

مجلة العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة الأولى - العدد الأول: صفر ١٤٣٤ هـ - يناير ٢٠١٣ م

مجلة إلكترونية دورية علمية محكمة تعني بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية



• مفهوم الرهن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

أ.د. محمد المرسي زهرة

• قواعد فرض الضريبة دراسة مقارنة بنظام الزكاة في الإسلام

أ.د. السيد عطية عبد الواحد

• الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها

د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي
و د. مصطفى أبو العينين

• حدود الرقابة على دستورية القوانين ومفهوم المحكمة في القضاء الدستوري

أ.د. مصطفى عبد المقصود سليم

• حكم التعامل بالأسهم على ضوء الممارسة والتطبيق

د. عبد العظيم أبوزيد

• ضبط صفة العقد محدد أو غير محدد المدة في القانون الفرنسي (باللغة الفرنسية)

د. رغيد عبد الحميد فتال

مجلة العلوم القانونية - مجلة علمية إلكترونية دورية محكمة
(نصف سنوية) تقبل النشر باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية،
ترمي إلى الإسهام في تطوير المعرفة ونشرها، وذلك بنشر البحوث
والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية، وتعتبر المجلة سجلاً وثائقياً
للبحوث والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية.

الهيئة الاستشارية للمجلة

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

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

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع لمنظمة المؤتمر
الإسلامي - أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور / محمد المرسى زهرة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة عين شمس
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
عميد كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

أهداف المجلة: تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

- ١- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والإقتصادية على المستويين المحلي والإقليمي.
- ٢- تنمية القدرة على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
- ٣- التعاون مع كليات القانون والشريعة والحقوق على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- ٤- تدعيم التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
- ٥- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة: تعنى المجلة بنشر ما يلي:

- ١- البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص.
- ٢- البحوث والدراسات المعنية بالفقه الاسلامي.
- ٣- البحوث والدراسات النقدية التي تتصل بالإصدارات في مجالات التخصص التي تعنى بها المجلة.
- ٤- البحوث والدراسات العلمية المعنية بمعالجة المشكلات المعاصرة والقضايا المستجدة في مجال الشريعة والقانون والإقتصاد.
- ٥- البحوث والدراسات العلمية التي تساهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية.

قواعد النشر في المجلة:

- ١- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لم تبد المجلة رأيها - بعد - في البحث.
- ٢- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى (أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى) بعد قبوله للنشر في المجلة إلاّ بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- ٣- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث ، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.
- ٤- ألا يكون البحث مستلماً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل على أي صورة من صور النشر.
- ٥- ألا يتجاوز حجم البحث خمسين صفحة إلاّ إذا اقتضى ذلك الحفاظ على وحدة البحث.
- ٦- على الباحث أن يختتم بحثه بخاتمة يبين فيها أهم النتائج التي توصل إليها. وكذلك التوصيات التي يراها.
- ٧- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسة والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (١٦) ، وحجم (١٤) للنصوص في المتن. وبحجم (١٢) للهوامش في أسفل كل صفحة. ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة ١,٥ بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- ٨- تكون الحواشي ٢,٥ سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- ٩- أن يراعي في التهميش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
ب. أن ترقيم هوامش كل صفحة على حده. ويراعي في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.



- ت. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
- ث. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الهجائي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- ١٠- يقدم البحث في نسخة إلكترونية مع مراعاة التدقيق اللغوي.
- ١١- يقدم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة، وملخص للبحث في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية.
- ١٢- يتم عرض البحث - على نحو سري - على محكمين من ذوي الكفاءة من يقع عليهم اختيار المجلة.
- ١٣- تخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:
- أ. يخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
- ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
- ت. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يعاد البحث لصاحبه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
- ١٤- يعتذر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
- ١٥- أصول البحوث المقدمة للمجلة لا ترد سواءً نشرت أو لم تنشر.
- ١٦- ما ينشر في المجلة من آراء تعبر عن أفكار أصحابها ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة أو الجامعة.
- ١٧- يمنح الباحث نسخة إلكترونية تحتوي على: بحثه المنشور، والعدد الذي نشر فيه البحث كاملاً، كل في ملف مستقل.
- ١٨- توجه جميع المراسلات باسم عميد كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، على البريد الإلكتروني الآتي: lawmagazine@ajman.ac.ae

الأشياء المطلوب تسليمها:

- ١- طلب بنشر البحث.
- ٢- تقدم البحوث وجميع المراسلات الإلكترونية من خلال البريد الإلكتروني المبين.

ص. ب.: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة، هاتف: ٩٧١ ٦٧٠٥ ٦١٣١ أو ٩٧١ ٦٧٠٥ ٦٤٤١
فاكس: ٩٧١ ٦٧٠٥ ٦٢٧٠، البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

law.ajman.ac.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الصادق الأمين وعلى جميع الأنبياء والمرسلين، وبعد...

تقدم كلية القانون بشبكة جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا إصدارها الأول من « مجلة العلوم القانونية » وهي مجلة علمية إلكترونية دورية محكمة (نصف سنوية) تقبل النشر باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية، وتعنى بنشر البحوث والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية.

وتستهل المجلة إصداراتها بستة بحوث، خمسة منها باللغة العربية، والسادس باللغة الفرنسية، وتتوزع بين تخصصات الفقه الإسلامي والقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري والاقتصاد، مع المقارنة في بعضها بالفقه الإسلامي.

أول هذه البحوث جاء تحت عنوان « مفهوم الرهن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي » يبين الباحث من خلاله أن الرهن لم يظهر في القانون الوضعي فجأة بالشكل الذي عليه الآن، وإنما تطور مع الزمن من حيث أنواعه أو من حيث أحكامه، أما في الفقه الإسلامي فقد كان الرهن معروفاً لدى العرب قبل ظهور الإسلام. وعندما جاء الإسلام وجد أنظمة مختلفة منها ما ألغاه ومنها ما أبقاه بعد تعديله وتهذيبه لما فيه من نفع للناس. ولم يكن الفقه الإسلامي يعرف سوى الرهن الحيازي (المقبوض)، أما الرهن التأميني (الرسمي) فلم تظهر فكرته إلا لدى التأخرين من فقهاء المسلمين. وإذا كان الرهن يهدف - أياً كان نوعه - إلى ضمان حصول الدائن الممتاز على حقه، فإن الرهن الحيازي يختلف في أحكامه عن الرهن التأميني. ولعل أهم فارق بينهما يتمثل في أن الراهن في الرهن التأميني لا يتحرر من حيازة العقار المرهون على عكس الرهن الحيازي، مع ما يترتب على ذلك من أحكام. وإذا كان البعض قد اعترض على مشروعية الرهن التأميني في الفقه الإسلامي، إلا أن الرأي الراجح قد انتهى إلى مشروعيته نظراً لما يحققه من فوائد كثيرة تحفظ حق الدائن المرتهن دون ضرورة تجرد الراهن من حيازة المال المرهون.

أما البحث الثاني فقد جاء تحت عنوان « قواعد فرض الضريبة دراسة مقارنة بنظام الزكاة في الإسلام » ويستهدف هذا البحث التعريف بقواعد فرض الضريبة كما عرفتھا المالية المعاصرة، ثم عقد المقارنة بينها وبين ما هو ثابت في الفكر الإسلامي لنقف على حقيقة جوهرية وهي مدى سبق الإسلام في اعتناق هذه القواعد والتأسيس لها بأدلة

شرعية متعددة. إن القواعد التي أرساها الإسلام في مجال فرض الزكاة إنما هي قواعد مظللة بظلال أليفة تغرس المودة بين أفراد المجتمع بعضهم وبعض، وكذلك بين أفراد المجتمع والدولة. كذلك فإن تشريع الزكاة قد تأسس على نحو يحترم الآداب النفسية والاجتماعية والأخلاقية لأفراد المجتمع. وإذا أمعنا الفكر في هذا الإعجاز الإلهي في قواعد فرض الزكاة وخصيلها وطبيعة الأموال التي تفرض عليها. وبمقارنة كل ذلك بما هو سائد في النظم الضريبية المعاصرة، فسنتيقن تماماً في سمو تشريع الزكاة على نحو لا يمكن أن تصل إليه التشريعات الضريبية المعاصرة وحتى ترسخ القناعات الإيمانية بمدي عمق هذا الإعجاز الإلهي العظيم. وبالجمله فإن هذه القواعد تحول الزكاة إلى مؤسسة اقتصادية تأمينية اجتماعية تهذيبية أخلاقية، يتحول المجتمع - بفضل كل ذلك - إلى أسرة متكافلة متضامنة يسودها التعاون والتواد والتكافل والتراحم.

ويأتي البحث الثالث ليتناول موضوع "الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها" ألقى الضوء من خلاله في الفصل الأول على الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم بدءاً بالعلاقة بين المحكم ومركز التحكيم وما إذا كان يمكن تكييفها على أنها علاقة عمل أم مقاوله، وأوجه التأييد والنقد التي يمكن توجيهها إلى كل من الاتجاهين. ثم للطبيعة القانونية لعقد التحكيم بين المحكم وأطراف النزاع والآراء المختلفة في تكييفه بين كونه عقد وكالة أو عقد مقاوله، ومبررات كل اتجاه وأوجه النقد الموجهة إليه، ثم بين الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين مركز التحكيم وأطراف النزاع، وانتهى البحث في بيان الطبيعة القانونية لكل علاقة من تلك العلاقات إلى الرأي الذي يرجحه ومبررات ترجيحه. ثم استعرض البحث في الفصل الثاني منه المسؤولية المدنية الناشئة عن علاقات التحكيم بدءاً بمسؤولية المحكم وأركانها في صورتها العقدية والتقصيرية، والمحكم في حالة اجتماع المسؤوليتين في حق المحكم، كذلك مسؤولية مركز التحكيم سواءً بصفته الشخصية باعتباره شخصاً اعتبارياً أو مسؤولاً عن سلامة اختيار المحكم المقيد ضمن قوائمه، ثم استعرض البحث المسؤولية المدنية لأطراف النزاع سواءً تجاه المحكم أو تجاه مركز التحكيم، وعرض أخيراً مدى جواز الاتفاق على إعفاء المحكم أو مركز التحكيم من المسؤولية.

وينقلنا البحث الرابع لدراسة موضوع "حدود الرقابة على دستورية القوانين ومفهوم المحكمة في القضاء الدستوري" حيث علّق على حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ١٩ / ٢ / ٢٠١٣م، وما إذا كان من حق هيئات التحكيم إحالة النزاع الدستوري إلى المحكمة الاتحادية العليا أم لا، والدفع أمامها بعدم الدستورية أم لا؟ لقد قررت المحكمة في هذا الحكم أن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص.

ومؤدى ذلك هيمنة المصلحة الخاصة للخصوم على الروابط التي تعمل في إطار القانون الخاص. وانتهت المحكمة إلى إرساء قاعدة في هذا المجال مضمونها انصراف لفظ المحكمة الوارد في الدستور وقانون المحكمة العليا بمعناه الى المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي الاتحادي منه أو المحلي. ولا يمتد إلى غير ذلك من الجهات التي تفصل في المنازعات. ومؤدى ذلك أنه ليس من حق هيئات التحكيم إحالة النزاع الدستوري إلى المحكمة الاتحادية العليا. كما أن الخصوم في دعوى التحكيم ليس لهم الحق في الدفع أمام هذه الهيئات بعدم دستورية القانون أو اللائحة. ويثير الحكم نقاشاً جاداً حول ما يعرف بنطاق الدعوى. وهل المقصود بنطاق الدعوى أشخاصها أم موضوعها. وقد اهتم البحث بدراسة نطاق الدعوى من الناحية الموضوعية، والتمييز بين مفهومين متقاربين هما نطاق الرقابة على الدستورية ونطاق الدعوى الدستورية. تاركا الدراسة التفصيلية لنطاقها من الناحية الشخصية لبحث مستقل يعالج موضوع الصفة في الدعوى الدستورية.

أما البحث الخامس فيتناول موضوع "حكم التعامل بالأسهم على ضوء الممارسة والتطبيق" وهو دراسة لشرعية التعامل بالأسهم على ضوء بعض ممارسات السوق. والتعامل بالأسهم الشركات التي تثور بأنشطتها شبهة التحريم. ويعرض لقضيتين جوهريتين: القضية الأولى هي قضية أصل التعامل بالأسهم في الأسواق المالية اليوم على ما يعترها من اضطرابات ناجمة عن تضافر عوامل وممارسات مختلفة أدت إلى خلق مناخ استثماري شديد الاضطراب. ترتبت عنه أضرار فادحة بالأسواق والمستثمرين. والقضية الثانية هي قضية التعامل بالأسهم الشركات التي تمارس بعض الأنشطة المحرمة. حيث اغتفرت معايير شرعية صادرة هذه الأنشطة إن لم تتجاوز نسباً معينة من مجمل أنشطة الشركة. وتفاوتت تلك النسب من معيار لآخر. وارتبطت بعض هذه النسب بالقيمة السوقية للأسهم وليس بقيمتها الدفترية على الرغم مما يُعلم من احتمال تضاعف القيم السوقية عن القيم الدفترية فضلاً عن تذبذبها. واشترطت هذه المعايير التخلص من الكسب المحرم الناجم عن تلك الأنشطة بعد أن حددت بنسب مختلفة العائد الأقصى عن هذه الأنشطة المحرمة. واستند في وضع هذه المعايير والنسب إلى جملة أدلة ومبررات عمل البحث على تحليلها ومناقشتها. بغية الخروج بالضوابط الشرعية الصحيحة لجواز التعامل بالأسهم.

بينما جاء البحث السادس والأخير (باللغة الفرنسية) تحت عنوان "ضبط صفة العقد محدد أو غير محدد المدة في القانون الفرنسي" بين فيه الباحث أن العقد المحدد المدة - من حيث المبدأ - هو العقد الذي يتضمن أجلاً مسمى. أما العقد غير المحدد المدة فهو العقد الذي تكون فيه الالتزامات متتابعة ولا يتضمن أجلاً مسمى أو بنداً تحدد فيه مدته صراحة. هذا المبدأ ترد عليه استثناءات عديدة نص عليها القانون أو نادى بها الفقه والاجتهاد. حيث

يجوز في بعض الحالات وصف العقد بأنه غير محدد المدة بالرغم من أن أحد بنوده يحدد مدته صراحة. وفي حالات أخرى، يجوز وصف العقد بأنه محدد المدة رغم عدم تحديد المدة في بنود العقد. بما يعني أن تحديد الأجل أو تضمين العقد بنداً تحدد فيه مدته لا يمكن اعتباره الفاصل أو معياراً للفصل بين العقود المحددة المدة والعقود غير المحددة المدة كما يظن العديد من الفقهاء والباحثين.

وتدعو إدارة المجلة جميع الباحثين لتقديم إسهاماتهم للنشر في المجلة وفقاً لقواعد النشر المعتمدة لديها. وإلى اللقاء في العدد القادم بإذن الله تعالى (العدد الثاني من السنة الأولى - يوليو ٢٠١٣م).

* * *

المحتويات

الصفحة	الموضوع
11	مفهوم الرهن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي أ.د. محمد المرسي زهرة
55	قواعد فرض الضريبة دراسة مقارنة بنظام الزكاة في الإسلام أ.د. السيد عطية عبد الواحد
93	الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي و د. مصطفى أبو العينين
147	حدود الرقابة على دستورية القوانين ومفهوم المحكمة في القضاء الدستوري أ.د. مصطفى عبد المقصود سليم
201	حكم التعامل بالأسهم على ضوء الممارسة والتطبيق د.عبد العظيم أبوزيد
225	ضبط صفة العقد محدد أو غير محدد المدة في القانون الفرنسي (باللغة الفرنسية) د. رغيد عبد الحميد فتال

مفهوم الرهن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

أ.د. محمد المرسى زهرة

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة عين شمس
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

ملخص البحث

لم يظهر الرهن في القانون الوضعي فجأة بالشكل الذي عليه الآن، وإنما تطور مع الزمن من حيث أنواعه أو من حيث أحكامه. أما في الفقه الإسلامي فقد كان الرهن معروفاً لدى العرب قبل ظهور الإسلام. وعندما جاء الإسلام وجد أنظمة مختلفة منها ما ألغاه ومنها ما أبقاء بعد تعديله وتهذيبه لما فيه من نفع للناس. ولم يكن الفقه الإسلامي يعرف سوى الرهن الحيازي (المقبوض)، أما الرهن التأميني (الرسمي) فلم تظهر فكرته إلا لدى التأخرين من فقهاء المسلمين.

وينقسم الرهن إلى نوعين: حيازي وتأمين (رسمي). وإذا كان الرهن يهدف - أيّاً كان نوعه - إلى ضمان حصول الدائن الممتاز على حقه، فإن الرهن الحيازي يختلف في أحكامه عن الرهن التأميني. ولعل أهم فارق بينهما يتمثل في أن الرهن في الرهن التأميني لا يتحرر من حيازة العقار المرهون، على عكس الرهن الحيازي مع ما يترتب على ذلك من أحكام.

وإذا كان البعض قد اعترض على مشروعية الرهن التأميني في الفقه الإسلامي، إلا أن الرأي الراجح قد انتهى إلى مشروعيته نظراً لما يحققه من فوائد كثيرة تحفظ حق الدائن المرتهن دون ضرورة تجرد الراهن من حيازة المال المرهون.

ولا شك في أهمية الرهن من حيث تشجيعه على الائتمان والحفاظ على حقوق الدائن المرتهن بتحويله سلطتي التقدم والتتبع.

مقدمة

1- لم يظهر الرهن عموماً فجأة بهذا الشكل الذي عليه الآن. وإنما تطور مع الزمن سواء من حيث أنواعه أو من حيث أحكامه. ففي القانون الوضعي عرف القانون الروماني الرهن وكان أحد ثلاثة عقود عينية هي: الوديعة، عارية الاستعمال، والرهن⁽¹⁾. وكان الرهن الحيازي أسبق في الظهور حيث أشير إليه في مدونة جستنيان باعتباره من العقود العينية لأنه يمثل حقاً على شيء مملوك للغير. إذ بمقتضى هذا الحق العيني يتم تسليم الشيء المرهون إلى الدائن لا بوصفه مالاً ولكنه بوصفه حائزاً له كوسيلة للتأمين أو الضمان. إلا أن نظام الرهن الحيازي قد شابه بعض العيوب التي أفسحت الطريق أمام ظهور الرهن الرسمي. وبعد تطور القانون الفرنسي القديم، أقر المشرع الفرنسي نوعين من الرهون: رهن حيازي nantissement ورهن رسمي hypothèque وهو ما أقرته كافة التقنينات العربية تقريباً وذلك بتقسيمها الرهن إلى حيازي ورسمي⁽²⁾ (تأميني).

2- أما في الفقه الإسلامي، فقد كان الرهن معروفاً لدى العرب قبل ظهور الإسلام. وعندما جاء الإسلام وجد أنظمة مختلفة منها ما ألغاه واستنكره ومنها ما أبقاءه لما فيه من نفع للناس بعد تعديله وتهذيبه. ومن ذلك نظام الرهن. فالإسلام وإن أقر الرهن كوسيلة من وسائل الضمان إلا أنه رفع الظلم الذي كان يلحق بالمدين من جراء اشتراط الدائن تملك المال المرهون عند عدم قيام المدين بالوفاء في الموعد المحدد⁽¹⁾، ولم تتغير قواعد وأحكام الرهن إلا بالقدر الذي تستلزمه متطلبات كل عصر إعمالاً للقاعدة الفقهية التي تقر: "لا ينكر تغير الأحكام الظنية بتغير الأزمان" التغير الذي ليس هو "تغير حجة وبرهان، بل هو تغير زمان ومكان"⁽²⁾.

(1) راجع بيان يوسف حمود، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة 1986، رقم 10، ص 63.

(2) راجع نصوص المواد: 1030 إلى 1084 والمواد من 1096 إلى 1129 مدني مصري، والمواد 1038-1054 والمواد 1055-1070 مدني سوري، والمواد 1285-1320 والمواد 1321-1360 مدني عراقي والمواد 1034-1088 والمواد 1100-1133 مدني ليبي، والمواد 1322-1371 والمواد 1372-1423 مدني أردني، والمواد 1399-1503 معاملات إماراتي، والمواد من 971-106 مدني كويتي.

(1) إذ قال رسولنا الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام: "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه".
(2) راجع: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ص 264- راجع أيضاً: المبسوط للسرخسي، جزء 11، القاهرة، مطبعة السعادة، ص 10. وقد أقرت مجلة الأحكام العدلية هذه القاعدة الفقهية ونصت عليها في المادة 39. وقد علق على حيدر في شرحه لهذه القاعدة بأن المقصود الأحكام التي تستند إلى العرف والعادة لأنهما متغيران. لذلك فإن ما يبنى عليهما يجوز تغييره. وذلك بخلاف الأحكام الثابتة المبنية على نص فلا تتغير أحكامها. والمقصود بذلك الأحكام القطعية فهي التي لا تتغير. أما الأحكام الظنية فتتغير بتغير المكان والزمان.

والحقيقة أن الرهن المعروف في الفقه الإسلامي هو ما يسمى بالرهن المقبوض المسمى بالرهن الحيازي الآن عملاً بقوله سبحانه وتعالى: " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهاناً مقبوضاً"⁽³⁾. فهذا النوع من الرهن هو الذي استقطب جهود فقهاء الشريعة الإسلامية وتخريجاتهم ووردت فيه الأحكام الشرعية، وهو الذي يقصد بالرهن عند إطلاقه وهو - أيضاً - الذي وردت فيه النصوص من الكتاب والسنة.

أما الرهن التأميني (الرسمي) فلم يكن معروفاً على عهد فقهاء المسلمين المجتهدين، وإنما ظهرت فكرته لدى المتأخرين من فقهاء القانون الوضعي نتيجة لبعض الجوانب السلبية التي لحقت برهن الحيازة. فتجريد الراهن من حيازة المال المرهون وحرمانه من استغلاله واستعماله بنفسه جعلت كثيراً من الأفراد يحجمون عن الإقبال على مثل هذا النوع من الرهن، الأمر الذي أدى - عملاً - إلى تراجعهم. فكان أن أجه الفكر القانوني إلى البحث عن وسيلة أخرى تحقق النتائج ذاتها التي يحققها الرهن الحيازي وتتحاشى - في الوقت نفسه - مثالبه. ولم تكن هذه الوسيلة سوى ما يسمى بالرهن التأميني (الرسمي) . فإذا كان القبض يهدف - في الرهن الحيازي - من ناحية إلى حبس " المال المرهون وحرمان الراهن من التصرف فيه إلا بإذن الدائن المرتهن، وإعلان " الغير " بأن انتقال حيازة المال المرهون من الراهن إلى المرتهن أو العدل يعني أن هذا المال أصبح مرهوناً من ناحية أخرى، فإن التسجيل - في الرهن التأميني - يلعب الدور المزدوج ذاته من حيث أن تصرف الراهن في العقار المرهون لا يحتج به في مواجهة المرتهن من ناحية، وإعلان " الغير " بوجود الرهن من ناحية أخرى. ويرى البعض أن الرهن الرسمي هو تطور للرهن الحيازي كان الفقه الإسلامي في طريقه إليه⁽¹⁾.

ونعرض - فيما يلي - للتعريف بالرهن عموماً، ثم لمدى مشروعيته والحكمة منه.

(3) آية 283، سورة البقرة.

(1) السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء 3 ، ص 37.

المبحث الأول

في التعريف بالرهن

3- الرهن لغة يعني الثبوت والدوام. يقال : ماء رهن أي راكد ودائم. ونعمة راهنة أي ثابتة ودائمة. ويقولون الحالة الراهنة أي الثابتة⁽¹⁾. ويأتي - أيضاً - بمعنى الحبس. يقال رهن فلان عند فلان الشيء : حبسه عنده بدين. وفي هذا المعنى قوله سبحانه وتعالى : " كل امرئ بما كسب رهين"⁽²⁾. وقوله جل شأنه: " كل نفس بما كسبت رهينة"⁽³⁾ وقوله عليه الصلاة والسلام: " نفس المؤمن مرهونة (أي محبوسة) بدينه حتى يقضي عنه دينه"⁽⁴⁾. ويأتي - أخيراً - بمعنى ما يوضع وثيقة للدين. أي ما وضع عند الإنسان ما ينوب مناب ما أخذ منه⁽⁵⁾.

والرهن عموماً يدخل ضمن قسم خاص من تقسيمات العقود يهدف إلى تأمين وخدمة الالتزامات المترتبة على غيره من العقود. فالغرض من هذا القسم من العقود - ومنها الرهن - هو خدمة العقود التي تتوجه إليها بطلب معونتها فتقرن بها. وتقوم بتقديم كافة الضمانات لصاحب المصلحة بتوثيق حقه. لذلك سميت هذه الطائفة بعقود الضمان والائتمان. وقد يكون الضمان في الدمة، أي أن المدين يضمنه شخص آخر في حدود ذمته المالية كالكفالة. وقد يكون الضمان عينياً، أي قيام المدين بتقديم عين ضماناً لحق الدائن. وهو ما يعرف بضمانات الائتمان العينية ومنها الرهن بنوعيه.

والواقع أنه يقصد بالرهن عند إطلاقه صورة الرهن الشائعة التي وردت فيها النصوص من الكتاب والسنة. وهو الرهن المقبوض. أو ما يسمى بالرهن الحيازي. ولكن بعد أن توسعت المعاملات وتنوعت. ظهرت عيوب الرهن الحيازي ومنها - وأخطرها - تجرد المدين من حيازة الشيء المرهون. فكان أن

(1) الشافعي عبد الرحمن السيد عوض. عقد الرهن في الشريعة الإسلامية. دراسة مقارنة. 1398 هـ - 1978 م. دار الأنصار بالقاهرة. ص 13 - إبراهيم دسوقي الشهاوي: المذاهب الفقهية في الشفعة والرهن. الطبعة الأولى 1384 هـ - 1964 م. ص 13 - نسيبة إبراهيم حمو. رهن الدين في الشريعة الإسلامية. مجلة العدالة. السنة 12، يناير 1985، ص 9 - توفيق فرج وليد. الرهن في الشريعة الإسلامية. 1393 هـ - 1973 م مطبعة القضاء بالنجف. ص 10 وما بعدها - عبد الفتاح أبو العينين. عقود التوثيق في الفقه الإسلامي. مكتبة النهضة العربية. 1987. ص 7.

(2) آية رقم 21. سورة الطور.

(3) آية رقم 38 سورة المدثر.

(4) الترمذي. جزء 3، ص 380.

(5) بيان حمود. الرسالة السابقة. ص 18 وما بعدها.

ظهرت فكرة الرهن التأميني، وهو رهن غير مقبوض، للتغلب على عيوب الرهن الحيازي. وبتناول فيما يلي تعريف كل من الرهن التأميني والرهن الحيازي، وخصائص كل منهما.

الفرع الأول

في تعريف الرهن التأميني وخصائصه

4- لاشك أن للرهن التأميني بعض الخصائص التي تميزه عن الرهن الحيازي وهي خصائص يعكسها تعريف الرهن التأميني ذاته. ومن ثم يجب أن نعرض - بداية - لتعريف التأمين لنستخلص منه خصائصه.

الفصل الأول

تعريف الرهن التأميني

5- يحتل الرهن التأميني مكانة هامة في حياتنا العملية. لذلك رؤي - كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية⁽¹⁾ - تقديمه على سائر الحقوق العينية التبعية الواردة في الكتاب الرابع. ويرجع ذلك إلى أن توثيق الدين وتأمينه من شأنه أن ينمي الثقة بين الدائن والمدين، الأمر الذي يساعد على تشجيع الائتمان بوجه عام.

وقد عرف المشرع الإماراتي الرهن التأميني في المادة 1399 من قانون المعاملات المدنية بقوله أنه: "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم

(1) ص 987. وينتقد البعض الترتيب الوارد في الكتاب الرابع عند تنظيمه لضمانات الائتمان العينية، ويرى أنه كان من الصواب أن ينظم قانون المعاملات المدنية الرهن الحيازي أولاً، ثم يعقبه بالرهن التأميني لأنه تابع والمتبوع يتقدم التابع. راجع محمد عوضين المغربي، فقه المعاملات، بدون سنة نشر، ص 119. فالأصل في الفقه الإسلامي هو الرهن المقبوض (الحيازي) وغير المقبوض (التأميني) فرعي يستقي أحكامه من الرهن العام المقبوض.

على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد يكون". وهذا التعريف يتطابق تماماً مع تعريف المشرع المصري للرهن الرسمي في المادة 1030.

ولعل أول ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع الإماراتي قد جانبه التوفيق حينما وصف الرهن " بالتأميني" فالصفة يجب أن تميز الموصوف عن غيره من الوسائل والنظم التي قد تقترب منه أو تتشابه معه. ووصف الرهن - هنا- " بالتأميني" لا يميزه عن غيره من التأمينات الأخرى عينية كانت أم شخصية.

فكافة الحقوق العينية التبعية الأخرى (الرهن الحيازي، وحقوق الامتياز) وكذلك الكفالة تعتبر " تأمينية" مثلها في ذلك مثل الرهن المسمى بالتأميني تماماً. فالهدف من كافة التأمينات العينية والشخصية هو " تأمين" الدائن ضد مخاطر عدم استيفاء حقه، ولا يتميز الرهن الرسمي من التأميني من هذه الناحية عن غيره من التأمينات وإذا كانت الأشياء تسمى بأهم ميزاتهما، فإن التسمية التي تبناها القانون المصري (الرهن الرسمي) تبدو أفضل من هذه الناحية. فالرسمية أو الشكلية هي أهم ما يميز هذا النوع من الرهن، كما أن الحيازة تعتبر أهم ما يميز الرهن الحيازي⁽¹⁾.

كما يلاحظ- ثانياً- أن الرهن يطلق على العقد الذي أنشأ الحق، كما يطلق على الحق الذي ينشئه هذا العقد، أي أن الرهن يطلق على السبب والنتيجة معاً. فالرهن كعقد هو سبب كسب الرهن كحق عيني تبعية. وهذا المعنى يؤكد بوضوح نص المادة 1399 من قانون المعاملات حينما قرر أن الرهن: " عقد به يكسب الدائن... حقاً عينياً...". فعقد الرهن إذن هو السبب الذي بمقتضاه اكتسب الدائن المرتهن حق الرهن على العقار محل الرهن.

ويرى البعض أن هذا التعريف منتقد بحسبان أنه يحسن- إذا ما أردنا أن نضع تعريفاً للرهن التأميني- أن ينصب التعريف على الرهن باعتباره حقاً إذ الحق هو الغاية وما العقد إلا وسيلة نشوئه⁽²⁾ خصوصاً أن المشرع الإماراتي قد عالج الرهن التأميني ضمن الحقوق العينية التبعية وليس ضمن العقود المسماة. ويقترح هذا الجانب من الفقه أن يعرف الرهن الرسمي بأنه حق عيني تابع يترتب بمقتضى عقد رسمي. والحقيقة- في اعتقادنا- أن الاعتراض السابق مجرد اعتراض شكلي

(1) راجع نقد هذه التسمية أيضاً، د. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، جزء 7،

التأمينات الشخصية والعينية، 1991، ص 97، هامش رقم (1).

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، 1950، فقرة 180، ص 268. وقد وجه هذا النقد للتعريف الذي أخذ به المشرع المصري للرهن الرسمي في المادة 1030 مدني، وهو تعريف يتطابق تماماً- كما ذكرنا في المتن- مع التعريف الذي أخذ به المشرع الإماراتي.

لا يؤثر كثيراً أو قليلاً على مضمون الرهن باعتباره حقاً - إذ المهم - في الواقع - أن الرهن باعتباره حقاً ينشأ على عقار ضماناً للوفاء بحق الدائن الذي يكون له بمقتضى ما له من سلطة التقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار في أي يد يكون. هذا هو جوهر حق الرهن سواء قلنا بأن الرهن عقد به يكسب الدائن حقاً، أو قلنا أنه حق يترتب بمقتضى عقد طالما أن جوهر الحق ومضمونه في الحالتين واحد. إذ ليس هناك سوى فارق شكلي بين القول بأن الرهن حق يترتب بمقتضى عقد أو بأنه - أي الرهن - عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار. لأن الرهن - سواء كان حقاً أو كان عقداً يكسب به الدائن حقاً - يخول الدائن المرتهن سلطتي التقدم والتتبع على العقار المرهون.

كما يلاحظ - ثالثاً - أن التعريف الذي تبناه المشرع الإماراتي قد حصر سلطة الدائن في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون فقط⁽¹⁾، بالرغم من أن الدائن قد يستوفى حقه من أي مقابل نقدي آخر خلاف الثمن كمبلغ التأمين مثلاً إذا كان العقار المرهون مؤمناً عليه، أو مبلغ التعويض إذا هلك العقار المرهون بخطأ الغير، وهو ما يعترف به المشرع الإماراتي صراحة في المادة 1416 من قانون المعاملات بقوله: "ينتقل الرهن التأميني عند هلاك العقار المرهون أو تعيبه إلى المال الذي يحل محله كالتعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، وللمرتته أن يستوفي حقه من هذه الأموال وفقاً لمرتبه". لذلك كان من الأفضل لو أن المشرع قد خول الدائن المرتهن سلطة التقدم في استيفاء حقه ليس من ثمن العقار فقط وإنما من المقابل النقدي لهذا العقار سواء كان ثمنه أو التعويض عنه أو مبلغ التأمين أو أي مبلغ نقدي آخر.

كما يلاحظ - رابعاً - أن المشرع قد أشار - عند تعريفه للرهن التأميني - إلى أن العقار المرهون يكون مخصصاً للوفاء بحق الدائن، الأمر الذي قد يوحي - للوهلة الأولى - أن العقار المرهون يكون مخصصاً للوفاء بدين الدائن المرتهن وحده دون غيره من الدائنين بحيث يمتنع على الراهن أن يقوم برهنه مرة أخرى، في حين أنه من المسلم به أن الراهن يحتفظ بملكته للعقار المرهون، ومن ثم، يبقى داخلاً في الضمان العام لكافة الدائنين. لذلك يستطيع الراهن أن يتصرف في العقار المرهون بالبيع أو الرهن مرة أخرى مثلاً. كل ما في الأمر أن الدائن يتقدم - عند استيفاء حقه - على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وهو ما يتعارض مع فكرة التخصيص. ففكرة التخصيص

(1) د. عبد الوود يحيى، التأمينات الشخصية والعينية، بدون سنة نشر، ص 124. وهذا النقد قد وجه إلى تعريف المشرع المصري للرهن الرسمي في المادة 1030 مدني.

تتعارض مع الأحكام المقررة للرهن من ناحيتين: فالدائن المرتهن يمكنه أن يستوفي باقي حقه من أموال المدين الأخرى كدائن عادي إذا لم يكف ثمن العقار المرهون. كما أن العقار المرهون يضمن الوفاء بديون المدين الأخرى باعتباره جزءاً من الضمان العام لهذا المدين⁽¹⁾. أي أن الدائن المرتهن لا يستأثر وحده بالمقابل النقدي للعقار المرهون. وإنما يدخل ما فاض عن حاجة الدائن المرتهن في الضمان العام للمدين.

وأخيراً يلاحظ أن المشرع الإماراتي قد قرر- عند تعريفه للرهن التأميني بنص المادة 1399 - أن الدائن يكتسب بمقتضى عقد الرهن حقاً عينياً على عقار.

ويعنى ذلك أن الرهن التأميني لا يرد إلا على عقار فقط. في حين أنه من المسلم به أن الرهن التأميني قد يرد أيضاً على حق عيني عقاري. أي أن محل الرهن التأميني هو دائماً مال عقاري قد يكون عقاراً وقد يكون حقاً عينياً على عقار. في حين أن نص المادة 1399 من قانون المعاملات قد قصر محل الرهن التأميني على العقارات فقط. وكان يجب أن يشير المشرع في نص المادة 1399 معاملات إلى أن الرهن التأميني حق يتقرر بمقتضى عقد على عقار أو حق عيني على عقار. وبالتالي يجوز رهن حق الملكية كما يجوز رهن حق الانتفاع وملكية الرقبة مثلاً.

ونرى- بناء على الملاحظات السابقة- أن الرهن التأميني يجب تعريفه بأنه حق عيني يتقرر- كقاعدة عامة- بمقتضى عقد على عقار أو حق عيني عقاري يخول الدائن سلطة استيفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة من المقابل المالي لمحل الرهن في أي يد يكون.

(1) ويلاحظ أن فكرة التخصيص " بهذا المعنى ليست بعيدة- على الأقل جزئياً- عن ذهن المشرع الإماراتي فالمادة 1419 من قانون المعاملات تنص على أنه: " 1- للمرتهن أن يستوفي دينه من العقار المرهون عند حلول أجل الدين طبقاً لمرتبه... 2- فإذا لم يف العقار بدينه كان له الرجوع بباقي دينه على أموال المدين كدائن عادي". فهذا النص يوحي بأن الدائن عليه أن يبدأ- في استيفاء حقه- بالعقار المرهون. فإن لم يكف كان له أن يستوفي باقي حقه من أموال المدين الأخرى كدائن عادي. وليس للدائن أن يستوفي حقه مباشرة من أموال المدين الأخرى. إذ يجب عليه أن يبدأ بالعقار " التخصيص " للوفاء دينه.

الفصل الثاني

خصائص الرهن التأميني

6- رأينا أن الرهن قد يطلق أحياناً على العقد، وأحياناً أخرى على الحق الذي ينشئه العقد. والحقيقة أن خصائص الرهن تتعلق بعضها بالرهن باعتباره عقداً، وبعضها الآخر يتعلق بالرهن باعتباره حقاً. لذلك يحسن- في اعتقادنا- عرض خصائص الرهن باعتباره عقداً أولاً ثم لخصائص الرهن باعتباره حقاً.

أولاً خصائص الرهن باعتباره عقداً.

7- يتميز الرهن من هذه الناحية بالخصائص الآتية :

1- الرهن عقد شكلي:

لا ينشأ الرهن التأميني إلا بمقتضى عقد. فالرهن إذن هو حق اتفاقي بالنسبة إلى مصدره. وإذا كانت العقود عموماً تنقسم إلى عقود رضائية- يكفي التراضي بين الطرفين لنشأتها- وعقود شكلية لا يكفي التراضي لانعقادها. فإن الرهن التأميني يندرج تحت الطائفة الثانية، أي العقود الشكلية. إذ يجب أن يُسجل عقد الرهن حتى ينعقد صحيحاً. فالتسجيل إذن هو ركن في العقد - بمقتضى صريح نص المادة 1400 من قانون المعاملات - لا ينعقد الرهن بدونه. وليس فقط إجراء من إجراءات الشهر والعلانية لنفاذ الرهن في مواجهة الغير كما هو الحال- مثلاً- في القيد في القانون المدني المصري⁽¹⁾.

2- الرهن عقد ملزم لجانب واحد:

لا يرتب الرهن التأميني التزامات إلا على عاتق الراهن فقط دون الدائن المرتهن. لذلك فالرهن التأميني يندرج تحت ما يسمى العقود الملزمة لجانب واحد بالمقابلة للعقود الملزمة لجانبين. وتبدو هذه الخاصية واضحة تماماً من تعريف المشرع الإماراتي للرهن التأميني في المادة 1399 من قانون

(1) راجع نص المادة 1/1053.

المعاملات. فالرهن حق يكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون في أي يد يكون . فالدائن إذن يكتسب - بمقتضى عقد الرهن - سلطتي التقدم والتتبع دون أن يلتزم بأي التزام . على عكس الراهن الذي يلتزم بإنشاء الرهن وضمان سلامته دون أن يكتسب - في مقابل ذلك- أية حقوق.

3- الرهن عقد معاوضة بحسب الأصل:

إذا كان الغالب أن عقود المعاوضة تكون ملزمة للجانبين وعقود التبرع ملزمة لجانب واحد، إلا أنه ليس هناك دائماً تطابق بينهما. فقد يكون العقد معاوضة ملزماً لجانب واحد، وقد يكون تبرعاً ملزماً لجانبين. ويعد عقد الرهن التأميني نموذجاً لعقد المعاوضة الذي لا يلزم إلا الراهن فقط؛ فإذا كان الراهن هو المدين - كما هو الغالب - فهو لا يتبرع بإنشاء الرهن للدائن. وإنما يهدف للحصول على "مقابل" لالتزاماته المترتبة على عقد الرهن. هذا "المقابل" قد يكون مجرد موافقة الدائن على إقراض المدين، أو مد أجل الدين أو غير ذلك. يستوى في ذلك أن يكون الرهن قد تعاصر في نشأته مع نشوء الدين، أو نشأ في وقت لاحق. فالمدين لا يرضى - عملاً - بإنشاء الرهن إلا بعد حصوله على "مقابل" معين يتفق فيه مع الدائن المرتهن.

أما إذا كان الراهن شخصاً غير المدين، كال كفيل العيني، فقد يكون الرهن معاوضة وقد يكون تبرعاً . إذ قد لا يحصل الكفيل العيني على "مقابل" لموافقته على نشأة الرهن فيكون الرهن - حينئذ - تبرعاً، وقد يحصل على "مقابل" فيكون الرهن - على العكس - معاوضة. وقد ذهب بعض فقهاء⁽¹⁾ الشريعة الإسلامية إلى أن الرهن (الحيازي) عقد من عقود التبرع لأن ما أعطاه الراهن للمرتهن تم دون مقابل. والسبب في اشتراط القبض لتمام الرهن - مثله في ذلك مثل العقود العينية الأخرى⁽²⁾ - هو أنه تبرع. والقاعدة تقول : لا يتم التبرع إلا بالقبض ؛ ومن ثم يعتبر العقد فيها عديم الأثر قبل القبض. والحقيقة - في اعتقادنا - أن الرهن لا يكون تبرعاً إلا إذا كان الراهن غير المدين وتوافرت نية التبرع في جانبه، أما فيما عدا ذلك - أي إذا كان الراهن هو المدين أو شخصاً غيره لا يقصد التبرع - فالرهن يعتبر من عقود المعاوضة ويرجع السبب الذي دعا بعض الفقهاء إلى اعتبار الرهن من عقود التبرع إلى الخلط بين عقود التبرع والعقود الملزمة لجانب واحد. فعقود التبرع ليست

(1) راجع : وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، تنمية العقود، الملكية وتوابعها، الطبعة الثانية، 1975، دمشق، ص181.

(2) وهي: الهبة - الإعارة - الإيداع - القرض - والرهن.

دائماً ملزمة لجانبين، وإن كانت غالباً هكذا . والرهن وإن كان عقداً ملزماً لجانب واحد إلا أنه من عقود المعاوضة كما قدمنا.

ثانياً: خصائص الرهن باعتباره حقاً.

8- رأينا أن الرهن حق يترتب على عقد. وهو من هذه الناحية يتميز بالخصائص الآتية:

1- الرهن حق تابع:

9- لا ينشأ حق الراهن لذاته ومستقلاً عن غيره من الحقوق. وإنما ينشأ دائماً "تابعاً لغيره من الحقوق" وعلى وجه التحديد يكون حق الرهن دائماً تابعاً لحق شخصي. وصفة "التبعية" هذه ناجمة عن اعتبار عقد الرهن من عقود الضمانات والتوثيقات⁽¹⁾. أي عقد يهدف إلى تثبيت الدين في ذمة المدين وتقويته وتأكيد حقه للدائن فلا يضيع بينهما. ومن أجل هذا التوثيق كان لابد أن يكون هناك وسائل معينة يتفق عليها بين الأفراد، أو يقررها القانون أو القاضي في حالات معينة. ومن هذه الوسائل الاتفاقية الرهن. ولذلك لا يوجد حق الرهن إلا لضمان الوفاء بالتزام أصلي هو الدين المضمون بالرهن. فالهدف من الرهن ليس حق الرهن ذاته وإنما ضمان يخول الدائن استيفاء حقه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة⁽²⁾. ويترتب على هذا الارتباط أو هذه التبعية أن حق الرهن (التابع) لا ينفصل عن الدين المضمون بالرهن (المتبوع) ، وإنما يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه. ولذلك لا تقتصر هذه التبعية بين الرهن والدين المضمون على نشأة الرهن وإنما تمتد لتشمل أيضاً " حياته " وانقضائه.

(1) والتوثيق كلمة مأخوذة من الثقة. فلو قلنا إن الدائن يثق في مدينه، فإننا نقصد أنه يعطيه المال ديناً ويعلم أن هذا المال سيعود إليه. والثقة المتبادلة بين الدائن والمدين هي التي جعله يأخذ المال من الدائن وهو ينوي رده، وجعل الدائن يعطي المدين المال وهو يثق أنه لن يضيع عليه في الدنيا حيث يرد إليه، ولن يضيع في الآخرة حيث يؤجر عليه. راجع : عبد اللطيف محمد عامر المرجع السابق، ص 124 وما بعدها..

(2) فإذا ما نشأ الرهن مركباً على التزام صحيح، فلا أهمية - بعد ذلك - لموضوع هذا الالتزام، فيستوى أن يكون التزاماً بدفع مبلغ من النقود أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل. كما أنه لا أهمية لمصدر هذا الالتزام، فيستوى أن يكون تصرفاً قانونياً أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب إن نص في القانون. وأخيراً لا أهمية لأوصاف الالتزام ، فقد يكون منجزاً أو مقترباً بأجل.

- فمن حيث النشأة: ينشأ الرهن التأميني معاصراً لوجود الدين المضمون بالرهن أو لاحقاً عليه، لكنه لا ينشأ - بحسب الأصل - سابقاً على الدين المضمون فالتابع لا ينشأ - عقلاً ومنطقاً - قبل المتبوع⁽¹⁾.

ومن حيث الصحة أو البطلان: يجب - حتى ينشأ حق الرهن - أن يستند إلى التزام صحيح يضمن الوفاء به. فالرهن - كما رأينا - حق تابع يرتبط مصيره بالالتزام المضمون. فإذا لم يوجد الالتزام الأصلي، أو وجد لكنه أبطل، أو كان سببه غير مشروع واعتبر بذلك باطلاً فإن الرهن يأخذ نفس المصير. والحكمة من ذلك واضحة. فالرهن لم يوجد أصلاً إلا لضمان الدين المضمون بالرهن، فإذا تبين أن الالتزام الأصلي (الدين المضمون) نشأ باطلاً، أو نشأ صحيحاً ثم أبطل كان طبيعياً أن يبطل أيضاً الرهن وذلك لسبب بسيط هو أن وجوده لم يعد له فائدة.

- من حيث الانتقال: قد ينتقل الالتزام الأصلي (الدين المضمون) من شخص إلى آخر كحوالة الدين مثلاً. وفي هذه الحالة يتبع الرهن الالتزام الأصلي في بقائه وفي انتقاله. إذ لو انتقل الالتزام الأصلي دون الرهن لما كانت هناك حاجة لبقاء الرهن لذاته.

وتطبيقاً لذلك فقد نص المشرع في المادة 1119 من قانون المعاملات على أنه: "وتبقى للدين الحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين. ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة"⁽¹⁾.

- من حيث الانقضاء: فمصير الرهن مرتبط بمصير الدين المضمون بالرهن . فإذا انقضى هذا الأخير لأي سبب من الأسباب كان طبيعياً أن ينقضي أيضاً حق الرهن: إذ لم تعد له - في هذه الحالة - جدوى لبقائه. فالدين المضمون بالرهن " أصل " وحق الرهن فرع، والفرع يتبع - كما هو معروف - الأصل. فإذا سقط الأصل - أي انقضى - سقط الفرع". وتطبيقاً لذلك تنص المادة 54 من قانون المعاملات على أنه: " إذا سقط الأصل سقط الفرع". وتنص المادة 1440 من قانون المعاملات على أنه: " ينقضي الرهن التأميني بانقضاء الدين المضمون بكامله"⁽²⁾.

(1) ومع ذلك أجاز المشرع الإماراتي. على سبيل الاستثناء بصريح نص المادة 1409 من قانون المعاملات رهن الدين الموعود به بالرغم من أن حقه مؤكّد يأتي - في هذه الحالة - لاحقاً لترتيب الرهن التأميني . ويقابل الدين الموعود به الدين المستقبلي في القانون المصري

(م1040 مدني) والقانون السوري (م1090 مدني) والقانون العراقي (م1293 مدني).

(1) راجع في ذات المعنى المادة 318 مدني مصري.

(2) راجع في ذات المعنى المادة 1082 مدني مصري - حكم المحكمة الاتحادية العليا. 17 مارس 1996. الطعن رقم 217 لسنة 17 ق ع غير منشور.

2- الرهن حق اتفاقي:

10 - حدد القانون لكل حق عيني - أصلياً كان أم تبعياً - أسباباً لكسبه. فالملكية مثلاً حق عيني أصلي يكتسب بالعقد والوصية وإحراز المباحات والميراث والضمان والاتصال والشفعة والحيازة. وحقوق الامتياز - وهي حقوق عينية تبعية - تتقرر بنص القانون. أما الرهن كحق عيني تبعي فلا يكتسب إلا بالعقد فقط. فالرهن إذن حق يترتب - بصريح نص المادة 1399 من قانون المعاملات - بمقتضى العقد. ويتشابه الرهن التأميني - من هذه الزاوية - مع الرهن الحيازي؛ إذ لا ينشأ هذا الأخير - بصريح نص المادة 448 من قانون المعاملات - إلا بمقتضى عقد.

والواقع أن هذه "الخاصية" صحيحة كأصل عام بحسب ما يحدث - عادة - في الواقع العملي . لكنه ليس هناك ما يمنع - قانوناً - من اكتساب الرهن بالحيازة إذا توافرت شروطها. وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية في تعليقها على المادة 1318 من قانون المعاملات المدنية بقولها: "وبين من هذا النص أن الحيازة التي ينفرد بها مرور الزمن القصير تقوم على سبع سنوات واقتصارها على العقار دون المنقول وضرورة قيام السبب الصحيح مع اقترانه بحسن النية. ولا يخضع لمرور الزمن القصير إلا عقار معين بالذات أو حق عيني على عقار كحق الانتفاع بالعقار وحق الارتفاق الظاهر وحق رهن الحيازة العقاري"⁽¹⁾.

3- الرهن حق عقاري:

11 - لكل حق - أياً كان نوعه - محل يرد عليه. وبدون هذا المحل لا ينشأ الحق عموماً. ومحل الحق الشخصي (الالتزام) قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء . أما محل الحق العيني - أصلياً كان أم تبعياً - فهو دائماً شئ قد يكون عقاراً وقد يكون منقولاً. وقد كان يجب أن يرد الرهن - كحق عيني تبعي - على عقار أو منقول. لكن المشرع - لاعتبارات معينة - قصر محل الرهن الرسمي على العقارات فقط أو على الحقوق العينية التي ترد على العقار. أما المنقولات فلا يجوز رهنها - بحسب الأصل - إلا رهنًا حيازياً⁽²⁾.

(1) ص 931.

(2) وقد رأى المشرع الإماراتي إلحاق المنقولات التي تقتضي أحكامها الخاصة تسجيلها - كالطائرة والسفينة مثلاً - بالعقارات . ومن ثم أجاز رهنها رهنًا تأمينيًا (م 1411) من قانون المعاملات.

4- الرهن حق عيني تبعي:

12- لكل حق - عينيّاً كان أم شخصياً - مضمون معين يختلف ضيقاً واتساعاً من حق لآخر حسب نطاق هذا الحق أو ذلك، فحق الملكية - مثلاً - وهو أوسع الحقوق العينية نطاقاً - يخول المالك سلطات ثلاثاً هي الاستعمال والاستغلال (المنفعة) والتصرف. أما الرهن التأميني فيخول - بوصفه حقاً عينياً تبعياً - الدائن سلطتي التقدم والتتبع. وبذلك يتحدد مضمون حق الرهن التأميني في سلطتي التقدم والتتبع. حيث يتقدم الدائن المرتهن - عند استيفاء حقه - على كافة الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة، كما يتتبع الدائن المرتهن العقار المرهون - عند التصرف فيه - في أي "يد" يكون لاستيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار. وقد جاء تعريف الرهن التأميني - من هذه الناحية - مختلفاً عن تعريف الرهن الحيازي الذي لا يخول الدائن المرتهن - بصريح نص المادة ⁽¹⁾ 1448 من قانون المعاملات - إلا سلطة التقدم أو الأولوية فقط. على عكس نص المادة 1339 من قانون المعاملات التي تخول الدائن المرتهن رهناً تأمينياً سلطتي التقدم والتتبع. ويبدو أن المشرع قد قدر أن المرتهن رهناً حيازياً ليس في حاجة إلى سلطة التتبع بحسبان أن المال المرهون تحت يده أو - على الأقل - تحت رقابته في يد العدل، فلم يخوله سوى سلطة التقدم فقط. لكن المال المرهون قد ينتقل - مع ذلك - لسبب أو لآخر إلى حيازة شخص آخر، الأمر الذي يحتاج معه الدائن المرتهن رهناً حيازياً إلى ممارسة سلطة التتبع التي يخولها له الرهن باعتباره حقاً عينياً تبعياً. ويبدو أن عدم النص على سلطة التتبع في تعريف الرهن الحيازي قد جاء على سبيل السهو أو جرياً على الغالب من الأمور حيث يندر أن يحتاج الدائن المرتهن سلطة التتبع. لكنه إذا ما احتاجها - لسبب أو لآخر - فإننا نعتقد أنه يجب عدم حرمانه منها بحسبان أنها من مقتضيات الحقوق العينية التبعية بوجه عام. وهو ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات الاتحادي بقولها: " ويشترك الرهن الحيازي مع الرهن التأميني في أن كلا منهما يرتب حقاً عينياً على المال المرهون لمرتهن يخوله اقتضاء دينه متقدماً على سائر الدائنين العاديين أو من يليهم في الرتبة ومتبوعاً للمرهون حتى يستوفي منه." ⁽¹⁾.

5- الرهن حق غير قابل للتجزئة:

(1) ويجري نص هذه المادة كالاتي: " الرهن الحيازي عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاءه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين".

أما المشرع المصري فقد خول الدائن المرتهن رهناً حيازياً - كالدائن المرتهن رهناً رسمياً، سلطتي التقدم والتتبع (راجع نص المادة 1096).
(1) ص 1012.

13- يرتبط العقار المرهون بالدين المضمون ارتباطاً مبنياً على عدم التجزئة . ويترتب على ذلك أن الرهن لا يتجزأ. وكل جزء من العقار يبقى ضامناً لكل الدين. كما أن الوفاء بجزء من الدين لا يؤدي إلى " تحرير" جزء من العقار مساو لما تم الوفاء به من الدين. بل يبقى العقار جميعه ضامناً لما تبقى من الدين. وهي قاعدة معروفة في الفقه الإسلامي. وقد جرى عليها جمهور الفقهاء⁽²⁾. وفي هذا المعنى جاء في المذهب: "... ولا ينفك من الرهن شئ حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محضة. فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه..."⁽¹⁾. كما أن الشئ المرهون محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل جزء منه.

وتسري قاعدة عدم التجزئة بهذا المعنى على الرهن عموماً سواء كان تأمينياً أم حيازياً (مقبوضاً). وسواء من الناحية الشرعية أم القانونية. وفي هذا المعنى تنص المادة 1462 من قانون المعاملات مدنية على أنه: " تسرى على الرهن الحيازي أحكام عدم جواز تجزئة المرهون ضماناً للدين المنصوص عليها في المادة 1410 من هذا القانون (وهي خاصة بالرهن التأميني) ويبقى كله ضامناً لكل الدين أو جزء منه".

ويتضح من ذلك أن قاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة بالمعنى السابق تنصرف إلى العقار المرهون من ناحية والدين المضمون من ناحية أخرى. فالرهن. عموماً لا يقبل التجزئة لا من حيث الدين المضمون ولا من حيث المال المثقل بالرهن. فهي قاعدة إذن ذات شقين: فكل جزء من المال المرهون يضمن كل الدين. وكل جزء من الدين مضمون بالمال المرهون كله⁽²⁾.

ويترتب على الشق الأول من القاعدة- أي بقاء كل جزء من المال المرهون ضامناً لكل الدين- أن الدائن المرتهن لا يلتزم- في حالة انتقال ملكية المال المرهون إلى غير الراهن- أن " يجزئ" دعواه على الورثة أو الملاك على الشيوع⁽³⁾. وبالتالي إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى أكثر من وارث بعد وفاة الراهن. أو اقتسم الشركاء على الشيوع المال المرهون. فلا يلتزم الدائن المرتهن أن يطالب كل وارث أو كل شريك منفرداً بجزء من الدين يساوي قيمة "جزء" من المال المرهون الذي آل إليه. وإنما يحق له أن يطالب كل وارث وكل شريك بكل الدين المضمون لأن كل " جزء" من المال المرهون يضمن كل الدين

(2) راجع نص المادة 731 من مجلة الأحكام العدلية. المادة 989 من مرشد الخيران.

راجع أيضاً : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي . مطبعة الاستقامة . القاهرة. 1371هـ. جزء 2 ص 231- رد المحتار على الدر المختار. القاهرة. 1272هـ . مطبعة بولاق. جزء 5. ص321.

(1) راجع : المذهب في فقه الإمام الشافعي. القاهرة. مكتبة الحلبي وأولاده. 1379هـ. جزء 1. ص307.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي. المرجع السابق. ص270- محمد على إمام . المرجع السابق. ص229.

(3) محمد وحيد الدين سوار. المرجع السابق. ص36.

وكل جزء من أجزائه. كذلك إذا قام الراهن بالتصرف في "جزء" من المال المرهون بالبيع مثلاً، كان للدائن المرتهن- إذا ما أراد- أن ينفذ على هذا "الجزء" بكل الدين، وعلى المشتري- إذا ما أراد تطهير المال المبيع من الرهن- أن يدفع قيمة الدين كاملاً، وليس فقط جزءاً منه يساوي الجزء من المال المرهون الذي آل إليه.

