top 8 Ways You Treat Smart Contracts As A Method For Finalizing Disagreements, 28-feb-2024, <https://blockchainmagazine.net/ways-you-treat-smart-contracts/>

للفسخ بقى المبلغ محجوز في بيئة البلوكشين دون القدرة على فسخ أو فك المبلغ. ومن وجهة نظر الباحث أن الحل التقني أقرب لإمكانية التطبيق من الحل القانوني، وذلك بأن يبتدئ المتعاقدين معاملة جديدة تعكس المعاملة الأولى بعقد ذكي جديد مستقل عن العقد الذكي الأصلي، ثم يتم تضمينه في السلسلة كعقد جديد تتولى تنفيذه، ولا مانع يوجد أن تكون هذه المعاملة الجديدة بمثل الثمن الأول أو بأقل منه أو بأكثر⁽¹⁾ أو كحل آخر تضمنين العقد بخاصية التدمير الذاتي أو شرط الرجوع والتي من خلالها يمكن التعامل مع المتغيرات أثناء التنفيذ من تقاعس أو ظروف طارئة⁽²⁾.

وأخيراً، يستنتج الباحث، أن للعقد الذكي خصائصه وميزاته تختلف عن العقد التقليدي، أو حتى العقد الإلكتروني المؤتمت بصورته البسيطة، فيمكن تطبيق عليهما القواعد العامة في الفسخ أو التنفيذ الجبري، وذلك عن طريق الفرض على مركز التعاقد، وذلك بإلزام الطرف المقصر بالقيام أو الامتناع عن تنفيذ كل أو بعض الالتزامات الواردة في العقد.

وفي حالة الفسخ الاتفاقي للعقد الذكي فإن الباحث يرى إمكانية هذا الفسخ عن طريق برمجته وتضمينه وقت إنشاء العقد الذكي، وكذلك يمكن إدخال بند في العقد الذكي بالرجوع في حال النزاع إلى مجموعة محكمين موجودين على منصة البلوكشين أو محكمة افتراضية للفصل في موضوع النزاع، والقضاء بالفسخ القضائي بوجودها في

(1) Çağlayan Aksoy, Pınar. Law & Financial Markets Review. Jan2024, DOI:10.1080/17521440.2023.2298192, p 19

(2) عمار عبد الحسين علي الشاه و جليل حسن الساعدي، الإشكاليات القانونية في العقود ذاتية التنفيذ، مجلة جامعة الإمام جعفر الصادق لدارسات القانونية، كلية القانون، جامعة الإمام جعفر الصادق، العدد 4، 2022، ص 111.

العالم الافتراضي وأن تُفترض قراراتها على معاملات وخطوات وأوامر العقد الذكي من تنفيذ أو وقف أو ارجاع وأخيراً التعويض.

ووجود مثل هذا الاختصاص أو السيطرة على العقد من قبل المحكمة الافتراضية أو المحكمين الافتراضيين فتح المجال أمام المحكمة الواقعية لفرض التقنين المنصوص عليه في تشريع القوانين المدنية أو التجارية سواء كان فسخ بالإرادة المنفردة أو غيرها.

الخاتمة

في ختام هذا البحث المختصر حول "فسخ العقد الذكي المنشأ في منصة البلوكشين بالإرادة المنفردة"، تم استكشاف جوانب متعددة تتعلق بالعقود الذكية وتقنية البلوكشين. من خلال المبحث الأول، الذي تناول ماهية عقد الذكي الناشئ عن تقنية البلوكشين، فعرّف العقود الذكية والتنظيم التشريعي لتقنية البلوكشين. أما المبحث الثاني، تطرق إلى أحكام فسخ العقود الذكية، مقارنة بين فسخ العقد التقليدي وخصوصية فسخ العقود الذكية، مما أتاح فهماً للتحديات والفرص التي تقدمها هذه التقنية الجديدة.

إن هذا البحث يقدم إطاراً قانونياً يوجه الأطراف المتعاقدة والمشرعين نحو فهم العقود الذكية ويعالج القضايا المتعلقة بفسخ هذه العقود بطريقة تضمن حماية الحقوق وتعزز الثقة في استخدام تقنية البلوكشين. وذلك بتحليل الإمكانيات والتحديات في مجال العقود الذكية المبرمجة على منصات البلوكشين، والتي تربط الأطراف في شبكة مشتركة، منظمة ومؤكدة، وتدمج مع أنظمة متنوعة بناءً على طبيعة العقد والخوارزميات المحددة التي تراقب شروط العقد باستمرار، ممهدة الطريق لتنفيذ العمليات المتفق عليها تلقائياً عند استيفاء الشروط.

إن هذه العقود حدثت تغييراً جذرياً في إدارة العقود التقليدية، خصوصاً في فسخ العقود والتنفيذ الذاتي للالتزامات، على الرغم من التحديات المرتبطة بتقلبات العملات الرقمية والمخاوف من المعاملات غير القانونية، فإن تقنية البلوكشين تعزز كفاءة العمليات التجارية وتخفف التكاليف، ما يساهم في تحسين الأداء العام للشركات عبر مختلف القطاعات.

وأخيراً لما وجد البحث من صعوبة الفسخ القضائي أو بالإرادة المنفردة، فقد أكد على أهمية برمجة العقود بطريقة تضمن حقوق الأطراف وتفرض التزامات دقيقة

لضمان التنفيذ أو الفسخ أو التعويض عند اللزوم، مما يجعل من عملية التعاقد والفسخ والتنفيذ أكثر واقعية وفعالية من خلال استخدام التكنولوجيا المتقدمة. ومن خلال هذه المعالجة يمكن أن نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

1. يرجع الفضل إلى منصة البلوكشين بنجاح العقود الذكية ، إذ إن هذه العقود مدمجة في هذه المنصة، لذا تعد هذه المنصة وسيلة اتصال، فهي ناقلة لإرادة مستخدميها، وتستمد تقنية منصة البلوكشين تسميتها من نظام سيرها، إذ يتم بواسطة هذه المنصة إرسال وحفظ وتخزين وإنجاز المعاملات ويتم تجميعها في كتل، إذ تستوعب كل كتلة من هذه الكتل عددًا من المعاملات، وسترتبط تلك الكتلة بكتلة أخرى بشكل سلسلة، كما وأن كل كتلة ستعمل على تخزين المعلومة وتشفيرها، وأن أي تلاعب أو عبث يمكن اثباته بسبب ربط الكتل المعتمد على دالة التشفير الخاص بها، كما وإنه نظام يتسم بالشفافية والفحص الدقيق للمعلومة التي سيتم تخزينها، وبذلك سوف توفر الأمن التقني وإنجاز المعاملات ويتم تجميعها في كتل.
2. المرجو من العقود الذكية حل مشكلات الاتفاقيات المبنية على الثقة وتفادي المشكلات القانونية، وفقًا لمبادئ متعددة، أهمها: اللامركزية، والشبكة المفتوحة، إذ تنبع الثقة من برامج حاسوبية، بدلاً من حسن السمعة. بحيث تعيد النظر في مفهوم "الوسيط المؤتمن" الذي يقوم بدور توثيق المعاملات والتحقق من سلامتها، فلم تعد الثقة - وفقًا لتلك التقنية الواعدة - تستمد فحسب من تدخل وسيطرة هذا الوسيط أيًا كان، بل من منظومة العقود الذكية.
3. تستجمع منصة البلوكشين شروط الكتابة الإلكترونية، مثل: القابلية للقراءة، والاستمرارية، وتوافر ضوابط تقنية تضمن سلامتها. كما تتيح إمكان نسبة الكتابة

إلى محررها وقت إنشائها بواسطة آلية التشفير التي تتم بها عملية "ختم الوقت والمنشئ".

4. لم يعالج المشرع الإماراتي العقود الذكية بشكل مباشر أو بقانون متخصص متكامل، ولكن جاء التحديث عنها في بعض نصوص "القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية"، "وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (2) لسنة 2002" وأخيراً وبدون تفصيل أو تحديد لطبيعة هذه العقود وتشابكها واعتمادها على التقنيات غير المركزية في القانون المحلي "قانون رقم (4) لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي".

5. إن العقود الذكية تمتاز بخصائص تميزها عن العقود التقليدية والإلكترونية، مما يُعقد تطبيق قواعد الفسخ المعتادة أو الإلزام بالتنفيذ وخاصة عند النظر إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث إن العقود الذكية تقدم تحدياً خاصاً؛ فبمجرد تفعيلها على منصة البلوكشين، يصبح تعديلها أو العدول عنها دون آليات محددة مسبقاً أمراً صعباً جداً. هذا يشير إلى أن القانون الحالي، سواء في الإمارات أو فرنسا، قد لا يوفر إطاراً كافياً للتعامل مع الفسخ بالإرادة المنفردة للعقود الذكية في حالات الندم أو عدم الالتزام، مما يؤدي إلى استمرارية العقد حتى إتمام جميع برمجته أو بقائه ساكناً ومتوقفاً عند إجراء أو التزام معين.

ثانياً: التوصيات:

يقترح الباحث على المجتمع التشريعي والقانوني ما يلي:

1. أن يصدر قانوناً اتحادي متكاملًا متخصص بتنظيم العقود الذكية، حتى يتمكن من متابعة التطور الهائل في تقنية البلوكشين من ناحية، ويساهم في تحقيق الاستراتيجية التي تطمح دولة الإمارات إلى تحقيقها من ناحية أخرى.
2. إنشاء محكمة افتراضية تكون دائرة من دوائر المحكمة الواقعية على منصة

- البلوكشين للنظر والبت وتنفيذ الأحكام من داخل المنصة الافتراضية.
3. إلزام جميع العقود الذكية إدراج شرط الرجوع إلى التحكيم في محكمة النزاعات الافتراضية للفصل في النزاع قبل الانتقال إلى المحكمة الواقعية للتنفيذ.
 4. إلزام جميع العقود الذكية إدراج بنود تتيح الفسخ التلقائي أو بنود خدمات الإيداع الضامن وتحديد المدد حتى يتمكن الأطراف أو مسؤولي الإنفاذ من استخدام الفسخ بالإرادة المنفردة في حال أخل أحد الطرفين بالتزاماته.
 5. تشجيع استخدام العقود الذكية للتعاقدات الشخصية خصوصًا أن هذا النوع من التعاقدات يتسم بالشفافية وامكانية تتبع إجراءات التعاقد وتحويل الأموال، لتقليص مشكلات التنفيذ.
 6. ضرورة إعداد دورات تطويرية للفئات العاملة في مجال العقود الذكية خاصة العاملين في العقود سواء كانوا قانونيين أو فنيين مبرمجين.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع والكتب العامة:

1. إبراهيم العيسوي، "التجارة الإلكترونية"، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، ط1، 2003.
2. أحمد خالد العجلوني، "التعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة مقارنة"، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، 2002.
3. أحمد سعيد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته"، القاهرة، مطبوعات عين شمس، 2001.
4. أحمد عبد التواب محمد بهجت، "إبرام العقد الإلكتروني"، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2009.
5. أيمن إبراهيم العشماوى، مفهوم العقد وتطوره -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2002.
6. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، الدار الجامعية، 1992.
7. توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
8. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، المصادر الإرادية للالتزام، ط3، جامعة عين شمس، 2000.
9. سمير حامد عبد العزيز الجمال، "التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ط1، 2006.
10. شريف درويش اللبان، تكنولوجيا الاتصال، الدار المصرية اللبنانية، 2000.
11. شريف محمد غنام، "دور الوكيل الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دراسة في ضوء

- أحكام اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية 2005، دار الجامعة الجديدة، 2012.
12. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، 2007.
13. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، نظرية العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
14. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مج1، العقد، ط3، قام بتنقيحها وإضافة ما جد من فقه وقضاء: مصطفى محمد الفقي، عبد الباسط جميعي، 1981.
15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، 1952.
16. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
17. عبد الكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 2001.
18. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، مكتبة السنهوري، 2008.
19. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد- دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، 2015.
20. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1999.
21. محمود جمال، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،

ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

22. مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية للالتزام)، دار الكتب القانونية، 2005.

23. نصر أبو الفتوح فريد حسن، العقود الذكية الماهية والأحكام: دراسة تحليلية، دار النهضة العلمية، الطبعة الأولى 2022.

24. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، 1995.

ثانيًا: الرسائل العلمية:

1. بلقاسم حامدي، "إبرام العقد الإلكتروني"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2016.

ثالثًا: البحوث والمقالات العلمية:

1. أحمد سعد علي البرعي، إنشاء عقود المعاملات وتنفيذها بين الطرق التقليدية وتقنية " البلوك تشين" والعقد الذكية: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالقاهرة، جامعة الأزهر، العدد 39، ج4، 2020.

2. أحمد محمد عصام الدين، عملة البتكوين، تقرير إدارة البحوث والتنمية المصرفي، مجلة صادرة عن بنك السودان المركزي، العدد 73، أكتوبر، 2014.

3. أيمن مصطفى أحمد محمد، "التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في ضوء تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة"، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، والتي تصدرها القيادة العامة لشرطة الشارقة، المجلد 23، العدد 91، أكتوبر 2014.

4. إيهاب خليفة، البلوك تشين - الثورة التكنولوجية القادمة في عالم الأعمال

- وإدارة، مجلة أوراق أكاديمية - مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، العدد 3، أبو ظبي، 2018.
5. رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بفسخ العقد غير محدد المدة وتحديد المقابل بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و 2018، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر - العدد الثالث، جامعة عجمان، 2020.
6. سفاين أونسا وآخرون، ترجمة جعفر بن احمد العلوان، تقنية سلسلة الكتل في المنظمات الحكومية: فوائد وأثار تقنية السجلات الموزعة لمشاركة المعلومات، مجلة الادارة العامة، المجلد 59، العدد 4، يونيو 2019.
7. عامر عاشور عبد الله، "المسؤولية المدنية الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الثالث، 2011.
8. عمر عبيد الغول، "التقنيات الحديثة وأثرها على التطبيق المكاني للقانون الجنائي: دراسة مقارنة"، معهد التدريب والدراسات القضائية، أبو ظبي، ط1، 2008.
9. محمد عرفان الخطيب، العقود الذكية، الصدقية والمنهجية دراسة نقدية معمقة في الفلسفة والتأصيل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 8، العدد 30، يونيو 2020.
10. معداوي نجية، العقود الذكية والبلوكشين، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، 2021.
11. د. معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في "البلوك تشين": أي تحديات المنظومة العقد حاليا؟، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - ملحق خاص، العدد 4، الجزء الأول، مايو 2019.

12. نريمان مسعود بورغدة، عقود البلوك تشين: العقود الذكية من منظور قانون العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد 52 العدد 2 ، 2019.
13. دعاء الدين محمد ذيب عبابنة، دور الوسيط الإلكتروني في التعاقد: دراسة في المعاملات الإلكترونية البحريني والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع، 2010.
14. عمار عبد الحسين علي الشاه و جليل حسن الساعدي، الإشكاليات القانونية في العقود ذاتية التنفيذ، مجلة جامعة الإمام جعفر الصادق لدارسات القانونية، كلية القانون ، جامعة الإمام جعفر الصادق، العدد 4 ، 2022.
15. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، برنامج عمل اللجنة الجوانب القانونية للعقود الذكية والذكاء الاصطناعي، الدورة الحادية والخمسون نيويورك، 25 يونيه - 13 يوليو، 2018.
16. خمائل عبدالله الطون، فسخ العقد الإلكتروني، المجلة القانونية، المجلد 5، العدد 5، جامعة القاهرة - كلية الحقوق فرع الخرطوم، 2019.
17. منى أبوبكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد 85، 2019.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

1. Çağlayan Aksoy, Pinar. Law & Financial Markets Review. Jan2024, DOI:10.1080/17521440.2023.2298192.
2. DIANA AMBOLIS, Top 8 Ways You Treat Smart Contracts As A Method For Finalizing Disagreements , 28-feb-2024 .

3. Fanning, K. & Centers, D. (2016). Blockchain and Its Coming Impact on Financial Services, The Journal of Corporate Accounting & Finance, Wiley Online Library.
4. J-M Figuet, Bitcoin et blockchain: quelles opportunités? Revue d'économie financière 2016, n° 3, 2016.
5. Joseph J. Bambara, Paul R. Allen, Blockchain A Practical Guide to Solutions, y McGraw-Hill Technology Developing Business, Law, and Education, 2018.
6. Kevin Werbach & Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, Duke Law Journal 313-382, vol 67, 2017.
7. Pilkington, Marc,. (2015). Blockchain Technology: Principles and Applications (September 18), 2015. Edward Elger Publishing.

خامسًا: المواقع الإلكترونية:

1. <https://blockchainmagazine.net/ways-you-treat-smart-contracts/>
2. <https://brave.com/learn/what-is-web3/>
3. <https://citizens.me/>
4. <https://ethereum.org/ar/what-is-ethereum/>
5. <https://gatehub.net/blog/what-is-the-internet-of-value>
6. <https://law.bepress.com/expresso/eps/714/>
7. <https://www.ida2at.com/what-is-automation-and-how-has-it-evolved/>
8. <https://www.law.com/legaltechnews/2017/02/07/the-internet-of-things-means-a-big-dilemma-for-big-law-discovery/?slreturn=20220707095908>
9. <https://www.mohamah.net/law/الإراد-عن-التعبير-وشكل-الانترنت-وماهية-الانترنت>

إشكاليات التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس

(دراسة تحليلية استقرائية في ضوء التشريع الإماراتي)

الباحثة / سندية راشد الحمادي

و

أ. د عماد الدين عبد الحي

كلية القانون - جامعة الشارقة

الشارقة - دولة الإمارات العربية المتحدة

تاريخ القبول: 2024/04/15م

تاريخ التسليم: 2024/03/22م

The Problems of contracting in trade via Metaverse (An inductive analytical study in light of UAE law)

**Sendia Rashid AlHammadi &
Prof. Imad Eldin Abdul Hau**

College of Law - University of Sharjah
Sharjah – United Arab Emirates

الملخص:

مع ظهور الجيل الثالث من الانترنت والإقبال على استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي والبلوك تشين، أصبحت المفاهيم الجديدة لأساليب التواصل البشري تخلق نوعاً جديداً من المعاملات التي ينجز الكثير منها من خلال المنصات الرقمية بواسطة أجهزة المحمول والحاسب الآلي، بالإضافة إلى أن الثورة التكنولوجية التي طرأت على المجتمعات على أعقاب -جائحة كوفيد 19- أدت إلى تسارع وتيرة ظهور الابتكارات التقنية والاختراعات القائمة على الاستقلالية والعمل الذاتي في كثير من المجالات، والتي كان أبرزها مجال التجارة والاقتصاد. ونظراً لتوسع الموضوع أثرنا أن نقتصر في دراستنا على بحث إشكاليات التعاقد الرقمي في التجارة عبر عالم الميتافيرس، وذلك بالتركيز على معالجة جانب من التحديات القانونية التي قد تواجه مستقبل التجارة الإلكترونية عبر تقنية الميتافيرس وحجية التعاقد من خلالها أمام القانون بالتركيز على التشريع الإماراتي.

الكلمات المفتاحية: التعاقد الرقمي، عقود التجارة الإلكترونية، ذاتية التنفيذ، الميتافيرس، وسائل التقنية الحديثة.

Summary:

With the emergence of the third generation of the Internet and the demand for the use of artificial intelligence and blockchain technologies, new concepts of human communication methods create a new type of transactions, many of which are completed through digital platforms using mobile devices and computers, in addition to the technological revolution that has befallen societies in the wake of-The Covid-19 pandemic- led to an acceleration in the emergence of technical innovations and inventions based on independence and self-employment in many fields, the most prominent of which was the field of trade and economics. Due to the expansion of the topic, we chose to limit our study to examines the problems of digital contracting in trade across the metaverse world, by focusing on addressing an aspect of the legal challenges that may face the future of e-commerce via metaverse technology and the validity of contracting through it before the law, focusing on UAE legislation.

Keyword: Digital contracting, e-commerce contracts, self-executing, metaverse, modern technology.

المقدمة

التعريف بموضوع البحث:

دخلت التجارة حيز العالم الافتراضي في الآونة الأخيرة بشكل غير مسبوق، سواء في بيع وشراء الأصول الافتراضية أو البيع بالتجزئة، إذ تهافتت الشركات إلى خلق نسخة افتراضية منها للدخول في ميدان التجارة الافتراضية التي تقدم تجارب تسوق استثنائية بواسطة الميتافيرس، انطلاقاً من البدايات التي كانت متاحة لرواد الألعاب ثلاثية الأبعاد في شراء الأراضي والمزارع والملابس الافتراضية، إلى أن أصبحت اليوم تخلق تجربة فريدة من نوعها على مستوى أكبر وبجدية تخطت حدود الانترنت فنجد اليوم الشركات الكبرى والعلامات التجارية وأيضاً المؤسسات الحكومية تسعى إلى حجز مقرها بداخل أحد عوالم الميتافيرس.

إن خلق تجربة المعاملات التجارية في عالم الميتافيرس ما هي إلا نتيجة لإقبال جمهور المستثمرين والشركات التجارية لمزايا هذا العالم الافتراضي وازدياد انتشاره مع مرور الوقت لنصبح أمام انعكاس لمعاملات قانونية تجارية فهناك عقود تبرم سواء أكانت لشراء رموز افتراضية للتداول، أو شراء العقارات الافتراضية للاستثمار، أو حتى اقتناء أزياء ليرتديها توأم المستخدم أثناء عيشه لتجربة مجتمع الميتافيرس والتواصل مع المستخدمين الآخرين. إلا أن نجاح هذا الأمر يحتاج لتفحص الجانب القانوني الذي يلائم طبيعة المعاملات التجارية التي تتم من خلال البيئة الافتراضية وذلك لإنجاز تعاقدات البيع والشراء عبر الميتافيرس، خاصة أنها تعتمد على أنظمة التشفير واللامركزية والأتمتة الرقمية.

أهمية البحث وسبب اختياره:

في ضوء زخم التحول الرقمي الكبير للعوالم الافتراضية بادرت إمارة دبي بالعمل على تنظيم الأصول الافتراضية بإصدار قانون رقم 4 لسنة 2022 بمعايير دولية لحوكمة

الأصول الافتراضية، كما دخلت عالم الميتافيرس كأول جهة تنظيمية في هذه المنصة. هذا بالإضافة إلى قيام المشرع الإماراتي بإصدار قرار مجلس الوزراء رقم (111) لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، ومؤخراً صدور قانون رقم (14) لسنة 2023 بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، وبالتالي إن المتفحص لنصوص هذه القوانين يعي التطورات التشريعية التي جاءت لتعكس واقع انتشار الاقبال على هذا المجال، وذلك لكسب ثقة الجمهور بالتعامل مع الأصول الافتراضية والتشجيع على التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة داخل الدولة.

في ضوء ما تقدم، تتمحور أهمية البحث حول:

- 1- الاطلاع على أحدث التشريعات الإماراتية التي تسعى لتوفير الحماية القانونية للمعاملات التجارية في الأوساط التقنية.
- 2- اختيار أفضل الحلول لضمان تنفيذ العقود الناشئة عن التجارة عبر الميتافيرس.
- 3- تحديد الاشكاليات القانونية الجديدة المحيطة بجوانب تقنية سلسلة الكتل والميتافيرس، بحيث تتم معالجتها بما يخدم أهداف موضوع الدراسة.
- 4- تعزيز القدرة على التعامل مع النزاعات التي قد تنشأ نتيجة التعاقد عبر الميتافيرس.
- 5- الوعي بالجانب الإيجابي والسلبي للتعاقد بالتجارة عبر الميتافيرس على الأطراف ومن ناحية القانون.

إشكالية البحث:

من خلال تناول موضوع إشكاليات التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس، فإن إشكالية البحث تتمحور بالإجابة عن التساؤل التالي:-

ما مدى نجاعة التشريع الإماراتي في توفير الحد الأدنى من الحماية القانونية للتعاقد في التجارة عبر الميتافيرس؟

أهداف البحث:

يتمثل الهدف الرئيس لهذا البحث بدراسة طبيعة تعاقد الأطراف في التجارة عبر البيئة الافتراضية المتمثلة بتقنية الميتافيرس، ويتفرع عن هذا الهدف عدة أهداف فرعية تتمثل في الآتي:

- 1- إيضاح أنواع العقود التي من الممكن أن تستخدم في التجارة الإلكترونية عبر الميتافيرس.
- 2- بيان بعض الصعوبات التي قد تعترض إنجاح التعاقد في المعاملات التجارية عبر الميتافيرس من ناحية موضوعية وتطبيقية.
- 3- الإشارة إلى جهود بعض فقهاء القانون في التعامل مع تحديات التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة.
- 4- دراسة مدى تكافئ التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس في مقابل التعاقد في العالم الواقعي بالنسبة للمشرع الإماراتي.

منهجية البحث:

سيعتمد البحث على المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي، وذلك من خلال التعرض بالشرح والتحليل للأساليب التجارية الحديثة المتبعة في التجارة الإلكترونية وطرق تنفيذ التزامات أطراف عقد البيع الذكي، وأثر استحداث نمط حديث للأعمال التجارية في المجال الرقمي على تطبيق قواعد عقود التجارة الإلكترونية الراهنة، قياساً على المعطيات الجديدة للتجارة الإلكترونية في بيئة الأعمال التجارية عبر الميتافيرس، لنصل إلى دراسة تقدم حلولاً قانونية وعملية للمشرع والمختصين قد تجاوب على التحديات القانونية التي تعترض التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس.

خطة البحث:

وفقاً لما تقدم فإننا سنقوم بتناول موضوع دراستنا من خلال تقسيمه إلى مبحثين، الأول سيتطرق إلى خصوصية التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس. أما في المبحث الثاني فنتطرق في دراستنا إلى تحديات تنفيذ العقد الرقمي عبر الميتافيرس، ثم ننهي هذا البحث بخاتمة تتضمن جملة من الاستنتاجات التي توصلنا إليها وبعض التوصيات التي تقدمنا بها، ونتمنى أن نكون على مستوى من الموضوعية والفاعلية لكي تحقق الدراسة هدفها المنشود.

المبحث الأول

الطبيعة التعاقدية للتجارة عبر الميتافيرس

يُعرف "الميتافيرس" وهو كلمة إنجليزية تتكون من شقين الأول "Meta" (بمعنى ما وراء أو الأكثر وصفاً)، والثاني "Verse" مشتقة من كلمة "Universe"، وتشير إلى (ما وراء العالم)، حيث تمت الإشارة إلى أن هذا المصطلح يتم استخدامه بغرض وصف مفهوم الإصدارات المستقبلية المفترضة للانترنت، المتمثل بمحاكاة ثلاثية الأبعاد لا مركزية ومتصلة على نحو دائم تشكل "العوالم الافتراضية"، والتي يمكن الدخول إليها عبر الحواسيب المكتبية والجوالات ومنصات الألعاب، بالإضافة إلى أجهزة صنعت خصيصاً لهذا الغرض كمنظارات الواقع الافتراضي⁽¹⁾.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن هناك بالفعل عدد من الجمهور قد بدأ باستخدام منصة الميتافيرس تم تقديرهم بـ 400 مليون شخص نشط حول العالم، إذ تشير الاحصائيات إلى أنه يوجد غالبية من المستثمرين اشترى أكثر من 500 مليون دولار من العقارات الافتراضية في الميتافيرس بغرض تملكها أو بيعها بعد فترة من الزمن بحيث يكون قد ارتفع ثمنها لموقعها المميز مثلاً، كما أن نسبة 53% من الشركات حول العالم تستثمر في العملات المشفرة⁽²⁾.

بإمعان النظر في كيفية إبرام العقد الإلكتروني التجاري في عالم الميتافيرس كان لا

(1) حسن مصطفى، الجغرافيا السياسية في عصر التكنولوجيا الرقمية والميتافيرس، المتحدة للنشر والتوزيع م.م.ح- العين، الإمارات، ط1، 2022، ص237.

(2) مدونة إلكترونية، إحصائيات سوق الميتافيرس لسنة 2022-2023، آخر زيارة 2023/11/12، متاح على الرابط:

<https://metav.rs/blog/metaverse-market-statistics-2022-2023/>

بد من الخوض في أبرز ما يهيم الباحث القانوني من مستجدات قد تمثل تحدياً قانونياً، وهي تلك التي تتعلق بمسألتي مجلس العقد، ونوع العقد، فنناقش في المطلب الأول: مجلس العقد الرقمي عبر الميتافيرس (مطلب أول)، ومن ثم نتطرق إلى دراسة نوع العقد في التجارة عبر الميتافيرس (مطلب ثان)، وذلك فيما يلي:-

المطلب الأول مجلس العقد الرقمي عبر الميتافيرس

كتمهيد، فإن مجلس العقد الرقمي في عالم الميتافيرس، قد تكون له خصوصية تجعله يختلف عن باقي العقود، فهناك توائم رقمي يحمل إرادة المستخدم فهل يمكن اعتبار مجلس الشخصيات الرمزية⁽¹⁾ حضور واقعي أم حكي؟ وبعد الاطلاع على رأي المشرع الإماراتي نجد الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون المعاملات التجارية تجيب على هذا التساؤل، و التي تنص على أنه: "تسري على العقود والمعاملات التجارية المقدمة في الأوساط التقنية أو من خلال وسائل التقنية الحديثة والأحكام المقررة بشأن مثيلاتها المقدمة بشكل واقعي". بالتالي، تنطبق على العقود المبرمة عبر أساليب التقنية الحديثة ذات الأحكام المتبعة مسبقاً في الواقع العملي.

بناء على ما سبق، نستند على المادة (134) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات⁽²⁾ حيث نصت على أنه: "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية وسيلة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد حين العقد، وأما

(1) الشخصية الرمزية أو الأفاتار AVATAR: رمز يمثل شخصيتك في العالم الافتراضي، أو تمثيل جرافيكى أو رسم لشخص حقيقي. المرجع: خالد ممدوح إبراهيم، التنظيم القانوني لتقنية الميتافيرس، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، مصر، ط1، 2023، ص329.

(2) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 م.

فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس".

بالإضافة إلى ذلك، استخدم المشرع الإماراتي في القانون رقم 14 لسنة 2023 للتجارة الإلكترونية من خلال وسائل التقنية الحديثة، مصطلح "العقد الرقمي" حيث عرفت المادة (1) من هذا القانون على أنه: "اتفاق بين التاجر الرقمي والمستهلك يوثق الإيجاب والقبول، ويحدد محل وتفاصيل العقد وشروطه وأحكامه من خلال وسائل التقنية الحديثة، ويشمل العقد الإلكتروني والعقد الذكي وغيره من العقود المستخدمة من خلال وسائل التقنية الحديثة".

استناداً على النص السابق، سنقتصر في تقسيم المطلب إلى فرعين الأول يعنى بصدور الإيجاب والقبول وهو التعبير عن الإرادة رقمياً (فرع أول) ، والثاني يحدد محل وتفاصيل العقد وشروطه وأحكامه وهو التراضي على إبرام العقد رقمياً (فرع ثان) كالتالي:-

الفرع الأول التعبير عن الإرادة رقمياً

يمكن القول بأن الاتفاق بين التاجر الرقمي والمشتري من خلال الأساليب التقنية الحديثة ينشئ عقداً رقمياً ويتم به توثيق الإيجاب والقبول، سواء أكان بعد الدخول في مفاوضات عقدية متزامنة بين الشخصيات الرمزية، أو غير متزامنة كالموافقة على عرض مقدم في أحد المنصات الافتراضية بضغط زر أو رفضه بتجاوزه أو إغلاقه.

فعلى سبيل المثال، يقدم العالم الافتراضي The Sand box عروضاً لشراء أراضي افتراضية على منصة الميتافيرس حيث تظهر خريطة توضح الأراضي المتاحة للشراء، وعند تحديد قطعة الأرض يجد المستخدم نافذة بها خيارين:

الخيار الأول: ممثلاً الإيجاب بسعر محدد مسبقاً للأرض فيكون القبول من المستخدم بضغط زر على السعر المعروض.

الخيار الثاني: فيمثل إيجاباً جديداً من قبل المستخدم فهو عبارة عن خاينة فارغة يكون بمثابة عرض لسعر آخر يضعه الراغب بالشراء بنفسه لكي يصل لمالك الأرض الافتراضية وللأخير أن يقبل العرض أو يرفضه⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، يمكن اعتبار متاجر الميتافيرس من ضمن المواقع الإلكترونية التفاعلية والتي تتيح للمستهلكين التفاعل مع الاعلانات المعروضة به كدعوة للتعاقد، بالتالي يمكن تقديم طلب الشراء أو الاستفسار عن المنتجات أو الخدمات الرقمية، بالإضافة بإمكان المستخدم اختيار حجم السلعة ولونها وتفاصيل الشراء كاملة حتى عملية إتمام السداد والحصول على اشعار بإكتمال الطلب⁽²⁾.

وفي هذا الصدد، نصت المادة (11) من قانون الاونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية على أنه "في سياق تكوين العقود، ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك العرض".

كما نصت المادة (130) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987، على أنه: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما

(1) دون مؤلف- كيف تشتري الأراضي في الميتافيرس؟، مقال الكتروني منشور 28 ديسمبر 2022، آخر زيارة 2023/10/15، متاح على الرابط:

<https://academy.binance.com/ar/articles/how-to-buy-land-in-the-metaverse>

(2) حافظ جعفر إبراهيم ، تأملات في التحديات القانونية التي تواجه التسوق عبر المواقع الإلكترونية (القانون الإماراتي نموذجاً). مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، جامعة الشارقة، 696 - 728. 2019. ص702.

قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده"، ونصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة على أنه "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بشكل إلكتروني".

وعلى هذا الأساس، نص المشرع الإماراتي في المادة (5) من قانون المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة الاتحادي رقم (46) لسنة 2021 على أنه: "يجوز الاستدلال على موافقة الشخص على استخدام المستند الإلكتروني من خلال قيامه بأي سلوك يدل على موافقته على ذلك". كما اهتم قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة بأن يتم نشر الأسعار والمعلومات المتعلقة بالمبيع بشكل علني في منصات البيع الرقمية وغيرها مما يستوجب تنبه المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتج والمساعدة في إقرار إرادته، فإذا لم يكن هناك عقد رقمي متفق عليه يجب على التاجر اطلاع الطرف الآخر على العقد الرقمي المعمول به في هذه الحالة أو البنود والسياسات ذات الصلة بالمتجر الرقمي لتكوين عقيدته، حيث نصت المادة (5) في المعايير والمتطلبات من ذات القانون في نهايتها " .. على أن يعتبر شراء السلع والخدمات قبولاً من المستهلك للعقد الرقمي أو لتلك الشروط والأحكام"⁽¹⁾.

بالتالي، نجد أن المشرع قد أعطى مساحة رحبة للاستدلال على الإرادة التعاقدية في الوسط الرقمي وان اختلفت في اساليبها عن التعاقدات الواقعية وفق ما يجيزه

(1) نص المادة (5) من قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة 2023/14 : "تحديد شروط وأحكام وتفاصيل المراحل المتعددة بشأن بيع السلع والخدمات من خلال وسائل التقنية الحديثة بما فيها تحديد سعر السلع والخدمات وأجور وأسعار الخدمات اللوجستية وخدمات الدفع الرقمي، وإتاحتها بشكل معلن على الموقع الإلكتروني أو التطبيق أو غيره من وسائل التقنية الحديثة الأخرى للتاجر الرقمي، وإتاحة العقد الرقمي أو الشروط والأحكام في ذلك الشأن متى لم يكن هناك عقد رقمي، على أن يعتبر شراء السلع والخدمات قبولاً من المستهلك للعقد الرقمي أو لتلك الشروط والأحكام".

القانون، ونجد أن تقنية الميتافيرس ستجعل من تجربة المشتري في التعبير عن الإرادة أكثر تأثيراً كونها مدعومة بتقنيات ذكية تحسن من تجربة الشراء وخدمة العملاء كاستخدام الذكاء الاصطناعي في الرد على جميع الاستفسارات وتجربة المنتج قبل شرائه أو التجول في العقار الافتراضي المراد اقتناؤه وغيرها الكثير.

الفرع الثاني إبرام العقد بالتراضي رقمياً

كما علمنا أن نصوص قانون المعاملات التجارية رقم (50) لسنة 2022 قد تبنت مضمون التعاقد الرقمي وبما يعبر عن التراضي على إبرام العقد حسب الاتفاق، ذلك حتى قبل صدور قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة الأخير، ومن حيث نصت المادة الأولى من قانون المعاملات التجارية على أنه "تسري أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية الواقعية أو الافتراضية التي تتم في الأوساط التقنية أو من خلال وسائل التقنية الحديثة التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر".

بالتالي نجد أن المشرع من خلال قانون المعاملات التجارية يخاطب الأطراف الذين يشربون في الأعمال التجارية سواء كان الطرف تاجراً أم غير تاجر بالتقيد بأحكام القانون أيضاً في البيئة الافتراضية، ثم جاءت المادة الثانية من ذات القانون تنص على أنه:

"1- يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدون، مالم يتعارض اتفاقهم مع نص تجاري أمر.

وعليه، يمنح القانون مساحة من الحرية للاتفاق على تكوين العقد بصورته الرقمية، وإن كانت بداخل عالم الميتافيرس ووضع شروطه وأحكامه بما لا يخالف ما اعتبرته النصوص قواعد أمر، وهذا تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في العقود ذات الطبيعة التجارية، وذلك بصرف النظر عن أسلوب التعاقد بنمطيه الواقعي

والافتراضي، وكما نصت المادة (257) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي فإن: "الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزمه في التعاقد"، بالتالي إن تراضي الأطراف واتفاقهم على مضمون العقد هو الأصل في كل العقود.

2- إذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام، وتعتبر قواعد التعاملات السابقة بين المتعاقدين من قواعد العرف الخاص المطبقة في هذه الحالة، فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري.

3- لا يجوز تطبيق أي اتفاق خاص بين الأطراف أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع النظام العام والآداب".

في ضوء ما تقدم، نلاحظ أن قانون المعاملات التجارية قد أكد أهمية المرونة في تشريعات التجارة، خاصة فيما يتعلق بذكر عدم التقيد بأحكام القانون مباشرة بل يمكن اللجوء للقواعد العرفية، وقد أعطى أولوية للعرف المحلي أو الخاص على العرف العام ما يعكس الترغيب في التراضي على العقود المعدة مسبقاً وفيما لا يخالف القانون، ومن هذه الأعراف على سبيل المثال: التعاملات السابقة بين المتعاقدين كقاعدة من قواعد العرف الخاص عند غياب الاتفاق.

بالإضافة، ترى الباحثة أن التراضي على التعاقد رقمياً أيضاً يصب في صالح آلية عمل العقود الذكية بالتالي نجاح العديد من التعاقدات الافتراضية، كون البنود والشروط ستكون معدة مسبقاً ومتفق عليها بحسب العادة، ما يعكس نظرة المشرع في إيجاد حلول واقعية وعملية بالنسبة لتكوين العقود في التجارة الحديثة ليكفلها القانون سواء أكانت في الواقع أو افتراضياً.

المطلب الثاني نوع العقد في التجارة عبر الميتافيرس

إن نوع العقد المستخدم في الوسط التقني يحدد الشكلية التي سيتم عليها إبرام العقد، بالتالي سنتطرق لتبيان نوع العقد المبرم في التجارة عبر الميتافيرس. وفي ذلك، أشار المشرع الإماراتي في المادة الأولى من قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة إلى بعض نماذج العقود الرقمية المستخدمة في مجال التجارة الإلكترونية ذات الطابع التقني الحديث، حيث نصت المادة الأولى على أن العقد الرقمي "يشمل العقد الإلكتروني والعقد الذكي وغيره من العقود المستخدمة من خلال وسائل التقنية الحديثة". وعليه، إن إشارة المشرع الإماراتي لوجود العقد الإلكتروني (فرع أول)، إلى جانب العقد الذكي (فرع ثان) يدفعنا إلى التفريق بينهما فيما يلي:-

الفرع الأول العقد الإلكتروني

تم تعريف رسالة البيانات التي تستخدم في نظام الرسائل الآلي من نص الفقرة (ج) من المادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 على أنها: "المعلومات المنشأة أو المرسله، أو المتلقاة، أو المخزنة بوسائل الكترونية، أو مغناطيسية، أو بصرية، أو بوسائل شبيهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات، أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

كما نصت ذات الاتفاقية في الفقرة الثانية من المادة (8) على أنه: "ليس في هذه الاتفاقية ما يشترط إنشاء الخطاب الإلكتروني، أو تكوين العقد في أي شكل معين".