أما الشق الثاني من القاعدة - أي بقاء كل جزء من الدين مضموناً بكل المال المرهون- فيترتب عليه أنه إذا قام المدين بالوفاء بجزء من الدين المضمون بالرهن فليس له أن يطلب "تطهير" جزء من المال المرهون مساوياً لما تم الوفاء به من الدين، وإنما يبقى المال المرهون كله ضامناً لما تبقى من الدين، كما أنه إذا توفي الدائن المرتهن وانقسم الحق المضمون بالرهن - بالتالي- بين ورثته، فإن كل "جزء" من الدين يبقى مضموناً بكل المال المرهون، ولكل وارث - من ثم- أن ينفذ على كامل المال المرهون لاستيفاء ما آل إليه من ميراث بسبب وفاة الدائن المرتهن- فقسمة الحق (الدين) المضمون بالرهن- أياً كان السبب- لا يترتب عليه انقسام المال المرهون.

ثالثاً: مدى جواز استبعاد قاعدة عدم تجزئة الرهن:

14- قرر المشرع الإماراتي قاعدة عدم تجزئة الرهن (المادتان 1410-1462 من قانون المعاملات

المعاملات ليس من القواعد الآمرة، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلاف الأحكام التي قررها. حقاً أن نص المادة 1410 من قانون المعاملات قد يوحي بأنه ليس من القواعد المكملة حسب المعيار الشكلي لأن المشرع لم ينص صراحة على جواز الاتفاق على العكس، لكن اللجوء إلى المعيار الموضوعي للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة يقطع بأن القاعدة المقررة بمقتضى نص المادة 1410 من القواعد المكملة. فالمادة 1410 معاملات تقرر حكماً يهدف إلى حماية مصلحة خاصة وهي مصلحة الدائن المرتهن⁽⁴⁾ وليس مصلحة عامة تهم المجتمع بوجه عام. ويترتب على هذا التحليل النتائج الآتية:

أ- أنه يجوز للدائن المرتهن، صاحب المصلحة الأولى في الحماية المقررة، أن يتنازل عن قاعدة عدم التجزئة، ويقبل بإرادته المنفردة تجزئة الرهن وذلك- مثلاً- بتحرير جزء من المال المرهون يساوي في قيمته ما تم الوفاء به من الدين المضمون.

ب- أنه يجوز الاتفاق - مقدماً بين الطرفين على جواز تجزئة الرهن سواء بالاتفاق على قبول "جزء" من المال المرهون لضمان كل الدين، أو بتحرير جزء من المال المرهون كلها تم الوفاء بجزء من الدين المضمون.

ج- أن استعمال الدائن المرتهن لحقه في التمسك بعدم قابلية الرهن للتجزئة يخضع - كأى حق- لنظرية التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعمال الحق. (م106 من قانون المعاملات المدنية). وبالتالي فإذا كان الجزء الذي باعه الراهن من المال المرهون يسيراً جداً، وكان باقي المال الموجود في "يد" الراهن يكفي للوفاء بكل الدين ومن السهل التنفيذ عليه، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بحقه في عدم جواز تجزئة الرهن إذ يعتبر الدائن في هذه الحالة متعسفاً في استعمال حقه تطبيقاً للفقرة "ج" من المادة 2/106 التي تعتبر استعمال الحق غير مشروع "إذا كانت المصالح المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر". كما أن الدائن المرتهن يعتبر أيضاً متعسفاً في استعمال حقه، ومن ثم لا يجوز له التمسك بقاعدة عدم جواز التجزئة، إذا ما تبين أنه لم يتمسك بها إلا إضراراً بغيره من الدائنين المرتهنين لبعض أموال المدين. إذا أن الدائن- في هذا الفرض- لم يتمسك بالقاعدة حقيقاً لمصلحته وإنما لقصد الإضرار بالآخرين (فقرة "أ" من المادة 2/106 من قانون المعاملات).

(4) راجع في هذا المعنى، عبد الخالق حسن، المرجع السابق، ص104، 105.

الفرع الثاني

تعريف الرهن الحيازي وخصائصه

15 - لا يعرف الفقه الإسلامي - بحسب الأصل - سوى الرهن الحيازي، وهو ما يسمى بالرهن المقبوض . فالرهن عند إطلاقه يقصد به الصورة الشائعة التي وردت في الكتاب والسنة وهو الرهن المقبوض⁽¹⁾ . ونعرض - فيما يلي - لتعريف الرهن الحيازي عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، ثم لخصائصه بوجه عام .

الفصل الأول

تعريف الرهن الحيازي (المقبوض):

16 - يحسن أن نعرض لتعريف الرهن المقبوض في الفقه الإسلامي قبل أن نعرض لتعريفه في قانون المعاملات المدنية.

أولاً: في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء المذاهب في تعريفهم للرهن المقبوض على النحو الآتي:

1 - عند الحنفية:

جاء في الفتاوى الهندية بأن الرهن هو: " جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون"⁽¹⁾ . وقد وردت تعاريف أخرى لدى فقهاء المذهب الحنفي، لكنها لا تخرج - من حيث

(1) الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى، الأميرية بولاق، 1310هـ، جزء 5، ص431 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، القاهرة.

منشورات المكتبة الإسلامية، جزء 3، ص223.

(1) الفتاوى الهندية، المرجع السابق، جزء 5، ص431.

الجوهر- عن هذا التعريف. من ذلك - مثلاً- ما ورد في البحر الرائق شرح كنز الدقائق⁽²⁾ بأن الرهن هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين، وكذلك ما ورد في المادة 701 من مجلة الأحكام العدلية -باعتبارها المقنن من المختار من الفقه الحنفي- بأنه "حبس مال وإمساكه في مقابل حق يمكن استيفاءه منه"⁽³⁾.

2- عند المالكية:

عرف المالكية الرهن بأنه بذل من له البيع ما يباع أو غرراً - ولو اشترط في العقد - وثيقة بحق⁽⁴⁾ ويلاحظ أن تعريف المذهب المالكي قد أجاز ليس فقط رهن العين المضمونة بنفسها أو بغيرها متى كانت غائبة عن العقد، وإنما أيضاً رهن الغرر متى كان يسيراً . بل إن بغض فقهاء المالكية قد أجاز حتى رهن الغرر الشديد كرهن ما في بطن الإناء (الملاقيح) أو ما في أصلاب الذكور (المضامين) وذلك بحجة أن المرتهن قد يدفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه رغم ما فيه من غرر لأنه⁽¹⁾ خير من لا شيء . وقد تعرض تعريف المالكية للنقد-بحق-لإجازتهم رهن الغرر الأمر الذي يتنافى ومقتضى الرهن الذي لا يتحقق إلا بالقبض⁽²⁾ . كما أخذ عليه أيضاً إطلاق البذل أو الإعطاء على الرهن في حين أنه (أي الرهن) ليس هو ذات البذل أو الإعطاء.

3- عند الشافعية:

يقصد بالرهن عند الشافعية: جعل عين متمولة وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر الوفاء⁽³⁾ . وقد أخذ على هذا التعريف أنه حصر محل الرهن في الأعيان فقط بالرغم من أن بعض فقهاء المذهب قد أجاز رهن الدين⁽⁴⁾ .

4- عند الحنابلة:

(2) جزء 9 ، ص264، طباعة دار الكتب العربية الكبرى، مصر، 1306هـ.

(3) قارن تعريف الرهن في المادة 859 من مرشد الخيران بأنه: "جعل شيء مالي محبوسا- في يد المرتهن أو العدل- بحق مالي يمكن استيفاءه منه كلاً أو بعضاً، الطبعة الأولى 1308هـ، ص142.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المكتبة التجارية، جزء 3، ص231- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي، مطبعة الاستقامة، القاهرة، 1371هـ، جزء 3، ص204.

(1) حاشية الدسوقي، المرجع السابق، جزء 3، ص232- الشافعي عبد الرحمن، عقد الرهن في الشريعة الإسلامية، السابق، ص16.

(2) فرج توفيق الوليد، الرهن في الشريعة الإسلامية، السابق، ص26.

(3) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، القاهرة، منشورات المكتبة الإسلامية، جزء 4، ص229.

(4) فرج الوليد، المرجع السابق، ص19.

عرفه ابن قدامه بأنه: "المال الذي يُجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر الاستيفاء من هو عليه"⁽⁵⁾. وقد أخذ على مذهب الحنابلة - وهو قريب جداً من مذهب الشافعية - أنه غير جامع لأنه قصر الرهن على ما يجعل "وثيقة بالدين" مع أن الرهن يشمل عند فقهاء المذهب الأعيان المضمونة بنفسها وكذلك المقبوضة بعقد فاسد.

17- ويلاحظ على هذه التعاريف عند المذاهب الأربعة ما يلي:

1- اتفق فقهاء كل من المذاهب الأربعة على أن محل الرهن "عين" تحبس لاستيفاء حق من الحقوق. وإن أجاز فقهاء المالكية أن يكون محل الرهن ديناً أيضاً⁽¹⁾، بل أجاز بعضهم رهن الغرر، وإن كان ذلك يتعارض - كما رأينا - مع القبض الذي هو من مستلزمات الحيازي (المقبوض).

2- اتفق فقهاء مذهب الشافعية والحنابلة على قصر المرهون به (أي الحق الذي نشأ الرهن لضمانه) على الدين دون العين فالرهن لا يمكن أن ينشأ ضماناً لعين ابتداءً. فالرهن عندهم "وثيقة بدين"⁽²⁾. أما فقهاء المذهب الحنفي والمالكي فقد توسعوا، وأجازوا أن يكون المرهون به ديناً أو عيناً. فالرهن عندهم "وثيقة بحق". والحق - في نظر البعض⁽³⁾ - أعم من أن يكون مجرد دين أو عين. فالعين محل الرهن تحبس عند الشافعية والحنابلة للوفاء بدين على المدين، بينما تحبس العين عند فقهاء الحنفية والحنابلة لضمان دين أو عين.

والحقيقة - في اعتقادنا - أن هذا الخلاف يتوقف على تحديد المقصود بالحق عند تعريف الرهن لدى فقهاء المالكية بأنه "وثيقة بحق". فإن كان المقصود هو ما يُسمى الآن "الحق الشخصي" فليس هناك خلاف بين هذا الفريق أو ذاك. فالحق الشخصي ما هو إلا علاقة أو رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما (المدين) بأن يؤدي للآخر أداء معيناً. فإذا نظرنا إلى هذه العلاقة من ناحية المدين كانت التزاماً أو ديناً وإذا نظرنا إلى العلاقة ذاتها من ناحية الدائن كانت حقاً. والحق بهذا المعنى مرادف للالتزام أو الدين. فالحق ما هو إلا الوجه الإيجابي للعلاقة أو الرابطة، والالتزام (الدين) ما هو إلا الوجه السلبي لذات العلاقة. ومن ثم يكون صحيحاً تعريف الرهن بأنه "وثيقة بدين أو وثيقة بحق".

(5) المغني لابن قدامة، الطبعة الأولى، دار المنار، 1367هـ، جزء 4، ص 361 - كشف القناع عن متن الامتناع للبهوتي، جزء 3، ص 320.

(1) بمعنى أن الشخص يمكن أن يرهن ديناً له على آخر ليوثق ديناً عليه لشخص ثالث من باب تيسير المعاملات بين الناس.

(2) والدين هو كل تعامل يتعلق بالذمة ويجب أدائه في وقت محدد أو إلى أجل معلوم، راجع: عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص 11.

(3) راجع: بيان يوسف حمود، المرجع السابق، ص 59.

ويتطابق التعريفان إذن من هذه الناحية. ولا يكون هناك أية فارق بين تعريف الشافعية والحنابلة من ناحية وتعريف الحنفية والمالكية من ناحية أخرى.

3- اتفقت تعاريف فقهاء المذاهب الأربعة على أن الرهن الحيازي يستلزم قبض المرهون واحتباسه . ولذلك نجد أن من أهم شروط الرهن الحيازي هو قبض العين المرهونة واحتباسها حتى يؤدي المدين الدين الذي عليه. وفي هذا المعنى جاء في كتاب البدائع: "ولو تعاقدنا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين..... ولو تعاقدنا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن"⁽¹⁾.

4- أجاز جمهور الفقهاء استرداد العين المرهونة من قبل الراهن للانتفاع بها إذا أذن المرتهن بذلك. أما الحنفية فقد منعو استرداد محل الرهن من قبل الراهن ولو بإذن المرتهن.

5- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية جميعاً على أن الرهن هو حق تابع لا ينشأ لذاته ومستقلاً عن غيره من الحقوق، وإنما ينشأ ليكون وثيقة بحق أو بدين يستوفي منها عند تعذر الوفاء. فالرهن إذن بهذا المعنى من عقود الضمان والتوثيق.

6- اتفقت تعاريف كافة فقهاء المذاهب الأربعة - ضمناً - على أن محل الرهن قد يكون عقاراً وقد يكون منقولاً . فمحل الرهن هو عين حسب تعريف بعض المذاهب أو مال حسب تعريف البعض الآخر. والعين قد تكون عقاراً وقد تكون منقولاً.

7- يؤخذ على هذه التعريفات جميعاً أنها لم تذكر مضمون وجوهر الرهن ذاته من حيث المزايا التي يخولها الرهن للدائن المرتهن. وإذا كان صحيحاً أن الرهن يخول المرتهن سلطة احتباس المرهون إلى حيث استيفاء حقه، إلا أنه من الصحيح أيضاً أنه لا يتساوى مع غيره من الغرماء ، وإلا انعدمت فائدة الرهن وفقد الغاية من وجوده. فإذا لم يوف المدين الدين أو بعضه جاز له - بإذن المرتهن - بيع المرهون، ويقدم - حينئذ - المرتهن في استيفاء حقه من الثمن على سائر الغرماء. وهذا محل

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت ، دار الكتاب العربي، 1394هـ، جزء 6، حتى 637. راجع في ذات المعنى: المذهب في فقه الإمام الشافعي، القاهرة، مكتبة ومطبعة الحلبي وأولاده، 1379هـ، جزء 3، صفحة 30 وما بعدها - بداية المجتهد ، المرجع السابق، جزء 2، ص 230 حيث جاء به: " شروط الصحة في الرهن شرطان أحدهما متفق عليه بالجملة في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض..... أما القبض فما اتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى " فرهان مقبوضة".

اتفاق بين الفقهاء⁽¹⁾. لذلك كان من الضروري أن يتضمن تعريف الرهن شرعاً الإشارة إلى هذه السلطات التي يتمتع بها المرتهن مقارنة بغيره من الدائنين العاديين.

والحقيقة أن التفرقة بين الدين من ناحية وبين العين من ناحية أخرى هي تفرقة أساسية في الفقه الإسلامي، صاغ منها فقهاء المذاهب نظرية مبهدة رتبوا عليها أحكاماً ونتائج محددة على قدر كبير من الأهمية، وهي تفرقة تختلف - كما يرى البعض - عن التفرقة التي يعرفها الفقه الغربي بين الحق الشخصي والحق العيني. "فالدين ليس كل الحق الشخصي، بل هو صورة من صورته، والعين تستغرق الحق العيني وبعضاً من الحق الشخصي، وهو الالتزام بالعين، ومن ثم، فالدين أضيق من الحق الشخصي، والعين أوسع من الحق العيني"⁽²⁾.

ويقوم الفقه الإسلامي هذا التقسيم الرئيسي على أساس الذمة. فالدين يتعلق بالذمة، أما العين فلا تتعلق بالذمة، ويكون الحق - عينياً كان أو شخصياً - متعلقاً بالعين ذاتها. فالالتزام بالعين ينصب على عين معينة بذاتها أيا كان نوع الحق بحسب تقسيم الفقه الغربي، أي سواء كان الحق عينياً أو شخصياً. فالحق - هنا - يتعلق بالعين، أما الدين فلا يتعلق بعين معينة بالذات، وإنما يتعلق بالذمة ويكون محله مبلغاً من النقود أو شيئاً مثلياً.

وهكذا يميز الفقه الإسلامي بطريق غير مباشر بين نوعين من الحقوق: حقوق تنصب على الأعيان وهي تشمل ما يسمى في الفقه الغربي بالحقوق العينية الأصلية والتبعية، كما تشمل جانباً من الحقوق الشخصية التي يقابلها التزامات تتعلق بعين معينة بالذات كحق المستأجر مثلاً، وحقوق ترد على الذمة، وهي تقتصر على جانب من الحقوق التي تسمى في الفقه الغربي بالحق الشخصي التي يكون محلها نقوداً أو أشياء مثلية⁽²⁾.

وقد انعكست آثار هذه التفرقة بين الدين والعين على المرهون به في الرهن. فالبعض يرى أن المرهون به يجب أن يكون ديناً، ومن ثم لا يصح الرهن بالعين مطلقاً، بينما يرى البعض الآخر صحة

(1) راجع: الموسوعة الفقهية، السابقة الإشارة إليها، ص 23 - 24 - المغني، المرجع السابق، جزء 4، ص 447 - نهاية المحتاج، المرجع السابق، جزء 4، ص 274.

(1) راجع: مصطفى الجمال، المرجع السابق، 16.

(2) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء 1، 32، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1953 - 1954، ص 18 - مصطفى الجمال، أحكام المعاملات المدنية في إطار الفقهين الإسلامي والغربي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، 1993 - 1994، رقم 5، ص 15 وما بعدها - قارن عكس ذلك، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المجلد الثالث، دار الفكر، رقم 15، ص 28 وما بعدها. حيث يرى أن الفقه الإسلامي قد ميز بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي هذا التمييز فيها اختلاف الأحكام.

الرهن سواء كان ضماناً لدين أو عين. ويرجع السبب في هذا الخلاف - في نظرنا - إلى أن الأعيان إنما تستوفي بذواتها لا بأمثالها. وقد يؤدي الرهن - في التحليل النهائي - إلى استيفاء ثمن العين وليس العين ذاتها.

والحقيقة أن الأمر لا يخرج عن احتمالات أربعة: أولها: أن يكون المرهون به ديناً أياً كان سبب هذا الدين قرضاً أو بيعاً أو إتلافاً أو غصباً. وهنا يجوز رهنه بالإجماع: والثاني: أن يكون المرهون به عينا مضمونة بنفسها؛ وهي التي يجب ضمان مثله إن كان لها مثل أو قيمتها إن لم يكن لها مثل كالمغصوب في يد الغاصب. وهنا يجوز رهنها عند فقهاء كافة المذاهب الأربعة فيما عدا الشافعية الذين لا يجيزون إلا رهن الدين فقط⁽¹⁾. والثالث: أن يكون المرهون به عينا مضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن. وهنا يجوز الرهن عند الحنفية والمالكية والرابع والأخير: أن يكون المرهون به أمانة كالوديعة والعارية. فلا يجوز الرهن عند كافة فقهاء المذاهب الأربعة. إذ لا يصح أن يطلب المعير من المستعير رهنه يضمن به العين المستعارة ولا المودع من المودع لديه. لأن يدهم جميعاً "يد" أمانة فكيف نطلب منهم ضماناً (رهنًا) وهم أصلاً لا يضمنون⁽²⁾. والحقيقة - في اعتقادنا - أن المودع لديه مثلاً وإن كان لا يضمن هلاك العين محل الوديعة إذا كان الهلاك بسبب أجنبي. إلا أنه يضمن الهلاك الواقع بخطأ أو إهمال منه. كما أنه يلتزم برد الشيء المودع بعد انتهاء الوديعة. ومن المتصور - عقلاً ومنطقاً - تقديم رهن ضماناً للوفاء بهذه الالتزامات.

وقد توسط المشرع الإماراتي في تخيره للحل الذي أقره بنص المادة 1452 من قانون المعاملات المدنية. فأجاز رهن الدين إذا كان ثابتاً في الذمة أو موعوداً به ومحددًا عند الرهن، والعين المضمونة بنفسها أو بغيرها. واستبعد الأعيان غير المضمونة - كالأمانات - من نطاق الرهن. والواقع أن ضمان الأعيان هو - في التحليل النهائي - ضمان للقيمة، والقيمة تتمثل في مبلغ من النقود محله الذمة. ومن ثم يكون - من هذه الناحية - كالدين تماماً من حيث جواز أن يكون مضموناً بالرهن. فالحقوق الواردة على الذمة تشمل الحقوق الواردة على الذمة أصلاً - وهي النقود والمثلثات - كما تتسع لتشمل أيضاً الحقوق البديلة الناشئة عن أعمال أحكام الضمان. ومن ثم يمكن القول بأن المرهون به (المضمون بالرهن) هو دائماً دين متعلق بالذمة بالمعنى الواسع.

ثانياً: في القانون الوضعي:

(1) وحجتهم في ذلك أن الله تعالى ذكر الرهن في المداينة فلا يصح في غيرها. راجع: نهاية المحتاج، المرجع السابق، جزء 3، ص 250.

(2) راجع: فرج الوليد، المرجع السابق، ص 202 وما بعدها.

18- عرف المشرع الرهن الحيازي في المادة 1448 من قانون المعاملات مدنية بقوله إنه : " عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن أو في يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاءه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين".

ولعل أول ما يلاحظ - في هذا الصدد- أن الرهن الحيازي عقد ينشئ حقاً أو به يكتسب الدائن المرتهن حقاً على المال المرهون. فالرهن الحيازي إذن هو تأمين اتفاقي شأنه في ذلك شأن الرهن التأميني. فالرهن بنوعيه، كحق عيني تبقي، يجد مصدره في اتفاق الطرفين، وذلك تمييزاً له عن حقوق الامتياز التي لا تترتب إلا بنص القانون. ويلاحظ أن العقد وإن كان يعتبر المصدر الرئيسي للرهن الحيازي، إلا أنه ليس المصدر الوحيد. فقد ذكرنا أنه ليس هناك ما يمنع - قانوناً - من اكتساب الرهن الحيازي بمضى المدة إذا توافرت الشروط المقررة قانوناً وذلك إذا ظهر الدائن بمظهر صاحب رهن حيازي وانصرف نيتة إلى ذلك.

ويلاحظ - من ناحية ثانية- أن الرهن الحيازي يرد على عقار أو منقول. على عكس الرهن التأميني الذي لا يرد - بحسب الأصل - إلا على عقار. لذلك نص المشرع على أن الرهن الحيازي حق يخول الدائن المرتهن سلطة احتباس المال المرهون. والمال قد يكون - بداهة - عقاراً أو حقاً عينياً على عقار كما قد يكون منقولاً أو حقاً عينياً على منقول.

ومن ناحية ثالثة يؤدي الرهن الحيازي إلى تجريد الراهن مديناً كان أو كفيلاً عينياً من حيازة المال المرهون ونقلها - من ثم - إلى الدائن المرتهن أو شخصاً ثالثاً يسمى "العدل". وذلك على خلاف الرهن التأميني حيث يحتفظ الدائن المرتهن بحيازة العقار المرهون. ولعل هذا الفارق هو أهم ما يميز الرهن الحيازي، وعليه تترتب أهم آثار الرهن الحيازي بوجه عام. إذ تلعب الحيازة - في الرهن الحيازي - دوراً مزدوجاً: فهي - من ناحية - وسيلة لشهر الرهن وإعلانه للغير، وهي - من ناحية أخرى - شرط للزوم الرهن لجهة الراهن. فالراهن يستطيع الرجوع في الرهن قبل انتقال حيازة المرهون إلى المرتهن أو العدل. حيث يكون الرهن - قبل انتقال الحيازة - غير لازم بالنسبة للراهن. كل ذلك على عكس القانون المصري حيث تكون الحيازة وسيلة للشهر والعلانية فقط. ومن هنا يبدو أن مصطلح الرهن الحيازي أكثر دقة من مصطلح الرهن التأميني لأنه يعبر بدقة عن طبيعته ويعكس - بالتالي - أهم خصائصه.

والرهن الحيازي - من ناحية رابعة- عقد رضائي ينعقد بمجرد توافق رضاء الطرفين ⁽¹⁾، بينما لا ينعقد الرهن التأميني إلا بورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً. لكن الرهن الحيازي- وإن انعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول- لا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا إذا انتقلت حيازة المرهون إلى المرتهن أو العدل. فضلاً عن تسجيل الرهن إذا ورد على عقار وثبوت تاريخه إذا ورد على منقول (م1484، 1487 من قانون المعاملات المدنية).

ويخول الرهن الحيازي - من ناحية خامسة- الدائن المرتهن الحق في حبس المال المرهون إلى حين استيفاء حقه المضمون بالرهن كاملاً. سواء كان المرهون في حيازته أم في حيازة " العدل". ومن هنا يبدو الرهن الحيازي أفضل من الرهن التأميني . وإن كان حق الدائن المرتهن رهناً تأمينياً في تتبع العقار المرهون هو البديل الطبيعي للحق في الحبس . لكن المرتهن حيازياً يجمع بين الحق في الحبس والحق في التتبع.

ويلاحظ - أخيراً- أن نص المادة 1448 من قانون المعاملات المدنية قد اكتفى بالإشارة إلى أن الرهن الحيازي يخول المرتهن سلطة التقدم ولم يذكر سلطة التتبع. على خلاف القانون المصري حيث أشارت المادة 1096 من القانون المدني إلى سلطتي التقدم والتتبع. وقد يُقال إن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون وحبسه إلى حين استيفاء الدين المضمون بالرهن كاملاً يغنيه عن تتبع المال المرهون. إذ ما حاجة الدائن المرتهن إلى التتبع والفرص أن المال المرهون في حيازته وتحت يده- أو تحت يد العدل- لا يخرج منها إلا بإذنه؟ لكن ذلك لا يعني - في الواقع- أن الدائن المرتهن ليس له- في الرهن الحيازي - سلطة تتبع المال المرهون إذا تصرف فيه الراهن وخرج من حيازته. فالحقوق العينية التبعية جميعها- ومنها الرهن الحيازي- تخول أصحابها سلطتي التقدم والتتبع دون حاجة إلى النص على ذلك صراحة. فالذي يميز الحق العيني التبعية هو السلطات التي يخولها لصاحبه والتي تمثل جوهره ومضمونه. فكما أن حق الملكية- باعتباره حقاً عينياً أصلياً- يخول المالك سلطات ثلاث هي التصرف والاستعمال والاستغلال. فإن الحق العيني التبعية- أياً كان- يخول صاحبه سلطتي التقدم والتتبع. فالدائن المرتهن قد يفقد حيازة المال المرهون ويرغب في التنفيذ عليه قبل استرداده . وفي هذه الحالة يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على المرهون وتتبعه بمقتضى ما له من سلطة التتبع . ويلاحظ أن التتبع المقصود في الرهن الحيازي ليس التتبع المادي للشيء المرهون كما هو الحال في الرهن التأميني، وإنما التتبع المعنوي للحق المرهون. إذ يستطيع الدائن المرتهن- بما له من سلطة في التتبع- التنفيذ

(1) إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك.

على ملكية الشيء المرهون بعد انتقالها للغير. إذ لولا هذه السلطة أو المكنة ما استطاع المرتهن التنفيذ على الشيء المرهون إذا ما انتقلت ملكيته للغير رغم احتفاظه بالحيازة المادية⁽¹⁾. وقد توصل الفقه الإسلامي إلى تحقيق النتيجة ذاتها التي يهدف إليها الحق في التبعية ولكن بوسيلة أخرى وهي منع الراهن من إجراء أي تصرف في المال المرهون بما يزيل الملك لينقله إلى آخر أو بما ينقص من محل الرهن بترتيب عبء عليه إلا بإذن من المرتهن. فقد جاء في البدائع: "ليس له - أي الراهن - أن يبيعه من غير المرتهن بدون إذنه لما فيه من إبطال حقه من غيره رضاه.... وليس له أن يهبه أو يتصدق به على غيره بغير إذنه - أي المرتهن"⁽²⁾. ولا ريب في أن حرمان الراهن من إجراء أي تصرف نافذ في حق المرتهن يعني عدم إمكانية انتقال ملكية المرهون إلى شخص آخر مما يؤدي إلى تمكين المرتهن من التنفيذ على المرهون وبيعه بالمزاد لاستيفاء حقه من حسيطة التنفيذ.

الفصل الثاني

خصائص الرهن الحيازي:

19 - للرهن الحيازي خصائص محددة تمثل "ذاتيته" الخاصة مقارنة بالرهن التأميني خصوصاً والتأمينات العينية عموماً. وهو يتفق مع الرهن التأميني في بعض الخصائص ويختلف عنه في البعض الآخر. فالخصائص التي يتفق فيها الرهن الحيازي مع الرهن التأميني هي:

- أن الرهن الحيازي تأمين اتفاقي كقاعدة عامة.

- أنه حق تابع لا ينشأ ولا يصح إلا تبعاً للدين المضمون بالرهن. فهو يتبع الدين المضمون بالرهن في نشأته وصحته وبطلانه وانتقاله وانقضائه.

(1) ومن هنا تبدو دقة صياغة نص المادة 1345 من القانون المدني العراقي بقولها: "للمرتهن أن يستوفي حقه من المرهون رهناً حيازياً حتى لو انتقلت ملكيته إلى أجنبي".

(2) المرجع السابق. جزء 6، ص 146.

- أنه حق عيني تبقي يخول الدائن سلطتي التقدم والتتبع.

- أن العقد الذي ينشئ الرهن الحيازي عقد معاوضة يُعطي فيه كل من طرفيه مقابلاً لما يأخذ.

- الرهن الحيازي حق غير قابل للتجزئة⁽¹⁾.

20- أما الخصائص التي يختلف فيها الرهن الحيازي عن الرهن التأميني فهي:

أ- العقد الذي ينشئ الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بمجرد توافق إرادة الطرفين. فالرهن الحيازي لا يحتاج - حتى ينشأ صحيحاً - لإفراغه في " شكل خاص" كما هو الحال في الرهن التأميني. فالتعبير عن إرادة طرفيه يكفي إذن- أيا كانت طريقته- لانعقاد العقد الذي يكتسب بمقتضاه الدائن المرتهن حق الرهن الحيازي.

ب- العقد المنشئ للرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين. فالعقد يرتب - هنا- التزامات على عاتق كل من طرفيه. على عكس الرهن التأميني حيث لا يرتب العقد الذي أنشأه سوى التزامات على عاتق الراهن فقط دون الدائن المرتهن. حيث يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه، وبضمان هلاك المرهون أو تلفه ، كما يلتزم الدائن المرتهن- في الرهن الحيازي- بحفظ المرهون وصيانته ورده إذا استوفى حقه كاملاً أو انقضى الرهن بأي سبب آخر خلافاً للوفاء بالدين المضمون. كما لو تنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن أو انتقلت ملكية المال المرهون إلى المرتهن مثلاً.

ج- يرد الرهن الحيازي على عقار أو منقول، بينما لا يرد الرهن التأميني - كقاعدة عامة- إلا على عقار. لذلك قلنا أن الرهن التأميني حق عقاري.

د- لا يكون الرهن الحيازي نافذاً في مواجهة الغير إلا إذا انتقلت حيازة المال المرهون- عقاراً كان أم منقولاً- إلى الدائن المرتهن. وتعتبر الحيازة شرطاً ضرورياً - ليس فقط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير- وإنما أيضاً للزوم الرهن لجهة الراهن.

(1) راجع في تفاصيل شرح هذه الخصائص، ما سبق أن قلناه بالنسبة للرهن التأميني، ص12 وما بعدها.

المبحث الثاني

مشروعية الرهن

21- بعد أن تناولنا في المبحث الأول تعريف الرهن بنوعيه من الناحيتين الشرعية والقانونية، نعرض فيما يلي لدليل مشروعية الرهن في الفقه الإسلامي، ثم لحكمه، وأخيراً للحكمة منه. ونتناول - أولاً - حكم الرهن الحيازي، ثم نعرض - ثانياً - لحكم الرهن التأميني.

الفرع الأول

الرهن الحيازي (المقبوض)

22- أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية كافة - بمدارسهم الفقهية المختلفة - على مشروعية الرهن. ويستمد الرهن المقبوض مشروعيته من النص والإجماع والمعقول⁽¹⁾.
أولاً: دليل المشروعية:

1 - النص : وذلك في القرآن الكريم والسنة النبوية.

أ- القرآن الكريم: الأصل في مشروعية الرهن في القرآن قوله تعالى " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة"⁽¹⁾. والمعنى - كما جاء في الموسوعة الفقهية¹ - فارهنا وأقبضوا كقوله تعالى: " فتحرير رقبة مؤمنة"⁽²⁾ فالمراد منه فليحرق رقبة ، وكقوله تعالى: " فاضرب الرقاب" أي فأضربوا منها الرقاب⁽³⁾. ووجه الدلالة أن قوله تعالى "فرهان" جمع رهن، ورهن مصدر جعل جزاء

(1) راجع في ذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، جزء 5، ص 181. إبراهيم الدسوقي الشهاوي، المذاهب الفقهية في الشفعة والرهن، 1964، الطبعة الأولى، ص 32 - عبد اللطيف عامر، المرجع السابق، ص 229 - عبد الفتاح محمد أبو العينين، عقود التوثيق في الفقه الإسلامي، 1987، ص 8 - بيان يوسف حمود، الرسالة السابقة، ص 92 وما بعدها - موسوعة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 2-5 - محمد عوضين المغربي، المرجع السابق، ص 90 - المغني، جزء 5، ص 362، سعدي أبو حبيب، الإجماع في الفقه الإسلامي، بيروت 1974، جزء 1، ص 482.
(1) سورة البقرة، آية 283.

(2) سورة البقرة، آية 92.

(3) نهاية المحتاج، جزء 3، ص 223، قارن - مع ذلك - فرج توفيق الوليد، المرجع السابق، ص 35، هامش رقم (2) حيث يعترض على هذا التفسير لكنه - أي كان الأمر - تبقى للآية الكريمة دلالتها على مشروعية الرهن.

للشروط مقروناً بالفاء- فهو إذن يدل على فعل أمر محذوف وجوباً تقديره: فارهنوا رهانا مقبوضة. لكن الأمر- هنا - للإباحة وليس للوجوب كما قد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى بدليل قوله تعالى - بعد ذلك: "فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته". هذا بالإضافة إلى أن هذه الآية الكريمة قد جاءت في المصحف الشريف عقب آية المداينة التي تحث على كتابة الدين والإشهاد عليه وتأكيد بهشتى وسائل التوثيق ومنها - بطبيعة الحال- الرهن.

ب- السنة النبوية المطهرة: والسنة- هنا- منها قولية ومنها فعلية. أما السنة الفعلية - فقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يفيد أن مارس في حياته هذا النوع من المعاملات؛ من ذلك ما ثبت برواية السيدة عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اشترى من يهودي - يقال له أبو الشحم- طعاماً بنسيئة فأعطاه درعاً له رهناً⁽¹⁾. كما نُقل عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم - يرهن كثيراً عند أهل الذمة وغيرهم⁽²⁾. ولا ريب في أن دلالة الحديث على مشروعية الرهن وإجازته ليست محل شك، إذا لم تكتف بالقول بل جاوزته إلى الممارسة الفعلية.

أما السنة القولية فمنها ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولين الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة"⁽³⁾. ومنها أيضاً قول الرسول الكريم: "لا يغلق الرهن من صاحبه، له غنمه وعليه غرمه"⁽⁴⁾. وهكذا بينت هذه الأحاديث فعل النبي صلى الله عليه وسلم ومباشرته للرهن بنفسه في سنته الفعلية. ثم بيان العديد من أحكام الرهن في سنته القولية.

2- الإجماع:

حيث انعقد إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة، واتفق المجتهدون من السلف والخلف على جواز الرهن، وتعامل المسلمون به، وجرت به عادتهم تيسيراً للتعامل بينهم وتحقيقاً لمصلحة كل من الراهن والمرتهن.

(1) في رواية أخرى " ثلاثين صاعاً من شعير"، وعن الترمذي والنسائي، " بعشرين صاعاً"، راجع: نيل الأوطار للشوكاني، جزء 6، ص 328.

(2) مشار إليه في بيان يوسف حمود، الرسالة السابقة، ص 94-95.

(3) المغني، المرجع السابق، جزء 4، ص 362.

(4) المحلى لابن حزم، بيروت، دار الكتب العلمية، جزء 8، ص 97.

3- المعقول:

ينفرد بهذا الاعتبار مذهب الحنفية لأنهم أقاموا الرهن قياساً على الكفالة، باعتبار أن الرهن عقد وثيقة لغرض الاستيفاء لأن مناط الاستيفاء يثبت في الذمة أولاً ثم يستوفى بعد ذلك، والكفالة باعتبارها وفاء ما يختص بالذمة جائزة فالوثيقة التي تحقق هذا الاستيفاء جائزة باعتبارها نظير الضمان في الكتابة والشهادة⁽¹⁾.

ثانياً: نطاق المشروعية:

23- رأينا أن مشروعية الرهن الحيازي وإجازته في الفقه الإسلامي ليست محل شك والأدلة على ذلك- كما رأينا- كثيرة- وقاطعة. لكن إذا كانت المشروعية في حد ذاتها ليست محل شك، فإن نطاقها يبدو- على العكس - محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ قد توحى بعض أدلة مشروعية الرهن على قصر نطاق هذه المشروعية في السفر فقط، أما في خارج هذا النطاق فيبدو الرهن- للوهلة الأولى- غير جائز. كما أن مشروعية الرهن في السفر تبقى مرتبطة- في داخل هذا النطاق - بعدم وجود من يمكنه كتابة الدين.

بعبارة أخرى: إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا كافة على جواز الرهن ومشروعيته في السفر إذا لم يوجد من يستطيع كتابة الدين، فإنهم اختلفوا- بعد ذلك - حول مسألتين: الأولى: هل يكون الرهن مشروعاً في السفر فقط دون الحضر، أم هو مشروع في السفر والحضر جميعاً. الثانية: هل مشروعية الرهن معلقة - في السفر فقط أو في السفر والحضر معاً- على عدم وجود كاتب يدون الدين؟

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الإجابة على هذين السؤالين، ويرجع سبب اختلافهم- بالدرجة الأولى - إلى اختلافهم في تفسير قوله تعالى: "وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة"⁽¹⁾. فظاهر الآية الكريمة يوحي- إذا ما فسرت بمعزل عما تلاها من آيات - بأن مشروعية الرهن جاءت مقيدة بقيدين: أن يكون الراهن والمرتهن على سفر من ناحية، وعدم وجود كاتب يدون الدين من ناحية أخرى بحسبان أن كتابة الدين هي توثيق له يُغنى عن الرهن.

(1) فرج توفيق الوليد، المرجع السابق، ص38.

(1) سورة البقرة، آية 283.

24- وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية- في الإجابة على هذه التساؤلات- ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى هذا الفريق أن مشروعية الرهن تقتصر فقط على السفر دون الحضر وبشرط عدم وجود من يستطيع كتابة الدين وذلك أخذاً بظاهر الآية الكريمة: "وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة". وفي ذلك يقول الضحاك بن مزاحم الهلالي ".... من كان على سفر وبائع بيعاً إلى أجل فلم يجد كاتباً، فرخص له في الرهان المقبوضة، وليس له إن وجد كاتباً أن يرتهن"⁽²⁾، فإباحة الرهن في الآية جاء معلقاً على شرط السفر وعدم وجود الكاتب، والتعليق بالشرط يقتضي عدم الحكم عند عدم الشرط، وإلا لما كان للتعليق بالشرط فائدة، والحقيقة أن هذا الرأي مردود لما يلي:

1- أن ذكر السفر في الآية قد خرج مخرج الغالب لكون الكاتب ينعدم غالباً في السفر⁽¹⁾. أي أن تقييد إباحة الرهن به ليس لنفي الحكم فيما عداه، وإنما هو لبيان الحالة التي يغلب فيها الاحتياج إلى الرهن. كما في قوله تعالى: "وربائبكم اللاتي في حجوركم" إذ خرج القيد- هنا أيضاً- مخرج الغالب.

2- أن هذا التفسير يتعارض مع قيام الرسول صلى الله عليه وسلم برهن درعه في المدينة وهي حضر مع تحقق وجود كاتب يمكنه تدوين الدين.

3- أن الرهن كالضمان يجمعهما التوثيق بالدين. وإذا كان التوثيق بالكتابة والشهادة جائزاً سفرًا وحضرًا، فكذلك الرهن يجوز سفرًا وحضرًا⁽²⁾.

4- أن تقييد إباحة الرهن بالسفر في الآية الكريمة قد جاء لبيان الحالة التي يتعذر فيها التوثيق بالكتابة، فيجب أن يلحق بها- وبالتالي- كل حالة يتعذر فيها ذلك. ومن تلك الأحوال خشية الدائن من صعوبة استيفاء حقه وربما ضياعه كلية وإن كان في الحضر وإن وجد الكاتب، ومن ثم يجب إجازة الرهن في هذه الأحوال جميعاً. أي أن الحكمة من إباحة الرهن ليست هي تعذر وجود كاتب لكون الطرفين على سفر، وإنما هي توثيق حق الدائن لضمان استيفاء حقه من المقابل المالي للمال المرهون إذا تعذر استيفاؤه من المدين. وهي حكمة قائمة في جميع الأحوال سواء كان الرهن

(2) راجع: ينل الأوطار للشوكانى، جزء 6، ص328- الشيخ على الخفيف، النظرية العامة في الفقه، الدين- الرهن"، 1962/61م، ص 31.

(1) المغني، جزء 4، ص362، إبراهيم الشهراوي، المرجع السابق، ص40.

(2) إبراهيم الشهراوي، المرجع السابق، ص39.

في السفر أو في الحضر. وسواء وجد الكاتب. أو امتنع وجوده. وسواء كان مشروطاً في العقد من المرتهن أم كان تطوعاً من الراهن.

الاجتهاد الثاني:

ذهب هذا الفريق إلى توسيع نطاق مشروعية الرهن. فأجازوه في الحضر كما هو جائز في السفر. وسواء كان مشروطاً في العقد من الدائن المرتهن أم كان تطوعاً من الراهن. وقد أباح الرهن مطلقاً جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾.

وقد استند أنصار هذا الرأي على الحجج السابق عرضها للرد على أنصار الاجتهاد الأول. بالإضافة إلى ما رواه الإمام الشافعي عن أبي حكيم بن محمد عن زيد بن عبد الله عن أبي الربيع عن أبيه قال: "نزل برسول الله - صلى الله عليه وسلم - ضيف فقال لي يا أبا رافع اذهب إلى فلان اليهودي. أبي الشحم الظفري فقل له إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بعني إلى رجب فأتيته فقال: والله ما أبيعه إلا برهن. فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته قال: اذهب بدرعي الحديد إليه. فرهنه بطعام إلى أجل مسمى"⁽⁵⁾. ووجه الدلالة في هذا الحديث وغيره يدل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد تعامل بالرهن في الحضر (في المدينة). كما يدل أيضاً على جواز الرهن ولو باشتراط المرتهن وليس فقط تطوعاً من الراهن. خلاصة رأي هذا الفريق إذن هو مشروعية الرهن في الحضر مطلقاً مشترطاً من المرتهن أو تطوعاً من الراهن.

الاجتهاد الثالث: وقف هذا الفريق (الظاهرية) موقفاً وسطاً بين من قال بالمنع في الحضر مطلقاً وبين من قال بالجواز في الحضر والسفر مطلقاً. مشترطاً من المرتهن أم تطوعاً من الراهن" فأجازوا الرهن في الحضر إذا كان تطوعاً من الراهن. أي غير مشروط في العقد. أما إذا كان مشروطاً من المرتهن فلا يكون جائزاً إلا في السفر مع عدم وجود الكاتب. وبعبارة أخرى. يفرق أنصار هذا الاجتهاد بين فرضين⁽¹⁾: الفرض الأول: إذا كان الرهن تطوعاً من الراهن كان جائزاً مطلقاً في الحضر كما في السفر. مع عدم الكاتب أو مع وجوده. الفرض الثاني: إذا كان الرهن مشروطاً في العقد الذي أنشأ

(1) المبسوط للسرخسي. المرجع السابق. جزء 21، ص 64.

(2) الخرشي. الطبعة الثانية. القاهرة. 1317هـ. مطبعة بولاق. جزء 5، ص 121.

(3) المذهب في فقه الإمام الشافعي. الطبعة الثانية. القاهرة. 1379هـ. مكتبة ومطبعة الحلبي وأولاده. جزء 1، ص 92.

(4) المغني. المرجع السابق. جزء 4، ص 367.

(5) صحيح البخاري. جزء 4، ص 275.

(1) المحلى لابن حزم. المرجع السابق. جزء 8، ص 87.

الالتزام بالمضمون بالرهن من قبل المرتهن- كالقرض إلى أجل مسمى- فلا يكون الرهن جائزاً - حينئذ- إلا في السفر وبشرط عدم وجود الكاتب.

وقد استدلل هذا الفريق على رأيهم بالحجج الآتية:

أ- أن ظاهر الأحاديث المروية عن الرسول صلى الله عليه وسلم يُوحى بأن الرهن كان تطوعاً منه، ولو كان مشروطاً لبينه لنا. ومن ثم، لا يجوز الرهن في الحضر إلا تطوعاً.

ب- أن حديث أبي رافع لا يصح الاستدلال به لضعفه. فقد تفرد به موسى بن عبيدة الزيدي، وقد ضعفه القطان وابن معين والبخاري وابن المديني. وقال أحمد بن حنبل: لا تخل الرواية عنه⁽²⁾. الحديث خرجه المؤلف في صحيح البخاري وضعفه هنا فإما أن الحديث ليس في البخاري وإذا كان فيه فهو صحيح

ج- أن اشتراط الرهن من قبل المرتهن لم يقرره الشرع الحكيم حينما نظم شروط الرهن. وقد قال الرسول الكريم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"⁽¹⁾. كما أنه من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له. وقد قيد الشرع الحكيم مشروعية الرهن - في نظر هذا الفريق- بعدة شروط ليس من بينها اشتراط الرهن في الحضر، فإذا ما طلب الدائن المرتهن- مع ذلك- الرهن في الحضر كان شرطاً منه ليس في كتاب الله، فيكون باطلاً.

د- أن الله عز وجل أمر الناس بالتعاون والإحسان، ومن ذلك قوله تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى"⁽²⁾ وقوله جل شأنه: "وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"⁽³⁾. وقد جاءت هذه الآيات من العمومية بحيث يدخل تحتها كل بر وإحسان وتطوع كالرهن التطوعي الذي يكفي بالنسبة له عدم نهى الشارع عنه.

25- والحقيقة أن هذه الاستدلالات مردودة على الوجه التالي:

أ- أن حمل الأحاديث المروية عن الرسول الكريم بخصوص الرهن على أنه كان تطوعاً من النبي هو تحكم وترجيح بدون مرجح. فلفظ "الرهن" جاء في الأحاديث النبوية مطلقاً يشمل الرهن

(2) راجع : إبراهيم الشهراوي، المرجع السابق، ص38.

(1) الحلى لابن حزم، المرجع السابق، جزء 8، ص87.

(2) سورة المائدة، آية رقم (2).

(3) سورة البقرة، آية رقم (195).

المشروط والرهن التطوعي، ولا يجوز تخصيص ما ورد عاماً أو مطلقاً بغير مخصص. هذا فضلاً عن أن الغالب هو أن الرهن كان على عكس ما ذهب إليه الظاهرية - مشروطاً لأنه يندر في العمل أن يتطوع المدين بالرهن دون أن يطلبه المرتهن⁽⁴⁾.

ب- أن رد حديث أبي رافع ليس له ما يبرره لأن الشافعي قد رواه عن طريق لا مطعن عليه بما يصح معه، الاستدلال به⁽¹⁾.

ج- أن الرهن المشروط في الحضر ثابت بالقياس الصحيح، وبالتالي لا يخضع لحكم الحديث الشريف: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"⁽²⁾. فالمسلم دون خلاف أن الرهن قد شرع أصلاً للتوثيق، وكل حالة تستدعي التوثيق تقاس على ما جاء في الآية الكريمة: "وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة..."⁽³⁾. فالتوثيق وإن كان مطلوباً في السفر وفي عدم وجود الكاتب، لكنه ليس معنى ذلك أنه غير مطلوب فيما عدا ذلك من الحالات. وإنما الصحيح أن الرهن مشروع في كل حالة تستدعي التوثيق، سواء كان في السفر أو الحضر، عند وجود الكاتب أو عند عدم وجوده، مشروطاً من المرتهن أم تبرعاً من المدين، وسواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً. فإمكانية المطالبة بالدين لا تعني أن الدائن واثق من استيفاء حقه: فقد يتصرف المدين في أمواله إضراراً بالدائنين، وقد يفلس وقد يخفي أمواله، وهي مخاطر لا تنفع فيها الكتابة أو الشهود وإنما الرهن فقط، فإنه وثيقة يستوفى منها الدين عند تعذر الوفاء. فالرهن في السفر وعدم الكاتب ثابت بالنص، والرهن في الحضر مطلقاً ثابت بالقياس الصحيح، فلا يصدق عليه أنه شرط ليس في كتاب الله. لأن الشرط الثابت في كتاب الله ليس فقط من المنصوص عليه في القرآن والسنة، وإنما يلحق به أيضاً الثابت بالقياس الصحيح والإجماع.

د- أن الآيات الكريمة السابقة⁽³⁾ وإن دلت على جواز الرهن التطوعي، إلا أنها لا تدل على عدم جواز ماعداه، أي الرهن المشروط، خصوصاً أن الرهن المشروط هو الغالب في الواقع العملي. ومن ثم يبقى صحيحاً القول بجواز الرهن مطلقاً.

(4) في ذات المعنى راجع: الشهاوي، المرجع السابق، ص39.

(1) فرج الوليد، المرجع السابق، ص43.

(2) راجع الشهاوي، المرجع السابق، ص42.

(3) آية رقم (2) من سورة المائدة، وآية رقم (195) من سورة البقرة.

26- الرأي الراجح: القول الراجح من الآراء السابقة هو القول بجواز الرهن سواء كان في السفر أم كان في الحضر. وسواء كان مشروطاً من المرتهن أم كان تطوعاً من الراهن⁽¹⁾. وقد نقل صاحب المغنى عن ابن المنذر أنه قال: "لا نعلم أحداً خالف ذلك إلا مجاهداً، وقال القرطبي وخالف فيه الضحاك أيضاً⁽²⁾". والحقيقة - في اعتقادنا - أن رأي جمهور الفقهاء جدير بالتأييد لقوة الأدلة التي استند إليها، يدعمها - أيضاً - الملاحظات الآتية:-

أ- أن القول بعدم إجازة الرهن في الحضر إلا إذا كان تطوعاً من الراهن يؤدي - عملاً - إلى انحسار الرهن تماماً في الواقع العملي. فالأصل الآن هو الرهن في الحضر، أما الرهن في السفر فهو استثناء لا يكاد يقع إلا نادراً. فإذا أضفنا إلى ذلك أنه ليس من المتصور - عقلاً وعملاً - أن يتبرع المدين بالرهن دون أية مصلحة أو فائدة تعود عليه، لتبين لنا بجلاء أن الرهن التبرعي في الحضر يكاد ينعدم من الناحية العملية. ومن ثم، فإن القول بإجازته لا يفيد كثيراً أو حتى قليلاً في العمل، خصوصاً في ظل ندرة الرهن في السفر في العصر الحديث، وهو الرهن الذي يرى البعض قصر المشروعية عليه.

ب- أن الرهن في السفر كان متكرر الوقوع قديماً في ظل الرحلات التجارية المتكررة وبطء وسائل السفر، وبالتالي طول مدة الرحلة. أما الآن وبعد تطور وسائل الاتصال الحديثة أصبح العالم - بحق⁽¹⁾ - قرية صغيرة، وبالتالي أصبح اللجوء إلى الرهن في السفر يكاد يختفي من حياتنا العملية. فإذا قلنا - مع ذلك - إن الرهن غير جائز إلا في السفر لترتب على ذلك - منطقياً - اختفاء الرهن كلية . وإذا كانت الأحكام الظنية تتغير بتغير الأزمان، ليس تغير حجة وبرهان وإنما تغير الزمان والمكان، فإن القول بجواز الرهن في الحضر مطلقاً يُصبح ضرورة تفرضها المستجدات الحديثة، فضلاً عن اتفاقه مع ما جرت به عادة الناس من التعامل بالرهن في الحضر.

ج- أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا كما نصت على ذلك صراحة المادة 33 من قانون المعاملات المدنية. وهي قاعدة أصولية مبناها أن الحكم مرتبط بعلة. فمتى وجدت العلة وجد الحكم بصرف النظر عن أي اعتبار، ومتى انعدمت العلة انعدم الحكم. وإذا كانت الحكمة من مشروعية الرهن هي توثيق الدين لضمان استيفاء الدائن لحقه، فلا ريب في أن هذه الحكمة تتوافر

(1) الموسوعة الفقهية. السابق الإشارة إليها. ص 176، رقم 5- وهبة الزحيلي. المرجع السابق. ص 181- الشهاوي. المرجع السابق. ص 43- عبد اللطيف عامر. ص 329- عبد الفتاح أبو العينين. المرجع السابق. ص 8- محمد عوضين المغربي. السابق. ص 90- بيان حمود. الرسالة السابقة. ص 114.

(2) المغني. المرجع السابق. جزء 4. ص 362- نيل الأوطار. المرجع السابق. جزء 5. ص 352.

(1) راجع مؤلفنا في القانون والحاسب الإلكتروني، القاهرة، 1992، ص 3.

في الحضر وفي السفر. كما تتوافر في حالة وجود كاتب أو عدم وجوده. فالرهن - كما تقدم - وثيقة بالدين تحفظ على الدائن ماله من الجحود أو إفلاس المدين أو موته المفاجئ، وهو خطر موجود دائماً - بدرجات متفاوتة - في السفر كما في الحضر. وُجد الكاتب أم لم يوجد.

د- أن استعمال الناس حجة يجب العمل بها كما تقول المادة 47 من قانون المعاملات المدنية. وقد جرت عادة الناس - منذ القدم - على استعمال الرهن مطلقاً لما فيه من مزايا بالنسبة لكل من الدائن والمدين وغيرهما. فالرهن يشجع على قضاء حوائج الناس. ويظهر اتصاف المجتمع بالتعاون لا بالتقاطع ، وهي أمور تخض عليها الشريعة الغراء وتشجعها. فالشريعة ترغب في كل ما يجلب التيسير على العباد ويحقق مصالحهم ويعود عليهم بالنفع. ومن ذلك - دون شك - الرهن. لذلك كان طبيعياً أن يُقر المشرع الإماراتي الرهن مطلقاً، تأمينياً كان أم حيازياً، في الحضر أو في السفر، مشروطاً من المرتهن أم تطوعاً من المدين. وجد الكاتب أم لا⁽¹⁾.

هـ- من المسلم به - دون خلاف - أن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول وقصر الرهن على السفر فقط دون الحضر كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء يعني - عملاً - قصره على المنقول دون العقار. الأمر الذي يتعارض حتماً مع ما سبق وأن تقرر بأن الرهن الحيازي يرد على الاثنين. فـرهن العقار في السفر غير متصور عقلاً. وغير ممكن عملاً. إذا كيف يتم قبض العقار في السفر. والفرص أنه غير موجود وقت الرهن؟ أما المنقول فهو وحده الذي يمكن رهنه مع القبض في السفر. أما العقار فلا يتصور رهنه مع القبض إلا في الحضر. ويترتب على ذلك أن القول بأن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول يعني - حتماً - جوازه في السفر والحضر.

الفصل الثالث

حكم الرهن

توصلنا - كما رأينا - إلى أن الرهن المقبوض مشروع في الشريعة الإسلامية مطلقاً ، أي سواء كان في الحضر أم في السفر. وسواء وجد الكاتب أم لا. وسواء كان مشروطاً من المرتهن أم تطوعاً من المدين. بقى أن نعرف - هنا - ما إذا كان الرهن واجباً أم جائزاً ليس بواجب.

(1) راجع المواد من 1399 إلى 1503 معاملات مدنية.

الحقيقة أن آية الرهن " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة " قد توحى بأن الرهن الحيازي واجب. " فرهان " جمع رهن، ورهن مصدر جعل جزاء للشرط مقرونًا بالفاء يدل على فعل أمر محذوف وجوباً تقديره " فارهنوا رهانا مقبوضة " . لكن هذا التفسير غير صحيح حيث انعقد إجماع الفقهاء على أن الرهن جائز وليس واجباً والدليل على ذلك أن قوله تعالى: " فرهان مقبوضة " يجب أن يحمل على الإرشاد لا على الإيجاب، أي على الإباحة وليس على الأمر⁽¹⁾. وما يؤكد ذلك قوله تعالى بعد ذلك: " فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤمن أمانته "، أي أن الناس مخيرون عند تعاملهم بين الرهن المقبوضة كوثيقة لضمان الدين، أو الاعتماد على أمانة المدين وصدقه دون رهن بأنه سيوفي بالدين في الموعد المضروب. ولا ريب في أن " التخيير " يعني الإجازة دون الوجوب. فالرهن كالكفالة وكافة وسائل الضمان الأخرى يجوز اللجوء إليه بالاتفاق إذا ما ارتأى الطرفان ضرورة لذلك. كأن الشارع الحكيم يريد أن يقول من أراد الرهن فليفعله.

ومن ناحية أخرى، فإن الرهن قد تقرر بدلا من الكتابة إذا لم يقبلها الدائن أو استحال اللجوء إليها. والكتابة - بيقين - غير واجبة فلا يكون بدلها واجباً⁽²⁾، وإنما يكون جائزاً مثلها تماماً. " لأن البدل يأخذ حكم المبدل منه "⁽³⁾. وأخيراً، فإن ورود هذه الصيغة " فرهان مقبوضة " لا يفيد حتماً الوجوب لورودها في مواضع أخرى غير مراد فيها الوجوب، وذلك مثل قوله تعالى في آية المداينة " فاكتبوه ". فالأمر هنا ليس للوجوب، وليس كل دين يقرن بالكتابة، وإنما جاءت الكتابة جوازية للاستيثاق بها عند النزاع.

الفصل الرابع

الحكمة في الرهن

28- لا ريب في أن المال بوجه عام من الضروريات التي لا غنى لأحد عنها، ولا تصلح الحياة بدونها. لذلك جاء الشريعة الغراء- بل والشرائع السماوية كافة- بوجوب المحافظة عليه، فنهت عن الاعتداء عليه، وحرمت سرقة وغصبه، وأوجبت المحافظة عليه وغير ذلك من أوجه حمايته . ولما كان الإنسان اجتماعي بطبعه، فهو يدخل في معاملات مع غيره من الأفراد للحصول على ما يحتاج إليه

(1) الشهاوي، المرجع السابق، ص32.

(2) راجع في هذا المعنى: عبد الفتاح أبو العينين، المرجع السابق، ص9- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص183- الموسوعة الفقهية، السابق الإشارة إليها، ص1976، رقم 4- المغني، المرجع السابق، جزء 4، ص362- نيل الأوطار، المرجع السابق، جزء 5، ص352.

(3) الشهاوي، المرجع السابق، ص32.

نظير "بدل" و"مقابل" يتم الاتفاق عليه. لكن بعض الأفراد قد لا يجدون هذا "المقابل" أو "البدل" الذي يجب دفعه عند حصوله على ما يحتاج إليه. لذلك قد يضطر - تحت ضغط الحاجة - إلى الحصول عليه بطريق المداينة. الأمر الذي يحقق لهم "فائدة" قضاء مصالحهم منجزة مقابل دين إلى أجل مسمى.

ولما كانت الاستدانة إلى أجل مسمى تحقق مصالح المدين. فقد أباح الشارع الحكيم- بالمقابل- للدائن أن يشترط على المدين ما يراه من الشروط. أو يطلب ما يراه من الوسائل الكفيلة بحفظ أمواله من أي خطر يتهدها. ومن هذه الوسائل الرهن المقبوض. بل هو أقوى الوثائق التي شرعها الله سبحانه وتعالى. فسيكون الدائن مطمئناً على ماله. فلا يخشى إنكاراً⁽¹⁾. أو إفلاساً. أو غشاً وتدليساً من جانب المدين.

ولا ريب في أن الرهن لم تتقرر مشروعيته عبثاً. وإنما تقررت لحاجة الناس إليه وعدم استغنائهم عنه⁽¹⁾ نظراً لما يحققه من مصالح لطرفي العقد. وللصالح العام أيضاً.

بالنسبة للمدين - وهو غالباً الراهن- فالرهن يبسر له سبل الحصول على ما يلزمه من مال أو "أجل" يصلح به شأنه. فيستطيع - بذلك - قضاء مصالحه الحالية مقابل "دين" بأجل انتظارا منه للحصول على المال اللازم في المستقبل. وقد يرجع ذلك إلى أن المدين ليس لديه من النقود ما يكفي لقضاء مصالحه الحالية. أو أنه لا يريد بيع ما يفيض عن حاجته في الحال انتظارا لتحسن سعره في المستقبل مثلاً. فيقترض بضمان هذا المال على أمل استرداد ما رهنه إذا هو قضى دينه⁽²⁾. هذا فضلاً عن أن الرهن ذاته يوفر للمدين حماية نفسية من تعنت الدائن ولدده في الخصام. فالدين في حد ذاته "هم" قد يورق المدين بحيث "لا يدعه يقات ولا يدعه يبات"⁽³⁾. فيسمح له "الرهن بـ"الاطمئنان" لنفسه به صدره ويسهل أمره ويصون عرضه حتى يقضى الله له وفاء دينه"⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للدائن. فهو يأمن به من ضياع ماله. بما يمنحه له من الثقة في مواجهة جحود المدين أو إفلاسه أو غشه وتواطئه. وهكذا يشجع الراهن الدائن على مد "يد" العون للمحتاجين

(1) الشهاوي. المرجع السابق. ص35.

(1) راجع الشيخ على الخفيف. المرجع السابق. ص3. القرطبي في الجامع لأحكام القرآن. الطبعة الأولى. القاهرة. 1936. مطبعة دار الكتب المصرية. جزء 3. ص48.

(2) راجع الشافعي عبد الرحمن. المرجع السابق. ص21.

(3) راجع: فرج وليد. المرجع السابق. ص47.

(4) المرجع والموضع السابقين.

فيعطيه من أمواله وهو واثق أن هذا المال لن يضيع في الدنيا حيث يرد إليه. ولن يضيع في الآخرة حيث يؤجر عليه. فضلا عن تشجيع الدائن بوجه عام على فعل الخير.

وأخيراً، فإن الرهن يحقق الصالح العام متمثلاً في تشجيع الائتمان عموماً الذي يعد عصب الحياة المدنية والتجارية على حد سواء. ولا ريب في أن الثقة التي تتولد بين الدائن والمدين نظراً لوجود الرهن هي التي تمثل "روح" هذا الائتمان الذي لولاه لتعطلت كثير من مصالح الأفراد الأمر الذي يؤثر سلباً على المجتمع بوجه عام. هذا بالإضافة إلى أن الرهن يقوى أواصر المحبة والألفة بين أفراد المجتمع. ويظهره بالتعاون لا بالتقاطع.

الفرع الثاني

الرهن التأميني

29- لا ريب في أن الرهن الذي شرع ووردت أحكامه في الفقه الإسلامي هو الرهن المقبوض. أما الرهن التأميني (أو الرسمي) فهو معاملة حديثة ظهرت في القوانين الوضعية، ولم تكن على عهد فقهاء المسلمين المجتهدين. ويرجع ظهور هذا النوع من الرهن إلى توسع المعاملات وتنوعها من ناحية، وتلافي عيوب ومثالب الرهن الحيازي من ناحية أخرى.

ولاشك أن من أخطر عيوب الرهن الحيازي هو تجريد الراهن من حيازة المال المرهون منقولاً كان أم عقاراً، وبالتالي حرمانه من استغلاله والانتفاع به بنفسه. كما أن الدائن قد يحجم - أحياناً - عن الرهن الحيازي خشية تحمل مسؤولية رعاية المال المرهون وحفظه. لذلك لم يكن غريباً أن ينحسر الرهن الحيازي في الواقع العملي.

وقد اتجه الفكر القانوني الحديث إلى البحث عن وسيلة تحقق مزايا القبض في الرهن الحيازي وتلافي عيوبه في الوقت نفسه. فكان أن ظهرت فكرة الرهن التأميني. وتتلخص الفكرة التي يقوم عليها هذا النوع من الرهن - باختصار - في تسجيل الرهن ذاته في دائرة التسجيل؛ فالتسجيل إذن هو البديل للقبض، وهو أيضاً الذي يحقق نفس مزاياه ويتحاشى عيوبه. فالتسجيل في الرهن التأميني لا يجرد الراهن من حيازة ماله كما يترتب على "القبض" في الرهن الحيازي. وبالتالي لا

يُلقي على المرتهن عبء ومسئولية صيانة وحفظ المال المرهون. كما أن التسجيل يلعب - من ناحية أخرى - دوراً مزدوجاً لتحقيق مزايا "القبض" ذاتها.

فهو - من ناحية - يحمي الدائن المرتهن من تصرفات الراهن في العقار المرهون. وهو - أيضاً - وسيلة لشهر الرهن وإعلان الغير بأن هذا العقار أو ذاك مرهون. وبالتالي يجب التعامل عليه على هذا الأساس.

ونظراً لهذه الفوائد التي يحققها الرهن التأميني ، لم تتأخر القوانين الوضعية كثيراً - ومنها القانون الإماراتي - في تنظيم هذا النوع من الرهن نظراً لملاءمته - أكثر من غيره - لعادات الناس وحبهم الاحتفاظ بحياسة أملاكهم. بل إن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد رأى تقديمه على سائر الحقوق العينية التبعية نظراً لأهميته في الحياة العملية. خلافاً لما يعتقد البعض من أنه كان من الصواب أن ينظم قانون المعاملات الرهن الحيازي أولاً. ثم يعقبه الرهن التأميني لأن الأخير تابع. والمتبوع يتقدم التابع.

لكن المشكلة أنه حينما بدأت بعض تقنيات المعاملات المستمدة من الفقه الإسلامي في تصنيف موضوعاتها اعترضتها مسألة مدى شرعية هذا النوع المبتكر من الرهن في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. خاصة وأنه مطلوب من واضعي هذه التقنيات تبرير أحكامها ومصدر اشتقاقها الشرعي.

ولا ريب في أن هذه المسألة لم تطرح على عهد فقهاء المسلمين المجتهدين الأوائل : لذلك حاول بعض الفقهاء المحدثين إسناد هذا النوع من الرهن لفلسفة بعض المذاهب الفقهية وتأصيلها لشرط القبض من الرهن في محاولة لإسباغ الشرعية عليه. لكنهم اختلفوا في ذلك كما هو الحال في مسألة لم ينص الفقهاء على حكمها مثل موضوع " التأمين على الحياة" مثلاً.

وأساس الاجتهاد لبيان حكم الرهن التأميني هو صفة "القبض" في الرهن الحيازي: ففريق من الفقهاء المحدثين يرى أن صفة القبض شرط في الرهن الحيازي. بينما يرى فريق آخر أنها ليست شرطاً في الرهن الحيازي الذي يصح في نظرهم بدون قبض.

الفريق الأول: القبض شرط في الرهن الحيازي:

30- يرى هذا الفريق أن القبض شرط في الرهن الحيازي، على خلاف في ذلك بينهم حول ما إذا كان شرط صحة أم شرط تمام فقط، لكنه، في جميع الأحوال، شرط في الرهن الحيازي لا يصح بدونه. ويرتب هذا الفريق على هذا التحليل بأن عقد الرهن الذي يتفق فيه على عدم القبض - كالرهن التأميني- يشتمل على شرط فاسد، ومن ثم يجب بيان حكم الرهن التأميني على هذا الأساس.

القول الأول: وذهب إليه جمهور الفقهاء ويرى أن العقد إذا اشتمل على شرط فاسد يكون باطلا استناداً على قاعدتهم الأصولية " أن النهي يقتضي الفساد". وبناء على ذلك يكون عقد الرهن التأميني باطلا لتضمنه شرطاً منهياً عنه وهو عدم القبض.

القول الثاني: وذهب إليه جمهور الحنفية وبعض الحنابلة بناء على قاعدتهم الأصولية " أن النهي لا يقتضي الفساد". وبناء على ذلك، يكون عقد الرهن التأميني صحيحاً في نظرهم رغم اشتماله على شرط فاسد هو عدم القبض.

الفريق الثاني: يرى هذا الفريق أن الرهن الحيازي لا يحتاج إلى القبض حتى ينعقد صحيحاً، فلا هو شرط صحة ، ولا نفاذ، ولا تمام، فالرهن الحيازي صحيح بمجرد الاتفاق عليه حتى ولو لم يكن القبض قد تحقق. وما القبض إلا سلطة من سلطات الدائن التي يتمتع بها بمقتضى عقد الرهن ذاته، إن شاء طلب القبض وإن شاء تركه نهائياً.

31- على أنه أياً كان وجه النظر في رأي هذا الفريق أو ذاك، فإننا نرى- مع جانب من الفقه⁽¹⁾ أن الرهن التأميني مباح وليس ممنوعاً للأسباب الآتية:

1- أن الرهن التأميني الخالي من القبض جائز من باب المصلحة النابعة عن سلطة ولي الأمر في توجيه المصلحة المرسله لما فيه نفع المسلمين وذلك كما هو الأمر في تسجيل البيع العقاري حتى تنتقل ملكية العقار المبيع للمشتري. حيث لم يمانع الفقه الإسلامي من الاعتداد بالتسجيل بدافع المصلحة في الحفاظ على مال المسلمين. وقد نشأت على مر العصور عقود لم تكن موجودة من قبل وإن كانت متفرعة عن عقود معروفة كبيع الوفاء والمراوحة وغير ذلك. والأمر كذلك تماماً بالنسبة للرهن التأميني إذ هو تطوير للرهن الحيازي باعتباره أكثر ملاءمة للواقع، يحقق - في الوقت

(1) الشهاوي، المرجع السابق، ص29- المغربي، المرجع السابق، 1193- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مدى شرعية الرهن الرسمي في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، 1988، ص30 وما بعدها.

نفسه- الهدف ذاته الذي من أجله شرع الرهن الحيازي وهو توثيق دين الدائن. فالهدف - وهو التوثيق- واحد في العقدين، لكن الوسيلة فقط هي التي تختلف : فهي القبض في الرهن الحيازي، والتسجيل في الرهن التأميني.

2- أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة وذلك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: المسلمون عند شروطهم، وظاهر الحديث يقتضي الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل لأنه يقتضى أن يكون كل مسلم عند شرطه⁽¹⁾. ويترتب على ذلك أن الرهن مع عدم القبض يكون صحيحاً. وقد يعترض على ذلك القول بأن القبض هو مقتضى الرهن، ومن ثم فأى شرط على خلاف مقتضاه يكون فاسداً يُبطل - من ثم- العقد نفسه. والحقيقة في اعتقادنا- أن القبض ليس من مقتضى الرهن ذاته كوسيلة من وسائل توثيق الديون. وإذا كان القبض قد شرع في الرهن الحيازي حبس المال المرهون عن الراهن حماية للمرتهن فكل وسيلة يمكن عن طريقها تحقيق الهدف ذاته يصلح بها الرهن ويكون- من ثم- مباحاً. فالقبض إذن لم يشرع لذاته وإنما للغرض والغاية منه. وإذا كان الهدف من الرهن عموماً هو ضمان الوفاء بحق الدائن إذا تعذر استيفاءؤه، فإن كل وسيلة يتحقق بها هذا الغرض يصح معها الرهن، سواء كانت القبض أو التسجيل . فمقتضى الرهن وروحه هو التوثيق، وما القبض إلا وسيلة لتحقيق هذا التوثيق، يصح الرهن بها أو غيرها طالما أنها تحقق الغرض نفسه.

3- أن اشتراط القبض يبدو معقولا تماماً إذا كان الرهن في السفر، إذ أن ما يرهن في السفر هو- عادة- منقول لا يتحقق التوثيق إلا بقبضه. كما أن وقوع الرهن في السفر يعني أن الطرفين قد يفترقان إلى حين حلول أجل الدين، ومن هنا يبدو القبض ضرورياً حتى يحقق الرهن هدفه وهو توثيق الدين. أما الرهن في الحضر - وهو القاعدة الآن- حيث يقع الرهن عادة على عقار مع بقاء الطرفين- عادة- في مكان واحد، فإن التوثيق قد يتحقق بالقبض كما قد يتحقق بغيره من الوسائل التي تقوم الدور ذاته الذي يلعبه القبض، إن لم يكن أفضل.

4- أن المقصود من قبض الرهن هو تأمين الدائن المرتهن، وبث الثقة والطمأنينة في نفسه وذلك بتمكينه من حبس المرهون تحت "يده" حتى يستوفى حقه. ومن ثم يصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة تؤدي إلى تأمين الدائن، ومن هذه الوسائل تسجيل الرهن في دائرة التسجيل .

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص93، وإن كان بعض فقهاء المسلمين يرى- على العكس- أن الأصل في العقود والشروط الحظر. راجع المذكرة الإيضاحية، ص91.

فالتسجيل قد شرع أصلاً لحفظ المرهون وبقائه ضماناً لحق الدائن، وإعلام الغير بوجود الرهن، وبالتالي يقوم التسجيل - شرعاً - مقام الحيازة أو القبض.

خلاصة القول إذن أنه يجب التفرقة - في نظرنا - بين مقتضى الرهن وهدفه ووسائل تحقيق هذا المقتضى وذلك الهدف. وطالما أن القبض ما هو إلا وسيلة من وسائل تحقيق هدف الرهن، فإنه يصح به وبأي وسيلة أخرى تحقق الهدف ذاته مثل التسجيل في الرهن التأميني. لذلك كان طبيعياً أن يُقر قانون المعاملات المدنية الرهن التأميني وينظمه تفصيلاً، بل ويجعله في مقدمة الحقوق العينية التبعية بعد أن توارى الرهن الحيازي وتراجع ليحل محله الرهن التأميني.

قواعد فرض الضريبة

دراسة مقارنة بنظام الزكاة في الإسلام

أ.د. السيد عطية عبد الواحد

أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة عين شمس

وكلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

ملخص البحث

ويستهدف هذا البحث التعريف بقواعد فرض الضريبة كما عرفتھا المالية المعاصرة، ثم عقد المقارنة بينها وبين ما هو ثابت في الفكر الإسلامي لنقف على حقيقة جوهرية وهي مدى سبق الإسلام في اعتناق هذه القواعد والتأسيس لها بأدلة شرعية متعددة.

لقد تأسست هذه القواعد على نحو معجز في المنهج الإسلامي. وقد أرسيت -بالفعل- بنصوص قرآنية ونبوية جعلت لها في النفس قداسة وفي الضمير إجلال وامتثال لكل ما تمليه هذه القواعد، ولذلك جاء تطبيق هذه القواعد في الواقع الإسلامي ممثلاً لصورة وضيئة لمبادئ الإسلام العظيمة.

إن القواعد التي أرساها الإسلام في مجال فرض الزكاة إنما هي قواعد مظلمة بظلال أليفة تغرس المودة بين أفراد المجتمع بعضهم وبعض، وكذلك بين أفراد المجتمع والدولة.

كذلك فإن تشريع الزكاة قد تأسس على نحو يحترم الآداب النفسية والاجتماعية والأخلاقية لأفراد المجتمع.

وإذا أمعنا الفكر في هذا الإعجاز الإلهي في :

- قواعد فرض الزكاة.

- تحصيل الزكاة

- طبيعة الأموال التي تفرض عليها الزكاة.

وبمقارنة كل ذلك بما هو سائد في النظم الضريبية المعاصرة، فسنتيقن تماماً في سمو تشريع الزكاة على نحو لا يمكن أن تصل إليه التشريعات الضريبية المعاصرة وحتى ترسخ القناعات الإيمانية بمدي عمق هذا الإعجاز الإلهي العظيم.

وبالجملة فإن هذه القواعد تحول الزكاة إلى:

- مؤسسة اقتصادية.

- مؤسسة تأمينية.

- مؤسسة اجتماعية.

- مؤسسة تهيئية.

- مؤسسة أخلاقية.

ويتحول المجتمع - بفضل كل ذلك- إلى أسرة متكافلة متضامنة يسودها التعاون والتواد والتكافل والتراحم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ
فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾

صدق الله العظيم

سورة الأنعام (153)

الفصل الأول

قاعدة العدالة الضريبية

قاعدة العدالة الضريبية من منظور المالية العامة المعاصرة:

تلبي قاعدة العدالة الضريبية متطلبات متعددة: اجتماعية، واقتصادية، ومالية، فهي تلبي متطلبات العدالة الاجتماعية وكذلك الأمن والاستقرار الاقتصادي. ونظرا لذلك فإن كل من يسهم في تقنين السياسة الضريبية لا يمكنه⁽¹⁾ أن يتجاهل اعتبارات العدالة والمساواة، لأنه لا يمكن أن يسود أي قانون إذا كان غير عادل.

وهناك ثلاثة مطالب للعدالة في الضرائب؛⁽²⁾ فالضرائب يجب أن تكون قانونية، وعامة، وعادلة. ويرى (سميث) أن العدالة الضريبية تتحقق⁽³⁾ عندما يسهم كل أعضاء الجماعة في تحمل أعباء الدولة تبعاً لمقدرتهم النسبية قدر الإمكان. وتحدد هذه المقدرة النسبية للممولين بحسب ما يحققون من دخل في ظل حماية الدولة.

وعلى ذلك فإن مبدأ فرض الضرائب طبقاً للقدر على الدفع مبدأ قديم، ويرجع معظم أصحاب النظريات الحديثة هذا المبدأ إلى (آدم سميث)، لأنه تكلم عنه في كتابه الأول عن الضرائب. كذلك فقد طالب⁽⁴⁾ كل من (سميث)، و(جون ستيورات ميل) بأن الضرائب ينبغي أن تُفرض وفقاً لمبدأ القدرة على الدفع⁽⁵⁾.

ولا يقصد بالعدالة الضريبية⁽⁶⁾ أن تقتطع الدولة من إيرادات الأفراد بحسب الخدمات التي تقدمها لهم، ولكن المقصود: هو إجراء اقتطاع من أموال الأفراد بحسب القدرة المالية لكل منهم. وهو ما يسميه البعض⁽¹⁾ بمبدأ القدرة على الدفع (ability to pay Principle-Faculté contributive) وقد ذهب شراح المالية العامة في البداية إلى الأخذ بالسعر النسبي للضرائب على أساس أنه هو الذي يضمن تحقيق العدل بين الممولين، حيث تكون النسبة التي تقتطع من وعاء الضريبة دائماً ثابتة. ولكن ثبت أن السعر النسبي الثابت لا يمكنه أن يحقق العدالة بين الممولين، لذلك يتجه الفكر المالي الحديث إلى الأخذ بالسعر التصاعدي، حيث ينبغي أن يتغير السعر بتغير قيمة الوعاء الخاضع للضريبة.

⁽¹⁾ pp137138..op.cit., Somme

⁽²⁾ Myrdal (Gunnar): The political Element in the Development of Economic Theory, op.cit., p.p. 159.

⁽³⁾ Smith, op.p.307.

⁽⁴⁾ op.cit.p. 163. Myrdal : The political Element

⁽⁵⁾ Newbery L(David)&Stern(Nicholes): The Theory of Taxation for Developing Countries, Oxford University press, 1987, p.143.

⁽⁶⁾ pp.26-27 op.cit., Barrère

⁽¹⁾ p. 137., Sommers, op.cit

ومن أهم تطبيقات قاعدة العدالة والمساواة الأخذ بمبدأي العمومية الشخصية، والعمومية المادية⁽²⁾.

ويقصد بالعمومية الشخصية: أن تقوم الدولة بفرض الضرائب على كل الأفراد الذين تتوافر فيهم شروط الخضوع للضريبة، بحيث لا يكون هناك مجال للامتيازات، أو الاستثناءات الضريبية.

أما مبدأ العمومية المادية فيقصد به أن تقوم الدولة بفرض الضرائب على كافة الأموال عند توافر شروط خضوعها للضرائب، بحيث لا يوجد أي مجال لاستثناء أي مال من الخضوع للضرائب إلا لضرورة اقتصادية، أو اجتماعية معينة.

وتسير النظم الضريبية المعاصرة على ضرورة الاعتداد بالظروف الشخصية للممول وأخذها في الحسبان. ومن أبرز مظاهر الاعتداد بالظروف الشخصية للممول ضرورة المحافظة⁽³⁾ على الحد الأدنى اللازم لكل إنسان لإشباع حاجاته وحاجات عائلته. فالثابت أن الضرائب⁽⁴⁾ لا يمكن دفعها إلا من الفائض الاقتصادي، فائض الإنتاج عن الحد الأدنى اللازم لمعيشة السكان.

وكان المشرع الضريبي المصري في القوانين الضريبية السابقة⁽¹⁾ يقرر إعفاء بعض المبالغ؛ مراعاة للأعباء العائلية. وبناء عليه قرر أن تكون حدود الإعفاء المقررة للأعباء العائلية على النحو الآتي:

1- 1440 جنيها سنويا للممول الأعزب.

2- 1680 جنيها سنويا للممول المتزوج ولا يعول أولادا أو غير المتزوج ويعول ولدا أو أكثر.

3- 1920 جنيها سنويا للممول المتزوج ويعول ولدا أو أكثر.

ونظرا لارتفاع المستمر في الأسعار فإن المشرع الضريبي المصري قد زاد من حدود الإعفاء السابقة وذلك على النحو الآتي⁽²⁾:

— 2000 جنيه سنويا للممول الأعزب.

— 2500 جنيه سنويا للممول المتزوج ولا يعول أولادا، أو غير المتزوج ويعول ولدا أو أكثر.

— 3000 جنيه سنويا للممول المتزوج ويعول ولدا، أو أكثر.

ولا مندوحة في أن العدالة الضريبية تعد مقوما أساسيا من مقومات نجاح أي نظام ضريبي، بل⁽³⁾ إن عدالة النظام الضريبي هي حافز على التقدم على المدى الطويل. أو على حد تعبير البعض:⁽⁴⁾ أن إنشاء النظام الضريبي العادل يساهم في حيوية المجتمع الحر.

⁽²⁾ p.225..op.cit., Trotabas

⁽³⁾ Myrdal (Gunnar) The political Element, op.cit., p.166.

⁽⁴⁾ Kaldor: Les prelevements Fiscaux dans les pays en voie de development, op.cit., p.206

⁽¹⁾ المادة 88 من قانون الضريبة الموحدة رقم 187 لسنة 1993.

⁽²⁾ الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 162 لسنة 1997.

وبالرغم من الأهمية المتعاضمة لقاعدة العدالة الضريبية إلا أنها تصطدم في الواقع بصعوبات متعددة، من أهمها: ⁽¹⁾ صعوبة فرض الضريبة بالفعل بالنظر للعلاقة بين الدخل الحقيقي لمولين مختلفين. وعلى ذلك فهناك صعوبة حقيقية في التطبيق ⁽²⁾ إذ يكون السؤال دائما، كيف يوزع العبء الضريبي على مختلف الطبقات والفئات من الناس. كذلك فإن تطبيق القاعدة على نحو سليم، وكامل يحتاج ⁽³⁾ لجهاز محاسبي، وإحصائي كفاء يصعب توافره في الدول النامية، ويشكل ذلك

- بلا شك- مشكلة كبيرة، حيث أن متوسط الدخل النقدي لكل فرد غير معروف حتى الآن على نحو دقيق.

ويرى البعض ⁽⁴⁾ أن فكرة العدالة الضريبية، إنما هي فكرة أخلاقية من الصعب تعريفها تعريفا دقيقا، لأن كل مول سيعضف عليها طابعا شخصيا.

خلاصة القول أنه لا خلاف على ضرورة تطبيق قاعدة العدالة والمساواة في المجال الضريبي، ولكن الصعوبة ⁽⁵⁾ تكمن في كيفية تطبيق القاعدة، ولاسيما في الدول النامية.

قاعدة العدالة الضريبية

من

منظور إسلامي ووجه الإعجاز فيها

تقوم قاعدة العدالة الضريبية - في المالية المعاصرة- على ضرورة أن يساهم كل أعضاء الجماعة في تحمل أعباء الدولة تبعا للمقدرة التكلفة لكل مول. وحتى يتحقق معنى العدالة الضريبية يرى الفقه المالي أن الضرائب يجب أن تكون: قانونية، وعامة، وعادلة.

وباستقراء أسس ومبادئ الشريعة الإسلامية يلاحظ أنها تحتم ابتناء النظام المالي عموما على هذه القاعدة، ومن ذلك أيضا فريضة الزكاة التي تتحقق فيها كل العناصر التي تجعل منها فريضة مالية: قانونية، وعامة، وعادلة. كما أنها مقررة بنصوص صريحة تجعل منافع الدفع فيها إنما يكون بحسب المقدرة التمويلية لكل مسلم. كما أنها تفرض على كل مسلم تتوافر فيه شروط الخضوع للضريبة.

⁽³⁾ , p.552 .op.cit., Groves

⁽⁴⁾ op.cit, p.363., Readings in Fiscal policy, The American Economic Association.

⁽¹⁾ p170. .op.cit. Vessillier:Institutions et Economie Financière,

⁽²⁾ Vinay,op.cit.,p.71.

⁽³⁾ Buchanan (James M.) flowers (Marilyn R.): The public Finance Richard D.Irwin Inc, 1993,pp.103-106.

⁽⁴⁾ Rivoli: Vive l'impôt,op.cit.p.70.

⁽⁵⁾ لمزيد من التفصيل حول مشكلات تطبيق قاعدة العدالة الضريبية انظر:

Heckly:Rationalité Economique...op.cit.,p.32.

ويرشد إلى عموم معنى قاعدة العدالة عموما قوله سبحانه وتعالى: ⁽¹⁾ (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ حَكَمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) .

إن العدالة التي ينشدها الإسلام في المجال المالي هي جزء من العدالة التي يقيم عليها الإسلام مجتمعاته، فعدالة الإسلام تتم على كافة المستويات سواء أكان ذلك على المستوى القومي، أم على المستوى الدولي، و الحكم بالعدل بين الناس هو عدل شامل بين الناس جميعا، لا عدل بين المسلمين بعضهم وبعض - فحسب-، ولا بين أهل الكتاب دون سائر الناس ، وإنما هو حق لكل إنسان. إن العدل الذي يؤسسه الإسلام هو عدل مع كل أحد. وفي كل معاملة، وعلى كل مستوى.

ويقول تعالى: ⁽¹⁾ (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ).

ويقول سبحانه: ⁽²⁾ (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا).

ويقول تبارك وتعالى ⁽³⁾ : (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ).

إن الآيات القرآنية تؤسس لسمة أساسية للأمة الإسلامية وهي ضرورة إقامة العدل مع كل أحد وفي كل معاملة، وبالطبع ينسحب ذلك إلى المجال المالي . حيث ينبغي أن تفرض الالتزامات المالية على أفراد المجتمع المسلم على أساس من العدالة.

يقول الإمام ابن كثير في تفسيره ⁽⁴⁾ : لقوله تعالى "ولا يجرمنكم شنآن قوم..." أي لا يحملنكم بغض قوم على ترك العدل فإن العدل الواجب على كل أحد في كل حال.

والمستقرئ لأصول الشريعة الإسلامية يعلم أن ذلك هو شأن هذه الأمة المسلمة ⁽⁵⁾ ، ودورها الحقيقي في هذه الأرض، وموقفها تجاه أعدائها.

ومن ثم، فإن دور هذه الأمة هو أن تكون الوصية على البشرية: تقيم العدل في الأرض، غير متأثرة بمودة، أو شنآن، وغير نازرة في إقامة العدل على ما أصابها، أو يصيبها من الناس فهذه هي تكاليف القوام، والوصاية، والهيمنة... وغير متأثرة كذلك بانحرافات الآخرين، وأهوائهم.

⁽¹⁾ سورة النساء: 58.

⁽¹⁾ سورة المائدة: الآية 8.

⁽²⁾ سورة النساء: الآية 135.

⁽³⁾ سورة النحل: الآية 90.

⁽⁴⁾ ابن كثير: "تفسير القرآن العظيم"، المجلد الأول، ص 6.

⁽⁵⁾ سيد قطب: ""في ظلال القرآن" مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 829.

وشهواتهم: فلا تنحرف فيه شعرة عن منهجها، وشريعتها، وطريقها القويم؛ لاسترضاء أحد، أو لتأليف قلب، وغير ناظرة إلا إلى الله وتقواه.

أما بالنسبة لقوله سبحانه وتعالى: " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله....." فذهب علماء التفسير إلى أن الآية تشير إلى⁽¹⁾ أمانة القيام بالقسط..... القسط على إطلاقه في كل حال، وفي كل مجال، القسط الذي يمنع البغي والظلم في الأرض- ويكفل العدل بين الناس ويعطي كل ذي حق حقه من المسلمين وغير المسلمين ، ففي هذا الحق يتساوى عند الله المؤمنون، وغير المؤمنين ، والأقارب، والأباعد، والأصدقاء، والأعداء، والأغنياء والفقراء.

أما عن قوله تبارك وتعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ....)

فيقول ابن عطية :⁽²⁾ " العدل هو كل مفروض من عقائد وشرائع في أداء الأمانات، وترك الظلم، والإنصاف، وإعطاء الحق".

وروي عن عثمان بن مظعون أنه قال : لما نزلت هذه الآية قرأتها على علي بن أبي طالب عليه السلام فتعجب وقال : "يا آل غالب : اتبعوه تفلحوا فو الله ! إن الله أرسله ليأمركم بكمال الأخلاق".

ما يجب على محصل الزكاة من العدل في عمله:

يؤسس لهذا الالتزام -إقامة العدل- أحاديث متعددة للمصطفى صلى الله عليه وسلم ، كلها ختم على محصل الزكاة الالتزام بإقامة العدالة عند تحصيل الزكاة وتعهده بفضل من الله عظيم، وفي المقابل هناك ترهيب من إثم عظيم عند عدم إقامة العدل عند تحصيل الزكاة.

بدلنا على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم:⁽¹⁾ "العامل على الصدقة بالحق كالغازي في سبيل الله حتى يرجع".

إنها لمرتبة عظيمة يفوز بها محصل الزكاة على أساس من الحق والعدل.

وقوله صلى الله عليه وسلم: " المعتدي في الصدقة كمانعها"⁽²⁾.

فالحديث يدل على أن على المعتدي من الإثم كمن يمتنع عن دفع الزكاة.

وعن ابن عباس⁽³⁾ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذًا إلى اليمن قال: "إنك تأتي قوما من أهل الكتاب، فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، وأني رسول الله، فإن هم أطاعوك لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوك لذلك ، فأعلمهم أن الله

⁽¹⁾ المرجع السابق، ج 2، ص 775.

⁽²⁾ القرطبي: (الجامع لأحكام القرآن)، المجلد الخامس، ج 10، ص 19.

⁽³⁾ رواه أحمد واللفظ له، وأبو داود والترمذي وحسنه - وابن ماجه، وابن خزيمة في صحيحه، وابن أبي شيبة.

⁽²⁾ قال المنذري في الترغيب والترهيب: رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وابن خزيمة في صحيحه.

⁽³⁾ الشوكاني: نيل الأوطار، ج 4، ص 114، 115.

افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم. وترد على فقرائهم. فإن هم أطاعوك لذلك، إياك وكرائم أموالهم. واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب). رواه الجماعة

ففي الحديث دلالات متعددة منها: النذارة الرهيبة لحصل الزكاة "إياك ودعوة المظلوم"، وكأنه ﷺ يؤكد لسيدنا معاذ ضرورة إقامة العدل، وعدم ظلم أحد عند تحصيل الزكاة؛ لأن دعوة المظلوم ليس بينها وبين الله حجاب. وهكذا يظهر بوضوح وجلاء مدى حرص الإسلام على إقامة العدالة في المجال المالي.

وما يؤكد المعنى السابق - أيضا - ما جاء في كتاب الأموال حيث جاء فيه ⁽¹⁾: حدثنا أبو معاوية عن هشام بن عروة عن أبيه، قال: بعث رسول الله ﷺ مصدقا فقال: " لا تأخذ من حزرات أنفس الناس شيئا" ⁽²⁾.

وهناك توجيه نبوي شريف يرشد إلى رفيع في مجال تحصيل الزكاة ⁽³⁾ وهو ضرورة التوسط في اختيار المال الذي يشكل وعاء الزكاة. فلا ينبغي على المحصل أن يطلب أفضل الأموال، ولا أقلها جودة. وإنما يتوسط في ذلك. وفي هذا مراعاة حقيقية لظروف الممول. ونستشعر هذا المعنى بحق عندما نعلم أن المالية العامة المعاصرة تقرر حق امتياز للإدارة الضريبية على أموال الممول في أي يد كانت. بمعنى أنه يحق للحكومة استئداء حقها في الضرائب وتتبع أموال مدينيها وفاء لدين الضريبة في أية يد كانت. وهو حق عام غير مقيد بأي قيد.

وقد فقه الصحابة رضي الله عنهم التوجيه النبوي الكريم وطبقوه أحسن تطبيق. فقد روي ⁽⁴⁾ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرّ به غنم الصدقة، فرأى فيها شاة ذات ضرع ضخمة: فقال: ما أظن أهل هذه أعطوها وهم طائعون. لا تأخذوا حزرات المسلمين.

أما في الإدارات الضريبية الحديثة فإنها تفاخر بمقدار ما جمعت من حصيله ضريبية حتى ولو كان ذلك على حساب اعتبارات متعددة.

من مظاهر تحقيق العدالة مراعاة الحد الأدنى للمعيشة:

اتّفق علماء المالية العامة المعاصرة أنه لكي يتحقق معنى العدالة ينبغي مراعاة الحد الأدنى للمعيشة. ولذلك تسير التشريعات الضريبية المعاصرة على إعفاء مبلغ معين مراعاة لذلك. فتقرر إعفاء معيناً يلائم الممول الأعزب، ثم تزيد من المبلغ قليلاً بالنسبة للممول المتزوج، ثم تزيد قليلاً للممول المتزوج ويعول.

⁽¹⁾ أبو عبيد "كتاب الأموال"، مرجع سابق ص 408.

⁽²⁾ الحزرات جمع حزمة - بسكون الزاي - وهي خير مال الرجل، سميت حزمة لأن صاحبها لا يزال يحزرها في نفسه. سميت بالمرة الواحدة من الحز: ولهذا أضيفت إلى الأنفس. والحديث روي نحوه أبو داود وفيه قصة طويلة عن أبي بن كعب قال: بعثني النبي ﷺ مصدقا: وفيه أنه دعا له في ماله بالبركة: وأخرجه أبو يوسف في الخراج.

⁽³⁾ لمزيد من التفصيل: انظر: د. السيد عطية عبدالواحد: "القيم الأخلاقية في السياسة المالية الإسلامية" دار النهضة العربية، ص 33 وما بعدها.

⁽⁴⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 408.

وباستقراء ما هو مقرر في الفكر الإسلامي يلاحظ أن الإسلام لا يقف في عدالته الاجتماعية عند توفير الحد الأدنى اللازم للمعيشة فقط (حد الكفاف) بل يرتفع في مستواه عن حد الكفاف ليصل إلى توفير حد الكفاية لكل فرد في المجتمع.

ويقصد بتوفير حد الكفاية كفاية المستوى اللائق لمعيشة كل فرد بما يتمشى مع المستوى المعيشي العام الذي يعيشه كافة أفراد المجتمع.

ويؤكد المعنى السابق ما ورد في كتاب الأموال⁽¹⁾ قال أبو عبيد: وسمعت هشيمًا هشيمًا يذكر حديثًا عن أبي وائل قال: أتانا مصدق النبي ﷺ، فكان يأخذ من كل خمسين ناقة، ناقة فأتيته بكبش لي، فقلت: خذه صدقه هذا، فقال: ليس في هذا صدقة.

وكأنما وكأن ما حدث يقطع بأن محصل الزكاة امتنع عن أخذ الزكاة من شخص لم يتوافر فيه نصابها وفي ذلك مراعاة لكفاية المستوى المعيشي الملائم للفرد.

ومن الثابت في الإسلام أن من شروط فرض الزكاة، هو بلوغ النصاب، والنصاب هو: ما نصبه الشرع علامة على وجوب الزكاة، فليس أي مقدار من المال تفرض عليه الزكاة، بل ينبغي أن يبلغ حدا معينًا يسميه الفقهاء بالنصاب. وفي ذلك استجابة لقوله تعالى: ⁽¹⁾ (يسألونك ماذا ينفقون قل العفو)، وفسر ابن عباس رضي الله عنهما: ⁽²⁾ العفو بأنه ما يفضل عن أهلك.

والحكمة في اشتراط الإسلام لذلك مبررة في كونه يدل على حق الغنى، ولذلك يدفع الفرد الزكاة عن طيب نفس ورضا خاطر.

ويحرص الإسلام على تحقيق العدالة سواء أكان ذلك بالنسبة للمسلم، وأو غير المسلم.

والشاهد على ذلك ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع اليهودي الذي وجده يسأل فقال له: ⁽³⁾ ما الجأك إلى ما أرى قال: أسأل الجزية، والحاجة، والسنن. فأخذه عمر بيده، ثم أرسل إلى خازن بيت المال فقال: انظر إلى هذا، وضربائه فو الله ما أنصفناه إن أكلنا شبيبته ثم نخذه عند الهرم، إنما الصدقات للفقراء والمساكين، والفقراء هم المسلمون، وهذا من المساكين من أهل الكتاب؛ فوضع عنه الجزية وعن ضربائه، قال أبوبكر: أنا شهدت ذلك من عمر ورأيت ذلك الشيخ.

وإن كانت السياسة المالية الإسلامية تعفي الفقير والمساكين المسلم من دفع الزكاة، فإنها كذلك تعفي الفقير والمساكين من غير المسلمين من دفع الالتزام المالي المقرر عليهم وهو الجزية.

يدل على ذلك ما ذكره أبو يوسف ⁽⁴⁾ فيمن تفرض عليه الجزية "ولا تؤخذ الجزية من المسكين الذي تصدق عليه، ولا من أعمى لا حرفة له، ولا عمل، ولا من ذمي يتصدق عليه، ولا من مقعد....."

⁽¹⁾ المرجع سابق، ص 410.

⁽²⁾ الفقه على المذاهب الأربعة "مرجع سابق، ص 565.

⁽³⁾ سورة البقرة: 219.

⁽⁴⁾ ابن كثير: "تفسير القرآن العظيم"، ج 1، ص 256.

⁽³⁾ أبو يوسف "كتاب الخراج"، مرجع سابق، ص 126.

⁽⁴⁾ المرجع السابق، ص 122.

وكذلك المترهبون الذين في الديارات الأديرة إذا كان لهم يسار أخذ منهم. وإن كانوا
 _____ (كلام ناقص) إنما هم مساكين يتصدق عليهم أهل اليسار منهم لم يؤخذ
 منهم". هذا العبارة تحتاج لمراجعة الأصل؟؟؟

ومن كمال الإسلام وجماله أن وصل في مراعاته للمستوى المعيشي أن يصل في رعايته إلى ما نسميهم الآن ذوي الاحتياجات الخاصة. فالإسلام يقرر لهم العطاء الذي يوفر لهم المستوى المعيشي اللائق.

يدلنا على ذلك ما ذكره أبو عبيد بقوله⁽¹⁾: حدثنا عبدالله بن صالح عن الليث عن عقيل قال: حدثني ابن شهاب أن عمر بن عبدالعزيز أمره. فكتب السنة في مواضع الصدقة. فكتب (هذه منازل الصدقات ومواضعها إن شاء الله. وهي ثمانية أسهم: فسهام للفقراء. وسهم للمساكين. وسهم للعاملين عليها.)⁽²⁾ وسهم للمؤلفة قلوبهم.⁽³⁾ وسهم في الرقاب.⁽⁴⁾ وسهم للغارمين.⁽⁵⁾ وسهم في سبيل الله. وسهم لابن السبيل. قال: فسهام الفقراء. نصفه لمن غزا منهم في سبيل الله أول غزوة. حين يفرض لهم من الأمداد. وأول عطاء يأخذونه. ثم تقطع عنهم بعد ذلك الصدقة. ويكون سهمهم في عظم الفء. والنصف الباقي للفقراء من لا يغزو. من الزمنى⁽⁶⁾. والمكث والمكث الذين يأخذون العطاء إن شاء الله. وسهم المساكين. نصفه لكل مسكين به عاهة لا يستطيع حيلة ولا تقبلا في الأرض. والنصف الباقي للمساكين الذين يسألون ويستطعمون. ومن في السجون من أهل الإسلام. من ليس له أحد إن شاء الله. وسهم العاملين عليها ينظر؛ فمن سعى على الصدقات بأمانة وعفاف. أعطي على قدر ما ولي. وجمع من الصدقة. وأعطى عماله الذين سعوا معه. على قدر ولايتهم وجمعهم. ولعل ذلك أن يبلغ قريبا من ربع هذا السهم بعد الذي يعطي عماله ثلاثة أرباع. فيرد ما بقي على من يغزو من الأمداد⁽⁷⁾ والمشتربة إن شاء الله. وسهم المؤلفة قلوبهم لمن يفترض له من إمداد الناس أول عطاء يعطونه. ومن يغزو مشترطا لا عطاء له وهم فقراء. ومن يحضر المساجد من المساكين الذين لا عطاء لهم. ولا سهم. ولا يسألون الناس إن شاء الله. وسهم الرقاب نصفان: لكل مكاتب يدعى الإسلام. وهم على أصناف شتى. ونصف؟؟؟؟؟؟ماذا

وباستقراء ما سبق يلاحظ أن الفهم الإسلامي لقاعدة العدالة في المجال المالي غطى كل مستلزمات تطبيق العدالة ، فضلا عن أنه وصل لتغطية كل فئات المجتمع سواء أكانت مسلمة أم غير مسلمة.

بل أكثر من ذلك جعل هناك نصيبا مفروضا في حصيله الإيرادات الإسلامية لذوي الاحتياجات الخاصة.

(¹) أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 573.

(2) وهم الجبابة الذين يتولون جمعها.

(3) وهم الضعفاء الأيمان يعطون من الزكاة تأليفا لهم وقد أسقط عمر رضي الله عنه هذا الصنف وقال إن الله أعز الإسلام.

(4) يعنى فى عتق الرقاب فيعان منه المكاتب والمدير.

(5) أصحاب الديون.

(6) یعنی ذوی العاهات وهو جمع زمن بفتح وکسر.

(7) جمع مدد وهم الجند الذين يمد بهم الجيش المحارب.

ويوم أن تعود الأمة الإسلامية لتطبيق هذه القاعدة الأصولية- قاعدة العدالة في كل جوانب العلاقات الاقتصادية والمالية- فإنها ستكون قد وعت الرسالة المنوطة بها وهي أن تكون أمة فريدة في تاريخ البشر. أمة تربت على منهج الإسلام. وتقدمه في ذات الوقت معاملات عادلة على كل مستوى وفي أي مجال.

نموذج تشريعي معاصر لمعنى العدالة الضريبية:

وفقا للمادة التاسعة من قانون الضريبة على الدخل رقم 91 لسنة 2005 فإن الضريبة على المرتبات تسري على كل ما يستحق للممول نتيجة عمله لدى الآخر:

- بعقد أو بدون عقد.

- بصفة دورية أو غير دورية.

- أيا كانت مسميات أو صور هذه المستحقات.

وبالتالي وفقا لهذا المنطق التشريعي فإن الضريبة تسري على عمال اليومية. مع العلم أن هذه الفئة كانت معفاة في القانون السابق. وفي المقابل فإن المشرع قد أعفى بنص صريح⁽¹⁾:

- ما يحصل عليه الأشخاص الطبيعيون من عوائد السندات. وصكوك التمويل على اختلاف أنواعها...

- وكذلك ناتج تعامل الأشخاص الطبيعيين عن استثماراتهم في الأوراق المالية... وكأن المشرع أخذته الرأفة والشفقة بالطبقة التي تملك رؤوس أموال. وتعمل بها في مجال الاستثمار أي هي طبقة غنية. وقادرة. وتمتلك رؤوس أموال.

وبالتالي فهي تستحق الإعفاء: مع العلم أيضا أن هذه الفئة كانت خاضعة للضريبة في القانون السابق. وفي المقابل فإن طبقة عمال اليومية- لامتلك إلا عرق تبذله في سبيل الحصول على قوت يومها- لا تستحق أن تخطى بهذا الإعفاء.

وهكذا أعفى المشرع في القانون الحالي من كان خاضعا للضريبة في القانون السابق. وفي المقابل أخضع للضريبة من كان معفيا منها في القانون السابق وهو اتجاه يصعب أن نجد ما يبرره.

وإضافة إلى ما سبق. فإن المشرع الضريبي الذي أعفى ناتج تعامل الأشخاص الطبيعيين عن استثماراتهم في الأوراق المالية المقيدة في سوق الأوراق المالية المصرية. وكذلك ما يحصل عليه هؤلاء الأشخاص من:

عوائد السندات والتوزيعات على أسهم رأس مال شركات المساهمة والتوصية بالأسهم.

إن هذا المشرع نفسه هو الذي قرر بنص صريح سريان الضريبة- في باب النشاط التجاري والصناعي- على⁽¹⁾ أرباح أصحاب الحرف والأنشطة الصغيرة.

⁽¹⁾ المادة (31) من قانون الضريبة على الدخل رقم 91 لسنة 2005.

فكأنه ينتبع أرباح من يقوم بنشاط صغير - بنفس تعبير المشرع- ويفرض عليه الضريبة مع يقينه بأن الربح المحقق سيكون بسيطاً لأن من يمارس النشاط هو نشاط صغير مغاير تماماً لأصحاب الحرف.

وفي المقابل يقرر المشرع إعفاء أهل اليسار، والغني، وهم من لديهم أموال يستثمرونها في سوق الأوراق المالية... إن هذا المسلك التشريعي يقطع - وبحق- بمنطق العدالة الضريبية الذي يسود في التشريعات الضريبية المعاصرة.

نموذج آخر لمعنى العدالة الضريبية في التشريع الضريبي المصري :

ينصب هذا النموذج على وعاء ضريبة الأقطان. فقد نص المشرع في المادة الأولى من القانون 113 لسنة 1939 بأن وعاء ضريبة الأقطان هو جميع الأراضي الزراعية المنزرعة فعلاً أو القابلة للزراعة على أساس الإيجار السنوي المقدر لهذه الأراضي.

وباستقراء النص يلاحظ أن المشرع لم يرقم اعتباراً لطريقة ري الأراضي الزراعية ، لذلك فقد أوجب القانون⁽¹⁾ فرض الضريبة على الأقطان القابلة للزراعة بل، وعلى الأقطان التي تروى من العيون والأمطار. ويفهم ذلك من نص الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من القانون رقم 113 لسنة 1939 فهي تبيح لصاحب الشأن رفع الضريبة عن الأراضي التي تعطل زراعتها بسبب نضوب العيون التي كانت تروى منها أو بسبب قلة الأمطار.

وهنا يلاحظ أن هناك فارقاً بين مسلك المشرع الوضعي والمشرع الإسلامي في هذا الصدد، إذ يميز المشرع الإسلامي في سعر زكاة الأراضي الزراعية بين الفرد الذي يتحمل تكلفة ومؤنة في سبيل زراعة أرضه ومن لا يتحمل تكلفة ومؤنة.

وبالتالي فكل ما سقي بكلفة ومؤنة من ساقية أو ماكينة مياه وغيرها من الوسائل التي تعني الكلفة والمجهود المبذول ففيه نصف العشر.

أما ما لا يتحمل الإنسان في سقيه كلفة ومؤنة ففيه العشر. يدلنا على الحكم السابق قوله ﷺ⁽²⁾ " فيما سقت السماء، والعيون، أو كان عثريا العشر. وفيما سقي بالنضح نصف العشر".

ويبين بجلاء تفوق مسلك المشرع الإسلامي على المشرع الوضعي بقيامه بهذه التفرقة المنطقية، والعدالة بين الأراضي. إذ لا يستوي من يبذل الجهد، ويتكبد التكاليف في سبيل ري أرضه مع من يسقي أرضه بدون بذل أي مجهود.

لذلك كانت التفرقة التي أقامها المشرع الإسلامي تفرقة منطقية، وعادلة.

⁽¹⁾ المادة 19 من قانون الضريبة على الدخل رقم 91 لسنة 2005.

⁽¹⁾ مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري "، قضية رقم 6 لسنة 4 ق. جلسة 1952/2/27، ص 5 ، ص 657، 658.

⁽²⁾ رواه البخاري في صحيحه، ج2 ص155، والعثري ما يشرب بعروقه من الأرض من غير سقي.

الفصل الثاني

قاعدة اليقين

قاعدة اليقين في المالية العامة المعاصرة:

يرى (سميث) أن الضريبة⁽¹⁾ التي يلتزم الممول بدفعها ينبغي أن تكون محددة بوضوح وبلا حكم. وينصرف ذلك إلى كل من: ميعاد دفع الضريبة، وطريقة الدفع، ومقدار ما يجب دفعه، فكل هذه الأمور ينبغي أن تكون واضحة، ومعلومة علم اليقين لكل مول، وكذلك بالنسبة لكل فرد.

قاعدة اليقين

من

منظور إسلامي ووجه الإعجاز فيها

باستقراء النصوص المنظمة لفريضة الزكاة يلاحظ تحقق قاعدة اليقين في تشريع الزكاة بصورة جلية، وواضحة.

فكقاعدة عامة تفرض الزكاة على جميع أنواع الأموال التي تتوافر فيها شروط الخضوع للزكاة.

يقول سبحانه وتعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ) .

يقول الإمام⁽³⁾ الطبري في تفسير الآية: يعني بذلك جل ثناؤه زكوا من طيب ما كسبتم بتصرفكم؛ إما بتجارة، وإما بصناعة ... وفسرها صاحب صفوة التفاسير⁽¹⁾: أي انفقوا من الحلال الطيب من المال الذي كسبتموه.

ويذكر صاحب الظلال: (2) أن الآية نداء عام للذين آمنوا - في كل وقت، وفي كل جيل - يشمل جميع الأموال التي تصل أيديهم - و تشمل: ما كسبته أيديهم من حلال طيب، وما أخرجه الله لهم من الأرض؛ من زرع، وغير زرع مما يخرج من الأرض، ويشمل: المعادن، والبترو، ومن ثم يستوعب النص جميع أنواع المال، ما كان معهودا على عهد النبي ﷺ، وما يستجد، فالنص شامل جامع لايفلت منه مال مستحدث في أي زمان، وكله ما يوجب النص فيه الزكاة.

أما المقادير، فقد بينتها السنة في أنواع الأموال التي كانت معروفة حينذاك، وعليها يقاس، وبها يلحق ما يجد من أنواع الأموال.

(1) Smith, op. cit., p.307.

(2) سورة البقرة: 267.

(3) الطبري: "جامع البيان عن تأويل أي القرآن" شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، ط 1968، ج 3، ص 555، 556.

(1) محمد على الصابوني: "صفوة التفاسير"، مكتبة الفرابي، بيروت، بدون تاريخ نشر، ج 1، ص 154.

(2) سيد قطب: "في ظلال القرآن، مرجع سابق، ج 1، ص 310-311.

ولقد بذل الفقهاء جهداً مشكوراً في توضيح شروط الخضوع للزكاة سواء أكان ذلك بالنسبة للأشخاص، أم للأموال.

وبالتالي صارت الأحكام المنظمة لزكاة كل مال معروفة ومحددة بأحكام يقينية.

وتجدر الإشارة هنا إلى حقيقتين هامتين:

الحقيقة الأولى: أن النصوص المنظمة لتشريع الزكاة هي بلغة القانون المعاصر نصوص دستورية أي تمثل قمة الأدلة الشرعية، وبالتالي فإنها تحتل في نفس المسلم مكانة كبيرة، وبذلك يتوافر مقوم نجاح لتشريع الزكاة قد لا يوجد في التشريعات الوضعية.

الحقيقة الثانية: أن ما يثور في حق الضرائب المعاصرة قد لا يثار -على الإطلاق- في حق تشريع الزكاة ومن ذلك على سبيل المثال:

الحق المقرر للممول في الطعن في الضريبة المقررة سواء أكان ذلك بالنسبة للسعر أم بالنسبة لميعاد التحصيل... وغير ذلك من الأحكام.

أما في تشريع الزكاة، فنظراً لبنائها على أساس عقدي فإن هذه المسألة لا تثار من أساسها. وذلك لأن المسلم يعرف أن الزكاة مقررة بنصوص قرآنية، ونبوية، ولذلك هو يسارع في أدائها. وقد يبالغ في إعطاء أكثر من الحق الشرعي المقرر ذلك لأنه يعلم -يقيناً- أنه إنما يدفع الزكاة ابتغاء مرضاة الله سبحانه وتعالى، وكأنه في ذلك يستجيب للنداء الإلهي المتمثل في قوله تعالى: ⁽¹⁾ " أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ وَأَنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ " .

قال عبدالله ⁽²⁾ بن مسعود رضي الله عنه أن الصدقة تقع في يد الله عز وجل قبل أن تقع في يد السائل ثم قرأ الآية السابقة.

إن المعنى السابق لا يمكن أن يتحقق، أو يوجد في التشريعات الضريبية المعاصرة مهما قدمت من حوافز؛ لأنها لا يمكن أن تصل في مداها إلى التأثير العقدي الذي يقوم عليه تشريع الزكاة الذي يجعل المسلم يدفع زكاته عن طيب نفس وخاطر مبتغياً بها مرضاة الله سبحانه وتعالى.

إن القرآن الكريم دائم التذكير للمسلم بأن كل ما ينفقه يعلمه الله سبحانه وتعالى ويثيبه عليه.

يقول جل شأنه: ⁽³⁾ " لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا حُبَبْتُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ " .

إن هذا المعنى الكريم يدفع بالمسلم: ليجود بأجود أمواله وأنفسها في سبيل الله تعالى.

⁽¹⁾ سورة التوبة: الآية 104.

⁽²⁾ ابن كثير: "تفسير القرآن العظيم"، المجلد الثاني، ص 386.

⁽³⁾ آل عمران: الآية 92.

خلاصة القول أن قاعدة اليقين متحققة بكل ما تعنيه في تشريع الزكاة سواء أكان ذلك:

- بالنسبة لميعاد دفع الزكاة.
 - طريقة دفع الزكاة.
 - مقدار ما يجب دفعه.
- فكل هذه الأمور واضحة، ومعلومة علم اليقين لكل مسلم، وذلك من خلال أحكام شرعية مستقرة على نحو قد يصل إلى مستوى من الثبات، والاستقرار قد لا يتحقق في التشريعات الوضعية المعاصرة التي هي في تغير مستمر سواء أكان ذلك :
- بالنسبة لسعر الضريبة.
 - أم بالنسبة لميعاد تحصيلها.
 - وكذلك بالنسبة لمقدار ما يجب دفعه.
- بل إن الأمر يصل -أحيانا- في التشريعات المعاصرة إلى إعفاء أبواب كاملة من الإيرادات من الخضوع للضريبة، وفي المقابل تخضع إيرادات أخرى لم تكن خاضعة من قبل للضريبة.
- إن مثل هذه المسائل لا تثار-على الإطلاق- في تشريع الزكاة حيث تتسم الأحكام المنظمة لتشريع الزكاة بالثبات، والاستقرار، ويعتبر هذا- بحق- مقوم نجاح عظيم لنظام الزكاة.

نموذج تشريعي معاصر لدى تطبيق قاعدة اليقين:

نستعرض فيما يلي كيف تغير سعر الضريبة على الدخل في التشريع الضريبي المصري أكثر من مرة، وفي فترة وجيزة على نحو قد يضعف كثيرا من معني الاستقرار التشريعي، ونوضح ذلك على النحو الآتي:

في ظل قانون الضريبة الموحدة رقم 187 لسنة 1993، وبعد⁽¹⁾ إعمال حكم (المادة 88) من هذا القانون المتعلق بحدود الإعفاء العائلي كان سعر الضريبة يحدد على الوجه الآتي:

الشريحة الأولى:.... حتى 2500 جنيه (20%).

الشريحة الثانية : أكثر من 2500 جنيه- 7000 جنيه (27%).

الشريحة الثالثة: أكثر من 7000 جنيه- 16000 جنيه (35%).

الشريحة الرابعة: أكثر من 16000 جنيه- 27000 جنيه (40%).

الشريحة الخامسة: أكثر من 27000 جنيه- 68000 جنيه (45%).

الشريحة السادسة: أكثر من 68000 جنيه (48%).

⁽¹⁾ المادة 90 من القانون رقم 187 لسنة 1993.

وبالنسبة للإيرادات من المرتبات، وما في حكمها، وغيرها من الإيرادات المنصوص عليها في الباب الثالث من هذا الكتاب؛ يكون سعر الضريبة عليها (20%) حتى (50000) و(32%) فيما زاد على ذلك.