وبالنسبة للمشرع الإماراتي، فإن المادة الأولى من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46)

لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة في تعريف -المعاملات الإلكترونية- نصت على أنها: " أي معاملة يتم إبرامها أو تنفيذها أو توفيرها أو إصدارها كلياً أو جزئياً بشكل إلكتروني، وتشمل العقود والاتفاقيات وغيرها من المعاملات والخدمات الأخرى".

ونفهم من ذلك أن العقد الإلكتروني هو مجموعة بيانات يتم إنشاؤها، وتداولها، وحفظها بوسيلة الكترونية، أو مغناطيسية، أو بصرية أو أية وسيلة شبيهة، بحيث تتخذ شكلاً إلكترونياً للتعاقد عند فحصها ومعاينتها، ويتم استخدام هذه الوسائل للتواصل بين الأطراف لتكوين العقد فيكون عقداً إلكترونياً غير تقليدي (ورقي). مثال على ذلك، العقد الإلكتروني الذي يخدم التجارة الإلكترونية في عالم الميتمافيرس وهو لغايات إنشاء المتجر الافتراضي ويمثل نمط التجارة الإلكترونية الشركة للشركة B2B. وقد عرف المشرع الإماراتي تحت المادة الأولى من قانون التجارة من خلال الوسائل الحديثة مصطلح المتجر الافتراضي بأنه " موقع أو منصة أو غيرها من وسائل التقنية الحديثة تتيح للتاجر الرقمي عرض سلعة أو خدمة أو بيعها، أو تقديم خدمة، أو الإعلان عنها أو تبادل البيانات الخاصة بها من خلال تلك المواقع أو المنصات أو أي وسيلة من وسائل التقنية الحديثة الأخرى".

وفي ضوء ما سبق، فإن العقد الإلكتروني لإنشاء المتجر الافتراضي يدرج تحت ما يسمى بعقد المشاركة Le Contra de Participation، بحيث يكون المتجر الافتراضي ضمن سلسلة من المتاجر في مركز تجاري افتراضي واحد Virtual Mall، وهو عبارة عن خدمة الكترونية يتم الدخول إليها عبر الانترنت متاحة لجميع مستخدميها بحيث تسمح للتجار بعرض سلعهم أو خدماتهم على العملاء بواسطة، كما قد تسمح بعض المتاجر بالاطلاع والتجول لغرض التعرف على السلع والخدمات المعروضة دون الشراء، بينما متاجر أخرى تقتضي إجراءات معينة لدخولها لغاية التحقق من هوية

الزائر وتسجيله مع ذكر البيانات المتعلقة بطريقة الوفاء الإلكتروني مسبقاً⁽¹⁾.
ومن صور العقد الإلكتروني التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني بتبادل الرسائل
والمرفقات والمستندات، والتعاقد بالمحادثة عبر الخط بين المتعاقدين كاستخدام غرف
الدرشة أو برامج مكالمات الفيديو والتواصل الاجتماعي، كذلك بواسطة المواقع
الإلكترونية كالتبضع من المتاجر الإلكترونية بتعبئة نموذج الطلب⁽²⁾.
فبالنسبة للميتافيرس تحديداً يمكن تطبيق ذات الآلية المذكورة بدمجها مع تقنية
البلوك تشين والذكاء الاصطناعي، إلا أن أفضل مثال لتطبيقات العقد الإلكتروني هنا
هو الشركات التجارية والمؤسسات التي تقوم باللجوء إلى التعاقد مع شركات أخرى
ذات خبرة تقنية متخصصة لمساعدتها في بناء علامتها التجارية أو متجراها الافتراضي
الخاص على أحد عوالم الميتافيرس، ومن أبرز هذه الشركات التقنية: شركة AVI
Tech، وهي أول شركة إماراتية تم تأسيسها في الميتافيرس عام 2020، يقع مقرها في
ميتافيرس إمارة دبي ضمن عالم⁽³⁾ The Sand Box.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2019، ص57
وص58.

(2) حافظ جعفر إبراهيم، مرجع سابق، ص702.

(3) حياة الحرزي، مهندسة إماراتية أسست أول شركة "مقرها" الواقع الافتراضي، صحيفة الإمارات
اليوم الإلكترونية، منشور 4 سبتمبر 2022، آخر زيارة 2023/12/30، متاح على الرابط الإلكتروني :
<https://www.emaratalyout.com/life/four-sides/2022-09-04-1.1664860>

انظر أيضاً: القناة الرسمية لقناة الإمارات على اليوتيوب، المهندسة إيمان أحمد... صاحبة أول شركة
إماراتية في "الميتافيرس" - شباب الإمارات، منشور 11 أكتوبر 2023، آخر زيارة 2023/12/30، متاح
على الرابط الإلكتروني :

<https://www.youtube.com/watch?v=x04Biv2lfWg>

الفرع الثاني العقد الذكي

يعرف العقد الذكي بأنه "اتفاق رقمي ذاتي التنفيذ ببرمجة إلكترونية مبنية على تقنية سلسلة الكتل (البلوك تشين)⁽¹⁾، بحيث لا يمكن تعديله ولا الرجوع عنه"⁽²⁾.
وبوصف آخر فهو عبارة عن "شيفرة حاسوبية يمكن تضمينها في البلوك تشين لكتابة عقد والتحقق منه والتفاوض عليه، تعمل العقود الذكية بموجب مجموعة من الشروط التي يوافق عليها المستخدمون، وعندما يتم استيفاء تلك الشروط يتم تنفيذ الاتفاقية تلقائياً"⁽³⁾.

وعليه، نرى أن العقد الذكي يمثل شكلاً أكثر تطوراً للعقود الإلكترونية، حيث بإمكانه تخليص إجراءات التعاقد بشكل تلقائي، ويتم ذلك باتباع الإرشادات المعدة أو المدخلة مسبقاً لإبرام العقد، بالإضافة إلى ثبوت أثر هذا العقد بشكل دائم يمكن الوصول إليه من قبل المستخدمين، بالتالي يمكن إنفاذ عقود التجارة الإلكترونية المنعقدة عبر عالم الميتافيرس من خلال هذه العقود الذكية، مع كتابة شروط الاتفاقية أو العقد مباشرة في التعليمات البرمجية ويمثل هذا النمط من التجارة الإلكترونية الشركة للشركة B2B، وأيضاً الشركة للمستهلكين B2C.

(1) تقنية السجل الموزع أو البلوك تشين: قاعدة بيانات رقمية عامة أو خاصة يتم من خلالها تسجيل التصرفات التي تتم على الأصول الافتراضية، وإنشاءها وحفظها ومشاركتها، بحيث تثبت صحتها وملكيته في شبكة من مجموعة عقد تتم بشكل تلقائي من مواقع وأماكن متعددة، وتشمل تقنية "البلوك تشين". - قانون إمارة دبي لتنظيم الأصول الافتراضية 2022/4.

(2) Sarah Templin, Blocked-Chain: *The Application of the Unauthorized Practice of Law to Smart Contracts*, *The Georgetown Journal Of Legal Ethics*, Vol.32:957, 2019, P.959-961.

(3) فتحي شمس الدين، الميتافيرس مستقبل العالم الرقمي، دار النهضة العربية-القاهرة، مصر، ط1، 2023، ص99.

بالتالي، يتكون العقد الذكي من أطراف التعاقد من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذي يوثقون اتفاقهم عن طريق التوقيع الرقمي برموز خاصة بهم، وموضوع العقد الذي يتيح البرنامج الوصول إلى السلع بالفتح والغلق تلقائياً، وبنود العقد التي تمثل الشروط والالتزامات والحقوق حيث يتم إدراجها بشكل متسلسل وبموافقة الأطراف، والمكافآت والجزاءات، وأخيراً منصة لا مركزية حيث يتم ربط أو توثيق لعقد الذكي بالبلوك تشين الخاص بها وهي تمثل العالم الافتراضي أو المتجر الافتراضي الذي تتم فيه المعاملة الافتراضية⁽¹⁾.

ولمزيد من الإيضاح، يعتبر العقد الذكي من عقود التكنولوجيا المتغيرة وهي تمثل برنامج معلوماتي يكتب بشكل تشفير (Code) من قبل المبرمجين حيث يكون العقد التقليدي مرشد للمبرمجين، مع وجوب توافر جميع أركان العقد، من حيث تراضي الأطراف وأن ينصب على محل مشروع يكون قابلاً لترتيب أثر عليه، وأن يكون هذا المحل محددًا تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة، هذا بالإضافة إلى صدور الإرادة الحرة في التعاقد لغاية وسبب مشروع، وعلى غرار المعاملات الالكترونية المعتادة التي تتطلب وجود طرف وسيط معتمد وموثوق، تم ابتكار العقد الذكي لإلغاء الطرف الثالث في التعاقدات الالكترونية إذ يتم دمج هذه العقود المشفرة مع تقنية البلوك تشين بحيث يمكن للأطراف التعاقد الند للند Peer to peer، وذلك بعد اتفاقهم على المسائل الجوهرية بالعقد، بالتالي يتيح العقد الذكي للأطراف المتعاقدة بالتسجيل والمصادقة على التزاماتهم التعاقدية ويتم تنفيذ النتيجة تلقائياً بحسب مدخلاته، بالإضافة سيتمنح كل مستخدم مفتاح خاص به (رقم حساب) يستطيع من خلاله إدارة

(1) هنا محمد هلال الحنيطي، ماهية العقود الذكية، بحث مؤتمر الفقه الإسلامي الدولي الدورة الرابعة والعشرون دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري- دبي، الامارات، 7-46، 2019. ص 29 و ص 30.

معاملاته الخاصة به على منصة البلوك تشين، وأيضاً لديه مفتاح عام للدخول للشبكة الإلكترونية⁽¹⁾.

في ضوء ماتقدم، فإنه من البديهي أن تكون هناك صوراً للعقود الذكية نستعرضها كالتالي⁽²⁾:-

أولاً- مجرد تشفير دون اتفاق قانوني، بشكل "معاملة Transaction" بالمعنى التقني للكلمة.

ثانياً- أداة لتنفيذ اتفاق قانوني.

ثالثاً- اتفاق قانوني يمكن أن يتم تنفيذه خارج سلسلة الكتل "البلوك تشين"، بشكل تعبير ملزم عن الإرادة مثل الإيجاب، والقبول، أو يشكل اتفاقية قانونية بحد ذاته.

رابعاً- يدمج مع اتفاق قانوني بالتالي يتواجد في نفس الوقت سواء على السلسلة أو خارج السلسلة.

بالتالي، قد تبدو هذه الطريقة مألوفة في المعاملات المصرفية التي تستخدم التطبيقات الذكية لأجهزة المحمول، حيث يمكن للشخص الشراء و تحويل الأموال

(1) هالة صلاح ياسين الحديثي، بحث عقود التكنولوجيا المغيرة العقود الذكية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، 2021، المجلد 10، العدد 38، جامعة كركوك، 324 - 345 . ص 332 وص 335، آخر زيارة 2023/11/12، مسترجع من :

<http://search.mandumah.com/Record/1180901>

(2) European Law Institute (ELI), *ELI Principles on Blockchain Technology Smart Contracts and Consumer Protection*, Report of the European Law Institute, 2023, P.22. Available at PDF :

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_Blockchain_Technology__Smart_Contracts_and_Consumer_Protection.pdf

بضغط زر، إلا أن العقود الذكية توصف بأنها لا مركزية أي تعتمد على التشفير بحيث لا يوجد هناك طرف ثالث مثل البنك ولا تتبع أي سلطة. كما وضح البعض⁽¹⁾ بأن العقود الذكية قد تقلل أو تزيل الحاجة إلى طرف وسيط في معاملة ما، حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى تبسيط المعاملات التجارية من التعقيد كالحاجة إلى ضمانات، والوقت المتطلب للتسويات وأتمتة العديد من العمليات المصرفية التي تتطلب التدخل البشري وما قد يرافق ذلك من تقليل استهلاك للوقت والتكاليف وفرص ارتكاب عمليات احتيالية.

وتجدر بنا الإشارة إلى المادة (12) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، نصت على أنه: "لا يجوز إنكار صحة، أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي، أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي، الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية، أو العقد الناتج عن تلك الأفعال وتدخله فيها".

علاوة على ذلك، أشار المشرع الإماراتي بشكل غير مباشر إلى تعريف العقد الذكي تحت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (46) لسنة 2021 -بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة بتعريفه للوسيط الإلكتروني المؤتمت بأنه "نظام معلومات إلكتروني يعمل تلقائياً بشكل مستقل، كلياً أم جزئياً، دون تدخل من أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه العمل أو الاستجابة له".

كما يمكن اعتبار العقد الذكي ضمن أحد الوسائل التي نص عليها المشرع الإماراتي في قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة في تعريفه ضمن المادة الأولى بأنها هي: "أي وسيلة تقنية تستخدم بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، سواء

(1) هناء محمد هلال الحنيطي، مرجع سابق، ص36.

كانت إلكترونية أو رقمية أو بيومترية أو تقنية الذكاء الاصطناعي أو تقنيات سلسلة الكتل "البلوك تشين" أو في الأوساط التقنية، وسواء من خلال الدخول على مواقع إلكترونية أو من خلال التطبيقات الذكية".

بناء على ماسبق، نجد أن المشرع الإماراتي قد فتح المجال لإعمال قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة على العقود والمعاملات التجارية الناشئة من خلال تقنية الميٹافيرس، ولم يتبق أمام الأطراف سوى التأكد من سلامة وصحة مدخلات العقد الذكي بحسب الأحكام والقوانين المتبعة في التعاقد الرقمي.

علاوة على ذلك، نستنتج أن الفرق بين العقود الإلكترونية والعقود الذكية هي أن العقود الإلكترونية تتطلب تدخل بشري من حيث إدخال وإرسال المعلومات وتلقبها و غالباً ما تكون بحاجة إلى تدخل طرف ثالث للمصادقة، بينما العقود الذكية فهي مؤتمتة وتلقائية قائمة على البرمجة المسبقة، لذا من المستحسن أن تتم برمجة العقود بالتعاون مع خبراء قانونيين لضمان صحتها وفعاليتها من الناحية القانونية أيضاً.

المبحث الثاني

تحديات تنفيذ العقد الرقمي عبر الميتافيرس

لاكتمال عملية البيع والشراء من خلال الميتافيرس يتوجب على البائع تسليم السلعة أو الخدمة المقدمة بعد المضي بالدفع عبر وسائل الدفع الرقمية التي تم التعرف عليها في المبحث الأول، إلا أنه قد تثار بعض التحديات القانونية بين الأطراف في حالة لم تسر الأمور في مجراها المعتاد، كأن تظهر هناك بعض التحديات التعاقدية أمام حجية وصحة تنفيذ الالتزام بتسليم الخدمة أو السلعة المعروضة عبر الميتافيرس من الناحية القانونية (مطلب أول)، أو أن تثار هناك نزاعات بشأن تنفيذ العقد تتطلب تدخل القضاء فتتشكل أمامنا تحديات قضائية (مطلب ثان)، بالتالي سنحاول استعراض هذه التحديات ودراستها فيما يلي:-

المطلب الأول

التحديات المتعلقة بإثبات العقد وتنفيذه

تتم معاملات التجارة الإلكترونية عبر الانترنت لبضائع رقمية وغير رقمية⁽¹⁾، وتشمل عملية البيع والشراء في صورتها الكاملة من تفاوض وإبرام للعقد والتوقيع عليها ودفع قيمته بطريقة إلكترونية باستثناء عملية التسليم التي تجرى بالطريقة التي يتفق عليها الطرفين⁽²⁾. فبعد الانتهاء من دفع قيمة السلعة أو الخدمة يأتي دور البائع

(1) البضائع الرقمية هي المنتجات ذات المحتوى الرقمي والتي يتم بيعها على الانترنت كالموسيقى والأفلام والكتب الإلكترونية والبرامج والتطبيقات المعدة للشراء ويتم تسليمها باتاحة التنزيل أو التحميل على أجهزة الحاسوب أو الهاتف المحمول، أما البضائع الغير رقمية هي المنتجات المادية التي يتم نشر صورها على مواقع المتاجر الإلكترونية كالحقائب والساعات، بينما توجد في المخازن ويتم تسليمها على أرض الواقع.

(2) محمد حسن رفاعي العطار، الجهات الوسيطة في التجارة الإلكترونية؛ متعهدو الإيواء المعلوماتي، ==

أو التاجر الرقمي في الالتزام بتسليم السلعة أو الخدمة حيث تقترن الالتزامية بأثبات الحجية القانونية (فرع أول)، وغالباً ما يتم تنفيذ ذلك باستخدام العقود الذكية (فرع ثان) لذا سنبحث التحديات القانونية الناشئة عن كل من المسألتين كما يلي:-

الفرع الأول إثبات حجية التعاقد عبر الميتافيرس

يتم تنفيذ عقد التجارة الإلكترونية عبر الميتافيرس بتسليم البائع المنتجات افتراضياً مثل برامج التسجيلات الموسيقية، الكتب، وأيضاً البرامج الخدمية كالاستشارات الطبية وكل ذلك يتم عن طريق تحميل ملف المنتج الموجود على شبكة الانترنت⁽¹⁾، أو السماح باستخدام سلع افتراضية معينة كخدمات أو نقل ملكية عقارات افتراضية.

كما يمكن شراء بعض السلع أو المنتجات من الميتافيرس وتسليمها في الواقع، مثل شراء الأجهزة والملحقات المساعدة والسماعات المخصصة للاستخدام في الميتافيرس، والتي يتم عرضها لدى أحد المتاجر الافتراضية مثل متجر Meta⁽²⁾.

وفي هذا الاتجاه نرى أن المشرع الإماراتي قد أرسى دعائم للتجارة الإلكترونية عبر قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة عندما نص في تعريفها تحت المادة الأولى من قانون على أنها: "بيع وشراء السلع والخدمات والبيانات ذات الصلة في الأوساط التقنية، أو من خلال وسائل التقنية الحديثة من مواقع إلكترونية أو

==

البنوك الرقمية، جهات التوثيق الإلكتروني، دور الإنترنت في وجودها وأثر تطوره على أدائها، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، ط1، 2020، ص53.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 47.

(2) الموقع الإلكتروني الرسمي لشركة Meta:

<https://www.meta.com/quest/quest-3/>

منصات أو تطبيقات ذكية، بما فيها تلك التي تتم من خلال التجارة الإلكترونية أو الرقمية أو مواقع التواصل الاجتماعي، وتشمل السلع والخدمات غير الرقمية التي يتم الحصول عليها بشكل واقعي أو افتراضي من خلال وسائل التقنية الحديثة الرقمية أو الأوساط التقنية"، فبالإمكان لمن يزاول التجارة عبر وسائل التقنية الحديثة أن يتم تسليم سلعها وخدماتها بحيث يتمكن المشتري من الحصول عليها إما في الواقع أو في البيئة الافتراضية.

كما قد أدرج المشرع الإماراتي بند الحجية القانونية بشكل صريح في الفقرة الأولى من المادة (13) من ذات القانون حيث نصت المادة على أنه: "تتمتع جميع الأنشطة والأعمال بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة بذات الحجية التي تتمتع بها التجارة التقليدية.."، ويقابل هذا النص المادة (10) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي حيث نصت أيضاً على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية الواقعية أو الافتراضية التي تتم في الأوساط التقنية أو من خلال وسائل التقنية الحديثة التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر". وأكد المشرع الإماراتي على اعتبار الأعمال الافتراضية ضمن الأعمال التجارية بحكم ماهيتها ذلك استناداً إلى الفقرة 17 من المادة (5) من ذات القانون.

كما أقر المشرع صحة العقود الإلكترونية وحجيتها في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، والذي نص على أنه: "2-لا يفقد العقد صحته أو حجيته في الإثبات أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مستند إلكتروني واحد أو أكثر".

وفي نص مشابه أكد ذلك قانون الأونسيترال للتجارة الإلكترونية في المادة (12) التي لا تفقد العقد حجيته ولا قابليته للتنفيذ لمجرد إبرامه في الوسط الإلكتروني.

بالإضافة، أقر المشرع الإماراتي بذلك في المادة (32) من قانون الإثبات⁽¹⁾ إذ نصت الفقرة الثالثة على أنه: "يعد الوفاء بالوسائط الإلكترونية مبرئاً للذمة".

كما أقر قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987 في المادة (527) على أنه: "إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلاً للمبيع في حالة معينة أو إذا أوجب القانون اعتبار بعض الحالات تسليماً اعتبر التسليم قد تم حكماً".

ومن خلال النصوص المذكورة آنفاً، نجد أن التعاقد عبر الميٹافيرس هو تصرف قانوني يحتج به مالم يخالف الأحكام والقوانين المعمول بها في دولة الإمارات مما يوجب القيام بالتنفيذ، كما تقر المادة (12) من قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة المسؤولية القانونية للخاضعين لأحكام هذا القانون عما ينشأ عنهم من التزامات.

الفرع الثاني

التنفيذ المؤتمت باستخدام العقود الذكية

إن العقود الذكية لا تحتاج لتدخل بشري فهي عقود ذاتية التنفيذ لا تستدعي قيام الطرف الآخر بعمل معين، حيث تتمثل العقود الذكية بقيام البائع بإنشاء عقد ذكي متضمناً الشروط التي بتحققها يتم تنفيذ العقد، فبمجرد تحقق هذه الشروط من قبل المشتري فإن العقد الذكي وبصورة تلقائية يقوم بفحص ومراجعة شروط العقد ومن ثم تنفيذ عملية التبادل، ليقوم العقد بقيد العملية وإضافتها إلى سجلات تقنية البلوك تشين بحيث تكون متاحة بشكل دائم، ودون الاستعانة بجهات وسيطة تضمن تنفيذ التزامات العقد⁽²⁾.

(1) مرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022 بشأن قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية.
(2) نصر أبو الفتوح فريد حسن، العقود الذكية الماهية والأحكام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2022، ط1، ص36.

إلا أن مجرد التسليم بقبول إنفاذ العقود الذكية قد يجر وراءه العديد من الإشكاليات القانونية ومن بينها أن العقود الذكية لم ترقى للاعتراف بها صراحة من قبل مجمل التشريعات الوطنية كون هذه العقود تعتمد على اللامركزية، فلا مجال لمراقبة الحكومات لهذه العقود ولا إنفاذ القوانين الإقليمية عليها في حال كانت هناك مخالفات لأحكام القانون⁽¹⁾، على سبيل المثال أن يكون محل العقد غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام في الدولة.

لمزيد من التوضيح، إن الوفاء بالعقود الذكية يتم بالعملات الرقمية المشفرة التي ليس لها أثر نقدي ما يثير إشكالية حول انتفاء وجود الثمن النقدي في محل عقد البيع، وباعتبار الأخير عنصر من عناصر المحل فإن نفيه يؤدي إلى انتفاء البيع، حيث لم يعترف المشرع الإماراتي بعد بالعملات المشفرة كثمن نقدي ما يشكك في صحة المحل في العقود الذكية والشروط الواجبة فيه⁽²⁾. ذلك استناداً إلى المادة (489) في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987 حيث نصت في تعريف البيع على أنه: "هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي".

علاوة على ذلك، جاء في الفقرة الرابعة من المعايير والمتطلبات بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة على أن يتم "بيع السلع أو الخدمات الجائز بيعها قانوناً، وعدم بيع أي من السلع والخدمات من خلال وسائل التقنية الحديثة التي

(1) محمد عبد المجيد الذنبيات، العقود الذكية، مقال الكتروني - منشور 25 ديسمبر 2019، الذنبيات للمحاماة والخدمات القانونية، آخر زيارة 2023/05/08، 4:02م، متاح على الموقع الإلكتروني:

<https://althunibat.com/ar/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B0%D9%83%D9%8A%D8%A9-smart-contracts/>

(2) نصر أبو الفتوح فريد حسن، مرجع سابق، ص 114.

تتطلب موافقات خاصة من السلطة المختصة قبل الحصول على تلك الموافقات".
بالتالي، نكون أمام إشكالية تتعلق بعدم صحة محل العقد الذكي (العملات المشفرة التي يتم تحويلها) ومن ثم بطلانه بالنسبة للتشريع الإماراتي.
مع ذلك، فإن المشرع الإماراتي بشكل عام أجاز تنفيذ العقد تلقائياً بالمعاملات الإلكترونية المؤتمتة، استناداً إلى المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة حيث نصت على التالي:-

1- يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الإلكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات إلكتروني أو أكثر معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بذلك، ويكون التعاقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية حتى في حالة عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة.

2- يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمتة بحوزة شخص وبين شخص آخر إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيقوم بإبرام العقد أو تنفيذه تلقائياً.

بناء على ما سبق، نرجح أن قانون التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة رقم (14) لسنة 2023، يقتصر على المعاملات التجارية الافتراضية التي يتم التعامل بها بواسطة العقود الإلكترونية والمحافظ الرقمية كبطاقات الائتمان والتحويلات البنكية. فلا يغير من عدم مشروعية العملات المشفرة التواجد البارز لتقنية البلوك تشين والعقود الذكية في قطاع الخدمات الحكومية والاقتصادية وبعض مجال التجارة المركزية لدولة الإمارات، بالتالي نجد إمكانية اللجوء إلى العقود الذكية في تنفيذ العقود المبرمة عبر الميٹافيرس ولكن يظل هناك واجب لمراعاة مشروعية مضمون ومحل العقد بحسب الأحكام المعمول بها في الدولة.

المطلب الثاني التحديات المتعلقة بمنازعات التعاقد عبر الميتافيرس

قد تشوب العقد بعض من الاشكاليات القانونية التي تتوجب المطالبة بالقيام بالالتزام أو الفسخ أو الإبطال والتي تحدث في طبيعة المعاملات التعاقدية كنتيجة الإهمال أو وجود عيوب الإرادة أو فقدان الأهلية، فإلى من سيلجأ الطرف المضرور حينها، وإلى ماذا سيستند في دعواه؟ وعليه سنناقش التحدي المتعلق بتعذر الاختصاص القضائي (فرع أول)، إلى جانب التحدي المرتبط بندرة السوابق القضائية (فرع ثان) فيما يلي:-

الفرع الأول تعذر الاختصاص القضائي

قد تظهر إشكالية صعوبة التوصل إلى الاختصاص القضائي في نظر المنازعات بين أطراف العلاقة التعاقدية عبر الميتافيرس، فبينما يرى بعض الفقه⁽¹⁾، أن القانون الدولي الخاص بإمكانه حسم الإشكاليات التي يمكن أن تطرح بسبب عند الالتزام بتنفيذ العقد. في المقابل، يرى اتجاه آخر⁽²⁾ أن الطبيعة اللامركزية لهذه الأنظمة تجعل من الصعب تحديد الاختصاص القضائي عند وقوع النزاع مما يجعل من الصعب تطبيق الأطر القانونية الحالية.

وبالرغم من هذا التشاؤم، سعت جزيرة بربادوس إلى إنشاء سفارة افتراضية في عالم الميتافيرس بهدف بسط السيادة الافتراضية بحيث تكون مقر لتنظيم الأصول

(1) علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الالكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، د.ط، 2002، ص 209.

(2) Mitch Jackson, E-Article : 10 Key Legal Issues in Web3, the Metaverse and AI, Every Business Owner Needs To Know!, Published on Jan 16,2023, last visit 02/03/2023, 5:42PM, Available at : 10 Key Legal Issues in Web3, the Metaverse and AI, Every Business Owner Needs To Know! (linkedin.com)

الافتراضية كأول سفارة افتراضية تخلق نوع من المواطنة الجديدة الرقمية بحسب الأطر والقوانين⁽¹⁾. وكذلك إمارة دبي كأول هيئة تنظيمية تدخل عالم الميٹافيرس في سعيها لحوكمة الأصول الافتراضية بتنظيمها لقانون رقم 4 لسنة 2022، وعلى هذا التوجه تطرح الباحثة بعض المقترحات الفرضية كحلول عملية لاشكالية تعذر الاختصاص القضائي:-

أولاً- فرضية تطبيق الاختصاص القضائي بحسب العالم الافتراضي للمستخدم أي تبعية المستخدم لجنسية العالم الافتراضي الذي هو فيه، حيث يوافق المستخدم على شروط الاستخدام قبل الانضمام من ضمنها الامتثال للقوانين والأحكام الخاصة بهذا العالم المرخص في بلد معين، ما يعني وجوب التأكد من شرعية العوالم الافتراضية أيضاً في حال طلب الحقوق.

ثانياً-فرضية تطبيق الاختصاص القضائي للشركات التجارية بالنظر إلى جهة أو دائرة ترخيصها الفعلية لمباشرة التجارة الالكترونية والرجوع إلى أحكامها.

وذلك استناداً إلى نص المادة (4) من قرار مجلس الوزراء رقم (111) لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، حيث نصت الفقرة الثانية على أنه: .. 2. يجب على الشخص الراغب بمزاولة أنشطة الأصول الافتراضية، أن يتخذ من الدولة مقراً له لمزاولة أعماله، وفق أحد الأشكال القانونية المعتمدة لدى الجهات المحلية المعنية بالتراخيص التجارية...".

ثالثاً-فرضية تقرير المواطنة الرقمية الإيجابية للدول، مثال على ذلك توجيه حكومة الإمارات لشعبها بالالتزام بقيم ومبادئ المواطنة الرقمية الإيجابية على نحو

(1) رحاب حلاوة، مقال الميٹافيرس مستقبل الحكومات والبداية سفارات افتراضية، منشور 30 سبتمبر 2022، الموقع الالكتروني لجريدة البيان، دبي، آخر زيارة 2023/08/11، 4:03م، متاح على الرابط التالي: الميٹافيرس مستقبل الحكومات.. والبداية سفارات افتراضية(albayan.ae)

يشمل الالتزام بالقوانين السارية في المجتمع الرقمي أيضاً.

رابعاً- ملكية الأصول الافتراضية، فبالنسبة لأي من المستخدمين من الدول الأخرى فبمجرد الاستحواذ على عقار أو أرض افتراضية معينة في عالم افتراضي، يتم التعامل على أن الأرض تحوز جنسية مالكيها الشرعي بالتالي نجد أرضية يستند عليها القضاء في إصدار أحكامه بالرجوع إلى القانون الوطني المعمول به في الواقع، إلا أن ذلك قد يفتح المجال لإشكاليات أخرى منها عدم وجود قانون ناظم لهذا النوع من التجارة الالكترونية في تشريع هذا البلد وهو الحاصل، كذلك سيصبح الأمر عرضة للتلاعب والاحتيايل بحيث يمكن للمستخدم التنقل بين ملكيات الأصول الافتراضية للتهرب من تطبيق القانون.

خامساً- تواجد الحكومات الرسمية في العالم الافتراضي (الميتافيرس)، وهو ما تبنته جزر بربادوس كما ذكرنا بإنشائها السفارة الافتراضية في الميتافيرس لفرض السيادة الوطنية لتنظيم الأصول الافتراضية، وكذلك إمارة دبي في سعيها لحوكمة الأصول الافتراضية، كما تعمل الهيئة العامة لتنظيم الاتصالات والحكومة الرقمية لدولة الإمارات في بحث سبل تطوير التحول الرقمي بشكل مستمر وتشمل التوجه إلى عالم الميتافيرس، ويعتبر قطاع الخدمات الصحية أولى بؤادر الدخول في هذا العالم الافتراضي ونتأمل وجود تمثيل اتحادي إماراتي أيضاً للعناية بالتجارة الالكترونية عبر الميتافيرس.

كما أدرج تقرير معهد القانون الأوروبي مبادئ لتطبيق الاختصاص القضائي لتستخدم في منازعات تجارة الميتافيرس بالتحديد - البلوكتشين- على هدى قواعد القانون الدولي الخاص كالتالي⁽¹⁾:-

(1) European Law Institute (ELI), ELI Principles on Blockchain Technology Smart Contracts
==

- 1- تخضع المعاملات التي تتم على تقنية البلوكتشين أو المدعومة بها لقواعد القانون التي تنطبق على الأفعال المطابقة لها وظيفياً خارجها، وهذا يشمل جميع قواعد القانون الخاص .
 - 2- وفقاً للممارسات المقبولة عموماً في الاتفاقيات الدولية، يمكن عموماً الاتفاق بشكل مشروع على اختيار القانون وشروط اختيار المحكمة، ويشير البند إلى انطباق الأطر القانونية الحالية فيما يتعلق باختيار القانون والقواعد على المعاملات التي تتم على تقنية البلوكتشين أو المدعومة بها.
 - 3- أن مجرد حقيقة أن سلسلة الكتل – البلوكتشين- التي يتم تخزين العقد الذكي عليها لا مركزية وموزعة بشكل عام وتقع في بلدان مختلفة، لا تشكل في حد ذاتها بالضرورة بُعداً دولياً.
 - 4- بالنسبة للتجار والمستهلكين، فإن اختيار القانون المستخدم في العقود الذكية في المعاملات التجارية، يتوجب ألا يؤدي إلى خلق أثر قانوني يشكل اعتداء على حقوق المستهلك ، سواء بالنسبة إلى القانون الواجب التطبيق أو وضع بند ينتهك الحق في التداعي أو رفع دعوى قضائية أمام محاكم بلد إقامتهم المعتادة أو محل إقامتهم.
- وفي هذا السياق، إن الحرية التي قد يتمتع بها الأفراد في التعاملات التجارية في المجتمعات الافتراضية يجب أن لا تتخطى حدود القانون على أية حال. على سبيل المثال، أشارت المحكمة العليا في كندا في قضية **Douez vs. Facebook** إلى أن هذه البنود

==

and Consumer Protection, Report of the European Law Institute, 2023, P.14. Available at PDF :

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_Blockchain_Technology__Smart_Contracts_and_Consumer_Protection.pdf

ينبغي تقييمها بشكل مختلف في قواعد المستهلك، بخاصة حين يتم إبرام العقود في وسائل التواصل الاجتماعي، مقارنة مع قواعد التجارة عندما يتمتع الأطراف بقدرة تفاوضية متساوية إلى حد ما على مسافة بعيدة⁽¹⁾.

الفرع الثاني ندرة السوابق القضائية

في هذا المقام، يجدر التنويه إلى أنه قد نكون أمام تحديات قانونية نتيجة لتصادم نمط المعاملات والتصرفات ما بين العالم المادي والعالم الافتراضي، فعلى سبيل المثال القضية التي رفعتها شركة SOLID OAK SKETCHES, LLC شركة خاصة بالوشوم ضد شركة 2K GAMES, INC. and TAKE-TWO INTERACTIVE SOFTWARE, INC مطور ألعاب ميتافيرس، حيث كان موضوعها أن شركة الألعاب قامت بالتعدي على حق المؤلف الخاص بالشركة الأولى باستنساخ وشوم اللاعبين الرياضيين في شخصيات فيديو اللعبة، والذي يعد تصميمات بيانية من بين عدة تصميمات تمتلكها الشركة المدعية، إلا أن المحكمة قضت لصالح المدعى عليه استناداً إلى أن الجزء المنسوخ لا يشبه إلى حد كبير المصنف المحمي بموجب حق المؤلف، واستندت حجة الترخيص المضمن، وحجة الاستخدام العادل، إلى الطبيعة الفنية لألعاب الفيديو، فلم يؤخذ الموضوع بجدية كافية، كما نتوقع المزيد من اشكاليات حقوق المؤلف للمؤلفين الافتراضيين الذين يتوارون خلف شخصياتهم الرمزية في عالم الميتافيرس⁽²⁾.

(1) European Law Institute (ELI), Ibid, P.43. “..the court stressed that such clauses should be evaluated differently in consumer settings, especially when contracts are concluded with social media, compared to commercial settings where the parties have a more or less equal bargaining power when negotiating at arm’s length”.

(2) Clifford Chance, *The Metaverse : What are the Legal Implications?*, Thought Leadership, Published on February 2022 ,P.4

هذا وترى الباحثة ضرورة الاستعانة بالأعراف المتبعة في الكشف عن الاعتداءات، وأيضاً الاجتهاد بالرجوع إلى القواعد والمبادئ العامة المطبقة فالواقع لتطبيقها على الحقوق الرقمية في حال تم تصعيد المنازعة إلى منصة القضاء كآلية ندب الخبير، بالإضافة إلى الاستعانة بقواعد واتفاقيات المنظمات الدولية كاتفاقية برن بشأن المصنفات الأدبية والفنية.

والجدير بالذكر أن بعض الفقه⁽¹⁾ قد تناول موضوع الإشكاليات الناشئة عبر شبكات الانترنت من منظور مستقبلي، ذلك في توجهه نرى بأنه قد يعالج مسألتي تعذر الاختصاص القضائي، وأيضاً عدم إمكانية تحديد الإشكال القانوني أمام جهات القضاء، وجاء في إشارتهم أن: "القانون الدولي الخاص رغم فعاليته هو قانون شائك ومعقد، وما يشغل الدول ويقلقها في موضوع الانترنت وجوب التطرق إلى ميادين يصعب التوصل إلى إبرام اتفاقيات دولية في شأنها، لاختلاف المفاهيم والفوارق بين ثقافات الدول وحضاراتها، ولأنها قد تفرض التخلي عن مسائل جوهرية كالسيادة الوطنية والداخلية الموصولة بها. أمام هذا الوضع بدأ التفكير بأدوات وآليات قانونية وتنظيمية أخرى، وبدأت تظهر مؤشرات محسوسة عده في هذا الاتجاه، إما من خلال ما يسمى بالتنظيم الذاتي في شبكة الانترنت، أو أيضاً من خلال العقد الذي يجده الكثيرون وسيلة تنظيمية مركزية، أو حتى من خلال آليات جديدة في حل النزاعات مباشرة عبر الشبكة وتسمى بالقضاء الافتراضي أو التصوري عبر الانترنت".

على سبيل المثال، ما فعلته محكمة كولومبية في قضية 2020-014 بين وزارة الدفاع والشرطة الوطنية، إذ تم عقد جلسة محاكمة قضائية عبر عالم الميٹافيرس في 15 فبراير 2023 لمدة ساعتين ونصف باستخدام غرف عمل Horizon Worlds وهي

(1) طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، صادر للمنشورات الحقوقية، لبنان، 2001، ط1، ص35.

تعتبر الأولى من نوعها، حيث كان جميع الحاضرين متمثلين بشخصياتهم الرمزية "الأفاتار"، بما فيهم القاضية التي ترأست الجلسة، بكل بساطة طلب من الحضور التأكد من جلب نظارات Oculus Quest 2 قبل الموعد المحدد للجلسة لضبط صورهم الرمزية وحضور الإجراءات عن بعد، كما تم اقتراح إرسال رموز تفعيل لعناوين البريد الإلكتروني الخاصة بالأطراف المعنية، وذلك للتثبت من هوية الأشخاص الحقيقية مقابل صورهم الرمزية المتمثلة "بالأفاتار"⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، يرى البعض أن هناك مسائل تقديرية تحتم تدخل القضاء، كفقدان الأهلية لأحد أطراف العقد الإلكتروني بعد إبرامه بالحجر عليه أو ذهاب عقله مثلاً، وكذلك ما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تقدير الحالة، فيزعمون أن العقود القائمة على تقنية البلوك تشين غير صالحة لأنه لا يتصور إبطال أو فسخ العقود الذكية⁽²⁾.