وقد تعرض سعر الضريبة الموحدة لانتقادات متعددة أهمها⁽²⁾:

- جاءت شرائح سعر الضريبة ضعيفة من حيث الحجم والعدد، حيث بدأت بشريحة مرتفعة بنسبة 20% وتدرجت بسرعة لتصل إلى 48% لما يزيد عن 68000 جنيه.
 - أن شرائح سعر الضريبة بوضعها الحالي لا تشجع على جذب الاستثمارات العربية، والأجنبية لكي تعمل في مصر.
 - أن القانون بشرائحه الحالية يكافئ الأغنياء، ولن يسمح للفئات النامية أن تنمو.
 - أن أسعار الضريبة مرتفعة، ولا تتناسب مع متطلبات دعم، وتخفيف المناخ الاستثماري، ولا تحقق العدالة المطلوبة للمنتج، والمستثمر، وأصحاب المهن الحرة.
 - أن ارتفاع أسعار الضريبة قد يدفع الممولين إلى التهرب من الضريبة.
- وأمام الانتقادات السابقة تدخل المشرع بتعديل حاول فيه التخفيف من الانتقادات السابقة، وجاء التعديل على النحو الآتي:

مادة (90) (فقرة أولى) " بعد إعمال حكم المادة 88 من هذا القانون، يحدد سعر الضريبة على الوجه الآتي⁽¹⁾:

الشريحة الأولى : 0000 حتى 2500 جنيه (20%).

الشريحة الثانية: أكثر من 2500 جنيه - 7000 جنيه (27%).

الشريحة الثالثة: أكثر من 7000 جنيه - 16000 جنيه (35%).

الشريحة الرابعة: أكثر من 16000 جنيه (40%).

وحمد لهذا التعديل -آنذاك- أنه تلافى الأسعار المرتفعة بحيث يساعد ذلك على دعم، وتخفيف المناخ الاستثماري في مصر.

سعر الضريبة على الدخل في القانون الحالي رقم 91 لسنة 2005:

في ظل القانون الحالي تكون أسعار الضريبة على النحو الآتي⁽¹⁾:

الشريحة الأولى : أكثر من 5000 حتى 20000 جنيه (10%).

الشريحة الثانية: أكثر من 20000 جنيه - 40000 جنيه (15%).

الشريحة الثالثة: أكثر من 40000 جنيه (20%).

⁽²⁾ د. جلال الشافعي: "الحاسبة الضريبية، الضريبة الموحدة"، مرجع سابق، ص 278، 279.

⁽¹⁾ قانون رقم 162 لسنة 1997 بتعديل بعض أحكام قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم 157 لسنة 1981.

⁽¹⁾ انظر المادة (8) من القانون.

ويتم تقريب مجموع صافي الدخل السنوي عند حساب الضريبة لأقرب عشرة جنيهاً أقل.
ويعتبر هذا المسلك في تحديد سعر الضريبة على الدخل من المزايا الهامة للقانون الضريبي الحالي .
وهكذا يظهر -بجلاء - كيف تغير سعر الضريبة على الدخل أكثر من مرة، وفي فترة وجيزة مما يبرهن على عدم قدرة المشرع الضريبي على تحقيق قاعدة اليقين على النحو المنشود.

الفصل الثالث

قاعدة الملائمة في الدفع

قاعدة الملائمة في الدفع من منظور المالية العامة المعاصرة:

تنصرف قاعدة الملائمة في الدفع عند (سميث)⁽¹⁾ إلى ضرورة أن تكون مواعيد تحصيل الضريبة ، وطريقة تحصيلها على نحو ملائم بالنسبة للممول الذي يقوم بدفعها. فالضريبة على ريع الأرض، أو المنازل ينبغي أن تدفع في الوقت الذي يدفع فيه الريع عادة للمالك، فالوقت الذي يحصل فيه الممول على دخله يعتبر أكثر الأوقات ملائمة لدفع الضريبة.

ويرى (سميث) أن الضرائب على الاستهلاك، وهي تقع في النهاية على المستهلك، يتم دفعها في الوقت الملائم، وذلك لأن المستهلك يدفعها جزءا جزءا، وبمناسبة الشراء، وبالتالي إذا تحمل المستهلك قدرا من عدم الملائمة فإن الخطأ يرجع إليه، لأنه حر في أن يشتري السلع المفروضة عليها الضرائب، أو لا يشتريها.

قاعدة الملائمة في الدفع

من

منظور إسلامي و وجه الإعجاز فيها

ينصب جوهر قاعدة الملائمة في الدفع على أن تكون مواعيد تحصيل الضريبة، وطريقة تحصيلها على نحو ملائم للمكلف. وباستقراء الأسس التي يقوم عليها الفكر الإسلامي نجد من الأسانيد الكثير الذي يرشد، ويؤسس لهذه القاعدة.

من ذلك قوله وتعالى⁽¹⁾: "وَهُوَ الَّذِي أَنشَأَ جَنَّاتٍ مَّعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْلُهُ وَالزَّيْتُونَ وَالرُّمَّانَ مُتَشَابِهًا وَغَيْرَ مُتَشَابِهٍ كُلُوا مِن ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ".

فظاهر الآية يدل -بوضوح- على أن يكون ميعاد تحصيل الزكاة في الزروع، والثمار يوم الحصاد. قال مجاهد:⁽²⁾ إذا حصدت فحضرك المساكين فاطرح لهم من السنبل، وإذا جذدت فألق لهم من الشماريح، وإذا درسته، ودسته، وذريته فاطرح لهم منه، وإذا عرفت كيله فاخرج منه زكاته.

⁽¹⁾ Smith, op.p.308.

⁽¹⁾ سورة الأنعام: الآية 141.

⁽²⁾ الجامع لأحكام القرآن"، المجلد الرابع، ص66.

وروي عن مجاهد أيضا أنه قال: ⁽³⁾ تعطي منه حيث تحصد، وحين تربطه، وحين تبره، وحين تدرسه، ثم تخرج منه بعد الزكاة.

وهكذا يظهر أن الزكاة تخرج على نحو يلائم ويتناسب مع المال الذي تخرج منه.

- ومن الوجوه الملائمة في الدفع - أيضا - أن تدفع الضريبة بالطريقة المناسبة للمكلف.

والفكر الإسلامي يقر هذا المعنى، ويؤسس له بحديث صريح للمصطفى ﷺ، فعن معاذ بن جبل ⁽¹⁾ أن رسول الله ﷺ بعثه إلى اليمن فقال: "خذ الحب من الحب، والشاة من الغنم، والبيع من الإبل، والبقرة من البقر". رواه أبو داود وابن ماجه.

ويرشد المصطفى ﷺ سيدنا معاذ بن جبل إلى ما فيه التيسير على المكلفين بدفع الزكاة.

ويؤكد المعنى السابق فعل الصحابي الجليل عندما ذهب إلى اليمن ليحصل الزكاة.

فقد جاء في فتح الباري: ⁽²⁾

قال طاوس قال معاذ ﷺ لأهل اليمن: اتوني بعرض ثياب خميس، أو لبس في الصدقة مكان الشعير، والذرة، أهون عليكم، وخير لأصحاب النبي ﷺ بالمدينة.

وواضح من فعل الصحابي الجليل ﷺ أنه سلك طريقا فيه مرونة كبيرة في تحصيل الزكاة.

ولعل ما دفع سيدنا معاذ ﷺ لهذا السلوك هو فهمه لقاعدة الملائمة، لأن أهل اليمن كانوا مشهورين بصناعة الثياب، ونسجها، فدفعها أيسر عليهم. على حين كان أهل المدينة في حاجة إليها، ولذلك أجاز أن يكون تحصيل الزكاة على النحو الأكثر ملائمة للممولين وفي نفس الوقت فيه مصلحة عامة كبيرة.

- نموذج تشريعي معاصر لعنى الملائمة في الدفع:

نص المشرع على أن تسري الضريبة ⁽¹⁾ على الأرباح الناجمة من مشروعات استغلال حظائر تربية الدواجن، أو تفرخها آليا، ومن مشروعات استغلال حظائر تربية الدواب، وحظائر تربية المواشي وتسمينها، ومشروعات مزارع الثروة السمكية.

⁽³⁾ يحيى بن آدم القرشي: "كتاب الخراج"، مرجع سابق، ص 125.

⁽¹⁾ الشوكاني: "نيل الأوطار" ج 4، ص 152.

⁽²⁾ ابن حجر العسقلاني: "فتح الباري"، ج 2، ص 366.

⁽¹⁾ المادة 9/19 من قانون الضريبة على الدخل رقم 91 لسنة 2005.

ولاتسري الضريبة على ما يستخدمه المزارع من هذه الدواب والمواشي لمنفعته الخاصة، وكذلك ما يقوم بتربيته، أو تسمينه لنفعه الخاص. وذلك كله في حدود عشرين رأساً.

والملاحظ أن المشرع أعفى للمزارع عدد عشرين رأساً من كل الدواب، والمواشي التي يقوم بتربيتها، وتسمينها، ولو كان قد استهدى بما قرره الفكر الإسلامي لكان أفضل، لأن الفكر الإسلامي يميز بين أنواع الدواب، والنصاب الذي يجب إعفاؤه وذلك أكثر عدالة، وأكثر ملائمة.

فالإسلام يقرر نصاباً في الإبل يختلف عنه في الغنم والبقر... وغيرها.

وهذا أكثر منطقية، وعدالة من مسلك المشرع الضريبي المعاصر.

الفصل الرابع

قاعدة الاقتصاد في نفقات التحصيل

قاعدة الاقتصاد في التحصيل من منظور المالية العامة المعاصرة:

جوهر هذه القاعدة يتمثل في ضرورة الاقتصاد في نفقات الجباية. فمن المسلم⁽¹⁾ به أن تحصيل الضرائب يكلف أموالاً، وأية ضريبة يتم فرضها يجب أن تقيم ليس فقط بمقدار ما تدره، ولكن أيضاً بالتكاليف التي يحتاجها الحصول على هذا العائد.

ويرى (سميث) أن كل ضريبة⁽²⁾ ينبغي أن تنظم بحيث لا يزيد ما تأخذه من الممولين عما يدخل الخزانة العامة إلا بأقل مبلغ ممكن. أي ينبغي ألا يتحمل الشعب دافع الضريبة أية أعباء في تحصيلها دون أية ضرورة.

ويرى (سميث) أن نفقات تحصيل الضريبة ترد لأربعة أسباب هي:

1- إذا احتاج تحصيلها إلى عدد كبير من الموظفين تستهلك أجورهم جزءاً كبيراً من حصيلتها. وهو ما يعني أن تشغيل هؤلاء الموظفين يشكل ضريبة إضافية على الممولين.

2- أن عدم الاقتصاد في نفقات التحصيل ربما يؤدي إلى إعاقة الصناعة، وعدم تشجيع بعض فروع النشاط التجاري.

3- قد تتكبد الإدارة الضريبة الكثير من الخسارة بسبب المحاولات المتكررة للتهرب الضريبي.

4- عن طريق إخضاع الممولين لزيارات، وفحوصات متكررة لأوعيتهم الضريبية، وربما يتسبب ذلك في مشكلات كثيرة.

والجدير بالذكر أن تحقيق أكبر قدر من البساطة في الهيكل الضريبي من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من نفقات تحصيل الضريبة. فكلما⁽¹⁾ كان الهيكل الضريبي بسيطاً أمكن توفير الكثير من العاملين في المجال الضريبي من محاسبين، وقانونيين وإداريين، وغير ذلك مما يستخدمونه من مواد، وأوراق، ومطبوعات.

قاعدة الاقتصاد في نفقات التحصيل

من

منظور إسلامي ووجه الإعجاز فيها

يمكن أن نبرهن على معرفة الفكر الإسلامي لقاعدة الاقتصاد في نفقات التحصيل من وجوه متعددة منها:

⁽¹⁾ Sommers, Public Finance and national income, op.p.138.

⁽²⁾ Smith, op.p.307.

⁽¹⁾ Allen&Brownlee: Economics of Public Finance,, op.pp. 196- 197.

- أن نظام الزكاة بذاته من شأنه أن يقلل - إلى حد كبير- من نفقات تحصيل الزكاة.

ويرشدنا لذلك قوله ﷺ لمعاذ بن جبل (حينما بعثه إلى اليمن):

فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم....".

فعن ابن عباس ⁽²⁾ أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذًا إلى اليمن قال: "إنك تأتي قوما من أهل الكتاب ، فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، وأني رسول الله ، فإن هم أطاعوك لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوك لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوك لذلك، فإياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب". (رواه الجماعة).

فنظام الزكاة يقوم بصفة أساسية على أن يقوم محصل الزكاة بجمع الزكاة من أغنياء إقليم معين ثم يقوم بإعادة توزيع هذه الحصيلة على فقراء هذا الإقليم، مما يعني أنه لن يتكلف أية نفقات في سبيل تحصيل الزكاة. وما يدعم هذا المعنى أيضا أن كل غني مسلم يعلم أن إخراج الزكاة فرض وواجب عليه مما يدعوه إلى المساعدة في إخراج هذا الحق بصورة سهلة وميسورة.

وقد جاء في كتاب الأموال لأبي عبيد ما يؤكد المعاني السابقة ⁽¹⁾:

حدثنا محمد بن كثير عن النعمان بن الزبير قال: (استعمل محمد بن يوسف طاوسا عن مخالف ⁽²⁾ فكان يأخذ الصدقة من الأغنياء فيضعها في الفقراء، فلما فرغ قال له : ارفع حسابك، فقال : مالي حساب، كنت آخذ من الغني فأعطيته المسكين).

هكذا يفرض تطبيق نظام الزكاة إلى توفير كثير من الأموال التي تستخدم في تحصيل الزكاة وذلك بسبب محلية تطبيق الزكاة.

- في مجال زكاة الماشية:

يؤمر محصل الزكاة في هذا المجال أن يعد الماشية حيث ترد الماء، ولا ينبغي أن يكلف أصحابها بحشدها إليه. يدلنا على ذلك ما رواه عبد الله ⁽³⁾ بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : (تؤخذ صدقات المسلمين على مياهمهم. رواه أحمد . وفي رواية لأحمد وأبي داود : لا جلب، ولا جنب ، ولا تؤخذ صدقاتهم إلا في ديارهم).

⁽²⁾ الشوكاني: "نيل الأوطار"، ج4، ص114-115.

⁽¹⁾ كتاب الأموال لأبي عبيد، مرجع سابق، ص588.

⁽²⁾ قال في القاموس (والخلاف الرجل الكثير الإخلاف والكورة ومنه مخاليف اليمن).

⁽³⁾ الشوكاني: "نيل الأوطار"، ج4، ص156.

(قوله جلب) بفتح الجيم واللام (ولا جنب) بفتح الجيم والنون قال ابن اسحق: معنى لا جلب، أن تصدق الماشية في موضعها، ولا تجلب إلى المصدق، ومعنى لا جنب⁽¹⁾ أن يكون المصدق بأقصى مواضع أصحاب الصدقة فتجنب إليه فنهوا عن ذلك، وفسر مالك الجلب: بأن تجلب الفرس في السباق فيحرك وراءه الشيء يستحث به فيسبق، والجنب أن يجنب مع الفرس الذي سبق به فرسا آخر حتى إذا تحول الراكب عن الفرس المجنوب فسبق. قال ابن الأثير: له تفسيران، فذكرهما، وتبعه المنذري في حاشيته.

وهكذا يدلنا حديث المصطفى ﷺ على أن المصدق هو الذي يأتي للصدقات ويأخذها على مياه أهلها لأن ذلك أسهل لهم.

لذلك كان من توجيهات الإمام العادل عمر بن عبدالعزيز: ⁽²⁾ "أن صدقوا الناس على مياههم، وبأفنيتهن."

خلاصة القول أن محصل الزكاة لا ينبغي أن يقيم بموضع ثم يرسل إلى أهل المياه ليحلبوا إليه مواشيهم، فيصدقها، ولكن يأتيهم على مياههم حتى يصدقها هناك، وفي كل ذلك تطبيق حقيقي لقاعدة الاقتصاد في نفقات التحصيل.

-الإسلام يقرر الإسراع في إخراج الزكاة، وكذلك الإسراع في توزيعها:

وما يساعد على تحقيق قاعدة الاقتصاد في التحصيل ما يقرره الإسلام الخفيف من سرعة إخراج الزكاة، وكذلك الإسراع في توزيعها.

يدلنا على ذلك ما رواه ⁽³⁾ عقبة بن الحارث قال:

صلى بنا النبي ﷺ العصر فأسرع، ثم دخل البيت فلم يلبث أن خرج، فقلت -أو قيل- له فقال: كنت خلفت في البيت تبراً من الصدقة فكرهت أن أبيته، فقسمته.

وقد روي أن رسول الله ﷺ: لم يكن يقبل ما لا عنده، ولا يبيته، قال أبو عبيد⁽¹⁾: يعني أنه إذا جاءه غدوة لم ينتصف النهار حتى يقسمه، وإن جاء عشية لم يبيته حتى يقسمه.

وهكذا يظهر أن هدي رسول الله ﷺ يرشد إلى سرعة إخراج الزكاة لمستحقيها، وبالتالي لن تكون بحاجة لنفقات نقل، أو تخزين أو ما شابه ذلك وكل ذلك من شأنه أن يقلل من نفقات التحصيل بصورة كبيرة.

- عدم التبذير مبدأ إسلامي عام:

⁽¹⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 410.

⁽²⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 410.

⁽³⁾ رواه البخاري في صحيحه، ج 2، ص 640.

⁽¹⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 262.

وإضافة إلى ما سبق يؤسس لضرورة الاقتصاد في نفقات التحصيل مبدأ إسلامي عام يتمثل في عموم قوله تعالى⁽²⁾:

”وَأَتِذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تَبْذُرْ تَبْذِيرًا، إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا“.

فالقرآن الكريم ينهي عن التبذير. والتبذير - كما يفسره⁽³⁾ ابن مسعود وابن عباس - الإنفاق في غير حق. وقال مجاهد⁽⁴⁾: لو أنفق إنسان ماله كله في الحق لم يكن مبذرا، ولو أنفق مدا في غير حق كان مبذرا.

ولا غرو أن عدم الاقتصاد في نفقات تحصيل الزكاة يعد أحد وجوه الإنفاق في غير الحق. لذلك يجدر بالمسلم سواء أكان فردا، أم مؤسسة تقوم على تحصيل الزكاة أن تتجنب كل وجوه الإسراف، والتبذير عند تحصيل الزكاة، لأن المسلم عندما يؤدي حق الزكاة فإنه يعلم أنه يؤدي حقا فرضه الله تعالى عليه، ووصله بعبادته وتوحيده، لذلك كان لزاما عليه أن يؤدي هذا الحق بأفضل صورة ممكنة.

⁽²⁾ سورة الإسراء: 26-27.

⁽³⁾ سيد قطب: "في ظلال القرآن"، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص 222.

⁽⁴⁾ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج 5، ص 72.

الفصل الخامس

قاعدة المرونة الضريبية

قاعدة المرونة الضريبية من منظور المالية العامة المعاصرة:

يقصد بقاعدة المرونة الضريبية أن⁽¹⁾ يصمم النظام الضريبي بحيث يكون مستعداً بصورة تلقائية لزيادات أكثر في الحصلة الضريبية وذلك عند ارتفاع الأسعار. وكذلك الانخفاض في الحصلة عندما ينخفض مستوى التوظيف والدخل.

وبعبارة أخرى ينبغي أن يتوافر للنظام الضريبي مرونة تلقائية كاملة، بمعنى وجود⁽²⁾ القدرة على إحداث تغيرات في الضرائب عندما تتغير متغيرات أخرى مثل الدخل والتوظيف... وعلى المشرع الضريبي أن يسن التشريع الضريبي بحيث يكون مستعداً لكل متغيرات المستقبل المجهول. وبعبارة أكثر جمالا يشبه البعض معنى المرونة الضريبية بأنها بمثابة خلق موقف شبه تلقائي، تكون فيه البندقية التشريعية قد تم شحنها من قبل، ويقوم ترموستات إحصائي بجذب الزناد⁽³⁾ ومثال ذلك أن يتم خفض الضرائب بصورة إجبارية، وتلقائية في حالة وصول البطالة إلى نسبة مئوية معينة من قوة العمل.

وأمام ما سبق فإنه يلزم أن تكون هناك إعادة تقييم دورية للعلاقة بين الإيرادات الضريبية، والنفقات العامة.

قاعدة المرونة الضريبية

من

منظور إسلامي ووجه الإعجاز فيها

يقوم جوهر قاعدة المرونة الضريبية على أن يقوم المشرع الضريبي بسن التشريع الضريبي بحيث يكون مستعداً لكل متغيرات يمكن أن تحدث في المستقبل سواء أكان ذلك بالنسبة للوعاء الضريبي، أم السعر، أم ميعاد دفع الضريبة، وغير ذلك من المتغيرات.

وباستقراء الأسس التي يقوم عليها النظام المالي الإسلامي نجد توافر هذه المقومات بصورة واضحة وجليّة ومن مظاهر ذلك:

جواز تعجيل الزكاة:

⁽¹⁾ Allen&Brownlee, op.cit., p114.

⁽²⁾ Reuss: Fiscal Policy... op.cit., p40.

⁽³⁾ Sherer&Papke. op.cit., p.208.

ما يقطع بمرونة النظام المالي الإسلامي أنه يسمح بجواز تعجيل الزكاة- وهي الإيراد الأساسي الذي تعتمد عليه الدولة الإسلامية-، وكذلك يسمح بتأخير دفعها، ويدلنا على ذلك ما رواه ⁽¹⁾ علي عليه السلام: أن العباس بن عبدالمطلب سأل النبي ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تُل، فرخص له في ذلك .رواه الخمسة إلا النسائي).

فالحديث يدل بعبارته على جواز تعجيل الزكاة قبل أن يحل ميعاد تحصيلها، ودليل ذلك أنه ﷺ رخص للعباس عليه السلام في ذلك .

وجاء في كتاب الأموال ما يؤكد ⁽²⁾ جواز تعجيل الزكاة .يقول أبو عبيد :حدثنا يعقوب بن إسحاق الحضرمي عن حماد بن زيد عن حفص بن سليمان قال قلت للحسن: " أأخرج زكاة ثلاثة أعوام ضربة؟ فلم ير بذلك بأساً".

جواز تأخير دفع الزكاة:

وكما يجوز تعجيل الزكاة، فإنه يجوز أيضا تأخير دفعها إذا وجدت المبررات التي تدعو لذلك.

يدلنا على ذلك ما رواه ⁽¹⁾ أبو هريرة رضي الله عنه قال: (بعث رسول الله ﷺ عمر على الصدقة، فقبل منع ابن جميل، وخالد بن الوليد وعباس عم النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: "ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرا فأغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالدا قد احتبس أدراعه، وأعداده في سبيل الله تعالى ، وأما العباس فهي علي ومثلها معها"، ثم قال: "يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه". رواه أحمد ومسلم وأخرجه البخاري، وليس فيه ذكر عمر، ولا ما قيل له في العباس، وقال فيه: فهي عليه ومثلها معها. قال أبو عبيد: أرى - والله أعلم - أنه أخر عنه الصدقة عامين لحاجة عرضت للعباس، وللإمام أن يؤخر على وجه النظر، ثم يأخذ، ومن روى: فهي علي ومثلها فيقال كان تسلف منه صدقة عامين ذلك العام والذي قبله).

ويظهر من الحديث الشريف أنه يجوز لولي الأمر أن يؤخر تحصيل الزكاة لاعتبارات يقدرها.

ويؤكد جواز تأخير الزكاة، فعل الصحابي الجليل الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقد روي ⁽²⁾ أن عمر أخر الصدقة عام الرمادة قال فلما أحيا الناس بعثني، فقال، اعقل عليهم عقالين، فاقسم فيهم عقالا، وأتتني بالآخر ⁽³⁾.

قال أبو عبيد: ألا ترى أن عمر قد أخذهم بصدقة عامين وهو يعلم أن في مثل هذه المدة وأقل منها ما تكون الحوادث بالماشية من الزيادة، والنقصان فلم يشترط عليهم أن يحاسبوا بشيء مما تلف.

⁽¹⁾ الشوكاني : نيل الأوطار" ج4، ص149.

⁽²⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، ص583.

⁽¹⁾ الشوكاني : نيل الأوطار" ج4، ص149.

⁽²⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، ص383.

⁽³⁾ كان طاعون عمواس والرمادة في السنة الثامنة عشرة، وفيها هلك الناس والأموال، وقوله: وأحيا الناس، أي نزل عليهم الحيا وهو المطر. والعقال: صدقة العام. يقال : أخذ المصدق عقال هذا العام أي أخذ منهم صدقته.

ويظهر مما سبق مدى المرونة التي تتمتع بها فريضة الزكاة- وهي ركن من أركان الإسلام الخمسة- إذ يجوز فيها التعجيل، والتأجيل على النحو الذي يلائم ظروف المكلف والمجتمع.

- ومن مظاهر المرونة أيضا- أن لولي الأمر سلطة تقديرية في إدارة النظام المالي الإسلامي على النحو الذي يحقق مصلحة مجتمعه.

يدلنا على ما سبق ما روى أبو عبيد بسنده قال ⁽¹⁾: حدثنا أبو المنذر ويحيى بن بكى، وأبو نوح، وإسحاق بن عيسى، وسعيد بن عفير، كلهم عن مالك بن أنس عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: "كان عمر يأخذ من النبط ⁽²⁾: من الزيت، والحنطة نصف العشر، لكي يكثر الحمل إلى المدينة، ويأخذ من القطنية العشر".

وباستقراء ما كان يفعله الفاروق عمر رضي الله عنه يلاحظ أنه كان يتدرج في تحديد سعر الضريبة الجمركية حسب حاجة مجتمعه. لذلك يخفض السعر على السلع الضرورية التي يحتاج إليها المجتمع، وفي المقابل يرفع السعر على السلع التي لا تمثل نفس الضرورة.

ومن الأمثلة الناطقة بمرونة النظام المالي الإسلامي ما فعله الصحابي الجليل معاذ بن جبل مع أهل اليمن، فقد جاء في فتح الباري ⁽³⁾:

قال طاوس قال معاذ رضي الله عنه لأهل اليمن: "أتوني بعرض ثياب خميس، ⁽⁴⁾ أو لبيس في الصدقة مكان الشعير، والذرة، أهون عليكم، وخير لأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة".

ولعل ما دفع سيدنا معاذ رضي الله عنه لهذا السلوك هو أن أهل اليمن كانوا مشهورين بصناعة الثياب ونسجها، فدفعها أيسر عليهم. على حين كان أهل المدينة في حاجة إليها.

والملاحظ على فعل الصحابي الجليل أنه كان في مجال الزكاة، فمن قبيل التيسير على أهل اليمن فأجاز أن يدفعوا زكاتهم في شكل سلعة يتمتعون فيها بميزة نسبية (صناعة الثياب)، وفي المقابل تذهب هذه السلعة لمجتمع آخر يفتقد لهذه الميزة النسبية.

وهكذا يظهر بوضوح مدى ما يتمتع به الفكر المالي الإسلامي من مرونة تجعله صالحا دائما لتلبية حاجات المجتمع.

ومن مظاهر المرونة الضريبية -كذلك- القدرة على إحداث تعديلات في الضرائب عندما تتغير متغيرات معينة.

إن هذا المظهر متحقق - وبعمق - في الفكر المالي الإسلامي. ويظهر ذلك في الأوعية التي تفرض عليها الزكاة.

⁽¹⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 531، رقم 1662.

⁽²⁾ جاء في المنجد (نبط وأنباط قوم من العرب قطنوا قديما جنوبي فلسطين كانوا من التجار يرحلون إلى مصر والشام وبلاد الفرات وروما بينهم شعراء خرجت من سلالتهم قبائل الحويطات المقيمة (حسمة) شمال الحجاز.

⁽³⁾ ابن حجر العسقلاني: "فتح الباري"، ج 2، ص 366.

⁽⁴⁾ الخميس: الثوب الذي طوله خمس أذرع وقيل أنه نسبة إلى ملك اليمن، واللبيس ما كثر لبسه.

فبعد أن كانت الزكاة تفرض فقط على بعض الأوعية التي كانت موجودة في شبه الجزيرة العربية، وعلى نحو كان يناسب ما هو سائد آنذاك، فإن العلماء الآن على جواز فرض الزكاة على أموال لم تكن موجودة في صدر الإسلام.

يقول سبحانه وتعالى⁽¹⁾: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ..."

واتفق علماء التفسير على أن الآية نداء⁽²⁾ عام للذين آمنوا- في كل وقت، وفي كل جيل- يشمل جميع الأموال التي تصل إلي أيديهم، وتشمل ما كسبته أيديهم من حلال طيب، وما أخرجه الله لهم من الأرض من زرع وغير زرع مما يخرج من الأرض، ويشمل المعادن والبترو. ومن ثم يستوعب النص جميع أنواع المال، ما كان معهودا على عهد النبي ﷺ وما يستجد. فالنص شامل جامع لا يفلت منه مال مستحدث في أي زمان. وكله ما يوجب النص فيه الزكاة. أما المقادير فقد بينتها السنة في أنواع الأموال التي كانت معروفة حينذاك. وعليها يقاس، وبها يلحق ما يجد من أنواع الأموال.

لذلك عندما عرضت قضية مدي جواز فرض الزكاة على الأموال المستحدثة، قال علماءنا الأفاضل⁽¹⁾: أن الزكاة تستحق الآن في أموال لم تكن معروفة في عهد الرسول ﷺ والصحابة، وفي أيام الاستنباط الفقهي، واقترحوا أن الزكاة يطلب أدائها فيها ووافقت على ذلك الحلقة وأوصت به في مؤتمرها وهذه الأموال هي:

- 1- الآلات الصناعية.
- 2- الأوراق المالية.
- 3- كسب العمل، والمهن الحرة.
- 4- الدور، والأماكن المستغلة (الأراضي المعدة للتجارة).

وقالوا في إسناد رأيهم: وقد اتفق الفقهاء على أن النصوص الواردة في الزكاة من حيث أموالها معللة، وليست أمورا تعبدية، ولم يقم دليل على أنها تعبدية.

ثم عرج التقرير على تقسيم الفقهاء للأموال من حيث نائها، من أن الأموال: قسم منها، يقتني لإشباع الحاجات الشخصية؛ كالدار المخصصة لسكني أصحابها فهذه لا زكاة فيها، وقسم ثان، يقتني للنماء والاستغلال فهذا يجب زكاته، وقسم ثالث، يتردد بين إشباع الحاجات الشخصية، والنماء كالماشية، والحلي.

(1) سورة البقرة: الآية 267.

(2) سيد قطب: "في ظلال القرآن"، ج3، ص310، 311.

(1) حلقة الدراسات الاجتماعية - الدورة الثالثة - مرجع سابق، ص239، وما بعدها.

- محمد أبو زهرة: "التكافل الاجتماعي في الإسلام"، مرجع سابق، ص(88-90).

ثم مضى التقرير يطبق هذا التقسيم على الأموال المستحدثة في عصرنا فقال: إن تطبيق هذا التقسيم في عصرنا ينتهي بنا لا محالة إلى أن ندخل في أموال الزكاة أموالاً في عصرنا مغلة نامية، بالفعل لم تكن معروفة بالنماء والاستغلال في عصر الاستنباط الفقهي، وهي وسيلة استغلال بالنسبة لصاحبها، مثل صاحب مصنع كبير يستأجر العمال لإدارته؛ فإن رأسماله للاستغلال هو تلك الأدوات الصناعية، فهي بهذا الاعتبار تعد مالا نامياً؛ إذ الغلة التي تجيء إليه هي من هذه الآلات، فلا تعد كأدوات الحداد، أو أدوات النجار، الذي يعمل بيده، ولهذا نرى أن الزكاة تجب في هذه الأدوات باعتبارها مالا نامياً، وليس من الحاجات التي تعد لإشباع الحاجات الشخصية بذاتها.

وإذا كان الفقهاء لم يفرضوا زكاة في أدوات الصناعة في عصورهم؛ لأنها كانت أدوات أولية، فلم تعتبر مالا نامياً منتجا بذاتها، إنما الإنتاج فيها للعامل، أما الآن فإن المصانع تعد أدوات الصناعة نفسها مالا ولذا نقول:

1- أن أدوات الصناعة التي يملكها صانع يعمل بنفسه كأدوات الحلاق الذي يعمل بيده، ونحوه تعفى من الزكاة؛ لأنها تعد بالنسبة إليه من الحاجات الأصلية، أما المصانع فإن الزكاة تفرض عليها، ولا نستطيع أن نقول أن تلك مخالفة لأقوال الفقهاء؛ لأنهم لم يحكموا عليها إذ لم يروها، ولو رأوها لقالوا مقالتنا، فنحن في الحقيقة نطبق المنطق الذي استنبطوه في فقههم.

هذا نموذج للحلول الإسلامية في المجال المالي يقطع بأن الفكر المالي الإسلامي لديه القدرة على استنباط الحلول التي ينظم بها المجتمع الإسلامي في كافة نواحيه، ومنها الناحية المالية، دون الوقوف عند الحدود الزمانية والمكانية للبيئة الأولى التي ظهر فيها الإسلام.

إذا يمكننا القول: "بأن كل مال⁽¹⁾ يتحقق فيه النماء، والشروط التي ذكرها الفقهاء تجب فيه الزكاة، ولو لم يكن جاء به النص عن الرسول ﷺ، فإن القياس ثابت في الفقه الإسلامي، وتطبيق موجب القياس في كل العصور والأزمان، وهو نوع من الاجتهاد لا يصح أن يخلو منه عصر من العصور، ليمكن تحقيق علة النصوص تحقيقاً علمياً سليماً".

منهج الإسلام في فرض الزكاة على العقارات المبنية برهان على مرونة الفكر المالي الإسلامي:

(1) محمد الغزالي "الإسلام والأوضاع الاقتصادية"، مرجع سابق، ص 177.

حكم الزكاة على عقار مبني اتخذه صاحبه للسكنى :

اتفق الفقهاء على عدم جواز فرض الزكاة على العقار المبني الذي يتخذه الفرد مسكناً له، وعلل الفقهاء ذلك بقولهم⁽¹⁾: "لأنها مشغولة بالحاجة الأصلية، وليست بنامية أيضاً.

ووضح ذلك صاحب (العناية)" فقال : "يعني أن الشغل بالحاجة الأصلية، وعدم النماء؛ كل منهما مانع من وجوبه، وقد اجتمعا هاهنا: أما كونها مشغولة بها، فلا بد له من دار يسكنها، وثياب يلبسها، ... - وأما عدم النماء، فلأنه إما خلقي كما في الذهب والفضة، وإما بإعداد للتجارة، وليس موجودين هاهنا.

إن الإسلام يعتبر أنه من الحاجات الأصلية التي لا يعتبر من يملكها غنياً يجب عليه الزكاة⁽²⁾: دور السكنى، ونفقات العائلة لسنة كاملة، وأدوات الركوب، والانتقال، وكتب العلم، وآلات المهنة....

وعلى هذا اتفق الفقهاء أن لا زكاة في دار اتخذها صاحبها للسكنى، وهذا من العدل والتيسير الذي جاء به الإسلام.

والملاحظ أن كثيراً من قوانين الضرائب في الدول المعاصرة - ومنها التشريع الضريبي المصري - تعتمد إلى أخذ ضريبة على العقار ولو كان سكناً لصاحبه، وقليل منها - مثل التشريع الأمريكي - هو الذي نص على إعفاء مالك المبني من الضريبة إذا كان يتخذه سكناً.

هذا إلى أن تعليل فقهاءنا لعدم وجوب الزكاة في الدور، والثياب، وآلات الحرفة، ونحوها بأنها مشغولة بالحاجة الأصلية، وأنها غير نامية، يدل - بمفهوم المخالفة - أن ما اتخذ منها للنماء، ولغير الاستعمال في الحاجة الأصلية يصبح صالحاً لوجوب الزكاة.

مدى جواز فرض الزكاة على عقار مبني لم يتخذه صاحبه للسكنى وإنما اتخذ سبيلاً للربح والاستثمار:

بمعنى، هل يتغير الحكم الشرعي السابق عندما لا يستخدم العقار المبني للسكنى، ويعتمد عليه صاحبه كوسيلة للكسب والاستثمار؟

إن المعروف عن جمهور الفقهاء أنهم لم يقرروا أخذ زكاة عن الدور، لأن الدور في عهودهم لم تكن مستغلة؛ بل كانت من الحاجات الأصلية، وكان ذلك عدلاً اجتماعياً في عهد الاستنباط الفقهي.

أما في عصرنا الحاضر فقد زاد العمران، وشيدت العمائر، والقصور للاستغلال، وصارت تدر - أحياناً - أضعاف ما تدره الأرض، فكان من المصلحة وقد صارت كذلك أن تؤخذ منها زكاة⁽¹⁾ المال كالأراضي الزراعية؛ إذ لا فرق بين مالك تجبي إليه غلات أرض زراعية كل عام، ومالك تجبي إليه غلات

(1) د. يوسف القرضاوي: "فقه الزكاة"، مؤسسة الرسالة، المجلد الأول، ص 464.

- الهداية مع فتح القدير، ج1، ص 487.

(2) د. مصطفى السباعي: "اشتراكية الإسلام"، مرجع سابق، ص 259.

(1) بهذا الرأي أخذت اللجنة التي قامت بإعداد الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية. مرجع سابق، المجلد الخامس، ص 1776.

عماراته كل شهر. فلو أوجبنا الزكاة بإيجاب الله في الأراضي الزراعية، ورفعناها عن المستغلات العقارية الأخرى لكان تفرقاً بين متماثلين، ولكن ذلك ظلماً على ملاك الأراضي الزراعية، ولأدى ذلك إلى فرار ملاك الأراضي إلى لاقتناء العمائر، ومعاذ الله أن يكون شرعه تفرقاً في الحكم بين أمرين متماثلين.

ويلحق بهذا الأمر أيضاً ما شاع في الآونة الأخيرة من ظهور شركات تتخصص في تقسيم أراضي للبناء، وإعدادها للبيع.

وهنا ينبغي أن تفرض عليها زكاة؛ باعتبارها عروض⁽²⁾ تجارة مع التسليم بالنسبة المقررة في الفقه بمعدل 2.5% سنوياً. فإن ذلك الترتيب يمنع شراء الأراضي بهدف الاحتفاظ بها للمضاربة على حساب توقعات اتساع العمران. وبذلك تنحصر الأراضي المملوكة ضمن نطاق الحاجة الفعلية. كما يساعد ذلك على حسن تخطيط المدن، وتخفيف الضغط على الحكومة لتقديم مرافق الخدمات البديلة لمساحات شاسعة من الأراضي التي يشتريها التجار، ويبقونها مدة من الزمن معتمدين على أن التوسع العمراني سوف يصل إليها مهما طال الانتظار.

ولو كانت هناك زكاة على هذه الأراضي لما استطاع التجار الاحتفاظ بها مدة طويلة حيث تزداد الأعباء المالية عليهم فيتركون المضاربة على الأراضي بغير مبرر اقتصادي معقول.

هذا نموذج للحلول الإسلامية في المجال المالي يقطع بأن الفكر المالي الإسلامي لديه القدرة على استنباط الحلول التي ينظم بها المجتمع الإسلامي كافة نواحيه، ومنها الناحية المالية، دون الوقوف عند الحدود الزمانية، والمكانية للبيئة الأولى التي ظهر فيها الإسلام.

وبالجملة⁽¹⁾ فإن باب التخرج في الفقه الإسلامي متسع والأشباه والنظائر موجودة لمن يريد التخرج وخصوصاً أنه قد وردت نصوص الزكاة عامة توجب الزكاة في كل ما يسمى مالا. هذا فضلاً عن باب المصالح المرسله التي يمكن به معالجة كل مستحدث وجديد في إطار الشريعة الإسلامية. والمصلحة المرسله هي كل مصلحة لم يقم دليل معين من الشرع على اعتبارها أو إلغائها، ولكن يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب مصلحة، أو دفع مفسدة.

(2) مجلة البنوك الإسلامية، العدد الرابع والستون، مرجع سابق، ص 26.

(1) حلقة الدراسات الاجتماعية - كتاب الدورة الثالثة، مرجع سابق، ص 248.

الفصل السادس

قاعدة ضرورة مراعاة أثر فرض الضريبة

على النشاط الاقتصادي

هناك معايير معينة يمكن من خلالها الحكم على نجاح أي نظام ضريبي.

من ذلك :

- المعيار المالي : أي مقدار الحصيلة الضريبية التي يمكن تحصيلها.
 - المعيار الاقتصادي : وينصب على أثر فرض الضريبة على النشاط الاقتصادي. بحيث لا يكون معوقاً لأي نشاط اقتصادي.
 - المعيار الاجتماعي: ويقصد به أثر فرض الضريبة ودورها في إعادة توزيع الدخل بين الأفراد. وبالنسبة للمعيار الاقتصادي، فإن فقهاء المالية العامة المعاصرة؟؟؟؟؟ على أن الضريبة ينبغي ألا تكون معوقاً للنشاط الاقتصادي. بل ينبغي أن تفرض الضريبة على نحو يستحث النشاط الاقتصادي، ويشجعه، ويحافظ على الأصول الإنتاجية.
- قاعدة ضرورة مراعاة أثر فرض الضريبة على النشاط الاقتصادي من منظور إسلامي:
- باستقراء الأصول والمبادئ التي قررها الفكر المالي الإسلامي نجد أنه قد راعي تطبيق هذه القاعدة بصورة واضحة.

بدلنا على ذلك قوله ﷺ ⁽¹⁾ "ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقه".

ويتضح من تقرير ذلك الإعفاء مراعاة الفكر المالي الإسلامي لعناصر الإنتاج في المجتمع. ومدى حرصه على تنميتها ودفع أصحابها إلى الاعتناء بها. لأنها تساهم مساهمة فعالة في القيام بالعمليات الحربية، وتنمية العملية الإنتاجية داخل المجتمع.

وعلى ذلك فإن كل ما يستخدم في العمليات ⁽¹⁾ الإنتاجية، أو الحربية، أو في إشباع الحاجات الأصلية لصاحبها فلا تجب فيه زكاة.

ومعلوم أن الفرس كان الوسيلة الأساسية للحرب في صدر الإسلام. ??? كانت الحكمة من عدم فرض الزكاة عليه.

ويمكننا في الزمن المعاصر القياس على ذلك، وخاصة أن العلة واحدة ونقرر إعفاء لكل أداة حديثة. ورئيسة تستخدم في الحرب، وغيرها من فرض أي التزام مالي عليها. لأن العلة التي أعفي من أجلها الفرس من دفع الزكاة هي أنه يستخدم للدفاع والزود عن الوطن. وبالتالي يمكن قياس أي أداة أخرى عليه تؤدي نفس الهدف لاخذ العلة بينهما.

⁽¹⁾ رواه البخاري في صحيحه. ج2، ص149.

⁽¹⁾ د. حسين شحاته: "محاسبة الزكاة"، مرجع سابق، ص175.

وما يؤكد المعني السابق - وهو حرص الإسلام على الأصول الإنتاجية - أنه لا زكاة على ما يستخدمه المزارع من ماشية تعينه أو يستعملها (بدل التكرار) في الزراعة. وحمل المنقولات. وما شابه ذلك.

يدلنا على ذلك ما رواه أبو داود⁽²⁾ من رواية علي^{عليه السلام} : وفي البقر في كل ثلاثين تبيع. وفي الأربعين مسنة. وليس على العوامل شيء. وللشافعي: ليس في الإبل والبقر العوامل صدقة.

ويؤكد ما سبق أيضا ما رواه أبو عبيد من آثار كثيرة نذكر منها⁽³⁾: "ليس في البقر العوامل صدقة"⁽⁴⁾. "لا صدقة على المثيرة".

" ليس⁽¹⁾ على الحراثة صدقة"⁽²⁾ ليس في السواني من الإبل والبقر ولا في بقر الحرث صدقة من أجل أنها سواني في الزرع وعوامل الحرث".

ليس⁽³⁾ في البقر التي حرث الأرض صدقة لأن في القمح صدقة. وإنما القمح بالبقر".

وواضح مدى مراعاة الفكر المالي الإسلامي للعناصر التي تسهم في العملية الإنتاجية. وإعفاؤها من الزكاة. ولعل هذا هو ما تنتهجه التشريعات المالية الحديثة من إعفاء عناصر الإنتاج الأساسية من الضرائب تشجيعا لها على المساهمة في العملية الإنتاجية، وهذا منهج وضعه وبين مداه الفكر المالي الإسلامي.

وإن كانت الآثار تدور حول البقر المثيرة والحراثة فإنه يمكن قياس كل عناصر الإنتاج المستخدمة في العمليات الإنتاجية على ذلك ، ويتقرر إعفاء لها حتى تستمر في خدمة العملية الإنتاجية.

وسيرا مع هذا المنطق المشجع لرؤوس الأموال الإنتاجية ولعوامل الإنتاج التي تسهم في النشاط الاقتصادي ، فإن الإسلام ينهي عند تحصيل الزكاة عن اختيار أفضل أموال المكلف.

يدلنا على ذلك ما رواه ابن عباس⁽⁴⁾: أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذًا إلى اليمن قال: "إنك تأتي قوما من أهل الكتاب، فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، وأني رسول الله، فإن هم أطاعوك لذلك، فاعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوك لذلك، فاعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم ، وترد على فقرائهم ، فإن هم أطاعوك لذلك ، فإياك وكرائم أموالهم. واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب). رواه الجماعة.

⁽²⁾ التاج. ج2، ص15.

⁽³⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال". مرجع سابق. ص388.

⁽⁴⁾ المرجع السابق. ص388. رقم 1008. والمثيرة هي التي تثير الأرض أي تقلبها للزراعة.

⁽¹⁾ المرجع السابق. ص389. رقم 1009.

⁽²⁾ المرجع السابق. ص389. رقم 1010 (سواني جمع سانية وهي الناقة التي يستقي عليها).

⁽³⁾ المرجع السابق. ص389. رقم 1011.

⁽⁴⁾ الشوكاني: "نيل الأوطار". ج4، ص114، 115.

وعن رجل⁽¹⁾ يقال له سعر عن مصدقي رسول الله ﷺ أنهما قالا: نهانا رسول الله ﷺ أن نأخذ شافعا، والشافع التي في بطنها ولدها).

وعن سويد بن غفلة قال: أتنا مصدق رسول الله ﷺ فسمعتة يقول: إن في عهدي أنا لا نأخذ من راضع لبن ولا نفرق بين مجتمع، ولا تجمع بين مفترق، وأتاه رجل بناقة كوماء فأبى أن يأخذها. (رواهما أحمد وأبو داود والنسائي).

فتدل الأحاديث السابقة على أنه لا يجوز للمصدق أن يأخذ أفضل أموال المكلف حتى تظل مؤدية لدورها في العملية الإنتاجية. وفي ذلك مراعاة لفطرة الإنسان في حرصه على ماله وتنميته.

الإسلام يقر ضرورة الإنفاق على البنية الأساسية ويعتبرها صدقة ماضية:

يذهب الفكر المالي الإسلامي إلى مرحلة أكثر تقدما في هذا الصدد فيعتبر أن كل ما ينفق في إصلاح الطرق وتعبيدها وكل ما يؤدي إلى زيادة الإنتاج ولو بطريقة غير مباشرة صدقة ماضية. عن أنس بن مالك والحسن قالا⁽²⁾: " ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية".

وإذا كانت النفقات العامة بأنواعها المتعددة السابق ذكرها تؤدي إلى زيادة الإنتاج، فإن من شأن الإيرادات الإسلامية أيضا أن تؤدي إلى زيادة الإنتاج والاستثمار.

من هذه الإيرادات: زكاة النقيدين، وزكاة الذهب والفضة فهي تحت صاحب المال على استثماره وتنميته، حتى يفي بالزكاة من دخله وحتى لا يظل جامدا يتناقص كل عام بما يؤخذ منه للزكاة، وهذا هو ما أوصى به رسول الله ﷺ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال خطب رسول الله ﷺ الناس فقال: "ألا من ولي يتيما له مال فليتجر له فيه، ولا يتركه فتأكله الصدقة".

وروي أيضا أن عمر بن الخطاب ولي مال يتيم فقال: "إن تركنا هذا أتت عليه الزكاة، يعني إن لم يعطه في التجارة".

يتضح من النصوص السابقة أن الفكر الإسلامي لا يسمح بتعطيل الأموال بل يحث على دخولها مجال الإنتاج حتى لا تأكلها الصدقة. وبالتالي تسهم السياسة المالية الإسلامية مساهمة فعالة في محاربة الاكتناز؛ لأنه يؤدي إلى الركود الاقتصادي. وكذلك الأمر في دفع الجزية، والخروج المقرر فرضهما على أهل الذمة من شأنها أن تدفع هؤلاء إلى العمل والإنتاج حتى يتمكنوا من دفع الجزية والخراج المقررين عليهم.

وقد رفض عمر بن الخطاب رضي الله عنه تقسيم أرض السواد على الفاحين، وفرض الخراج على الأرض؛ لتبقى مصدر دخل للأجيال الحاضرة، والمستقبلية ويظل دخلها مصدرا دائما تستطيع أن تعتمد عليه الدولة في كل الأوقات، ويستفيد منه كل الأجيال.

⁽¹⁾ الشوكاني: "نيل الأوطار"، ج4، ص 133.

⁽²⁾ أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 568، رقم 1821.

وبرر ذلك التصرف أبو يوسف بقوله⁽¹⁾: "لأن هذا لو لم يكن موقوفا على الناس في الأعطيات والأزاق لم تشحن الثغور ولم تقو الجيوش على السير في الجهاد...". أيضا القَيءُ: فهو حق للجماعة كلها⁽²⁾ "كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم". أي يجب ألا يبقى المال مقصورا على الأغنياء ممنوعا عن الفقراء ، ويقوم هؤلاء الأغنياء بصرفه بحض أهوائهم ؛ إذ كون القَيءُ حقا للجماعة كلها لهو وسيلة لمنع احتكار بعض الأقوياء اقتصاديا للثروة ، ورصيда للدولة الإسلامية يمدّها بالنفقات اللازمة، وذلك حتى يظفر جميع أفراد الجماعة بحقوقهم في الإنتاج وثمره كدهم، وجهدهم، وعرقهم.

ويدخل أيضا خمس الغنيمة بيت المال لينفق منه على تحقيق كافة أغراض الدولة الاقتصادية والاجتماعية. ويؤكد ذلك أبو عبيد⁽¹⁾ من أن العلماء استحازوا صرفه عن الأصناف المسماة في التنزيل إلى غيرهم، إذا كان هذا خير للإسلام وأهله وارد عليهم، وكانت عامتهم إلى ذلك الوجه أفقر ولهم أصلح من أن يفرق في الأصناف الخمسة.

وهذا يشهد بمدى ما تتمتع به السياسة المالية الإسلامية من مرونة تساعد على تحقيق كافة أهدافها.

والسياسة المالية الإسلامية حينما تقرر إعطاء الفقير والمسكين، وتجعل منه المصرف الأول من مصارف الزكاة فلا تعطيه مجرد لقيمات، وإنما تعطيه ما يمكنه القيام باستثمارات صغيرة، ولذلك يمنح الفقراء من أرباب المهن، والحرف بعض رؤوس الأموال ، أو آلات حرفتهم التي تمكنهم من القيام بمشروعاتهم، وأعمالهم التجارية أو الصناعية، يدل على ذلك ما قرره الفقهاء في مقدار ما يعطي للفقير والمسكين.

قالوا:⁽²⁾ إن كانت عادته الاحتراف أعطي ما يشتري به حرفته، أو آلات حرفته، قلت قيمة ذلك أم كثرت، ويكون قدره بحيث يحصل له من ربحه ما يفي بكفايته غالبا تقريبا (لا يجوز)، ويختلف ذلك باختلاف الحرف، والبلاد، والأزمان، والأشخاص ، ولتقريب ذلك قالوا:⁽³⁾

"من يبيع البقل يعطي خمسة دراهم أو عشرة، ومن حرفته بيع الجوهر يعطي عشرة آلاف درهم مثلا إذا لم يتأت له الكفاية بأقل منها، ومن كان تاجرا، أو خبازا، أو عطارا، أو صرافا أعطي بنسبة ذلك، ومن كان خياطا، أو نجارا، أو قصارا، أو قصابا، أو غيرهم من أهل الصنائع أعطى ما يشتري به الآلات التي تصلح لمثله، وإن كان من أهل الضياع يعطي ما يشتري به ضيعة أو حصة في ضيعة تكفيه غلتها على الدوام.

والسياسة المالية الإسلامية تسهم أيضا في زيادة الإنتاج، وفي تمويل التنمية الاقتصادية ، ويظهر ذلك حينما تنفق من حصيلة الزكاة لسداد ديون الغارمين ، فإن هذا يعني أن بيت المال

(1) أبو يوسف: "كتاب الخراج"، مرجع سابق، ص 27.

(2) سورة الحشر: 7

(1) أبو عبيد: "كتاب الأموال"، مرجع سابق، ص 332 رقم 824.

(2) النووي: "المجموع"، مرجع سابق، ج 6، ص 194.

(3) المرجع السابق، ج 6، ص 194.

يضمن للدائن وفاء دينه، وفي هذا دعم للائتمان لأن المقرض في غير معصية للقيام بتجارة أو صناعة أو فلاحية سوف يطمئن إلى أنه إذا عجز عن سداد دينه فإن المجتمع ممثلاً في الدولة سوف يؤدي عنه دينه.

وأيضاً لن يحجم مقرض داخل المجتمع عن مد يده بالمساعدة لمن كان في حاجة إلى قرضه، مادام أنه مطمئن إلى سداد دينه. وبذلك تعمل الزكاة على تيسير الائتمان وتشجيعه، الأمر الذي له أكبر الأثر في تمويل العملية الإنتاجية في كافة المجالات. وبذلك يمكننا القول أن في مال الزكاة المنقذ لكل من يتهده العجز عن ممارسة نشاطه الإنتاجي في المجتمع بسبب ديونه.

والسياسة المالية الإسلامية تجعل من مصارفها تحرير الرقاب، أي العبيد ومن شأن إخراجهم من الرق إلى الحرية أن توجد قوة عاملة تسهم في الأعمال المختلفة، مما يعود عليهم وعلى المجتمع بأسره بمزيد من الإنتاج، والأمر ليس مقصوراً على تحرير العبيد فقط، بل إعطاء الفقير والمساكين أيضاً من حصيلة الزكاة ليحرر الإنسان من ذل الفقر والمساكنة لأن هذا قد يضر به صحياً، ونفسياً، ولا يجعله صالحاً لأداء أي عمل، بل أكثر من ذلك أن مثل هؤلاء إذا لم يخرج من هذه المحنة قد يتعودون عليه، وتنهار صحتهم، وقواهم الجسدية، والنفسية، وبيوتون خطراً يهدد السلام الاجتماعي في أوطانهم. وبالتالي فإن إعطاءهم من حصيلة الزكاة يضيف قوة عاملة تستطيع أن تسهم في العملية الإنتاجية داخل المجتمع المسلم.

وبهذا يتضح أن السياسة المالية الإسلامية تستطيع أن تمويل كافة الأنشطة الإنتاجية والاستثمارية داخل المجتمع، وأيضاً تستطيع أن تقرر من الإعفاءات ما هو لازم لممارسة أي عمل أساسي أو نشاط إنتاجي داخل الدولة.

الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها

د. مصطفى أبو العينين

أستاذ القانون التجاري المساعد

جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي

عميد كلية القانون

جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

الأمين العام المساعد للجمعية العلمية

لكليات الحقوق العربية

ملخص بحث

الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم والمسؤولية المدنية الناشئة عنها

يتناول البحث بالدراسة الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم بدءاً بالعلاقة بين المحكم ومركز التحكيم وما إذا كان يمكن تكييفها على أنها علاقة عمل أم مقاوله، وأوجه التأييد والنقد التي يمكن توجيهها إلى كل من الاتجاهين، وانتهى البحث إلى تكييفها بأنها عقد مقاوله له بعض الأحكام الخاصة. ثم استعرض الطبيعة القانونية لعقد التحكيم بين المحكم وأطراف النزاع والآراء المختلفة في تكييفه بين كونه عقد وكالة أو عقد مقاوله، ومبررات كل اتجاه وأوجه النقد الموجهة إليه، وانتهى كذلك إلى أنه في نطاق التحكيم الخاص يمكن تكييف العقد بأنه عقد مقاوله له بعض الخصوصية، ثم بين الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين مركز التحكيم وأطراف النزاع، وانتهى كذلك إلى أنه عقد يجمع مختلط بين المقاوله والوكالة، مع كون جانب المقاوله هو الأغلب. منوهاً الباحث أن وحدة تكييف العقد في علاقات التحكيم الثلاث يعد ميزة تحقق استقرار تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وتطبيقاتها على عقد التحكيم أيّاً كان الطرف المتعاقد مع المحكم، مع توافر بعض الخصوصية لعقد المقاوله في كل حالة.

ثم استعرض البحث المسؤولية المدنية الناشئة عن علاقات التحكيم بدءاً بمسؤولية المحكم وأركانها في صورتها العقدية والتقصيرية، والحكم في حالة اجتماع المسؤوليتين في حق المحكم، كذلك مسؤولية مركز التحكيم سواءً بصفته الشخصية باعتباره شخصاً اعتبارياً أو مسؤولاً عن سلامة اختيار المحكم المقيّد ضمن قوائمه، ثم المسؤولية المدنية لأطراف النزاع سواءً تجاه المحكم أو تجاه مركز التحكيم، وأخيراً مدى جواز الاتفاق على إعفاء المحكم أو مركز التحكيم من المسؤولية.

المقدمة

إن الضمانات التي أحاط بها المشرع عمل القضاة ، سواءً في مواجهة السلطات الأخرى في الدولة أو الخصوم ، جعلت الأنظار تتجه بقوة إلى كل من يقوم بمهمة من تلك التي يتولاها القاضي بحسب الأصل ، لمنحه الضمانات نفسها بما يضمن نزاهة حكمه أو قراره في هذه المهمة. وهو ما حقق بشأن المحكم ، سواءً كان يمارس مهمته التحكيمية بصفة فردية أو مؤسسية.