وعليه، تقدم الباحثة حلاً للإشكالية سالفه الذكر يتجلى بالقول بأن العقود الذكية هي إجراء قائم على البرمجة، فإذا تحتم إبطال أو فسخ الإجراء فيمكن ذلك من خلال برمجة المعاملة العكسية Reverse Transaction، إلا إذا كانت تقنية سلسلة الكتل -البلوك تشين- المستخدمة لا تسمح بتعديل الكتل⁽³⁾، هذا إلى جانب إمكانية

(1) Ronnie McCluskey, E-Article: *Metaverse Court Metes Out Real-Life Justice in Colombia*, Published on February 20, 2023, Last visit 28/11/2023, 8:17PM, Available at:

<https://metanews.com/metaverse-court-metes-out-real-life-justice-in-colombia/>,

Original Metaverse Broadcast: *Audiencia Inicial en el Metaverso. Reparación Directa Rad. 2020-014 SIETT VS POLICIA NACIONAL*, Available at YouTube, Last visit 28/11/2023, 8:21PM:

<https://www.youtube.com/watch?v=LXi2TX9OBmQ>

(2) نصر أبو الفتوح فريد حسن، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

(3) European Law Institute (ELI), *ibid*, P.16.

العقود الذكية القيام بالعديد من الإجراءات منها تحويل الأصول الافتراضية في حالة الاسترجاع أو النقل، والقيام بتثبيت ملف معين⁽¹⁾.

إلا أن التعديل الجوهري على سلسلة الكتل أو البلوك تشين غير متاح للعامة وذلك منعاً للتلاعب والاحتيال ، فيتصور أن يتم الاتفاق على إضافة عقد ذكي جديد إلى سلسلة الكتل يحتوي على التعديلات، أو تنفيذ الإجراءات القضائية مستقبلاً بتشكيل إدارات قانونية وتنظيمية تعنى بتنفيذ الأحكام في القضايا الافتراضية بالتعاون مع المحاكم الواقعية سواء باتفاقيات دولية، أو بنصوص تعديلات على شروط استخدام الميتافيرس بحيث يتدخل البرمجيون لتقييد أو وقف نشاط بعض المستخدمين، وهذا الأمر مألوف حالياً في بعض برامج وسائل التواصل الاجتماعي، حيث يتم حظر أو تقييد بعض المستخدمين من الدخول والمشاركة أو إغلاق الحساب عند تجاوز اللوائح والقوانين مثل برنامج انستغرام Instagram ، مع العلم بأن البرنامج المذكور تحت إدارة الشركة الأم للميتافيرس "Meta".

(1) Sarah Templin, Ibid, P.960.

الخاتمة

إن الحديث عن التحديات القانونية التي تفرزها التطورات التقنية قد يطول، فلا توجد حدود للعلم والمعرفة، كما أصبحنا اليوم أمام واقع جديد للمعاملات التجارية، فليس لرجال القانون سوى ضمان المحافظة على سلاسة المعاملات بين الأفراد أياً كانت الوسائل التي يسلكونها في التعاقد سواء أكانت واقعية أم افتراضية مادامت قابلة للقياس والتطبيق، كما أن مجال التجارة هو أولى المجالات الباحثة عن السبق والميزات التنافسية، وقد خضع هذا المجال لكثير من التغييرات والتحويلات في أساليب البيع والشراء بمرور الزمن، لذا كان لا بد من الاهتمام بمستقبل الأعمال التجارية من خلال تقنية الميتافيرس، وفي ختام الدراسة نخلص إلى عدد من النتائج والتوصيات كالتالي:-

أولاً- النتائج:

- 1- إن العقود الذكية هي عقود ذاتية التنفيذ قائمة على البرمجة والتشفير المسبقين، إلا أنه يتوجب الحذر عند التعامل مع هذه النوعية من العقود والاطلاع على أحكامها قبل قبولها.
- 2- إن الصعوبات التي تواجه الأطراف في إنجاز عملية البيع والتجارة عبر الميتافيرس قد تكون متعلقة بتحديات قانونية تعاقدية، وتحديات قانونية قضائية.
- 3- إن الفرق بين العقود الإلكترونية والعقود الذكية هي أن العقود الإلكترونية تتطلب تدخل بشري من حيث إدخال وإرسال المعلومات وتلقمها، بينما العقود الذكية فهي مؤتمتة وتلقائية قائمة على البرمجة المسبقة.
- 4- يعتبر التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس بمثابة عقد دولي أو عابر للحدود، حيث لا يكون له انتماء لسلطة معينة إلا لبرمجة العقد الذي بالتالي نستنتج أن العقد

الذكي هو المقنن لهذا العقد.

5- يتوفر لدى التشريع الإماراتي القدر الجيد من الحماية القانونية بأحكام التعاقد في التجارة عبر الميتافيرس.

ثانياً- التوصيات:

1- نوصي المشرع الإماراتي بإلزام التجار الرقميين المنطبق عليهم القانون، بالاحتفاظ بنسخ بالإمكان تحميلها أو تنزيلها من العقود المبرمة بواسطة العقود الذكية في عالم الميتافيرس، بحيث تستوفي الشكلية وتيسر فحص مضمونها من قبل الجهات المختصة حال النزاع.

2- نأمل من السلطات المختصة في دولة الإمارات العربية المتحدة العمل على إنشاء مقر رقمي للجنة تسوية المنازعات المتخصصة بفض منازعات التجارة عبر وسائل التقنية الحديثة بداخل أحد عوالم الميتافيرس بحيث يمكن اللجوء إليها بسهولة، وتوظيف كادر من الخبراء الفنيين والقانونيين للفصل في المسائل ذات الصلة بتوصية من الوزارة.

3- نتمنى من المشرع الإماراتي إدراج قائمة بمحظورات التعاملات التجارية في الأوساط التقنية التي تعمل بنظام البلوك تشين والعقود الذكية في ظل غياب الوسيط ولفرض مزيد من الرقابة على العقود الرقمية، والتقليل من انتشار ظاهرة العقود المدعنة في البيئة الرقمية مستقبلاً.

4- نوصي المشرع الإماراتي أن يتدارك في التعديلات اللاحقة أوجه القصور التي أظهرتها التحديات التعاقدية التي تواجه أطراف العقد عبر الميتافيرس ومن أهمها التنفيذ المؤتمت للعقود الذكية حيث لا تخضع لسلطة رقابية، وكذلك التحديات القضائية المتعلقة بمنازعات التعاقد ومن أبرزها تعذر الاختصاص القضائي وندرة السوابق القضائية نظراً للامركزية المتصلة بالعقود الناشئة عبر الميتافيرس.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية:

مراجع عامة:

1. خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2019.

2. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، صادر للمنشورات الحقوقية، لبنان، ط1، 2001.

(ب) مراجع متخصصة:.

1- أشرف جابر، البلوك تشين وحقوق المؤلف؛ نحو حماية ذكية للمصنفات الرقمية، دار النهضة العربية-القاهرة، مصر، ط2، 2022.

2- حسن مصطفى، الجغرافيا السياسية في عصر التكنولوجيا الرقمية والميتافيرس، المتحدة للنشر والتوزيع م.م.ح- العين، الإمارات، ط1، 2022.

3- خالد ممدوح إبراهيم، التنظيم القانوني لتقنية الميتافيرس، دار الفكر الجامعي- الاسكندرية، مصر، ط1، 2023.

4- علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الالكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، د.ط، 2002.

5- فتحي شمس الدين، الميتافيرس مستقبل العالم الرقمي، دار النهضة العربية- القاهرة، مصر، ط1، 2023.

6- محمد حين رفاعي العطار، الجهات الوسيطة في التجارة الالكترونية؛ متعهدو الإيواء المعلوماتي، البنوك الرقمية، جهات التوثيق الإلكتروني، دور الإنترنت في وجودها وأثر تطوره على أداؤها، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، ط1، 2020.

7- نصر أبو الفتوح فريد حسن، العقود الذكية الماهية والأحكام؛ دراسة تحليلية، دار النهضة العلمية للنشر والتوزيع-القاهرة، مصر، ط1، 2022.

(د) البحوث والمقالات العلمية:

1. حافظ جعفر إبراهيم ، تأملات في التحديات القانونية التي تواجه التسوق عبر المواقع الإلكترونية (القانون الإماراتي نموذجاً). مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، جامعة الشارقة، 2019. ص ص من 696 إلى 728.
2. هالة صلاح ياسين الحديثي، بحث عقود التكنولوجيا المغيرة العقود الذكية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، الجامعة العراقية، العراق، المجلد 10، العدد 38، 2021، ص ص من 324 إلى 345.
3. هناء محمد هلال الحنيطي، ماهية العقود الذكية، بحث مؤتمر الفقه الإسلامي الدولي الدورة الرابعة والعشرون، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري-دبي، الامارات، 2019. ص ص من 7 إلى 46.

(هـ) القوانين:

- 1- مرسوم بقانون اتحادي رقم (14) لسنة 2023 بشأن التجارة من خلال الوسائل الحديثة.
- 2- مرسوم بقانون اتحادي رقم (50) لسنة 2022 بشأن المعاملات التجارية.
- 3- مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة.
- 4- قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مع المادة الإضافية 5 مكرراً بصيغتها المعتمدة في عام 1998.
- 5- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي

- رقم (5) لسنة 1985 م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 م.
- 6- مرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022 بشأن قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية.
- 7- قرار مجلس الوزراء رقم (111) لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها.

(ن) المواقع الإلكترونية:

1. موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو):
<https://www.wipo.int/>
2. موقع دار المنظومة:
<http://www.mandumah.com/>
3. موقع أكاديمية بينانس:
<https://academy.binance.com/ar/articles/how-to-buy-land-in-the-metaverse>
4. الموقع الإلكتروني الرسمي لشركة Meta:
<https://www.meta.com/quest/quest-3/>
5. موقع جريدة البيان:
<https://www.albayan.ae/>
6. موقع الذنبيات للمحاسبة:
<https://althunibat.com>
7. موقع صحيفة الإمارات اليوم:
<https://www.emaratalyoum.com/life/four-sides/2022-09-04-1.1664860>

ثانياً. مراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Clifford Chance, The Metaverse: What are the Legal Implications? Thought Leadership, Feb 2022.
- 2- Mitch Jackson, E-Article: 10 Key Legal Issues in Web3, the Metaverse and AI, Every Business Owner Needs To Know!, Published on Jan 16,2023, last visit 02/03/2023, 5:42PM, Available at: 10 Key Legal Issues in Web3, the Metaverse and AI, Every Business Owner Needs To Know! (linkedin.com)
- 3- Report of the European Law Institute (ELI), ELI Principles on Blockchain Technology Smart Contracts and Consumer Protection, 2023.
- 4- Sarah Templin, Blocked-Chain: The Application of the Unauthorized Practice of Law to Smart Contracts, The Georgetown Journal Of Legal Ethics,Vol.32:957, 2019.

(الله ولي التوفيق)

تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة

دراسة مقارنة

الدكتور أحمد حسن عبد العليم حسن

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الشريعة والحقوق

جامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

تاريخ التسليم: 2024/03/18 تاريخ القبول: 2024/20/4

A comparative study of the administrative contract with individual will

Dr. Ahmed Hassan Abdel Alim Hassan

Assistant Professor of Public Law

Shaqra University, Saudi Arabia

الملخص:

تمتع جهة الإدارة بمجموعة من السلطات والامتيازات تجاه المتعاقد معها وذلك نظراً لكونها تستهدف من وراء العقد الإداري تحقيق المصلحة العامة لارتباط العقد بمرفق من المرافق العامة التي تديرها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، ونظراً لهذا المركز القانوني الذي تتمتع به جهة الإدارة منحها المشرع مجموعة من السلطات والحقوق والالتزامات التي تختلف كلياً عن السلطات والحقوق والالتزامات التي ترتبها العقود المدنية. من خلال هذه السلطات تملك جهة الإدارة السلطة المنفردة في تعديل العقد الإداري، غير أن سلطة الإدارة في تعديل العقد من السلطات الخطيرة التي تملكها في مواجهة المتعاقد معها، فمن خلال هذه السلطة تملك جهة الإدارة تعديل العقد سواء من حيث مدة تنفيذ العقد أو كميته أو أعماله، أو قيمته، وتملك جهة الإدارة تلك السلطة ليس لكنها جهة إدارة، بل لكونها تعمل على ضمان سير المرفق العام بصفة منتظمة ومضطردة بهدف تحقيق الصالح العام، وتأتي هذه السلطة تحت إطار قواعد وضوابط محددة ينظمها القانون وتفسرها السلطات القضائية المختصة، بما في ذلك ديوان المظالم ومجلس الدولة المصري.

يهدف هذا التحليل إلى استكشاف وتحليل قواعد وضوابط سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية في إطار القانون السعودي والمصري، وذلك من خلال دراسة أحكام ديوان المظالم ومجلس الدولة المصري المتعلقة بهذه القضية. سيتم التركيز على فهم مدى صلاحية الجهات الإدارية وحدود سلطتها في تعديل العقود الإدارية، بالإضافة إلى الإجراءات القانونية المتبعة والمسؤولية الملقاة على الجهات القضائية المختصة في تفسير وتطبيق هذه القواعد والضوابط.

كما سيساهم هذا التحليل في فهم عمق القواعد القانونية المتعلقة بسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية، وكيفية تطبيقها في الممارسة القضائية. كما سيسلط

الضوء على التطورات القانونية الأخيرة والتحديات التي تواجه هذه السلطة في ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يشهدها المجتمع المصري. الكلمات المفتاحية: ديوان المظالم-العقود الإدارية-تعديل العقد الإداري-القضاء الإداري.

Summary:

The administration has a range of powers and privileges vis-à-vis its contractor, since it is intended by the administrative contract to fulfil the public interest in connection with the contract with a public facility run by the State or a public law person. In view of this legal status, the administrative authority has granted to the legislator a range of powers, rights and obligations that are totally different from those arising from civil contracts. Through these powers, the administration has the sole authority to modify the administrative contract. However, the administration has the authority to modify the contract, which is a serious authority in the face of its contractor. Through this authority, the administration has the authority to modify the contract, whether in terms of the duration of the performance of the contract, the lethality of the contract or its value. The administration has the authority not to amend the contract, but rather to ensure that the public facility is functioning regularly and steadily in the interest of the public. This authority is governed by specific rules and regulations, which are regulated by law and interpreted by the competent judicial authorities, including the Ombudsman ' s Office and the Egyptian Council of State.

The purpose of this analysis is to explore and analyse the rules and controls of the administrative authority in amending administrative contracts under Saudi and Egyptian law by examining the provisions of the Ombudsman ' s Office and the Egyptian Council of State relating to this

issue. Emphasis will be placed on understanding the competence and limitations of administrative authorities to modify administrative contracts, as well as the legal procedures followed and the responsibility of the competent judicial authorities to interpret and apply these rules and controls. This analysis will also contribute to an understanding of the depth of the legal rules on the authority of the administration to modify administrative contracts and how they are applied in judicial practice. It will also highlight recent legal developments and challenges facing the Authority in the light of economic, social and political changes in Egyptian society.

Keyword: Office of the Ombudsman - administrative contracts - amendment of administrative contract - administrative judiciary

تختلف العقود الادارية عن العقود المدنية في كون المبدأ الحاكم للعقود المدنية هو مبدأ المساواة بين طرفي العقد، فالعقود المدنية تقوم على مبدأ التوازن بين أطراف العقد دون أن يكون لأي طرف من أطرافه امتيازات أو سلطات على الطرف الآخر، وهو الأمر المغاير تمامًا لما هو موجود في العقود الإدارية، تلك العقود التي تتمتع فيها جهة الإدارة بامتيازات وسلطات واسعة وهي بصدد إبرامها للعقود الإدارية، ويرجع تمتع جهة الإدارة بتلك السلطات والامتيازات نظراً لكونها تستهدف من وراء العقد الإداري تحقيق المصلحة العامة لارتباط العقد بمرفق من المرافق العامة التي تديرها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، ونظراً لهذا المركز القانوني الذي تتمتع به جهة الإدارة منحها المشرع مجموعة من السلطات والحقوق والالتزامات التي تختلف كلياً عن السلطات والحقوق والالتزامات التي ترتبها العقود المدنية.

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بالإرادة المنفردة أحد الجوانب الحيوية في النظام القانوني السعودي والمصري، حيث تمنح هذه السلطة الجهات الإدارية صلاحية تعديل العقود التي تبرمها وفقاً لاحتياجاتها وظروفها. وتأتي هذه السلطة تحت إطار قواعد وضوابط محددة ينظمها القانون وتفسرها السلطات القضائية المختصة، بما في ذلك ديوان المظالم ومجلس الدولة المصري، فسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد من السلطات الخطيرة التي تملكها في مواجهة المتعاقد معها، فمن خلال هذه السلطة تملك جهة الإدارة تعديل شروط العقد سواء من حيث مدة تنفيذ العقد أو في كميته أعماله، أو في قيمته، وتملك جهة الإدارة تلك السلطة ليس لكنها جهة إدارة، بل لكونها بموجب تلك السلطة تعمل على ضمان سير المرفق العام بصفة منتظمة ومطردة بهدف تحقيق الصالح العام.

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "فالعقود المدنية تخضع للشروط المنصوص عليها في العقد والأعراف الثابتة، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للشروط المنصوص عليها في العقد وتخضع للتشريعات النظامية المتعلقة بالعقد، فتكون كالمشروط ضمناً فتسري أحكامها على العقد دون الحاجة للنص عليها فيه -كأحكام الفسخ المذكورة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية- وجهات الإدارة تبرم العقود وفق الأنظمة والشريعة بالأسلوب الإداري لتحقيق غايات مجتمعية ومصالح عامة ليس هذا مجال بسطها، إلا أن هذه العقود لها سمات تختلف عن سمات العقود المدنية الخاصة، من أبرزها هيمنة سلطة الإدارة في تغيير أوصاف العقد بالقدر الذي أولاه لها النظام، وأن غاية العقد مصلحة عامة"⁽¹⁾.

كما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية أن: "الجهة الإدارية تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدي التزامات المتعاقد معها أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها المتعاقد معها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"⁽²⁾.

(1) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية لعام 1443هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية لعام 1443هـ، تاريخ الجلسة 1443/8/20هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 292.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 4656 لسنة 46 ق، جلسة 2004/3/30م.

من هذا المنطلق يتم الحديث في هذا البحث عن سلطة الادارة المنفردة في تعديل العقد الاداري والقيود الواردة عليها في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي دراسة تطبيقية على أحكام ديوان المظالم، من خلال تقسيمه إلى مبحثين اثنين، يتناول المبحث الأول الحديث عن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وأساسها القانون وذلك من خلال تقسيم إلى مطلبين اثنين، يتناول المطلب الأول المطلب الأول نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بشكل منفرد أثناء تنفيذه، بينما يتناول المطلب الثاني الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بشكل منفرد. بينما يتم الحديث في المبحث الثاني القيود الواردة على سلطة الإدارة في تعديل العقد والنتائج المترتبة على الإخلال بتلك القيود، وذلك من خلال تقسيمه بدوره إلى مطلبين اثنين، يتم الحديث في المطلب الأول عن القيود الواردة على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بشكل منفرد، بينما يلقي المطلب الثاني الضوء عن النتائج المترتبة على إخلال جهة الإدارة بقيود تعديل العقد الإداري بشكل منفرد.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث نظرًا لكونه يساهم في تحليل وفهم عمق القواعد القانونية المتعلقة بسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية، وكيفية تطبيقها في الممارسة القضائية. كما سيسلط الضوء على التطورات القانونية الأخيرة والتحديات التي تواجه هذه السلطة في ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يشهدها المجتمع السعودي والمصري.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى استكشاف وتحليل قواعد وضوابط سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية وذلك من خلال دراسة مقارنة في إطار القانون السعودي والمصري، وتحليل أحكام ديوان المظالم ومجلس الدولة المصري المتعلقة بهذا البحث. سيتم التركيز

على فهم مدى صلاحية الجهات الإدارية وحدود سلطتها في تعديل العقود الإدارية، بالإضافة إلى الإجراءات القانونية المتبعة والمسؤولية الملقاة على الجهات القضائية المختصة في تفسير وتطبيق هذه القواعد والضوابط.

إشكالية البحث:

تتضح إشكالية البحث من خلال طرح التساؤل التالي ومحاولة الإجابة عنه من خلال هذا البحث حيث تتمثل إشكالية البحث في محاولة الإجابة على السؤال التالي: ما هي سلطة الإدارة المنفردة في تعديل شروط العقد الإداري؟ وما هي القيود الواردة عليها؟ وما هي النتائج المترتبة على عدم مراعاة جهة الإدارة لتلك القيود؟

منهج البحث:

اعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال وصف مشكلة البحث وتحليلها والعمل على الوصول إلى إجابة عليها وذلك من خلال الاطلاع نصوص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي دراسة مقارنة مع قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات، والمراجع والأبحاث المتعلقة بالقضاء الإداري والعقود الإدارية، مع الاستشهاد بالأحكام القضائية الصادرة عن ديوان المظالم السعودي ومجلس الدولة المصري التي تتناول موضوع البحث.

خطة البحث:

يتم تقسيم البحث إلى مبحثين اثنين، يتناول المبحث الأول الحديث عن نطاق تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة وأساسه القانون، والذي تم تقسيمه بدوره إلى مطلبين اثنين، يتناول المطلب الأول الحديث عن نطاق تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، بينما يلقي المطلب الثاني الضوء على الأساس القانوني لتعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة.

وفي المبحث الثاني يتم الحديث عن قيود تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة والآثار المترتبة على الإخلال بها، والذي تم تقسيمه بدوره إلى مطلبين اثنين، يتناول المطلب الأول الحديث عن قيود تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، بينما يلقي المطلب الثاني الضوء على الآثار المترتبة على إخلال الإدارة بقيود التعديل. وفي الختام يوضح البحث أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها.

المبحث الأول

نطاق تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

وأساسه القانون

تمهيد وتقسيم:

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه سد احتياجات المرفق العام بما يكفل أدائه لوظيفته وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ومن مقتضيات هذا الطابع أن يكون للإدارة سلطة تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد وذلك نظراً لما تتمتع به العقود الإدارية من حساسية وأهمية خاصة لاتصالها ليس بالصالح العام فحسب بل لاتصالها بالسلم الاجتماعي والامن العام، فحدوث أي اضطراب في سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من شأنه أن يؤدي إلى حدوث اضطرابات داخل المجتمع، لذا كان ولا بد من منح جهة الإدارة سلطة تعديل العقود الإدارية لضمان سير المرافق العام بشكل يمكنها من تحقيق المطلوب منها.

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "وبما أن لجهة الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما لها من سلطة، بشرط أن تقتصر سلطتها بالتعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته، دون التعديل على الحقوق المالية للمتعاقد، وأن تحافظ على ذات العقد من حيث نوعه وموضوعه"⁽¹⁾.

كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها أن: "صلاحية الإدارة بتعديل بعض شروط العقد تعتبر متعلقة بالنظام العام، بحيث لا يجوز للإدارة

(1) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1439هـ، المجلد الخامس "عقد"، رقم القضية في المحكمة الإدارية 3/5686/ق لعام 1438هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 1954/ق لعام 1439هـ، تاريخ الجلسة 10/11/1439هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1441هـ، ص 466.

المتعاقدة أن تتنازل عن هذه الصلاحية، وعدم جواز الاتفاق على تجريد الإدارة المتعاقدة من هذه الصلاحية، بحيث لو ورد بالعقد نص يحظرها يُعد نصاً باطلاً لمخالفته للمبادئ العامة للقانون الإداري التي تخضع لها العقود الإدارية كافة"⁽¹⁾.

وقضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها أنه: "إن للإدارة دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين"⁽²⁾.

من هذا المنطلق يتم الحديث في هذا المبحث الحديث عن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وأساسها القانوني وذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين اثنين، يتناول المطلب الأول الحديث عن الحالات التي يجوز لجهة الإدارة فيها تعديل العقد الإداري بشكل منفرد، على أن يتم الحديث في المطلب الثاني عن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد بشكل منفرد، وذلك فق التقسيم التالي:

المطلب الأول: نطاق تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لتعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 1983، جلسة 1975/6/30م، المجموعة، ص 610. مشار إليه لدى. د. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الثانية، 1437هـ-2016م، ص 239.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا 1957/4/20، المجموعة، السنة الثانية، رقم 97، ص 937. مشار إليه لدى. د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 242.

المطلب الأول

نطاق تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

على الرغم من كون المنظم السعودي وكذا المصري قد منحا جهة الإدارة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة، إلا أنه لم يترك لها سلطة التعديل كما تشاء، بل وضعا لها نطاقاً محدداً تلتزم به. فسلطة جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة وإنما يجب أن تمارسها جهة الإدارة كضرورة تلجأ إليها حين يتعذر انتظام سير المرفق العام، وهي كونها ضرورة فإنها استثناء من الأصل العام الذي يقضي بضرورة احترام القوة الملزمة للعقد، ولا يكون الخروج على ذلك إلا لضرورة، والضرورة في كل الأحوال تقدر بقدرها⁽¹⁾.

ومن السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية أن: "حق جهة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة مقيداً بأن لا يكون التغيير منصباً على مكان تنفيذ العقد ومحلّه"⁽²⁾.

لذلك هناك حالات معينة يجوز فيها لجهة الإدارة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة وتتمثل تلك الحالات فيما يلي:

الحالة الأولى: تعديل جهة الإدارة في التزامات المتعاقد أو النشاطات موضوع التنفيذ:

فلجهة الإدارة على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقضي بأن العقد شريعة

(1) د. جابر جاد مصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، دون سنة نشر، ص 281.

(2) السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، 1402-1436هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ، رقم 55، المجلد 5، لعام 1433هـ، الصفحة 2303، ص 278.

المتعاقدين -حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، خاصة فيما يتعلق بمدى الأداءات المطلوبة زيادةً أو نقصاً في حدود معينة، وهذا الحق مقرر للإدارة في السعودية ومصر وذلك دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، بل لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه، وإن كان مدى سلطة التعديل يختلف كذلك من عقد إلى آخر⁽¹⁾.

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له والذي جاء فيه: "إنه من خلال اطلاع الدائرة على أوراق القضية تبين لها أن المدعى عليها قامت بعد توقيع العقد بإضافة بعض التعديلات والزيادات على متطلبات المشروع الأساسية ولم تلتزم بالنسبة التي تمّ الاتفاق عليها في العقد، حيث نصّت المادة الثالثة عشرة من العقد على ما يلي: (يحق لصاحب العمل زيادة التزامات الاستشاري بنسبة لا تزيد على (10%) من العقد). ومفهوم المخالفة من هذه المادة أن الزيادة التي تتجاوز نسبة (10%) هي مما لا يحق لصاحب العمل تحميلها على عاتق المتعاقد مع الإدارة، وفحوى هذا النص ومؤداه هو لزوم تحمل الإدارة نفقات وتكاليف وأتعاب هذه الزيادة إن قدرت الجهة الإدارية بأن المصلحة العامة تتطلب إقرار تلك الزيادة في الأعمال"⁽²⁾.

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها والذي جاء فيه: "من حق جهة الإدارة تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في حدود (25%) من قيمة

(1) د. ماجد راغب الحلوة، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007 م. ص 169.

(2) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الخامس، رقم القضية في المحكمة الإدارية 1268/5/ق لعام 1432، رقم الحكم الابتدائي 192/د/د/22/3/ل لعام 1434، رقم القضية في محكمة الاستئناف 2/1954/س لعام 1445هـ، ورقم حكم الاستئناف 3/137 لعام 1435هـ، تاريخ الجلسة 4/5/1445هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 2681 و2682.

الأعمال محل العقد في أي وقت سواء قبل أو بعد البدء في الأعمال الجاري تنفيذها بناءً على العقد بإرسال إخطار كتابي للمقاول - من الطبيعي أن يكون استعمال الإدارة لهذا الحق في الوقت المناسب سواء كان التعديل بالزيادة أو النقصان حتى يتمكن المقاول من تنفيذ الأعمال الإضافية المطلوبة أو عدم تنفيذ الأعمال التي طلب منه حذفها من العملية"⁽¹⁾.

والتعديل المقصود هنا هو التعديل الذي يرد على مقدار الالتزامات وليس على نوعها حيث تكون الزيادة أو النقصان المطلوب من نفس طبيعة الالتزامات المضافة أو المنقوص، وتطبيقاً لما تقدم ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول " أن الأعمال الإضافية في عقود الأعمال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عليهما عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية"⁽²⁾.

وبذلك يتضح أن جهة الإدارة تتمتع في هذه الحالة بسلطة تعديل التزامات المتعاقد أو النشاطات موضوع التنفيذ، إما بالزيادة أو بالنقصان، وبوصلتها هنا هو تحقيق الصالح العام، فيجب أن يكون الهدف من هذا التعديل هو تحقيق الصالح العام وتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد.

الحالة الثانية: تعديل جهة الإدارة في وسائل وطرق تنفيذ العقد:

وفي هذه الحالة يكون من حق أن جهة الإدارة المتعاقدة أن تقوم بممارسة سلطتها

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 716، لسنة 37 قضائية، جلسة 1996/7/30 م.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 556 لسنة 31 ق، جلسة 1986/3/1 م، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 35، قاعدة 116، ص 370.

في تعديل وسائل وطرق تنفيذ العقد كأن تقوم بتعديل الوسائل الفنية المتبعة في تنفيذ العقد، وذلك باستبدالها أو إضافة تحسينات إليها بما يحقق المصلحة العامة وكذلك الأخذ بوسائل التقنية الحديثة. على أنه يشترط لكي يعتبر هذا النوع من التعديل مندرجاً ضمن سلطة التعديل أن تكون هذه الوسائل منصوص عليها في العقد وإلا كان تصرف الإدارة مندرجاً ضمن سلطتها في الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد الإداري⁽¹⁾.

وهو ما قضى به ديوان المظالم السعودي في حكم له والذي جاء فيه: ".... وحيث أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية"⁽²⁾.

كما جاء في حكم آخر لديوان المظالم: "وحيث أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبيها وحدها وإرادتها المنفردة - وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر - أو تنقصها - كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"⁽³⁾.

(1) د. أيوب بن منصور الجبروع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة: دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود-العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، مجلد 20، العدد 1، يناير 2008م ص 71.

(2) حكم ديوان المظالم، الطعن رقم 41/ت/1 لعام 1409.

(3) حكم ديوان المظالم، الطعن رقم 41/ت/1 لعام 1409.

وبذلك يتبين أنه من حق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، سلطة التعديل من خلال تغيير التزامات المتعاقد معها في عنصرٍ من العناصر التالية: كمية الأعمال، أو الأشياء محلّ العقد، شروط التنفيذ المتفق عليها، مدة التنفيذ؛ وذلك إذا دَعَت إلى ذلك حاجةُ المرافق العامة، أو المصلحة العامة، فجهة الإدارة تستطيع تعديل كميات أو حجم العقد بالزيادة أو بالنقص، كما يمكن لها أن تطلب تعديلاً كمياً بانقاص التزامات المتعاقد معها⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: تعديل جهة الإدارة في مدة تنفيذ العقد:

يعد تعديل جهة الإدارة في مدة تنفيذ العقد من أكثر الصور شيوعاً التي بموجبها يتم تعديل العقد من خلال قيام جهة الإدارة بتقصير أو تمديد مدة تنفيذ العقد، ذلك التعديل الي يتوقف على الظروف المالية لجهة الإدارة كعدم كفاية الميزانية أو استحداث أمور جديدة في العقد تتطلب تمديد مدته.

ومن الجدير بالذكر أن مقتضيات المرفق العام متغيرة ومتحركة وفقاً لاعتبارات مالية وإدارية واقتصادية وسياسية، لذا يحق للإدارة المتعاقدة التدخل لتعديل مدد التنفيذ المتفق عليها في العقد سواء بتقصيرها أم بتمديدتها. فإن اقتضت احتياجات المرفق أن يتم التوريد أو تنفيذ الأعمال في مدد أقصر من المدد المتفق عليها، فللإدارة أن تتدخل لتعديل هذه المدد، وتأمّر المتعاقد باتخاذ الإجراءات اللازمة للإسراع في التنفيذ. هكذا تستطيع الإدارة المتعاقدة تعديل مواعيد توريد الأدوية (محل عقد التوريد). إذا استنفذت رصيد الأدوية المتوافر في مخازنها، أو لمواجهة وباء معين. وفي المقابل، قد تستوجب الظروف وقف تنفيذ الأعمال أو تأخيرها عن المدد المنفق عليها

(1) د. منى الهاجري، نطاق سلطة تعديل العقد الإداري الكويتي أثناء تنفيذه مقارنة بعض جوانبها بالقانون المصري والفرنسي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، المجلد 36، العدد 89، جمادى الآخرة 1443هـ-يناير 2022م. ص 372 و373.

في العقد، فقد تقرر الإدارة مثلاً وقف أو تأخير تنفيذ بعض الأعمال في عقود الأشغال العامة لعدم كفاية اعتمادات المالية المخصصة للصرف على المشروع⁽¹⁾.

ويعد تمديد العقد صورة من صور تعديل العقد الإداري من حيث المدة، ويتم قبل انتهاء مدة العقد الأصلية، وعليه من حق الإدارة تعديل مدة تنفيذ العقد بالزيادة، أو النقصان فيها وفق مقتضيات حسن سير المرفق العام، أو أن يكون تمديد مدة العقد الإداري بسبب تقصير من الجهة الإدارية المتعاقدة؛ مثل التأخر في تسليم موقع التنفيذ للمتعاقد، أو أن تطلب الجهة الإدارية من المتعاقد معها أعمالاً إضافية وينتج عنها زيادة قيمة العقد، وكانت هذه التغييرات التي طلبتها الإدارة تعمل على تأخير تنفيذ أي جزء من الأشغال بالنسبة للمدة المحددة مسبقاً في العقد، ولم يكن لإرادة المتعاقد مع الإدارة أي دور، ولم يتوقع وقت تقديم العطاء لهذه التغييرات في هذه الحالة. ويستطيع المتعاقد طلب التمديد للعقد الأصلي، وهنا يعد بمثابة تعديل للعقد، ولا ينشأ عن تمديد العقد وجود عقد جديد بل نكون بصدد ذات العقد وبنفس شروطه⁽²⁾.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لتعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

إن السلطة الممنوحة للإدارة في التعديل بإرادتها المنفردة للعقود الإدارية تعتبر من أخطر وأهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة تجاه الطرف المتعاقد معها، نظراً لأنها تمس أحد المبادئ الأساسية في القانون الخاص وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد "العقد شريعة المتعاقدين" فهذا المبدأ تترتب عليه نتيجة في غاية الأهمية وهي عدم جواز

(1) د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 251.

(2) د. منى الهاجري، نطاق سلطة تعديل العقد الإداري الكويتي أثناء تنفيذه، المرجع السابق، ص 367 و368.

تعديل أو تغيير شروط وبنود العقد الإداري من جانب واحد من أحد طرفي العقد. فهذا المبدأ الذي خرج عنه النظام القانوني للعقود الإدارية عندما سمح للإدارة بإمكانية تعديل شروط العقد بصفة منفردة والتي تعتبر من الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية التي تميزها عن العقود الأخرى في القانون الخاص⁽¹⁾.

لذلك يعترف كلاً من الفقه والقضاء لجهة الإدارة بالحق في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وذلك وفقاً لما يقتضيه الصالح العام، فسلطة الإدارة أن تزيد من أعباء المتعاقد معها أو تنقصها، وتعد هذه السلطة أبرز خصائص العقد الإداري التي تميزه عن نظام العقود المدنية، وذلك على خلاف قاعدة الحق المكتسب وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذه السلطة لا تكون بالمستوى نفسه في كل العقود الإدارية، فيختلف تطبيقها حسب درجة اتصال العقد بالمرفق العام ومساهمة الإدارة في العقد، فسلطة الإدارة في تعديل العقد في عقود الامتياز تكون أكبر من عقود التوريد، حيث تكون مساهمة الإدارة في العقد أكبر⁽²⁾.

فحق الإدارة في تعديل شروط العقد حق متعلق بالنظام العام ويعد أساسه القانوني فيه، فهذا الحق مقرر للإدارة وهو من الحقوق الثابتة لها في جميع العقود الإدارية وإن لم يرد النص عليه صراحة في العقد، ذلك إنه حق نابع من طبيعة العقد الإداري بذاته شريطة ألا تتجاوز هذه التعديلات حداً معيناً من شأنه قلب شروط العقد، وإلا كانت

(1) د. محمد حسن علي إدريس، حدود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة في ضوء أحكام القضاء الإداري، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، الإصدار الأربعون، تريخ الإصدار 2022-8-5م، ص 40. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص 97.

(2) د. صقر الرويس، سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 1، العدد التسلسلي 29، رجب-شعبان 1441هـ-مارس 2020م، ص 483.

ملزمة بتعويض المتعاقد على قدر ما يصيبه من أضرار ويجد أساسه في مبدأ ضرورة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. كل ذلك على خلاف ما هو مستقر، ومألوف، ومعمول به في مجال العقود الخاصة التي هي ملزمة لأطرافها بمجرد سريانها فلا يحق لأي منهما الانفراد بتعديله دونما الحصول على موافقة الطرف الآخر⁽¹⁾.

وبالرجوع للفقهاء القانونيين يتبين أن هناك خلاف قائم حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد بشكل منفرد حيث اختلفت الآراء حول ذلك الأساس إلى رأيين اثنين، منهم من يرى أن الأساس القانوني لتلك السلطة هو اعتبارات السلطة العامة، ومنهم من يرى أن هذا الأساس مستمد من العقد نفسه.

الأساس الأول: السلطة العامة.

السلطة العامة تشكل كل نشاط تمارسه الإدارة، وهي تستخدم وسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص، وباعتبار الإدارة سلطة عامة مكلفة خارج وفوق كل عقد بأن تراعى دائماً ضرورات ومتطلبات المصلحة العامة وتغليبها بصورة دائمة على المصلحة الخاصة للأفراد، متى كانت هذه المصلحة قد أقرتها بطريقة سليمة، والسلطة العامة المكلفة وحدها بهذه المهمة بمقتضى القوانين⁽²⁾.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأساس الذي تستند إليه جهة الإدارة في سلطتها في

(1) د. محمد سمير محمد جمعة، العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/58) وتاريخ 1427/9/4هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (362) وتاريخ 1428/2/20هـ، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الأولى 1438هـ-2017م، ص 88.

(2) د. أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد السادس، يوليو 2022م، ص 1381.

تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة يرجع إلى السلطة العامة وامتيازات السلطة العامة، فجهة الإدارة عند إجراءها لهذا التعديل فإنها تمارس مظهرًا من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، فجهة الإدارة عند قيامها بإجراء أي تعديل على العقد الإداري بإرادتها المنفردة لا تستند إلى الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها، بل هي تستخدم حقًا من الحقوق التي تكتسبها بوصفها سلطة عامة تتمتع باستثناءات وامتيازات تعاقدية بوصفها سلطة عامة (1).

فجهة الإدارة بوصفها سلطة عامة يتعين عليه أن تراعى دائماً الضروريات الحالة للمصلحة العامة تفرض بطريقة ملزمة ومطلقة على كل المصالح الخاصة وعلى هذا الأساس، فلا يمكن لمصلحة ذات طابع خاص أن تتفوق أمام المصلحة العامة متى كانت هذه المصلحة قد أقرتها بطريقة سليمة السلطة العامة المكلفة وحدها بهذه المهمة بمقتضى القوانين، فجهة الإدارة حين تقوم بتعديل العقد الإداري وشروط تنفيذه فهي في هذه الحالة لا تباشر حقوقاً تعاقدية، بل تباشر امتيازاً من امتيازات السلطة العامة في مجال العقود الإدارية، واستخدام الإدارة لهذا الامتياز يعتبر حق مقرر لها باعتبارها سلطة عامة ولا يعد امتيازاً تعاقدية (2).

(1) د. محمد كامل ليله، التنفيذ المبار في القانون الإداري دراسة مقارنة للتشريع والفقهاء والقضاء، طبعة 1962م، ص 114. د. مصطفى كمال وصفي، حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية الشعبية المصرية، السنة الثانية عشر، المجلد 13، العدد الأول، أبريل 1971م، ص 158 وما بعدها. د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 245.

(2) فريال كريكو ونبيل صالح لعرباوي، سلطة الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 43، جوان 2015م، مجلد ب، ص 277. د. أحمد عياد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1983م، ص 216 وما بعدها.