إلا أن تلك الضمانات كما أنها لا تحل دون مساءلة القاضي إذا توافرت أركان وشروط تلك المسؤولية ، فإنها لا تحل كذلك دون مساءلة المحكم إذا توافرت أركان وشروط المسؤولية في حقه. لا أعني بالطبع مسؤوليته الجنائية عما يرتكبه من جرائم تتعلق بمهمته التحكيمية كالرشوة مثلاً، بل نعني مسؤوليته المدنية عما يرتكبه من أخطاء أثناء أدائه لمهمته، فضلاً عن مسؤولية مركز التحكيم الذي تمارس من خلاله المهمة التحكيمية، والمسؤولية المتبادلة بين كل منهما، وأطراف النزاع، وهو ما نحدد فيه نطاق هذا البحث وفقاً لأحكام القانونين المصري والإماراتي.

وحتى تتضح لنا طبيعة وأركان وشروط تلك المسؤولية المدنية، فإنه لا بد من الوقوف أولاً على الطبيعة القانونية للعلاقة بين أطراف علاقة التحكيم، سواءً بين المحكم ومركز التحكيم، أو بين المحكم وأطراف النزاع، أو بين أطراف النزاع ومركز التحكيم، أيضاً في ضوء أحكام القانونين المصري والإماراتي.

على ذلك نقسم طرحنا في هذا البحث إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم

الفصل الثاني : المسؤولية المدنية الناشئة عن علاقات التحكيم

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم

نبين في هذا الفصل الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحكم ومركز التحكيم ، وبين المحكم وأطراف النزاع ، وأخيراً بين أطراف النزاع ومركز التحكيم ، وذلك في ثلاثة مباحث متتالية على النحو الآتي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحكم ومركز التحكيم

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحكم وأطراف النزاع

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للعلاقة بين أطراف النزاع ومركز التحكيم

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحكم ومركز التحكيم

عادة يتم اختيار المحكم من قبل أطراف النزاع أو من الجهة التي عينوها لاختياره ، وإلا كان الاختيار من قبل مركز التحكيم الذي يلجأ إليه الطرفان عند النزاع ، ويتولى المركز ذلك من بين عدة محكمين يفترض قبولهم لديه كمحكمين.

وفي جميع الأحوال التي يباشر فيها المحكم عمله من خلال مركز معين ، وسواءً كان اختياره من قبل المركز أو من قبل أطراف النزاع ، فإنه بقبوله التحكيم تحت لواء المركز ، ووفقاً للتنظيم الذي يضعه ، والرسوم والأتعاب التي يحددها ، يكون قد ارتبط بعلاقة تعاقدية مع هذا المركز ، يلتزم بموجبها المحكم بالعمل على فصل في النزاع وفقاً للقواعد المعمول بها لدى مركز التحكيم⁽¹⁾ والتي يفترض أن يكون المحكم على علم كامل بها ، لقاء الأتعاب التي تحدها قواعده ، والمساعدات الإدارية الأخرى لديه من سكرتارية ومكان لعقد الجلسات وملفات للحفظ وغير ذلك.

وما يثور في هذا الخصوص هو الطبيعة القانونية لهذا العقد الذي يربط بين المحكم ومركز التحكيم⁽²⁾ ، وهو ما نلقي عليه الضوء فيما يلي. بعد بيان مهمة المحكم، على التفصيل الآتي:

أولاً: تحديد مهمة المحكم:

المحكم يباشر مهمته في نظر منازعة التحكيم، عقب تعيينه، والفصل فيها بحكم منه للخصومة، وأدواته الأساسية في أداء هذه المهمة هي بذل ملكات ذهنية تركز على خلفية علمية قانونية في الأساس، يمكن أن تضاف إليها أحياناً خلفية فنية أو علمية في تخصصات أخرى، فضلاً عن خبرات متراكمة في التحكيم وطبيعته القضائية، وأصول صياغة الأحكام، وهذه الأدوات والملكات الذهنية تقطع بأن مهمة المحكم تمثل مهمة مهنية في أساسها القانوني.

وأهم ما يميز مهمة المحكم هو استقلاله وحيدته التامة عن جهة تعيينه في أدائه هذه المهمة، وهي أهم دعائم الطبيعة القضائية لمهمة المحكم في نظر الدعوى والفصل فيها، لذلك يعيب حكم التحكيم ويبطله ثبوت خضوع المحكم لأوامر أو تعليمات أو إشراف جهة تعيينه في تكوين الرأي في الدعوى وقضائه فيها، وهو ما يعتبره القانون من أسباب رد المحكم وبطلان أحكامه.

ورغم الطبيعة القضائية لمهمة المحكم إلا أنه ليس بالطبع قاضياً⁽³⁾، وليس ملزماً في نظر الدعوى التحكيمية والفصل فيها بالتزامات القاضي، إذ يجوز للمحكم أن يعتمد في إجراءات

1 - د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، دار النهضة العربية، طبعة 2011، ص 48.

2 - ولا ينصرف هذا التساؤل بالطبع إلى العلاقة بين المحكم وجهة عمله في التحكيم الإجباري، فهي علاقة وظيفية لها أحكامها الخاصة شأنها شأن الوظائف الأخرى.

3 - ولا تعد هيئة التحكيم محكمة في مفهوم القانون، وعليه قررت المحكمة الاتحادية العليا أن لفظ " المحكمة " الوارد في القانون ، لا يتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات ، كهيئات التحكيم، بما مؤداه أن المحكمة إذا ما أحيلت إليها الدعوى من هيئة تحكيم فإنها تكون قد اتصلت بالدعوى الدستورية على خلاف الأوضاع المنصوص عليها في القانون.

الدعوى والحكم على لغة أجنبية وهو الأمر المحظور على القاضي الذي يلتزم بلغة الدولة الرسمية. وهي اللغة العربية في معظم الدول العربية. كما يتاح للمحكم تطبيق قانون أجنبي على إجراءات وموضوع الدعوى بناء على اتفاق أطراف المنازعة. وهو الأمر المحظور على القاضي الذي يلتزم بتطبيق قوانين الدولة. وغني عن البيان أن القاضي ملزم بالاعتصام بلغة وقوانين الدولة حتى وإن اتفق أو ارتضى أطراف المنازعة لغة أو قوانين أجنبية. والأمر الأكثر وضوحاً في طبيعة مهمة المحكم أنه يتلقى مقابلاً عن عمله من أطراف المنازعة: أجراً أو أتعاباً حسب المصطلح المتعارف عليه في مجال التحكيم. وهو ما يتنافى مع طبيعة عمل القاضي. وضمانات استقلاله وحيدته. وتلقيه راتبه من الدولة وحدها قصراً ومباشرة.

ما تقدم يطرح سؤالاً حول طبيعة علاقة المحكم بمركز التحكيم المعين من قبله. وما إذا كانت تلك العلاقة تكيف بأنها عقد عمل. أم أن تعيين المحكم بموجب أمر إسناد المهمة وقبوله لها تكيف معه هذه العلاقة بأنها عقد مقاوله. أم أن لهذا العقد طبيعة خاصة تتميز عن هذا وذاك. هذا ما نبينه فيما يلي:

ثانياً: هل علاقة المحكم بمؤسسة التحكيم علاقة عمل؟

عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لدى الطرف الآخر وخت إدارته أو إشرافه لقاء أجر⁽⁴⁾. فإذا لم يكن العامل محظوراً عليه العمل لدى صاحب عمل آخر أو لم يكن مقيداً في

وقررت المحكمة في هذا الشأن أن: " ... النص في المادة (3/99) من الدستور على أن "تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في ... بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد ... والنص في المادة (4/33) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن " تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في ... بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الاتحاد أو الإمارات الأعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها ... والنص في المادة (201/58) من ذات القانون على أن " خال إلي المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تثار أمام المحاكم في صدد دعوى منظورة أمامها بقرار مسبق من المحكمة بوقفه رئيس الدائرة المختصة ويشتمل على النصوص محل البحث وذلك إذا كانت الإحالة بناء على قرار من المحكمة من تلقاء نفسها . فإذا كان الطعن في الدستورية مثاراً يدفع من أحد الخصوم في الدعوى تكون المحكمة قد قبلته تعين عليها أن تحدد للطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام المحكمة العليا فإذا فات هذا الأجل دون أن يقدم الطاعن ما يفيد رفعه الطعن خلاله اعتبر نازلاً عن دفعه " . تدل (النصوص) جميعها على أن من بين طرق اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية . الإحالة إليها بناء على دفع مثار من أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية تكون قبلته محكمة الموضوع وأذنت لثير الدفع رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا ... وأن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص . تلك الروابط التي يمكن لأطرافها الارتضاء والخضوع لأحكام قانون حتى ولو قامت لديهم شبهة عدم دستوريته . باعتبار أن المصلحة الخاصة للخصوم هي المهيمنة على تلك الروابط . بخلاف محاكم الدولة التي تقضي في المنازعات باعتبارها سلطة من سلطات الدولة بتعين أن يأتي عملها متوافقاً مع دستورها . لما كان ما تقدم . وكانت عبارة " أية محكمة من محاكم ... " الواردة في الدستور وفي قانون المحكمة . وقد جاء لفظهما عاماً من دون تخصيص . مطلقاً من دون تقييد . واضح الدلالة على مراد المشرع منهما . بما مؤداهما انصراف معناه على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي. الاتحادي منه والمحلي . أي المحاكم التي تنشئها الدولة أو إماراتها . وتنظمها بما لها من سيادة وسلطة واختصاص . وأن لفظ " المحكمة " الوارد في سياق المادتين سالفتي البيان . لا تتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات . كهيئات التحكيم . وإذ كان الثابت من الأوراق أن الهيئة التحكيمية النازرة في الدعوى الموضوعية . هي التي قررت جدية الدفع بعدم الدستورية وقبلته وصرحت للمحتمكات بإقامة الدعوى الماثلة . فإن مؤدى ذلك أن المحكمة الاتحادية العليا اتصلت بالدعوى الدستورية على خلاف الأوضاع المنصوص عليها في المادة (58) من قانون المحكمة الاتحادية العليا . ما يتعين معه الحكم بعدم قبولها " . المحكمة الاتحادية العليا. الدعوى رقم 4 لسنة 2012 دستوري. جلسة 19 / 2 / 2013م. حكم لم ينشر بعد.

4- انظر: المادة رقم (31) من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003 - المادة الأولى من قانون العمل الإماراتي رقم 8 لسنة 1980م والمعدلة بالقانون رقم 12 لسنة 1986م.

عمله بوقت محدد لصالح صاحب العمل فلا ينطبق عليه عقد العمل ويستحق أجره حسب الاتفاق⁽⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حديدها نطاق عقد العمل بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما: تبعية العامل لرب العمل، وتقاضيه أجراً على عمله⁽⁶⁾.

لذلك؛ فإن تلقي المحكم مقابلاً عن قيامه بعمله من المؤسسة التحكيمية التي تمثل جهة تعيين المحكم يلقي بظلال من الشبه على إمكانية إسباغ تكييف عقد العمل على هذه العلاقة، إلا أن اشتراط توافر رابطة التبعية بمقتضى طبيعة وأحكام قانون وعقد العمل يخضع بموجبها المحكم لأوامر وتعليمات المؤسسة التحكيمية قد تثير الشكوك حول صحة هذا التكييف.

ويعني شرط التبعية أن يؤدي العامل عمله تحت إدارة وإشراف رب العمل، سواء أكان رب العمل شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، بحيث يقوم العامل بالعمل لحساب رب العمل ومصلحته.

والتبعية في أداء العامل لعمله تتحقق في عدة صور أوضحها أن يقوم العامل ببذل جهوده تحت رقابة وتحكم مباشر أو غير مباشر من رب العمل بنفسه أو شخص آخر من تابعيه، بحيث يتحدد نطاق العمل بالخضوع لإدارة وإشراف ولحساب رب العمل، ولا تفهم التبعية على نحو يستلزم وجود العامل ورب العمل في مكان واحد، طالما أن العامل يقوم بتنفيذ أوامر رب العمل، سواء كان العمل الذي يؤديه العامل مجهوداً جسمانياً أم مجهوداً ذهنياً.

فيستوي أن يمارس المتبوع تلك السلطة من خلال ملازمته للتابع أو من خلال أوامر وتوجيهات يلزمه التقيد بها⁽⁷⁾. وسواءً استعمل هذه السلطة فعلاً أو لم يستعملها طالما أنه كان مخولاً في استعمالها⁽⁸⁾.

وبكفي توافر تلك التبعية من الناحية الإدارية، فلا تشترط التبعية الفنية لتوافر تلك العلاقة حسب المستقر عليه تشريعاً وفقهاً وقضاءً⁽⁹⁾، وتعني التبعية الإدارية أن يكون للمتبوع سلطة

5- انظر: د. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني، العقود المسماة، منشأة المعارف 2005، ص 12 - د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الأولى 2010، ص 23 - د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام قانون العمل، إصدارات نادي القضاة 2008، ص 18، أيضاً: حكم المحكمة الاتحادية في النقض: رقم 39 في 1980/12/23 مجموعة الأحكام، المجلد الثامن، ص 2370.

6- نقض مدني مصري، الطعن رقم 289 سنة 23 جلسة 1957/4/4 ص 8 و 370.

7- « وتوافر رابطة التبعية بمجرد إمكان استعمال سلطة الرقابة والتوجيه، فهي توجد حتى ولو كان المتبوع غائباً »، د. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني، ج 2 مصادر الالتزام، منشأة المعارف 2005، ص 263.

ويرى البعض أن بعض أحكام القضاء تذهب إلى كفاية التبعية حتى لو كان التابع بعيداً عن نظر المتبوع، واكتفت بذلك بالتبعية في مفهومها الاقتصادي، حيث يمول المتبوع التابع بالمواد الأولية اللازمة لإنتاج محل العقد دون أن يكون له سلطة فعلية في مراقبته وتوجيهه لا فنياً ولا إدارياً، كل ما هنالك أن التابع يعتمد في معيشتة على دخله من عمله لحساب المتبوع، ولا مصدر آخر له سوى ما يحصل عليه من عمله، انظر: حكم الاتحادية العليا في الطعن رقم 83 لسنة 22 ق جلسة 2002/4/28 مجموعة الأحكام، السنة 24 العدد الثاني ص 1016. للمزيد، انظر: د. محمد أبو زيد، اتجاهات القضاء الإماراتي في مجال علاقات العمل، إصدارات معهد دبي القضائي، الطبعة الأولى 2009، ص 51 وما بعدها - وانظر أيضاً: د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الثانية 2013 الأفاق المشرقة ناشرون، ص 93 و 94.

8- تمييز دبي في الطعن رقم 88 لسنة 2003 حقوق، جلسة 2004/4/4 مجموعة الأحكام، العدد 15 ج 1 ص 658 الاتحادية العليا في الطعن رقم 165 لسنة 23 ق جلسة 2002/4/2 مدني، مجموعة الأحكام السنة 24 العدد الثاني ص 776.

فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله ، وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ، ومحاسبته على الخروج عليها⁽¹⁰⁾ .

ويتربط على ذلك أن قيام الشخص بعمل لحسابه الخاص، أو باستقلال ودون الخضوع لرقابة أو حكم شخص آخر، يخرج عن نطاق علاقات العمل المقصودة بأحكام قانون العمل، كما تخرج عن نطاق الدائرة المقررة لعلاقات عقد العمل⁽¹¹⁾ .

تقييم تكييف العلاقة بين المحكم ومركز التحكيم بأنها عقد عمل:

للقوف على حقيقة الأمر نستعرض أولاً عناصر العلاقة التعاقدية بين الطرفين ، والتي نراها ترتكز على الأسس الآتية:

- 1- أنه لا بد من رضا الطرفين (المركز والمحكم) لقيام العلاقة التعاقدية بينهما ، حتى وإن كان المحكم قد تم اختياره من قبل طرفي النزاع أو أحدهما.
 - 2- يلتزم المركز بتوفير كافة الإمكانيات الإدارية لقيام المحكم بمهمته ، فضلاً عن التزامه بدفع الأتعاب المستحقة له وفقاً للقواعد المنصوص عليها لديه ، والتي ارتضاها المحكم، أي أن العلاقة تكون مباشرة بين المحكم ومركز التحكيم من الناحيتين المالية والإدارية ، ولا يكون هناك تعامل مباشر مالياً أو إدارياً بين المحكم وأطراف النزاع.
 - 3- في المقابل يلتزم المحكم بالقيام بمهمة التحكيم بعناية المحكم اليقظ الحريص وفقاً لاتفاق التحكيم بين الطرفين ، وقواعد المركز الذي يؤدي مهمته من خلاله.
- ولعل هذه المحددات توحى بأن العقد بين المحكم ومركز التحكيم أقرب إلى طبيعة وأحكام عقد العمل ، إذ يعتبر المحكم في تلك العلاقة تابعاً لمركز التحكيم ، على الأقل من الناحية الإدارية ، فضلاً عن التزام المركز بالأتعاب المستحقة للمحكم (الأجر)، وهذه أهم العناصر المميزة لعقد العمل ، فلا تشترط التبعية الفنية لتوافر تلك العلاقة حسب المستقر عليه تشريعاً وفقهاً وقضاءً⁽¹²⁾ ، بل

9- للمزيد : المادة 674 من القانون المدني المصري ، والمادة 31 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 ، والمادة 1-897 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والمادة الأولى من قانون العمل الإماراتي - أيضاً : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام) ، الجزء الأول، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة 2000، ص 1154 - د. حسام الأهواني ود. رمزي فريد ، الوسيط في قانون العمل لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى 2000 م ص 198 وما بعدها ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، شرح قانون العمل الجديد 2008 م ص 6 وما بعدها - كذلك : حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في الطعن رقمي 170 و 172 لسنة 15 ق بتاريخ 1993/12/7 م ، حكم تمييز دبي في الطعن رقم 15 لسنة 1988 حقوق بتاريخ 1988/12/17 مجلة القضاء والتشريع العدد الأول يناير 1992 ص 100 وما بعدها.

10- نقض مدني في الطعن رقم 138 س 44 ق جلسة 1977/11/1 ، د. عبد الوود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية (دون بيان سنة النشر أو رقم الطبعة) ص 276 .

11- د. هشام فرعون، قانون العمل (تنظيم علاقات العمل) في ضوء تشريع دولة الامارات العربية المتحدة، منشورات جامعة الامارات العربية المتحدة 1989، ص 2، 3.

وفي هذا الشأن: قضت محكمة النقض المصرية بأن " النص في المادة 19 من قانون المحاماة رقم 98 لسنة 1944 من عدم جواز الجمع بين المحاماة والتوظيف في الجمعيات والشركات لدى الأفراد لا ينفي قيام علاقة العمل بين محام وزميل له يعاونه في مباشرة مهنته لقاء أجر متى توافر عنصر التبعية والإشراف"، نقض مدني مصري، الطعن رقم 313 سنة 28 ق جلسة 1962/5/9 س 13 ص 606

12- للمزيد : المادة 674 من القانون المدني المصري ، والمادة 31 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 ، والمادة 1-897 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والمادة الأولى من قانون العمل الإماراتي - أيضاً : د. السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة 2000، ص 1154 - د. حسام الأهواني ود. رمزي فريد ، الوسيط في قانون العمل لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى

تكفي التبعية الإدارية، بحيث يكون للمتبع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله، وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر، ومحاسبته على الخروج عليها⁽¹³⁾، ويستوي في ذلك العمل الذهني أو الجسماني⁽¹⁴⁾.

إلا أن تكييف هذا العقد بأنه عقد عمل لا يستقيم في ظل خصوصية تلك العلاقة، وتتجلى تلك الخصوصية فيما يلي:

1. أن هذا العقد لا تكفي فيه إرادة مركز التحكيم والمحكم فقط، بل لابد من موافقة أطراف النزاع كذلك على قيام المحكمين بالمهمة، أو على الأقل عدم اعتراضهم.
 2. أن العمل لا يتطلب استمرار المحكم في أداء عمله لدى المركز في أوقات منتظمة كما هو الشأن بالنسبة للعامل في عقد العمل التقليدي، وإنما حسب الاختيار سواءً من قبل الخصوم أو المركز ذاته، ومن ثم فالأجر أو الأتعاب المستحقة للمحكم ترتبط بأدائه للعمل.
 3. أن المركز لا يحتكر أداء المحكم، بل يمكن للمحكم أن يؤدي مهمة التحكيم لدى أكثر من مركز أو حتى بصفة منفردة.
 4. أن كل مهمة تحكيمية يقوم بها المحكم من خلال المركز تعتبر علاقة مستقلة، أي أنها علاقة محددة بالمهمة الموكلة إلى المحكمين تبدأ بها وتنتهي بانتهائها.
- هذا فضلاً عن أن شرط التبعية في تحديد نطاق علاقة العمل، وربط تعريف العامل في هذه العلاقة بشرط خضوعه لإدارة أو إشراف رب العمل، يضع المحكم في علاقته بمؤسسة التحكيم التي عينته خارج نطاق علاقات العمل، لأن المحكم رغم تعيينه من المؤسسة التحكيمية، وتلقيه مقابلًا عن عمله، إلا أنه لا يخضع في أدائه لعمله لأوامر أو تعليمات المؤسسة التحكيمية، وإنما يخضع في تحديد أحكام نطاق مهمته، وكيفية القيام بها، لنصوص القوانين، ضماناً لاستقلال المحكم وحيدته في مهمته التي أهم ما يميزها أنها تنسم بطبيعة قضائية بحتة، ومن ثم، فإنه ينفي عن علاقة المحكم بجهة تعيينه، أي مؤسسة التحكيم، وصف عقد العمل ولا تعين أحكام قانون العمل على إسباغ هذا التكييف القانوني عليها.

ولا يقدح في ذلك اتباع المحكم قواعد التحكيم المعتمدة لدى المركز الذي عينه، ذلك أن اتباع تلك القواعد لا يعني خضوع المحكم في أداء المهمة التحكيمية لرقابة وإشراف مركز التحكيم، بدليل أنه يمكن الاتفاق على اتباع تلك القواعد في قضية تحكيمية تنظر خارج المركز التحكيمي نفسه بل في دولة أخرى غير الدولة التي يوجد فيها ذلك المركز.

2000 م ص 198 وما بعدها . د. أحمد شوقي عبد الرحمن . شرح قانون العمل الجديد 2008 م ص 6 وما بعدها - كذلك: حكم الاتحادية العليا في الطعن رقم 170 و 172 لسنة 15 ق في 1993/12/7 م، وتميز دبي في الطعن رقم 15 لسنة 1988 حقوق بتاريخ 1988/12/17 مجلة القضاء والتشريع العدد الأول يناير 1992 ص 100 وما بعدها.

13- نقض مدني في الطعن رقم 138 س 44 ق جلسة 1977/11/1، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية (دون بيان سنة النشر أو رقم الطبعة) ص 276.

14- عرّفت المادة الأولى من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 8 لسنة 1980 م في شأن تنظيم علاقات العمل، والمعدلة بالقانون رقم 12 لسنة 1986 م، العمل بأنه كل ما يُبذل من جهد إنساني - فكري أو فني أو جسماني - لقاء أجر سواء كان ذلك بشكل دائم أو مؤقت.

ثالثاً: هل علاقة المحكم بجهة تعيينه عقد مقاول؟

المقاول عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر (بدل) يتعهد به الطرف الآخر⁽¹⁵⁾.

والمقاول بهذا المعنى تتوافر فيها خصائص أربع هي: أنها عقد رضائي، وهي عقد من عقود المعاوضة، وهي عقد من العقود الملزمة للجانبين، وهي أخيراً ترد على عمل يقوم به المقاول لمصلحة رب العمل، والمقاول في مباشرته لهذا العمل يؤديه على وجه الاستقلال، أي غير خاضع لرب العمل⁽¹⁶⁾.

ويجوز أن يقتصر الاتفاق في عقد المقاول على أن يتعهد المقاول بتقديم العمل على أن يقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل (المادة 873 من قانون المعاملات المدنية). وفي جميع الأحوال: يجب في عقد المقاول وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازهِ وتحديد ما يقابله من بدل (المادة 874 من قانون المعاملات المدنية).

ويجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا تبين أنه قام بما تعهد به على وجه معيب أو منافي للشروط فيجوز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن، وأما إذا كان الإصلاح ممكناً جاز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد ويصحح العمل خلال أجل معقول فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في أن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول، كما يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو بتقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه⁽¹⁷⁾.

وتعد استقلالية المقاول في تأديته للعمل أحد أهم العناصر المميزة للمقاول والتي تميزه عن غيره من العقود كعقد العمل⁽¹⁸⁾، حيث لا يخضع المقاول لإرادة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم فلا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل، ولا يسأل رب العمل عن المقاول مسؤولية المتبوع عن تابعه.

15 - المادة / 646 من القانون المدني المصري و المادة / 872 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وانظر كذلك: المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 231 لسنة 2008 "طعن جاري"، جلسة 2008/11/24م.

16 - د.حسن البراوي، الطبيعة القانونية لعقد الاستشاري مع العميل، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية المهنية، كلية القانون جامعة اليرموك بالأردن، 13 - 15 أبريل 2010م، ص5 وما بعدها.

17 - المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 51 لسنة 2007 "طعن مدني"، جلسة 2007/4/29.

وتقدير ما إذا كان المقاول قد قام بإنجاز الأعمال المعهودة إليه وفقاً للمواصفات المتفق عليها وفي المدة المحددة من عدمه هو من مسائل الواقع التي يجوز لمحكمة الموضوع تكليف الخبير بتحقيقها وتستقل محكمة الموضوع بتقديرها متى كانت أسبابها في هذا الخصوص سائغة وكافية لحمل قضائها ولها أصلها الثابت بالأوراق. اتحادية عليا، الطعن رقم 75 لسنة 2009 "طعن جاري"، 18/5/2009م.

18 - د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص6.

كما تتميز المقاوله عن الوكالة من حيث إن الماقل - وهو يؤدي العمل لمصلحة رب العمل - لا يباشر تصرفات قانونية نيابة عن رب العمل وإنما يعمل مستقلاً عنه، على عكس الوكيل الذي يقوم بالتصرف القانوني نائباً عن موكله ولمصلحته، فغياب النيابة هي المميز بين المقاوله والوكالة⁽¹⁹⁾.

والسؤال المطروح في هذا الصدد، هل تلك الخصائص لعقد المقاوله يمكن أن تنسحب على العلاقة بين المحكم ومركز التحكيم، ومن ثم يعتبر أمر إسناد الدعوى التحكيمية من مؤسسة التحكيم للمحكم عقد مقاوله يلتزم المحكم القيام بها مقابل أجر خلال مدة محددة.

للإجابة على ذلك نستعرض أولاً أوجه الشبه بين عقد المقاوله والعقد المبرم بين المحكم ومركز التحكيم، والتي نوجزها فيما يلي:

(1) العقد بين المحكم ومركز التحكيم - كالمقاوله - عقد رضائي، يبدأ بأن تقوم المؤسسة التحكيمية بإدراج المحكم على قوائم المحكمين المعتمدين لديها بموجب استيفاء معايير قانونية وفنية محددة ومعلنة تحقيقاً للشفافية والاطمئنان لتخصصهم وقدرتهم على الفصل في منازعات التحكيم بصفة عامة، وفي تخصصات بعينها بصفة خاصة، ثم يعرض مركز التحكيم القضية المطروحة على المحكم الذي يبدأ مهمته التحكيمية إذا قبلها، وله مطلق الحرية بداية في قبول أو رفض نظر القضية المعروضة عليه.

(2) العقد بين المحكم ومركز التحكيم - كما في المقاوله - عقد معاوضة، حيث يتقاضى المحكم مقابلاً عن عمله من المؤسسة التحكيمية وليس من أطراف المنازعة، ولا يقدر في ذلك أن يدفع الأطراف رسوماً ومصروفات للمؤسسة التحكيمية ضمن مفرداتها أنعاب المحكم، ذلك أن دفع هذه الأنعاب للمحكم لا يتم مباشرة من قبل الأطراف وإنما من خلال المؤسسة التحكيمية وعلى استقلال وانفصال عن علاقة المحكم بأطراف المنازعة، وعلى استقلال وانفصال عن مهمة المحكم في تسيير العملية التحكيمية وبغض النظر عن كون الحكم الصادر في التحكيم لمصلحة أي من الطرفين.

(3) يقوم المحكم بأداء مهمته وفقاً للأصول المهنية الحاكمة لعمله على استقلال، فلا يخضع لرقابة وتوجيه مركز التحكيم في أدائه لمهمته التحكيمية، فمهمة المحكم ذات طبيعة قضائية، لا يجوز إملاء أوامر أو تعليمات عليه في قيامه بتلك المهمة.

(4) يقوم المحكم بمهمته لمصلحة المؤسسة التحكيمية، قوام تلك المصلحة أن يتولى المحكم تسيير العملية التحكيمية وفقاً للأصول القانونية والقضائية الصحيحة، وتحقق مصلحة جوهرية لمؤسسة التحكيم من خلال تسوية المنازعة وإنهاء الخصومة فيها بموجب حكم تحكيمي عادل يتفق وصحيح القانون، بما يحفظ سمعة المؤسسة التحكيمية، ويدعم الثقة فيها ويقنع الأطراف في المجتمع بتضمين عقودهم المستقبلية شرط التحكيم بمرجعية المؤسسة التحكيمية ووفقاً للائحتها وارتضاء المحكمين المدرجين على قائمة المحكمين المعتمدين لديها.

الرأي الذي نرجحه:

العقد بين المحكم ومركز التحكيم عقد مقاوله له بعض الخصوصية:

يرتبط المحكم ومركز التحكيم بعقد يندرج - في رأينا - ضمن العقود المدنية بالنسبة للمحكم، فالمحكم يمارس مهنة حرة والعقد المتعلق بها يكون عقداً مهنيّاً ذا طبيعة مدنية. فالعقد المهني هو عقد مدني⁽²⁰⁾، أما عن مركز التحكيم الذي تجرى من خلاله العملية التحكيمية، ولكونه يمارس نشاطاً بهدف الربح يتمثل في إدارته وإشرافه على العملية التحكيمية وليس ممارسة التحكيم في ذاته الذي تقتصر ممارسته على الأشخاص الطبيعيين، فإن العقد المبرم بينه وبين المحكم يعد عقداً تجارياً إذا توافرت في هذا المركز صفة التاجر بأن كان مركزاً خاصاً فضلاً عن الشروط الأخرى⁽²¹⁾.

أما عن تكييف هذا العقد وهل هو عقد عمل أم عقد مقاوله، وبالنظر إلى المحددات السابقة: فإننا نعتقد أن عقد المقاوله أقرب لطبيعة العلاقة بين المحكم والمؤسسة التحكيمية، وإلى قصد المؤسسة التحكيمية حين أسندت أمر التحكيم للمحكم، بما يحفظ الحيطة والاستقلال للمحكم عن طرفي المنازعة والمؤسسة التحكيمية على حد سواء، ويحقق في الوقت ذاته مصلحة المؤسسة التحكيمية في نظر المنازعة وإنهاء الخصومة على أسس قانونية وفنية صحيحة.

إلا أن هذه المقاوله لها طبيعتها الخاصة التي تميزها عن المقاوله التقليدية، من حيث:

- 1- أن عمل المحكم ذو طبيعة قضائية، فالمحكم يقوم بعمل قضائي يحكمه القانون الإجرائي والموضوعي الواجب تطبيقه على النزاع، ماهيته حسم النزاع وفقاً لأحكام هذا القانون ما لم يكن مفوضاً بالصلح، فيمكنه حينئذٍ تجاوز أحكام هذا القانون والحكم بما يراه محققاً للعدالة بين الطرفين.
- 2- أن المصلحة التي يلزم المحكم بتحقيقها والتمثلة في إنهاء الخصومة بحكم تحكيمي عادل يتفق وصحيح القانون، بما يحفظ سمعة المؤسسة التحكيمية، هي مصلحة غير مباشرة، أما المصلحة المباشرة في المقاوله فهي تتعلق بأطراف النزاع الذين ليسوا طرفاً في تلك المقاوله، وتتمثل في حصول أحدهما على حكم لصالحه منه للخصومة بينه وبين الطرف الآخر، ولا يقدح ذلك في تكييف هذا العقد بأنه عقد مقاوله، فيكفي وجود المصلحة وإن كانت غير مباشرة، وذلك باعتبارها مباشرة في جانب آخر، هو العقد بين المحكم وأطراف النزاع، سيما وأن محل العقد في الحالتين واحد، وهو ما نبينه في البند التالي.
- 3- أن عقد المقاوله بين المحكم ومركز التحكيم يجب ألا ينظر إليه مستقلاً عن العقد بين المحكم وأطراف النزاع، فالمحل في العقدين واحد، وهو نظر المنازعة التحكيمية وحسمها بحكم منه للخصومة بما يتفق وصحيح القانون، ووحدة محل العقد في الحالتين هي التي تبرر قبول كون المصلحة التي يبتغيها مركز التحكيم من عقد المقاوله المبرم مع المحكم

20- د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص22، مشيراً إلى "سافتيه" في رسالته عن المهن الحرة.

21- أما إذا كان شخصاً اعتبارياً عاماً يتبع الدولة أو إحدى مؤسساتها فإن العقد لا يوصف بالنسبة له بالعقد التجاري، بل يظل على صفته المدنية إلا إذا توافرت فيه شروط العقد الإداري فيكون تكييفه على هذا النحو هو الأولى، لكونه (أي المركز) شخصاً اعتبارياً عاماً.

والذي نحن بصدد بيان طبيعته القانونية، هي مصلحة غير مباشرة، بينما هي مصلحة مباشرة لطرفي النزاع في عقدهم مع المحكم.

4- رغم أن عقد المقاولة بالنسبة للمقاول قد يكون مدنياً أو تجارياً حسب طبيعة العمل الذي يقوم به، فإذا كان العمل مدنياً كان العقد بالنسبة له مدنياً، وإذا كان العمل تجارياً كان العقد تجارياً. رغم ذلك فإن العقد بين المحكم ومركز التحكيم بالنسبة للمحكم هو دائماً مدني، لأن المحكم يمارس مهنة حرة وعملاً ذا طبيعة ذهنية، ومن ثم يبقى العمل متصفاً بالصفة المدنية⁽²²⁾.

ويجدر التنويه إلى أن المحكم المتعاقد مع مركز التحكيم على نظر قضية معينة يختلف وضعه عن المحكم الذي يعمل في مركز التحكيم ذاته، فبينما تكيف العلاقة في الحالة الأولى - في رأينا - بأنها عقد مقاولة، فإن المحكم في الحالة الثانية يخضع لرقابة وإشراف المركز في عمله، ومن ثم يكون العقد بينه وبين المركز الذي يعمل فيه عقد عمل لا مقاولة، ومن ثم يخضع لأحكام عقد العمل⁽²³⁾، سيما وأن المحكم هنا لا يملك حق رفض العمل المكلف به، حتى لو حظي باستقلالية تامة في تقديره للمراكز القانونية لأطراف المنازعة التي ينظرها والمحكم لصالح البعض دون البعض الآخر.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحكم وأطراف النزاع

” يرى بعض الفقه أن العلاقة التي تربط المحكم بالأطراف ليست علاقة تعاقدية، وإنما يحكم هذه العلاقة نظام قانوني ينطوي على حقوق للمحكم والتزامات عليه مصدرها القانون، ويستند هذا الرأي إلى أنه باختيار المحكم وقبوله هذا الاختيار تنشأ حقوق والتزامات تمكنه من أداء وظيفته القضائية يحددها القانون ولا تستطيع إرادة الطرفين استبعادها ”⁽²⁴⁾. ويرى البعض الآخر أنه لا توجد بين الأطراف والمحكم التزامات متبادلة، وإنما توجد بينهم روابط قانونية متبادلة⁽²⁵⁾.

بينما يرى الرأي الغالب أن العلاقة بين الطرفين (المحكم - أطراف النزاع) علاقة تعاقدية تتم بإيجاب وقبول منهما، وذلك سواء كان التحكيم حراً أو مؤسسياً، وطنياً أو دولياً، تجارياً أو غير تجاري، كما ينعقد ولو كان المحكم قد تم تعيينه بطريق غير مباشر من الغير أو من مركز التحكيم أو من المحكمة، يلتزم المحكم بموجب تلك العلاقة بنظر القضية التحكيمية التي قبل تحكيمها وإصدار الحكم المنهي للخصومة في الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً وذلك في ضوء ما هو منصوص عليه في اتفاق التحكيم، وفي المقابل يلتزم الأطراف بدفع أتعاب ومصروفات التحكيم⁽²⁶⁾.

1 - نحو ذلك بشأن طبيعة عقد الاستشاري مع العميل، د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص 11.

23 - نحو ذلك بشأن طبيعة عقد الاستشاري مع العميل، المرجع السابق، ص 8.

24 - دفتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007 م، ص 277.

25 - المرجع السابق، ص 278.

26 - انظر: د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 245 وما بعدها - د. محمود بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية،

الطبعة الثالثة 2004م، ص 87 - دفتحي والي، المرجع السابق، ص 277 و 278.

وفي رأينا أن العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع تكون أحياناً تعاقدية، وأحياناً تكون عبارة عن رابطة قانونية ترتب التزامات متبادلة في ذمة كل من الطرفين تجاه الطرف الآخر. وهو ما نتناوله ببعض التفصيل في مطلبين متتاليين على النحو الآتي:

المطلب الأول: العلاقة التعاقدية بين المحكم وأطراف النزاع.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لعلاقة المحكم بأطراف النزاع.

المطلب الأول

العلاقة التعاقدية بين المحكم وأطراف النزاع

(عقد التحكيم)

في العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع يجب أن نفرق بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا كان التحكيم إجبارياً:

حيث لا يمنح الأطراف حرية اللجوء إلى التحكيم. ولا حق اختيار المحكم، فإنه يصعب القول بقيام علاقة تعاقدية بين المحكم وأطراف النزاع، فالمحكم في هذه الحالة أقرب إلى الموظف أو المكلف بخدمة عامة منه إلى المتعاقد.

الحالة الثانية: إذا تولى مركز التحكيم (في التحكيم الاختياري) تعيين المحكم دون استشارة الأطراف:

ويكون ذلك كما لو اتفق الأطراف على التحكيم لدى المركز بشكل عام دون اختيار المحكمين ودون تفويضه باختيار المحكمين، حيث يتولى المركز حينئذٍ اختيار المحكمين طبقاً للائحته الداخلية، ولا يتعدى دور أطراف النزاع حينئذٍ التصديق على هذا الاختيار، طالما لا وجه لديهما للاعتراض.

وفي هذه الحالة نرى أنه ليس هناك عقد بين المحكم والأطراف، إنما العقد بين مركز التحكيم وكل منهما على حدة، أي بين المركز والمحكم من جهة، وبين المركز وأطراف النزاع من جهة أخرى. أما علاقة المحكم بالأطراف فلا تعدو كونها روابط أو التزامات قانونية متبادلة بين الطرفين، باعتبار أحدهما (الأطراف) يطلب خدمة يقدمها الآخر (المحكم) من خلال المركز. فلا نرى أن الحال يختلف هنا عن الحالة التي يتعامل فيها شخص مع شركة معينة من خلال مديرها أو أحد موظفيها، فالقول بوجود علاقة تعاقدية بين هذا المتعامل والشركة وعلاقة تعاقدية ثانية بين مثلها والمتعامل: قول لا نرى له سنداً من القانون.

بقول آخر:

إن علاقة أطراف النزاع بالمحكم في هذه الحالة ليست في حقيقتها عقداً بين الطرفين، بل هي علاقة أنشأها بالضرورة العقد المبرم بين المحكم ومركز التحكيم باعتبار أن أطراف النزاع هم الطرف المستفيد من هذا العقد، وكأنه عقد تضمن شرطاً لمصلحتهم مضمونه أن ينظر النزاع بينهم

وفقاً لصحيح القانون، ولا يقدح في ذلك رضا الأطراف بالمحكم أو عدم اعتراضهم على تعيينه من قبل المركز.

الحالة الثالثة: إذا تولى أطراف النزاع (في التحكيم الاختياري) تعيين المحكم:

وذلك سواءً كان التحكيم مؤسسياً أو خاصاً، وسواءً كان الاختيار مباشرة من قبل الأطراف أو من الغير الذي منحه الأطراف حق الاختيار، مع اتساع لفظ الغير هنا ليشمل أي شخص يمنح الحق بموجب اتفاق التحكيم في اختيار المحكم نيابة عن الأطراف، سواءً شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، عاماً أو خاصاً، ما يعني شمول المعنى في هذا الخصوص المحكمة ومركز التحكيم إذا منح أيهما بموجب اتفاق التحكيم حق اختيار المحكم⁽²⁷⁾.

ويمكن تسمية هذا العقد بعقد التحكيم تمييزاً له عن اتفاق التحكيم بين أطراف النزاع⁽²⁸⁾.

وهذه الحالة هي التي تعيننا في البحث عن الطبيعة القانونية لعقد التحكيم، وهو ما نبينه في الفرع الأول من هذا المطلب، ثم في فرع ثانٍ نتناول أهم بنود هذا العقد، ثم أخيراً الالتزامات المترتبة على طرفيه في فرع ثالث، على النحو الآتي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد التحكيم

الفرع الثاني: أهم بنود عقد التحكيم

الفرع الثالث: التزامات طرفي عقد التحكيم

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لعقد التحكيم

عقد التحكيم عقد غير مسمى⁽²⁹⁾، لذلك انقسم الفقه القانوني في تكييفه إلى أكثر من رأي، بين قائل بأنه عقد وكالة بمفهومها العام، وقائل بأنه عقد وكالة لمصلحة مشتركة بين الطرفين، وآخر بأنه عقد مقاوله، وذلك حسب التوضيح الآتي:

الرأي الأول: عقد التحكيم هو عقد وكالة:

27- انظر في اختصاص محكمة التحكيم لغرفة باريس للتجارة الدولية والذي يشمل الإشراف على التحكيم ومراقبة إجراءاته وتعيين المحكمين: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع طبعة 2012، ص 142.

28- قارن د. فتحي والي، مرجع السابق، ص 277، حيث يسميه "عقد المحكم".

29- د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2006م، ص 394.

الوكالة وفقاً لنص المادة / 699 من القانون المدني المصري هي عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل. وطبقاً لنص المادة / 924 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي هي عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم.

وتقوم الوكالة على دعامتين أساسيتين: الأولى وجود النيابة القانونية، فالوكيل نائب عن الموكل يتعاقد مع الغير باسمه ولصالحه، والثانية أن الوكالة ترد على التصرفات القانونية التي يبرمها الوكيل لصالح الموكل⁽³⁰⁾.

لذلك يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل مالاً حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه، وأن يكون الوكيل غير ممنوع من التصرفات فيما وكل به، وأن يكون محل الوكالة معلوماً وقابلاً للنيابة فيه⁽³¹⁾.

وللموكل أن يعزل أو يقيد وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق لغيره أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدوها دون موافقة من صدرت لصالحه (المادة / 955 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي).

والسؤال المطروح هل يمكن تكييف العقد المبرم بين المحكم وأطراف النزاع بأنه عقد وكالة يكون فيه طرفا النزاع هم الموكل والمحكم هو الوكيل وكالة مضمونها إدارة العملية التحكيمية وإنهاؤها بحكم يحسم النزاع بين الطرفين.

أجبه رأي في القضاء الفرنسي⁽³²⁾ إلى أن عقد التحكيم هو عقد وكالة، فالمحكم يعتبر وكيلاً عن الطرفين لما يلي:

- 1- أن المحكم يستمد سلطته من إرادة الطرفين كالوكيل.
 - 2- كما أن للطرفين الحق في العدول عن التحكيم وبهذا تنتهي مهمة المحكم بانتهاء الوكالة.
 - 3- أن المحكم كوكيل لا يستطيع أن يتنحى قبل إتمام مهمته وإلا التزم بالتعويض.
- هذا الرأي وإن كان يؤيده حرية المحكم في قيامه بنظر المنازعة وتسيير إجراءات العملية التحكيمية وفقاً للأصول والأحكام القانونية واجبة الاتباع، إلا أنه تعرض للنقد على أسس:

- 1- أن القواعد العامة تقضي بأنه يجوز للموكل عزل وكيله في أي وقت، وهذا غير جائز في حالة تشكيل هيئة التحكيم، فالمحكم لا يجوز عزله بإرادة منفردة حتى لو كانت هي إرادة الطرف الذي اختاره.

30- د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص14.

31- المادة / 925 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

32- انظر في الإشارة إلى هذا الرأي والنقد الموجه له: د. سمير الشرفاوي، مرجع سابق، ص246 - د. محمود بري، مرجع سابق، ص 87، 88 - د. فتحي والي، مرجع سابق، ص278.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي قديماً، وذلك قبل تطور أحكامه وهجره الجذور التاريخية لمصدره التاريخي المستمد من القانون الروماني، أن المهنة الحرة لا تصلح أن تكون محلاً لعقد المقاولة، وإنما تصلح بحسب طبيعتها أن تخضع لأحكام عقد الوكالة. د. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني - العقود المسماة، تنقيح المستشارين: محمد سكيكر ومعتز كامل مرسى، منشأة المعارف 2005، ص 200.

2- أن محل الوكالة هي نيابة الوكيل عن الموكل في أمر يملك الموكل ولايته في الأصل، بينما محل عقد التحكيم سلطة قضائية لا يملكها طرفا النزاع في الأصل إلا أنهما يملكان تخويل المحكم القيام بها استناداً إلى منح القانون لهما هذه السلطة.

3- في الوكالة يلتزم الوكيل اتباع تعليمات الموكل، بينما المحكم يباشر سلطته فوق سلطة من اختاره، فالمحكم يتمتع باستقلال كامل في أداء مهمته ولا يتصور تلقيه تعليمات أو توجيهات حتى لو كانت من الطرف الذي تولى اختياره. أي أن المحكم يتولى مهمة الفصل في المنازعة موضوع التحكيم والتي تتنازعها مصالح الأطراف المتضاربة فلا يكون هناك مقام للزعم بأن المحكم يمثل أياً منهم أو يمثلهم جميعاً في القيام بهذه المهمة لصالحهم على تعارض هذه المصالح.

4- الأصل في الوكالة أنها بغير أجر، بينما الأصل في التحكيم أنه بأجر.

لذلك اتجه البعض إلى تبني الاتجاه القائل بأن هذه الوكالة بين أطراف النزاع والمحكم هي وكالة لمصلحة مشتركة بين الطرفين، سواءً تعلق الأمر باختيار مباشر أو غير مباشر. ومن ثم فليس لأي من أطراف النزاع عزله ولو كان هو الذي عينه إلا بموافقة باقي الأطراف، مما يجعل المحكم غير خاضع للطرف الذي اختاره، ويفسر مبدأ استقلال المحكم في أداء مهمته. ويترتب على هذا التكييف أن المحكم يلتزم وفقاً لهذا العقد أداء مهمته التي لا تنتهي - وفقاً للمجرى العادي للأمر - إلا بإصدار حكم منه للنزاع القائم بين الأطراف، ويلتزم في إصداره هذا الحكم بأحكام القانون الموضوعي والإجرائي المتفق على تطبيقه على النزاع، كما يلتزم بمراعاة حقوق الأطراف والمساواة بينهما⁽³³⁾.

الرأي الثاني: عقد التحكيم هو عقد مقاوله:

فيما يتعلق بتعريف عقد المقاوله وخصائصه نكتفي بما قلناه قبل قليل ونحن بصدد بيان الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحكم ومركز التحكيم.

وفي هذا الصدد يذهب هذا الاتجاه إلى أن عقد التحكيم بين المحكم وأطراف النزاع هو عقد مقاوله يلتزم فيه المحكم - باعتباره مهنيًا - بتقديم خدمات معينة لمصلحة الطرفين تتمثل في التزامه بتقديم خبرته وعلمه للقيام بالفصل في النزاع القائم بين الطرفين، وذلك مقابل أجر يتقاضاه لهذا الغرض⁽³⁴⁾.

فالعقد المبرم بين المحكم وأطراف النزاع يتضمن تقديم خدمات ذهنية من قبل المحكم لصالح طرفي التحكيم مقابل أتعاب يلتزمان بها، فهي علاقة من نوع علاقة العميل مع أحد المهنيين مثل الطبيب أو المهندس أو المحاسب، ومن ثم فهو يعد عقد مقاوله، وأوجه الشبه بين العقدين نوجزها فيما يلي اكتفاءً بما سبق طرحه بشأن خصائص عقد المقاوله.

(1) العقد بين المحكم وأطراف النزاع - كالمقاوله - عقد رضائي، فلا يعين المحكم رغماً عن إرادة أطراف النزاع، سواءً قاموا باختياره بشكل مباشر أو فوضوا مركز التحكيم في ذلك.

33- د. محمود بريري، المرجع السابق، ص 88 و 89.

34- انظر في الإشارة إلى هذا الرأي والنقد الموجه إليه: د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 247؛ دفتحي والي، المرجع السابق، ص 279 - د. محمود بريري، المرجع السابق، ص 88.

(2) العقد بين المحكم وأطراف النزاع - كما في المقابلة - عقد معاوضة. حيث يتقاضى المحكم مقابلاً عن عمله من الأطراف سواءً مباشرة في التحكيم الخاص أو ما يدفعه الخصوم للمؤسسة التحكيمية التي يجرى التحكيم تحت لوائها.

(3) يقوم المحكم بأداء مهمته ذات الطبيعة القضائية وفقاً للأصول المهنية الحاكمة لعمله مستقلاً عن الأطراف التي اختارته، فلا يجوز إملأه أوامر أو تعليمات عليه في قيامه بتلك المهمة.

(4) يقوم المحكم بمهمته لمصلحة الطرفين، وهي مصلحة مباشرة قوامها أن يتولى المحكم تسيير العملية التحكيمية وإنهاء الخصومة فيها بموجب حكم تحكيمي عادل يتفق وصحيح القانون لمصلحة أحدهما، وهي مصلحة محتملة في حق الطرفين بداية، وحقيقية في حق المحكوم له نهاية.

الرأي الذي نرجحه:

عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف النزاع عقد مقابولة له بعض الخصوصية:

يرتبط المحكم وأطراف النزاع بعقد يندرج - في رأينا - ضمن العقود المدنية بالنسبة للطرفين، فالمحكم يمارس مهنة حرة والعقد المتعلق بها يكون - كما سبق القول - عقداً مهنيّاً ذا طبيعة مدنية. وأطراف النزاع في الجانب الآخر يتعاقدون على خدمة لا تصنف بالنسبة لهم تحت النشاط التجاري حتى وإن كانوا تجاراً.

أما عن طبيعة هذا العقد، فإنه وبالنظر إلى المحددات السابقة؛ فإن الاتجاه الأول الذي يذهب إلى أن هذا العقد عقد وكالة، نرى أن التبريرات التي ساقها في هذا الشأن والتي سبق بيانها لا تقوى لاستبعاد أوجه النقد الأخرى الموجهة إلى هذا الرأي، فالمحكم ليس نائباً عن أطراف النزاع ولا يمثل أيّاً منهم أمام الغير حتى وإن كان الطرف الذي اختاره محكماً. وعليه لا نتفق وتكييف عقد التحكيم بأنه عقد وكالة سواءً وفق المفهوم العام للوكالة أو باعتبارها وكالة لمصلحة مشتركة بين الطرفين، طالما أن الوكالة تقتصر على التصرفات القانونية التي يكون فيها الوكيل نائباً عن الموكل.

أما عن الاتجاه الثاني الذي يذهب إلى تكييف العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع بأنها عقد مقابولة، فإنه وإن كان يمكن قبوله في الحالة التي يختار فيها أطراف النزاع المحكم سواءً في التحكيم المؤسسي أو الخاص حيث يرتبط أطراف النزاع بعلاقة مباشرة مع هيئة التحكيم، فإنه غير مقبول - في رأينا - في التحكيم المؤسسي الذي ينفرد فيه مركز التحكيم باختيار المحكمين.

ولا نؤيد في هذا الخصوص ما ذهب إليه البعض⁽³⁵⁾ من أن عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف النزاع عقد له طبيعة خاصة، نظراً لاستقلال المحكم وحيدته عن طرفي المنازعة الذين عيناه، وخضوع المحكم في أداء مهمته لقواعد من طبيعة قضائية مصدرها القانون واتفاق أطراف المنازعة.

35- انظر: د. سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 247؛ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 279.

ذلك أنه وكما ذهب إليه البعض⁽³⁶⁾ - بحق - ليس هذا تكييفاً للعقد بقدر ما هو هروب من هذا التكييف. ففكرة أن العقد له طبيعة خاصة تؤدي إلى تجنب المشكلة أكثر من حلها، فهي فكرة قاصرة لا تؤدي إلى تكييف حقيقي. ذلك أن ما يكتنف أي عملية تكييف لأي عقد من صعوبات ليس معناه أن يلجأ الفقيه إلى الأسهل والأسهل، وهو إخراج العقد من زمرة العقود المسماة والقول بأنه عقد غير مسمى له طبيعته الخاصة.

والذي نراه في هذا الخصوص أن العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع هي في حقيقتها عقد مقاوله من نوع خاص. سيما إذا فوض الأطراف المحكم بالصلح. حيث يحقق ذلك قطعاً مصلحة مشتركة لطرفي النزاع.

فجانب المقاوله في هذا العقد واضح من حيث إن المحكم يلزم بأداء مهمته التحكيمية مستقلاً عن إرادة الأطراف ودون تبعية لهم عليه أو رقابة. وذلك مقابل أجر يلزم الأطراف بأدائه للمحكم وإن كان من خلال المركز التحكيمي. فالعلاقة غير مباشرة مالياً وإدارياً بين المحكم وأطراف النزاع. بل تكون تلك العلاقة المباشرة بين المحكم ومركز التحكيم.

أما خصوصية عقد المقاوله هنا فتتجلى في أمرين:

الأول: أن المصلحة التي من المفترض أن تحقق لرب العمل في المقاوله يجب أن تتسع عن مفهومها التقليدي. فقد ينتهي النزاع بحكم لا يتفق ومصلحة الطرف الذي اختاره. وهذا يدعونا للنظر إلى المصلحة التي يرمي إليها رب العمل (أطراف النزاع) في عقد المقاوله بمفهومها الواسع المتمثل في حسم النزاع وفقاً لصحيح القانون بصرف النظر عن الطرف الذي ربح القضية.

الثاني: أن مهمة المفاوض (المحكم) مهمة غير تقليدية سواءً على المستوى الذهني أو المادي. وهي ممارسة سلطة قضائية حولها له القانون والأطراف للفصل في النزاع.

تنويه:

ننتهي مما سبق إلى أن علاقة المحكم مع المؤسسة التحكيمية وكذلك علاقته مع أطراف النزاع حين يقومون باختياره، تخضع في الحالتين - في رأينا - لأحكام عقد المقاوله. وهو ما يحقق استقرار تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وتطبيقاتها على عقد التحكيم أيّاً كان الطرف المتعاقد مع المحكم. مع توافر الخصوصية في صور عقد المقاوله.

36- انظر: د. حسن البراوي، مرجع سابق، ص24.

الفرع الثاني

أهم بنود عقد التحكيم

للأطراف في عقد التحكيم أن يتفقوا على المسائل التفصيلية التي يرونها مناسبة لإدارة العملية التحكيمية . وأهمها:

1. عدد المحكمين. وطريقة تعيينهم. وسلطة التعيين. والحل إذا امتنعت السلطة المخولة بالتعيين عن التعيين. وما إذا كانت هناك شروط أو صفات خاصة في المحكمين يرغب أحد الطرفين أو كلاهما في اشتراطها. والأفضل محاولة تجنب القضاء التدخل في هذا الأمر لضمان سرعة بدء وإدارة العملية التحكيمية.
2. مدة التحكيم. ويجب أن يعلم الطرفان أنه في حالة عدم تحديد المدة التي يجب أن يصدر خلالها حكم منه لخصومة التحكيم. فإن المدة المنصوص عليها في القانون هي التي تطبق⁽³⁷⁾.
3. لغة التحكيم. وللأطراف اختيار اللغة التي يجري بها التحكيم. سواءً كانت اللغة العربية أو غيرها. إلا أنه عند إيداع الحكم المحرر بغير اللغة العربية يجب أن تودع معه نسخة مترجمة إلى اللغة العربية. وذلك باعتبار أن لغة التقاضي هي العربية سواء في مصر أو الإمارات.
4. القانون الواجب تطبيقه على النزاع. سواءً القانون الموضوعي أو القانون الإجرائي. فلأطراف النزاع اختيار القانون الذي يرغبون في الاحتكام إليه.
5. هل يفوض الخصوم المحكمين بالصلح أم لا؟ وفي حالة التفويض بالصلح فللمحكمين أن يحكموا خلافاً للقانون المتفق بين الخصوم على تطبيقه على النزاع.
6. أتعاب المحكمين. لا تثور أية مشكلة بشأن أتعاب المحكمين في التحكيم المؤسسي. فعادة تحدد لائحة المؤسسة التحكيمية. أما في التحكيم الحر فللمحكمين أن يحددوا أتعابهم بما يتناسب وجهودهم في نظر القضية التحكيمية. وللأطراف الطعن على هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه⁽³⁸⁾.

37- حددت هذه المدة باثني عشر شهراً في قانون التحكيم المصري ومشروع قانون التحكيم الإماراتي. حيث تنص المادة (1-45) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م على أنه: " 1- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقر هيئة التحكيم مدة الميعاد على ألا تزيد فترة المدة على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك ".

والمضمون ذاته في نص المادة (1-43) من مشروع قانون التحكيم الإماراتي. إلا أن هذه المدة حددت فقط بستة أشهر في القواعد الحالية المنظمة للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992م (المادة 210-1 إجراءات مدنية).

38- تنص المادة (218) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أن: " يترك للمحكمين تقدير أتعابهم ومصاريف التحكيم ولهم أن يحكموا بها كلها أو بعضها على الطرف الخاسر وللمحكمة بناءً على طلب أحد الخصوم تعديل هذا التقدير بما يناسب الجهد المبذول وطبيعة النزاع ".

الفرع الثالث

التزامات طرفي عقد التحكيم

يرتب عقد التحكيم على طرفيه (المحكم وأطراف النزاع) التزامات متبادلة أهمها ما يلي:

أ- التزامات المحكم (حقوق أطراف النزاع):

1. النظر في النزاع وإصدار القرار النهائي بشأنه خلال المدة المحددة اتفاقاً أو قانوناً أو تقديرًا من هيئة التحكيم إذا فوضها الخصوم في تحديد تلك المدة. وأن يبذل في سبيل ذلك عناية الشخص العادي ملتزمًا بحضور جلسات التحكيم والمداولة وعدم التغيب عنها دون عذر ضمانًا لإجاز المهمة التحكيمية وعدم تعطيلها. أي عناية المهني الوسط في نفس خبرته ومؤهلاته مع أخذ الظروف المحيطة في الاعتبار.
2. أن يراعي مبادئ التقاضي وحقوق المتقاضين، وأهمها حقوق الدفاع. وأن يلتزم النزاهة والحيادية طيلة سير القضية التحكيمية⁽³⁹⁾. وأن يعامل الخصوم على قدم المساواة دون تحيز لأحدهما، وألا يقبل من أيهما عطاءً أو هدية. فضلاً عن التزام العدل والانصاف في حكمه وفقاً للأحكام الواجبة التطبيق.
3. الحفاظ على سرية الوثائق والمعلومات التي يطلع عليها بحكم مهمته وعدم إفشائها.
4. إصدار قراره وفقاً للشروط والصيغة التي يتطلبها القانون بحيث يمكن تنفيذه فيما بعد من الجهات المختصة.
5. لا يجوز للمحكم تفويض شخص آخر لأداء مهمته التحكيمية. وعند الحاجة إلى تعيين محكم بديل تتبع نفس إجراءات تعيين المحكم السابق.

ب- التزامات طرفي النزاع (حقوق المحكم):

1. تزويد هيئة التحكيم بالوثائق والمعلومات التي لها صلة بموضوع النزاع والتي تمكنهم من نظر القضية واتخاذ القرار المناسب.
2. أداء الأجر المتفق عليه مقابل أداء مهمة التحكيم، وكما سبق القول: يترك للمحكمين - في التحكيم الحر - تقدير أتعابهم ومصاريف التحكيم. وللمحكمة المختصة بناءً على

39- " توفير الضمانات القضائية، وأهمها ضمانات الحيدة والاستقلال. يعد أمراً واجباً في كل خصومة قضائية أو تحكيمية، وهما ضمانتان متلازمتان ومتعادلتان في مجال مباشرة العدالة وتحقيق فاعليتها. ولكل منهما القيمة الدستورية ذاتها. فلا تعلق إحداهما على الأخرى أو جبهتها. بل تضامنان تكاملاً. وتنكافأان قدرًا ". المحكمة الدستورية العليا. قضية رقم 84 لسنة 19 ق. جلسة 1999/11/6. مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009 ص524.

و" معنى الحيدة يختلف في التحكيم عنه في القضاء. فكثيراً ما يكون أساس التحكيم والغرض الرئيسي منه هو رغبة الطرفين في وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على العلاقات القائمة بينهما كرب الأسرة أو صديق حميم للطرفين أو محام لأحدهما يحترمه الآخر. وعلى ذلك فإن الصلة بين المحكم والخصوم أو بينه وبين أحدهم لا تؤثر في صحة تعيينه طالما كانت معلومة للخصوم عند الاختيار. هذا الأمر المسموح به في التحكيم لا يمكن قبوله بالنسبة لقاضي المحاكم ... فالخصوم قد يثقوا في عدالة المحكم وحياده رغم الإفشاء لهم عن أمور أو اعتبارات قد تثير الشكوك في هذه الحيدة ". استئناف القاهرة. الدائرة السابعة التجارية، الطعن 65 لسنة 124 و71 لسنة 125 جلسة 2009/1/6. مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009.

طلب الخصوم تعديل هذا التقدير بما يناسب الجهد المبذول من المحكمين وطبيعة النزاع. وفي ذلك تنص المادة (218) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أن: " يترك للمحكمين تقدير أتعابهم ومصاريف التحكيم ولهم أن يحكموا بها كلها أو بعضها على الطرف الخاسر وللمحكمة بناءً على طلب أحد الخصوم تعديل هذا التقدير بما يناسب الجهد المبذول وطبيعة النزاع."

المطلب الثاني

التنظيم القانوني لعلاقة المحكم بأطراف النزاع

التحكيم في النظام القانوني الإماراتي ، نظمت أحكامه في متن قانون الإجراءات المدنية بالبواب الثالث المتعلق بالتحكيم ، ولم يتم إفراد قانون خاص لنظام وأحكام التحكيم على النحو الذي اتبعه المشرع في نظم أخرى كالقانون المصري رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية. وقد أوضحت الفقرة الأولى من المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الطبيعة الاتفاقية للتحكيم ، وما نصت عليه أنه:

"يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يتفقوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة."

وفي مصر تنص المادة (4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: " 1- ينصرف لفظ "التحكيم" في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك "

استناداً إلى تلك المواد، ونظيراتها في التشريعات المناظرة ، نرى أن التحكيم يمثل وسيلة قانونية أصيلة للفصل في المنازعات تجد أساسها في الهيكل القانوني الإجرائي العام⁽⁴⁰⁾ ، والمبدأ المستقر في استنباط الأحكام وتفسيرها من أن تقسيم القانون إلى عناوين أبواب وفصول لا يعني الفصل التام بين موضوعات هذا التقسيم ، وإنما وجوب التعاطي مع نصوص الأبواب والفصول

40- من أنصار الرأي الذي يذهب إلى أن التحكيم يعد بمثابة القضاء الأصيل للتجارة الدولية: د. أبو زيد رضوان. الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي. دار الفكر العربي سنة 1981. ص34. في حين يرى البعض أن التحكيم طريق استثنائي لتسوية المنازعات: د. محمد القليوبي. نظم التحكيم المقارنة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة. دار النهضة العربية. الطبعة الثانية سنة 2001. ص8 وما بعدها.

باعتبارها بنينا لنظام قانوني متسق في أحكامه بحيث لا يخرج بجزء من هذا النظام القانوني عن سياقه العام للنصوص الأخرى باعتبارها كلا لا يتجزأ⁽⁴¹⁾.

ويترتب على وجوب تطبيق القواعد الإجرائية العامة على التحكيم ، جواز الإحالة الصريحة على النصوص الواردة في أبواب أو فصول أخرى من قانون الإجراءات المدنية في شأن تنظيم التحكيم وأحكامه ، أو الإحالة الضمنية إلى نصوص إجرائية أخرى، إلا أن تلك النصوص لها صفة احتياطية.

وفيما يلي نلقي الضوء على أهم ملامح التنظيم القانوني للعلاقة بين المحكم وأطراف النزاع، ثم نبين الصفة الاحتياطية للتنظيم القانوني للتحكيم عدا ما يتعلق بالنظام العام ، وذلك في فرعين متتاليين، على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهم ملامح التنظيم القانوني لعلاقة المحكم بأطراف النزاع

الفرع الثاني: الصفة الاحتياطية للتنظيم القانوني للتحكيم عدا ما يتعلق بالنظام العام

الفرع الأول

أهم ملامح التنظيم القانوني لعلاقة المحكم بأطراف النزاع

تنظم عدة نصوص قانونية العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع خاصة ما يتعلق بتعيين المحكم ، وعزله ورده ، وهو ما نلقي عليه بعض الإيضاحات فيما يلي ، أما ما يتعلق بمسؤولية كل منهما تجاه الآخر فننفرده له بإذن الله تعالى الفصل الثاني من هذا البحث.

أولاً: تعيين المحكم:

في خصوص تنظيم القانون لتعيين المحكم ، فإن قانون الإجراءات المدنية احترام خصوصية التحكيم باعتباره نظاما اتفاقيا من حيث أصله العام ، فاعتمد صلاحية المحكمين المعينين من قبل أطراف خصومة التحكيم لنظر المنازعة ، والفصل فيها بقرار منه لموضوع الخصومة⁽⁴²⁾ ، الأمر الذي أبرزه نص الفقرة الأولى من المادة 204 من قانون الإجراءات المدنية ، فيما قرره من أنه:

” إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويجب أن يكون عدد من تعيينهم المحكمة مساويا للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملا له.”

41- انتهت أيضا المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى خضوع التحكيم في إجراءاته لقانون المرافعات، فيما قرره بحكمها من أنه: ”وحيث إنه ولئن كانت القاعدة العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية - باعتباره القانون الإجرائي العام - أنه ليس من شأن أي نص يحظر أو يقيد حق الطعن في الأحكام ، الخيلولة دون الطعن عليها بدعوى البطلان الأصلية إذا لحق بها عيب شكلي أو موضوعي يصمها بالبطلان.” جلسة 2003/5/11 ، قضية رقم 95 لسنة 20 ق ”دستورية” ، المحكمة الدستورية العليا المصرية.

42- د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 230.

يفترض النص السابق تعيين أطراف الخصومة للمحكمين ، سواء وفقا للآليات المبينة باتفاق التحكيم المسبق أم بتطبيق وسيلة تعيين وردت باتفاق يقتصر تحديدا على تعيين المحكم. بالطبع لا يتدخل القانون في هذه الحالة في علاقة الأطراف بالمحكمين من حيث تعيينهم.

وتنص المادة (17) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن:

”1- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

(أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

2- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر ما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

3- وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (18) و (19) من هذا القانون ولا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

يتضح من النصوص السابقة أنه عند عدم الاتفاق بين الأطراف على تعيين المحكمين لنظر المنازعة والفصل في التحكيم ، أو تعذر الاتفاق بينهما في هذا الصدد ، أو امتناع واحد أو أكثر من الأطراف عن تعيين المحكمين ، فقد تدخل المشرع لاستكمال هذا النقص أو لحل المشكلة ، وذلك من خلال إحالة القانون أمر تعيين المحكمين إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، سواء اختصاصاً دولياً أم محلياً. ولأثبات نوعياً، ويرفع الأمر إلى المحكمة المختصة وفقاً للنصوص الخاصة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى القضائية ، بغرض تعيين المحكمين أو استكمال تشكيل هيئة التحكيم حسب الأحوال⁽⁴³⁾.

43- الاتحادية العليا. طعن رقم 9 لسنة 20 ق. جلسة 2000/2/13. كذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه لا يجوز تعيين المحكم بموجب أمر على عريضة وإنما بصحيفة افتتاح دعوى قضائية. استئناف القاهرة. الدائرة 91 جاري. دعوى حكيمية رقم 82 لسنة 119 ق. جلسة 2003/2/26.

وقد قضت محكمة تمييز دبي في هذا الشأن بأنه: "من المقرر وفق ما تقضي به المادتان 203 ، 204 من قانون الإجراءات المدنية، أنه إذا اتفق الخصوم على التحكيم فيما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ العقد المبرم بينهم ولم يكونوا قد اتفقوا على أشخاص المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له، ووقع نزاع بينهم في هذا الشأن عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع المتعلق بالتحكيم - وبناء على طلب أحد الخصوم - من يلزم من المحكمين، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريق من طرق الطعن، ولكي يكون الحكم الصادر بتنصيب المحكم أو باستكمال هيئة المحكمين غير قابل للطعن فيه، يجب أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة أصلاً اختصاصاً دولياً وولائياً ونوعياً بنظر موضوع النزاع المتعلق بالتحكيم واختصاص المحكمة في ذلك أمر متعلق بالنظام العام ويعتبر معروضا عليها للفصل فيه كمسألة أولية قبل الفصل في طلب تنصيب المحكم، أو استكمال هيئة التحكيم، ويكون الحكم الصادر منها بتنصيب المحكم أو استكمال هيئة المحكمين قضاءً ضمناً بالاختصاص"⁽⁴⁴⁾.

غني عن البيان أن تعيين المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للمحكمين يؤثر في طبيعة العلاقة بين المحكمين وأطراف خصومة التحكيم. فمن حيث اتصال المحكمين المعينين بموجب حكم المحكمة المختصة ، فإن اتصالهم بنظر طلب التحكيم لا يعد تنفيذاً لالتزام تعاقدي ، إذ لا يجري على هذه العلاقة وصف عقد تحكيم ، ولا يصح اعتباره نتيجة علاقة ناشئة عن عقد عمل بين المحكمين وأطراف الخصومة. بل نرى أن اتصال المحكمين بطلب التحكيم يكون تنفيذاً لحكم قضائي ، وبالتالي فالعلاقة بين المحكمين والأطراف تتحول في طبيعتها من علاقة تعاقدية إلى تنفيذ حكم قضائي يصدر في خصومة قضائية لصالح أحد الخصوم رافع الدعوى ، ضد الخصم الآخر المدعى عليه في هذه الدعوى ، بحكم يكون منطوقه تعيين محكم أو محكمين معينين ، وتكليف المحكم بالتزام محدد قوامه القيام بعمل ، وهو نظر التحكيم والفصل في موضوعه بقرار منه للخصومة وفقاً لاتفاق التحكيم. وطبيعة حكم تعيين المحكمين في هذه الحالة أن القاضي فيه يحل محل طرف اتفاق التحكيم في تنفيذ الالتزام بالقيام بعمل معين هو تعيين المحكمين. وقد يحل حكم المحكمة المختصة محل أطراف التحكيم جميعاً في تعيين المحكمين عند وجود مانع من تعيينهم.

وقد يترتب على هذا النص احتمال أن يكون بعض المحكمين معينين مباشرة بمقتضى عقد التحكيم من أحد أطراف الخصومة ، ومحكم أو محكمان عن أطراف آخرين في الخصومة أو محكم مرجح في ذات العملية التحكيمية معينين بحكم قضائي من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. ونرى أنه ينبغي على حكم المحكمة المختصة أن يقتصر على تعيين المحكم ، وبمجرد تعيين المحكم فإنه يستمد اختصاصاته وصلاحياته في نظر النزاع ، بالمساواة مع المحكم المعين بموجب عقد التحكيم ، أو بمقتضى اتفاق التحكيم عند تعذر إبرام عقد التحكيم.

أما فيما يتعلق بحقوق المحكم من حيث تحديد الأتعاب فيسري بشأنها عقد التحكيم. وعلى المحكم أن يراعي - كما سبق القول - ما تم الاتفاق عليه، ويستطيع المحكم تحديد أتعابه بنفسه حال

44- تمييز دبي، طعن رقم 79 لسنة 2002 ، جلسة 2002/5/12.

عدم وجود عقد تحكيم ، ويخضع تقدير المحكم لأتباعه لرقابة القضاء، فيجوز للأطراف الطعن والتظلم من أسس تقديرها⁽⁴⁵⁾.

ويلتزم المحكمون جميعاً ، سواء المعينون بموجب عقد تحكيم أم المعينون تنفيذا لحكم قضائي ، بنظر النزاع موضوع طلب التحكيم والفصل فيه وفقاً لاتفاق التحكيم المبرم بين أطراف الخصومة.

في حين أن تعيين المحكم في التحكيم الإلزامي يكون وفقاً لنظم عمل أقرب إلى العلاقة الوظيفية منها إلى العلاقة التعاقدية بينه وبين أطراف الخصومة. وغني عن البيان أن اختصاصات المحكم في التحكيم الإلزامي عند نظره المنازعة والفصل فيها، يرجع فيها إلى القانون المنظم للتحكيم الإلزامي. في حين أنه يخضع في واجباته الوظيفية لقواعد المسؤولية التأديبية أو الإدارية أو العمالية حسب تبعيته الوظيفية.

ومع ذلك ، وباعتبار المحكم في التحكيم الإلزامي يقوم بأعمال ذات طبيعة قضائية⁽⁴⁶⁾ فإن الحكم في مدى صلاحية المحكم لنظر النزاع والفصل فيه يخضع لنصوص القانون المتعلقة بصلاحيه القاضي ورده ، وذلك على النحو الذي نعرض له تباعاً في تناول تنظيم عزل ورد المحكم.

ثانياً: عزل المحكم:

اتسق الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية المتعلق بالتحكيم مع السياسة التشريعية العامة التي انتهجها المشرع في شأن التحكيم ، فنص على أنه يكون لأطراف خصومة التحكيم في علاقتهم بالمحكم في عقد التحكيم الحق في عزل المحكم بموافقتهم جميعاً ، ودون إبداء أسباب ، باعتبار أن من يملك التعيين يملك العزل. وهو الأمر الذي قرره مقدمة الفقرة الثالثة من المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية بنصها على أنه "ولا يجوز عزله (المحكم) إلا بموافقة الخصوم جميعاً ...". ويجوز عزل المحكم في أي مرحلة من العملية التحكيمية ، سواء بعد تعيينه وقبل نظر طلب التحكيم أم أثناء نظر النزاع وقبل إقفال باب المرافعة ، وذلك لأن القانون لم يحدد موعداً معيناً لاتفاق الخصوم على عزل المحكم ، غير أن حق الخصوم في عزل المحكم ينفذ بإقفال المحكم باب المرافعة ، لأن المحكم يكون قد أوشك على إنهاء مهمته ، ويكون قد اكتمل للخصوم تقديم طلباتهم وأسائدهم ، ولم يعد بمكنتهم تسيير العملية التحكيمية ، فيمتنع عليهم التدخل في التحكيم عند اجتيازه مرحلة المرافعة.

ونرى أيضاً اعترافاً بحق الخصوم في التحكيم في تسيير العملية التحكيمية بإرادتهم الاتفاقية أنه يحق لأطراف الخصومة بموافقتهم جميعاً عزل المحكم حتى وإن كان معيناً من قبل المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو من قبل مركز التحكيم الذي ينظر فيه النزاع⁽⁴⁷⁾ ، وذلك على

45- تنص المادة / 218 من قانون الإجراءات المدنية على أن: " يترك للمحكمين تقدير أنعابهم ومصاريف التحكيم ولهم أن يحكموا بها كلها أو بعضها على الطرف الخاسر وللمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم تعديل هذا التقدير بما يناسب الجهد المبذول وطبيعة النزاع ".

46- انظر في اعتبار التحكيم يمثل قضاءً إجبارياً ملزماً للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن محاكم الدولة، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإلزامي، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة سنة 1987، ص 18 وما بعدها.

47- د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 165.

أساس أنه بمجرد اتصال المحكم المعين من قبل المحكمة بمهمته في نظر التحكيم فإنه يستعيد طبيعته القانونية كطرف يخضع في التزاماته وحقوقه لعقد التحكيم.

وقد يكون عزل المحكم بناء على طلب أحد الخصوم ، لأسباب محددة تقوم على إهمال المحكم قصداً للالتزام بهامه وفقاً لاتفاق التحكيم ، وبشرط لفت نظره خطياً بذلك قبل طلب عزله، فيقع عزله بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع حسبما أباينت بقية الفقرة الثالثة من المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية:

”... غير أنه يجوز للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وبناء على طلب أحد الخصوم إقالة المحكم والأمر بتعيين بديل عنه بالطريقة التي جرى تعيينه بها ابتداءً وذلك في حالة ثبوت أن المحكم أهمل قصداً العمل بمقتضى اتفاق التحكيم رغم لفت نظره خطياً بذلك.”

واستنباطاً من فحوى عبارات النص فإن تقديم طلب عزل المحكم من أحد الخصوم متاح في أي وقت من العملية التحكيمية وحتى إقفال باب المرافعة ، ويدل على ذلك ضمناً اشتراط لفت نظر المحكم خطياً إلى مخالفته اتفاق التحكيم ، ولا يتأتى ذلك عقلاً إلا أثناء مرحلة المرافعة في التحكيم وتقديم الطلبات فيها وحتى إقفال باب المرافعة في التحكيم.

والتكليف القانوني لعزل المحكم هو فسخ عقد التحكيم ، سواء فسخاً قانونياً للعقد بالإرادة المنفردة لأحد طرفي عقد التحكيم (الخصوم مجتمعين)، أم فسخاً قضائياً للعقد بموجب حكم عزل المحكم تصدره المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الخصوم. وفي حالة عزل المحكم بالإرادة المنفردة لطرفي النزاع ، فإنه لا يغير من هذا التكليف تعدد أطراف الخصومة فإنهم في مجموعهم عند اتفاقهم جميعاً على عزل المحكم يمثلون أحد طرفي عقد التحكيم في مواجهة المحكم (الطرف الآخر في هذا العقد)، وفسخ العقد هنا يخضع في آثاره لأحكام قانون المعاملات المدنية. فإن كان العزل لأسباب تبرره كمخالفة المحكم لالتزاماته العقدية أو القانونية فقد تثبت مسؤولية المحكم المدنية ويجوز إلزامه بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بأطراف الخصومة نتيجة خطأ المحكم⁽⁴⁸⁾ ، في حين أنه في حالة افتقاد عزل المحكم لأسباب قانونية سائغة تبرره ينشأ للمحكم الحق في مطالبة الخصوم بالتعويض الجابر لما يصيبه من أضرار نتيجة عزله، وما قد يلحقه من تشهير بسمعته المهنية نتيجة لذلك.

ويدق البحث في شأن عزل المحكم في التحكيم الإجباري ، وذلك للطبيعة الخاصة بطريقة تعيينه. وقد يكون في تطبيق مبدأ أن من يملك تعيين المحكم يملك عزله ما يعيننا على التوصل إلى الجهة المختصة التي أناط بها القانون تعيين المحكم ، حيث تكون هذه الجهة هي المختصة أيضاً بعزله ، ويكون ذلك وفقاً للأسباب المحددة بالقانون المنظم للتحكيم الإجباري.

ثالثاً: رد المحكم⁽⁴⁹⁾:

48- وهو الموضوع الذي نبينه بتفصيل مناسب في الفصل الثاني من هذا البحث.

49- انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 412 وما بعدها.

تتطلب المادة 206 من قانون الإجراءات المدنية أن يكون المحكم كامل الأهلية لا يشوبه ما يؤثر على إرادته كالحجز عليه أو حرمانه من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو الإفلاس ما لم يرد إليه اعتباره⁽⁵⁰⁾.

وفضلاً عن متطلبات الأهلية للتصرف الواردة بالمادة 206 من القانون المذكور، فإن المشرع لم يغفل في وضعه الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الطبيعة القضائية لعمل المحكم، فأناح للخصوم طلب إقالته من خلال الطعن في صلاحيته سواء للحيلولة دون اتصاله بنظر النزاع بعد تعيينه أم لمنعه من الاستمرار في نظر النزاع إلى ما قبل أحد الأجلين؛ إصدار حكم منه للخصومة، أو إقفال باب المرافعة. وقد أحال القانون في شأن النظر في الطعن في صلاحية المحكم على النصوص الخاصة برد القاضي⁽⁵¹⁾، وذلك حرصاً من المشرع على إحاطة العملية التحكيمية بالضمانات التي تكفل قيام المحكم بمهمته ذات الطبيعة القضائية في حيدة ونزاهة، وأن يتم هذا بالقدر الكافي لتوفير الطمأنينة في نفوس الخصوم في صلاحية المحكم للنظر في المنازعة، ورضاهم طواعية الخضوع لقراره الفاصل فيها. وأخذاً في الاعتبار أيضاً أهمية ألا يترك أمر صلاحية المحكم معلقة بيد الخصوم فقد حدد المشرع مواعيد محددة لطلب رده، فأعطى مهلة للخصم طالب رد المحكم خمسة أيام، سواء من تاريخ إخباره بتعيين المحكم أم من تاريخ حدوث الواقعة سبب الرد أو العلم بها، وبشروط أن يقدم طلب الرد قبل الفصل في موضوع النزاع أو إقفال باب المرافعة⁽⁵²⁾، وذلك على النحو الوارد بنص الفقرة الرابعة من المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية، والتي تنص على أنه: "لا يجوز رده (المحكم) عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيين شخصه ويطلب الرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال خمسة أيام من إخبار الخصم بتعيين المحكم أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو علمه به إذا كان تالياً لإخباره بتعيين المحكم. وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الرد إذا صدر حكم المحكمة أو أقفل باب المرافعة في القضية"⁽⁵³⁾.

50- د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 150.

51- نقض مصري، طعن 177 لسنة 40 ق، 1976/12/16. وطعن 1083 لسنة 52 ق 1986/2/6.

52- د. أحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة (الشارقة) وإثراء للنشر والتوزيع (الأردن) الطبعة الثانية 2008، ص 75 وما بعدها.

53- يذهب القضاء الكويتي إلى أن طلب الرد يخضع في تحديد جهة الاختصاص به لإرادة الأطراف، فقضى بأن "السبيل لرد المحكمين وفقاً لنص المادة (17) من لائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي هو اللجوء إلى الأمين العام للمركز وطبقاً لأحكامه في هذا الشأن. ولما كانت الطاعنة قد حادت عن هذا الطريق وأقامت دعواها بطلب رد المحكمين أمام المحكمة، فإنها تكون قد لجأت لجهة غير مختصة بنظر النزاع. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد طبق صحيح القانون ويضحى النعي عليه بهذه الأسباب على غير أساس" محكمة التمييز الكويتية، الدائرة التجارية، الطعن رقم 2004/671 جاري، جلسة 2005/11/23، مجلة التحكيم، العدد الثالث، يوليو 2009 ص 461.

وعلى العكس من ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه ينافي قيم العدل ومبادئه وينتهك الحيدة أن يكون لهيئة التحكيم الفصل في طلب ردها بالمخالفة لأحكام المواد 40 و 65 و 67 و 68 و 69 من الدستور، وعليه حكمت المحكمة بعدم دستورية العبارة الواردة بالبنـد (1) من المادة 19 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 والتي تنص على أن "فصلت هيئة التحكيم في الطلب". المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 84 لسنة 19 ق، جلسة 1999/11/6، مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009 ص 519 و 522.

وإن تعذر تقديم طلب رد الحكم أو عدم صلاحيته للعلم بأسبابه بعد صدور الحكم في طلب التحكيم أو لإقفال باب المرافعة ، يكون بمقدور الخصم التمسك بأسباب رد الحكم أو عدم صلاحيته في دعوى بطلان حكم التحكيم أو الدفع ببطلان حكم التحكيم عند اتخاذ إجراءات التصديق عليه من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. وقد قضت محكمة النقض المصرية بحق الخصم في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بمقتضى أسباب الرد أو عدم الصلاحية ، مقرر أن: " النص في ... قانون المرافعات على أنه "يطلب رد الحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر سببها غير صالح للحكم ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى في ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين الحكم" يدل على أن المشرع لا يحيل إلى القواعد المقررة في رد القضاة أو عدم صلاحيتهم للحكم إلا بالنسبة إلى الأسباب التي وردت في تلك القواعد ، وأوجب رفع طلب رد الحكم خلال الميعاد الذي حدده سواء في الحالات التي يجوز فيها رده أو تلك التي يعتبر بسببها غير صالح للحكم، فيما عدا حالة عدم الصلاحية التي تنكشف بعد صدور حكم الحكم فحينئذ يصح إثارتها في دعوى بطلان هذا الحكم " (54).

ونعتقد أن الحكم يخضع في شأن صلاحيته لنظر النزاع موضوع طلب التحكيم والفصل فيه لذات أسباب عدم صلاحية القاضي أو رده للنصوص المشار إليها آنفاً والواردة بقانون الإجراءات المدنية ، وذلك سواء كان تعيينه تعاقدياً من أطراف الخصومة أم قضائياً من المحكمة المختصة أم وظيفياً من الجهة الإدارية المختصة وفقاً للقانون المنظم للتحكيم الإجباري.

والجدير بالذكر أن المشرع المصري - ولاعتبارات قدرها - لم يرتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات خصومة التحكيم (المادة 19 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994) بل افترض استمرارها حتى صدور الحكم فيها. ومع ذلك؛ فقد رسم معالجة من شأنها أنه في حالة نجاح خصومة الرد وصدور حكم فيها برد الحكم، أن يتم اعتبار ما تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم المحكمين ذاته إذا كان قد صدر بالفعل، كأن لم يكن، وبهذا يكون المشرع قد وازن بين ما تمليه الاعتبارات العملية المتصلة بمنظومة التحكيم كوسيلة فنية لفض المنازعات خارج دائرة المحاكم، وبين ما هو مقرر من ضمانات أساسية في مجال التقاضي (55).

وغني عن البيان أن أسباب عزل الحكم أو عدم صلاحيته أو رده تلقي بظلالها على بحث مسؤولية الحكم عن الأضرار التي قد تلحق بأطراف الخصومة ، باعتبار أنها أسباب قانونية منبثة الصلة المباشرة بعقد التحكيم الذي يحكم العلاقة بين الحكم وأطراف الخصومة ، وهو الأمر الذي تتردد فيه مسؤولية الحكم بين نطاق المسؤولية العقدية ، ونطاق المسؤولية التقصيرية، وقد قضت في ذلك محكمة النقض المصرية بأن (56):

"المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كانت العلاقة التي تربط طرفي النزاع علاقة تعاقدية ، وكان الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزامه التعاقدي، فإن أحكام

54- نقض مصري. طعن رقم 1479 لسنة 53 ق. جلسة 1987/11/19.

55- المحكمة الدستورية العليا ، قضية رقم 114 لسنة 24 ق جلسة 2003/11/2.

56- نقض مصري. طعن رقم 1276 لسنة 54 ق. جلسة 1990/5/7.

العقد والمسؤولية التعاقدية تكون هي الواجبة التطبيق ما لم يرجع الضرر إلى استعمال الآخر للطرق الاحتمالية أو اقترافه فعلا يجرمه القانون أو ارتكابه خطأ جسيماً معادلاً للغش . فإنه يتعين إعمال أحكام المسؤولية التقصيرية.”

والحقيقة أن القاعدة السابقة تفتح نطاق البحث عن مسؤولية المحكم المدنية ، بشقيها المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، ومجال إعمال أحكام كل منهما قبل المحكم ، وهو ما نرجئ دراسته للمبحث الأول في الفصل الثاني من هذا البحث.

الفرع الثاني

الصفة الاحتياطية للتنظيم القانوني للتحكيم عدا ما يتعلق بالنظام العام

تنص المادة 1/212 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه:

”يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم. ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم.”

وتنص المادة (25) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن: ”لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.”

إن تطبيق القواعد الإجرائية العامة على التحكيم لا ينتقص من الطبيعة الاتفاقية له ، بما يعني أن لتلك القواعد صفة احتياطية من حيث التطبيق ، فلا تطبق إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف يخالفها. إلا ما يتعلق منها بالنظام العام. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية.

وقد أكد قضاء المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية هذه القاعدة الإجرائية الحاكمة لإجراءات التحكيم ، حيث ذهبت إلى أن ”الاتفاق على التحكيم يجوز أن يرد في العقد الأساسي أو في اتفاق لاحق وأن يكون وفق شروط وإجراءات خاصة طالما لا تخالف النظام العام أو نصاً آمراً”. م 203 إجراءات مدنية⁽⁵⁷⁾

يتضح من ذلك أن المشرع - وكذلك القضاء - يتفهم خصوصية التحكيم ، باعتباره اتفاقاً بين أطرافه يضعون بإرادتهم نظامه وأحكامه ، ولكن في إطار الشرعية الإجرائية العامة ، فيترك القانون لأطراف اتفاق التحكيم تحديد القواعد الإجرائية التي تخضع لها العملية التحكيمية⁽⁵⁸⁾.

57- الاتحادية العليا. الطعن رقم 456 لسنة 22 ق. جلسة 2002/11/12. والطعن رقم 118 لسنة 23 ق جلسة 2004/11/21.

58- قد يتفق على قواعد إجرائية تفصيلية بضمنها الأطراف اتفاقهم على التحكيم ، وقد يكتفون بالاتفاق على المصدر التنظيمي لقواعد إجراءات التحكيم سواء بالإحالة لقانون بعينه وطني أو أجنبي أم بالإحالة على قواعد تنظيمية للإجراءات المتبعة في التحكيم بمؤسسات

وفي حالة عدم تحديد الأطراف المرجع في إجراءات التحكيم ، فإن القانون يتولى إكمال النقص في اتفاق الأطراف بوضع الإطار الإجرائي الذي في حدوده يتمتع المحكم فعلا بحرية كبيرة في تحديد القواعد الإجرائية التي يلتزم المحكم والأطراف الخضوع لها طواعية ، وذلك طبقا للمادة سالفه الذكر. والإطار الإجرائي الذي يفرضه القانون يوازن بين الحفاظ على مزايا التحكيم الجوهرية ، وضمان الحقوق الإجرائية الجوهرية لأطراف التحكيم . ولتحقيق هذه الموازنة الدقيقة اتخذ المشرع سياسة تشريعية قوامها منح المحكم حرية واسعة في توجيه إجراءات التحكيم. إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة.

فالقانون في تنظيم التحكيم يحد من حرية المحكم في توجيه إجراءات التحكيم بقيدين:

القيد الأول: احترام الضمانات الإجرائية الجوهرية المتعلقة بحق الدفاع. وأهمها اتصال الخصوم بطلب التحكيم وجلساته والعلم به يقينيا أو قانونيا اتصالا وعلما صحيحا وفقا للقانون. والمساواة وعلنية المواجهة بين الخصوم ، وحق الإطلاع على ما يقدمه الخصوم من طلبات وأسناد وأدلة في الدعوى ، وحق الخصوم في تمكينهم من الرد على ما يقدم في الدعوى من طلبات وأسناد وأدلة. وكذلك جميع الإجراءات الأخرى المتصلة أو المؤثرة في حقوق الخصوم في الدفاع⁽⁵⁹⁾.

القيد الثاني: احترام القواعد الإجرائية المعتمدة من النظام العام والآداب⁽⁶⁰⁾.

بمقتضى نص المادة 1/212 من قانون الإجراءات المدنية ، فإن القانون في تنظيم العلاقة بين المحكم وأطراف التحكيم قد وضع التزامين على عاتق المحكم ، فقد ألزم المحكم باحترام الضمانات الإجرائية الجوهرية المتعلقة بحقوق الخصوم في الدفاع في الدعوى ، كما ألزم المحكم بعدم مخالفة القواعد الإجرائية المتعلقة بالنصوص الأمرة المعتمدة من النظام العام أو الماسة بالآداب. ولا شك في أن نص المادة المذكورة يحمل في طياته إحالة ضمنية على نصوص قانون الإجراءات المدنية جملة وتفصيلا ، وكذلك إحالة على القواعد الأمرة في قانون الإجراءات المدنية جملة وتفصيلا ، بحيث يتعين على المحكم مراعاة جميع القواعد المتعلقة بالضمانات الجوهرية لحق الخصوم في الدفاع والقواعد الأمرة كل فيما يقابلها من إجراءات تتخذ في التحكيم.

وفي الاتجاه نفسه تنص المادة (53-2) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "2- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

تحكيم وطنية أو دولية، أو يصمت أطراف التحكيم عن تحديد مصدر القواعد الإجرائية للتحكيم، فيفوضوا ضمينا أمر تحديد المحكم. أو يتفقوا صراحة على أن يتولى المحكم تحديد إجراءات التحكيم. والحقيقة أن قانون الإجراءات المدنية الإماراتي قد أقر هذه القواعد الإجرائية تحقيقا لمزايا التحكيم التي أهمها تيسير إجراءاتها وسرعة الفصل فيها: انظر: د. أشرف وفا. المبادئ العامة لتنازع القوانين. سنة 2004. ص 193 وما بعدها.

59- د. أحمد شرف الدين. دراسة في القانون المصري وأحكام محكمة النقض. اتحاد المحامين العرب. وحدة التدريب وتكنولوجيا المعلومات . سلسلة إصدارات التحكيم التجاري . "التحكيم التجاري" الجزء الأول - 2002 . ص 34.

60- الاتحادية العليا. طعن رقم 456 لسنة 22 ق. جلسة 2002/11/12 . والطعن رقم 118 لسنة 23 ق. جلسة 2004/11/21.

وكذلك المادة (58-2-ب) من القانون نفسه تقضي بأنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق من أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية للعلاقة بين أطراف النزاع ومركز التحكيم

العقد بين أطراف النزاع ومركز التحكيم عقد مختلط بين المقاولة والوكالة، مع كون جانب المقاولة هو الأغلب:

يأنس الأطراف عادة إلى التحكيم المؤسسي أكثر من التحكيم الفردي، حيث الاطمئنان إلى مفر يمارس المحكم المؤسسي من خلاله مهمته ويأنس الخصوم إلى حفظ مستنداتهم في مكان أكثر أمناً من حفظها لدى الأفراد، فضلاً عن الإمكانيات الفنية التي يفترض توافرها لدى أي مركز تحكيم من حيث وجود محكمين متمرسين خبراء. وهنا يرتبط الأطراف بعلاقة تعاقدية مع مركز التحكيم، فضلاً عن العلاقة التعاقدية التي تربط بينهم وبين المحكم.

وعن الطبيعة القانونية لهذا العقد، يذهب البعض في الفقه الفرنسي إلى أنه عقد مختلط بين الوكالة والمقاولة، فهو وكالة إذ بموجبه يكلف الطرفان المركز القيام ببعض الأعمال القانونية، وهو مقاولة لأن المركز يلتزم ببعض الأعمال المادية والذهنية التي تنص عليها لائحته⁽⁶¹⁾.

ويرى البعض الآخر أنه عقد وكالة لمصلحة جميع الأطراف، أطراف اتفاق التحكيم ومركز التحكيم، ولهذا فإنه ليس لأي منهم أن يتنازل بإرادته المنفردة عن هذه الوكالة قبل تنفيذها، إلا أن مركز التحكيم يمكنه من أول نظرة أن يرفض الوكالة إذا تبين أنه لا يوجد اتفاق تحكيم يتضمن الالتجاء إلى المركز. وعندئذ لا تنعقد الوكالة بينه وبين أطراف النزاع، ولا يكون قراره في هذا الشأن عملاً قضائياً⁽⁶²⁾.

وفي رأينا أن المركز يقدم للخصوم خدمات إدارية وفنية لا يستقيم معها تكييف العقد بأنه وكالة فقط، لذلك نرى أن تكييفه بأنه عقد مختلط بين المقاولة والوكالة هو الأقرب إلى الصواب مع كون جانب المقاولة هو الأغلب، لأن الخدمة الفنية والإدارية التي يقدمها المركز لأطراف النزاع هي - في رأينا - الأهم في تلك العلاقة من مجرد نيابته عنهم.

ونشير هنا إلى ما نؤهنا إليه سابقاً من أن اتفاق تكييف علاقات التحكيم بأنها - وعلى ما رجحناه - عقد مقاولة، سواءً علاقة المحكم مع المؤسسة التحكيمية أو علاقته مع أطراف النزاع حين يقومون باختياره، أو علاقة أطراف النزاع بالمؤسسة التحكيمية، أمر يحقق استقرار تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وتطبيقاتها على تلك العلاقات، مع توافر الخصوصية في صور عقد المقاولة على النحو السابق بيانه في حينه.

61- في الإشارة إلى بعض الفقه الفرنسي المؤيد لهذا الرأي انظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 280، 281.

62- أشار إلى هذا الرأي في الفقه الفرنسي: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 281.

الشكل القانوني لمراكز التحكيم :

إن الاطمئنان الذي يسعى إليه الأطراف عادة من اللجوء إلى التحكيم المؤسسي من خلال مراكز التحكيم ، يدعونا إلى التساؤل عن الشكل القانوني الذي تتخذه هذه المراكز بما يحقق بالفعل للأطراف هذا الاطمئنان.

فالملاحظ أن كل شخص لديه قدر من الخبرة والتخصص يمكنه أن ينشئ مركزاً للتحكيم لا يطلب له سوى الترخيص من الجهات الإدارية المختصة ، دون التدقيق بالشكل الكافي في الاشتراطات الفنية المتعلقة بكافة النواحي التحكيمية التي ينبغي توافرها في تلك المؤسسة الوليدة . ويدفعنا هذا إلى الدعوة إلى ضرورة إنشاء نقابة للمحكمين على غرار النقابات المهنية الأخرى، تضطلع بمسؤولية الرقابة على إنشاء تلك المراكز وتوافر الشروط الفنية اللازمة في مؤسسيها. وهو ما نسعى إليه بالتعاون مع المهتمين من الزملاء.

ويدفعنا ذلك أيضاً إلى الدعوة إلى ضرورة وضع ميثاق لأخلاقيات مهنة التحكيم، والتزامات المحكمين المهنية، ونظام الشكاوى المتعلقة بالأخطاء المهنية، وتنظيم لجان التحقيق النقابية فيها، والعقوبات التأديبية المقررة لها والمتناسبة في شدتها مع جسامة الأخطاء المهنية، والتي تتدرج من لفت النظر إلى محو القيد من سجل المحكمين النقابيين ومنعه من ممارسة مهنة المحكم.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية الناشئة عن علاقات التحكيم

نبين أولاً المسؤولية المدنية للمحكم ، ثم لمؤسسات التحكيم ، ثم مسؤولية أطراف النزاع ، وأخيراً نعرض لمدى جواز الاتفاق على إعفاء المحكم أو مركز التحكيم من المسؤولية، وذلك في ثلاثة مباحث متتالية ومبحث ختامي، وفق التقسيم الآتي:

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للمحكم

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية لمؤسسات التحكيم

المبحث الثالث: المسؤولية المدنية لأطراف النزاع

مبحث ختامي: مدى جواز الاتفاق على إعفاء المحكم أو مركز التحكيم من المسؤولية

المبحث الأول

المسؤولية المدنية للمحكم

رغم قيام المحكم بعمل قضائي إلا أنه ليس قاضياً ولا يتمتع بالضمانات المقررة للقاضي، ولا تتخذ في مواجهته إجراءات مخاصمة القضاة، ومع ذلك فإنه يمكن مساءلته على أساس القواعد العامة في المسؤولية المدنية⁽⁶³⁾.

ودراسة مسؤولية المحكم تفرض التفرقة بين أسباب مسؤوليته الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التي يربتها عقد التحكيم في تنظيمه للعلاقة بين أطراف النزاع والمحكم، وهو ما يعرف بالمسؤولية العقدية، وأسباب مسؤوليته الناشئة عن مخالفة المحكم للالتزامات التي يربتها القانون على المحكم في تنظيمه العام للعلاقة بين أطراف النزاع والمحكم، وهو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية. ونعرض فيما يلي لمسؤولية المحكم بصورتها: العقدية والتقصيرية، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: مسؤولية المحكم العقدية.

المطلب الثاني: مسؤولية المحكم التقصيرية.

المطلب الأول

مسؤولية المحكم العقدية

انتهينا في الفصل السابق إلى أن العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع علاقة تعاقدية في التحكيم الاختياري، حيث يتم اختياره بإرادة الأطراف سواءً مباشرة أو عن طريق من يفوضونه بذلك، وأنه عقد ذو طبيعة خاصة، وأن العلاقة بينه وبين مركز التحكيم أيضاً علاقة تعاقدية ورجحنا أنه عقد عمل يتميز أيضاً بأحكام خاصة.

ومن ثم تكون مسؤولية المحكم المدنية مسؤولية عقدية، تنشأ نتيجة إخلاله بأحد الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، سواءً تجاه الأطراف أو مركز التحكيم.

63- د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 410.

أولاً: أركان مسؤولية المحكم العقدية:

أركان مسؤولية المحكم شأنها شأن أركان المسؤولية بوجه عام: يلزم لقيامها توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

1- الخطأ:

خطأ المحكم كركن في مسؤوليته العقدية يقوم إذا أخل بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد التحكيم. وبالنظر إلى مجمل التزامات المحكم، نجد أن من بينها - شأنها شأن الالتزام عموماً - التزامات بنتيجة، وبعضها الآخر يعتبر التزاماً ببذل عناية، وهذه التفرقة بين هذين النوعين من الالتزامات يمكن - كما يرى الأستاذ فوشار - الاستناد إليها للوقوف على خطأ المحكم الموجب لمسؤوليته العقدية⁽⁶⁴⁾.

معظم التزامات المحكم بنتيجة وبعضها التزامات ببذل عناية:

باستعراض التزامات المحكم نجد أن معظمها التزامات بنتيجة. فالتزامه مباشرة مهمته بنفسه، والتزامه بالاستمرار في مهمته حتى إنجازها ما لم يحل دون ذلك عذر مقبول، والتزامه إصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة في المدة المحددة⁽⁶⁵⁾، والتزامه ما ورد في اتفاق التحكيم بين الطرفين من شروط ووقائع تدخل في نطاق الاتفاق، والتزامه الحفاظ على أسرار الخصوم، والتزامه مراعاة قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الذي يمارس التحكيم من خلاله، كل هذه الالتزامات التزامات بنتيجة تترتب على الإخلال بها مسؤولية المحكم وفقاً للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية⁽⁶⁶⁾، سواء كانت المسؤولية تجاه الأطراف أو تجاه مركز التحكيم.

في حين أن التزامه ببحث القضية وتحري وجه الصواب في حكمه هو التزام ببذل عناية، يلتزم بشأنه ببذل العناية التي يبذلها من هو في مثل علمه وخبرته أخذاً في الاعتبار الظروف المحيطة، فإن بذل تلك العناية لم يكن مسؤولاً عن عدم تحقيق النتيجة.

وعلى هذا المعنى يجب أن يحمل نص المادة (16) من قواعد الأونسيترال للتحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغتها المنقحة في 2010م، والتي تقضي بأنه: ”

64- أشار إليه: د. فتحي والي. مرجع سابق، ص 287.

65- عرض الموضوع على القضاء الفرنسي. في قضية تلخص وقائعها في أن المحكمين أصدروا حكمهم في القضية بعد انقضاء مدة 22 يوماً على مدة التحكيم المحددة من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم وهي أربعة أشهر. وبعد سبع سنوات من إصدار الحكم. وبالتحديد في عام 1997، قررت محكمة الاستئناف الفرنسية في مدينة (Rennes) إبطال حكم المحكمين نظراً لعدم صدوره ضمن المدة القانونية. وبعد انقضاء سنتين. تقدم الطرف الذي ربح القضية التحكيمية، بعد أن لم يستطع تنفيذ حكم التحكيم، بدعوى ضد المحكمين الذين كانت تكون منهم هيئة التحكيم. طالباً إلزامهم بالتعويض نظراً للضرر الذي أصابه نتيجة إلغاء الحكم. استجابت محكمة البداية لطلبه. وقضت بإلزام المحكمين بأن يدفعوا له مبلغ مائة وثلاثين ألف فرنك فرنسي. استأنف المحكمون. فقضت محكمة استئناف مدينة (Angers) بتعديل الحكم. وعدم مسؤولية المحكمين. نظراً لأن أطراف التحكيم أنفسهم كانوا أيضاً مسؤولين عن انقضاء فترة التحكيم. طعن مقدم الدعوى بحكم محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض الفرنسية، والتي نقضت الحكم. وأعادت الدعوى إلى غرفة أخرى من غرف محكمة الاستئناف. ورأت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الذي أصدرته في السادس من كانون الأول من العام 2005، بأن التزام المحكمين هو التزام بغاية، إذ أنه التزام مطلق بالوصول إلى نتيجة، والنتيجة في هذه القضية هي إصدار الحكم ضمن المدة الزمنية المحددة في اتفاق التحكيم، وقد فشلوا في تحقيق هذه الغاية وفي الوفاء بالتزامهم. ولا بد بالتالي من اعتبارهم مسؤولين بتعويض الطرف المتضرر.

66- انظر: د. محمود بريري. مرجع سابق، ص 89.

باستثناء الخطأ المتعمد، يتنازل الأطراف، إلى أقصى مدى يسمح به القانون المنطبق، عن أي ادعاء على المحكمين أو سلطة التعيين أو أي شخص تعينه هيئة التحكيم بسبب أي فعل أو تقصير متعلق بالتحكيم.”

ولعل هذا ما قصده محكمة التمييز بدبي حين قررت ” أن مفاد نص المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية - وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - أن دعوى بطلان حكم التحكيم إنما توجه إلى حكم المحكم بوصفه عملاً قانونياً وتنصب على خطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير، وأن العيوب التي يجوز لمدعي البطلان التمسك بها قد أوردتها المادة المشار إليها على سبيل الحصر بحيث لا يقاس عليها وهي تتعلق إما بالاتفاق على التحكيم أو بخصومة التحكيم، وكل منازعة يثيرها أحد طرفي التحكيم طعنًا في الحكم الصادر من المحكم وتكون غير متعلقة بالحالات السابقة أو تكون متعلقة بتقدير المحكم للنزاع أو عدم صحة أو كفاية أسباب حكمه تكون غير مقبولة ” (67).

ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما قضت به محكمة باريس الكلية من تعويض ضد المحكم لإخفائه علاقته بأحد الطرفين حيث كان يعمل موظفًا لديه (68). وما قضت به المحكمة نفسها من رفض طلب التعويض عندما تعلق الأمر بتقدير حسن أو سوء تقدير المحكم، وذلك حين رفعت دعوى تعويض ضد المحكم لرفضه طلب تصحيح خطأ مادي بالحكم فرفض الطلب بحجة أنه يرمي إلى تعديل الحكم، فأقرته المحكمة على ذلك ورفضت طلب التعويض ضده على أساس أنه لا يدخل في سلطة المحكمة تقدير حسن أو سوء تقدير المحكم، وتأييد الحكم استئنافية (69).

وفي جميع الأحوال يجب ملاحظة أنه لا يوجد ارتباط بين إبطال حكم التحكيم وتقرير مسؤولية المحكم، فقد تنقرر هذه المسؤولية رغم عدم قبول دعوى البطلان، وقد ترفض دعوى المسؤولية رغم بطلان الحكم، فلا يلزم المحكم بالبطلان لمجرد أن الحكم قد أبطّل، على أنه إذا أبطّل الحكم بسبب خطأ المحكم الموجب لمسؤوليته فإنه يلتزم بالتعويض (70).

67- تمييز دبي في الطعن رقم 351 لسنة 2005، طعن جاري. جلسة 2006/7/1 - والطعن رقم 66 لسنة 1995 حقوق، جلسة 1995/6/10 - انظر أيضاً: استئناف القاهرة، الدائرة السابعة الاقتصادية، الدعوى رقم 71 لسنة 124 ق جلسة 2009/3/3. مجلة التحكيم، العدد الثالث، يوليو 2009 ص 611.

68- أشار إلى حكمين في هذا الصدد عن محكمة باريس: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 286 و 287.

69- المرجع السابق، هامش 4 ص 286. أيضاً: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 281.

70- د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 287، 288. ورغم أن مسؤولية المحكم هي بحسب الأصل عقدية سواء قبل الأطراف أو قبل مركز التحكيم، إلا أنه قد يسأل مسؤولية تقصيرية تجاه الغير من ليس طرفاً في عقد التحكيم إذا لحق بهذا الغير ضرر من جراء الغش أو التدليس الذي قام به المحكم. د. سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2006 م، ص 221.

2 و 3- الضرر وعلاقة السببية (إحالة للقواعد العامة):

أما عن الضرر وعلاقة السببية بينه وبين خطأ المحكم، والليذان تستكمل بهما المسؤولية أركانها، فتطبق بشأنهما القواعد العامة.

فيجب أن يكون الضرر مباشراً⁽⁷¹⁾، ويعتبر ضرراً مباشراً المصاريف والنفقات التي تحملها المضرور طوال مدة التحكيم دون فائدة⁽⁷²⁾، ويتعين في تقدير التعويض أن يتناسب مع الضرر وهو ما يخضع لسلطة القاضي الموضوعية مبيناً عناصر هذا الضرر⁽⁷³⁾.

كما يجب توافر علاقة السببية بين الخطأ الذي اقترفه المحكم والضرر الذي أصاب المضرور، ويتحقق ذلك إذا كان الضرر نتيجة طبيعية للسلوك الخاطئ من المحكم بحسب المجرى الطبيعي للأمور، إلا أن المدين (المحكم) يستطيع أن ينفي علاقة السببية بإثبات أن الضرر لم ينشأ عن خطئه وإنما نشأ عن سبب أجنبي عنه⁽⁷⁴⁾.

ثانياً: التعويض كأثر لقيام مسؤولية المحكم العقدية (إحالة):

عن التعويض المستحق للمضرور كأثر لقيام مسؤولية المحكم، فإنه تطبق بشأنه القواعد العامة بحيث يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب⁽⁷⁵⁾.

71- " وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه طبقاً للمجري المعتاد للأمور، ويرجع في ذلك إلى رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكون الضرر مباشراً إلا إذا كان نتيجة ضرورية أو محققة للواقعة التي لحقها وصف الخطأ ". الدعوى التحكيمية رقم 173 لسنة 2000 مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 2000/12/14. مجلة التحكيم العربي، أغسطس 2001 ص 212. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة الأولى 2008 ص 286.

72- د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 288.

73- الدعوى التحكيمية رقم 173 لسنة 2000 مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 2000/12/14. مجلة التحكيم العربي، أغسطس 2001 ص 212. أحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 286.

وفي ذلك تنص المادة 389 من قانون المعاملات المدنية على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في القانون أو في العقد قدره القاضي بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه ".

74- د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الثانية 2000 م، ص 250.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه في المسؤولية العقدية يقع على الدائن عبء إثبات خطأ المدين بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو الإخلال بتنفيذها أو التأخير فيه وإثبات الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، أما رابطة السببية فهي مفترضة بثبوت الخطأ والضرر ولا يستطيع المدين التخلص منها إلا بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أو خطأ الدائن أو فعل الغير. الطعن رقم 51 لسنة 2007 "طعن مدني"، جلسة 2007/4/29 م.

75- وقد أوجبت المادة 292 من قانون المعاملات المدنية أن يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب، ولذلك تلتزم محكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تعرض لكافة العناصر المكونة للضرر قانوناً والتي يجب أن تدخل في تقدير التعويض على أساس أن تعيين هذه العناصر يعد من المسائل القانونية التي تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز. المحكمة الاتحادية العليا - الطعن رقم 51 لسنة 2007 "طعن مدني"، جلسة 2007/4/29 م.

المطلب الثاني

مسؤولية المحكم التقصيرية

- خطأ المحكم الموجب لمسؤوليته التقصيرية:

رغم أن المسؤولية التقصيرية في القانون الإماراتي تقوم - كقاعدة عامة - على الإضرار وليس على الخطأ. تطبيقاً لما تقرره المادة / 282 من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أن: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

إلا أن القواعد العامة لم تستبعد فكرة المسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات. فقد أخذ المشرع الإماراتي بتلك الفكرة في مسؤولية حارس الحيوان. حيث نص في المادة/314 من قانون المعاملات المدنية على أن: " جنابة العجماء جبار. ولكن فعلها مضمون على ذي اليد عليها مالكاً كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى".

وفي هذا السياق نرى أن مسؤولية المحكم تقوم على فكرة أن الخطأ واجب الإثبات. وليس مجرد الإضرار. والمقصود بالخطأ هنا - كما سبق القول - الخطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير. فلا مسؤولية على المحكم بشأن حسن أو سوء تقديره لوجه العدالة وهو بصدد الفصل في النزاع. إنما المسؤولية على عدم حياديته وعدم نزاهته وخطئه الجسيم الذي لا يقع من محكم مثله علماً وخبرة في سير العملية التحكيمية.

ونبدأ في بحث مسؤولية المحكم التقصيرية بالتسليم بأن أعمال هذه المسؤولية في التحكيم الإجباري قد تبدو بديهية ، وذلك لعدم ارتباطه أصلاً برابطة عقدية مع أطراف الخصومة. ولأنه يخالف التزامات مصدرها القانون ، ولأن القاعدة العامة أنه يقع التزام أصولي على المحكم بعدم الإضرار بالغير ، وأن مخالفة هذا الالتزام هو منطوق قيام المسؤولية التقصيرية في حقه.

وكما أشرنا أعلاه: فإن أركان المسؤولية التقصيرية في حق المحكم لا تختلف عن أركان المسؤولية العقدية إلا فيما يتعلق بالخطأ الذي ينشأ في المسؤولية العقدية عن الإخلال بالتزام عقدي بينما ينشأ في المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالتزام قانوني عام هو عدم الإضرار بالغير. من ذلك التزامه بالإفصاح لأطراف النزاع عما يمكن أن يظنوا تأثيره على حياديته واستقلاله. والتزامه الحياد والمساواة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع ، والتزامه بإصدار حكم لا مخالفة فيه للنظام العام.

- مدى اعتبار عدم تنحي المحكم تلقائياً: عن نظر طلب التحكيم عند ثبوت عدم صلاحيته أو توافر أسباب رده: خطأ موجباً لمسؤوليته التقصيرية:

هل يعد عدم تنحي المحكم تلقائياً عن نظر طلب التحكيم عند ثبوت عدم صلاحيته أو توافر أسباب رده خطأ يستوجب مسؤوليته؟

للإجابة عن ذلك نقول:

تنص المادة (18) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه:

" 1- لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله.

2- ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين."

وتنص المادة / 207-4 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه:

" 4- ولا يجوز رده عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيين شخصه. ويطلب الرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم. ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال خمسة أيام من إخبار الخصم بتعيين المحكم أو من تاريخ حدوث سبب الرد أو علمه به إذا كان تالياً لإخباره بتعيين المحكم وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الرد إذا صدر حكم المحكمة أو أقفل باب المرافعة في القضية."

بهذا النص أحال المشرع في شأن رقابة صلاحية المحكم ورده على المواد من 114 إلى 124 المتعلقة بعدم صلاحية القاضي أو رده بالبواب الثامن من قانون الإجراءات المدنية ، وهي أسباب تدور إجمالاً حول علاقات قرابة أو مصاهرة أو عمل القاضي لصالح أحد الخصوم ، أو سبق إبداءه الرأي في النزاع ، أو كان له أو لزوجته نزاع مماثل⁽⁷⁶⁾ ، وهي حالات يجمع بينها عامل مشترك هو أنها تغلب فيها شبهة أو احتمال التأثير على رأي القاضي والمحكم بالإحالة ، سواء كان ذلك التأثير على وعيه الحاضر أم على وعيه الباطن دون شعور منه ، وبالتالي قد تؤدي إلى الإخلال بقدرته على الموازنة بين طلبات الخصوم وأسانيدهم وأدلتهم في الدعوى المنظورة أمامه. بحيث لا يطمئن إلى تكوينه وجه الرأي في الدعوى بالحياد والنزاهة المنشودة⁽⁷⁷⁾.