الأساس الثاني: المرفق العام ومقتضياته.

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق جهة الإدارة في التعديل يتأسس على مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد والتي تتطلب في جميع الأحوال أن يكون المرفق العام قابلاً للتطور والتغيير، لذلك كان من المحتم أن تأتي العقود الإدارية التي تتصل بنشاط المرافق العامة خاضعة لسلطة الإدارة في التعديل والتغيير إعمالاً لهذه المبادئ التي تحكم المرافق العامة، ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن هذه السلطة أو تتفق على عدم ممارستها في عقودها الإدارية التي تبرمها مع الغير⁽¹⁾.

وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ 30 يونية 1957 حيث ذهبت إلى أن "فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الإدارة في التعديل. لذلك فإنه من المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام"⁽²⁾.

وبذلك يتبين أن جهة الإدارة تملك سلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد المتصلة بالمرفق العام وأن هذه السلطة نابعة من فكرة مرونة العقد الإداري والمقابلة للمبدأ السائد في عقود القانون الخاص والمتمثل بالقوة الملزمة للعقد، حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي للإدارة أن تقوم بتعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو النقصان بما يتلاءم مع حاجات المرفق العام⁽³⁾.

(1) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 279.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1983 لسنة 7 ق، جلسة 1957/6/30م.

(3) زهير مصطفى صالح، دراسة مقارنة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مجلة ==

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "من القواعد المستقرة في العقود الإدارية منح جهات الإدارة سلطات استثنائية في العقود التي تبرمها مع الآخرين، وذلك ضماناً لتشغيل المرفق العام، وانتظامه في أداء مهامه، وأخذ الاحتياطات اللازمة لذلك، إلا أن هذه السلطات مقيدة بنصوص الأنظمة ونصوص العقد حتى لا تنحرف الإدارة بسلطتها عن تحقيق الصالح العام"⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: "إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ويتربط على ذلك أن للإدارة حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، بما قد يتراعى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين"⁽²⁾.

وقد صدر حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري المصرية والذي جاء فيه: "إن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، وهذه الفكرة هي تحكم الروابط التي تنشأ عن العقد الإداري، ويتسنى هذه الفكرة أن للإدارة سلطة إنهاء العقد، كما أن لها سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل الذي يخل بتوازنه المالي"⁽³⁾.

==

القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مختبر لبحث قانون الأعمال، العدد 50، نوفمبر 2019م، ص 24.

(1) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية 290 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 464 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/3/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 122.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 882 لسنة 10 ق، جلسة 1968/3/2م.

(3) حكم المحكمة القضاء الإداري رقم 148 في 1973/2/25، ص 28. د. فؤاد نصر الله عوض، سلطة

==

وبذلك يتضح أن أنصار هذا الرأي يعتمدون على مقتضيات المنفعة العامة أو ضرورات المرفق العام، حيث يرى غالبية الفقه والقضاء أن المرفق العام والمنفعة العامة هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري⁽¹⁾.

الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، المجلد 4، العدد 55، أبريل 2014م، ص 428.

(1) د. محمد أنس جعفر: محمد مصطفى أبو ضيف، سلطة تعديل العقد وفقاً لقانون التعاقدات الجديد، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد 2، العدد 2، ديسمبر 2019م، ص 436.

المبحث الثاني

قيود تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة والآثار المترتبة على الإخلال بها

تمهيد وتقسيم:

حرص المنظم السعودي على النص على حق الإدارة في تعديل العقد سواء بالزيادة أو النقصان فنص في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "للجهة الحكومية-في حدود احتياجاتها الفعلية-إصدار أوامر تغيير بالزيادة في العقد بما لا يتجاوز (10%) من قيمته، ولها إصدار أوامر بالتخفيض بما لا يتجاوز (20%) من قيمته، وفقاً لما توضحه اللائحة"⁽¹⁾.

كما وضعت اللائحة التنفيذية مجموعة من الشروط والضوابط التي يتعين على جهة الإدارة مراعاتها وهي بصدد قيامها بإجراء أي تعديل على العقد الإداري⁽²⁾.

(1) المادة 69 من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) وتاريخ 1440/11/13هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (649) وتاريخ 1440/11/13هـ.

(2) المادة 114 من اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية السعودي الصادرة بالقرار الوزاري رقم (1242) وتاريخ 1441/3/21هـ والمعدلة بالقرار الوزاري رقم (3479) وتاريخ 1441/8/11هـ. والتي نصت على أنه "تلتزم الجهة الحكومية في حال.... الأعمال المتعاقد على تنفيذها مراعاة الضوابط الآتية":

1. أن تكون الأعمال الإضافية محلاً للعقد وليست خارجة عن نطاقه.
2. أن تحقق التعديلات أو التغييرات اللازمة للأعمال ما يخدم مصلحة المرفق، على ألا يؤدي ذلك إلى الإخلال بالشروط والمواصفات أو التغيير في نطاق الأعمال أو طبيعة العقد أو توازنه المالي.
3. التأكد من توافر المبالغ اللازمة لتغطية قيمة الأعمال الإضافية قبل تعميم المتعاقد بها.
4. إذا لم يكن للأعمال الإضافية بنود أو كميات مماثلة في العقد، فيتم العرض على لجنة فحص العروض أو لجنة فحص عروض الشراء المباشر بحسب الحال، لدراسة طلب التكليف بتلك

==

كما حرص المشرع المصري على النص على حق الإدارة في تعديل العقد سواء بالزيادة أو النقصان وذلك في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العام رقم 182 لسنة 2018م حيث نصت المادة 46 على أنه: "إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يجاوز (25٪) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (15٪) من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار، على أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات مضمون ذلك. ويتعين لتعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة أو مجلس الوزراء بحسب الأحوال، ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد، وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه، وأن تعدل مدة العقد الأصلي إذا تطلب الأمر ذلك بالقدر الذي يتناسب وحجم الزيادة أو النقص"⁽¹⁾.

وهو ما نصت عليه المادة 96 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العام رقم 182 لسنة 2018م الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م⁽²⁾.

==

الأعمال ومناسبة الأسعار المقدمة من المتعاقد. فإن لم يوافق المتعاقد على ما تنتهي إليه اللجنة، يتم التعاقد على تنفيذها بواسطة متنافسين آخرين وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة.

5. لا يجوز التكليف بأعمال إضافية بعد استلام الجهة الحكومية الأعمال محل العقد.

6. يختص صاحب الصلاحية في الترسية بإصدار جميع الأوامر الخاصة بزيادة أو تخفيض التزامات المتعاقد والمدد المستحقة عن الأعمال الإضافية.

(1) المادة 46 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العام رقم 182 لسنة 2018م، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 39 مكرر (د) في 3 أكتوبر سنة 2018م، ص 31.

(2) المادة 96 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العام رقم 182 لسنة

==

من هذا المنطلق يتناول هذا المبحث الحديث عن حدود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري والنتائج المترتبة على الإخلال بتلك القيود، وذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين اثنين، يتناول المطلب الأول بيان القيود الواردة على سلطة الإدارة في تعديل العقد بشكل منفرد، على أن يتم الحديث في المطلب الثاني عن النتائج المترتبة على إخلال جهة الإدارة بقيود تعديل العقد بشكل منفرد وذلك وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: قيود تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إخلال الإدارة بقيود التعديل.

==

2018م الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م المنشور في الوقائع المصرية، العدد 244 تابع (ب) في 31 أكتوبر سنة 2019م، ص 31. والتي نصت على أنه: "يجب على الجهة الإدارية تحديد احتياجاتها الفعلية والضرورية لسير العمل على أساس دراسة واقعية وموضوعية، ومع ذلك إذا استجد أثناء التنفيذ ما يوجب تعديل العقد فيتم التعديل بما لا يجاوز (25٪) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (15٪) من كمية كل بند لباقي العقود مع تضمين شروط الطرح مضمون ذلك مع تعديل المدة المناسبة أو البرنامج الزمني، بحسب الأحوال، للتوريد، أو التنفيذ وبما يتناسب مع حجم التعديل، على أن تراعى إدارة التعاقدات الآتي:

- 1- وجود ضرورة وأسباب داعمة لتلك التعديلات.
 - 2- الحصول على موافقة السلطة المختصة، أو مجلس الوزراء -بحسب الأحوال- على التعديل.
 - 3- أن تكون تلك التعديلات على بنود العقد الأصلي ذاته وبالشروط والمواصفات ذاتها والأسعار المتعاقد عليها
 - 4- إعداد ملحق للعقد متضمناً تلك التعديلات.
 - 5- الحصول من الإدارة المالية على سماح البند في حالة التعديل بالزيادة.
 - 6- أن يكون التعديل خلال مدة تنفيذ العقد، ولا يدخل فيها مدة الضمان.
 - 7- ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطاءه.
- على أن تتولى إدارة التعاقدات توثيق تلك التعديلات والمستندات المؤيدة لها وحفظها بملف العملية، ويتم النشر عن القيمة النهائية للعقد بعد التعديل على بوابة التعاقدات العامة"

المطلب الأول قيود تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة

تستمد جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد الإداري من المادة 69 من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية وكذلك المادة 114 من لائحته التنفيذية، وكذا المادة 46 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العام رقم 182 لسنة 2018م وكذا المادة 96 من لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م، واتضح أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري -أيا كان مصدرها -ليست طليقة من القيود بل لها حدود يتعين الوقوف عندها، وإلا أصبحت مظهراً لسلطة أخرى غير سلطة الرقابة أو وأصبحت عملاً غير مشروع تلتزم الإدارة إزائه بتعويض من أصابه ضرر من جرائه وحدود هذه السلطة تختلف كذلك باختلاف طوائف العقود التي تنظمها، فهي تضيق بالنسبة لبعضها وتتسع بالنسبة لبعضها الآخر، فيجب على جهة الإدارة أن تبتغي من تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة تحقيق الصالح العام، وتتقيد بنصوص الأنظمة ونصوص العقد وإلا عدت منحرفة بسلطتها عن تحقيق الصالح العام.

وعلى هذا الأساس فإن استخدام الإدارة لسلطتها تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ليست طليقة وإنما تخضع لمجموعة من الضوابط والقيود تتمثل فيما يلي:
القيد الأول: يجب أن تستخدم الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري لتلبية احتياجات المرفق العام.

حيث منحت الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري لتحقيق هدف محدد وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا استعملت الإدارة سلطتها بهدف تحقيق غرض آخر كان ذلك انحرافاً وإساءة لاستعمال السلطة، ويعد هذا الضابط ضماناً للمتعاقد مع جهة الإدارة، إذا الهدف الأساسي من استعمال الإدارة لسلطتها في تعديل العقد هو

كفالة حسن سير المرافق العامة وحسن أداء الخدمات والأعمال المطلوبة⁽¹⁾ وبذلك يتضح أن ارتباط سلطة الإدارة بتعديل العقد مرتبط بتسيير المرفق العام، ومن ثم يتعين على جهة الإدارة أن يقتصر حقها في التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام دون الشروط الأخرى التي لا تكون محل للتعديل من جانب جهة الإدارة، وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "وبما أن للعقد الإداري طبيعة خاصة وسمات مختلفة عن العقود المدنية، فليس يحمل أطرافه القوة نفسها، بالرغم من قاسم أن القاعدة العامة في العقد الإداري هي أن العقد ملزم لطرفيه، إلا أن اختلاف العقود الإدارية عن العقود المدنية يكمن في السلطات التي تنفرد بها جهة الإدارة عن الطرف الآخر، فيحمل العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة تملك جهة الإدارة الأخذ بها استجابةً لمتطلبات المصلحة العامة، ومن هذه السلطات أن للإدارة سلطة تغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد، إما زيادةً أو نقصاناً، فهذا حق للإدارة لا يفتقر إلى النص عليه في شروط العقد، ذلك أن العقود الإدارية تفترض مقدماً حدوث تغير في ظروف العقد تجعل جهة الإدارة وهي القائمة على تسيير المرافق العامة مضطراً إلى تغيير طرق تنفيذ العقد أو قيمته، فيفترض أن التعاقد تم على هذا الأساس؛ وعليه فإنه يثبت للإدارة الحق في تغيير التزامات المتعاقد دون الحاجة إلى النص على ذلك في شروط العقد ودون موافقة المتعاقد، وفاءً بحاجة المرفق العام، ولما تقتضيه المصلحة العامة"⁽²⁾.

(1) د. عمار التراكوي، سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 1، العدد الثالث، 2021م، ص 140 و141.

(2) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية 3542 لعام 1442هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 1423 لعام 1443هـ، تاريخ الجلسة 1443/4/19هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 79 و80.

هو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "وبما أن العقد الإداري ينشئ التزامات متبادلة بين طرفيه، يجب على كل منهما تنفيذها بما يتفق ومبدأ حسن النية بين المتعاقدين، والعقد الإداري وإن خضع لهذا الواجب من حيث الأصل، إلا أن عدم المساواة بين طرفيه لا خلاف فيه؛ لأن جهة الإدارة تستهدف من العقد تحقيق المصلحة العامة مما يفرض على المتعاقد معها مواجهة مبدأ أساسي في العلاقة التعاقدية، وهو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطّراد؛ الأمر الذي يجعل التزاماته معها أكثر صرامة من الالتزام المماثل في العقود المدنية، ورسوخ هذه السمة في العقد الإداري لا يمنح جهة الإدارة السلطة المطلقة في تنفيذه، بل تظل مقيدة بتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والقوة الإلزامية للعقد؛ إذ إن جانب جهة الإدارة هو الجانب الأقوى في العقد الإداري، باعتبارها لا تملك حقوقاً تجاه المتعاقد معها فحسب، وإنما تحتفظ بسلطة انتزاع حقوقها بإرادتها مباشرةً، فقد نصب القضاء الإداري نفسه ميزاناً للحيلولة دون الانتقاص من حقوق المتعاقد، بحيث لا تطفئ متطلبات المصلحة العامة على حقوقه، وبخاصة الحقوق المالية؛ ومن ثمّ فإن القضاء الإداري يوازن بين قاعدة عدم المساس بتنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه قيام المرفق العام بنشاطه، وبين المحافظة على الحقوق المالية للمتعاقد، بل إنه أوجد نظريات ما يضمن به حق المتعاقد في الراجح لا عدم الخسارة فقط، مستنداً على أساسين هما أن المتعاقد إنما يستمد حقوقه والتزاماته من العقد الإداري ذاته، وأنه يسعى من وراء إبرامه إلى الربح"⁽¹⁾.

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكم لها أنه: "حق الجهة الإدارية في

(1) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الثالث، رقم القضية في المحكمة الإدارية 4012 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 5767 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/4/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 537 و538.

تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة إليها بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، كما أن لها سلطة إنهاء العقد إذا ما قدرت أن هذا الإجراء يقتضيه الصالح العام..."⁽¹⁾.

القيود الثاني: ألا يؤثر التعديل في جوهر العقد:

فيجب ألا يصل تعديل العقد الإداري إلى درجة تغيير العقد أو تبديل موضوعه، أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، بحيث يبدوا للمتعاقد مع جهة الإدارة كما لو أنه أمام عقد جديد⁽²⁾، وعلى ذلك لا يجوز لجهة الإدارة أن تستخدم سلطتها في التعديل لتغيير معالم العقد أو تغيير أسسه التي ينهض عليها، وتطبيقاً لذلك ذهب الجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن "موقع التنفيذ لا يعتبر داخلياً في نطاق الخدمة أو العمل كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن نطاق الجائز لها قانوناً وبهذه المثابة فإنه لا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد. وترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مدينة بنها إلى بلدة أبو النجا وهما يبعدان عن بعضهما مسافة 40 كيلو متر تقريباً هذا النقل يجعل المتعاقد إمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة"⁽³⁾.

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "ومن حيث أنه ولئن كانت الجهة الادارية تملك - بصفة أصلية-تعديل عقودها الادارية إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل ترد عليها عدة قيود من بينها إلا يكون مؤدى التعديل أن

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1968/3/2، المجموعة.

(2) د. محمد سمير محمد جمعة، العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص 89.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1989/4/29م، ص 927، مشار إليه لدى د. جابر جاد مزار، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 281.

يقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد مع الإدارة وكأنه أمام عرض جديد، أو أن يكون من شأنه تغيير في موضوع العقد أو محله غير ما تم الاتفاق عليه، فإذا لجأت الإدارة إلى فرض شيء من هذا القبيل على المتعاقد معها جاز له الامتناع عن تنفيذه والمطالبة بفسخ العقد"⁽¹⁾.

كما استقرت أحكام ديوان المظالم على ضرورة عدم خروج التعديلات الإدارية للعقد الإداري عن الحد المنطقي أو المعقول، إذا أدى تعديل مواصفات ومخططات المشروع إلى تغيير في موضوع العقد ومحله، أو كانت نتيجة هذا التعديل قلب التوازن المالي للعقد، أو أن الاستجابة لهذه التعديلات وتنفيذها يؤدي إلى عدم تنفيذ العقد في المواعيد المحددة، لهذا قررت هيئة التدقيق في ديوان المظالم بعدم أحقية الإدارة في تعديل العقد الإداري بصورة تثقل كاهل المتعاقد، وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد"⁽²⁾.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأنه من المقرر "أن سلطة التعديل الانفرادي ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود 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

(1) حكم ديوان المظالم، القضية رقم 241/ق/1397هـ برقم 16/ت، تاريخ الجلسة 1397/8/23هـ، حق الإدارة في تعديل العقد الإداري: مداه، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، قطاع الشؤون القانونية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، السعودية، ديوان المظالم، العدد 11، أبريل 1992م، ص 537 و538.

(2) ديوان المظالم، قرار هيئة التدقيق رقم 335/ت/1 لعام 1427هـ، القضية رقم 1/1098/ق لعام 1417هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، المجلد الخامس، ص 2298.

تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد، أو محله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاقه وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية وإلا جاز له يمتنع عن التنفيذ بل أن له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا التعديل"⁽¹⁾.

كما جاء في حكم آخر أن: "سلطة التعديل ليست سلطة مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح لفردية للمتعاقدين معها ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود لطبيعية والمعقولة، من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانات المتعاقد الفنية والمالية ومن شأنها أن تقلب اقتصادياً العقد رأساً على عقب"⁽²⁾.

القيد الثالث: توافر المبالغ اللازمة لتغطية قيمة الأعمال الإضافية:

بحيث يجب على جهة الإدارة قبل قيامها بتعديل العقد الإداري بتكليف المتعاقد معها بأعمال إضافية أن تتوافر المبالغ المالية اللازمة لتغطية تلك الأعمال الإضافية الضرورية وتعويض المتعاقد معها.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 377 لسنة 11 ق، جلسة 1975/6/30م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص 607.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 4527 لسنة 46 ق، جلسة 2004/4/6م.

القيد الرابع: ألا يمس التعديل الشروط المالية للمتعاقد:

فلا يجوز لجهة الإدارة تعديل الشروط المالية بإرادتها المنفردة، فإن فعلت كان تصرفها باطلاً، وإن نفذت التعديل بما لها من سلطة التزمت تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر.

فجهة الإدارة لا تملك كقاعدة عامة المساس بالمزايا المالية المتفق عليها في العقد، فتقلب اقتصادياته كلية كما يجب أن يكون هدف الإدارة من التعديل هو المصلحة العامة وصالح المرفق العام. فإذا استهدفت في عقد الالتزام مضايقة الملتزم ليتنازل عن الالتزام كي تتولى هي إدارة المرفق مباشرة، أو إعطائها العقد للملتزم آخر أو لفسخ العقد كلية لأسباب ودواعي غير مشروعة؛ فإن تصرفها يبدو مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾.

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "وبما أن لجهة الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما لها من سلطة، بشرط أن تقتصر سلطتها بالتعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته، دون التعديل على الحقوق المالية للمتعاقد، وأن تحافظ على ذات العقد من حيث نوعه وموضوعه"⁽²⁾.

كما جاء في حكم آخر لديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "ومن الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية أهمية حماية المقابل المالي في العقد، حيث إن أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حصوله على المقابل المالي، ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية، وتحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام

(1) ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011م، ص 60.

(2) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1439هـ، سبق الإشارة إليه.

تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصف إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي في العقد الإداري، فهذه الشروط المتعلقة بالمقابل المالي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار، وأصل ذلك أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه للطرف الآخر ومحققاً للتوازن المالي للعقد، فيجب حينئذ محاسبة المتعاقد بناءً على ما نطق به العقد، إذ لا يسوغ الحسم إلا في حدود ما نص عليه⁽¹⁾.

كما تواترت أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن: "الشروط التي تتعلق بالمقابل النقدي في العقد ليست من الشروط التي تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة، لأنها ليست شروطاً مرنة تتصل باحتياجات المرفق العام، بل هي شروط تعاقدية يتم تحديدها بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع لأحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، كما أن قيمة العقد تعد من ثوابته دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريف الجمركية وغيرها من المسائل المتوقعة حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى زيادة القيمة أو نقصها تبعاً للتغيير في سعر تحويل العملة، وهو أمر يتنافى مع ثبات شرط المقابل المادي للعقد"⁽²⁾.

كما قضت في حكم آخر لها بأنه من المقرر "أن سلطة التعديل الانفرادي ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود منها أن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزاي

(1) حكم ديوان المظالم في الاستئناف 187/س/1 لعام 1430 تاريخ الجلسة 17/5/1430هـ، سبق الإشارة إليه.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2519، سنة 34 ق.ع، جلسة 31/8/1993م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، بند 217، ص 395.

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 تتجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وفي أهميتها أو أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد، أو محله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاقه وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية...."⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على اخلال الإدارة بقيود التعديل

على الرغم من تتمتع جهة الإدارة بسلطة تعديل العقد الإداري بشكل منفرد وأن هذه السلطة الاستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، إلا أن ممارسة الإدارة لهذه السلطات غير مطلقة من كل قيد، وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "... فإن من القواعد المستقرة في العقود الإدارية منح جهات الإدارة سلطات استثنائية في العقود التي تبرمها مع الآخرين، وذلك ضماناً لتشغيل المرفق العام، وانتظامه في أداء مهامه، وأخذ الاحتياطات اللازمة لذلك، إلا أن هذه السلطات مقيدة بنصوص الأنظمة ونصوص العقد حتى لا تنحرف الإدارة بسلطتها عن تحقيق الصالح العام"⁽²⁾.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 377 لسنة 11 ق، جلسة 1975/6/30م، سبق الإشارة إليه.

(2) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية 290 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 464 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/3/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 122.

ومن السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية والتي نصت على وجود قيود على جهة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة حيث من سوابق ديوان المظالم القضائية أن: "سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد ليست مطلقة بل ترد عليها قيود تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها"⁽¹⁾. وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "القضاء الإداري يوازن بين قاعدة عدم المساس بتنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه قيام المرفق العام بنشاطه، وبين المحافظة على الحقوق المالية للمتعاقد"⁽²⁾.

فإذا خرجت الإدارة على القيود والحدود التي وضعها المشرع على سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، أو التزمت بالشروط والقيود التشريعية ولكن انحرفت بسلطتها، فجاء التعديل غير متعلق بموضوع العقد، أو غير محقق لهدف الصالح العام، أو كان مرهقاً للمتعاقد معها إلى درجة كبيرة، فإن لذلك أثره الضار بالمتعاقد مع جهة الإدارة وبالمرفق العام كذلك، فإننا وقع من الإدارة شيء من ذلك حق للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يطلب فسخ العقد"⁽³⁾.

لذلك هناك مجموعة من النتائج المترتبة على خروج جهة الإدارة عن تلك القيود وهي بصدد تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وأبرز تلك الآثار ما يلي:

(1) السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، 1402-1436هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ، رقم 56، المجلد 5، لعام 1427، الصفحة 2298، ص 278.

(2) حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الثالث، رقم القضية في المحكمة الإدارية 4012 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 5767 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/4/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 537 و538.

(3) د. محمد سمير محمد جمعة، العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 90.

أولاً: حق المتعاقد في طلب إلغاء التعديل على العقد:

إن كان المنظم السعودي منح جهة الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري بشكل منفرد دون الحاجة لقبول الطرف المتعاقد معها، إلا أنه قيد تلك السلطة بمجموعة من القيود التي يتعين عليها الالتزام بها وهي بصدد القيام بتعديل العقد الإداري، وفي حال خروج جهة الإدارة عن تلك القيود من حق المتعاقد معها اللجوء للقضاء الإداري بطلب الحكم له بإلغاء القرار التعديلي الانفرادي للعقد الإداري والذي تم بواسطة جهة الإدارة في حالة ما إذا تمكن من إثبات أن جهة الإدارة خرجت على مبدأ المشروعية عند التعديل ولم تراعى في التعديل مصلحة المرفق العام وتسييره بانتظام واطراد، وكل ما ابتغته جهة الإدارة هو تحقيق مصالح خاصة فهنا من حق المتعاقد معها اللجوء لديوان المظالم لإلغاء تلك التعديلات والحكم له بالتعويض المناسب عند الاقتضاء⁽¹⁾.

ثانياً: حق المتعاقد في طلب فسخ العقد مع جهة الإدارة:

إذا لم تلتزم جهة الإدارة بضوابط تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة الأمر الذي ترتب على التعديل قلب العقد رأساً على عقب بحيث يجد المتعاقد مع جهة الإدارة كأنه أمام عقد آخر مختلف تماماً أعلن العقد الذي أبرمه مع جهة الإدارة، فهنا من حق المتعاقد مع جهة الإدارة أن يطلب فسخ العقد.

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "ومن حيث أنه ولئن كانت الجهة الادارية تملك-بصفة أصلية-تعديل عقودها الادارية إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل ترد عليها عدة قيود من بينها إلا يكون مؤدى التعديل أن

(1) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1981م، ص 148. د. زهير مصطفى صالح، دراسة مقارنة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 36.

يقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد مع الإدارة وكأنه أمام عرض جديد، أو أن يكون من شأنه تغيير في موضوع العقد أو محله غير ما تم الاتفاق عليه، فإذا لجأت الإدارة إلى فرض شيء من هذا القبيل على المتعاقد معها جازله الامتناع عن تنفيذه والمطالبة بفسخ العقد"⁽¹⁾.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأنه من المقرر "أن سلطة التعديل الانفرادي ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود 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 أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد، أو محله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاقه وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية وإلا جازله يتمتع عن التنفيذ بل أن له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلزم به الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا التعديل"⁽²⁾.

(1) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري قضاء التعويض، دار الفكر العربي، 198م، ص 488. د. رضا متولي وهدان، المشكلات العملية في دعوى التعويض أمام القضاء الإداري السعودي، وزارة العدل، مجلة العدل، العدد 46، ربيع الآخر 1431هـ، ص 80.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 377 لسنة 11 ق، جلسة 1975/6/30م، سبق الإشارة إليه.

ثالثاً: حق المتعاقد في طلب التعويض:

يحق للمتعاقد مع جهة الإدارة طلب التعويض مقابل التعديل الذي قامت به جهة الإدارة على العقد الإداري، ويعود هذا الحق لفكرة التوازن المالي للعقد، فبموجب هذه الفكرة وفي فإن الإدارة ملزمة بالحفاظ على التوازن بما يحقق هدف العقد الإداري الأسمى وهو الحفاظ على المصالح العليا، وبناءً عليه تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد في حالة إخلالها بتوازن العقد، علماً أن هذا التعويض لا يستند إلى خطأ⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة أساس التعويض التي يستحقه المتعاقد مع جهة الإدارة، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس التعويض هو المسؤولية التعاقدية لجهة الإدارة، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن أساس التعويض هو مبدأ التوازن المالي للعقد والرغبة في استمرار المتعاقد مع جهة الإدارة في الوفاء بالتزاماته، واتفق الجميع على أن التعويض يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وذلك في الأضرار المؤكدة، وحالة الضرور الشخصية ومدى تأثير الضرر في تغيير مجرى حياته ومصدر رزقه، فالقاضي يقدر التعويض مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة⁽²⁾.

أما الأضرار المحتملة لم يأخذ به قضاء ديوان المظالم، ومن ذلك ما قضى به في حكم له حيث ورد فيه: "أن خطأ جهة الإدارة الثابت من إيقاف المدعية عن العمل، وتخفيض قيمة العقد بأكثر من نسبة 20%، وتأخر صرف المستخلصات، وهذا يوجب تعويض المقاتل عما أصابه من أضرار فعلية مباشرة...، ولم تجز أحكام

(1) د. فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مرجع سبق ذكره، ص 439 و440.

(2) حكم ديوان المظالم، القضية رقم 241/ق/1397هـ برقم 16/ت، تاريخ الجلسة 1397/8/23هـ، سبق الإشارة إليه.

الديوان على التعويض عن الأرباح... وتقضي بأحقية المقاول في التعويض الذي قدره تقرير الخبرة"⁽¹⁾.

وخلاصة القول فجهة الإدارة عندما تمارس سلطتها في تعديل العقد الإداري فهذا أمر قد يمنحها إياها القانون ولو لم تتناوله بنود العقد الإداري. فإذا ما تعسفت أو انحرفت في استعمال تلك السلطة على نحو يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد معها، كانت مسئولة مسئولية تعاقدية على أساس الخطأ وتلتزم بتعويضه.

وهو ما قضى به ديوان المظالم في حكم له حيث جاء فيه: "...وأساس هذه الأحكام أن حدوث تقصير من جهة الإدارة المدعى عليها بإخلالها بالتزاماتها العقدية ينتج عنه خسارة للمدعي (المتعاقد معها) ... يتعين التعويض بالقدر الذي يجبر الضرر المتحقق من الخطأ المباشر دون غيره"⁽²⁾.

ولا يشترط للحكم بتعويض المتعاقد مع جهة الإدارة حدوث خطأ من جانب الإدارة، بل يتم تعويض المتعاقد لكي حال قيام جهة الإدارة بتعديل العقد وفق ما يقتضيه الصالح العام وحسن سير المرفق العام، ولكن هذا التعديل تسبب في الحاق ضرر بالمتعاقد، فالتعويض هنا لا يتم بسبب خطأ جهة الإدارة، بل يتم بغرض إعادة التوازن المالي للعقد والذي اختل، وهو ما قضى به ديوان المظالم فقد جاء في حكم آخر لديوان المظالم أنه: "نظرية التوازن المالي قد تزيد الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، فيختل التوازن المالي للعقد إما بفعل الإدارة مباشرة أو

(1) حكم ديوان المظالم، القضية رقم 197/ت/لسنة 1413هـ.

(2) حكم ديوان المظالم، القضية رقم 1/74/ق لسنة 1408هـ رقم الحكم الابتدائي 21/د/1 لعام 1416هـ رقم حكم هيئة التدقيق 79/ت/1 لعام 1417هـ تاريخ الجلسة 25/5/1417هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، ص، المجلد الخامس عشر، 1402-1426هـ، مكتب الشؤون الفنية، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ، ص644.

نتيجة إجراءات عامة لا يقصد بها المتعاقد نفسه ولكنها تؤثر على التزاماته (المخاطر الإدارية) أو بفعل ظروف اقتصادية خارجية (المخاطر الاقتصادية) وفي مثل هذه الأحوال لا ترتكب الإدارة خطأ ما ولكن العدالة وصالح المرفق العام يقتضيان بتعويض المتعاقد عما يناله من ضرر لذلك من حق المتعاقد عدالة ألا يتحمل وحده نتيجة ظروف سيئة لا دخل له فيها وأن تعوضه الإدارة حتى ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها، ومن ناحية أخرى فإن هذا التعويض يستدعيه صالح المرفق العام؛ لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته. وتتلخص الحالات التي يحكم القضاء فيها بالتعويض على أساس فكرة التوازن المالي للعقد ودون خطأ من جانب الإدارة مما يسمى بفعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة"⁽¹⁾.

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكم لها أنه: "حق الجهة الإدارية في تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة إليها بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، كما أن لها سلطة إنهاء العقد إذا ما قدرت أن هذا الإجراء يقتضيه الصالح العام - ليس للمتعاقد معها الاجتماع بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين - ليس له إلا الحق في التعويضات أن كان لها وجه"⁽²⁾.

(1) حكم ديوان المظالم، القضية رقم 1/951/ق لسنة 1406هـ رقم الحكم الابتدائي 20/د/4 لعام 1410هـ رقم حكم هيئة التدقيق 765/ت/1 لعام 1410هـ تاريخ الجلسة 1410/12/3هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، المجلد الخامس عشر، 1402-1426هـ، مكتب الشؤون الفنية، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ، ص 153 و154.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1968/3/2، المجموعة.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث حول سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بالإرادة المنفردة، نجد أن هذه السلطة تمثل جزءًا أساسيًا من النظام القانوني في العديد من الدول، بما في ذلك مصر. فهي تمنح الجهات الإدارية صلاحية التعديل على العقود بمرونة وفقًا لمصلحتها وظروفها الخاصة. خلال هذا البحث، تم تسليط الضوء على قواعد وضوابط سلطة الإدارة في مصر، وذلك من خلال تحليل أحكام ديوان المظالم ومجلس الدولة. وقد تبين أن هذه القواعد والضوابط تمنح الجهات الإدارية سلطة واضحة لتعديل العقود، مع وجود إطار قانوني يحدد حدود تلك السلطة وينظم تطبيقها.

ومع ذلك، فإن التحديات التي تواجه سلطة الإدارة في هذا السياق لا تزال قائمة، وقد تتطلب تطوير وتحسين القواعد والضوابط لتوفير بيئة قانونية أكثر شفافية وعدالة. ويمكن تحقيق ذلك من خلال توحيد القواعد والضوابط، وتوفير التدريب المناسب، ومتابعة التطورات القانونية.

وعلى الرغم من أن هذه القواعد والضوابط توفر إطارًا قانونيًا لتنظيم عملية تعديل العقود الإدارية، إلا أنها قد تواجه تحديات ومشكلات في التطبيق الفعلي. ومن بين هذه التحديات قد تكون ضعف الإجراءات التنفيذية، وتأخر الإجراءات القانونية، وغموض بعض الأحكام القانونية.

في الختام انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها ما يلي:

النتائج:

1. حق جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري حق ثابت وتملك فرضه بالإرادة المنفردة لأنه مرتبط بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق عليه.
2. تجد سلطة الإدارة في ممارسة سلطتها في تعديل العقد الإداري تجد أساسها القانوني

- في النص عليها في العقد، أو في القوانين أو اللوائح كما ورد في المادة 69 من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية السعودي والمادة من 114 من لائحته التنفيذية.
3. تبين أن سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بالإرادة المنفردة تعتمد على قوانين وضوابط محددة، تتطلب الالتزام بها من قبل الجهات الإدارية والقضائية.
4. أظهر البحث أن هناك اختلافات في تفسير وتطبيق هذه القواعد بين ديوان المظالم ومجلس الدولة، مما يؤدي إلى بعض الاضطرابات في التطبيق القضائي خاصة في ديوان المظالم السعودي.
5. تبين أن التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية قد تؤثر على ممارسة سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية، مما يتطلب تطوير القواعد والضوابط بشكل مستمر.

التوصيات:

1. ضرورة أن يتم تحسين وتطوير هذه القواعد والضوابط بما يتناسب مع متطلبات العصر وتطلعات المجتمع.
2. ضرورة توحيد وتوضيح القواعد والضوابط التي تنظم سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية، سواء على مستوى التشريعات أو التفسيرات القضائية.
3. يجب توفير التدريب المناسب للقضاة والموظفين الإداريين لضمان فهم دقيق وتطبيق صحيح لهذه القواعد والضوابط.
4. من الضروري متابعة التطورات القانونية وتحسين القوانين المتعلقة بسلطة الإدارة، مع مراعاة تطلعات المجتمع واحتياجاته.
5. ضرورة السماح للجهات الإدارية بالتعاون مع المكاتب الاستشارية والقانونية لدراسة العقود الإدارية قبل توقيع جهة الإدارة عليها.

وبناءً على النتائج والتوصيات التي تم تقديمها في هذا البحث، نأمل أن يسهم هذا العمل في تعزيز فهم أعمق لسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية وضمان تطبيقها بشكل فعال ومنصف في الممارسة القانونية.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العامة:

1. سليمان الطماوي، القضاء الإداري قضاء التعويض، دار الفكر العربي، 198م.
2. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1981م.
3. محمد كامل ليله، التنفيذ المباشر في القانون الإداري دراسة مقارنة للتشريع والفقهاء والقضاء، طبعة 1962م.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

1. أحمد عياد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1983م.
2. جابر جاد مزار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، دون سنة نشر.
3. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
4. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الثانية، 1437هـ-2016م.
5. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007م.
6. محمد سمير محمد جمعة، العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/58) وتاريخ 1427/9/4هـ ولإتحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (362)

وتاريخ 1428/2/20هـ، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الأولى 1438هـ-2017م.

ثالثاً: الأبحاث والدوريات والرسائل:

1. أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد السادس، يوليو 2022م.
2. أيوب بن منصور الجربوع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة: دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود-العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، مجلد 20، العدد 1، يناير 2008م.
3. ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011م.
4. رضا متولي وهدان، المشكلات العملية في دعوى التعويض أمام القضاء الإداري السعودي، وزارة العدل، مجلة العدل، العدد 46، ربيع الآخر 1431هـ.
5. زهير مصطفى صالح، دراسة مقارنة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مختبر لبحث قانون الأعمال، العدد 50، نوفمبر 2019م.
6. صقر الرويس، سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 1، العدد التسلسلي 29، رجب-شعبان 1441هـ-مارس 2020م.

7. عمار التراكوي، سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 1، العدد الثالث، 2021م.
8. فريال كريكو ونبيل صالح لعرباوي، سلطة الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 43، جوان 2015م.
9. فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، المجلد 4، العدد 55، أبريل 2014م.
10. محمد أنس جعفر: محمد مصطفى أبو ضيف، سلطة تعديل العقد وفقاً لقانون التعاقدات الجديد، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد 2، العدد 2، ديسمبر 2019م.
11. محمد حسن علي إدريس، حدود سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة في ضوء أحكام القضاء الإداري، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، الإصدار الأربعون، تريخ الإصدار 5-8-2022م.
12. مصطفى كمال وصفي، حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية الشعبة المصرية، السنة الثانية عشر، المجلد 13، العدد الأول، أبريل 1971م.
13. منى الهاجري، نطاق سلطة تعديل العقد الإداري الكويتي أثناء تنفيذه مقارنة بعض جوانبها بالقانون المصري والفرنسي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، المجلد 36، العدد 89، جمادى الآخرة 1443هـ-يناير 2022م.

رابعاً: الأنظمة واللوائح:

1. قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العام رقم 182 لسنة 2018م، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 39 مكرر (د) في 3 أكتوبر سنة 2018م.
2. اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العام رقم 182 لسنة 2018م الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019م المنشور في الوقائع المصرية، العدد 244 تابع (ب) في 31 أكتوبر سنة 2019م.
3. اللائحة التنفيذية لنظام المناقصات والمشتريات الحكومية السعودي الصادرة بالقرار الوزاري رقم (1242) وتاريخ 1441/3/21هـ والمعدلة بالقرار الوزاري رقم (3479) وتاريخ 1441/8/11هـ.
4. نظام المناقصات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) وتاريخ 1440/11/13هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (649) وتاريخ 11/13/1440هـ.

خامساً: الأحكام والسوابق القضائية:

أحكام ديوان المظالم السعودي:

1. حكم ديوان المظالم، الطعن رقم 41/ت/1 لعام 1409. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية للأعوام من 1402 إلى 1426، المجلد الرابع عشر، مكتب الشؤون الفنية، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ.
2. حكم ديوان المظالم، الطعن رقم 41/ت/1 لعام 1409، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية للأعوام من 1402 إلى 1426، المجلد الرابع عشر، مكتب الشؤون الفنية، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ.
3. حكم ديوان المظالم، القضية رقم 197/ت/لسنة 1413هـ، مجموعة الأحكام

والمبادئ الإدارية للأعوام من 1402 إلى 1426، المجلد الرابع عشر، مكتب الشؤون الفنية، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ.

4. حكم ديوان المظالم، القضية رقم 241/ق/1397هـ برقم 16/ت، تاريخ الجلسة 1397/8/23هـ، حق الإدارة في تعديل العقد الإداري: مداها، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، قطاع الشؤون القانونية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، السعودية، ديوان المظالم، العدد 11، أبريل 1992م.

5. حكم ديوان المظالم، القضية رقم 1/74/ق لسنة 1408هـ رقم الحكم الابتدائي 21/د/1 لعام 1416هـ رقم حكم هيئة التدقيق 79/ت/1 لعام 1417هـ تاريخ الجلسة 1417/5/25هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، المجلد الخامس عشر، 1402-1426هـ، مكتب الشؤون الفنية، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ.

6. حكم ديوان المظالم، القضية رقم 1/951/ق لسنة 1406هـ رقم الحكم الابتدائي 20/د/4 لعام 1410هـ رقم حكم هيئة التدقيق 765/ت/1 لعام 1410هـ تاريخ الجلسة 1410/12/3هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، المجلد الخامس عشر، 1402-1426هـ، مكتب الشؤون الفنية، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ.

7. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1439هـ، المجلد الخامس "عقد"، رقم القضية في المحكمة الإدارية 5686/3/ق لعام 1438هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 1954/ق لعام 1439هـ، تاريخ الجلسة 1439/11/10هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1441هـ.

8. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية لعام 1443هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية لعام 1443هـ، تاريخ الجلسة 1443/8/20هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ.

9. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية 290 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 464 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/3/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ.
10. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية 290 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 464 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/3/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ.
11. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الثالث، رقم القضية في المحكمة الإدارية 4012 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 5767 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/4/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ.
12. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الخامس، رقم القضية في المحكمة الإدارية 5/1268/ق لعام 1432، رقم الحكم الابتدائي 192/د/إ/3/22 لعام 1434، رقم القضية في محكمة الاستئناف 2/1954/س لعام 1445هـ، ورقم حكم الاستئناف 3/137 لعام 1435هـ، تاريخ الجلسة 1445/5/4هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ، ص 2681 و2682.
13. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد الرابع، رقم القضية في المحكمة الإدارية 3542 لعام 1442هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 1423 لعام 1443هـ، تاريخ الجلسة 1443/4/19هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ.
14. حكم ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1443هـ، المجلد

الثالث، رقم القضية في المحكمة الإدارية 4012 لعام 1441هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 5767 لعام 1442هـ، تاريخ الجلسة 1443/4/26هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1445هـ.

15. ديوان المظالم، قرار هيئة التدقيق رقم 335/ت/1 لعام 1427هـ، القضية رقم 1/1098/ق لعام 1417هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، المجلد الخامس.

16. السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، 1402-1436هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ، رقم 55، المجلد 5، لعام 1433هـ.

17. السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، 1402-1436هـ، ديوان المظالم، الرياض، 1439هـ، رقم 56، المجلد 5، لعام 1427هـ.

أحكام مجلس الدولة المصري:

1. حكم المحكمة الإدارية العليا 1957/4/20، المجموعة، السنة الثانية، رقم 97، ص 937. مشار إليه لدى د. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الثانية، 1437هـ-2016م.

2. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 882 لسنة 10 ق، جلسة 1968/3/20م. مشار إليه لدى فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، المجلد 4، العدد 55، أبريل 2014م، ص 390.

3. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 556 لسنة 31 ق، جلسة 1986/3/1م، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 35.

4. حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 954 بتاريخ 1989/4/29م. مشار إليه لدى ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007م، ص 172.
5. حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2519، سنة 34 ق.ع، جلسة 8/31/1993م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً.
6. حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 4527 لسنة 46 ق، جلسة 2004/4/6م. مشار إليه لدى محمد أنس جعفر: محمد مصطفى أبو ضيف، سلطة تعديل العقد وفقاً لقانون التعاقدات الجديد، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد 2، العدد 2، ديسمبر 2019م، ص 282.
7. حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 4656 لسنة 46 ق، جلسة 3/30/2004م. مشار إليه لدى محمد أنس جعفر: محمد مصطفى أبو ضيف، سلطة تعديل العقد وفقاً لقانون التعاقدات الجديد، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد 2، العدد 2، ديسمبر 2019م، ص 275.
8. حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1968/3/2، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً.
9. حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1968/3/2، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً.
10. حكم محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 377 لسنة 11 ق، جلسة 6/30/1975م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً.
11. حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 1983، جلسة 1975/6/30م،
مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية
لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً. مشار إليه لدى د.
جابر جاد نصار، ص 277.

السلطات المختصة بفرض العقوبات المسلكية وفقاً لأحكام القانون الأساسي للعاملين في الدولة في سوريا

د. وليد عكل عرب

أستاذ مشارك، قسم القانون العام
في كلية الحقوق
بجامعة حلب، سوريا

تاريخ القبول: 2024/05/16م

د. حمود محمد جمعة تنار

أستاذ مشارك، قسم القانون العام
في كلية القانون بجامعة
الشارقة، الإمارات العربية المتحدة

تاريخ التسليم: 2024/04/4م

The competent Authorities to impose disciplinary sanctions in accordance with the Syrian basic Functionaries law in the State

Dr.Walid Akel Arab

Associate Professor,
College of Law, University
of Aleppo, Syria

Dr.Hamoud Moh Jouma Tannar

Associate professor, College of
Law, University of Sharjah, United
Arab Emirates

الملخص:

اتبع المشرع السوري النظام التأديبي المختلط عندما أناط صلاحية تأديب العاملين بالسلطة الإدارية وبالمحاكم المسلكية. فأناط سلطة فرض العقوبات التأديبية الخفيفة بالسلطة الإدارية، كما أجرى توزيعاً داخل هذه السلطة حيث أناط اختصاص فرض هذه العقوبات ببعض الرؤساء الإداريين وفقاً لجسامة العقوبة التأديبية ومكان عمل العامل. كما أن الأوضاع الوظيفية للعامل من نقل وندب من شأنها أن تحدث تغييراً في السلطة المختصة بفرض العقوبة التأديبية.

وكضمانة للعامل من تعسف الإدارة، حصر المشرع سلطة فرض العقوبات التأديبية الشديدة بالمحاكم المسلكية. وبالتالي لا يجوز لأية سلطة إدارية، مهما علت أن تفرض أية عقوبة مسلكية شديدة، وإلا وقع تصرفها باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه سيكون في هذه الحالة مشوباً بعيب غصب السلطة نتيجة اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة قضائية.

الكلمات المفتاحية: السلطة التأديبية، اختصاص، العقوبة التأديبية، ضمانات،

القانون السوري

Summary:

The Syrian legislator followed the mixed disciplinary system when it delegated the authority to discipline employees to the administrative power and the need the power to impose light disciplinary courts. It assign disciplinary sanctions to the administrative power. The competent authority to impose the sanction varies according to the gravity of the penalty and to the place of work of the employee. On the other hand, the job conditions of the worker, such as moving and assignment, affect the determination of the administrative authority competent to impose the disciplinary sanction.

However, to protect the worker from the abuse of Administration, the legislator limited the power to impose severe disciplinary sanctions to the disciplinary courts. Therefore, it is not permitted for any administrative authority, whatever its level, to impose a severe disciplinary sanction. its , action will be absolutely invalid ause in this case it will be tainted by bec the excess of power. It would constitute an assault by an administrative authority on the competence of the judicial power.

Keywords: disciplinary authority , competence, disciplinary sanction, law guarantees, Syrian

المقدمة

تلتقي النظم الوظيفية جميعاً في نقطة أساسية تتمثل في ضرورة وجود نظام تأديبي يكفل معاقبة العامل المخالف أو المقصر بواجبات ومقتضيات الوظيفة العامة لدفعه إلى حسن القيام بمهامها ومسؤولياتها ولردع غيره من الإخلال بمتطلباته⁽¹⁾. يمكن القول بأن النظام الوظيفي والنظام التأديبي أمران متلازمان مترابطان ووجهان لعملة واحدة، بمعنى أنه لا وظيفة دون تأديب ولا تأديب دون وظيفة عامة. لكن إذا كان كل نظام وظيفي يفترض حتماً نظاماً تأديبياً، إلا أنه ليس بالضرورة تماثل النظم والقواعد التي تنظم سلطة التأديب في مجال الوظيفة العامة في الدول جميعها. فقد يقتصر الاختلاف على الجزئيات الأمر الذي نلاحظه في حال تبني بعض الدول لنظام تأديبي متماثل، وقد يتعمق الاختلاف ويتجذر ليصل حتى إلى العموميات والأصول في حال اتباع الدول نظم تأديبية متباينة.

يسود دول العالم ثلاثة أنظمة تأديبية وهي: أولاً- النظام التأديبي الإداري الذي يتميز بحصر سلطة توقيع الجزاءات التأديبية بالسلطة الإدارية وحدها مهما بلغت جسامته هذا الجزاء (النظام التأديبي الفرنسي)⁽²⁾. ثانياً- النظام التأديبي القضائي الذي يتميز بحصر سلطة توقيع العقوبات التأديبية بيد السلطة القضائية وحدها، وفي هذا النظام تقترب الدعوى المسلكية من الدعوى الجزائية (النظام الألماني)⁽³⁾. ثالثاً- النظام التأديبي المختلط الذي يتميز بتوزيع الاختصاص بتأديب العاملين بين

(1) العتوم، منصور (1984)، المسؤولية التأديبية للموظف العام، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ص. 25.

(2) Plantey, A. (1971). *Traité pratique de la fonction publique*, Tome, Paris, P.51.

Auby, (J.M) drago (R). (1962). *traité du contentieux administratif*, Tome 3, P. 218.

(3) Koenig (P), (1973). *La fonction publique en Allemagne fédérale*, PUF, Paris, P. 21.

السلطة الإدارية والسلطة القضائية وفقاً لجسامة العقوبة التأديبية بحيث تتولى السلطة الإدارية فرض العقوبات المسلكية الخفيفة بينما تختص السلطة القضائية بفرض الشديدة منها (النظام التأديبي السوري)⁽¹⁾.

إن لكل نظام من الأنظمة التأديبية السابقة بلا شك مزاياه كما له مساوئه وعلى المشرع في كل دولة من الدول، بعد إجرائه موازنة بين المحاسن والمساوئ وبعد أخذه بالحسبان ظروف وواقع الدولة، أن يختار النظام التأديبي الذي يراه مناسباً وملائماً للنظام الوظيفي المتبع في هذه الدولة. فيما يخص المشرع السوري، يستفاد من استقراء نصوص القانون الأساسي الموحد للعاملين في الدولة رقم 50 لعام 2004 ومن قرار رئاسة مجلس الوزراء رقم 549 تاريخ 7-2-2005 الصادر بالاستناد إلى الفقرة ب من المادة 70⁽²⁾ بأنه تبنى المعيار المختلط (الإداري-القضائي) في معرض تحديده للسلطة المختصة بفرض العقوبات المسلكية. هذا المعيار يتميز بالتوفيق بين منطقي الفاعلية والضمان، ويستند على معيار جسامة العقوبة المسلكية لتحديد السلطة المختصة بفرض العقاب المسلكي.

تطبيقاً للمعيار السابق، خص المشرع السوري إيقاع العقوبات المسلكية الخفيفة بالسلطة الإدارية باعتبار أن مقتضيات الوظيفة العامة وضرورة المحافظة على مبدأ السير المنتظم للمرافق العامة يقتضي منح الرؤساء الإداريين فرض بعض العقوبات

(1) نوح، مهند (2010). *التأديب الإداري*، الموسوعة القانونية المتخصصة، منشورات هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ص 61.

(2) كلفت الفقرة ب من المادة 70 من القانون 50 لعام 2004 رئيس مجلس الوزراء بإصدار قرار يحدد فيه أسس وقواعد فرض العقوبات المسلكية الخفيفة والتظلم منها. استناداً لهذا التكليف قام رئيس مجلس الوزراء بإصدار القرار رقم 549 لعام 2005 ليين فيه آلية فرض العقوبات المسلكية والتظلم منها والضمانات الممنوحة للعامل المعرض لفرض عقوبة مسلكية.

التأديبية، بينما خص فرض العقوبات المسلكية الشديدة بالمحاكم المسلكية التي تملك أيضاً سلطة فرض العقوبات المسلكية الخفيفة.

أهداف البحث:

نرنب من هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

1- شرح وتحليل النصوص القانونية، الواردة في القانون الأساسي الموحد للعاملين في الدولة رقم 50 لعام 2004 وقرار رئاسة مجلس الوزراء رقم 549 لعام 2005 الصادر استكمالاً لأحكام للقانون المذكور وقانون المحاكم المسلكية، المتعلقة ببيان السلطات المختصة بفرض العقوبات التأديبية.

2- تعريف العاملين بالسلطات التي يمكنها معاقبتهم تأديبياً حتى لا يكونوا محللاً لابتزاز بعض الرؤساء الإداريين بتهديدهم بفرض عقوبات عليهم وتعريفهم أيضاً بأنواع العقوبات التي يمكن لكل جهة فرضها على العامل، لأن عدم الالتزام بقواعد الاختصاص يعيب القرار ويعرضه للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

3- رسم حدود السلطات التي تملكها الجهات المختصة بتأديب العاملين خصوصاً فيما يتعلق بأنواع العقوبات التي تملك فرضها، ذلك أنها لا تستطيع إيقاع سوى إحدى العقوبات المنصوص عنها، إذ لا عقوبة إلا بنص ولا تملك إلا فرض ما أناطه بها المشرع.

إشكالية البحث:

تعد الوظيفة العامة نظاماً قانونياً يتضمن مجموعة من الواجبات والالتزامات مما يقتضي وجود نظام تأديبي يضمن احترامها والوفاء بها عن طريق معاقبة العامل الذي يخل بمقتضيات تلك الوظيفة وواجباتها. إن أهم عوامل نجاح النظام التأديبي يكمن في اختيار السلطات التي تملك فرض العقوبات التأديبية على العاملين وذلك لما لها من

دور في فشل أو نجاح النظام الوظيفي ككل. ولهذا فإن على المشرع في أية دولة أن يتوخى الموضوعية والدقة في موضوع تحديد السلطات المختصة بفرض العقوبات التأديبية. فمن جهة أولى، إن تعدد وكثرة السلطات التي ينيط بها المشرع فرض العقوبات التأديبية يعد عاملاً هاماً من عوامل المبالغة والتعسف في استخدام سلطة التأديب الأمر الذي قد ينتج عنه ضياع وتشتت العامل وانشغاله في مسألة تأديبه والدفاع عن نفسه أكثر من انصرافه إلى تسيير أعماله الوظيفية. ومن جهة ثانية، فإن حصر سلطة التأديب برئيس إداري أو عدد محدود من الرؤساء الإداريين قد يصرف هؤلاء إلى الاهتمام بموضوع تأديب العاملين أكثر من اهتمامهم بالقيام بأعمالهم الوظيفية الأمر الذي يؤدي إلى عجزهم عن النهوض بأعمالهم على الرغم من دورهم المؤثر في الوظيفة العامة. إن كلا الأمرين المشار إليهما يسيئان إلى الوظيفة العامة وإلى الخدمات التي تقدم للمواطنين، لذلك فإنه يتوجب إيلاء موضوع تحديد السلطات المختصة بالتأديب أهمية بالغة من المشرع.

بناء على ما تقدم، ولما كان البحث يناقش منهج المشرع السوري في تحديد السلطة المختصة في فرض العقوبات التأديبية بحق الموظفين العمامين في الدولة، فإن إشكالية البحث تتمحور حول التساؤلات التالية:

- 1- هل أحسن المشرع السوري في تحديد السلطة المختصة التي خولها صلاحية معاقبة الموظف العام تأديبياً، هل قصرها على السلطة الإدارية فقط أم أنه أناط بالسلطة القضائية إمكانية القيام بذلك؟
- 2- ما هو المنهج الذي اتبعه المشرع السوري في تحديد السلطة المختصة بتأديب الموظف العام، وما هو مدى صلاحيتها في فرض العقوبات التأديبية؟
- 3- ما هي أنواع العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها بحق الموظف العام، هل حددها المشرع على سبيل الحصر أم أنه ترك للسلطة المختصة إمكانية انتقاء العقوبة التي تراها مناسبة؟

4- ما هو تأثير الأوضاع الوظيفية على تحديد السلطة المختصة بفرض العقوبة التأديبية؟

منهجية البحث:

إن دراسة موضوع السلطة المختصة بتأديب العاملين وفق أحكام القوانين واللوائح النافذة المطبقة على العاملين في الدولة في سوريا، ومن أجل معالجة الموضوع بشكل مناسب وكاف، يتطلب منا إتباع المنهج التحليلي. سنتولى دراسة النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع والقيام بتحليلها بصورة دقيقة ومفصلة من أجل تحديد السلطات المختصة بفرض العقوبات التأديبية وتحديد أنواع العقوبات التي تملك فرضها مع تحديدٍ للأثار التي تنجم عن مخالفة السلطات المحددة بفرض العقوبات التأديبية.

خطة البحث:

أشرنا في مقدمة البحث بأن المشرع السوري تبنى النظام التأديبي المختلط الذي يتميز بتوزيع الاختصاص بتأديب العاملين بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية، وأنه وزع الاختصاص بين هاتين السلطتين وفقاً لمعيار جسامة العقوبة التأديبية بحيث تتولى السلطة الإدارية فرض العقوبات المسلكية الخفيفة بينما تختص السلطة القضائية بفرض الشديدة منها، وبناء عليه سنقوم بتقسيم البحث إلى مطلبين وكل منهما إلى فرعين وفق التالي:

المطلب الأول: اختصاص الجهة الإدارية بفرض العقوبات التأديبية الخفيفة

الفرع الأول: مدى صلاحية السلطات الإدارية بفرض العقوبات التأديبية الخفيفة

الفرع الثاني: أثر الأوضاع الوظيفية على تحديد السلطة المختصة بفرض العقوبات

التأديبية

المطلب الثاني: اختصاص القضاء بفرض العقوبات التأديبية الشديدة

الفرع الأول: طبيعة المحكمة المسلكية

الفرع الثاني: الاختصاص الموضوعي للمحكمة المسلكية

المطلب الأول

اختصاص الجهة الإدارية

بفرض العقوبات التأديبية الخفيفة

ألقى المشرع السوري، على غرار بقية المشرعين، على الرئيس الإداري عبء ومسؤولية حسن سير الوظيفة العامة والمرافق العامة والحفاظ عليها من الفوضى والبلبلة. كما ألقى عليه مسؤولية حسن قيام الموظفين بأعمالهم والالتزام بواجباتهم الوظيفية والامتناع عن القيام بالمحظورات التي فرضها عليهم حفاظاً على سمعة وهيبة الوظيفة ولتأدية الخدمات للجمهور بأفضل صورة. بناء عليه، فإذا ما أراد المشرع أن ينهض الرئيس الإداري جيداً بهذه المسؤوليات الكبيرة التي ألقاها على عاتقه، فعليه أن يمنحه قدرماً معين من السلطات تعينه على حسن أداءها والقيام بها. وفي هذا الإطار، تعد السلطات التأديبية من أهم السلطات التي يملكها الرئيس الإداري على العاملين التابعين له. ونشير في هذا الصدد إلى أن من المبادئ المستقرة فقهاً في القانون الدستوري والقانون الإداري أنه حيث توجد المسؤولية توجد السلطة⁽¹⁾ وإلا ترتب على عدم مراعاة هذا المبدأ الهام خللاً جسيماً في العمل، بمعنى آخر فإن السلطة

(1) إن مبدأ تلازم السلطة والمسؤولية هو مبدأ تفرضه اعتبارات العدالة، وهو مبدأ مستقر في الأنظمة السياسية والقانونية المختلفة. أنظر حول هذا الموضوع، عرنوس، غسان سليم (2012). مبدأ التلازم بين السلطة والمسؤولية في النظم السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق.

والمسؤولية تدوران في فلك واحد وجوداً وهدماً، فإذا وجدت المسؤولية وجدت السلطة والعكس صحيح.

بناء عليه، منح المشرع الرئيس الإداري سلطات رئاسية على العاملين تحت إمرته وفرض عليهم واجب طاعة وأمر وتعليمات وتوجيهات رئيسهم الإداري، علماً أن المشرع السوري راعى في هذا المجال التقسيم الفقهي للسلطات التي يملكها الرئيس تجاه رؤوسه حيث يقسم الفقهاء سلطات الرئيس على رؤوسه إلى سلطات سابقة، وسلطات لاحقة، وإلى سلطات على أعمال الرؤوس، وإلى سلطات على شخص الرؤوس، مع الإشارة إلى أن ما يهمننا في مجال بحثنا هي تلك السلطات التي يملكها الرئيس على شخص رؤوسه، لأن التأديب يعتبر من أهم السلطات التي يصنفها الفقهاء في إطار سلطات الرئيس على شخص الرؤوس. بناء عليه سندرس مدى صلاحية الجهات الإدارية بفرض العقوبات التأديبية (فرع أول) وأثر الأوضاع الوظيفية على تحديد السلطة المختصة بفرض العقوبات التأديبية (فرع ثاني)

الفرع الأول

مدى صلاحية السلطات الإدارية على فرض العقوبات التأديبية الخفيفة

أعطى المشرع الرئيس الإداري صلاحيات في التأديب، لكن تلك الصلاحيات ليست عامة ولا شاملة إذ أنه لم يعطه سوى صلاحية فرض العقوبات التأديبية الخفيفة. يبدو أن المشرع أراد من ذلك التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فالمصلحة العامة تقتضي تمكين الرئيس الإداري من فرض عقوبات مسلكية كي يتمكن من حفظ النظام وسير العمل في الوظيفة، وبالمقابل فإن المصلحة الخاصة، أي مصلحة العامل، تتطلب أن يحاط هذا الأخير بضمانات كبيرة في معرض تعرضه للعقوبات الشديدة، وهذا ما يتوفر في القضاء أكثر من الإدارة. بمعنى آخر، فإن المشرع

يتصور وقوع التعسف من السلطة الإدارية بصورة أكبر من السلطة القضائية ولهذا لم يخول الإدارة سوى فرض العقوبات الخفيفة. لذلك تولى المشرع السوري تحديد العقوبات التأديبية الخفيفة التي يملك الرئيس الإداري فرضها وحصرها في: التنبيه - الإنذار - الحسم من الأجر - تأخير الترفيع - حجب الترفيع⁽¹⁾.

استناداً لمبدأ شرعية العقوبات التأديبية، لا يجوز للسلطات الإدارية المختصة فيما إذا أرادت معاقبة العامل مسلكياً إلا فرض إحدى العقوبات التي تولى المشرع تحديدها على سبيل الحصر⁽²⁾. أضف إلى ذلك، فإنه يجب على هذه السلطات التقيد بالألفاظ والمصطلحات التي أعطاها المشرع للعقوبات، بمعنى أنه ليس للجهة الإدارية انتقاء لفظ أو مصطلح غير اللفظ أو المصطلح الذي استخدمه المشرع بحجة أن العقوبة التي فرضتها مساوية في أثارها للعقوبة التي ذكرها المشرع، فمثلاً لا يجوز للإدارة فرض عقوبة اللوم على العامل بحجة أنها تتساوى في أثارها مع عقوبة التنبيه أو أن تفرض عقوبة قطع جزء من راتب العامل لأنها تتساوى في أثارها مع عقوبة الحسم من الأجر⁽³⁾.

لقد ألزم المشرع الإدارة أيضاً في معرض فرضها للعقوبات المسلكية الخفيفة بأن تراعي خطورة وجسامة المخالفة المسلكية وأهميتها على سير الوظيفة العامة. هذا يعني بأن المشرع منح الإدارة سلطة تقديرية في فرض العقوبات المسلكية، فلم يلزمها بفرض عقوبة معينة على فعل معين، ولكن بالمقابل فرض على الإدارة بأن تستخدم هذه السلطة بشكل معقول ومتوازن⁽⁴⁾، بمعنى أنه على الإدارة أن تزن خطورة الفعل

(1) فقرة أ من المادة 68. من القانون رقم 50 لعام 2004.

(2) بطيخ، رمضان، (1999). المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام فقهاً وقضياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 128.

(3) عرب، وليد، (2021)، القانون الإداري "النشاط الإداري" الجامعة السورية الافتراضية، ص 80.

(4) جمال الدين، سامي، (1992). قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 232.

==

المسلكي وأن تنتقي الجزاء المناسب لهذا الفعل، فإن هي اشتطت وغالت في استعمالها لهذه السلطة عرضت نفسها لرقابة القضاء الإداري الذي استقر في اجتهاده على أن مبدأ التناسب بين الجزاء والفعل المسلكي هو من المبادئ الأساسية التي تحكم فرض العقوبات المسلكية. إن المتبع لقضاء المحكمة الإدارية العليا السورية في هذا الصدد يمكنه وبكل سهولة ويسر أن يتأكد من استقرارها على ضرورة مراعاة الإدارة لمبدأ التناسب بين الجزاء المفروض منها والذنب المسلكي المنسوب للعامل ارتكابه، وإلا فإن مصير قرارها الإلغاء من قبل هذه المحكمة، وقضاء المحكمة في الآونة الأخيرة في هذا الاتجاه غزير⁽¹⁾.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع السوري لم يلزم الإدارة المختصة بفرض العقوبة التأديبية باستشارة فرد أو هيئة معينة قبل معاقبة العامل، مما يدعونا إلى التساؤل عن سبب أو أسباب عدم تبني المشرع لهذا الإجراء على الرغم من أهميته في مجال التأديب لما فيه من مصلحة للإدارة والموظف على حد سواء. يبدو -حسب اعتقادنا- أن سبب عدم تطلب المشرع لهذا الإجراء يكمن في الضمانات الإدارية العديدة التي أوجب المشرع على الإدارة منحها للعامل عند فرضها للعقوبات المسلكية، ومن هذه الضمانات على سبيل المثال (دعوة العامل لسماع أقواله - إمكانية الاستعانة بمحام

==

بطيخ، رمضان، (1994). الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 261-263.

(1) أنظر، قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 1/225 في الطعن 4434 لعام 2008، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من عام 2005-2009. ص. 709. قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 1/791 في الطعن رقم 4828 لعام 2009 نفس المرجع، ص. 717. وكذلك قرار المحكمة المسلكية بدمشق رقم 213 لعام 2015 في الدعوى أساس 261 لعام 2015 المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة 2018، ص. 723.

– منح العامل فترة زمنية للاطلاع على اضبارته تحضير دفاعه –التحقيق معه– إمكانية إشراكه التنظيم النقابي في الإجراءات التأديبية⁽¹⁾. ومما لا شك فيه بأن هذه الضمانات تغني عن هذا الإجراء، إلا أننا مع ذلك نرى ضرورة إلزام المشرع للإدارة بإتباع هذا الإجراء قبل شروعها بإجراءات التأديب وذلك لما قد يترتب عليه من مؤنة إعفاء الإدارة من البدء في إجراءات معاقبة العامل، الأمر الذي ينطوي على فائدة كبيرة لها من ناحية خفض النفقات وكسب مزيد من الوقت، ومن ناحية الحفاظ على العلاقة الطيبة بينها وبين عمالها الذي تحتاجه الإدارة من أجل حسن القيام بالمهام الوظيفية وتأدية الخدمات العامة للمواطنين.

تولى المشرع مهمة تحديد الجهات الإدارية المختصة بفرض العقوبات المسلكية الخفيفة على وجه التحديد ذلك أن العقوبة المسلكية ليست تلقائية وإنما لا بد من جهة إدارية تختص بفرضها حتى ولو أن المشرع كان قد حدد سلفاً عقوبة معينة لفعل ما. لقد اتبع المشرع أسلوب المركزية الإدارية في تحديده للجهات المختصة بفرض العقوبات المسلكية ولكنه أخذ في سبيل ذلك بطريقة عدم التركيز الإداري، بمعنى أنه لم يركز اختصاص فرض العقوبات المسلكية بيد سلطة إدارية واحدة وإنما وزع هذا الاختصاص بين عدة سلطات إدارية هذا من ناحية. من ناحية أخرى، راعى المشرع أيضاً قاعدة التدرج بين شدة العقوبة المسلكية ومرتبة الرئيس الإداري المختص بفرض العقوبة المسلكية، بمعنى أنه كلما كانت العقوبة المسلكية أكثر شدة كلما تطلب المشرع سلطة إدارية تأديبية أعلى لفرضها، أي أن مرتبة ودرجة السلطة الإدارية

(1) عبد الفتاح، عبد البر، (1978). الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص. 537 – الغويري، أحمد، (1988). ضمانات التأديب الرئاسية في نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 1 لسنة 1988، دراسة مقارنة، مجلة مؤته، المجلد العاشر، العدد الأول، 1995، ص. 110.

المختصة بفرض العقوبة المسلكية تختلف بحسب جسامته هذه العقوبة وتأثيرها على وضع الموظف⁽¹⁾.

لتوضيح ما تقدم، نبين بأن العقوبات التأديبية الخفيفة التي منح المشرع صلاحية فرضها للجهات الإدارية تتراوح آثارها من مجرد التأثير والضغط المعنوي والأدبي على الموظف إلى حد التأثير على وضعه المالي فقط، وأخيراً التأثير على وضع الموظف المالي والوظيفي في آن معاً. بناء عليه، راعى المشرع هذه الاعتبارات في تحديده للجهة الإدارية المختصة بفرض الجزاءات التأديبية، فكلما كان تأثير العقوبة المسلكية أكثر ثقلًا على وضع الموظف كلما كانت السلطة المختصة بفرضها في مركز وظيفي أعلى بغية مراعاة مصلحة العامل، وذلك على الشكل التالي:

1- عقوبتا التنبيه والإنذار: تعتبر هاتين العقوبتين من أخف العقوبات المسلكية وأقلها تأثيراً على وضع الموظف إذ يعتبرها الفقه مجرد تحذير تبتغي منه الإدارة لفت نظر الموظف إلى ضرورة عدم ارتكاب مخالفات مسلكية أخرى أو عدم الاستمرار في ارتكابها حتى لا يكون عرضة لعقوبات مسلكية أشد⁽²⁾. بناء على ذلك، نرى أن الهدف من هذه العقوبات هو هدف وقائي يتمثل في لفت نظر الموظف المخطئ بغية تجنبه فرض عقوبات مسلكية أخرى تكون أكثر شدة. ووفقاً للفقرة أ من المادة 70 من القانون 50 لعام 2004، تفرض هاتين العقوبتين من قبل أي من رؤساء العامل.

(1) نحيلي، سعيد. الحسن، عبي، (2007). القانون الإداري "النشاط الإداري" مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ص. 88.

(2) نحيلي، سعيد. الحسن، عبي، المرجع السابق، ص. 87. أبو السعود، محمود، (1998). نظرية التأديب في الوظيفة العامة، مطبعة الايمان، القاهرة، ص. 177.

نظراً لعدم خطورة هاتين العقوبتين، نلاحظ بأن المشرع تساهل وبشكل مفرط في منح الاختصاص بفرضهما بحيث أنه أعطى هذا الاختصاص للرئيس الذي يعمل العامل تحت إشرافه والذي له عليه سلطة المراقبة والمحاسبة والتوجيه دون أن يتولى على وجه الدقة تحديد الرئيس الذي يملك سلطة فرض هاتين العقوبتين. إن المصطلح الذي استخدمه المشرع مصطلح فضفاض وغير منضبط ولا يساعد على تحديد السلطة المختصة بفرضهما بدقة، لأنه وفقاً لقاعدة الهرم الإداري فإن كل رئيس إداري، باستثناء الموظفين التنفيذيين (رئيس شعبة- رئيس دائرة- مدير مديرية- نائب أو معاون المدير- المدير والوزير) يملك صلاحية فرض هاتين العقوبتين لأنه يحوز سلطة الإشراف والمراقبة والتوجيه على العامل التابع له. يبدو أن الهدف الذي تغياه المشرع من جراء التوسع في منح الاختصاص بفرض العقوبتين المذكورتين يكمن في تمكين الرؤساء الإداريين من فرض النظام والانضباط داخل الوظيفة العامة بما يضمن حسن أداء العامل لواجباته ومهامه الوظيفية على أفضل صورة وهو بلا شك هدف نبيل ويجب السعي إلى تحقيقه. لكن وعلى الرغم من ذلك، فإن هذا التساهل والتوسع في منح الاختصاص بفرضهما هو أمر منتقد وغير مرغوب فيه ويصب بشكل واضح في غير مصلحة العامل. إن هاتين العقوبتين وعلى الرغم من عدم تركهما أثراً مباشراً على وضع العامل المالي أو الوظيفي، إلا أن لهما أثراً مستقبلياً ضاراً على مركز العامل. وهذه الآثار السلبية تتفرع إلى عدة مجالات.

أولاً: قد يترتب عليهما أثر مالي ذلك أن الإدارة غالباً ما تأخذ بعين الاعتبار سجل العامل المسلكي عند قيامها في تقدير درجة كفاءة العامل لتحديد مقدار علاوة الترفيع التي يستحقها. وبالتالي فإذا ما تبين لها بأن العامل كان قد تعرض لعقوبة التنبيه أو الإنذار فإنها قد تجنح إلى تخفيض درجة كفاءة العامل مما ينعكس ذلك سلباً على مقدار العلاوة المالية التي سيستحقها.

ثانياً: قد يترتب عليهما أثراً على المركز الوظيفي للعامل، ذلك أن الإدارة تراعي سجل العامل المسلكي عند قيامها بتعيين أو تكليف الموظف بمنصب وظيفي معين الأمر الذي قد يدفع الإدارة إلى استبعاده من الترشح للمراكز الوظيفية الأعلى فيما إذا ظهر من سجله الوظيفي أنه كان معاقباً مسلكياً ولو بعقوبة التنبيه أو الإنذار.

ثالثاً: إن تكرار فرض هاتين العقوبتين يعرض الموظف لأن يكون محلاً لعقوبات مسلكية أشد، ذلك أن المشرع أوجب على الإدارة التشديد في فرض العقوبات المسلكية في حال التكرار لا بل أنه كرس فرض عقوبة الحسم من الأجر حكماً فيما إذا عوقب العامل بثلاث عقوبات خفيفة خلال سنة واحدة أو بخمس عقوبات خلال سنتين⁽¹⁾. بناء عليه، فإن تعدد الجهات المختصة بفرض عقوبات التنبيه والإنذار يسهل من تعرض الموظف لفرض عقوبات مسلكية أشد وللغرض الحكي لعقوبة الحسم من الأجر.

استناداً لما بيناه أعلاه من آثار سلبية قد تترتب على الموظف بسبب عدم تحديد من يملك فرض عقوبات التنبيه والإنذار، فإننا ندعو المشرع إلى ضرورة التدخل لتلافي هذه الثغرة التشريعية وذلك بتحديد الرئيس الإداري المختص بفرض هاتين العقوبتين على وجه الدقة، أو على أقل تقدير الأخذ بما كرسه المشرع المصري الذي اشترط صدور قرار من الوزير المختص يتولى بموجبه تحديد قائمة بالرؤساء الإداريين الذين لهم سلطة فرضهما ومع ضرورة خضوع قرارات هذه الطائفة للتعقيب من قبل الوزير المختص أو المحافظ المختص⁽²⁾.

(1) الفقرة الرابعة من المادة 68 من القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم 50 لعام 2004، والفقرة الرابعة من المادة الثالثة من قرار رئاسة مجلس الوزراء رقم |549| لعام 2005.

(2) صالح، محمود، (1995). شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 492.

2- عقوبة الحسم من الأجر: هذه العقوبة حسبما يظهر من تسميتها هي عقوبة ذات أثر مالي، أي يقتصر أثرها على الذمة المالية للموظف وليس لها أثر مباشر على وضعه الوظيفي. فهذه العقوبة تمس مرتب الموظف الأمر الذي يؤدي إلى عدم اقتصار أثارها على الموظف فقط وإنما على أسرته أيضاً بحسبان أن مرتب الموظف يعتبر مورد الرزق الأساسي له ولأسرته. وبما أن هذه العقوبة أكثر شدة من عقوبات التنبيه والإنذار، فقد أعطى المشرع اختصاص فرضها لسلطة إدارية أعلى مرتبة من تلك المختصة بفرض العقوبتين المذكورتين. وقد حصرت الفقرة أ. من المادة 70 من القانون 50 لعام 2004 سلطة فرضها بالوزير المختص أو المحافظ أو معاون الوزير أو المدير العام.

من الواضح أن المشرع لم يعط صلاحية فرض هذه العقوبة لسلطة إدارية واحدة وإنما منحها لعدة سلطات مراعيًا في ذلك عاملين: وهما الفئة التي ينتمي إليها العامل والمكان الذي يعمل فيه. فوفقاً للعامل الأول، فقد منح المشرع اختصاص فرض هذه العقوبة للوزير بالنسبة للعاملين في الفئة الأولى وإلى معاون الوزير والمحافظ بالنسبة للعاملين في بقية الفئات (الفقرات أ- ب- ج، م 2 قرار رئاسة مجلس الوزراء رقم 459 لعام 2005). بمعنى أن تقسيم القانون للعاملين في الدولة إلى فئات مختلفة يلعب دوره في تحديد السلطة التأديبية المختصة بفرض عقوبة الحسم من الأجر. وأما بالنسبة للعامل الثاني، فقد منح المشرع اختصاص فرض هذه العقوبة إلى الوزير ومعاونه بالنسبة للعاملين في الإدارة المركزية وإلى المحافظ بالنسبة لجميع العاملين في المحافظة في سائر الجهات العامة ممن يخضعون إدارياً لإشراف الوزير وفقاً لقانون الإدارة المحلية ومن الفئة الثانية حتى الفئة الخامسة. تجدر الإشارة إلى أن ما قلناه سابقاً لا ينطبق على العاملين في الإدارة اللامركزية المرفقية حيث أن المشرع منح اختصاص فرض العقوبة المذكورة بالنسبة لجميع العاملين في المؤسسات والشركات

والمنشآت العامة وبغض النظر عن الفئة التي ينتمي إليها العامل وعن مكان عملهم إلى المدير العام أو من يفوضه الوزير بذلك (فقرة د، م2 قرار رئاسة مجلس الوزراء رقم 459 لعام 2005).

3- عقوبتا تأخير الترفيع وحجب الترفيع⁽¹⁾: تعتبر هاتين العقوبتين من العقوبات التي تترك تأثيراً على الوضع المالي والوظيفي للعامل. فهما أولاً ذو تأثير مالي على مورد الموظف لأنه يترتب عليهما حرمان الموظف من علاوة الترفيع بحسب درجة تقييمه والتي كان من المفروض أن يستحقها لو لم تفرض عليه إحدى هاتين العقوبتين. وهما ثانياً ذو تأثير على الوضع الوظيفي للعامل لأنه يترتب عليهما تأخير أقدمية الموظف على أمثاله من الموظفين. بما أن هاتين العقوبتين ذات انعكاسات سلبية على الوضع المالي والوظيفي للعامل، فقد أناط المشرع فرضهما بالوزير حصراً حتى أنه لم يجز له التفويض في فرضهما على غرار على ما فعل في عقوبة الحسم من الأجر (الفقرة أ، م70 قانون 50 لعام 2004-البند الأخير، م2 قرار رئاسة مجلس الوزراء 549 لعام 2005).

إن تحديد الجهات الإدارية المختصة بفرض العقوبات المسلكية الخفيفة على نحو ما فصلناه أعلاه استناداً للنصوص القانونية المنظمة لذلك، ليس أمراً نظرياً خالياً من

(1) يجدر بنا الإشارة إلى أن لجنة الرد على تظلمات العاملين (المشكلة في مجلس الوزراء) خلصت في قرارها رقم م/6341/2 تاريخ 1995/7/20 إلى ما يلي: من غير المجدي فرض أكثر من عقوبة حجب ترفيع واحدة خلال دورة ترفيعيه واحدة لأن مؤدى هذه العقوبة هو تأخير الترفيع المستحق لمدة 24 شهراً فقط ولا مجال لفرض عقوبة حجب ترفيع تنفذ بعد 48 شهراً أو 72 شهراً. من الجائز تعديل عقوبة حجب الترفيع الثانية المفروضة خلال الدورة الترفيعيه نفسها إلى عقوبة أخف. يمكننا أن نضيف أنه إذا كان من غير المجدي فرض عقوبة حجب ترفيع ثانية فإنه من غير المجدي أيضاً فرض عقوبة تأخير ترفيع أيضاً. منشور في القانون الأساسي للعاملين في الدولة والصكوك المنفذة له 2005، وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، ص. 578.