دراسة أسباب عدم صلاحية المحكم ورده ، من خلال نصوص القانون المحال عليها ، تسفر عن أن المادة 114 ألقت على عاتق المحكم التزاماً أن يمتنع عن نظر النزاع من تلقاء نفسه ولو لم يرده أحد من الخصوم طالما قد قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية ، وألزمته الفقرة الأولى من المادة 116 بالإفصاح عن عدم صلاحيته لنظر النزاع⁽⁷⁸⁾ ورتبت على هذا الالتزام وجوب التنحي عن نظر النزاع ، بل إن الفقرة الثانية من المادة 116 تنبّهت إلى الأحوال التي قد يصعب فيها على المحكم الإفصاح عن

76- د. حسن عبد الباسط جمعي. رد المحكم في نطاق أحكام القانون رقم 94/27 بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية. سلسلة إصدارات التحكيم التجاري ، اتحاد المحامين العرب ، ص 203.

77- د. أحمد صدقي محمود. المرجع السابق. ص 69 إلى 71.

78- تنص المادة (16-3) من قانون التحكيم المصري على أن: " 3- يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابةً ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده ". انظر أيضاً: د. أحمد عبد الكريم سلامة. مرجع سابق. ص 400 وما بعدها. كما تنص المادة (11) من قواعد الأونسيترال للتحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغتها المنقحة في 2010م على أنه: " عند مفاخة شخص ما بشأن احتمال تعيينه محكماً. يفصح ذلك الشخص عن أي ظروف يحتمل أن تثير شكوكاً لها ما يبررها بشأن حياده أو استقلاله. ويفصح المحكم منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم للأطراف وللسائر المحكمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد أعلمهم بها من قبل."

سبب عدم صلاحيته ويفضل أن يحتفظ به لنفسه فأجازت له التنحي عن نظر النزاع لاستشعار الحرج وأعفته من التصريح بسببه. وقد أجازت المادة 117 من القانون المذكور تقديم طلب رد الحكم إذا قام به سبب يفقده صلاحية نظر النزاع. وتصدى الحكم أو استمر في نظر النزاع ولم يتنح بعد قيام سبب عدم الصلاحية فيه.

وعليه فإن نصي المادتين 114 و 116 من قانون الإجراءات المدنية تقيمان التزاما قانونيا على عاتق الحكم أن يبادر بالتنحي عن نظر النزاع. سواء بالإفصاح عن أسباب عدم صلاحيته لنظر النزاع أم لاستشعاره الحرج. ولما كان الأصل في القانون أن الالتزام تقابله مسؤولية، فإن القانون يرتب على مخالفة الحكم الالتزام بالتنحي من تلقاء نفسه لعدم الصلاحية قيام أركان المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تنتج عن عدم تنحيه وترتبط بعلاقة السببية بما يصيب أحد الخصوم من هذه الأضرار⁽⁷⁹⁾، ومن حيث المبدأ تؤسس مسؤولية الحكم في هذه الحالة على قواعد المسؤولية العقدية، باعتبار أن صميم التزام الحكم بأداء عمله هو أدائه له على نحو صحيح ينتج آثاره في إنهاء النزاع، وهو التزام بتحقيق غاية، وثبوت عدم صلاحية الحكم لأسباب قانونية يعلمها تفضي إلى عدم استمراره في نظر النزاع، أو قطعاً ومن باب أولى الحكم لاحقاً بطلان قراره في التحكيم، يؤدي إلى عدم تحقيق الحكم الغاية من عقد التحكيم، فيلزم الحكم تعويض أطراف الخصومة عما يلحقهم من أضرار بسبب عدم إفصاح الحكم تلقائياً عن عدم صلاحيته للقيام بالتزاماته في عقد التحكيم للأسباب القانونية المعلومة لديه بحكم تخصصه في التحكيم.

ونرى أن مسؤولية الحكم العقدية تظل قائمة حتى لو قضى من المحكمة المختصة برد الحكم بناء على طلب أحد الخصوم عملاً بنص المادة 117 من قانون الإجراءات المدنية، طالما ثبت أن الحكم كان يعلم بقيام أسباب عدم الصلاحية، إلا أنها تنتقل حتماً إلى درك المسؤولية التقصيرية كلما ثبت أن الحكم لم يفصح عن عدم صلاحيته لنظر التحكيم لسبب من أسباب عدم الصلاحية، وكان ذلك عن قصد أو تواطؤ منه مع أحد الخصوم لتوجيه التحكيم على نحو يحقق مصلحة لهذا الخصم، وهو الأمر الذي ينطوي على خطأ مهني جسيم يرقى إلى مدارك الغش⁽⁸⁰⁾، بل نرى أن قبول طلب رد الحكم لتوافر أسبابه في هذه الأحوال، وكانت أسباب عدم الصلاحية التي تشوب الحكم تتعلق بشخصه ومعلومة حتماً منه، فإن رد الحكم في هذه الأحوال يمثل الدليل الدامغ على مسؤوليته عن مخالفة التزامه بالتنحي من تلقاء نفسه عن نظر النزاع، وارتكابه خطأ جسيماً بالامتناع عن القيام بعمل إيجابي هو التنحي، ويكون الخطأ الجسيم قوامه الغش.

79- الحقيقة أن مسؤولية القضاة تمثل استثناءً على قواعد المسؤولية المدنية حيث وُضع نظام خاص لمسئوليتهم عما يقع منهم من أخطاء أثناء تأديتهم لعملهم القضائي، إلا أن القانون يحول دون رفع دعاوى مسؤولية تعويضية لمن يلحقه ضرر نتيجة خطأ القضاة في أحكامهم، وبالتالي فرغم إحالة المشرع في شأن الحكم على أسباب عدم مسؤولية القاضي فإنه لا مجال للقياس من حيث نطاق مسؤولية الحكم على القاضي؛ انظر: د. جلال محمد إبراهيم، المسؤولية المدنية للقضاة "مخاصمة القضاة" (محاولة لدراسة قضائية)، كتاب وقائع مؤتمر مسؤولية المهنيين، جامعة الشارقة، من 3 - 5 أبريل 2004، تنظيم كلية القانون، النشر العلمي جامعة الشارقة، ص 498 وما بعدها.

80- نقض مصري، طعن رقم 1276 لسنة 54 ق، جلسة 1990/5/7، وطعن رقم 1070 لسنة 53 ق، جلسة 1984/6/6.

المطلب الثالث

اجتماع المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في حق المحكم

يدق البحث بشأن إعمال قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية فيما يخص المحكم الاختياري ، وذلك لأن مصدر اختصاص وصلاحيات المحكم التعاقدية تستمد في بعضها من عقد التحكيم ، وبعضها الآخر من القانون على النحو السابق تناوله في المبحث الثاني من الفصل الأول ، مما يعني إمكان اجتماع المسؤوليتين في حقه لإخلاله ببعض الالتزامات التي مصدرها العقد فضلاً عن إخلاله ببعض الالتزامات التي مصدرها القانون.

وقد تبدو مسؤولية المحكم العقدية متسقة في أحكامها مع القواعد العامة للمسؤولية المدنية. ورغم ذلك ، فإن خصوصية المحكم باعتباره يمارس عملاً ذا طبيعة قضائية يلقي على كاهله التزامات مصدرها القانون تترتب على الإخلال بها مسؤوليته التقصيرية. فتلك الالتزامات قد لا تجد لها في غالب الأحوال أصلاً في اتفاق التحكيم بين أطرافه، كما قد لا تجد أصلها في عقد التحكيم الذي ينظم العلاقة بين أطراف الخصومة والمحكم، وقد يكون أبلغ دليل على ذلك الإحالة في شأن صلاحية المحكم على نصوص القانون الخاصة بأسباب عدم صلاحية القاضي ورده، بحيث تسري الأحكام المتعلقة بصلاحية ورد القاضي على المحكم في شأن توليه نظر طلب فض النزاع.

فما الحدود الفاصلة بين مسؤولية المحكم العقدية ومسؤوليته التقصيرية؟

قبل أن نجيب على ذلك نبين أولاً أهمية التمييز بين المسؤوليتين في فرع أول، ثم مسؤولية المحكم بين النطاقين العقدي والتقصيري في فرع ثانٍ.

الفرع الأول: أهمية التمييز بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

الفرع الثاني: مسؤولية المحكم بين النطاقين العقدي والتقصيري

الفرع الأول

أهمية التمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

التمييز بين المسؤوليةين ذو أهمية كبيرة في المجال العملي من عدة نواحٍ⁽⁸¹⁾ ، أهمها:

1 - مدى التعويض : تنص المادة 221 مدني مصري على أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد⁽⁸²⁾ . وبمفهوم مخالفة ذلك النص يكون المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً مسؤولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع . وذلك كحكم المسؤولية التقصيرية سواء بسواء. وفي ذلك تنص المادة / 383 - 2 من قانون المعاملات المدنية على أنه: " 2 - وفي جميع الأحوال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"⁽⁸³⁾ .

2 - التضامن : في المسؤولية العقدية لا يفترض التضامن فيما بين المدينين بالتعويض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون (م/279 مدني مصري)⁽⁸⁴⁾ . بينما يكونون متضامنين فيما بينهم بحكم القانون في المسؤولية التقصيرية وفقاً لنص المادة / 169 من القانون المدني المصري. أما في القانون الإماراتي فالحكم بالتضامن بين المسؤولين تقصيراً اختياري للقاضي وليس مفترضاً بحكم القانون كما في القانون المصري. حيث تنص المادة (291) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللقاضي أن يحكم بالتساوي أو بالتضامن أو التكافل فيما بينهم"⁽⁸⁵⁾ .

ويشترك هذا الفارق مع سابقه في أنه يجعل قواعد المسؤولية التقصيرية أصلح لدعي التعويض من قواعد المسؤولية العقدية .

3 - التقادم : تتقدم دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة لم تتقدم الدعوى الجنائية بشأنها بعد . فحينئذٍ لا تسقط دعوى التعويض إلا بسقوط

81- انظر في التمييز بين المسؤوليةين العقدية والتقصيرية وأهميته: د. السنهوري. مرجع سابق. ص848 وما بعدها - حسين عامر و عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية. الطبعة الثانية . دار المعارف 1979 م . ص14 وما بعدها - عبد المعين لطفي جمعة . موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية . الكتاب الأول . ج 1 الهيئة المصرية العامة للكتاب 1977 م. ص25 وما بعدها - د . عبد الودود يحيى . مرجع سابق . ص224 وما بعدها - د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي. مرجع سابق. ص22 .

82- وهذا التوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي . نقض مصري طعن 668 / 46 ق. 1980/5/29 .

83- انظر أيضاً: حكم محكمة القاهرة الابتدائية 1964/3/11 . قضية رقم 1956/127 م . عبد المعين جمعة . مرجع سابق. ص28 - وأيضاً طعن رقم 280 لسنة 34 ق جلسة 1968/4/16. وطعن رقم 47/268 ق جلسة 1981/1/27 . أحمد هبة . موسوعة مبادئ النقض في المسؤولية المدنية - ط : أولى 1991م . ص16 .

84- د . السنهوري . مرجع سابق . 849 - حسين عامر و عبد الرحيم عامر . مرجع سابق. ص34 و 35 - عبد المعين جمعة . مرجع سابق. ص29 .

85- للمزيد: د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي. مرجع سابق. ص152.

الدعوى الجنائية (المادة / 172 - 1 ، مدني مصري، و المادة / 298 معاملات مدنية إماراتي)⁽⁸⁶⁾ . أما الدعوى في المسؤولية العقدية فلا تسقط إلاّ بمضي المدة التي تسقط بها الدعوى بصفة عامة وهي خمس عشرة سنة (المادة / 374 مدني مصري، و المادة / 473 معاملات مدنية إماراتي)⁽⁸⁷⁾ .

وهذه المدة تجعل لطالب التعويض مصلحة في بناء دعواه على أساس المسؤولية العقدية لا التقصيرية .

بل إن هذا الفارق كان ذا أثر كبير فيما ذهب إليه القضاء الفرنسي (منذ حكم النقض في 1936/5/20) من أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية . وذلك بعد ما يقرب من مائة عام كان يعتبر خلالها تلك المسؤولية تقصيرية⁽⁸⁸⁾ .

هذه أهم الفروق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، وأثرها من الناحية العملية، وهناك بعض الفروق الأخرى التي أوردتها كتب الفقه من حيث الأهلية ، ومن حيث مدى وجوب الإعذار ، ومن حيث إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية ، ومن حيث مدى جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها⁽⁸⁹⁾ .

86- انظر: المرجع السابق، ص 157.

87- انظر أيضاً: حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 35، 36 - د . السنهوري ، المرجع السابق، ص 849 .

التقادم في كل من القانونين المصري والإماراتي يتعلق بالمطالبة القضائية وليس بأصل الحق. فأصل الحق يظل في ذمة المدين باعتباره التزاماً طبيعياً حتى وإن انقضى حق المطالبة به قضاءً، هذا رغم أن ظاهر نص القانون المدني المصري في المادة / 374 يوحى بغير ذلك. حيث تنص المادة المذكورة على أن " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون. وفيما عدا الاستثناءات التالية ... "، فرغم أن نص تلك المادة يقرر انقضاء الالتزام بالتقادم، إلاّ أن نص المادة / 386 من القانون ذاته يقرر " 1- يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " (انظر كذلك: مجموعة أحكام النقض، السنة 26 جلسة 1975/2/18، وللمزيد: د. عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص 775 و 776)، ما يعني أن عنصر المديونية في الالتزام يظل باقياً ولا يسقط بانقضاء عنصر المسؤولية بالتقادم. وهذا هو عين المقصود بنص القانون الإماراتي من أن دعوى التعويض هي التي تتقادم وليس الحق ذاته، ومن ثم ننتهي إلى أن حكم المسألة في القانونين المصري والإماراتي واحد وإن كانت بعض النصوص توحى بغير ذلك.

بل ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى أبعد من ذلك، حيث قضت بأن " الملكية وحدها هي التي تعتبر حقاً دائماً، وتقتضي طبيعتها ألا يزول هذا الحق بعدم الاستعمال، ذلك أنه أياً ما كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه، فإنه لا يفقد ملكيته بالتقاعس عن استعمالها، بل يظل من حقه أن يقيم دعواه للمطالبة بها مهما طال الزمن إلاّ إذا كسبها غيره وفقاً للقانون، بما مؤداه أن حق الملكية باقٍ لا يزول ما بقي الشيء المملوك منقولاً كان أو عقاراً، وبالتالي لا يسقط الحق في إقامة الدعوى التي تخميه بانقضاء زمن معين، ذلك أنه لا يتصور أن يكون حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم، ويسقط مع ذلك الحق في إقامة الدعوى التي يطلب بها هذا الحق "، قضية رقم 215 لسنة 19 ق دستورية، الجريدة الرسمية، العدد 41 في 14 / 10 / 1999م.

ورغم أن الاتجاه القضائي السابق يتعلق بحق الملكية إلاّ أنه لاشك له دلالة على عدم سقوط الحق في الدعوى المرتبطة به إذا لم يكتسبه آخر وفقاً للقانون، وهو ما صرح به المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق.

88- للمزيد انظر: د. حمدي عبد الرحمن ، معصومية الجسد : بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء/1987م ، ص 8 وما بعدها - د . وفاء أبو جميل ، الخطأ الطبي ، دار النهضة العربية/1991م، ص 16 .

89- للمزيد حول هذه الفروق والرد عليها انظر: د . السنهوري ، السابق ، 850 وما بعدها - حسين عامر، وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 14 ، 24 وما بعدهما - عبد المعين جمعة ، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها .

الفرع الثاني

مسئولية المحكم بين النطاقين العقدي والتقصيري

المحكم في مسئوليته الناشئة عن الإخلال بالتزاماته ، يدور في فلك المسؤولية المدنية بشقيها: المسؤولية العقدية التي تقوم على الإخلال بالتزام يجد أصله في عقد التحكيم ، والمسئولية التقصيرية التي تقوم على الإخلال بالتزام قانوني هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير⁽⁹⁰⁾ .

وغني عن البيان أن المسئوليتين العقدية والتقصيرية تنبعان من وعاء واحد هو المسؤولية المدنية ، وأساسهما القانوني واحد هو الجزاء على الإخلال بالتزام سابق ، وغايتهما واحدة هي التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام ، ومع ذلك ، فإن الفوارق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية جوهريّة من حيث أحكام كل منهما ، وكذلك تقدير التعويض في كل منهما ، وهو ما أوضحه قضاء النقض المصري فيما قضى به من أن: "تقدير التعويض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أساس المسؤولية العقدية أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية، إذ أنه طبقاً لنص المادة 221 من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية - في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم - على الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقفاً أو غير متوقع ، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسئول إذا لم يكن من الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول ، وقياس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا معيار شخصي..."⁽⁹¹⁾ .

ومن ثم، فلا يجوز الجمع بينهما وإن توافرت أسباب قيام المسئوليتين⁽⁹²⁾ .

وبتقضي خطة المشرع نجد أنه قد ميز بين المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية وخص كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى ، وفي تقسيم المشرع لكل من المسئوليتين جعل لكل منهما في تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسئولية الأخرى ، ويمكن أن نستشف بذلك رغبة المشرع في إحاطة أحكام كل من المسئوليتين بإطار قانوني محدد. وبالتالي فإن أبرمت علاقة تعاقدية محددة من حيث أطرافها ، ومن حيث نطاقها، وارتبط الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين بعلاقة سببية مباشرة بإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته العقدية ، فإنه يتعين الأخذ بأحكام المسؤولية العقدية الناشئة عن العقد. وعلى النحو المقرر في القانون بشأنه. وفي هذا إعلاء لإرادة المتعاقدين باعتبارها الشريعة التي ارتضوها ، وإعمالاً قصرياً لأحكام العقد التي اتفق الطرفان قبل نشوء النزاع على النزول عليها في علاقتها ، سواء في ذلك عند تنفيذ الالتزامات العقدية تنفيذاً صحيحاً أم عند الإخلال بهذه الالتزامات العقدية. ومن ثم ، يتجه الغالب من الفقه والقضاء إلى أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية لمجرد وقوع ضرر بأحد المتعاقدين لأن الضرر متصور أيضاً

90- السنهوري، مرجع سابق، ص 847 - د. مصطفى العوجي، القانون المدني (الجزء الثاني - المسؤولية المدنية)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة 2009، ص 123.

91- نقض مصري، طعن رقم 1070 لسنة 53 ق ، جلسة 1984/6/6.

92- انظر: السنهوري، مرجع سابق ، ص 857 ؛ ويرى البعض إمكانية الجمع بينهما إن تعددت أسباب المسؤولية، انظر: د. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 126.

عند تخلف أطراف العقد عن تنفيذ التزاماتهم العقدية ، فمجال أعمال أحكام المسؤولية التقصيرية يفترض ألا يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في إطار العلاقة التعاقدية بين الخصوم من شأنه أن يذر هباء الهدف الذي من أجله أبرم الأطراف هذا العقد ، هذا ما لم يكن خطأ المتعاقد الآخر من الجسامة بحيث يتوافر في عناصره ارتكاب فعل غير مشروع أو غش . وقد أوضح قضاء النقض ضوابط مبدأ حظر الجمع بين المسؤولية التقصيرية في مجال المسؤولية التعاقدية ، ونطاق أعمال مبدأ حظر الجمع بين المسئوليتين بأنه: " لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له . وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً بما تتحقق به المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني : إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد" (93) .

ومن ثم، فمخالفة المحكم لالتزاماته المنبثقة من عقد التحكيم والتي تتعلق بأداء عمله في نظر موضوع النزاع والفصل فيه ، أو حتى تلك الالتزامات القانونية التي تتعلق بواجبات أداء عمله ذات الطبيعة القضائية في شأن نظر النزاع والفصل فيه ، فإن الإطار القانوني المحيط بهذه الالتزامات يفرض تطبيق أركان المسؤولية العقدية دون غيرها. المسؤولية العقدية أولى بالتطبيق ، وذلك إدراكاً للقاعدة الأصولية "أن العقد شريعة المتعاقدين" من ناحية ، واتساقاً مع الطبيعة الاتفاقية الأصولية في نظام التحكيم الخاص الاختياري من ناحية أخرى.

في حين تنشأ المسؤولية التقصيرية عندما تكون مخالفة المحكم لالتزاماته القانونية المفروضة عليه بقوة القانون ، من ذلك تواطؤ المحكم مع أحد أطراف الخصومة التحكيمية على أن ينحرف المحكم بقراره في الفصل في التحكيم ليميل دون حق في كفة الخصم المتواطئ مع المحكم ، سواء كان ذلك مقابل عطية أم دون مقابل. نعتقد أن مسؤولية المحكم في الإخلال العمدي عن تواطؤ على الانحراف بالمحكم في التحكيم لصالح أحد أطراف الخصومة التحكيمية يعد أوسع مصدر لوعاء المسؤولية التقصيرية . إن لم يكن المصدر الوحيد لها بحيث تدور مسؤولية المحكم التقصيرية وجوداً وعدماً مع إخلال المحكم العمدي بالتزامه بالحياد والنزاهة في نظر موضوع النزاع والفصل فيه لينحاز لجانب أحد أطراف الخصومة.

93- نقض مصري. طعن رقم 268 لسنة 47 ق . جلسة 1981/1/ 27 . وانظر في المعنى ذاته: طعن رقم 1276 لسنة 54 ق . حكم جلسة 1990/5/7 .

المبحث الثاني

المسؤولية المدنية لمؤسسات التحكيم

تولّي المؤسسة التحكيمية إعداد قائمة المحكمين المعتمدين لديها يخلق علاقة مسؤولية في حق المؤسسة عن صحة أداء المحكم مهمته وفقاً للأصول القانونية والفنية المقررة قانوناً ولما تقرره لائحة المؤسسة ويتفق عليه أطراف المنازعة، وأساس المسؤولية هنا يدور في فلك مسؤولية المؤسسة عن ضمان توافر الكفاءة القانونية والقضائية والفنية في المحكم.

إذن يفترض الحديث عن مسؤولية المؤسسة التحكيمية. أنها هي التي قامت بتعيين المحكم من بين أولئك المحكمين المقيدين لديها.

ويتوافر ذلك بالطبع في التحكيم الإلزامي، حيث العلاقة الوظيفية بين المحكم والجهة التابع لها، مع مراعاة أن التبعية الوظيفية للمحكم في التحكيم الإلزامي قد تثير المسؤولية التقصيرية والتأديبية في حقه. ونعتقد أنه لا يوجد ما يمنع من الجمع بينهما، بما يؤدي إلى تطبيق قواعد كلتا المسؤوليتين في مواجهة المحكم في التحكيم الإلزامي لمخالفته واجبات وظيفته، وإخلاله بواجبات الصلاحية القضائية لنظر النزاع والفصل فيه بحيدة ونزاهة، بحيث يتم تعويض المضرور عما أصابه من ضرر نتيجة خطأ المحكم. وأيضاً توقيع عقوبة تأديبية عليه لإخلاله بواجبات وظيفته أو مخالفة اللوائح المنظمة للعمل التي يخضع لها والمتعلقة بنظر النزاع موضوع التحكيم الإلزامي والفصل فيه.

ويتوافر كذلك في التحكيم الاختياري حين تنفرد المؤسسة التحكيمية بتعيين المحكم، حتى وإن كان هذا التعيين قد حظي بموافقة أطراف النزاع أو على الأقل عدم اعتراضهم، حيث تسأل المؤسسة التحكيمية حينئذٍ قبل أطراف النزاع عما تقتضيه هي أو يقتضيه المحكم من خطأ يوجب مسؤوليته التقصيرية نتيجة عدم حيده ونزاهته أو جهله الفاضح بقواعد التحكيم، لأنها هي التي تولت اختياره وتضمن بالتالي صحة هذا الاختيار، ولأن الفرض هنا أن المسؤولية التقصيرية، فإن التضامن يفترض بينهما تجاه حقوق الأطراف وفقاً للقانون المصري، وجوازي للقاضي وفقاً للقانون الإماراتي، على التفصيل السابق بيانه أثناء الحديث عن أهمية التمييز بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. أما إذا كانت المسؤولية في حق أي منهما (المحكم أو مركز التحكيم) عقدية، فإنه يسأل بموجب أحكامها تجاه أطراف النزاع.

أما الحالة التي يقتصر فيها دور المؤسسة التحكيمية على تقديم الخدمات اللوجستية عند استضافة هيئة التحكيم لتولي مهمتها، من توفير مكان مناسب لعقد جلسات التحكيم وحفظ الملفات الخاصة بالقضية التحكيمية، دون أن تتدخل في تعيين هيئة التحكيم ولا تحديد أو تقاضي المحكم أتعابه، فتكون مسؤولية المؤسسة التحكيمية في حدود تلك المهام الموكلة إليها فقط دون مسؤوليتها عن خطأ المحكم في أدائه مهمته التحكيمية.

المبحث الثالث

المسؤولية المدنية لأطراف النزاع

انتهينا إلى أن علاقة الأطراف بالمحكم علاقة تعاقدية حال اختيارهم له مباشرة أو عن طريق من يفوضونه بالاختيار، كما أن علاقتهم بمؤسسة التحكيم أيضاً علاقة تعاقدية.

ومن ثم فإنهم يسألون مسؤولية عقدية عن إخلالهم بالتزاماتهم قبل كلا الطرفين (مركز التحكيم والمحكم).

فمن ناحية يسأل الأطراف عن الإخلال بالتزاماتهم قبل مركز التحكيم، سواءً التزامات مالية تتمثل في الرسوم المقررة حسب لوائح المركز، أو التزامات غير مالية مثل ضرورة تقديم المستندات اللازمة للفصل في القضية والتي تساعد المركز على إنجاز مهمته، فإن ترتب على تقصير الأطراف في شيء من ذلك عدم استطاعة المركز إنجاز مهمة التحكيم فإنه حينئذٍ لا يكون مسؤولاً عن عدم إتمام المهمة من قبل المحكم، بل للمركز أن يرجع على الأطراف بما يكون مستحقاً له من مبالغ مالية.

ومن ناحية أخرى يسأل الأطراف مسؤولية عقدية قبل المحكم عن الإخلال بالتزامات التي يترتبها عقد التحكيم بين الطرفين، خاصة ما يتعلق منها بأتعاب المحكمين⁽⁹⁴⁾.

تلك المسألة التي لا تثور عادة إلا بشأن التحكيم الفردي، لأن التحكيم المؤسسي تتولى فيه مؤسسة التحكيم حفظ مستحقات المحكم، الذي تكون علاقته في المسائل المالية مع المؤسسة لا مع الأطراف وفق اللوائح التي تضعها مؤسسة التحكيم في هذا الخصوص.

أما في التحكيم الفردي أو الحر فإن المحكم يستحق أتعابه قبل الأطراف مباشرة حسب المتفق عليه بينهما، وللمحكم أن يحبس ما تحت يده من مستندات وقرارات حتى يوفي إليه الأطراف ما عليهم بموجب حق الحبس المقرر وفقاً للقواعد العامة، ولا نرى أن من حق المحكم أن يمتنع عن تكملة الفصل في النزاع بحجة عدم استيفائه حقه قبل الأطراف، إذ أن هذا الحق يصبح واجب الأداء على الأطراف بعد إنجاز المحكم مهمته لا قبل ذلك، وهذا ما يفهم من نص المادة 218 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي التي تقضي بأن "يترك للمحكمين تقدير أتعابهم ومصاريف التحكيم ولهم أن يحكموا بها كلها أو بعضها على الطرف الخاسر وللمحكمة بناءً على طلب أحد الخصوم تعديل هذا التقدير بما يناسب الجهد المبذول وطبيعة النزاع".

94- ومن ثم لا يكون المحكم مسؤولاً عن عدم استطاعته إكمال مهمته بسبب تقصير الأطراف في التزاماتهم، خاصة ما يتعلق منها بإمداده بما يلزم من الأوراق والمستندات.

مبحث ختامي

مدى جواز الاتفاق على إعفاء المحكم أو مركز التحكيم من المسؤولية

إن التكييف الذي انتهينا إليه بصدد مسؤولية مركز التحكيم في التحكيم الاختياري وكونها مسؤولية عقدية سواءً قبل المحكم أو الأطراف، يجعل تلك المسؤولية قابلة للإعفاء منها بمقتضى الاتفاق وفقاً للقواعد العامة (م 2-217 مدني مصري، 383 معاملات مدنية إماراتي) إلا ما ينشأ عن غش المدين أو خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

أما حيث تكون مسؤولية المركز أو المحكم تقصيرية فليس هناك مجال لمثل هذا الاتفاق، ويكون ذلك إذا كان التحكيم إجبارياً، أو كان التحكيم اختيارياً وأخل المحكم أو المركز بالتزام يفرضه عليه القانون. حيث تكون مسؤولية مؤسسة التحكيم والمحكم قبل الأطراف تقصيرية.

أما ما تذهب إليه بعض مراكز التحكيم من إعفاء المركز والمحكمين الذين يعملون وفقاً لنظامها من المسؤولية⁽⁹⁵⁾، فلا يعدو كونه إعفاءً اتفاقياً من المسؤولية ينشأ نتيجة اتفاق الطرفين على إجراء التحكيم وفقاً لقواعد المركز وهي تتضمن هذا الإعفاء⁽⁹⁶⁾.

وفي رأينا أنه لا يمكن اعتبار النص على إعفاء المركز إعفاءً اتفاقياً، ما يعني أنه لا اعتبار له، في الحالة التي يتحفظ فيها أطراف النزاع على هذا النص وهم بصدد اتفاقهم على إحالة النزاع إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز.

ولعل السعي إلى توحيد القواعد الأساسية للتحكيم على المستوى الدولي، خاصة ما يتعلق منها بمسؤولية المحكم ومراكز التحكيم، يحول دون تفاوت القواعد الحاكمة في هذا الشأن وما يستتبعه من آثار سلبية، وإذا كان العالم قد نجح في توحيد قواعد الألعاب الرياضية فلا أعتقد أنه يعجز عن توحيد القواعد التحكيمية، وقد يكون ذلك بحاجة إلى إنشاء اتحاد دولي للتحكيم يضطلع بهذه المهمة.

فلا يخفى ما يترتب من آثار سلبية على قصور القواعد الحاكمة لمسؤولية المحكم، ذلك أن لجوء مؤسسات التحكيم إلى النص على إعفائها أو المحكمين الذين تستعين بهم من المسؤولية يضع أطراف النزاع أمام خيارين لا يقل أحدهما صعوبة عن الآخر:

95- من ذلك نص المادة (37) من قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أنه: " لا يعتبر أي من المحكمين أو المركز أو أي من أعضاء مجلس إدارته أو موظفيه مسؤولاً تجاه أي شخص عن أي فعل أو امتناع فيما يتعلق بأي وسيلة من وسائل حسم المنازعات أو إجراءاتها".

كذلك تنص المادة (24) من النظام الأساسي لمركز دبي للتحكيم الدولي على أنه " لا يكون المركز أو أي من العاملين فيه أو أي عضو في مجلس الأمناء أو في هيئة من هيئات فض المنازعات مسؤولين مدنياً عن أي خطأ غير مقصود في أعمالهم المتعلقة بتسوية المنازعات عن طريق المركز ". وهو نص يترجم الحكم الوارد في المادة 14-1 من قانون تشكيل المحاكم في دبي رقم 3 لسنة 1992 والتي تقضي بأنه " لا يجوز الدعوى الجزائية أو الحقوقية ضد أي قاض من قضاة المحاكم لأي وقائع تتصل بواجبه كقاض ". د. أحمد صدقي، مرجع سابق، ص 62.

96- فتحي والي، مرجع سابق، ص 289.

الخيار الأول:

أن يمتنع الأطراف عن اللجوء إلى التحكيم لأنهم لن يتم تعويضهم عن الخطأ الذي يرتكبه المركز أو المحكم ، ويفضلوا اللجوء إلى القضاء رغم معاناتهم من بطء الإجراءات وتأخر الفصل في القضايا .

الخيار الثاني:

أن يجازف الأطراف باللجوء إلى مركز التحكيم رغم علمهم بعدم مسؤولية المركز أو المحكمين عما يقع منهم من أخطاء . ولعل ما يشجعهم على ذلك مظنة الثقة في المركز أو المحكمين فيستبعدون إمكانية خطئهم من هذا الجانب ، إلا أن ذلك لا يحول بالطبع دون إثارة المشكلة فيما لو أخطأ المركز أو المحكم حيث يجد الأطراف أنفسهم ضحايا لثقتهم التي وضعت في غير محلها .

ولعل هذا يدعونا إلى اقتراح نظام تأميني يضمن تغطية الأضرار الناشئة عن أخطاء المحكمين أو مراكز التحكيم ، بما يضمن فعالية هذا النظام بحيث يؤدي دوره بالفعل في سرعة حسم المنازعات وتخفيف العبء عن القضاء دون التضحية بمصالح الخصوم . وهذه دعوة لرجال القانون والاقتصاد لمزيد من الدراسة للوصول إلى مبادئ قانونية يمكن أن تكفل النجاح لهذا النظام التأميني المقترح .

التوصيات

في ختام هذا العرض الموجز نَحمِل توصياتنا بالآتي :

أولاً :

إنشاء نقابة للمحكمين على غرار النقابات المهنية الأخرى ، تضطلع بمسؤولية الرقابة على إنشاء مراكز التحكيم وتوافر الشروط الفنية اللازمة في مؤسساتها. ويتم تسجيل المحكمين المعتمدين وفقاً للشروط واللوائح التي تصدر في هذا الشأن ، ولا يسمح بمزاولة مهنة التحكيم لغير هؤلاء ، وبالطبع لن يكون اشتراط تخصص القانون أحد تلك الشروط ، فالأمر يتسع لقبول المحكم أياً كان تخصصه العلمي.

ثانياً :

وضع ميثاق أخلاقيات مهنة التحكيم، والتزامات المحكمين المهنية، ونظام الشكاوى المتعلقة بالأخطاء المهنية، وتنظيم لجان التحقيق النقابية فيها، والعقوبات التأديبية المقررة لها والمتناسبة في شدتها مع جسامة الأخطاء المهنية، والتي تدرج من لفت النظر إلى محو القيد من سجل المحكمين النقابيين ومنعه من ممارسة مهنة المحكم.

ثالثاً :

الدعوة إلى تطبيق نظام تأميني يضمن تغطية الأضرار الناشئة عن أخطاء عملية التحكيم ، سواءً مسؤولية شخصية أو تبعية ، وذلك بما يضمن فعالية هذا النظام بحيث يؤدي دوره بالفعل في سرعة حسم المنازعات وتخفيف العبء عن القضاء دون التضحية بمصالح الخصوم .

رابعاً :

توحيد القواعد الأساسية للتحكيم على المستوى الدولي، خاصة ما يتعلق منها بمسؤولية المحكم ومراكز التحكيم، لتفادي تفاوت القواعد الحاكمة في هذا الشأن وما يستتبعه من آثار سلبية، وإذا كان العالم قد نجح في توحيد قواعد الألعاب الرياضية فلا أعتقد أنه يعجز عن توحيد القواعد التحكيمية، وقد يكون ذلك بحاجة إلى إنشاء اتحاد دولي للتحكيم يضطلع بهذه المهمة.

خامساً :

الحاجة إلى مزيد من الجهود لنشر ثقافة التحكيم سواءً لدى المتعاقدين أو المهتمين، وبيان دور المؤسسات التحكيمية المحلية والدولية في هذا الشأن.

أهم المراجع

أولاً: المؤلفات والبحوث:

1. د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي سنة 1981.
2. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة سنة 1987.
3. د. أحمد شرف الدين، دراسة في القانون المصري وأحكام محكمة النقض، اتحاد المحامين العرب - وحدة التدريب وتكنولوجيا المعلومات، سلسلة إصدارات التحكيم التجاري، "التحكيم التجاري" الجزء الأول - 2002.
4. د. أحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة (الشارقة) وإثراء للنشر والتوزيع (الأردن) الطبعة الثانية 2008.
5. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2006م.
6. د. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة الأولى 2008م.
7. د. أشرف وفا، المبادئ العامة لتنازع القوانين، سنة 2004م.
8. د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الثانية 2013 الآفاق المشرقة ناشرون.
9. د. جلال محمد إبراهيم، المسؤولية المدنية للقضاة "مخاصمة القضاة" (محاولة لدراسة قضائية)، كتاب وقائع مؤتمر مسؤولية المهنيين، تنظيم كلية القانون جامعة الشارقة، النشر العلمي جامعة الشارقة، الفترة من 3 - 5 إبريل 2004م.
10. حسن البراوي، الطبيعة القانونية لعقد الاستشاري مع العميل، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية المهنية، كلية القانون جامعة اليرموك بالأردن، 13 - 15 أبريل 2010م.
11. د. حسن عبد الباسط جميعي، رد المحكم في نطاق أحكام القانون رقم 94/27 بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، سلسلة إصدارات التحكيم التجاري، اتحاد المحامين العرب.
12. حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف 1979م.
13. د. سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2006م.
14. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام)، الجزء الأول، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة 2000.
15. د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الثانية 2000م.

16. د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية، دون بيان سنة النشر أو رقم الطبعة.
17. د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى 2007 م.
18. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع طبعة 2012م.
19. مجلة التحكيم، أعداد متفرقة.
20. د. محمد القليوبي، نظم التحكيم المقارنة في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية سنة 2001م.
21. د. محمد عبد الله حمود ، المسؤولية الإدارية للمرافق العامة، كتاب وقائع مؤتمر مسؤولية المهنيين ، تنظيم كلية القانون - جامعة الشارقة، النشر العلمي جامعة الشارقة، الفترة من 3 - 5 إبريل 2004م.
22. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، ج2 مصادر الالتزام، منشأة المعارف 2005م.
23. د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، دار النهضة العربية، طبعة 2011م.
24. د. محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة 2004م.
25. د. مصطفى العوجي، القانون المدني (الجزء الثاني - المسؤولية المدنية)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة 2009م.

ثانياً: القوانين ومشاريع القوانين واللوائح:

26. قواعد الأونسيتال للتحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغتها المنقحة في 2010م.
27. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م.
28. قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992م.
29. مشروع قانون التحكيم الإماراتي.
30. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.
31. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.
32. قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.
33. النظام الأساسي لمركز دبي للتحكيم الدولي.

ثالثاً: مدونات الأحكام والموسوعات القضائية:

34. أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.
35. أحكام محكمة النقض المصرية.

36. أحكام استئناف القاهرة.
37. مجلة القضاء والتشريع (أحكام محكمة التمييز بدبي).
38. مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية.
39. أحمد هبة ، موسوعة مبادئ النقض فى المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى 1991م .
40. عبد المعين جمعة ، موسوعة القضاء فى المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، الكتاب الأول ، ج 1 ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1977م.

حدود الرقابة على دستورية القوانين ومفهوم المحكمة في القضاء الدستوري

تعليق على حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر في جلسة
الثلاثاء الموافق ١٩ من فبراير سنة ٢٠١٣

أ.د. مصطفى عبد المقصود سليم

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة الزقازيق (مصر)
وكلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

ملخص البحث

تعد مشكلة اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى من أمهات الأمور التي تحكم القضاء الدستوري، حيث يتعين أن يكون اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها في القانون المنظم لعمل هذه المحكمة.

هذا الحكم يثير أسئلة تتعلق بما يمكن أن نطلق عليه الصفة في الدعوى الدستورية، ومن هم أصحاب الصفة في الدعوى الدستورية، إنهم طبقاً لنص الدستور الإماراتي وقانون المحكمة الاتحادية العليا السلطات الاتحادية والإمارات والأفراد إذا ما كانت لهم منازعة أمام إحدى محاكم البلاد.

ويحدث في كثير من الأحيان أن ترفع الدعوى أمام القضاء الدستوري بغير الالتزام بما قرره القانون من إجراءات، أو من غير أصحاب الصفة في هذا المجال، وفي هذه الحالة لا بد من الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني، والسؤال الذي عنى هذا الحكم بالرد عليه هو ما إذا كان من حق هيئات التحكيم إحالة النزاع الدستوري إلى المحكمة الاتحادية العليا أم لا، وما إذا كان من الممكن الدفع أمامها بعدم الدستورية أمل لا؟

لقد قررت المحكمة الاتحادية العليا في هذا الحكم أن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص، و مؤدى ذلك هيمنة المصلحة الخاصة للخصوم على الروابط التي تعمل في إطار القانون الخاص، وانتهت المحكمة إلى إرساء قاعدة في هذا المجال مضمونها انصراف لفظ المحكمة الوارد في الدستور وقانون المحكمة العليا بمعناه إلى المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي الحادي منه أو محلي، ولا يمتد إلى غير ذلك من الجهات التي تفصل في المنازعات، ومؤدى ذلك أنه ليس من حق هيئات التحكيم إحالة النزاع الدستوري إلى المحكمة الاتحادية العليا، كما أن الخصوم في دعوى التحكيم ليس لهم الحق في الدفع أمام هذه الهيئات بعدم دستورية القانون أو اللائحة، فإذا ما دفع الخصوم بعدم الدستورية وصرحت لهم المحكمة برفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية، فإن ذلك يعني عدم اتصال المحكمة العليا بالدعوى بما يوجب عدم قبولها.

ويثير الحكم نقاشاً جاداً حول ما يعرف بنطاق الدعوى، وما ذا يشمل هذا المصطلح، وهل المقصود بنطاق الدعوى أشخاصها أم موضوعها.

وقد اهتم التعليق بدراسة نطاق الدعوى من الناحية الموضوعية، والتمييز بين مفهومين متقاربين هما نطاق الرقابة على الدستورية ونطاق الدعوى الدستورية، تاركاً الدراسة التفصيلية لنطاقها من الناحية الشخصية لبحث مستقل يعالج موضوع الصفة في الدعوى الدستورية.

ملهتد

في يوم الثلاثاء الموافق التاسع عشر من شهر فبراير 2013 أصدرت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة حكما في الدعوى رقم 4 لسنة 2012 دستورية⁽¹⁾، وضعت فيه عددا من الضوابط أهمها:

أولا:

نطاق خصومة الدستورية في جانبها الشخصي يتحدد بأشخاص خصومة الموضوع.

ثانيا:

اتصال المحكمة الاتحادية العليا بالدعوى الدستورية يكون وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المحكمة الاتحادية العليا وقانون الإجراءات المدنية الاتحادية، باعتبارهما قانونين اتحاديين ينظمان قواعد وإجراءات الدعوى الدستورية، وباعتبار أن المنازعة الدستورية ذاتها تدخل في ولاية القضاء الاتحادي وتختص بها المحكمة الاتحادية العليا وحدها دون غيرها، وأنه لا شأن للقوانين المحلية بإجراءات هذه المحكمة أو بإجراءات نظر الدعاوى أمامها.

ثالثا:

اقتصار الدعاوى المقامة على حكومة دبي المخاطبة بالقانون المحلي رقم (10) لسنة 2005 على الدعاوى أمام جهات قضائية محلية للإمارة أو لجان ومراكز التحكيم والتوفيق والمصالحة دون الأخرى التي تختص بها المحكمة الاتحادية العليا أو المحاكم الاتحادية.

رابعا:

لابد من التثبت من صحة اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية قبل الدخول في بحث موضوع الدستورية، فإذا حدد القانون طريقا لرفع الدعوى الدستورية فلا بد من اتباعه، وإلا لا تقبل الدعوى.

خامسا:

التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص، و مؤدى ذلك هيمنة المصلحة الخاصة للخصوم على الروابط التي تعمل في إطار القانون الخاص.

سادسا:

انصراف لفظ المحكمة الوارد في الدستور وقانون المحكمة العليا بمعناه الى المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي الاتحادي منه أو المحلي، ولا يمتد إلى غير ذلك من الجهات التي تفصل في المنازعات، ومؤدى ذلك أن صدور قرار من هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى الموضوعية بإقامة الدعوى الدستورية لتقديرها جدية الدفع بعدم الدستورية يعني عدم اتصال المحكمة العليا بالدعوى بما يوجب عدم قبولها.

(1) صدر هذا الحكم برئاسة السيد القاضي الدكتور / عبدالوهاب عبدول - رئيس المحكمة - وعضوية السادة القضاة / شهاب عبدالرحمن الحمادي وفلاح شايح الهاجري و محمد عبدالرحمن الجراح وعبدالعزيز محمد عبد العزيز. والحكم غير منشور.

ملخص الحكم

في غضون عام 2005 ، أبرم عقد مقاوله بين المدعين وبين دائرة الطيران المدني التابعة لحكومة دبي بشأن أعمال إنشاءات وتوسعة لمطار دبي الدولي. وقد تضمن العقد شرطاً تحكيمياً بإحالة أي نزاع قد ينشأ بين الطرفين عند تنفيذ العقد إلى هيئة تحكيم ثلاثية بمركز دبي للتحكيم الدولي. وعلى تطبيق قوانين إمارة دبي والقوانين الاتحادية. وقد نشأ نزاع بين الطرفين بخصوص مستحقات المدعين. فلجأوا إلى المركز المذكور بالدعوى التحكيمية رقم 290 لسنة 2010. ولدى نظر المطالبة أمام هيئة التحكيم، أثارت دائرة الطيران المدني مسألة تحديد هوية المدعى عليها في الدعوى التحكيمية. وتمسكت بما ملخصه أنه بعد إنشاء مدينة دبي للطيران ، لم تعد لدائرة الطيران المدني الأهلية القانونية ، وأن الأولى خلفتها في جميع حقوقها والتزاماتها عملاً بالمادة (1/1) من القانون المحلي لإمارة دبي رقم (24) لسنة 2007 بشأن إلغاء أمر تأسيس دائرة الطيران المدني. وقد قضت المادة المذكورة بأيلولة كافة حقوقها وما عليها من التزامات إلى مؤسسة مدينة دبي للطيران. فيما أصر المدعون أمام الهيئة التحكيمية على دعواهم معتبرين أن حكومة دبي هي المعنية بالعقد وهي طرف في التحكيم. باعتبار أن دائرة الطيران المدني لم تكن تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن حكومة دبي. وأن حكم المادة (1/1) من القانون المحلي سالف الذكر يعني تطبيق القانون بأثر رجعي. وأن موضوعها تشريع في مجال ينفرد الاتحاد بالتشريع فيه وهو مجال المعاملات المدنية. وليس تنظيماً لهذا المجال. كما أن المادة ذاتها تخالف المادة (1109) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي التي تشترط لصحة الحوالة رضاء المحال له في حوالة الدين. وانتهى المدعون إلى الدفع بعدم دستورية المادة (1/1) من القانون آنف البيان (24 لسنة 2007) ، لخالفها وتعارضها مع المواد : 151,149,121,112 من دستور الاتحاد.

وبجلسة 2012/2/1 ، أوقفت هيئة التحكيم نظر الدعوى التحكيمية بعد أن قبلت الدفع بعدم الدستورية. وصرحت للمدعين برفع دعوى طعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا فكانت الدعوى الماثلة.

تحديد عناصر التعليق

من أهم ما تناوله هذا الحكم ما يتعلق بالدفع بعدم الدستورية أمام هيئة التحكيم - بغض النظر عن مضمون هذا الدفع - وترجع أهميته إلى تعلقه بضوابط خريك الدعوى الدستورية، ونعني بذلك من له صفة في خريك الدعوى الدستورية، وأمام من يمكن الدفع بعدم الدستورية.

كما ورد في هذا الحكم بعض القواعد الخاصة بنطاق الدعوى وكيفية تحديد هذا النطاق من الناحية الشخصية، وأن هذا التحديد حكمه الدعوى الموضوعية. وهذا المصطلح - نطاق الدعوى - له أكثر من وجه، فقد يقصد به أشخاص الدعوى، وقد يقصد به موضوعها، كما أن هذا المصطلح قد يختلط بمصطلح قريب منه ظاهرياً، وإن كان يعمل في مجال آخر، وهو نطاق الرقابة على دستورية القوانين، ونرى ضرورة التمييز بين الأمرين.

وبسبب احتمال تداخل المعنيين، محل الرقابة من ناحية، ونطاق الدعوى من ناحية أخرى، آثرنا اختيار عنوان للتعليق يجمع بين المعنيين هو حدود الرقابة على دستورية القوانين، من منطلق أن حدود الرقابة يمكن أن يفهم بمعنى القواعد الخاضعة للرقابة، كما يمكن أن يفهم بأنه يشمل نطاق الدعوى الدستورية.

وننبه إلى أن ما جاء في هذا الحكم فيما يتعلق بمفهوم المحكمة إنما هو جزء من كل وهو موضوع الصفة في الدعوى الدستورية، ونرى قصر هذا التعليق - فيما يتصل بالصفة - على مفهوم المحكمة على أن نفرد دراسة مستقلة لمفهوم الصفة في الدعوى الدستورية فيما بعد إن شاء الله.

على ضوء هذا التمهيد نتناول في هذا التعليق المقصود بنطاق الرقابة على دستورية القوانين أو محل هذه الرقابة، وتمييزه عن نطاق الدعوى الدستورية، ثم نتناول المقصود بالمحكمة في القضاء الدستوري، وما إذا كان هذا المصطلح يشمل هيئات التحكيم، أم أنه يقتصر على المحاكم الرسمية للدولة، وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول	محل الرقابة على الدستورية
المبحث الثاني	نطاق الدعوى الدستورية
المبحث الثالث	مفهوم المحكمة في القضاء الدستوري

المبحث الأول محل الرقابة على الدستورية

مَهَيِّدٌ

لا تسير الدول على أسلوب واحد في الرقابة على دستورية القوانين : فمنها ما يأخذ بالرقابة السياسية، ومنها ما يعتمد أسلوب الرقابة القضائية، وفي الرقابة القضائية تتعدد السبل وتختلف المسالك بين النظم القانونية؛ حيث يأخذ جانب منها بالرقابة عن طريق الدعوى المباشرة، ومنها ما يأخذ بالرقابة عن طريق الدفع، ومنها ما يمزج بين الدفع والدعوى، وفي كل هذه النظم تختلف الفلسفات التي تحكم هذه الرقابة، فقد يوسع نظام من نطاق الرقابة على دستورية القوانين، وقد يضيق البعض الآخر من هذا النطاق، فماذا نقصد بنطاق أو محل الرقابة على دستورية القوانين؟

هذا ما نحاول بيانه في هذا المبحث.

يمكن جلية هذا المعنى من خلال الإجابة على بعض الأسئلة على الوجه التالي:
ماذا تشمل الرقابة على دستورية القوانين؟ وما هي القواعد القانونية التي تخضع لهذه الرقابة، وما هي القواعد المعفاة من هذه الرقابة؟ وهل تتفق الدول في هذا الصدد أم توجد نظم مختلفة؟ وما هو مضمون هذه الرقابة في دولة الإمارات العربية، وهل يمكن بيان دقيق للقواعد القانونية التي تخضع للرقابة على دستورية القوانين؟

إن مصطلح نطاق أو حدود الرقابة على الدستورية أو محل الرقابة على الدستورية هو معنى فلسفي وسياسي يسبق الحديث عن رفع الدعوى وبيان نطاقها ، ويتصل اتصالاً وثيقاً بتنظيم الرقابة بصفة عامة في نصوص الدستور.

فبعد أن يتم الاتفاق من حيث المبدأ على الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين، وبعد اختيار نوع الرقابة وما إذا كانت سياسية أو قضائية، يتعين تحديد دقيق للقواعد القانونية التي يمكن إخضاعها للرقابة على الدستورية، وهل يشمل ذلك القوانين كلها أم جانباً منها، وهل يشمل ذلك اللوائح أم لا، وإذا كان يشمل اللوائح فهل تدخل كل اللوائح في هذه الرقابة أم بعضها دون البعض الآخر، وهذا هو المقصود بنطاق أو محل الرقابة على دستورية القوانين.

وقبل الخوض في تفصيل هذه المسألة نشير إلى بعض الضوابط التي تساعد على عدم تكرار الدراسة في الدول محل المقارنة، هذه القواعد هي:

- 1- عدم خضوع أعمال السيادة لأي نوع من أنواع الرقابة القضائية، يستوي في هذا رقابة الدستورية ورقابة المشروعية، وكل ما هنالك من خلاف هو في ضوابط تحديد ما يعد من أعمال السيادة، فإذا استقر القضاء في دولة ما على اعتبار أمر معين من أعمال السيادة

يتم استبعاده حتما من الرقابة القضائية أيا كان نوع هذه الرقابة؛ دستورية أم إلغاء أم تعويض.

- 2- إذا كان دستور دولة من هذه الدول يأخذ بالنظام النيابي الكامل ولا يأخذ بأية صورة من صور الديمقراطية غير المباشرة، فلا يكون هناك ما يدعو لدراسة هذه الصورة من صور ممارسة الحكم في هذه الدولة، على سبيل المثال إذا كان الدستور في إحدى هذه الدول لا ينص على الأخذ بالاستفتاء فلا معنى لدراسة القوانين التي يستفتى فيها الشعب في هذه الدولة.
- 3- إذا كان نظام الرقابة يعتمد على الرقابة السابقة، فهنا لا يكون ثمة مجال للحديث عن الرقابة اللاحقة في هذه الدولة، كما أن العكس صحيح، بمعنى عدم دراسة الرقابة السابقة في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة، مع مراعاة ما قد يكون من استثناءات في هذا الصدد.

بعد هذا الإيضاح نتناول في هذا المبحث دراسة محل الرقابة على دستورية القوانين، أي القواعد التي تخضع لهذه الرقابة، في كل من فرنسا ومصر والإمارات في المطالب التالية.

المطلب الأول	محل الرقابة في فرنسا
المطلب الثاني	محل الرقابة في مصر
المطلب الثالث	محل الرقابة في دولة الإمارات العربية المتحدة

المطلب الأول محل الرقابة في فرنسا

هناك بعض القواعد القانونية التي لا تخضع للرقابة طبقاً للنظام الفرنسي. سواء منها ما يحتمه أسلوب الرقابة السابقة، ومنها ما قرره المجلس الدستوري وهو بصدد تحديد اختصاصاته. وهذا القواعد هي:

أولاً القوانين التي يستفتى الشعب بشأنها

طبقاً لما استقر عليه المجلس في هذا الصدد فإنه لا ينظر في دستورية القوانين التي يستفتى فيها الشعب لبيان مدى مطابقتها للدستور. أياً كان موضوع هذه القوانين. لأن هذه القوانين - كما يقرر المجلس الدستوري - تعد تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية. أي أنها تعبر مباشرة عن رأي الأمة صاحبة السيادة. ولا تدخل في اختصاص المجلس الدستوري. الذي يعد مجرد هيئة تتولى المحافظة على توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة. ولا يمتد اختصاصه إلى الحكم على ما يصدر عن الأمة مباشرة(2).

وتفسير أحكام المجلس في هذا الاتجاه. وقد يوجه النقد إلى هذا القضاء الدستوري لأنه يسمح للشعب بالموافقة على مشروعات قوانين قد تتعارض مع الدستور. دون أن تكون ثمة وسيلة لرقابة هذه القوانين. وهذا أمر غير طبيعي وغير مستحب. لأن الدستور يجب أن يحترم من قبل الجميع. وليس من قبل السلطات الحاكمة فقط. خاصة مع تزايد الانتقادات الموجهة لكيفية ممارسة الاستفتاءات.

(2) Constantin Kortmann : Souveraineté et constitutionnalité. La revue Administrative 47e année 1994, p. 575.

ومن أحكام المجلس الدستوري في هذا الخصوص حكمه الصادر في 1962/11/6 . يقول المجلس في هذا الحكم الأخير:
من حيث إن اختصاص المجلس الدستوري محدد بدقة في الدستور . وكذلك في نصوص القانون الأساسي الصادر في السابع من نوفمبر 1958 بخصوص المجلس الدستوري . فليس من اختصاص المجلس أن ينظر في حالة أخرى غير تلك المحددة بدقة في هذه النصوص..
وهذا جانب من حيثيات الحكم:

Considérant que la compétence du conseil constitutionnel est strictement délimitée par la constitution, ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 sur le conseil constitutionnel prise pour l'application du titre VII de celle - ci; que le conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes,

Considérant que si l'article 61 de la constitution donne au conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient votés par le parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la constitution qui a fait du conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics, que les lois que la constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, (sont) adoptées par le peuple à la suite d'un référendum constituant l'expression directe de la souveraineté nationale;....

V. Les grandes décisions du conseil constitutionnel. 9^e éd. 1997, p.414 n. 29 et les observations.

ولهذا وقع خلاف بين الفقهاء في تقييم هذا القضاء. حيث يرى بعض الفقه أن هذه القوانين يمكن الطعن عليها أمام المجلس الدستوري. ويؤيد هذا الفريق وجهة نظره استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة الحادية والستين من الدستور(3). وهم يرون أن القوانين التي يمكن الطعن فيها تشمل القوانين التي يوافق عليها البرلمان وتلك التي تعرض على الشعب في الاستفتاء. لأن المادة 61 لم تستبعد هذا التفسير. كما أنهم يرون أن المادة 1/3 من الدستور قد وضعت على قدم المساواة أسلوباً لممارسة السيادة (عن طريق الشعب أو نوابه).

بينما يرى آخرون وعلى رأسهم المجلس الدستوري أن المجلس مجرد رقيب على تصرفات السلطات العامة، ولا يمكن اعتبار الاستفتاء من قبيل التصرفات التي تصدر عن السلطات العامة. لأن الاستفتاء يعد تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية والإرادة العامة. في حين أن التصرفات التي تصدرها السلطات العامة تعد تعبيراً غير مباشر عن هذه السيادة.

ثانياً القوانين التي صدرت بالفعل

أما بالنسبة للقوانين التي صدرت فعلاً، فإنها لا يمكن إخضاعها للرقابة وفقاً للنظام الفرنسي في الرقابة. لأنه من المعلوم أن الرقابة طبقاً للنظام الفرنسي هي رقابة سابقة. ومعنى سابقة أنها تمارس على ما لم يصدر من القوانين. أي على مشروعات القوانين. فإذا صدر القانون أصبح من المستحيل إخضاعه للرقابة على الدستورية. وإلا أصبح ثمة تناقض منطقي بين هذا المسلك وطبيعة الرقابة على الدستورية في مثل هذا النظام.