الآثار القانونية. إن القضاء الإداري استقر في اجتهاده على أن قواعد الاختصاص تعتبر من متعلقات النظام العام لا يجوز مخالفتها ولا الاتفاق على خلافها ولا الالتفاف عليها وإلا وقع التصرف باطلاً بطلائعاً مطلقاً. بناء على ذلك، فقد قرر القضاء المذكور بأن الاختصاص من النظام العام ويجوز أن تثيره المحكمة تلقائياً، وإذا أناط المشرع اختصاصاً معيناً بسلطة ما بنص صريح في القانون فلا يجوز لغيرها أن تتصدى لهذا الاختصاص أو أن يحل فيه غيرها محل صاحبه إلا بناء على حكم القانون أصالة أو تفويضاً وإلا كان المتصدى مغتصباً للسلطة⁽¹⁾.

فإذا كانت قواعد الاختصاص واجبة التطبيق بشكل عام في جميع المجالات، فإنها أولى بالتطبيق في المجال التأديبي كونه يشكل نظاماً عقابياً يجب احترامه بدقة. بناء على ذلك، فإنه لا يجوز لسلطة دنيا أن تفرض عقوبة أناطها المشرع بسلطة عليا، فمثلا لا يجوز فرض عقوبة الحسم من الأجر على عامل من الفئة الأولى من قبل معاون الوزير أو المحافظ كما أنه ليس لهما أو لغيرهما فرض عقوبتي تأخير الترفيع وحجب الترفيع، لأن المشرع حصر فرضهما بالوزير فقط. بالمقابل، فإنه لا يجوز لسلطة عليا أن تفرض عقوبة جعلها المشرع من اختصاص سلطة دنيا، فلا يجوز مثلاً للوزير أن يفرض عقوبة الحسم من الأجر على عاملين من الفئة الثانية حتى الخامسة لأن فرضها على هذه الفئات أناطها المشرع بمعاون الوزير أو بالمحافظ. يجب أن نشير في هذا الصدد بأنه لا يجوز تطبيق قاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل، ذلك أنه يترتب على تطبيقها تفرغ النصوص القانونية المحددة للاختصاص من محتواها وجعلها ضرباً من اللغو والعبث، فضلاً عن إحداثها خللاً كبيراً في ممارسة الاختصاصات وتضاربها وتداخلها مما قد يؤدي إلى إحداث إرباك في سير الوظيفة العامة والمرافق

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 1248 في الدعوى رقم 2-31 لعام 2000 حيث تقول: إن موضوع الاختصاص من النظام العام ويجوز أن تثيره المحكمة تلقائياً.

العامة. ما يؤيد ذلك أن القضاء الإداري يتولى إلغاء القرارات إذا صدرت من سلطة إدارية عليا إذا كان المشرع قد أناط فرضها بسلطة إدارية أدنى كونها مشوبة بعيب عدم الاختصاص، ذلك أن القضاء الإداري أرسى قاعدة مفادها بأن المشرع إذا ما أسند إلى سلطة معينة ممارسة اختصاص معين فيجب عليها ممارسته بنفسها وإلا ترتب على ذلك عيب في القرار مردده مخالفة قواعد الاختصاص التي ترتب بطلان القرار. وهذا ما أيدته محكمة القضاء الإداري بحلب بقرارها 376 لعام 2023 تاريخ 2023/8/29 في القضية 72 لسنة 2023 عندما قضت بإلغاء قرار المدير العام لمركز البحوث العلمية القاضي بإلغاء تخصيص الجهة المدعية بشقة سكنية لأنه صدر عن جهة غير مختصة ولكونه يشكل اعتداء على سلطة الصندوق التعاوني في ذات المركز (سلطة أدنى) صاحب الاختصاص في إصدار القرار.

إن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو أنه إذا كانت سلطة إدارية أناط بها المشرع فرض بعض العقوبات التأديبية لا تستطيع مجاوزة اختصاصها بفرض عقوبات لم ينطها بها المشرع، فهل يجوز لسلطة إدارية لم يخولها المشرع مطلقاً فرض عقوبات تأديبية أن تتولى فرض إحدى العقوبات التأديبية؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول بأنه إذا لم يجز القضاء الإداري لسلطة أناط بها المشرع فرض عقوبات تأديبية أن تفرض غير ما أناط بها المشرع فرضه، فإنه من باب أولى لا يجوز لسلطة لم يعطها المشرع نهائياً فرض عقوبات تأديبية أن تقوم بذلك وبغض النظر عن موقع السلطة الإدارية أي سواء كانت أعلى أم أدنى من السلطة المخولة بفرض العقوبات التأديبية. استناداً لما سبق، فإنه لا يجوز لرئيس مجلس الوزراء أو نوابه أو الوزراء أن يفرضوا إحدى العقوبات التأديبية حتى وإن كانوا في درجات ومراتب أعلى من السلطات التي أناط بها المشرع فرض الجزاء التأديبي، ومن باب أولى ليس لنائب المحافظ أو مدراء التربية أو المالية... الخ فرض أية عقوبة تأديبية ما لم يكن هناك تفويضاً صادراً حسب الأصول. نعتقد أيضاً بأن القضاء الإداري في حال فرض عقوبة من جهة لم يخولها

المشعر ذلك بتاتاً، لن يكتف بالحكم بإلغاء القرار لعيب عدم الاختصاص البسيط وإنما سيحكم بانعدامه كونه مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم⁽¹⁾.

الفرع الثاني أثر الأوضاع الوظيفية على تحديد السلطة المختصة بفرض العقوبات التأديبية

تبنى المشعر السوري نظام الوظيفة العامة المغلقة القائم على مفهوم السلك الوظيفي الذي يعني بأن الموظف يلتحق بالوظيفة العامة من بداية حياته الوظيفية ويبقى مستمراً فيها حتى بلوغه سن نهاية الخدمة المحدد قانوناً. لذلك نرى بأن هذا النظام الوظيفي يتسم بوجود نظام قانوني يتولى المشعر بواسطته تنظيم أوضاع الموظفين خلال حياتهم الوظيفية، فالمشعر وضع أحكاماً قانونية لتنظيم نقل وندب وإعارة وتكليف الموظف إلى غير ذلك من أحكام قانونية.

وبالعودة إلى القانون السوري، نجد أن المشعر السوري قد سكت عن هذا الأمر ولم يتول معالجته. وعليه فإن الأمر يقتضي منا، كي نتمكن من الإجابة، العودة إلى الفقه والقضاء. وفقاً للفقه والقضاء، فإن الأوضاع السابقة، عدا الإعارة، يترتب عليها تغيير في الجهة الإدارية التأديبية المختصة بفرض العقوبات ذلك أن السلطة المختصة بفرض العقوبات المسلكية وفقاً لهما هي السلطة التي ينهض العامل بمهامه لديها وقت ارتكاب الذنب المسلكي⁽²⁾، بمعنى أن الفقه والقضاء ارتكزا على وقت وقوع المخالفة

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا في الدعوى 1892/555 لعام 1996 مجموعة المبادئ القانونية العامة للمحكمة لعام 1996 ص. 450 ومشار إليه لدى مصباح نور المهيايبي في اجتهادات القضاء الإداري في 40 عاما الجزء الأول، ص. 1018 "صدور قرار النقل عن مرجع غير محتص بإصداره يجعله مشوباً بعيب جسم يفقد القرار حصانته ووجوده القانوني وينحدر به لدرجة الانعدام".

(2) العجارمة، نوفان العقيل، (2007). سلطة تأديب الموظف العام - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه،

المسلكية لتحديد الجهة المختصة بالعقاب. إن الإجابة الدقيقة تتطلب منا إذاً التمييز بين النقل والندب من جهة والإعارة من جهة أخرى⁽¹⁾.

فبالنسبة للنقل⁽²⁾ والندب⁽³⁾، فإنه طالما يترتب عليهم اختلاف في الجهة الإدارية المكلفة بالإشراف والتوجيه والرقابة على العامل، فإن ذلك من شأن ذلك أن يؤدي إلى ترتيب اختلاف في الجهة الإدارية المختصة بفرض العقوبة التأديبية. تطبيقاً لما تقدم، فإذا كان العامل المنقول أو المندب قد ارتكب الذنب المسلكي في الجهة المنقول أو المندب منها أي قبل ندبه أو نقله⁽⁴⁾، فإن الجهة الإدارية الأصلية التي كان يعمل لديها

==

كلية الحقوق – الجامعة الأردنية، ص. 233- عطية، نعيم، (1980). تعليق بعنوان "عرض الأحكام المحكمة الإدارية العليا" تعليق على حكم، مجلة العلوم الإدارية س 33 العدد الأول، ص. 194.

(1) هناك أوضاعاً وظيفية لا يترتب عليها تغيير في الجهة المختصة في فرض العقوبة التأديبية ولكن قد يترتب عليها تغيير في مرتبة الجهة المختصة بفرض العقوبة، فتسوية أوضاع العاملين الذين يحصلون على شهادة أعلى من الشهادة المعينين على أساسها لا يترتب عليها تغيير في الجهة الإدارية المختصة بفرض العقوبات التأديبية ولكن قد يترتب عليها تغيير في مرتبة السلطة المختصة بفرض العقوبة التأديبية وبالنسبة لقبوة الحسم من الأجر فقط وذلك إذا ما ترتب على تسوية وضع العامل انتقاله من الفئة الثانية أو الثالثة إلى الفئة الأولى حيث يترتب على ذلك بأن يصبح الوزير هو المختص بفرض عقوبة الحسم من الأجر بدلاً من معاون الوزير أو المحافظ.

(2) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 236 المتخذ في القضية رقم 359 لعام 1974، مجموعة المبادئ القانونية لعام 1974 ص 385.

(3) لقد أفتى القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري بأن "تختص الجهة العامة المندب إليها العامل بمعاقبته، ويجب أن تبعث إلى إدارته الأصلية بصورة عن جميع القرارات التي تتخذها بشأنه" رأي مجلس الدولة رقم 341 لعام 1964 منشور في كتاب شرح القانون الأساسي للعاملين في الدولة لمؤلفه أ. صبيحي سلوم، الجزء الأول عام 2005، بلا دار نشر، ص 237.

(4) إن الإدارة المنقول منها الموظف تعتبر الجهة صاحبة الاختصاص في فرض العقوبات التأديبية الخفيفة بحقه فيما إذا كانت الأعمال التي سيعاقب عليها تمت أثناء وجوده لديها. انظر كتاب وزارة المالية رقم 22376/1/250 تاريخ 1970/12/19.

العامل تبقى المختصة بمعاقبته مسلكياً على أن يتم تنفيذ العقوبة في هذه الحالة من قبل الجهة المنقول والمندوب إليها العامل⁽¹⁾. بالمقابل، إذا ارتكب العامل المخالفة المسلكية في الجهة المنقول أو المندوب إليها أي بعد نقله أو ندبه، فإن هذه الجهة هي التي تصبح مختصة بالتحقيق معه وفرض العقوبة التي تراها مناسبة بحقه، على أن تقوم بإخطار الجهة الإدارية المندوب منها العامل بالعقوبات التي تم فرضها عليه ما لم تكن الضمانات التأديبية في إحدى الجهتين أكثر من الأخرى⁽²⁾.

أما بالنسبة للإعارة، فإن لها وفقاً لأحكام القانون السوري تنظيمًا آخر يجعل منها غير ذات أثر على تحديد الجهة الإدارية المختصة بفرض العقوبة المسلكية. فقد نص القانون المذكور في الفقرة أ من المادة 38 على نوعين من الإعارة وهما الإعارة الداخلية والخارجية. والإعارة بنوعها وفقاً لأحكام القانون المذكور تتم من جهة إدارية إلى جهة غير إدارية ولا ولاية قانوناً لجهة غير إدارية أو إدارية تنتهي لدولة أخرى على الرابطة الوظيفية التي تربط العامل السوري بالجهاز الإداري، لا بل من غير المنطقي والمعقول أن نجعل لها ولاية على الروابط والمراكز الوظيفية لأن العلاقة التي تربطه بالإدارة هي علاقة نظامية قانونية. أضف إلى ذلك، فإن نظام التأديب يمثل مظهراً من مظاهر السلطة العامة باعتبار أن الإدارة ستتولى معاقبة العامل فيما إذا ثبت ارتكابه للذنب

(1) حسب رأي مجلس الدولة السوري رقم 426 لعام 271 الذي بين فيه أن الجهة المختصة بفرض العقوبة بحق الموظف نتيجة ارتكابه إحدى المخالفات المسلكية هي الإدارة نفسها التي كان يعمل لديها الموظف إبان ارتكابه المخالفة المسلكية وأما تنفيذها فيكون عن طريق الجهة التي انتقل إليها.

(2) رأي الجمعية العمومية رقم 6 لعام 1975، إن الجهة المختصة بالمؤاخذة المسلكية هي الجهة التي الموظف أو المستخدم أو العامل لها حين ارتكابه الذنب الموجب للتأديب ولا يؤثر في هذا الاختصاص نقل صاحب الشأن إلى إدارة أو مؤسسة أخرى، طالما أن الضمانات والمزايا لدى الجهتين المشار إليهما متماثلة في مجال التأديب، فإذا تباينت الجهتان بهذا الخصوص انعقد الاختصاص للجهة التأديبية التي تمتاز بالمؤيدات والضمانات الأقوى والمزايا الأوفى.

المسلكي بموجب قرار إداري الذي يمثل وسيلة من وسائل القانون العام وأهم مظهر من مظاهر السلطة العامة، ومعلوماً أن الجهات الخاصة ليس لها إصدار قرارات إدارية كما أن قرارات الدولة الأجنبية لا تطبق داخل القطر بناء على مبدأ الإقليمية، وبالتالي ليس للجهة المعار إليها العامل معاقبته مسلكياً هذا من جهة.

من جهة أخرى، فقد أورد المشرع في القانون مصطلح السلطات التأديبية وكان يقصد من هذا المصطلح تلك السلطات التي تشكل جزءاً من الجهاز الإداري الوطني وتدور في فلكه وليس جهة خاصة أو جهة أجنبية حتى ولو كانت إدارية. بمعنى آخر، إن المقصود بالسلطات التأديبية هي تلك السلطات التي تملك قانوناً اختصاص توقيع الجزاءات المسلكية المماثلة لما تفرضه السلطة الإدارية الأصلية المعين لديها العامل على اعتبار أن التأديب يشكل نظاماً قانونياً خاصاً بالوظيفة العامة. بناء عليه، بما أن النقل والندب هي أوضاع إدارية تتم داخل الجهاز الإداري للدولة، وبما أن السلطات المنقول أو المنذب إليها العامل تملك فرض عقوبات تأديبية مماثلة لما تملكه السلطة الإدارية الأصلية، فقد ترتب عليهم كما نوهنا تغيير في الجهة الإدارية المختصة بتوقيع العقاب المسلكي. لكن وبما أن الإعارة هي وضع وظيفي يتم فيه ممارسة العامل لعمل خارج نطاق الوظيفة العامة، فإنه لا يترتب عليها تغيير في السلطة المختصة بمعاقبته بل تبقى الجهة المعار منها العامل المختصة بمحاسبتها تأديبياً.

استناداً لما تقدم، إذا ارتكب العامل المعار داخلياً أو خارجياً أعمالاً من شأنها الإخلال بواجبات عمله أو الإساءة إلى سمعة وظيفته أو أي عمل يشكل مخالفة مسلكية، فإنه ليس للجهة المعار إليها أن تتولى معاقبته مسلكياً. إن ما تملكه هذه الجهة من سلطات هي تلك التي تخولها إياها الرابطة الناشئة عن الإعارة وذلك بإنهاء الإعارة أو قصرها أو التقليل من مزاياها... الخ. وأما ما يتعلق بمعاقبة العامل مسلكياً فيبقى حصراً من اختصاص الجهة الإدارية المعيرة فيما إذا قدرت أن الفعل المقترف من العامل يشكل

زلة مسلكية تستوجب معاقبته.

نخلص مما سبق، بأنه حسب القانون السوري يترتب على النقل والندب تغيير في الجهة الإدارية المختصة بفرض العقوبات التأديبية المحددة في القانون لأنها تتعلق بأوضاع وظيفية داخل الجهاز الإداري، وأما الإعارة فلا يترتب عليها ذلك لأنه يترتب عليها وضع العامل خارج الجهاز الإداري للدولة. نستطيع من خلال النصوص القانونية الناظمة للإعارة التذليل على أنه لا يترتب عليها تغيير في الجهة المختصة بتأديب العامل بالأخذ بقاعدة الاستنتاج من باب أولى. مفاد ذلك أن المشرع في الفقرة \و\ من المادة 40 من القانون 50 لعام 2004 قد نص على أن يتم ترفيع العامل المعار من قبل الجهة المعار منها، وعليه فإنه إذا اشترط المشرع أن يتخذ قرار الترقية وهو قرار في يصب في مصلحة العامل من الجهة المعار منها، فإنه ومن باب أولى أن يتم تأديب العامل من قبل الجهة المعار منها. بمعنى آخر، فإنه إذا لم يسمح المشرع للجهة المعار إليها العامل اتخاذ قرار في مصلحة العامل، فإنه ومن باب أولى أن لا يسمح لها باتخاذ قرار يذهب خلاف مصلحة العامل.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى نقطة هامة جداً وهي أنه إذا كان يترتب على النقل أو الندب تغيير في الجهة المختصة بفرض العقوبات المسلكية، إلا إنه لا يترتب عليها أي تغيير بنوع العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها. بمعنى آخر، إن السلطة المنقول أو المنذب إليها العامل لا تملك فرض عقوبات سوى تلك التي تملك فرضها السلطة الإدارية الأصلية أي الجهة المنقول أو المنذب منها العامل. فعلى هذه السلطات التأديبية الجديدة أن تلتزم بما تلتزم به السلطات الأصلية من مبادئ وأحكام قانونية والتي يعتبر أهمها الالتزام بمبدأ شرعية العقوبات، أي عدم جواز فرض أية عقوبة إلا إذا كانت من بين العقوبات المنصوص عليها قانوناً.

من جانبنا، نحن نؤيد الموقف الذي يمنح الاختصاص بفرض العقوبة التأديبية إلى

الهيئة أو الجهة التي ارتكب فيها العامل الذنب المسلكي وذلك لأسباب عدة وهي:
أولاً: إن هذه السلطة هي الأكثر اتصالاً بموضوع المخالفة المسلكية ومعرفة
بملاساتها، وبالتالي فإنها الأكثر قدرة من غيرها على إصدار القرار المناسب بشأن
المخالفة الذي يتراوح ما بين حفظ التحقيق وعدم معاقبته أو فرض عقوبة مسلكية
خفيفة أو إحالته إلى القضاء المسلكي إذا ما ارتأت أن فعله يستحق عقوبة مسلكية
شديدة.

ثانياً: يقول الفقهاء بأن الاختصاص يدور وجوداً وعدمياً مع حق الإشراف
والتوجيه والرقابة، فإذا وجد الحق الأخير وجد الاختصاص والعكس صحيح⁽¹⁾.
وبالتالي وبما أن العامل المنقول أو المندب كان وقت ارتكاب المخالفة المسلكية تحت
إشراف ورقابة السلطة المنقول أو المندب إليها فإنه يجب أن ينعقد الاختصاص لها
بفرض العقوبات التأديبية.

ثالثاً: أشرنا سابقاً بأن السلطة والمسؤولية تدوران معاً وجوداً وعدمياً، وبالتالي وبما
أنه يقع على عاتق السلطة المنقول أو المندب إليها العامل عبء المسؤولية عنه طيلة
مدة نقله أو نديه، فإنه يجب أن تمنح سلطات عليه ومن أهمها سلطة تأديبه عما
يرتكبه من مخالفات وذنوب مسلكية.

(1) العجرامة، نوفان العقيل، مرجع سابق، ص. 233. أنظر أيضاً رأي الجمعية العمومية في مجلس الدولة
السوري رقم 6 لعام 1975 مشار إليه في كتاب شرح قانون العاملين الأساسي في الدولة للمؤلف
سلوم، صبيحي (2005). شرح القانون الأساسي للعاملين في الدولة، الجزء الأول، بلا دار نشر، دمشق،
ص. 404.

المطلب الثاني

اختصاص القضاء بفرض العقوبات التأديبية الشديدة⁽¹⁾

لم يحصر المشرع السوري فرض العقوبات التأديبية بالسلطات الإدارية فقط وإنما منح صلاحية فرضها أيضاً للقضاء المتمثل بالمحاكم المسلكية الذي خصها من حيث المبدأ بفرض العقوبات المسلكية الشديدة ولكنه منحها أيضاً فرض العقوبات الخفيفة. لقد كان المشرع يقصد من ذلك تغليب منطق الضمان على منطق الفاعلية من خلال إحاطة العامل بضمانات أهم وأكبر من تلك التي أحاطها بفرض العقوبات الخفيفة⁽²⁾.

بناء عليه، فإننا سنتولى في هذا المطلب شرح طبيعة المحكمة المسلكية وتشكيلها (الفرع الأول) واختصاص هذه المحاكم في فرض العقوبات المسلكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طبيعة المحكمة المسلكية

إن المحاكم المسلكية تعتبر هيئات قضائية دون جدال فقهي حول هذه الطبيعة القضائية التي تكتسبها هذه المحاكم ذلك أن المشرع نص صراحة على أن المحاكم المسلكية تعتبر هيئات قضائية ولهذا لم يثر الفقهاء في سوريا أي جدل حول طبيعتها القضائية لأنه لا اجتهاد في مورد النص الصريح⁽³⁾. وبالتالي، فإن آلية عمل المحكمة المسلكية، كإحدى الهيئات القضائية في مجلس الدولة السوري، في النظر والبت في

(1) De Visscher .P (1965). *Faut-il juridictionaliser la fonction disciplinaire*, R.J.D.A. p.244.

(2) الصروح، مليكة (1983). *سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة والقضاء*، دراسة مقارنة- [رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس]. مطبعة الجبلاوي، مصر، ص. 41.

(3) نصت المادة 2 من قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019 بأن القسم القضائي في مجلس الدولة يتألف من: المحكمة الإدارية العليا، محاكم القضاء الإداري، المحاكم الإدارية، المحاكم المسلكية، هيئة مفوضي الدولة، دائرة توحيد المبادئ، إدارة التفتيش القضائي.

القضايا المسلكية المعروضة عليها ستكون محكومة بإجراءات عمل القضاء الإداري المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة.

وكانت المحاكم المسلكية قد أحدثت في سورية بموجب قانون المحاكم المسلكية رقم 7 لعام 1990 وذلك استناداً لنصوص القانون السابق للعاملين الأساسي للدولة رقم 1 لعام 1985، الملغى بالقانون رقم 50 لعام 2004، بحسبان أن المشرع في قانون العاملين أناط فرض العقوبات التأديبية الشديدة بهذه المحاكم. وإلغى قانون المحاكم المسلكية رقم 7 لعام 1990 بصدور القانون الجديد لمجلس الدولة رقم 32 تاريخ 2019/12/16 والذي نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة منه على إحداث خمس محاكم مسلكية في المحافظات السورية، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة على طريقة تشكيل المحاكم المسلكية حسب التالي:

مستشار مساعد من مجلس الدولة
رئيساً
نائب من الدرجة الأولى من مجلس الدولة
عضواً
عضواً
= = = = =

من الجدير الإشارة إلى أن المشرع اشترط هذه المرتبة على الأقل بقضاة المحكمة المسلكية، بمعنى أنه يمكن أن يكون رئيس أو أعضاء المحكمة من مرتبة أعلى ولكن لا يمكن أن يكونوا من درجة أقل ما لم يكن هناك قراراً بندهم أو تكليفهم بوظيفة أعلى، حيث أجازت الفقرة 1 من المادة 6 من قانون مجلس الدولة رقم 32 لعام 2019 ندب القضاة من وظيفة أدنى إلى وظيفة أعلى بقرار من المجلس الخاص في مجلس الدولة كما أجازت له الفقرة 2 من ذات المادة بتكليف القاضي عند الضرورة بوظيفة أعلى من الوظيفة التي يشغلها. يعاون المحكمة في أداء مهمتها قاض من قضاة مجلس الدولة برتبة نائب من الدرجة الأولى على الأقل يسمى محققاً الذي تتشابه مهمته إلى حد كبير بمفوض الدولة لدى محاكم القضاء الإداري الأخرى. يتم تعيين قضاة المحكمة

المسلكية على غرار بقية قضاة المحاكم الإدارية بمرسوم من رئيس الجمهورية تطبيقاً
لنص الفقرة الثانية من المادة 83 من قانون مجلس الدولة لعام 2019.

نستطيع من خلال دراسة النصوص التي تبين آلية تشكيل المحاكم المسلكية
استخلاص الملاحظتين التاليتين:

الملاحظة الأولى: اعتبر المشرع المحاكم المسلكية أحد تشكيلات القسم القضائي في
مجلس الدولة، إلا أنه لم ينص على أي دور يذكر لهيئة مفوضي الدولة التي تقوم
بمهمة تحضير الدعوى وتمهيتها للمرافعة أمام محاكم القسم القضائي في المجلس
لمساعدتها على أداء دورها في الفصل في الدعاوى وتحقيق السرعة والعدالة في حسمها.
لكن المشرع لم يشأ ترك هذه المحاكم دون مساعدة في تحضير الدعاوى حيث وإن كان
لا يوجد مفوض الدولة في تشكيل المحكمة المسلكية إلا أنه استعاض عنه بالمحقق
الذي ينهض بدور مماثل للدور الذي يتولاه المفوض. وعليه حبذا لو أن المشرع نص
على أن الدعوى يتولى تمهيتها وتحضيرها أحد مفوضي الدولة وذلك توحيداً للمفاهيم
والمصطلحات القانونية أمام جميع محاكم القسم القضائي.

الملاحظة الثانية: لقد جعل المشرع تشكيل المحكمة المسلكية على غرار بقية
محاكم القسم القضائي تشكياً جماعياً وهذا يعود برأينا إلى سببين وهما:

1- السبب الأول يكمن في رغبة المشرع في تحقيق التناسق والانسجام في تشكيل
المحاكم التي يتألف منها القسم القضائي في مجلس الدولة السوري حيث أن جميع
محاكم هذا القسم مؤلفة بشكل جماعي من ثلاثة قضاة ولا مجال للقاضي الفرد
أمام القضاء الإداري حتى في مجال القضاء المستعجل ولم يشأ المشرع الخروج عن
هذه القاعدة بالنسبة للمحاكم المسلكية.

2- السبب الثاني يعود إلى رغبة المشرع في تحقيق مزيد من الضمان للعامل ورغبته في
توفير محاكمة عادلة للعامل ولا يخفى على أحد أهمية وأفضلية قضاء الجماعة

في تحقيق ذلك أكثر من قضاء الفرد هذا من ناحية. من ناحية أخرى، فإنه لا يجوز أن يزيد أو ينقص عدد أعضاء المحكمة عن العدد الذي حدده المشرع، كما لا يجوز أن تقل درجة أو فئة رئيس المحكمة وعضوها الأول والثاني عما تطلبه المشرع وإلا كان التشكيل باطلاً ومن شأنه التأثير على قانونية الحكم.

الفرع الثاني الاختصاص الموضوعي للمحكمة المسلكية

أوضحنا بأن السلطة الإدارية لا تملك سوى فرض العقوبات التأديبية الخفيفة، وبالتالي فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو: هل يقتصر اختصاص المحكمة المسلكية على فرض العقوبات التأديبية الشديدة؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي العودة إلى النصوص القانونية الواردة في قانون العاملين الأساسي رقم 50 لعام 2004 وقانون مجلس الدولة رقم 32 لعام 2019. فمن خلال دراستنا لهذه النصوص، يظهر لنا بأن اختصاص المحاكم المسلكية لا يقتصر دورها على فرض العقوبات التأديبية الشديدة وإنما تملك هذه المحاكم بالإضافة لذلك فرض العقوبات التأديبية الخفيفة.

أناط المشرع بالمحاكم المسلكية من حيث المبدأ، حسب الفقرة \د\ من المادة 70 من قانون العاملين، فرض العقوبات التأديبية الشديدة وهي عقوبات: النقل التأديبي⁽¹⁾.

(1) حسب قرار لجنة الرد رقم م/2107/2 تاريخ 2000/9/24 فإن عقوبة النقل التأديبي تنفذ ينقل العامل إلى وظيفة أدنى من وظيفته في فئته ذاتها. القانون الأساس للعاملين في الدولة والصكوك المنفذة له 2005 ص. 570، مرجع سابق الذكر. انظر أيضاً، رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع لمجلس الدولة السوري رقم 82 لسنة 2015 في القضية رقم 109 لسنة 2015 ص. 352 والرأي 30 لسنة 2016 لسنة 2016 في القضية رقم 63 لعام 2016 ص. 393 منشوران في المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة- المكتب الفني في مجلس الدولة 2016 في الصفحة المشار إليها بجانب الرأي.

التسريح التأديبي- الطرد، ولكنه منحها أيضاً فرض العقوبات التأديبية الخفيفة. بناء عليه، إذا أحالت الإدارة العامل إلى المحكمة المسلكية بقصد فرض عقوبة تأديبية شديدة في حين أن المحكمة قدرت أن ذنب العامل يستحق عقوبة تأديبية خفيفة، فإنها هي التي تفرض هذه العقوبة ولا تعيده إلى الإدارة لتفرض عليه هذه العقوبة. ونستخلص صلاحية المحكمة المسلكية في فرض العقوبات التأديبية الخفيفة من نصوص قانون مجلس الدولة وقانون العاملين الأساسي وقرار رئاسة مجلس الوزراء رقم 549 لعام 2005. فقد نص البند الثاني من المادة 52 من قانون مجلس الدولة رقم 32 لعام 2019 على أنه للمحكمة في غير الحالات المذكورة في الفقرة السابقة أن تفرض إحدى العقوبات الخفيفة أو الشديدة المنصوص عنها تبعاً للمخالفة المرتكبة، كما نصت الفقرة ج من المادة 70 من قانون الأساسي للعاملين والمادة 8 من قرار رئاسة مجلس الوزراء رقم 549 لعام 2005، التي أتت بنص مماثل لنص المادة 70 من القانون، حيث نصت على أنه يجوز للوزير إلغاء العقوبات الخفيفة غير المفروضة من المحكمة المسلكية المختصة.

أولاً- تنص المادة 52 من قانون مجلس الدولة لعام 2019 على أن تفرض المحكمة المسلكية عقوبة شديدة إذا كان المحال إليها قد حُكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة شائنة أو مخلة بالثقة العامة. بتحليل هذه المادة يظهر لنا أنه إذا كان المحال غير محكوم بعقوبة من هذه العقوبات فإن المحكمة المسلكية يمكنها أن تختار أي عقوبة وتفرضها على المحال أمامها.

ثانياً- تنص الفقرة \ح\ من المادة 70 من قانون الأساسي للعاملين بالدولة والمادة 8 من قرار رئاسة مجلس الوزراء- التي أتت بنص مماثل لنص الفقرة المذكورة - على صلاحية الوزير بإلغاء العقوبات التأديبية الخفيفة إن لم تكن قد فرضت من المحكمة المسلكية. إن النص على عدم جواز إلغاء العقوبات الخفيفة التي فرضت من المحكمة

المسلكية من قبل الوزير يدل بشكل قاطع على صلاحية هذه المحكمة بفرض هذه العقوبات وإلا لما كان المشرع بحاجة إلى إيراد مثل هذا الحكم القانوني. نعتقد بأن المشرع قد أحسن صنعاً عندما نص على عدم جواز إلغاء الوزير لعقوبة خفيفة فرضت من المحكمة المسلكية لأن ذلك يشكل حسب اجتهاد القضاء الإداري اعتداء من سلطة إدارية على اختصاصات سلطة قضائية وهكذا قرار يعد حسب اجتهاد القضاء المذكور غصباً للسلطة ومعيباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم⁽¹⁾.

نستنتج مما سبق، بأن صلاحية المحكمة المسلكية أوسع من صلاحيات السلطات الإدارية في فرض العقوبات المسلكية بحيث أن السلطة الإدارية لا تملك سوى فرض العقوبات المسلكية الخفيفة في حين أن المحكمة المسلكية تملك فرض العقوبات المسلكية الخفيفة والشديدة. ينتج عن ذلك أنه لا يجوز للسلطة الإدارية مهما علت مرتبتها فرض عقوبة مسلكية شديدة وإن فعلت ذلك فإن قرارها يعتبر حسب ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري غصباً للسلطة ومشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم المتمثل باعتداء سلطة إدارية على اختصاصات السلطة القضائية الذي ينحدر بعملها إلى مرتبة العمل المادي. بالمقابل لا نتصور أن تقع المحكمة في عيب عدم الاختصاص لأنها تملك صلاحية فرض جميع العقوبات المسلكية شديدة كانت أم خفيفة.

من الجدير الإشارة إلى أن المشرع منح المحكمة المسلكية سلطة تقديرية في اختيار العقوبة التأديبية التي تراها مناسبة للذنب الإداري ولم يلزمها بفرض عقوبة معينة لقاء ذنب ما. لكن هذه السلطة التقديرية يضيق نطاقها في حال الحكم على العامل

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا في الدعوى 102/52 لعام 1970 مجموعة الأحكام لعام 1970، مبدأ 17 ص. 49. انظر أيضاً آراء مجلس الدولة للقسم الاستشاري رقم 33 لعام 1959 ورقم 438 لعام 1973، مشار إليهما في سلوم، صبحي، مرجع سابق، ص. 400.

بجناية أو جنحة شائنة أو مخللة بالثقة العامة حيث أوجب المشرع على المحكمة حسب المادة 52 من قانون مجلس الدولة - كما بينا أعلاه- فرض إحدى العقوبات المسلكية الشديدة. حتى في هذه الحالة فإن المشرع لم يقيد سلطة المحكمة بشكل مطلق وإنما أبقى لها هامشاً من الحرية يتمثل في اختيار واحدة من العقوبات التأديبية الشديدة وإلا كان حكمها مشوباً بعيب مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بما يسمح الطعن به أمام المحكمة الإدارية العليا. إن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للمحكمة حتى في حال الحكم على العامل بعقوبة جنائية أو جنحة شائنة أو مخللة بالثقة العامة هي من وجهة نظرنا محل انتقاد وغير سليمة قانوناً لأنه كان من المفروض على المشرع أن يلزم المحكمة في هذه الحالة بفرض عقوبة الطرد من الوظيفة العامة بحسبان أن العامل أصبح مجرداً من الحقوق المدنية والسياسية هذا من ناحية. من ناحية أخرى، نرى أن المشرع قد وقع في تناقض إذ أنه لم يجز تعيين العامل إذا كان محكوماً بجناية أو جنحة شائنة أو مخللة بالأخلاق والآداب العامة⁽¹⁾، فكيف يجيز له العودة إلى العمل على الرغم من أنه محكوماً بإحدى هذه العقوبات؟ لذلك فإننا نرى أنه على المشرع التدخل لرفع هذا التناقض في النصوص والأحكام القانونية.

لا مندوحة من التنويه إلى أن اختصاص المحكمة المسلكية يمتد ليشمل جميع العاملين الخاضعين للقانون الأساسي للعاملين في الدولة ويشمل فئات العاملين المستثناة من نطاق تطبيق القانون المذكور إذا خلت القوانين الخاصة بهم من تحديد مرجع تأديبي لهم. ينعقد الاختصاص للمحكمة بغض النظر عن مكان عمل العامل

(1) اشترطت الفقرة ج من المادة السابعة من القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم 50 لعام 2004 للتعيين في الوظيفة العامة (غير محكوم بجناية أو جنحة شائنة أو مخللة بالثقة العامة وتحدد الجرح الشائنة التي تمنع من التوظيف بقرار من وزير العدل).

وبغض النظر عن طبيعة ونوع المرفق الذي يعمل فيه، بمعنى أن جميع العاملين في المرافق الإدارية والاقتصادية والاجتماعية والصحية... الخ أياً كان مكانها وأياً كانت طبيعتها يخضعون للمحكمة طالما أنه ينطبق عليهم قانون العاملين. لكن هذه الأخيرة لا تختص بتأديب العاملين في النقابات المهنية والاتحادات وغيرها من المنظمات الشعبية والحزبية، لأن القضاء الإداري في سوريا لا يعتبر الجهات المذكورة هيئات إدارية وبالتالي فإن عمالها لا يعتبرون عمالاً يخضعون لقانون العاملين الأساسي حتى يشملهم اختصاص المحكمة المسلكية. فقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا السورية الاتحاد النسائي واتحاد الفلاحين والاتحاد الرياضي واتحاد طلبة سورية منظمات شعبية⁽¹⁾، كما اعتبرت في قرار آخر لها أن حزب البعث لا يدخل في شمول تعريف الجهات العامة⁽²⁾.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع السوري، وعلى خلاف عدد من المشرعين، توخى مبدأ المساواة بين جميع العاملين في خضوعهم للمحكمة المسلكية، بمعنى أن كل العاملين بغض النظر عن الفئة التي ينتمون إليها من الأولى حتى الخامسة، وبغض النظر عن المركز الوظيفي الذي يتقلده العامل (رئيس شعبة - رئيس دائرة - مدير فرعي - معاون مدير عام - مدير عام... الخ.) يبرزون جميعاً وعلى قدم المساواة أمام

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا في الدعوى 1194 / 454 / 1992 مجموعة الأحكام لعام 1992 المبدأ 6 ص. 38 "يعتبر الاتحاد النسائي منظمة شعبية"، واعتبرت المحكمة كذلك اتحاد الفلاحين والاتحاد الوطني لطلبة سوريا والاتحاد الرياضي منظمات شعبية، انظر المهائني، مصباح، (2005). *اجتهادات القضاء الإداري في 40 عامًا، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، منشورات مؤسسة النوري، دمشق*. ص. 405-412.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم 483 / 794 / لعام 1996 مجموع الأحكام لعام 1996 المبدأ 145 ص. 594 "لا يدخل حزب البعث العربي الاشتراكي في شمول تعريف الجهات الهامة الواردة في المادة 1 من القانون 1 لعام 1985 والذي أصبح القانون 50 لعام 2004.

المحكمة ودون أي تمييز من ناحية الإجراءات والمواعيد وسير الدعوى والضمانات. لم يفعل المشرع السوري كما فعل نظيره المصري بالنص على نوعين من المحاكم التأديبية حسب المستوى الوظيفي للعامل حيث وضع المشرع المصري محكمة تأديبية للعاملين في المستويات العليا ومحكمة تأديبية للعاملين في المستوى الأول والثاني والثالث مع اختلاف في التشكيل والضمانات والإجراءات⁽¹⁾.

يجب الإشارة إلى أن اختصاص المحكمة المسلكية لا ينعقد لها سوى ابتداء أي بإحالة العامل أمامها من قبل إحدى الجهات المختصة بالإحالة وليس لها أي اختصاص تعقيبي. بمعنى أن المحكمة المسلكية لا تملك النظر في الطعون في إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية التأديبية بفرض العقوبات المسلكية، ذلك أن الاختصاص بنظر دعوى إلغاء مثل هذه القرارات على غرار القرارات الإدارية النهائية ينعقد حسب الفقرة ز- من المادة 8 والمادة 13 من قانون مجلس الدولة لعام 2019 للمحكمة الإدارية⁽²⁾.

وأما بالنسبة للاختصاص المكاني للمحاكم المسلكية، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة لعام 2019 على أن يتم تحديد الاختصاص المكاني للمحاكم المسلكية بقرار من رئيس المجلس بناء على اقتراح المجلس الخاص

(1) بطيخ، رمضان، (1997). المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال فقهاً وقضاء، مرجع سابق، ص. 217-218.

(2) تنص المادة 8 من قانون مجلس الدولة لعام 2019 على أنه: يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المسائل التالية:.....ز- (الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية)، وتنص المادة 13 من ذات القانون على أنه: (تختص المحكمة الإدارية بالفصل في المسائل الآتية: 1- جميع المنازعات المنصوص عليها في البنود "ج-د-ه-و-ح-ط" من المادة "8" من هذا القانون وفي طلبات التعويض المترتبة عليها. 2- جميع المنازعات التي تنص القوانين على اختصاص المحكمة الإدارية بالنظر فيها).

حيث تم تحديد الاختصاص المكاني على الشكل التالي:

محكمة دمشق يشمل اختصاصها محافظات دمشق وريف دمشق والقنيطرة
والسويداء ودرعا

محكمة حلب يشمل اختصاصها محافظتي حلب وإدلب

محكمة حمص يشمل اختصاصها محافظتي حمص وحماة

محكمة اللاذقية يشمل اختصاصها محافظتي اللاذقية وطرطوس

محكمة دير الزور يشمل اختصاصها محافظات دير الزور والحسكة والرقبة

علماً بأن المشرع أجاز إحداث محاكم مسلكية في باقي مراكز المحافظات بمرسوم
بناء على اقتراح المجلس الخاص في مجلس الدولة.

يبدو للوهلة الأولى أن الاختصاص المكاني للمحاكم المسلكية، الذي اعتبرته المحكمة من النظام العام⁽¹⁾، لا يثير أية معضلة باعتبار أنه تم تحديد هذا الاختصاص بنصوص صريحة، لكن على الرغم من ذلك فإن تساؤلاً يطرح نفسه بإلحاح في هذا الصدد مفاده ما المقصود بالمكان الذي يتحدد بموجبه اختصاص المحكمة، هل هو مكان وقوع الذنب المسلكي أم المكان المادي لوجود المصلحة ذات الصلة بالمخالفة المسلكية التي يتبعها العامل؟ ظهر لنا من خلال دراستنا للنصوص القانونية أنها خالية من الإجابة عن هذا التساؤل كما أننا لم نعثر في أحكام المحكمة الإدارية العليا السورية على إجابة عن التساؤل المطروح. ونعتقد بأن المقصود بالمكان ليس المكان المادي لوقوع الذنب المسلكي وإنما المقصود هو مكان وجود المصلحة التي وقعت

(1) قرار المحكمة المسلكية في دمشق رقم 54 في الدعوى 67 لعام 2016 ، "الاختصاص المكاني من النظام العام"، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة 2018 ص. 755.

ضدها المخالفة التي يتبعها العامل. بناء عليه، فإنه لو ارتكب أحد العاملين مخالفة مسلكية في حلب ولكن هذه المخالفة تمس مصلحة إدارية مركزها في حمص، فإن الاختصاص التأديبي سينعقد للمحكمة المسلكية في حمص وليس في حلب. في نفس السياق، إذا تم نذب العامل أو نقله من جهة إدارية في إدلب إلى جهة إدارية في دير الزور وارتكب مخالفة مسلكية إبان نذبه أو نقله، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة المسلكية في دير الزور وليس للمحكمة المسلكية في إدلب.

يجدر التنويه إلى أنه متى انعقد الاختصاص للمحكمة المسلكية موضوعياً ومكانياً على نحو ما بينا أعلاه، فإن على المحكمة إتباع الإجراءات والقواعد التي نص عليها قانون مجلس الدولة وأن توفر للمحال جميع الضمانات التي نص عليها المشرع. وفي حال سكوت المشرع في هذا القانون عن أمر معين، فقد أحال المشرع في المادة 64 من قانون مجلس الدولة لعام 2019 القاضي المسلكي لسد النقص إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون البيئات⁽¹⁾. في نهاية الدعوى، يجب على المحكمة إصدار حكمها مسبباً بالأكثرية أو الإجماع وأن يتلى من رئيس المحكمة في جلسة علنية. ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر عن المحكمة يعد عملاً قضائياً يحمل كافة أركان الحكم القضائي، وبالتالي فإنه يقبل الطعن حسب الفقرة الأولى من المادة 16 من قانون مجلس الدولة الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا من ذوي الشأن خلال 60 يوماً من اليوم التالي لصدوره.

قبل الانتهاء، تجدر الإشارة إلى الخلاف بين طبيعة عمل السلطة الإدارية التأديبية وعمل المحاكم المسلكية والذي ينتج عنه اختلاف في الآثار فيما يتعلق بطريقة الطعن

(1) تنص المادة 64 من قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019 على أنه: "تطبق المحاكم المسلكية أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون البيئات في كل ما لم يرد عليه نص في الباب الرابع من هذا القانون".

في عمل كل منهما. إن السلطات الإدارية التأديبية تصدر قرارات إدارية لممارسة مهامها بفرض العقوبات التأديبية الخفيفة في حين أن المحكمة المسلكية تصدر أحكاماً قضائية تفرض بموجبها عقوبات تأديبية خفيفة أو شديدة. يترتب على ما سبق أن ما يصدر عن المحكمة المسلكية يقبل الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا وفق ما بيناه سابقاً، بينما يقبل ما يصدر عن السلطة الإدارية الطعن أمام المحاكم الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار الإداري في حين أن الحكم الصادر عن هذه المحاكم بإلغاء القرار الإداري التأديبي يقبل الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم. بمعنى آخر، إننا نقدم طعناً في حكم المحكمة المسلكية بينما نتقدم بدعوى مبتدئة بقرار السلطة الإدارية ومن ثم نقدم في الحكم الصادر في هذه الدعوى طعناً أمام المحكمة الإدارية العليا.

الخاتمة

بان من خلال هذا البحث أن المشرع السوري حاول التوفيق بين منطقي الفاعلية والضمان في موضوع تحديد السلطة المختصة بفرض العقوبات التأديبية. فمن جهة أولى، فقد راعى منطق الفاعلية بمنحه فرض العقوبات التأديبية الخفيفة إلى السلطة الإدارية ممثلة ببعض الرؤساء الإداريين ذلك أن المشرع لم يجد من المنطق في شيء بأن يلقي على عاتق الرئيس الإداري عبء ومسؤولية ضمان السير المنتظم للوظيفة ومرافقها دون أن يمنحه سلطات تعينه على ذلك، علماً بأن أهم هذه السلطات تتمثل في تأديب العامل المخالف لواجبات الوظيفة. من ناحية أخرى، فقد راعى منطق الضمان بمنحه صلاحية فرض العقوبات المسلكية الشديدة إلى المحاكم المسلكية التي تعتبر جهة قضائية تمنح العامل الكثير من الضمانات قبل إيقاع العقوبة بحقه. ونظراً لأن العامل المحال أمامها يتمتع بضمانات أكثر من تلك التي يتمتع بها العامل أمام الإدارة فقد أعطى المشرع لهذه المحاكم سلطة فرض العقوبات المسلكية الخفيفة أيضاً، إذ ليس من المنطق أن تعيد المحكمة العامل إلى الإدارة فيما إذا ارتأت بأن الذنب المرتكب من قبله يستأهل عقوبة خفيفة لا شديدة.

بناء على ما سبق، فإذا كانت المحكمة المسلكية لا يتصور منها أن تقع في عيب عدم الاختصاص لأن صلاحيتها التأديبية تشمل كل العقوبات التأديبية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للسلطة الإدارية حيث لا يمكنها سوى فرض العقوبات التأديبية الخفيفة. بالتالي فإذا قامت السلطة الإدارية بفرض عقوبة مسلكية شديدة، فإن تصرفها يعتبر مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم (غصب السلطة) يهوي بعملها إلى درك العمل المادي المجرد من كل قيمة ومن كل قوة قانونية لأن القضاء الإداري مستقر بأنه لا يجوز لسلطة إدارية أن تعتدي على اختصاصات السلطة القضائية. أضف إلى ذلك، فإن عيب عدم الاختصاص يمكن أن يقع داخل السلطة الإدارية لأن المشرع أخذ على

عاتقه ليس فقط مهمة تحديد العقوبات التأديبية الخفيفة وإنما حدد أيضاً الرئيس الإداري الذي يمكنه فرضها. وبالتالي فإذا فُرضت إحدى العقوبات من غير الرئيس الإداري الذي عينه المشرع فإنه يقع في عيب عدم الاختصاص البسيط الذي يعرض قراره للطعن بالإلغاء.

يجب الإشارة قبل الانتهاء من كتابة الخاتمة إلى أن السلطة التأديبية، سواء تمثلت بالإدارة أو بالقضاء، تملك سلطة تقديرية تتمكن بموجبها من اختيار العقوبة المناسبة للذنب المسلكي المرتكب شريطة عدم مبالغتها واشتراطها في ممارسة هذه السلطة وإلا عرضت نفسها لرقابة المحكمة الإدارية العليا التي استقرت على إلغاء العمل التأديبي المشوب بالمغالاة بالتقدير. يجب التنويه إلى أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة وإنما مقيدة باختيار عقوبة من العقوبات المحددة في نص القانون إذ أن العقوبات التأديبية تخضع لمبدأ لا عقوبة بدون نص ويجب عليها استعمال نفس التعبير الذي استخدمه المشرع تحت طائلة الإلغاء.

النتائج:

- لقد خالصنا من خلال بحثنا إلى جملة من النتائج التي نقدمها على الشكل التالي:
- 1- تبني المشرع السوري النظام التأديبي المختلط القائم على توزيع الاختصاص بتأديب العاملين بين السلطة الإدارية والقضاء المسلكي، واعتمد في ذلك على معيار شدة العقوبة بحيث أناط بالسلطة الإدارية فرض العقوبات الخفيفة وبالقضاء المسلكي فرض العقوبات الشديدة. وبالتالي، فإن السلطة الإدارية لا تملك سوى فرض العقوبات المسلكية الخفيفة وفي الحدود التي بينها المشرع وإلا وقع تصرفها باطلاً، بينما تملك المحكمة المسلكية فرض العقوبات الشديدة والخفيفة.
 - 2- لمسنا بأن الأوضاع الوظيفية للعامل ذات تأثير على السلطة الإدارية أو القضائية التي ستتولى محاسبته تأديبياً.

3- لقد أصبح تشكيل المحاكم المسلكية تشكياً قضائياً خالصاً بعد أن كان تشكياً مختلطاً قضائياً إدارياً.

4- يقبل حكم المحكمة المسلكية الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا، بينما يقبل قرار السلطة الإدارية الطعن أمام المحكمة الإدارية ومن ثم يمكن الطعن في حكم هذه الأخيرة أمام المحكمة الإدارية العليا.

التوصيات:

وبناء على ما ذكرناه من نتائج، نقترح التوصيات التالية:

1- ضرورة قيام المشرع بتلافي القصور بشأن عدم توشي الدقة في تحديد السلطة الإدارية المختصة بفرض عقوبات التنبيه والإنذار تحاشياً للمساوئ التي تمس الحياة الوظيفية للعامل من جراء ذلك هذا القصور. حيث ورد في نص الفقرة أ من المادة 70 من القانون رقم 50 لعام 2004 التالي: (تفرض العقوبات الخفيفة على العاملين وفق ما يلي:

عقوبتا التنبيه والإنذار من قبل أي من رؤساء العامل). ونقترح أن يكون النص كالتالي: (تفرض عقوبتا التنبيه والإنذار من قبل الرئيس الإداري الأعلى في الجهة التي تتبع لها العامل بناء على اقتراح من رئيسه المباشر).

2- ضرورة قيام المشرع بتعديل النصوص القانونية المتعلقة بالتظلم الرئاسي من العقوبات المفروضة من السلطات الإدارية بحيث يسمح بالتظلم من جميع القرارات التي تتضمن فرض عقوبات مسلكية خفيفة وعدم قصر ذلك على عقوبة الحسم من الأجر غير المفروضة من الوزير. فقد ورد في نص الفقرة د من المادة 6 من قرار مجلس الوزراء رقم 549 لعام 2005 التالي: (إذا لم يكن المرجع المختص الوزير، وكانت العقوبة غير التنبيه أو الإنذار، يقوم المرجع المختص برفع التظلم مباشرة إلى المرجع الأعلى منه.....). ونقترح أن يكون النص كالتالي: (إذا لم يكن المرجع

- المختص الوزير يقوم هذا المرجع برفع التظلم مباشرة إلى المرجع الأعلى منه.....).
- 3- نوصي بضرورة إلزام المشرع للإدارة بإصدار العقوبة ضد العامل خلال فترة زمنية معقولة وأن يضمن احترام الإدارة لهذه المدة عن طريق تبني جزاء على من يتجاوزها وذلك لما لعنصر الزمن من أهمية قصوى في حياة العامل الوظيفية ذلك أن العامل طيلة فترة الإجراءات التأديبية سيبقى مضطرب الفكر مشوش البال مما يؤثر بلا شك على عطائه ومقدرته الإنتاجية والفنية.
- 4- نوصي المشرع السوري بوضع عدد أكبر من العقوبات المسلكية الخفيفة والشديدة وذلك بقصد إعطاء هامش أكبر من السلطة التقديرية للسلطة المختصة بفرض العقوبة. ونقترح أن تكون العقوبات التأديبية الخفيفة كالتالي: (1-التنبيه 2- الإنذار 3-الحسم من الأجر حتى حد أقصى 10% لمدة لا تتجاوز السنة 4- النقل من العمل مكانياً أو وظيفياً 5-تخفيض الدرجة الوظيفية 6-حجب علاوة الترفيع نهائياً أو تأخيرها من سنة إلى سنتين 7-الوقف احتياطياً عن العمل لمدة لا تتجاوز ستة أشهر). أما بالبنسبة للعقوبات الشديدة، نقترح التالي: (1-الوقف عن العمل كلياً تلازماً مع قطع الراتب لمدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز السنتين 2-تنزيل الفئة الوظيفية 3- النقل إلى وظيفة أخرى في جهة غدارية أخرى 4-التسريح التأديبي (العزل) 5-الطرد من الوظيفة 6-الاقصاء النهائي من الوظيفة).

قائمة المراجع العربية

- أبو السعود، محمود (1998). *نظرية التأديب في الوظيفة العامة*، مطبعة الايمان، القاهرة.
- العجارمة، نوفان العقيل (2007). *سلطة تأديب الموظف العام - دراسة مقارنة -* [رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية]. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- العتوم، منصور (1984). *المسؤولية التأديبية للموظف العام*، [رسالة دكتوراه، جامعة دمشق]. مطبعة الشرق، عمان.
- الغويري، أحمد (1995). *ضمانات التأديب الرئاسية في نظام الخدمة المدنية الأردني* رقم 1 لسنة 1988، دراسة مقارنة- مجلة مؤته، 10(1)، ص. 110، الأردن.
- الصروخ، مليكة (1983). *سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة والقضاء*، دراسة مقارنة- [رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس]. مطبعة الجبلاوي، مصر.
- المهايبي، مصباح (2005). *اجتهادات القضاء الإداري في 40 عامًا، مبادئ القانون الإداري*، الجزء الأول، منشورات مؤسسة النوري، دمشق.
- بطيخ، رمضان (1994). *الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة*، دار النهضة العربية، القاهرة.
- بطيخ، رمضان (1999). *المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام فقها وقضائاً*، دار النهضة العربية، القاهرة.
- جمال الدين، سامي (1992). *قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية*، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حسن، عبد الفتاح (1964). *التأديب في الوظيفة العامة*، دار النهضة العربية، القاهرة.

- سلوم، صبحي (2005). شرح القانون الأساسي للعاملين في الدولة، الجزء الأول، بلا دار نشر، دمشق.
- صالح، محمود (1995). شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- عرنوس، غسان سليم (2012). مبدأ التلازم بين السلطة والمسؤولية في النظم السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق.
- عبدالبر، عبد الفتاح (1978). الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة – دراسة مقارنة – [رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة].
- عبدالوهاب، محمد رفعت (2005). القضاء الإداري الكتاب الثاني، قضاء الإلغاء – قضاء التعويض وأصول الإجراءات، منشورات الحلبي الحقوقية.
- عرب، وليد (2021). القانون الإداري "النشاط الإداري" الجامعة السورية الافتراضية، دمشق.
- عطية، نعيم (1980). تعليق بعنوان "عرض لأحكام المحكمة الإدارية العليا" تعليق على حكم، مجلة العلوم الإدارية س 33 (1)، ص. 194،
- نحيلي، سعيد، والحسن، عيسى (2007). القانون الإداري "النشاط الإداري"، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب.
- نوح، مهند (2010). التأديب الإداري، الموسوعة القانونية المتخصصة، منشورات هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ص 61.

أحكام قضائية:

المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 1/225 في الطعن 4434 لعام 2008،
مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من عام 2005-2009. ص.
709.

المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 1/791 في الطعن رقم 4828 لعام 2009،
مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من عام 2005-2009.
ص.717.

المحكمة المسلكية بدمشق، القرار رقم 213 لعام 2015 في الدعوى أساس 261 لعام
2015 المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم
مجلس الدولة 2018، ص.723.

المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 1248 في الدعوى رقم 31-2 لعام 2000.
المحكمة الإدارية العليا السورية، قرار رقم 1892/555 لعام 1996 مجموعة المبادئ
القانونية العامة للمحكمة لعام 1996 ص.450.

المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 236، قضية 359 لعام 1974، مجموعة
المبادئ القانونية لعام 1974 ص 385.

المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 102/52 لعام 1970 مجموعة الأحكام
القضائية لعام 1970، ص.49.

المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 1194 / 454 / 1992 مجموعة الأحكام
القضائية لعام 1992 المبدأ 6 ص.38.

المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 483 / 794 / لعام 1996 مجموع الأحكام
القضائية لعام 1996 المبدأ 145 ص.594.

المحكمة المسلكية في دمشق، قرار رقم 54 في الدعوى 67 لعام 2016، المجموعة
الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة 2018،
ص 755.

قائمة المراجع الاجنبية

- Auby, (J.M) drago (R). (1962). *traité du contentieux administratif*, Tome 3,
Revu internationale de droit comparé, Paris, P. 218.
- Chapus, R. (2001). *Droit administratif général*, Tome 2, 15^e édition, Paris,
Montchrestien.
- De Visscher .P (1965). *Faut-il juridictionaliser la fonction disciplinaire*,
R.J.D.A. p.244.
- Koenig .P (1973). *La fonction publique en Allemagne fédérale*, PUF, Paris.
- Plantey, A. (1971). *Traité pratique de la fonction publique*, Tome II, Librairie
générale de droit et de jurisprudence, Paris.

تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النيابة في التعاقد

دراسة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

د. بيير مالميه

أستاذ مشارك في القانون المدني،
كلية القانون، جامعة عجمان

تاريخ القبول: 2024/05/24م

د. هالة نصار

أستاذ مساعد في القانون المدني،
كلية القانون، جامعة عجمان

تاريخ التسليم: 2024/05/16م

Adapting Voluntary agency as an application of the representation in contracting A study in the UAE Civil Transactions Law

Dr. Pierre Mallet

Associate Professor in
Civil Law, College of Law,
Ajman University

Dr. Hala Nassar

Assistant Professor in Civil
Law, College of Law,
Ajman University

المخلص:

يركز البحث على خصوصية مفهوم الفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وتحديد التكييف القانوني الدقيق للفضالة استناداً إلى تأثير الفقه الإسلامي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، واختلاف هذا المفهوم عن المفهوم المُتبنى للفضالة في بقية التشريعات الوضعية، ولا سيما في كل من القانون المدني المصري، والقانون المدني الفرنسي.

يعتمد البحث المنهج التحليلي القائم على تحليل نصوص المواد القانونية المتعلقة بالفضالة في قانون المعاملات المدنية للوصول إلى تحديد مفهوم الفضالة في هذا القانون، وشروط قيامها، ومن ثم استعمال المنهج المقارن للقيام بمقارنة النتائج المتوصل إليها مع مفهوم الفضالة في القوانين المقارنة محل الدراسة.

يهدف البحث إلى إبراز خصوصية معالجة المشرع الإماراتي لفكرة الفضالة الأمر الذي سيسمح للقارئ بالتعرف على المفهوم الحقيقي للفضالة في القانون الإماراتي واقتراجه الكبير من فكرة النيابة الظاهرة، وهو الأمر الذي يمكن أن يسترعي انتباه المشرع وهو بصدد إصدار قانون جديد للمعاملات المدنية، فيقوم بمعالجة الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيق الوكالة الظاهرة إن أراد الاحتفاظ بدور الفقه الإسلامي في المعاملات المالية، أو إجراء التعديلات اللازمة لتصبح الفضالة في القانون الإماراتي مشابهة في مفهومها لما جاء في بقية التشريعات المقارنة.

الكلمات المفتاحية: الفضالة، الوكالة الظاهرة، الفعل النافع، الفقه الإسلامي،

الفضولي

Summary:

The research focuses on the specificity of the concept of Voluntary agency in the UAE Civil Transactions Law, and determining the precise legal adaptation of Voluntary agency based on the influence of Islamic jurisprudence on the UAE Civil Transactions Law, in addition to examining the differences between this concept and the concept used throughout the statutory legislation, especially in the Egyptian Civil Code and the French civil Code.

The research adopts an analytical approach based on analyzing the texts of the legal articles related to Voluntary agency in the Civil Transactions Law to arrive at defining the concept of Voluntary agency in this law, and the conditions for its establishment, and then using a comparative approach to compare the results obtained with the notion of Voluntary agency in the comparative laws examined.

The research aims to highlight the specificity of the Emirati legislator's treatment of the idea of Voluntary agency, which will provide the reader with a better understanding of the true concept of Voluntary agency in Emirati law and its close ties to the evident concept of prosecution. This is something that might attract the legislator's attention when he is considering the issue of issuing a new civil transaction law, which is why Voluntary agency is treated as an application by the legislator. From applying the apparent agency if he wishes to preserve the role of Islamic jurisprudence in financial transactions, or making necessary amendments so that the jurisprudence in UAE law becomes similar in its concept to what is stated in the rest of the comparative legislation.

Keyword: Voluntary agency, apparent agency, Acts conferring a benefit, Islamic jurisprudence, the voluntary agent

المقدمة

أولاً: التعريف بالبحث:

تتضمن المعاملات المالية بين الأفراد بطبيعتها فكرة إثراء شخص مقابل افتقار شخص آخر، وذلك بالنظر لما قد يحصل عليه كل طرف في العلاقة التعاقدية من منافع. ومن حيث المبدأ فإنّ هذا النقل للأموال بين الذمم المالية يكون مبرراً من الناحية القانونية باعتباره قد تم بالاستناد إلى آلية مشروعة يعترف بها القانون ويوفّر لها الحماية والمشروعية. فتؤدي الهبة على سبيل المثال إلى افتقار الواهب، وإثراء المهوب له، ولكن هذا الإثراء هو إثراء مبرر لكونه مستنداً لعقد الهبة.

يحدث في بعض الأحيان أن يُثري شخص مقابل افتقار شخص آخر بدون أن يكون ذلك مبرراً بموجب سببٍ قانونيٍّ، كما لو قام شخص بتلقي أموال على حسابه المصرفي من شخص آخر دون أي سببٍ قانونيٍّ فيُثري المتلقي مقابل افتقار من قام بتحويل المبلغ المالي. وبالتالي فإن الواقعة التي يترتب عنها إثراء شخص بسبب افتقار شخص آخر بدون وجود ما يبرر هذا الإثراء قانوناً يسمى بالفعل النافع، ويعتبره القانون مصدرراً من مصادر الالتزام باعتباره يترتب في ذمة المثري التزاماً بإعادة ما تلقاه من منافع إلى المفتقر. وبكلام آخر يُصبح المثري مديناً برد ما تلقاه بدون مبرر قانوني، ويغدو المفتقر دائماً بتنفيذ ذلك من قبل المثري⁽¹⁾.

ويُسمى الفعل النافع أيضاً بالإثراء بلا سبب وبالكسب بلا سبب، وانقسم فقهاء القانون الوضعي في مسألة أخذ الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر

(1) بيير مالميه، هالة نصار، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2024، ص. 297 ما يلها.

الالتزام، فمنهم من يرى بأن الفقه الإسلامي لا يعترف بالإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام إلا في حدود ضيقة، ويرى البعض الآخر بأن الفقه الإسلامي يعترف بالفعل النافع كمبدأ عام وقاعدة كلية⁽¹⁾.

ويعتبر المشرع الإماراتي الفعل النافع مصدراً من مصادر الالتزام في المادة 124 من قانون المعاملات المدنية، وقام بتنظيمه في المادة من 318 إلى المادة 336 من قانون المعاملات المدنية، وقسم هذا الفصل الذي جاء بعنوان الفعل النافع إلى أربع فروع تناولت على التوالي الكسب بلا سبب، وقبض غير المستحق، والفضالة، وقضاء دين الغير.

وتناول المشرع الإماراتي أحكام الفضالة في المواد من 325 إلى المادة 332 من قانون المعاملات المدنية، بحيث قام بتنظيم شروط قيام الفضالة، وآثارها، وقد اتبع المشرع الإماراتي في الفضالة منهجاً مختلفاً عن بقية التشريعات الوضعية الأمر الذي دفعنا إلى البحث في خصوصية مفهوم الفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

ثانياً: مشكلة الدراسة وأهميتها:

يتميز قانون المعاملات المدنية الإماراتي بتأثره الواضح بأحكام الفقه الإسلامي الأمر الذي جعله متميزاً عن بقية القوانين الوضعية في العديد من الأحكام المتعلقة بمصادر الالتزام وآثاره. وإذا كانت القوانين الوضعية قد اعترفت بالفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات الفعل النافع فإن المشرع الإماراتي لم يخرج عن هذه القاعدة إلا أنه وبالنظر لتأثره بأحكام الفقه الإسلامي فقد تبنى مفهوماً خاصاً للفضالة.

فإذا كانت التشريعات الوضعية كالقانون المدني المصري الذي اكتفى بأن يكون تدخل

(1) عضيد عزت حمد وآخرون، الإثراء بلا سبب والفضالة في القانون المدني العراقي، المجلة الجزائرية للعلوم السياسية والعلاقات الدولية، المجلد 13، العدد 19، ديسمبر 2022، ص. 59.

الفضولي في شأن عاجل، وكالقانون المدني الفرنسي الذي لم يتحدث عن مسألة الضرورة أو الشأن العاجل عند قيام الفضولي بالفعل النافع، فإنّ قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد اشترط في تدخل الفضولي أن يكون مقروناً بإذن القاضي، أو يقتضيه العرف، أو تقتضيه الضرورة.

وهذا الأمر دفعنا إلى صياغة الإشكالية التالية: هل تعتبر الفضالة فعلاً تطبيقاً من تطبيقات الفعل النافع وفقاً للمفهوم الوارد لها في قانون المعاملات المدنية، أم أنها أكثر صلة بفكرة النيابة في التعاقد. وبالتالي فإن الإجابة عن هذا التساؤل يقتضي منا البحث في تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النيابة في التعاقد.

ثالثاً: أهداف الدراسة:

نظم المشرع الإماراتي أحكام الفضالة في الفرع الثالث (الفضالة) من الفصل الرابع (الفعل النافع) في المواد من (325) إلى (332) من قانون المعاملات المدنية، واعتبر الفضالة تطبيقاً من تطبيقات الفعل النافع (الكسب بلا سبب)، وقد أحدث هذا الموقف خلافاً فقهياً بين شراح القانون المدني، فالبعض ينكر ذلك، و يرى أن الفضالة نظام قائم بذاته وليس تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب، وهذا الأمر أدى إلى الاختلاف في تأسيس الفضالة؛ فالبعض أسس الفضالة على نظرية العقد، والبعض الآخر أسسها على نظرية الوكالة الظاهرة، وجانب آخر بناها على أساس الإرادة المنفردة، فدعت الحاجة إلى تحديد مركز الفضالة من مصادر الحقوق الشخصية، وذلك بعد تحديد الطبيعة القانونية لها وإيجاد التأصيل القانوني السليم لها.

تهدف دراسة موضوع الفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وغيره من القوانين الوضعية إلى الوقوف على فكرة الفضالة والإحاطة بها بشكل عام، وتحليل النصوص القانونية والقواعد الفقهية النازمة لها. ومن ثم الاستناد على النتائج التي نتوصل إليها لبيان خصوصية الفضالة في التشريع الإماراتي وتقديم بعض التوصيات

التي يمكن أن تساهم في معالجة الفضالة في موضعها الصحيح في قانون المعاملات المدنية، أو إجراء التعديلات الضرورية لتصبح الفضالة في القانون الإماراتي تطبيقاً من تطبيقات الفعل النافع كما هو الحال في بقية التشريعات المقارنة.

رابعاً: منهج البحث:

سنتبع في دراسة إشكالية البحث المنهج التحليلي وذلك بهدف تحليل النصوص القانونية في محاولة لإيجاد التكييف القانوني الدقيق لفكرة الفضالة في قانون المعاملات المدنية، وكذلك سنلجأ إلى استخدام المنهج المقارن بهدف مقارنة النتائج التي نتوصل إليها بعد تحليل النصوص القانونية في قانون المعاملات المدنية واستعراض نقاط التشابه والاختلاف مع بقية القوانين المقارنة محل الدراسة.

وسنقوم بمناقشة أفكار البحث عن طريق تقسيم الخطة إلى مطلبين رئيسيين بحيث سنبحث في تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب في المطلب الأول، ثم سنقوم بدراسة تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النيابة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب

يُقصد بالفضالة قيام شخص يسمّى الفضولي بعمل نافع لشخص آخر يسمى ربّ العمل، دون أن يكون ملزماً بالعمل أو منهياً عنه، وبالتالي فإنّ الفضالة بهذا المعنى تتضمن خروجاً عن المبدأ العام الذي يقوم على فكرة قيام الشخص بالتصرف في حقوقه وأمواله بنفسه وعدم جواز تدخل الآخرين في شؤونه بدون رضاه، وهي بهذا المعنى تعني التفضّل لا التطفل⁽¹⁾. والفضولي في الفقه الإسلامي هو من يتصرف في شؤون غيره، دون أن يكون له ولاية للقيام بالتصرف، أو هو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي كأن يبيع أو يشتري ملك الغير بدون تفويض، أو يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل⁽²⁾. وعرفت المذكرة الإيضاحية الفضالة بأنها القيام بشأن نافع للغير بدون أمره⁽³⁾.

والأصل أن للشخص الحرية في ممارسة حقوقه والتصرف بأمواله، ولا يجوز لأحد التدخل في شؤونه دون موافقته. ولكن القانون يجيز التدخل في شؤون الغير دون علم هذا الأخير في حالات محددة، متى دعت الضرورة والحاجة لذلك، حفاظاً على مصالحه وحفظاً لأمواله، ومن هذه الأحوال حالة "الفضالة".

تتطلب الفضالة تقليدياً توافر بعض الشروط التي لا تقوم الفضالة إلا بتوافرها، فيجب أن يقوم الفضولي بعمل نافع لحساب صاحب العمل، ويجب أن يتجه قصد

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام: العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981، رقم. 868، ص. 1041.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، 2017، ص. 3013.

(3) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وزارة العدل، 2015، ص. 336.

الفضولي إلى القيام بالعمل لصالح صاحب العمل، ويجب أن يكون تدخل الفضولي بدون أمر صاحب العمل ولكن بمسوغ مشروع، ويجب أخيراً أن يكون الفضولي متمتعاً بالأهلية المطلوبة بحسب طبيعة العمل⁽¹⁾. ومتى قامت الفضالة مكتملة الأركان والشروط رتبت آثارها على طرفيها، فيلتزم الفضولي بإتمام العمل الذي بدأه، وأن يبذل عناية الرجل المعتاد، وإبلاغ ربّ العمل، وتقديم حساب له مقابل التزام ربّ العمل بتنفيذ التعهدات التي أبرمها الفضولي، وردّ النفقات التي تكبدها، وإعطائه أجراً متى كان العمل ضمن مهنته⁽²⁾.

وإذا كانت التشريعات المقارنة تتفق مع التشريع الإماراتي في أغلب الشروط السابقة اللازمة لقيام الفضالة فإن الاختلاف الجوهرى يكمن في الركن القانونى الواجب توافره لقيام الفضالة، والذي يرتبط في قانون المعاملات المدنية الإماراتية بشكل جوهرى بفكرة الولاية المستمدة من الفقه الإسلامى، وعليه فسنبقى بدراسة مفهوم الركن القانونى للفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتى في الفرع الأول، ثم سنتطرق لدور الولاية في صحة التصرفات القانونية في الفرع الثانى.

الفرع الأول مفهوم الركن القانونى للفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتى

تنص المادة 325 من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على أنه: "من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذن به القاضى، أو أوجبه ضرورة، أو قضى به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه، وتسرى عليه الأحكام التالية".

(1) بىر مالیه، هالة نصار، مرجع سابق، ص. 314 وما يليها.

(2) نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 وما بعدها للتقنين المدنى الفرنسى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022، ص. 524 وما يليها.

وبالتالي فإنّ هذا المادة تضع الخطوط العريضة للركن القانوني للفضالة بحيث يجب أن يكون قيام الفضولي بالفعل النافع بدون طلب من صاحب العمل، ولكن بالمقابل يجب أن يكون مستنداً إلى إذن من القاضي، أو جاء بشأن عاجل لحساب صاحب العمل، أو قضى به عرف. ويشكّل هذا الشرط معيار التمييز بين مفهوم الفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ومفهوم الفضالة في القوانين المقارنة كالقانون المدني المصري، والقانون المدني الفرنسي. فتُعرّف الفضالة في القانون المدني المصري وفقاً لما تنص عليه المادة 188 الفضالة على أنها: "أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك". ويُعرفها المشرع الفرنسي في المادة 1301 من القانون المدني الفرنسي بأنها: "كل من قام، دون أن يطلب منه ذلك، بإدارة أعمال شخص آخر عن علم وبشكل مفيد، دون علم أو معارضة صاحب العمل، يخضع، في إنجاز التصرفات القانونية والمادية لإدارته، لجميع التزامات الوكيل".

فالقانون المدني المصري يكتفي بأن يكون مبرر التدخل هو حالة الاستعجال، أما القانون المدني الفرنسي فلا يتطلب مبرراً لهذا التدخل فيكفي أن يكون مفيداً لصاحب العمل وبدون علمه. لكن الفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي جاءت بمفهوم مختلف فهي وإن كانت تشترك مع القانونين السابقين في وجوب قيام الفضولي بالتدخل من تلقاء نفسه بدون طلب صاحب العمل، فإنها تختلف عنهم في أنها اشترطت أن يأتي هذا التدخل بناءً على إذن القاضي، أو بسبب الضرورة، أو بحسب العرف.

أولاً: المسوغ القانوني للفضالة في القانون المصري والقانون الفرنسي:

يشترط القانون المدني المصري، وفقاً لما ورد في المادة 188 منه، لقيام الفضالة أن يقوم الفضولي بالقيام بعمل ضروري في أي شأن من الشؤون التي ما كان صاحب العمل سيتوانى عن القيام بها لو كان موجوداً. وبناء عليه، فلا يكفي في العمل الذي

يقوم به الفضولي أن يكون مفيداً أو نافعاً لصاحب العمل، فلا يريد المشرع أن يوقر الغطاء القانوني للأفراد للتدخل في شؤون الآخرين وإنما يرغب في أن يكون هذا التدخل مبرراً بحالة الضرورة وفي أضيق الحدود⁽¹⁾.

وإذا لم يتوافر في عمل الفضولي شروط الضرورة والاستعجال فلا يمكن إلزام صاحب العمل بتعويض الفضولي أو رد ما تحمله من خسائر مالية، كأن يقوم الفضولي ببناء إنشآت في أرض مملوكة لصاحب العمل ليتمكن الفضولي من استغلال الأرض بزراعتها، أو إذا قام الفضولي بشراء أرض لأنه يعتقد بأنّ هذا التعاقد سيكون في مصلحة شخص آخر، ففي هذين المثالين السابقين لا يمكن القول بقيام الفضالة لعدم توافر شرط الضرورة، ولا يمكن إلزام صاحب العمل برد ما أثرى به وفقاً لأحكام الفضالة⁽²⁾.

ووفقاً للمادة 1372 من القانون المدني الفرنسي لا تقوم الفضالة إلا إذا كان تدخل الفضولي طوعياً وبدون أي مبرر قانوني، فالفضولي يجب أن يتدخل بدون أن تكون له أي صفة قانونية، وبدون أن يكون ملزماً بالقيام بهذا التدخل. وبناء عليه، فالفضولي هو الشخص الذي يقوم بالعمل المادي، أو التصرف القانوني لمصلحة الغير بدون أن يكون ملزماً اتفاقياً، أو قانونياً، أو قضائياً، وعليه فالوكيل، والولي، والوصي لا يعتبرون فضوليين بل نواباً⁽³⁾.

ويجب أن يتدخل الفضولي اختياريّاً ومن تلقاء نفسه، وبدون أن يكون هناك طلب أو أمر من صاحب العمل، فإذا استطاع صاحب العمل أن يثبت بأن الفضولي قد

(1) نبيل إبراهيم سعيد، مرجع سابق، ص. 527.

(2) المرجع السابق.

(3) F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 11e édition, 2013, p. 1092.

اقترح عليه القيام بالعمل أو التصرف القانوني فإنه يكون قد أبرم عقداً معه وبالتالي لا يصح اللجوء للفضالة كمصدر من مصادر الالتزام. ولا يعتبر تدخل من يدعي الفضالة من قبيل ذلك إذا أبدى صاحب العمل اعتراضه على عمل الفضولي أو تصرفه القانوني⁽¹⁾. ويجب أن يكون دافع الفضولي في قيامه بالعمل المادي أو التصرف القانوني هو النية الخالصة في تقديم خدمة أو منفعة لصاحب العمل، ويجب أن يكون هذا التدخل نافعاً لصاحب العمل.

وبناء على ما سبق فلم يشترط القانون المدني الفرنسي أن يتوافر أي مسوغ قانوني لتدخل الفضولي، فلا يشترط وجود عرف، أو إذن من القاضي، أو حالة استعجال، وإنما يجب فقط أن يكون التدخل لمنفعة صاحب العمل، وبدون طلب منه، ويهدف تقديم منفعة له بدون أي يستند على أي سبب قانوني، أو اتفاقي، أو قضائي⁽²⁾.

ثانياً: المسوغ القانوني في قانون المعاملات المدنية الإماراتي:

يستطيع الفضولي وفقاً للقانون الإماراتي أن يدعي أنه قام بعمل نافع لشخص آخر، وبالتالي يطالبه بما أنفقه من أموال، أو ما تكبده من خسائر عندما يتوافر المسوغ الشرعي الذي نص عليه القانون، ويتوافر المسوغ الشرعي في تصرف الفضولي وفقاً لنص المادة 325 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي في إحدى الحالات الثلاث التالية:

الحالة الأولى: الحصول على إذن القاضي: يجب على الفضولي، وحتى يصح رجوعه على صاحب العمل أن يحصل بداية على ترخيص من القاضي، فيكتسب

(1) F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, op.cit., p. 1092.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ, 10e édition, p. 599.

صفة النائب ثم يباشر التصرف، أو العمل المادي لمصلحة الغير، كمن يريد تجنب صديق أو قريب من الحبس بدين لغيره فيطلب إذن القاضي لسداد مبلغ الدين فيوافق القاضي، ففي هذه الحالة وحدها يصح رجوع من دفع مبلغ الدين على المدين على أساس الفضالة، أما لو ذهب من تلقاء نفسه ودفع مبلغ الدين للدائن فلا يستطيع الرجوع على المدين لأنه قام بذلك بدون المسوغ القانوني المنصوص عليه في المادة 325، وعليه فإنه يعتبر متبرعاً⁽¹⁾.

الحالة الثانية: وجود حالة الضرورة: يستطيع الفضولي أن يبرر رجوعه على صاحب العمل أيضاً إذا استطاع أن يُثبت بأنّ النيابة التي اكتسبها قبل القيام بالتصرف أو العمل هي نيابة بحكم الضرورة، كما لو أثبت الفضولي بأنّ الأضرار الجسدية وما أعقبها من أضرار مالية كان بسبب حالة الاستعجال الذي دفعته إلى إطفاء حريق نشب في محل جاره التجاري ولم يكن يستطيع الانتظار حتى تتدخل السلطات العامة، وفي حال عدم ثبوت حالة الضرورة فيعتبر تدخله تبرعياً. أما لو استطاع أن يثبت حالة الضرورة فإنه في هذه الحالة يستطيع الرجوع على صاحب المحل التجاري ليطالبه بما دفعه من نفقات التنقل، والعلاج، والرعاية غير ذلك من النفقات التي تحملها بسبب تدخله في إطفاء الحريق⁽²⁾.

الحالة الثالثة: قبول العرف لتدخل الفضولي: يستطيع الفضولي أن يبرر رجوعه على صاحب العمل أيضاً إذا استطاع أن يُثبت بأنّ النيابة التي اكتسبها قبل القيام بالتصرف أو العمل هي نيابة بحكم العرف، كمن يتدخل لإنقاذ طفل عالق في سيارة والدته فيصاب بضرر جسدي بسبب هذا التدخل، فيحق له أن يعود على صاحب

(1) المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق، ص. 337.

(2) بيير ماليه، هالة نصار، مرجع سابق، ص. 314 وما يلها.

العمل إن شاء ذلك، فالأعراف الاجتماعية والبعد الأخلاقي يبرر هذا التدخل. ويضاف للمسوغات القانونية السابقة التي اشترطها المشرع الإماراتي لقيام الركن القانوني في الفضالة، أنّ المشرع الإماراتي أخرج الفضالة من إطار الفعل النافع باعتباره مصدراً قائماً بنفسه لإنشاء الالتزامات في ذمة المدين عندما اعتبر الفضولي نائباً وعليه فإن ما يسمح بعودة المُفتقر في حالة الفضالة على المُتري هو كونه نائباً عن صاحب العمل لا بوصفه فضولياً، فقد نص المشرع الإماراتي صراحة في المادة 325 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن: الفضولي يعتبر نائباً عن صاحب العمل.

يُفترض في الفضالة باعتبارها تطبيقاً من تطبيقات الفعل النافع أو الكسب بلا سبب أن تكون بحد ذاتها السبب الذي يبرر رجوع الفضولي على صاحب العمل، ولكن المشرع الإماراتي لم يسمح له بهذا الرجوع المباشر، وإنما اشترط أن يكتسب الفضولي بداية وصف النائب حتى يتمكن من الرجوع على صاحب العمل، ولا يكتسب الفضولي صفة النائب إلا إذا توافر المسوغ القانوني وفقاً للحالات السابقة، وبذلك لم يعتبر المشرع الإماراتي الفضالة مصدراً من مصادر الالتزام القائمة بحد ذاتها بل تطبيقاً من تطبيقات النيابة في التعاقد لأن الالتزام لا ينشأ في ذمة صاحب العمل إلا إذا توافر في الفضولي صفة النائب بداية.

وبذلك يختلف القانون الإماراتي عن القانون المدني المصري في أن هذا الأخير اعتبر الفضالة مصدراً مستقلاً للالتزام بحد ذاته، فينشأ الالتزام في ذمة صاحب العمل بمجرد توافر حالة الضرورة في عمل الفضولي، ولا يشترط أن يكتسب صفة النائب بداية. وبناءً على ذلك، فإن المشرع المصري يشترط نشوء الالتزام بداية في ذمة صاحب العمل ثم يلجأ لأحكام النيابة انتهاءً كإطار تنظيمي للفضالة وليس كشرط لمطالبة الفضولي لصاحب العمل.

وبناء على ما سبق فإن مفهوم الفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي يتسم بالخصوصية والاختلاف عن المفهوم التقليدي المتبنى في بقية التشريعات المقارنة وذلك لأن الفضالة بمفهومها التقليدي تقتضي أن شخصاً قد كان في موقف دفعه تلقائياً للتدخل والقيام بالعمل بحيث لم تكن لديه خيارات متعددة في هذا الشأن، وبالتالي فيحق له أن يطالب صاحب العمل برد ما أثرى به. أما القانون الإماراتي فإنه يبتعد عن هذا المفهوم التقليدي للفضالة، فاشتراط توافر عرف، أو إذن قضائي يجعل من الفضولي شخصاً مخيراً بين عدة خيارات وبالتالي لا يكون من الناحية النظرية مجبراً على القيام بالتصرف الذي يطلب تعويضه عنه. وسندرس في الفرع الثاني السبب المبرر لتبني المشرع الإماراتي هذا المفهوم الخاص للفضالة.

الفرع الثاني

دور الولاية في توافر المسوغ القانوني للفضالة

يعود السبب في تبني المشرع الإماراتي لهذا المفهوم ذو الطبيعة الخاصة للفضالة في أن قانون المعاملات المدنية قد تأثر بما جاء في الفقه الإسلامي، فالتزام صاحب العمل تجاه الفضولي وفقاً لهذا الفقه هو بسبب النيابة، والنيابة كما قد تكون اتفاقية، في حالة الوكالة، فإنها قد تكون بحكم الشارع، أو بحكم العرف، أو بحكم الضرورة⁽¹⁾. فلا يستطيع الشخص في الفقه الإسلامي إنشاء العقود وإنجاز الأعمال المادية لا في حق نفسه ولا في حق الغير إذا لم يكن يملك الولاية للقيام بذلك، ولذلك فلا يمكن ضمان تصرف الفضولي من قبل صاحب العمل إلا إذا كانت له الولاية في هذا التصرف، ولا يكتسب هذه الولاية إلا بالحالات الثلاث التي أشار إليها المشرع في المادة 325 من قانون المعاملات المدنية.

(1) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص. 27.

وفي صحة تصرفات الفضولي والعقود التي يبرمها رأيان للفقهاء يمكن تلخيصه كما يلي:

الرأي الأول وهو رأي الحنفية والمالكية، ووفقاً لهذا الرأي تنعقد تصرفات الفضولي صحيحة، لكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن، وهو من صدر التصرف لأجله، إن أجازته نفذ، وإن رده بطل، واستدلوا على رأيهم بما يلي:

الدليل الأول: ما جاء في القرآن الكريم بخصوص مشروعية البيع، مثل قوله تعالى: {وأحل الله البيع} (1)، والفضولي شخص كامل الأهلية، وبالتالي فإنّ أعمال عقده أولى من إهماله، وقد يكون العقد في مصلحة المالك، وليس فيه أي ضرر بأحد وبكافة الأحوال يستطيع المالك أن يرفض العقد إن لم يجد فيه فائدة.

الدليل الثاني: ما روي عن النبي صلّى الله عليه وسلم أنه أعطى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به شاة، فاشتري شاتين بالدينار، وباع إحداهما بدينار، وجاء للنبي صلّى الله عليه وسلم بدينار وشاة، فقال له «بارك الله لك في صفقة يمينك»، فشاء الشاة الثانية وبيعها لم يكن بإذن النبي عليه السلام، وهو عمل فضولي جائز بدليل إقرار الرسول له (2).

والرأي الثاني هو رأي الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، ووفقاً لهذا الرأي يكون تصرف الفضولي باطلاً ولا يصح، ولو أجازه صاحب الشأن، لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تجعله الإجازة موجوداً (3). واستدلوا على هذا الرأي بما يلي:

(1) سورة البقرة 2/275.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص. 3014.

(3) المرجع السابق.

الدليل الأول: إنّ تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملك، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه منه عنده شرعاً، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه عندهم، وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» أي ما ليس مملوكاً لك⁽¹⁾.

الدليل الثاني: لا يعترف الشرع بأي تصرف إلا بتوافر الولاية والأهلية عند العاقد، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك أو بالإذن من المالك، والفضولي ليس مالكاً لما يتصرف فيه، ولا مأذوناً له من المالك بالتصرف، فلا يكون لتصرفه وجود شرعاً، ولا يترتب عليه أي أثر⁽²⁾.

وقد أخذ قانون المعاملات المدنية في المواد 325 وما يليها برأي الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، فلم يسمح برجوع الفضولي على صاحب العمل إلا إذا كانت له ولاية التصرف بالمال، ولذلك فقد اشترط أن يكتسب النائب صفة النائب بحكم قضائي مسبق، أو بموجب العرف، أو بمقتضى الضرورة كما يفهم من تعريف الفضالة الوارد في المادة 325 من قانون المعاملات المدنية.

وبالتالي فهذا يجعلنا نتساءل فيما إذا كانت الفضالة بالمعنى التي جاءت فيه في قانون المعاملات المدنية يصح اعتبارها تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب، أم هي في الحقيقة صورة من صور النيابة التي يمكن تسميتها بنياحة الواقع، فوفقاً للمعنى الذي جاءت فيه الفضالة في هذا القانون لا يصح رجوع الفضولي على صاحب العمل إلا إذا ثبت بداية بأنه قام بتصرفه أو عمله المادي بناءً على نيابة قضائية أو نيابة فرضها الواقع. وحتى عندما يشترط المشرع حالة الضرورة كمسوغ قانوني للقيام

(1) نيل الأوطار: 5/157، سبل السلام: 3/16.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص. 3015.

بالعمل المادي أو التصرف القانوني، فإنه يسمح للفضولي بالعودة على صاحب العمل باعتباره نائباً لا فضولياً، وبالتالي فإن النيابة التي يكتسبها الفضولي بإذن القاضي، أو بحكم العرف، أو بحكم الضرورة هي التي تبرر رجوعه على صاحب العمل، وليس كونه فضولياً بحد ذاته.

ونعتقد بأن الفضالة وفقاً لما سبق أكثر قرباً لفكرة النيابة في التعاقد من فكرة الكسب بلا سبب، ولذلك فالأصلح دراسته في الجزء الخاص بالنيابة في التعاقد، أو تعديل نص المادة 325 لتصبح الفضالة مشابهة لمفهومها في القانون المصري أو القانون الفرنسي وبالتالي يصح اعتبارها تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب.

المطلب الثاني

: تكييف الفضالة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النيابة

إنّ الأصل في إجراء المعاملات المالية يتلخص في أن الشخص يجب أن يجري معاملاته المالية بنفسه، ويمثل ذلك مبدأً أساسياً في المعاملات المالية في جميع القوانين المقارنة. ويعزى هذا المبدأ إلى الشخصية القانونية للفرد، وحقه في إبرام العقود بشكل مباشر دون وساطة أو تدخل شخص آخر. ومع ذلك، فإن هناك حالات يكون فيها الشخص غير قادر على إجراء المعاملات بنفسه، مما يستدعي التعاقد بالنيابة. وبناء عليه فقد يتم تفويض شخص آخر للتعاقد بالنيابة. ويُطلق على هذا الشخص المتعاقد نائباً، بينما يُشار إلى الشخص الذي يتعاقد النائب لحسابه بأنه الأصيل. والنيابة هي حلول إرادة النائب في تصرف قانوني محل إرادة الأصيل، كما لو كانت الإرادة صدرت من الأصيل⁽¹⁾. وقد أجاز قانون المعاملات المدنية فكرة النيابة في المادة 149 بقوله: "يكون التعاقد بالأصالة ويجوز أن يكون بطريق النيابة ما لم يقض القانون بغير ذلك".

وإذا كانت الفضالة بمفهومها التقليدي تستدعي تدخل شخص من تلقاء نفسه، وبدون طلب من المستفيد من الفضالة فإن النيابة لا تقوم إلا إذا وجد لها مصدر قانوني يعطي المشروعية لإجراء التصرف القانوني من قبل شخص آخر غير صاحب المصلحة.

وباعتبار أن الفضالة وفقاً لنص المادة 325 من قانون المعاملات المدنية تقتضي توافر المصدر القانوني المبرر لتدخل الفضولي والتي تتمثل في الإذن القضائي، أو العرف، أو الضرورة فإنّ مفهوم الفضالة بهذا الشكل يقترب كثيراً من فكرة النيابة في التعاقد الأمر الذي يقتضي دراسة مفهوم النيابة في التعاقد، وهو ما سنبحثه في الفرع

(1) عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2000، ط. 2، ص. 98.

الأول، وبناء على دراسة مفهوم النيابة في التعاقد سنقوم بتوضيح مدى انطباق النيابة في التعاقد على الفضالة، وهو ما سنبحثه في الفرع الثاني.

الفرع الأول مفهوم النيابة في التعاقد

سندرس في هذا الفرع مفهوم النيابة في التعاقد ثم سنتطرق لشروط النيابة في التعاقد على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم النيابة في التعاقد:

تعرف النيابة عموماً على أنها قيام شخص مقام شخص آخر في إجراء التصرف القانوني، ومقتضاه أن يقوم شخص ثالث يُسمى النائب بإبرام تصرف باسم الأصيل، وتنصرف آثاره إلى الأصيل كما لو كان هو من أبرم التصرف القانوني. ووفقاً للمادة 153 من قانون المعاملات المدنية فإذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن أحكام هذا العقد وما ينشأ عنه من حقوق (التزامات) تضاف إلى الأصيل.

ولم يكن القانون الروماني يعترف بهذا الأثر المباشر للنيابة، بل لم يكن يعترف بألية النيابة المعروفة في أيامنا هذه، فلم تكن الوكالة إلا علاقة ضيقة بين الوكيل والغير من ناحية، والموكل والوكيل من ناحية أخرى، فليس من علاقة بين الموكل والغير⁽¹⁾. فكان هناك عقدان: الأول بين الموكل والوكيل، والثاني بين الوكيل والغير دون أن تقوم العلاقة المباشرة بين الموكل والغير على أساس هذه العلاقة. ورغم اختلاف وجهات النظر بين الفقهاء، فإن بعض المذاهب تأخذ بطبيعة النيابة كما هي معروفة في أيامنا هذه، حيث يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل بالفقه

(1) علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2015، ص. 134.

الشافعي مثل النظريات الحديثة، على خلاف الحنفية التي ترى أنّ حكم العقد يرجع إلى الموكل أما حقوق العقد فللموكل⁽¹⁾.

وعلى خلاف ذلك فقد عني الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه بفكرة النيابة خاصة من خلال مؤسستي الولاية والوكالة، وتدخل النيابة في باب التعاون على البر والتقوى لما فيها من فضائل. وثبتت مشروعيتها كتاباً وسنة، كما ثبت عن النبي ﷺ التوكيل في الزواج وقضاء الدين، وإثبات الحدود، واستيفائها وغير ذلك⁽²⁾.

وتنقسم النيابة بحسب المصدر الذي يجعل الشخص نائباً إلى نيابة قانونية، فتصرف الصبي غير المميز الدائر بين النفع والضرر موقوف على إجازة الولي. أي أن الولي هو النائب عن القاصر في إجازة هذه التصرفات ومن أنشأ هذه النيابة هو القانون وفقاً لنص المادة 159 من قانون المعاملات المدنية، وقد تكون النيابة قضائية عندما تأتي بقرار من القاضي فالنائب في هذه الحالة يستمد سلطاته من قرار القاضي كما هو حال الحارس القضائي، كما هو الحال في المادة 1001 من قانون المعاملات المدنية والتي تنص على أنه: إذا لم يتفق أطراف النزاع على شخص الحارس تولى القاضي تعيينه. وقد تكون النيابة اتفافية عندما يكون مصدرها العقد المبرم بين الأصيل والنائب وهذا العقد هو الذي يحدد سلطات النائب ومثال ذلك عقد الوكالة، وهو ما نصت عليه المادة 150 من قانون المعاملات المدنية، والتي تؤكد بأن نطاق سلطة النائب يتحدد بموجب سند الإنابة الصادر من الأصيل عندما تكون النيابة اتفافية، كما يحدد القانون تلك السلطة إذا كانت النيابة قانونية.

(1) سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1977، ص. 164 وما بعدها.

(2) سيد سابق، المرجع السابق، ص. 163 وما بعدها.

وبالنسبة للنائب فلا يلزمه العقد الذي أجراه في شيء، ولا يحق للنائب أن يتمسك بأثار العقد الذي أبرمه بصفته نائباً، ولا سبيل للنائب أو المتعاقد معه أن يرجع كل منهما على الآخر فيما يُنشئه العقد من حقوق والتزامات.

ثانياً: شروط النيابة في التعاقد:

لا تقوم النيابة صحيحة إلا إذا أبرم النائب العقد بصفته نائباً لا أصيلاً، وأن تحلّ إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وألا يتجاوز النائب حدود نيابته.

1. أن يبرم النائب العقد بصفته نائباً لا أصيلاً:

تنص المادة 154 من قانون المعاملات المدنية على أنه: "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب". ووفقاً لنص المادة السابقة فيتوجب على النائب أن يبين للمتعاقد الآخر وقت إبرام العقد بأنه يبرم العقد بصفته نائباً لا أصيلاً وإلا فلن تنتقل آثار العقد إلى ذمة الأصيل، فعليه على سبيل المثال أن يعلن بأنه وكيل، أو وصي، أو قيم، ولا يشترط أن يُعلن النائب اسم الأصيل⁽¹⁾.

ومع مراعاة نص المادة السابقة فقد وضع المشرع بعض الاستثناءات من هذا الشرط والتي قد أوردها في نص المادة 154 على النحو الآتي:

(1) إذا كان المتعاقد يعلم حتماً من خلال ظروف التعاقد بأنه يتعاقد مع النائب عن الأصيل، أي أن المتعاقد الآخر مقتنع تماماً بأن من يتعاقد معه هو نائب يتمتع بالسلطة القانونية لإبرام العقد، كمن يريد أن يشتري عقاراً من صغير ومعه

(1) السهوري، مرجع سابق، ص. 213.

شخص راشد يُسَيَّر شؤونه فبالنسبة للمتعاقد هو يتعامل مع الولي أو الوصي في أموال القاصر، أو كمن يبيع للخادم فيفترض علمه حتماً بأن الخادم يشتري نيابة عن مخدومه وهو ما يسميه الفقه الفرنسي بالنيابة الظاهرة⁽¹⁾.

(2) إذا كان يستوي عند من تعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب مثل من يشتري سلعة من عامل في متجر، أو من يتعامل مع موظفي المصارف.

إذا لم يعلن النائب وقت إبرام العقد، فيما عدا الحالتين السابقتين، عن صفته كنائب فلا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل كما لا ينصرف إلى النائب لأنه لم يتعاقد لحساب نفسه، وبالتالي فلا ينعقد العقد، ويرجع الغير على النائب بالتعويض إذا أصابه ضرر وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

2. حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

تنص المادة 152 من قانون المعاملات المدنية على أنه: 1- إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها. 2- ومع ذلك إذا كان النائب وكلياً يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض أن يعلمها".

ووفقاً لنص المادة السابقة يجب أن يكون دور النائب جوهرياً في عملية التعاقد، وذلك بأن يُساهم بنفسه في إبرام التصرف القانوني، وإلا انتفت النيابة، فحتى يعتبر المتعاقد نائباً وتنصرف آثار العقد إلى الأصيل فيجب أن يُشارك في بناء العقد من

(1) محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم 1349 لسنة 2009 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 01-2010-31، الجزء 1، ص. 101.

(2) عبد الناصر العطار، مرجع سابق، ص. 100.

خلال التفاوض فيكون دوره في تكوين العقد أساسياً، وقد يقتصر دوره على تكوين جزء من العقد كالتفاوض على الثمن. أما إذا اقتضت إرادة النائب على مجرد نقل رغبات وتعليمات الأصيل فإنه يكون رسولاً لا نائباً، فالرسول يتكلم بلسان الأصيل بينما يتكلم النائب بإرادته الشخصية بالنيابة عن الأصيل⁽¹⁾.

3. أن يتقيد النائب بحدود نيابته:

تنص المادة 153 من قانون المعاملات المدنية على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن أحكام هذا العقد وما ينشأ عنه من حقوق (التزامات) تضاف إلى الأصيل". وتضيف المادة (155 معاملات مدنية) بأنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه النائب يضاف إلى الأصيل أو خلفائه".

وبناءً على ما سبق يجب أن يلتزم النائب بحدود النيابة المرسومة في المصدر الذي أنشأ هذه النيابة كالاتفاق، أو القانون، أو حكم القاضي بحسب نوع النيابة. فإذا تجاوز النائب حدود نيابته فإن التصرف لا ينفذ في حق الأصيل إلا إذا أجازته لاحقاً، فإن أجازته نفذ في حقه لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق وفقاً لما تنص عليه المادة 930 من قانون المعاملات المدنية. كما لو كانت النيابة تسمح للنائب بشراء منزل فاشترى الوكيل المنزل والمفروشات التي فيه، فلا ينفذ في حق الأصيل إلا شراء العقار أما المفروشات فلا تنفذ إلا إذا أجازها الأصيل لاحقاً، وقد تكون الإجازة صريحة أو ضمنية. وإذا لم يُجز الأصيل تصرفات النائب التي تجاوز فيها حدود نيابته فلا ينعقد العقد لا في حق الأصيل لتجاوز النائب حدود النيابة ولا في حق النائب لأنه لم يبرم العقد لنفسه بل لحساب الأصيل، ويستوي في ذلك أن يكون النائب حسن النية أو سيء

(1) المرجع السابق، ص. 102.

النية، وللغير في هذه الحالة الرجوع على النائب بالتعويض على أساس المسؤولية عن الفعل الضار ما لم يكن يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بأن النائب قد تجاوز حدود نيابته⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق فلا يكون تصرف النائب صحيحاً إلا إذا كان مستنداً بداية لمصدر اعترف به القانون، وقد يكون هذا المصدر هو اتفاق الطرفين، النائب والاصليل، أو قد يكون حكم القاضي، أو نص القانون. في حين أن الفضالة بمفهومها التقليدي تقوم على فكرة التدخل التلقائي من الفضولي بدون أن يُطلب منه ذلك، وبدون أن يكون هناك مسوغ قانوني لتدخله.

الفرع الثاني

انطباق شروط النيابة في التعاقد على الفضالة

سندرس في هذا الفرع مدى انطباق شروط النيابة القضائية على الفضالة، ثم سنتناول مدى انطباق مفهوم الوكالة الظاهرة على الفضالة على النحو الآتي:

أولاً: انطباق النيابة القضائية على الفضالة:

أظهرت الدراسة السابقة بأنّ الفضالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي لا تقوم على فكرة التدخل التلقائي المجرد من أي طلب أو أي أمر، وإنما يجب أن تستند على إذن القاضي، أو العرف، أو الضرورة. ورأينا بأنّ النيابة في التعاقد لا تقوم إلا بناء على مصدر محدد اعترف به القانون كالاتفاق، أو القانون، أو الحكم القضائي. وبهذه الصورة فإنّ النائب لا يكتسب هذا الوصف إلا إذا توافر المسوغ القانوني، وهو ما يتشابه مع حالة الفضولي الذي يحتاج، ليكتسب وصف النائب وفقاً لنص المادة 325 من قانون المعاملات المدنية، أن يتوافر المسوغ القانوني الذي أشرنا إليه سابقاً.

(1) عبد الناصر العطار، مرجع سابق، ص. 106.

فتتفق الفضالة مع النيابة في أنهما لا يصحان في بعض الحالات إلا بتوافر إذن قضائي يأخذ شكل الحكم القضائي، فالحارس القضائي، والقيم، والوصي، وأمين التفليسة يتولون إجراء التصرفات القانونية نيابة عن الأصيل استناداً للحكم القضائي الذي أعطاه المشروعية القانونية، والأمر نفسه ينطبق على إحدى حالات الفضالة في قانون المعاملات المدنية وفقاً للمادة 325 فلا تصح مطالبة صاحب العمل من قبل الفضولي إلا إذا كان قد حصل على إذن مسبق من قبل القاضي بالقيام بالعمل، أو بإجراء التصرف القانوني. وبناء عليه ففي كلا الحالتين يعتبر الطرف الثالث الذي يتدخل بين الأصيل والغير نائباً بناء على إذن القضاء.

ثانياً: انطباق الوكالة الظاهرة على الفضالة:

طوّر الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي مفهوم الوكالة الظاهرة، وتعرف هذه النظرية بأنها نظرية ابتدعها الاجتهاد القضائي يتم بموجبها الاعتداد بظاهر الحال لترتيب آثار قانونية تجاه الغير نظراً لاعتقادهم المشروع بصحة التمثيل القانوني للنائب بالرغم من مخالفة ذلك للواقع الفعلي⁽¹⁾.

وتعالجها المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي، وتتمثل في الحالة التي يُقدم شخص ما على التعاقد مع آخر بناء على اعتقاد كامل بأنه يتعاقد مع شخص يمتلك الصلاحيات، والاختصاص لإتمام هذا التعاقد حتى لو لم يكن الأمر كذلك في واقع الأمر⁽²⁾.

(1) Cornu G., Vocabulaire juridique, 11ème édition, 2016, « Apparence (théorie de l') », p. 70.

(2) David Gantschnig, La théorie de l'apparence dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Droit et Ville, 2016/1, (N° 81), p. 149.

وبموجب هذه النظرية يمكن البناء على ظاهر الحال في ترتيب آثار قانونية محددة، ووفقاً لهذه النظرية فيحق للطرف الثالث الذي تعاقد مع النائب الظاهر أن يطالب الأصيل بتحمل الالتزامات القانونية التي ترتبت عن عملية التعاقد، ولا يمكن للأصيل إذا ما توافرت شروط حالة الوكالة الظاهرة أن يتهرب من الالتزامات الذي انتقلت إليه، ويمتنع عن الوفاء بها.

تتفق الفضالة بمفهومها المعتمد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي في الحالة التي يكون تدخل الفضولي فيها مبرراً بموجب العرف أو الضرورة مع النيابة في التعاقد نظراً لتشابهها الكبير مع حالة الوكالة الظاهرة التي نصت عليها المادة 154 من قانون المعاملات المدنية إذ تنص هذه المادة على أنه: "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب". وبناء عليه فيجب على النائب أن يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً لا أصيلاً حتى تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل، فيجب أن يعلن بأنه وكيل، أو وصي، أو قيم، ولا يشترط أن يُعلن النائب اسم الأصيل⁽¹⁾.

وبناء عليه، فالأصل أنه يجب أن يعلن النائب عن صفته كنائب، ولا تقوم النيابة الاتفاقية إلا بهذا الإعلان، ولكن المشرع نص في المادة 154 على حالة الوكالة الظاهرة⁽²⁾ إذ تنصرف بموجبها آثار العقد إلى الأصيل بالرغم من أن النائب لم يعلن عن صفته كنائب، فإذا كان المتعاقد يعلم حتماً من خلال ظروف التعاقد بأنه يتعاقد مع النائب

(1) السهوري، مرجع سابق، ص. 213.

(2) محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم 1349 لسنة 2009 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 01-2010-31، الجزء 1، ص. 101.

عن الأصيل، أي أن المتعاقد الآخر مقتنع تماماً بأن من يتعاقد معه هو نائب يتمتع بالسلطة القانونية لإبرام العقد، كمن يريد أن يشتري عقاراً من صغير ومعه شخص راشد يُسَيِّر شؤونه فبالنسبة للمتعاقد هو يتعامل مع الولي أو الوصي في أموال القاصر، أو كمن يبيع للخادم فيفترض علمه حتماً بأن الخادم يشتري نيابة عن مخدومه وهو ما يسميه الفقه الفرنسي بالنيابة الظاهرة.

وبناء على ما سبق فإن الفضولي الذي يتصرف بمقتضى العرف أو الضرورة تصرفاً قانونياً، أو يقوم بعمل مادي لمصلحة صاحب العمل، فهو في علاقته مع الغير ووفقاً للوضع الظاهر ليس إلا نائباً ظاهرياً يتصرف بكل مشروعية، لأنه يتصرف في إطار العرف الذي يسمح له بإنجاز العمل، أو إبرام التصرف، فالجار الذي يتعاقد مع مقاول لإصلاح جدار حديقة منزل جاره الغائب هو بالنسبة للمقاول نائب ظاهري عن صاب الجدار، ولن يساور المقاول أي شك بأن هذا الجار ينوب عن صاحب الجدار في التعاقد معه، وهذه النيابة الظاهرية التي تولدت في ذهن المقاول هي ما تبرر التزام صاحب العمل بالوفاء بقيمة العقد لأن الجار تصرف وكأنه نائب عنه.

وخلاصة القول: أن الفضالة في كل من القانونين الفرنسي والمصري تعتبر مصدراً للالتزام قائماً بحد ذاته، فينشأ الالتزام في ذمة صاحب العمل بداية بالفضالة، ثم تنطبق أحكام النيابة عليها لتنظيم عملية استيفاء الحقوق بين الأطراف أصحاب المصلحة. أما قانون المعاملات المدنية ووفقاً لنص المادة 325 فإنه لا يحق للفضولي العودة على صاحب العمل إلا إذا ان اكتسباً لصفة النائب عند قيامه بالعمل أو بالتصرف القانوني، وعليه فإن النيابة هنا لم تكن مجرد أمر لاحق لتنظيم استيفاء الحقوق بين الأطراف أصحاب المصلحة، وإنما كانت هي المبرر القانوني لعودة الفضولي على صاحب العمل.

فالفضولي وفقاً للمفهوم التقليدي لا يكتسب حقوقاً إذا طبقنا عليه نص المادة 325 من قانون المعاملات المدنية طالما أن تدخله لم يكن مبرراً بإذن قضائي، أو بعرف، أو بحالة ضرورة، وعليه فهو لا يكتسب حقوقاً إلا إذا اكتسب صفة النائب لحظة قيامه بالعمل أو إنجازه العمل المادي. أما الفضولي في القانون الفرنسي والمصري فإنه يحتفظ بهذه الصفة إلى حين استيفاء حقوقه، ولا يحتاج أن يكتسب وصف النيابة لتحصيل هذه الحقوق.

خاتمة:

تأثر قانون المعاملات المدنية بشكل كبير بأحكام الفقه الإسلامي الأمر الذي أدى إلى اختلاف أحكام هذا القانون بشكل كبير عن بقية التشريعات المقارنة كالقانون المدني الفرنسي، والقانون المدني المصري. ويظهر هذا الاختلاف في الكثير من الموضوعات المتعلقة بمصادر الالتزام الإرادية، وغير الإرادية كالأحكام الخاصة بانعقاد العقد ولا سيما محل العقد، وكذلك ما يتعلق بأحكام المسؤولية عن الفعل الضار.

إنّ تأثر قانون المعاملات المدنية بأحكام الفقه الإسلامي أدى بشكل واضح إلى تبني مفهوم خاص للفضالة، ويبدو هذا المفهوم مختلفاً بشكل كبير عن مفهوم الفضالة في التشريعات المقارنة، فالفضالة وإن كانت في جوهرها تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب، أو الإثراء بلا سبب في كافة التشريعات إلا أنّ شروط قيامها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي منحتمها مفهوماً خاصاً متميزاً عن مفهوم الفضالة في بقية التشريعات.

إنّ تكييف تدخل شخص ما لمصلحة شخص آخر كفضولي في قانون المعاملات المدنية يقتضي أن يحصل هذا الشخص على إذن مسبق من القاضي، أو أن يكون تدخله مبرراً بالعرف، أو بحالة الضرورة، في الوقت الذي يكتسب هذا الشخص وصف الفضولي في القانون المدني المصري إذا كان تدخله مبرراً بحالة الضرورة، ولم يشترط القانون المدني الفرنسي أي شرط خاص لاكتساب وصف الفضولي.

إنّ هذا المفهوم المختلف للفضالة دفعنا إلى محاولة البحث في إمكانية تكييف الفضالة على أنها تطبيق من تطبيقات النيابة في التعاقد، وليس بوصفها تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب. فالفضالة في شكلها التقليدي هي تطبيق من تطبيقات الكسب بلا سبب، ويعد الفضولي مصدر الرجوع على صاحب العمل ومطالبته باسترداد ما أنفقته، أو بمطالبته بالتعويض في أنّ صاحب العمل قد حقق كسباً بدون سبب لأنّ الفضولي قد تدخل بدون أي مسوغ قانوني، ولذلك فهي تخرج من نطاق

العلاقات التعاقدية وتدخل ضمن نطاق مصادر الالتزام غير الإرادية. وباعتبار أن المشرع الإماراتي قد اشترط الحصول على إذن القاضي، أو التبرير بالعرف أو بحالة الضرورة فقد أعطى الفضالة مفهوماً خاصاً جعله يقترب كثيراً من فكرة التعاقد، وبشكل أخص فكرة النيابة في التعاقد. فالفضالة بالمفهوم التقليدي تستدعي عدم وجود مسوغ قانوني لتدخل الفضولي وإلا ما كانت تطبيقاً من تطبيقات المصادر غير الإرادية للالتزام، ولكن المشرع الإماراتي اشترط لقيام الفضالة توافر مسوغ قانوني فاتجه بذلك اتجاهاً معاكساً تماماً.

وفي نهاية البحث يمكننا تقديم بعض النتائج والتوصيات:

النتائج:

1. تعتبر الفضالة استثناءً من المبدأ العام الذي يقوم على وجوب قيام الشخص بالتصرف في حقوقه، وأمواله بنفسه، وعدم جواز تدخل الآخرين في شؤونه بدون رضاه.
2. إنّ تكييف العمل، أو التصرف القانوني على أنه فضالة يقتضي قيام شخص كامل الأهلية يسمى الفضولي بعمل نافع لحساب صاحب العمل بدون طلب أو أمر من صاحب العمل ولكن بمسوغ مشروع.
3. يشترط قانون المعاملات المدنية لقيام الفضالة استناد تدخل الفضولي على مبرر مشروع يتمثل في الإذن السابق من القاضي، أو جاء بشأن عاجل لحساب صاحب العمل، أو قضى به عرف.
4. يكتفي القانون المدني المصري لتكييف الواقعة على أنها فضالة أن يكون مبرر التدخل هو حالة الاستعجال، أما القانون المدني الفرنسي فلا يتطلب مبرراً لهذا التدخل فيكفي أن يكون مفيداً لصاحب العمل وبدون علمه.

5. يختلف موقف المشرع الإماراتي فيما يتعلق بالفضالة عن موقف التشريع المقارن في أنّ الفضولي في التشريع الإماراتي لا يكتسب هذا الوصف إلا إذا اكتسب بداية وصف النائب في حين أن التشريعات المقارنة تمنح وصف الفضولي للمدعي، ثم تُلزمه انتهاءً بالتزامات الوكيل.
6. إنّ ظهور البطالة في التشريع الإماراتي بمظهر مختلف عن بقية التشريعات يعود إلى تأثر هذا القانون بما جاء في الفقه الإسلامي، فالتزام صاحب العمل تجاه الفضولي وفقاً لهذا الفقه هو بسبب النيابة، والنيابة كما قد تكون اتفاقية، في حالة الوكالة، فإنها قد تكون بحكم الشارع، أو بحكم العرف، أو بحكم الضرورة.
7. تُعرف النيابة على أنها قيام شخص مقام شخص آخر في إجراء التصرف القانوني، ومقتضاه أن يقوم شخص ثالث يُسمى النائب بإبرام تصرف باسم الأصل، وتنصرف آثاره إلى الأصل كما لو كان هو من أبرم التصرف القانوني.
8. يشترط في النيابة حتى تكون صحيحة أن يُبرم النائب العقد بصفته نائباً لا أصيلاً، وأن تحلَّ إرادة النائب محل إرادة الأصل، وألا يتجاوز النائب حدود نيابته.
9. تقترب الفضالة في شروط قيامها مع النيابة في التعاقد في أنهما لا يصحان في بعض الحالات إلا بتوافر إذن قضائي يأخذ شكل الحكم القضائي وهو ما يسمى النيابة القضائية، كما تقترب الفضالة من فكرة النيابة في التعاقد في الحالة التي يكون تدخل الفضولي فيها مبرراً بموجب العرف أو الضرورة مع النيابة في التعاقد نظراً لتشابهها الكبير مع حالة الوكالة الظاهرة.

التوصيات:

وستقتصر توصيتنا الوحيدة على ضرورة إعادة النظر في الأحكام القانونية الواردة في قانون المعاملات المدنية وبشكل خاص تلك المتعلقة بالفضالة، وخاصة أنّ المشرع الإماراتي بصدد إصدار قانون جديد للمعاملات المدنية، ونوصي بأن يتم تبني صياغة جديدة للفضالة بحيث تكون أكثر اقتراباً من مفهوم الفضالة المتعارف عليه في التشريعات المقارنة، وبالشكل الذي يجعله بالفعل تطبيقاً من تطبيقات الكسب بلا سبب وبالتالي يصبح مبرراً تنظيم هذا التطبيق ضمن المصادر غير الإرادية للالتزام.

ونقترح أن يتم تبني الصياغة التالية في تعريف الفضالة:

1. الفضالة هي تدخل شخص من تلقاء نفسه للقيام بتصرف قانوني، أو بفعل مادي نافع للغير على أن يكون هذا التدخل ضرورياً.
2. إذا توافرت الشروط السابقة، فإن الفضولي يلتزم بالتزامات الوكيل المنصوص عليها في هذا القانون.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

- 1) بدير مالمية، هالة نصار، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2024.
- 2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، 2017.
- 3) سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1977.
- 4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام: العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981.
- 5) عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 2000.
- 6) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
- 7) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وزارة العدل، 2015.
- 8) علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2015.
- 9) نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 وما بعدها للثقتين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022.

2- الأبحاث القانونية:

(10) عضيد عزت حمد وآخرون، الإثراء بلا سبب والفضالة في القانون المدني العراقي، المجلة الجزائرية للعلوم السياسية والعلاقات الدولية، المجلد 13، العدد 19، ديسمبر 2022، ص. 59.

3- القرارات القضائية:

(11) محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم 1349 لسنة 2009 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 31-01-2010، الجزء 1، ص. 101.

(12) محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم 1349 لسنة 2009 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 31-01-2010، الجزء 1، ص. 101.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- 1) Cornu G., Vocabulaire juridique, 11ème édition, 2016.
- 2) Gantschnig D., La théorie de l'apparence dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Droit et Ville, 2016/1, N° 81, p. 149.
- 3) Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., Droit des obligations, LGDJ, 10^e édition, 2018.
- 4) Terre F., Simler Ph., Lequette Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, 11^e édition, 2013.

رسوم الاشتراك

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهماً

في دول الخليج:

السعودية: عشرون ريالاً، قطر: عشرون ريالاً، الكويت: ديناران، البحرين: ديناران،

عُمان: ريالان

الوطن العربي:

سبعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	35 درهماً	40 درهماً	20 دولار	سنة واحدة
مؤسسات	60 درهماً	50 درهماً	25 دولار	سنة واحدة

يُدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

1- شيك مصرفي لصالح مجلة العلوم القانونية مسحوب على أحد المصارف العاملة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

2- تحويل مصرفي لحساب كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة.

رقم الحساب (IBAN): AE170330000010493141592

سويفت كود BOMLAED: ويرسل صورة من إيصال التحويل إلى المجلة.



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

Journal of Legal Sciences

Tenth year - Twentieth Issue - July 2024

E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

A semi-annual scientific journal concerned with legal and Sharia studies

International numbering ISSN: 2707-1073

- ▶ **The Legal and Sharia Rooting of Retirement Pension Entitlement**
Dr. Saleh Saeed Ali BaOwdhan
- ▶ **Termination of the smart contract created on the blockchain by unilateral intention**
Researcher: Rashid Nasir Abushibs & Dr. Raghid Abdulhamid Fattal
- ▶ **The Problems of contracting in trade via Metaverse** (An inductive analytical study in light of UAE law)
Sendia Rashid AlHammadi & Prof. Imad Eldin Abdul Hau
- ▶ **A comparative study of the administrative contract with individual will**
Dr.Ahmed Hassan Abdel Alim Hassan
- ▶ **The competent Authorities to impose disciplinary sanctions in accordance with the Syrian basic Functionaries law in the State**
Dr.Walid Akel Arab Dr.Hamoud Moh Jouma Tannar
- ▶ **Adapting Voluntary agency as an application of the representation in contracting** (A study in the UAE Civil Transactions Law)
Dr. Pierre Mallet Dr. Hala Nassar

Issued by the College of Law - Ajman University - the United Arab Emirates

P.O Box: 346 Ajman, United Arab Emirates, Tel: 0097167056202 or 0097167056325. Fax: 0097167056270