وإن كان البعض يقرر إمكان حدوث تفاوت في هذا الشأن يسمح بالنظر في دستورية قانون سبق صدوره. وذلك في حالة ما إذا كان مشروع القانون المطروح على المجلس يتضمن تعديلاً في قانون سبق صدوره. ومعنى ذلك أن المجلس لا يسوي بين قانون يعدل قانوناً سابقاً وقانون لا يتضمن مثل هذا التعديل(4).

ولعل صياغة المجلس في هذا الخصوص تدل على ذلك. يقول المجلس في أحد الأحكام:

Si la régularité au regard de la constitution des termes de la loi promulguée peut être utilement contesté à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la

(³) وهذه هي صياغة المادة المذكورة

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la république, le premier ministre ou le président de l'une ou l'autre Assemblée

(⁴) راجع في هذا القول:

Dominique Turpin, Le Conseil Constitutionnel, Son rôle, Sa jurisprudence, librairie Hachette, 1995 p.86 et s.: Bien que l'ordonnance du 7 novembre 1958 ait donné au Conseil Constitutionnel compétence pour connaître de toute question et exception posée à l'occasion de la requête, celui-ci a longtemps précisé que la constitutionnalité des lois antérieures à celle lui étant déférée ne peut être mise en cause, même par voie d'exception devant lui car sa compétence est limitée par l'article 61 de la constitution à l'examen des lois avant leur promulgation(n.78-96 DC du 27 juillet 1978 Rec, p. 29)...Par sa décision n 85-187 du 25 janvier 1985,Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie (Rec. P. 43), le Conseil Constitutionnel a fait valoir que " Si la régularité au regard de la constitution des termes de la loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi".

modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi.

يرى البعض (5) إمكانية القيام برقابة لاحقة بشرط ألا تكون القوانين التي صدرت قد تقرر صراحة أنها مطابقة للدستور. وأن يكون بينها وبين القوانين المعروضة على المجلس صلة وثيقة أو تعتمد عليها. وأن يكون التعرض لها مفيداً لفحص القوانين المعروضة على المجلس..

وقد يتم تعديل الدستور طبقاً للإجراء الذي يتخذ بمعرفة مجلسي البرلمان مجتمعاً في هيئة مؤتمر دون العرض على الشعب. في مثل هذه الحالات من المتصور أن يراقب المجلس الدستوري مدى احترام الإجراءات المنصوص عليها في المادة 89 من الدستور. أي عندما لا يتم اللجوء إلى الاستفتاء. ومن المتصور أيضاً أن يراقب المجلس التعديل الدستوري للتأكد من أن هذا التعديل لا يمثل اعتداء على وحدة التراب الوطني أو يعرض الشكل الجمهوري للخطر.

بعد هذا الاستبعاد للقواعد التي لا تخضع للرقابة. نتناول القواعد التي تخضع للرقابة على دستورية القوانين. وهي.

- 1 - القوانين العادية
 - 2- القوانين الأساسية
 - 3- اللوائح البرلمانية
 - 4- المراسيم والأوامر وكل الأعمال الصادرة من رئيس الدولة.
- ويتم إخضاع القوانين الأساسية واللوائح البرلمانية لرقابة إجبارية و يتم إخضاع القواعد الأخرى لرقابة اختيارية.

الرقابة الإجبارية:

1) القوانين الأساسية

القوانين الأساسية Lois organiques هي القوانين التي يصوت عليها البرلمان. بهدف إكمال نصوص الدستور أو تحديدها. وقد نص الدستور الفرنسي الحالي على الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى القوانين الأساسية على سبيل الحصر. وجعل من هذه المجموعة من القوانين قاعدة وسطاً بين القوانين الدستورية والقوانين العادية. وذلك بإخضاعها لشروط خاصة لإصدارها ورقابتها(6). وذلك طبقاً للمادة 46 من هذا الدستور. ويشير الفقه إلى عدد كبير من الأحكام التي أصدرها المجلس الدستوري بخصوص القوانين الأساسية. وهذا شيء منطقي ما دامت الرقابة إجبارية في هذا النوع من القوانين.

(5) الأستاذ دومينيك توربان. ص 87 من كتابه السابق.

(6) Lexique de termes juridiques p. 332.

ويراقب المجلس هذه القوانين ليتأكد من أنها قد صدرت في الشكل الذي حدده الدستور . وفى حدود الإجراءات المنصوص عليها في المادة 46 من الدستور(7).

وإذا كان من غير الممكن أن تصدر المسائل التي توصف بأنها أساسية في صورة قانون عادي . فإن العكس متصور حدوثه وفى هذه الحالة يكتفى المجلس بإعلان أن النصوص التي صدرت في شكل قانون أساسي ليس لها سوى قيمة القانون العادي(8) . ولكن ليس من المسموح به أن يتم استخدام أسلوب إصدار القوانين الأساسية لإصدار قانون له طبيعة دستورية يتم من خلاله تعديل الدستور. وقد حكم المجلس الدستوري بعدم دستورية بعض مواد قانون يتعلق بحرية الاتصالات لأن هذه المواد تضمنت النص على كيفية تعيين بعض كبار الموظفين بالخالفه للمادة رقم 13 من الدستور التي تقضى بأن التعيين في هذه الوظائف ينظم بقانون أساسي. وبالمقابل لم يقض المجلس بعدم دستورية قانون أساسي كان قد تناول بالتشريع أموراً من اختصاص القانون العادي(9).

أخيراً نشير إلى مدى اختصاص المجلس الدستوري برقابة القوانين الخاصة بالتعديلات الدستورية. وقد حدث خلاف بهذا الشأن بين الفقهاء. بين مؤيد لهذه الرقابة. وحجتهم في هذا أن الدستور نص على قيود لتعديله. وإذا لم تكن هناك وسيلة لرقابة احترام هذه التعديلات فلا فائدة من وجودها في الدستور⁽¹⁰⁾. بينما ينكر آخرون هذا الاختصاص على المجلس الدستوري وهو ما تؤكد أحكام المجلس نفسه. ومن هذه الأحكام حكمه الصادر برقم 469 لسنة 2003 في السادس

(7) N. 60-6 DC du 15 janvier 1960, magistrats musulmans Rec. p. 21.

يراجع في إيضاح هذه المسألة من الفقه العربي الأستاذ الدكتور صلاح الدين فوزي الدعوى الدستورية. دار النهضة العربية 1993 ص 53 وما بعدها. دومينيك توربان. المجلس الدستوري المرجع السابق ص 64. تنص هذه المادة على ما يلي:
- القوانين التي يعطيها الدستور صفة القوانين الأساسية يجري التصويت عليها وتعديلها وفقاً للأوضاع الآتية :
- لا يعرض المشروع أو الاقتراح للمناقشة والتصويت عليه في المجلس الذي قدم إليه أولاً إلا بعد مضي خمسة عشر يوماً من إيداعه .
- وتطبق في هذه الحالة الإجراءات المنصوص عليها في المادة 45 ومع ذلك فإنه في حالة عدم الاتفاق بين المجلسين فإن النص لا يكون إقراره من الجمعية الوطنية في الدائرة الأخيرة إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها .
- والقوانين الأساسية التي تتعلق بمجلس الشيوخ يجب أن يتم إقرارها بنفس النص من المجلسين .
- ولا يجوز إصدار القوانين الأساسية إلا بعد أن يقرر المجلس الدستوري مطابقتها للدستور .
من أهم أحكام المجلس في هذا المجال حكمه الصادر في السابع والعشرين من يناير 1967 بشأن القانون الأساسي بشأن محكمة النقض . حيث قرر المجلس عدم دستورية هذا القانون لتعارضه مع مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل.

(8) Le conseil constitutionnel invoque les dispositions d'une loi organique pour juger de la conformité à la constitution d'un texte législatif. Cette loi organique ayant été mise en vigueur par ordonnance (ordonnance de 2 janvier 1959 relative aux lois de finances), le juge constitutionnel est ainsi amené - dès sa première décision - à examiner la constitutionnalité d'une loi votée par le législateur en s'appuyant sur le contenu d'un acte formel de l'exécutif et non sur le contenu de la constitution elle - même!

CC. 11 août 1960 redevance radio - télévision (8DC), grande décisions, et les observations p. 94 et s.

(9) CC. 217 DC de 18 décembre 1986. CC décision 62 DC de 28 janvier 1976.

مشار إليه في د: صلاح الدين فوزي. المرجع السابق ص 55 و56.

(10) L.Favoreu et L.Philippe. Les grandes décisions du conseil constitutionnel , p.820.

مشار إليه في الدكتور رجب محمود طاجن. قيود تعديل الدستور - دراسة في القانونين الفرنسي والمصري. الطبعة الثانية 2008 ص 299.

والعشرين من مارس 2003 وهو الحكم الذي قرر فيه المجلس عدم اختصاصه بنظر دستورية قوانين التعديل الدستورية⁽¹¹⁾.

(2) اللوائح البرلمانية

تعد اللوائح البرلمانية وسيلة أكثر تأثيراً في سير الحياة السياسية من الدستور ذاته ، في يد الحزب الحاكم ، ولذلك لا يصح السماح بأن تصدر مثل هذه اللوائح من البرلمان وحده بمجرد موافقته عليها. لهذا أخضعها الدستور الفرنسي للرقابة الإلزامية للمجلس الدستوري ، لأنها تقوم بوضع القواعد الدستورية موضع التطبيق⁽¹²⁾.

وتظل الرقابة ملازمة للوائح البرلمانية في كل تعديل يتم إدخاله عليها ، ويتشدد المجلس الدستوري في رقابته للوائح البرلمانية أكثر من غيرها ، حيث يتطلب في هذه اللوائح أن تكون متطابقة مع الدستور. ولا يكتفى بأن تكون غير متعارضة ، وهو ما يعنى أن دستورية نصوص اللوائح البرلمانية تدور مع نصوص الدستور وجوداً وعدماً.

□ الرقابة الاختيارية:

تشمل هذه الرقابة ما يلي:

(1) القوانين العادية (مشروعات القوانين العادية)

لا يتم إخضاع القوانين العادية للرقابة الإلزامية ، إنما تخضع لرقابة اختيارية ، وليس الاختيار هنا للمجلس الدستوري. ولكن للجهات التي سمح لها الدستور بطلب إخضاع هذه القوانين لرقابة المجلس الدستوري. وهذه الجهات - طبقاً لنص المادة 2/61 من الدستور - هي رئيس الجمهورية ، رئيس الوزراء ، رئيس الجمعية الوطنية ، رئيس مجلس الشيوخ ، ومنذ 1974 أصبح من حق ستين عضواً من أعضاء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ القيام بذلك ، ولا بد من أن تتم إحالة القانون إلى المجلس قبل صدوره.

تنص المادة 61 من الدستور على ما يلي:

- يجب أن تعرض على المجلس الدستوري القوانين الأساسية قبل إصدارها ولوائح المجالس البرلمانية قبل تطبيقها ليقرر مدي مطابقتها للدستور .
- ويجوز أن يعرض رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أي من المجلسين القوانين قبل إصدارها على المجلس الدستوري لنفس الغرض .

⁽¹¹⁾ مشار إليه في الدكتور رجب طاجن المرجع السابق ص 304. كما يشير إلى حكم آخر صدر عن المجلس في التاسع عشر من مايو 2005 ص 309 وما بعدها.

⁽¹²⁾ Décision n 86-225 DC du 23 janvier 1987, Rec . p.13, il s'inspire pour dégager un principe de valeur constitutionnelle de procédure, Dominique Turpin op. Cit. p. 90. Décision 59 - 2 DC Rec. 58, grandes décisions n 3 p. 36.

(هو في الحقيقة لا يزال مشروعا ولكن المجلس يستخدم لفظ القانون) ولكن لا يقبل المجلس الرقابة على قانون مازال في مرحلة النقاش البرلماني(13) . ولا يجوز الطعن أمام المجلس في حذف مادة . لأن المجلس لا يبحث في مادة غير موجودة في القانون(14).

(2) المراسيم ومختلف الأعمال الرئاسية

لم ينص الدستور على اختصاص المجلس الدستوري برقابة هذه الأعمال . ولذلك يقرر المجلس عدم اختصاصه بنظرها(15).
ولكن المجلس راقب بطريقة غير مباشرة أحد المراسيم لبيان مدى احترام هذا المرسوم للمادتين 34 ، 37 من الدستور(16) . ولكن القاعدة هي أنه غير مختص بذلك لدخول هذا العمل في اختصاص مجلس الدولة.
ونرى الاكتفاء بهذا القدر فيما يتعلق برقابة أعمال السلطة التنفيذية لدخولها في اختصاص القضاء الإداري(17).

(¹³) Décision n 76 - 69 DC du 8 novembre 1976, Rec. p. 37.

(¹⁴) Décision n 89 - 268 DC du 29 décembre 1989, Rec. p. 110.

(¹⁵) Décision n 84 - 184 DC du 29 décembre 1984, Rec p. 94.

(¹⁶) Décision n 59 - 1 FNR du 27 novembre 1959 Rec p. 71.

فقد تقدم عدد من أعضاء مجلس الشيوخ باقتراح بإلغاء هذا المرسوم لأعتدائه على المجال المخصص للقانون . وفي الثاني والعشرين من يناير 1990 . بالقرار رقم: 33 - Rec. p. 269 DC - 89 . نظر المجلس في مدى تطابق مرسوم رئاسي مع الدستور - راجع دومينيك توربان. المرجع السابق ص 94. وتراجع ص 60 وما بعدها من كتاب الأحكام الكبرى للمجلس الدستوري . الحكم رقم 5:

Les dispositions susvisées de l'article 2, al./3, de l'ordonnance de 7 janvier 1959 ont un caractère réglementaire en tant qu'elles fixent le nombre total des membres du conseil chargé d'administrer la Régie autonome des transports parisiens et celui des représentants des collectivités locales qui font partie de ce conseil.

(¹⁷) يمكن مراجعة التفاصيل في كتاب توربان السابق ص 96 وما بعدها.

المطلب الثاني محل الرقابة في مصر

يترتب على اختلاف النظم الدستورية تفاوت في القواعد الخاضعة للرقابة من نظام إلى نظام آخر. فإذا كانت القوانين التي صدرت بالفعل لا تمكن مراقبتها طبقاً لنظام الرقابة السابقة، فإن هذه القواعد هي التي تخضع للرقابة في النظم التي تأخذ بالرقابة اللاحقة. كما أن إخضاع القوانين التي يستفتى الشعب بشأنها لهذه الرقابة قد تكون محل خلاف بين أحكام القضاء وآراء الفقهاء، وهذا ما نحاول تبينه في النظام الدستوري المصري لبيان ما قد يكون من خلاف بينه وبين النظام الفرنسي.

أولاً: القوانين

وهي تشمل ما يلي:

1 - القوانين التي صدرت بالفعل

يأخذ الدستور المصري بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وهي بطبيعتها رقابة لاحقة على صدور القانون، وبالتالي فإن القوانين التي صدرت بالفعل تكون محل رقابة على دستورتها، فهذه الرقابة ترتبط بطبيعة النظام الرقابي، ومن المنطقي أن لا تخضع مشروعات القوانين لهذه الرقابة ما لم ينص المشرع صراحة على حالات محددة يسمح فيها بالرقابة السابقة كما هو الحال في مصر فيما يتصل بقوانين الانتخابات والقوانين الخاصة بالانتخابات الرئاسية. وقد عاجلت المادة (184) من الدستور المصري الحالي الذي حل محل دستور 1971 هذا النوع من الرقابة وجاء نصها كما يلي:

يعرض رئيس الجمهورية، أو مجلس النواب، مشروعات القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور. وتصدر قرارها في هذا الشأن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها؛ فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر وجب إعمال مقتضى قرارها قبل إصدار القانون. ولا تخضع هذه القوانين للرقابة اللاحقة المنصوص عليها بالمادة (181) من الدستور. (182).

وتشمل هذه القوانين ما يلي:

** القوانين العادية الصادرة من مجلس الشعب وفقاً للإجراءات المعتادة (والمقررة بالمواد من 109 - 113 من دستور 1971 (18)). وتقابلها المواد 99 وما بعدها من الدستور الحالي.

(18) المادة 109: لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين.

المادة 110: يحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه، على أنه، بالنسبة إلى مشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب فإنها لا خال إلى تلك اللجنة إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لإبداء الرأي في جواز نظر المجلس فيها، وبعد أن يقرر المجلس ذلك.

المادة 111: كل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه ثانية في نفس دورة الانعقاد.

المادة 112: لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها.

المادة 113: إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر. وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر.

والحديث حول هذا النوع من القوانين لم يكن محل جدال فقهي ولذلك نكتفي بإدراجه ضمن القواعد الخاضعة للرقابة دون تفصيل.

** القوانين الأساسية أو المكملة للدستور

يقصد بالقوانين الأساسية القوانين التي تنظم عمل السلطات العامة في الدولة وتخضع في إصدارها لإجراءات مغايرة لتلك التي تخضع لها القوانين العادية. وقد جاء النص على هذه القوانين الأساسية في المادة 195 من دستور 1971 بعد تعديله عام 1980.

وقد نصت هذه المادة على أن يؤخذ رأي مجلس الشورى فيما يلي:

1- ..

2- مشروعات القوانين المكملة للدستور.

3- ..

ويعرف الفقه القوانين المكملة للدستور بأنها القوانين الأساسية التي نجد لها مثيلاً في القوانين الفرنسية. والتي تقوم بتنظيم مسائل معينة متصلة بنظام الحكم في الدولة ، أي أنها تقتصر على القوانين التي تتصل بنظام الحكم في الدولة (19).

وقد حددت المحكمة الدستورية العليا المقصود بهذا النوع من القوانين فقررت:

”إن القوانين المكملة للدستور، وإن نص الدستور على حتمية عرض مشروعاتها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها ، إلا أن إيراد الدستور لهذه العبارة لم يقتض بها ما يعين على إيضاح معناها بما لا خفاء فيه... ولا اعتبار مشروع قانون معين مكملًا للدستور يتعين توافر أمرين:

[أولهما]

أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون ، أو في الحدود التي يبينها القانون ، أو طبقاً للأوضاع التي يقررها ، فإن هو فعل دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى.

[ثانيهما]

أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها ، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية ، والتي يتعين أن يكون التنظيم التشريعي مكملًا لها وأن يكون محدداً لمضمونها مفصلاً لحكمها مبيناً لحدودها ، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازماً كأمر مبدئي يجب التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لا يعد مكملًا للدستور ، إلا أنه ليس شرطاً كافياً، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معاً متضافرين استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية ، بل يكون غريباً عنها مقحماً عليها (20).

(19) الدكتور رمزي الشاعر القانون الدستوري - النظرية العامة والنظام الدستوري المصري 1997 ص 551 وما بعدها.

(20) القضية 7 لسنة 8 قضائية دستورية - جلسة 15 مايو 1993 - منشور في الجزء الخامس ، المجلد الثاني من أحكام المحكمة الدستورية العليا ص 260 وما بعدها القاعدة رقم 22.

ولكن نظل هناك صعوبة لا مفر من التسليم بها وهي تتعلق بتحديد القواعد الدستورية بطبيعتها ، حيث لا يمكن تقديم حصر لهذه القواعد ، وبالتالي نظل في حاجة إلى تقديم معيار دقيق لما يندرج تحت هذه القواعد.

هذا النوع من القوانين قد يصدر من السلطة التنفيذية تطبيقاً للمادتين 108 ، 147 من الدستور(21) ، كما أنه من الجائز دستوريا أن تصدر هذه القوانين بناء على استفتاء شعبي طبقاً للمادة 74 ، والمادة 152 من الدستور(22).

** القوانين الصادرة قبل العمل بالدستور الحالي

أرست المحكمة العليا في هذا المجال قاعدة مؤداها أن الدستور المصري الحالي وإن نص في المادة 191 منه على أن "كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً وناظراً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور".

إلا أن هذه المادة لا تظهر هذه القوانين من عيوبها الدستورية ، ومعنى ذلك أن هذه المادة تعنى فقط مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها من العيوب أو تحصينها من الطعن بعدم الدستورية لأن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات، باعتبارها أسمى القواعد الآمرة ومن ثم فإن ذلك النص لا يعنى سوى مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب، ودون تحصينها من الطعن بعدم الدستورية، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم ، فليس معقولاً أن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور ونظمه وأصوله المستحدثة، مع أن رقابة دستورتها أولى وأوجب(23).

(21) نصت المادة 108 من الدستور على أن "الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون".

كما نصت المادة 147 من الدستور على أن "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تختمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر".

(22) ويشير الفقه إلى أنه قد تم صدور عدد من القوانين الأساسية استناداً إلى المادة 147 ومن ذلك القرار بقانون 46 لسنة 1972 المنظم للسلطة القضائية ، والقرار بقانون 47 لسنة 1972 المنظم لمجلس الدولة ، والقرارات بقوانين رقم 121 لسنة 1979 و 22 لسنة 1979 و 23 لسنة 1979 و 201 لسنة 1990 بتعديل قانون مجلس الشعب والقرارات بقوانين 41 لسنة 1979 و 2 لسنة 1987 و 202 لسنة 1990 و 220 لسنة 1994 بتعديل قانون مباشرة الحقوق السياسية ، كما أن هذه السوابق تشير إلى أن رئيس الجمهورية قد استخدم هذا الحق في الاستفتاء الذي أجري في الحادي عشر من فبراير 1977 وصدر بهذا الشأن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 2 لسنة 1977 متضمناً بعض الموضوعات التي تدخل في إطار القوانين المكملة للدستور، راجع الدكتور رمزي الشاعر المرجع السابق ص 561 وما بعدها - الدكتور صلاح الدين فوزي - الدعوى الدستورية 1993 ص 52 وما بعدها.

(23) وفي الموضوع حكمت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم 31 لسنة 1963 بتعديل المادة الثانية عشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون 55 لسنة 1959 فيما نصت عليه من اعتبار القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين إلى المعاش أو الاستبعاد

2- القوانين التي يستفتى الشعب بشأنها

حول هذه النقطة نلمس خلافا بين موقف المجلس الدستوري وموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر. التي أصدرت أحكاما تسير على سياسة مغايرة لمسلك المجلس الدستوري ، وبالتالي فإن الموضوعات التي يستفتى الشعب بشأنها لا تعد من الموضوعات المستبعدة من الرقابة في مصر.

ولم تستبعد المحكمة في أحكامها القوانين الدستورية. بل إن نص الدستور قد يستوعب مثل هذه القوانين كما يتضح من نص المادة 152 من دستور 1971 التي تنص على أن لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. وهي صياغة عامة تفتح كل المجالات أمام المحكمة الدستورية العليا.

تقول المحكمة في أحد هذه الأحكام التي تتعلق بالتصرفات التي تعرض على الشعب في الاستفتاء :

”ولا يحول الاستفتاء الشعبي دون الطعن على هذا القرار أو تطهيره من العيوب التي شابته ، إذ ليس من شأن هذا الاستفتاء أن يرد قرارا معدوما إلى الحياة ، ولا إسباغ الصحة على قرار ولد باطلا ، ولا أن يغير من طبيعته ، فيلحقه بأعمال السيادة”(24).

كما قررت المحكمة الدستورية العليا أيضا:

”أن ما نصت عليه المادة 152 من الدستور من أن لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية ، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء ذريعة إلى إهدار أحكام الدستور أو مخالفتها ، لأن الموافقة الشعبية على المبادئ التي تم الاستفتاء عليها لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية.. وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور فتتقيد بأحكامه”(25).

أما القوانين الخاصة بتعديل الدستور فقد أصدرت المحكمة حكما بعدم اختصاصها بهذه القوانين احتراماً لاختصاصها المحدد في الدستور والمادة 25 من قانونها التي حدد اختصاصها برقابة دستورية القوانين واللوائح. وإن كان هذا الاتجاه محل نقد لأنه موقف يعني التسوية بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التي تتولى تعديل الدستور⁽²⁶⁾، والأمر محل جدال فقهي. وقد يكون

أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة. المحكمة العليا القضية رقم 6 لسنة 1 قضائية دستورية - جلسة 6 نوفمبر 1971 - منشور في أحكام وقرارات المحكمة العليا - الجزء الأول - ص 114 وما بعدها. يراجع مؤلف الدكتور صلاح الدين فوزي السابق ص 59 وما بعدها.

(24) المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم 14 لسنة 8 قضائية ”تنازع“ منشور في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الخامس ، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو 1991 حتى آخر يونيو 1992 ص 422 القاعدة رقم 8.

(25) القضية رقم 56 لسنة 6 قضائية دستورية - جلسة 1986/6/21 ، منشور في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثالث ص 353 القاعدة رقم 51.

(26) راجع الدكتور عبد الحفيظ الشيمي. نحو رقابة التعديلات الدستورية. دراسة في بعض جوانبها النظرية والعملية. دار النهضة العربية 2007 ص 231. راجع أيضا الدكتور رجب محمود طاجن المرجع السابق ص 328 وما بعدها.

من المناسب انتظار موقف قريب من المحكمة الدستورية العليا تعلن فيه رأيها في هذه المشكلة من جوانبها الشكلية والموضوعية، بما ينفي كل جدل حولها.

ثانياً: اللوائح

تطورت الرقابة على دستورية اللوائح في مصر. فقد اختلفت صياغة القوانين في هذا الصدد في عهد المحكمة العليا وفي ظل المحكمة الدستورية العليا على الوجه الآتي:

كانت المادة الرابعة فقرة أولى من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار بقانون رقم 1969/81 تنص على اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين دون أية إشارة إلى اللوائح.

لكن المحكمة العليا تعرضت لدستورية اللوائح و أصدرت المحكمة العليا حكماً بعدم دستورية المادة 60 من اللائحة رقم 1966/3309 بإصدار نظام العاملين بالقطاع العام ، وذلك فيما تضمنه هذا النظام من تعديل لطرق التظلم من الجزاءات التأديبية التي توقع على هؤلاء العاملين وجاء في أسباب هذا الحكم:

”من حيث إن رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه . باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم . ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذي يعنيه المشرع في المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا(27) ، وفي مذكرته الإيضاحية(28) ، إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها ، وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية. أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري. ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً. بل إن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية . التي تمثل الكثرة بين التشريعات . كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط . ويؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية كاللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع . وإن لم تكن كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية . وهذه الوسيلة أكثر ملاءمة لمقتضيات أعمال السلطة التنفيذية وتطورها المستمر. ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها إلى المحاكم لتقضي في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستورتها بأحكام غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً(29).

(27) تنص هذه المادة على ما يلي: تختص المحكمة العليا بما يأتي:

1- الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم . وتحدد المحكمة . التي أثير أمامها الدفع . ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع. فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد : اعتبر الدفع كأن لم يكن.

(28) جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة العليا . رقم 81 لسنة 1969 . بصدد المادة الرابعة سالفة الذكر . وقد بينت المادة الرابعة من المشروع اختصاص المحكمة العليا وانفرادها دون غيرها من المحاكم بالفصل في دستورية القوانين . وذلك في حالة ما إذا دفع أمامها بعدم دستورية القانون أمام إحدى المحاكم في أثناء نظر دعوى مرفوعة أمامها . حتى لا يترك أمر البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العمل القضائي في الجمهورية العربية المتحدة . وحتى لا تتباين وجوه الرأي فيه.

(29) الدعوى رقم 4 لسنة 1 القضائية - جلسة 1971/7/3 - منشور في أحكام وقرارات المحكمة العليا إعداد المستشارين ياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان الجزء الأول في دعاوى الدستورية . طبعة 1973 ص 63 القاعدة رقم 2 . ومشار إليه في المحاضرة التي ألقاها السيد الأستاذ المستشار أحمد مدوح عطية رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق بتاريخ الثالث والعشرين من ديسمبر عام ألف وتسعمائة وتسعة وسبعين . بدعوة من الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع . و هذه المحاضرة منشورة بالعدد 375 من مجلة مصر المعاصرة . وهى منشورة أيضاً بالجزء الأول من أحكام المحكمة الدستورية العليا - وثائق إنشاء المحكمة والأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى 30 يونيو 1981 ص 107 وما بعده.

وكان الفقه يرى أن التفسير السليم للنص الوارد في قانون المحكمة العليا يقتضى قصر الرقابة على القوانين بمعناها الشكلي، بحيث لا تمتد إلى اللوائح أو القرارات التنظيمية(30).

ولكن رقابة المحكمة العليا على اللوائح إنما تقتصر على الناحية الدستورية منها ولا تمتد بحال إلى بحث التعارض بين اللوائح والقوانين ، وهذا طبيعي لدخوله في نطاق دعوى المشروعية لا نطاق الدستورية.

وقد استقرت الأحكام باطراد على هذا المبدأ ، ومنها حكم المحكمة العليا في القضية رقم 9 لسنة 5 القضائية دستورية بتاريخ 1976/11/6 الذى جاء به "أن مجال الرقابة القضائية على دستورية التشريعات ينحصر في التحقق من مطابقة أو عدم مطابقة القوانين واللوائح للدستور ، ولا يمتد إلى بحث التعارض بين اللوائح والقوانين ، ولا بين التشريعات الأصلية أو الفرعية ذات المرتبة الواحدة"(31).

وفي 1971/9/11 صدر الدستور الدائم ونص في المادة 175 منه على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القانونية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون ، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها". إلا أن هذا النص لم يحدد اللوائح التي تخضع للرقابة.

والرأي الراجح في الفقه يرى أن لفظ اللوائح قد ورد في الدستور عاما، وبالتالي فإن الرقابة تشمل كل أنواع اللوائح، أخذا بالقاعدة الأصولية التي تقضى بأن العام يحمل على عموميه، والمطلق يجري على إطلاقه ، حيث لا يجوز تخصيص العام بدون مخصص ، وإلا كان في هذا التخصيص مخالفة للدستور، كما أن رقابة مجلس الدولة على اللوائح مقصورة على رقابة مشروعيتها، ومن المعلوم أن اللائحة تتحصن بمرور ستين يوماً على صدورها ، ومؤدى ذلك أن اللائحة إذا صدرت وقد شابها عيب مخالفة الدستور، ولم يطعن عليها خلال تلك المدة، فإن المجلس لا يملك إلغائها، وكل ما يختص به هو إلغاء القرار الفردي الصادر تطبيقاً لها، أو القضاء بتعويض لمن أضرار به ، بغير أن تكون لهذا الحكم أية حجية في غير تلك القضية بالذات، في حين أن رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية اللوائح تتيح لها الحكم بعدم دستورية أية لائحة تخالف الدستور، دون أي قيد زمني.

ومن المصالح التي يمكن أن تجنيها من إخضاع اللوائح لرقابة القضاء الدستوري التأكيد على مبدأ سيادة القانون لما لبعض هذه اللوائح من أهمية، وخاصة ما ينظم منها حرية المواطنين وأمنهم ،

(30) الدكتور سعد عصفور - النظام الدستوري المصري - دستور 1971 - طبعة 1980 ص 284 وما بعدها. الدكتور صلاح الدين فوزي - الدعوى الدستورية - 1993 ص 51.

(31) المحاضرة السابقة ، ص 135 ، والحكم الصادر بتاريخ 1976/4/3 كما يشير الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر في مؤلفه - القانون الدستوري - النظرية العامة والنظام الدستوري المصري 1997 ص 681.

وهذا الحكم صادر في الدعوى 14 لسنة 4 القضائية - ومنشور في مجموعة الأحكام الجزء الأول ص 395 ، د: سعد عصفور - المرجع السابق ص 286.

كما أنه يحقق ما تغيّاه المشرع من إنشاء المحكمة الدستورية العليا لمنع تضارب الأحكام وتناقضها في تفهم نصوص الدستور.

ولكل ذلك التزم قانون المحكمة الدستورية العليا الأخير عموم نص المادة 175 من الدستور ، ونص على امتداد اختصاص المحكمة إلى كافة اللوائح دون تحديد(32). وقد جاءت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا مؤيدة لهذه الوجهة من النظر حيث قررت أن هذا القانون قد حرص على أن يكون لهذه المحكمة دون غيرها القول الفصل فيما يثور من منازعات حول دستورية القوانين واللوائح ، سواء أكانت قوانين عادية صادرة من السلطة التشريعية أم تشريعات لائحية فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري. وسواء أكانت هذه اللوائح عادية أم لوائح لها قوة القانون. وعلى هذا الرأي تسيّر أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(32) المحاضرة السابقة. وهذا هو نص المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا:

"تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

المطلب الثالث محل الرقابة في دولة الإمارات

- نص الدستور في دولة الإمارات العربية المتحدة على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في مجال الرقابة على دستورية القوانين في المادة 99 منه. وجاء هذا النص كما يلي:
- تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية:
- 2- بحث دستورية القوانين الاتحادية، إذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لخالفته لدستور الاتحاد. وبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات، إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية، لخالفته لدستور الاتحاد، أو للقوانين الاتحادية.
 - 3- بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها. وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد.
- كما تضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 10 لسنة 1973 تنظيم الرقابة في المادة 4/33 منه بذات الصياغة :
- 2- بحث دستورية القوانين الاتحادية اذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لخالفته لدستور الاتحاد .
 - 3- بحث دستورية التشريعات الصادرة من إحدى الإمارات الاعضاء اذا ما طعن فيها من قبل احدى السلطات الاتحادية لخالفته لدستور الاتحاد او للقوانين الاتحادية.
 - 4- بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً إذا ما أحيل اليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الاتحاد أو الإمارات الاعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها.

ومن خلال هذه النصوص يتضح أن القواعد التالية تخضع للرقابة:
أولاً:

التشريعات والقوانين

ونرى من المفيد بيان المقصود بالقوانين الاتحادية

نصت المادة 110 من الدستور الإماراتي على أن:

(1) تصدر القوانين الاتحادية بموجب أحكام هذه المادة وغيرها من أحكام الدستور المناسبة...

(2) يصبح مشروع القانون قانوناً بعد اتخاذ الإجراءات التالية....

4- ومع ذلك إذا اقتضى الحال إصدار قوانين اتحادية في غياب المجلس الوطني الاتحادي، فللمجلس وزراء الاتحاد أن يستصدرها عن المجلس الأعلى ورئيس الاتحاد على أن يخطر المجلس الاتحادي في أول اجتماع له.

كما نصت المادة 113 من هذا الدستور على أنه إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد المجلس الأعلى ما يوجب الإسراع على (في) إصدار قوانين اتحادية لا تختمل التأخير، فلرئيس الاتحاد ومجلس الوزراء مجتمعين إصدار ما يلزم منها، وذلك في شكل مراسيم لها قوة القانون بشرط ألا تكون مخالفة للدستور....

أخيراً نصت المادة 115 على أن للمجلس الأعلى أن يفوض رئيس الاتحاد ومجلس الوزراء مجتمعين في إصدار ما يقتضي الأمر إصداره في غيبة المجلس الأعلى من المراسيم التي يختص المجلس المذكور

بالتصديق عليها على ألا يشمل هذا التفويض الموافقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية أو إعلان الأحكام العرفية ورفعها أو إعلان قيام الحرب الدفاعية، أو تعيين رئيس أو قضاة المحكمة الاتحادية العليا.

تناولت هذه النصوص الصور التي يمكن أن تصدر بها القوانين الاتحادية، الصورتان الأوليان نصت عليهما المادة 110 وذلك في حالة اجتماع المجلس الوطني الاتحادي وفي حالة غيابه، أما الصورة الثالثة فهي التي نصت عليها المادة 113 وهي الخاصة بالحالة التي تدعو فيها الضرورة إلى إصدار قوانين اتحادية فيما بين أدوار انعقاد المجلس الأعلى للاتحاد، وأخيراً تضمنت المادة 115 ضوابط التفويض في الاختصاصات التي يختص المجلس الأعلى بالتصديق عليها.

كل القوانين التي تصدر طبقاً لأية صورة من هذه الصور تخضع للرقابة على دستورية القوانين، لأن النص الخاص بالرقابة على الدستورية لم يميز بينها في هذا الحكم، بل جاءت صياغة المادة 99 من الدستور في غاية العمومية (بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً)، ولا يخل بهذه العمومية الخلاف الشكلي المرتبط بالمسميات المستخدمة في الدستور، فقد جاء الباب الخامس من الدستور تحت عنوان (التشريعات والمراسيم الاتحادية والجهات المختصة بها)، ثم جاء عنوان الفصل الأول منه بعنوان القوانين الاتحادية والفصل الثاني بعنوان المراسيم بقوانين)، وهو ما قد يوحي أن مصطلح التشريعات لا يشمل المراسيم الاتحادية، أو أن المراسيم شيء والقوانين الاتحادية شيء آخر، وهذا غير صحيح بدلالة نص المادة 113 التي جاءت بهذه الصياغة (إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد المجلس الأعلى ما يوجب الإسراع في إصدار قوانين اتحادية لا تختمل التأخير فلرئيس الاتحاد ومجلس الوزراء مجتمعين إصدار ما يلزم منها، وذلك في شكل مراسيم لها قوة القانون، بشرط ألا تكون مخالفة للدستور)، أعني أن الدستور يعتبر المرسوم بقانون من القوانين الاتحادية، وكل ما في الأمر أن له شكلاً مختلفاً يصدر فيه وهو شكل المرسوم نظراً لعدم توافر الإجراءات الخاصة بإصدار القوانين العادية المبينة في المادة 110، وهكذا يمكن القول إن مصطلح التشريعات الوارد تحت الباب الخامس يشمل القوانين الاتحادية المنصوص عليها في المادة 110، كما يشمل المراسيم بقوانين المنصوص عليها في المادة 113، أما المادة 115 فإن وجه الخلاف بينها وبين المادة 113 هو أن المادة 113 تتعلق بحالة الضرورة، ولذلك تطلب الدستور شروطاً متشددة، أما المادة 115 فهي تنظم تفويض المجلس الأعلى لجانب من المراسيم التي يختص بالتصديق عليها، بحيث يمكن إصدار هذه المراسيم من قبل رئيس الدولة ومجلس الوزراء مجتمعين، مع عدم جواز التفويض في الموافقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية أو إعلان الأحكام العرفية ورفعها أو إعلان قيام الحرب الدفاعية أو تعيين رئيس وقضاة المحكمة الاتحادية العليا.

كل هذه القواعد تخضع للرقابة على دستورية القوانين.

يرى جانب من الفقه أن المقصود بالقانون عادة المعنى الاصطلاحي الفني، وهو ما يصدر عن السلطة التشريعية طبقاً للإجراءات الخاصة التي ينص عليها الدستور، سواء كان صادراً عن السلطات الاتحادية أو عن إحدى الإمارات، وبالتالي لا يقصد بالقانون في مجال الرقابة على الدستورية مطلق القواعد التنظيمية الأخرى الصادرة عن غير طريق السلطة التشريعية، سواء كانت مراسيم

صادرة عن رئيس الاتحاد، أو كانت قرارات لها قوة القانون، كالمراسيم بقوانين التي يصدرها رئيس الاتحاد ومجلس الوزراء في حالات الضرورة والاستعجال التي تنشأ بين أدوار انعقاد المجلس الأعلى (33).

وليس المقصود بهذه العبارة عدم إخضاع مراسيم الضرورة للرقابة على دستورية القوانين، بل المقصود أنها لا يطعن فيها باعتبارها قانوناً، بل باعتبارها لائحة، بدليل قوله في فقرة تالية خاصة باللوائح التي تخضع لرقابة المحكمة.. ورد نص المادة 4/99 (يقصد3) من الدستور على اختصاص المحكمة العليا ببحث دستورية اللوائح عموماً، وهذا التعبير يقضي على كل خلاف في الرأي حول أنواع اللوائح التي تختص بها المحكمة العليا لأن الدستور قد قرن اصطلاح اللوائح بالعمومية، وبالتالي يشتمل على نوعي اللوائح سواء تلك التي يستلزمها السير العادي للإدارة أو التي تسمى باللوائح الاستثنائية، إلا أن هذا لا يعني أن يمتد اختصاص المحكمة العليا إلى القرارات الفردية، حتى لو كان القرار الفردي مخالفاً للدستور مباشرة (34)، وإن كنا ننبه إلى أن النص الدستوري، وكذلك نص قانون المحكمة الاتحادية العليا لم يستخدم مصطلح القرار الفردي، ويبدو أن الأمر يحتاج إلى دراسة في مجال آخر وهو تحديد الطبيعة القانونية للمرسوم بقانون وهل هو قانون أم يندرج في عداد اللوائح، وهذا يحتاج إلى دراسة خاصة.

كما تخضع لهذه الرقابة كل القوانين الصادرة عن الإمارات بصريح نص المادة 2/99: (بحث دستورية القوانين الاتحادية، إذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها لدستور الاتحاد، وبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات، إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية، لمخالفتها لدستور الاتحاد، أو للقوانين الاتحادية).

وهذا ما أكدته أحكام المحكمة الاتحادية العليا، فتقول في أحد الأحكام (35) فيما يتعلق بالمسألة الأولى "فإن النص في المادة 3/99 من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على أن: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية: 3 بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها، والنص في المادة 4/33 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1973 في شأن المحكمة الاتحادية العليا المعدل على أن: "تختص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها بالفصل في الأمور التالية: 4.... بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الاتحاد أو الإمارات الأعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها، يدلان على أن رقابة المحكمة الاتحادية العليا تنبسط على كافة التشريعات باختلاف أنواعها ومراتبها، سواء كانت تشريعات أصلية صادرة من السلطة التشريعية أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية، يستوي أن تكون هذه التشريعات اتحادية أم محلية، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً.

ومن الجلي أن سلطة المحكمة الاتحادية العليا في هذا الصدد شديدة الاتساع ولا تكاد تترك قاعدة قانونية دون إخضاعها للرقابة.

(33) راجع في هذا د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في ملكة البحرين - دراسة مقارنة، 2003، ص 216، وما بعدها.

(34) الدكتور رمزي الشاعر المرجع السابق ص 218 - 219.

(35) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر بجلسة التاسع من يونيو 2008 في الدعوى رقم 1 لسنة 34 دستورية، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا - الدائرة الدستورية منذ تأسيس المحكمة وحتى سنة 2008 ص 197 بند رقم 17.

ثانياً: اللوائح

لم يحدد الدستور نوعاً معيناً من اللوائح يتم إخضاعه للرقابة على دستورية القوانين. بل جاء نص المادة 3/99 عاماً يقضي بإخضاع كل اللوائح للرقابة على دستورية القوانين واللوائح. لكن هذه العمومية لا تعني إخضاع كل اللوائح لهذه الرقابة إلا إذا كانت هذه الرقابة هي الوسيلة الوحيدة لرقابتها. أما إذا كانت هناك وسيلة أخرى مثل دعوى الإلغاء فلا بد من قصر هذه الرقابة على دعوى الإلغاء، بحيث تكون رقابة الدستورية دائماً دعوى احتياطية نلجأ إليها عند انعدام باقي طرق الرقابة.

وفي إطار هذا القول يجب فهم نص المادة 3/99 الخاص بالنص على رقابة دستورية القوانين والتشريعات واللوائح إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من قبل أية محكمة من محاكم البلاد أثناء نظر دعوى منظورة أمامها... لأنه لا يوجد أدنى سبب يدعونا إلى الطعن بعدم الدستورية إذا كان من الممكن الطعن في اللائحة بالإلغاء على سبيل المثال. ولهذا أكثر من سبب منها أن رقابة الدستورية تتعلق بتنظيم العلاقة بين القوانين واللوائح من جهة والدستور من ناحية أخرى. أما رقابة المشروعية، فهي تنظم العلاقة بين القانون واللائحة. فإذا كان هناك مطعن على اللائحة من الناحية الدستورية، وكانت اللائحة متفقة مع القانون فمن الممكن الطعن في القانون نفسه بعدم الدستورية (36). كما أن دعوى الإلغاء تتعلق برقابة القرارات الإدارية فقط، ومن شأن منح القضاء الدستوري هذا الاختصاص بشكل عام أن يرهق القضاء الدستوري بعدد كبير من الدعاوى، ويحرم القضاء الإداري من جانب هام من اختصاصاته.

وفي إطار هذا المعنى يجب فهم ما يقول به الفقه من أن نص المادة المذكورة يقضي على كل خلاف في الرأي حول أنواع اللوائح التي تختص بها المحكمة الاتحادية العليا... وبالتالي فإن كافة أنواع اللوائح السابقة تخضع لرقابة المحكمة الاتحادية العليا سواء ما يصدر منها في السير العادي للإدارة وتعتبر بالتالي من مستلزمات الوظيفة الإدارية أو ما يصدر منها في حالات الضرورة والتي لا تعتبر من مستلزمات الوظيفة الإدارية (37).

لكن نص المادة 2/99 من الدستور الإماراتي (بحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية لمخالفتها لدستور الاتحاد أو للقوانين الاتحادية) قد يفهم منه أن رقابة المحكمة الاتحادية العليا تمتد لتشمل مدى اتفاق اللوائح مع القوانين الاتحادية، وبذلك تصبح رقابة المحكمة الدستورية العليا على اللوائح رقابة دستورية ومشروعية. كما يرى جانب من الفقه (38).

والحقيقة أن هذا النص يجب فهمه في إطار نص المادة 151 من الدستور التي تنظم العلاقة بين القوانين الاتحادية والتشريعات والقرارات الصادرة عن سلطات الإمارات، ونصها هو: لأحكام هذا الدستور السيادة على دساتير الإمارات الأعضاء في الاتحاد، وللقوانين الاتحادية التي تصدر وفقاً لأحكامه الأولوية على التشريعات والقرارات الصادرة عن سلطات الإمارات، وفي

(36) حددت المادة 60 من دستور دولة الإمارات العربية هذه العلاقة بين التشريعات واللوائح عندما نصت على أن يتولى مجلس الوزراء... الاختصاصات التالية...5- وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها وكذلك لوائح الضبط واللوائح الخاصة بترتيب الإدارات والمصالح العامة، في حدود أحكام هذا الدستور والقوانين الاتحادية.

(37) انظر د. رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص 218-219.

(38) راجع الدكتور رمزي الشاعر. القضاء الدستوري في ملكة البحرين- دراسة مقارنة 2003 ص 220.

حال التعارض يبطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى. وبالقدر الذي يزيل ذلك التعارض. وعند الخلاف يعرض الأمر على المحكمة الاتحادية للبت فيه.

وطبقاً لهذا يجب النظر إلى نص المادة 2/99 من خلال التمييز بين أمرين:
الأمر الأول:

إذا كانت التشريعات الصادرة عن الإمارة مخالفة للدستور فهنا نكون بصدد منازعة دستورية.

الأمر الثاني:

إذا كانت المخالفة بين تشريع صادر من إحدى الإمارات وبين قانون اتحادي فإن المادة 151 هي التي تتولى حل هذه المشكلة. لأن رقابة الدستورية تعني رفع تعارض نص القانون أو اللائحة مع نص في الدستور. أما إذا تعارض التشريع المحلي مع قانون اتحادي فإن هذا لا يثير منازعة دستورية. وبالتالي يتم حل النزاع كما قررت المادة 151 بأن يبطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى وعند حدوث نزاع تبت المحكمة الاتحادية العليا في الأمر.

فالنص في هذه المادة على أولوية القوانين الاتحادية التي تصدر وفق أحكام الدستور على التشريعات والقرارات الصادرة عن سلطات الإمارات. هو نص يتعلق بفكرة تدرج القواعد القانونية. ولما كانت القوانين الاتحادية طبقاً لهذا النص أعلى من القوانين الصادرة عن إحدى الإمارات. فإن فكرة التدرج القانوني تقتضي استبعاد النص الأدنى لمصلحة النص الأعلى. على أن يقتصر الاستبعاد على الجزء الذي يتضمن تعارضاً بين النصين.

ولا تعد عملية الاستبعاد هذه حكماً بعدم دستورية النص الأدنى. لأن الحكم بعدم الدستورية يقتضي وجود تعارض بين النص القانوني والنص الدستوري.

واستناداً إلى هذا نرى أن صياغة هذه المادة جاءت موفقة أشد التوفيق حينما قررت أنه في حالة التعارض يبطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى. حيث لم تتناول المادة مصطلح الرقابة على الدستورية أو الحكم بعدم الدستورية أو غير ذلك من المصطلحات. وهذه الصياغة تفضل نص المادة التاسعة والتسعين من الدستور في فقرتها الثانية التي تقرر بحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات. إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية. لمخالفتها لدستور الاتحاد. أو للقوانين الاتحادية. حيث يفهم من هذه الصياغة أن تعارض التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات لقانون اتحادي يثير مسألة دستورية. وهو أمر غير صحيح.

وحل المشكلة بين القانون الأعلى والقانون الأدنى تتم في التطبيق العملي من خلال استبعاد النص الأدنى. وإذا حدث اختلاف بين الجهات القائمة بتطبيق القانونين تتولى المحكمة الاتحادية العليا بصفتها جهة طعن وليس بصفتها محكمة دستورية - حسم الخلاف بشأن هذا التناقض.

وللمحكمة الاتحادية العليا أحكام في هذا الصدد. من هذه الأحكام ما قررت فيه المحكمة أن الأصل وفقاً لصريح نص المادة 121 هو انفراد الاتحاد بالتشريع في شئون منها حماية الثروة الحيوانية وتحديد المياه الإقليمية للدولة. ووضع شروط الصيد في هذه المياه وتحديد إجراءات إصدار الترخيص به. وذلك مؤسس على أن هذه الشئون من اختصاص سلطة الاتحاد ولا تنظم إلا بتشريع اتحادي. ولكن يجوز استثناء أن تتصدى الإمارات الأعضاء للتشريع في هذه الشئون حتى صدور تشريعات اتحادية فيها. فإذا ما صدرت أصبحت لها الأولوية في التطبيق. بحيث يبطل من التشريع المحلي ما يتعارض مع

التشريع الاتحادي. وجاء ذلك في حكمها الصادر في الثامن من نوفمبر عام 1981 في الدعوى رقم 5 لسنة 8 دستورية(39) ثم في الحكم الصادر بتاريخ التاسع عشر من ديسمبر 1990(40).

كان هذان الحكمان يتعلقان بطلب تفسير وليس منازعة دستورية. وفي الحكم الأخير كان مفاد طلب التفسير هو معرفة ما إذا كانت أحكام قانون العقوبات المحلي للإمارة تبقى نافذة بعد صدور قانون العقوبات الاتحادي فيما لا يتعارض منها مع أحكامه أم أنه يترتب على صدور قانون العقوبات الاتحادي إلغاء قانون العقوبات المحلي للإمارة برمته وسقوط كافة أحكامه وزوالها. بما في ذلك الأحكام التي لا تتعارض فيه مع أحكام القانون الاتحادي... وقد قررت المحكمة أن موضوع الطلب المائل لا يعدو كونه مسألة قانونية تتعلق بتحديد مواضع الاختلاف بين الأحكام المقررة بقانون العقوبات الاتحادي وتلك الواردة بقوانين العقوبات المحلية. وهو بحث قانوني مرجعه إلى الدائرة المختصة بالفصل في طعون النقض الجزائية بالمحكمة الاتحادية العليا باعتبارها المهيمنة على صحة وسلامة تطبيق أحكام القوانين النافذة ... ولما كان ما تقدم وكان الطلب المائل لا ينطوي على بحث مسألة دستورية فإنه لا يكون مقبولا.

الخلاصة إذن أن تعارض قانون صادر من إحدى الإمارات مع قانون اتحادي لا يثير مسألة دستورية. وبالتالي يجب قصر الرقابة على الحالات التي تتعارض فيها النصوص القانونية أو اللائحية مع نصوص الدستور.

ونوه في ختام هذا الجزء من الدراسة أن المحكمة تقرر انبساط رقابتها على كافة التشريعات باختلاف أنواعها ومراتبها. سواء كانت تشريعات أصلية صادرة من السلطة التشريعية أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية. يستوي أن تكون هذه التشريعات اتحادية أم محلية. ذلك أن مظنة الخروج عن الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا. كما سبق البيان(41).

المبحث الثاني نطاق الدعوى الدستورية

ما هي الدعوى الدستورية؟

إذا كان المقصود بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح بيان مدى اتفاق هذه القوانين واللوائح مع الدستور. واحترامها للقيود التي فرضتها نصوصه لتحقيق فكرة الخضوع للقوانين بوجه عام. وفي القلب منه الدستور. وإذا كانت هذه الرقابة تستهدف صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه.

(39) منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا - الدائرة الدستورية. المرجع السابق ص 100 البند رقم 8 جلسة الثامن من نوفمبر 1981. وهو طلب تفسير وليس منازعة دستورية.

(40) راجع الحكم الصادر بتاريخ التاسع عشر من ديسمبر 1990. في الدعوى رقم 1 لسنة 17 دستورية. وهو خاص بطلب تفسير وليس منازعة دستورية- منشور في المرجع السابق ص 171. البند رقم 14. وقد جاء في هذا الحكم "" وقد عاجلت الدائرة الجزائية بالمحكمة ذات الموضوع القانوني المشار إليه في الطلب المائل بشأن التنازع بين أحكام قانون العقوبات الاتحادي وأحكام قانون العقوبات المحلي للإمارة بأحكامها في الطعون الجزائية رقم 47. 49. 88. 89 لسنة 10 جزائي. 87 لسنة 12 جزائي وذكرت فيها أن أحكام قانون العقوبات المحلي للإمارة تبقى نافذة بعد صدور قانون العقوبات الاتحادي بما لا يتعارض منها مع أحكامه.

(41) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 1 لسنة 34 دستورية الصادر بجلسته التاسع من يونيو 2008- منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا - الدائرة الدستورية منذ تأسيس المحكمة وحتى 2008 ص 197 وما بعدها.

وإذا كان سمو الدستور يعد قولاً بلا معنى أو مضمون إذا أمكن للسلطات المختلفة في الدولة انتهاك نصوصه دون أن يتم توقيع جزاء على هذا الانتهاك، أو الخروج على النصوص الدستورية، فإن من المنطقي أن الدعوى الدستورية هي الدعوى التي تحقق هذا الهدف. وليس معنى هذا أن هذه الدعوى ترفع ويطلب رافعها من المحكمة التأكد من تطابق القانون أو اللائحة محل الدعوى للدستور وكفى، ولكنه على العكس من ذلك يطلب من المحكمة الحكم بعدم دستورية القانون أو اللائحة أو النص المطعون فيه لمخالفته للدستور. ومن خلال فحص المحكمة للنص محل الدعوى الدستورية ومقارنته بالنص الدستوري الذي خالفه هذا النص القانوني، فإنها تحكم إما بعدم دستورية النص، إذا كان هذا النص يخالف الدستور، أو برفض الدعوى إذا لم يكن التطابق بين القانون والدستور محل شك، أو بعدم قبول الدعوى أو بعدم الاختصاص أو غير ذلك من الأحكام.

الدعوى الدستورية إذن هي الدعوى التي ترفع أمام المحكمة الدستورية للحكم بعدم دستورية قانون أو لائحة أو عدم دستورية نص أو أكثر في هذا القانون أو تلك اللائحة. والسؤال هنا هو كيف يتحدد نطاق الدعوى الدستورية؟ وماذا نقصد بنطاق الدعوى الدستورية؟

المطلب الأول	المقصود بنطاق الدعوى
المطلب الثاني	ضوابط تحديد النطاق الموضوعي للدعوى الدستورية

المطلب الأول المقصود بنطاق الدعوى

قد يكون من المفيد قبل دراسة ضوابط تحديد نطاق الدعوى الدستورية الإشارة السريعة إلى مفهوم نطاق الدعوى بصفة عامة. أو نطاق الخصومة كما يقول فقه قانون المرافعات(42). يرى فقه قانون المرافعات أن الخصومة هي مجموعة من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها أشخاص مختلفون هم القاضي وأعدائه والخصوم وأعدائهم والغير. وتتوالى هذه الأعمال بشكل منتظم متجهة كلها إلى غاية واحدة هي صدور حكم يطبق القانون(43). الأصل طبقا لقانون المرافعات أو الإجراءات المدنية أن المدعي هو الذي يحدد نطاق الخصومة (من حيث موضوعها) ليتسنى للمدعى عليه ترتيب دفاعه. وقد نصت على هذه القاعدة المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتابها ، ويجب أن تشتمل الصحيفة على البيانات الآتية: (1- اسم المدعى عليه..4- موضوع الدعوى والطلبات وأسانيدها.. وتقابلها المادة رقم 63 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968.(44)....كما يجب إتاحة الفرصة للمدعى عليه لإبداء طلباته قبل المدعي للحكم له بها. وهو ما يعرف بالطلبات المقابلة. هذه المادة تتضمن بيانا بنطاق الدعوى من ناحية موضوعها ومن ناحية أشخاصها عند رفع الدعوى. وأثناء سيرها.

فمن ناحية الموضوع يجب أن تبين صحيفة الدعوى موضوع الدعوى وطلبات المدعي والأسانيد التي يعتمد عليها في تأييد دعواه. وللمدعي أن يعيد النظر في هذا التحديد أثناء نظر الدعوى بتقديم طلبات عارضة تتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى. وله أن يقدم طلبات عارضة تكون مكملة للطلب الأصلي أو مرتبة عليه أو متصلة به اتصالا لا يقبل التجزئة. أو ما يتضمن إضافة أو تغييرا في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب على حاله. كما أن من حقه طلب الأمر بإجراء تحفظي. وللمحكمة أخيرا أن تأذن بتقديم ما يكون مرتبطا بالطلب الأصلي(45).

أما من ناحية أشخاص الخصومة فإن الأصل فيها أن تحدد بمعرفة المدعي عند رفع الدعوى. حيث نصت المادة المذكورة على أن تتضمن الصحيفة اسم المدعى عليه... لكن هذا التحديد ليس جامدا. حيث يمكن تغييره أثناء نظر الدعوى. فقد يتم تعديل نطاق الخصومة من حيث الأشخاص

(42) هناك فارق بين الدعوى (action) والخصومة (instance) فالدعوى هي السلطة الخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده في أن يطلب حماية القضاء لإقرار هذا الحق إذا جحد أو رد الاعتداء عنه أو استرداده إذا سلب أما الخصومة فهي مجموعة من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها أشخاص مختلفون هم القاضي وأعدائه والخصوم وأعدائهم والغير. وتتوالى هذه الأعمال بشكل منتظم متجهة كلها إلى غاية واحدة هي صدور حكم يطبق القانون. أو بمعنى آخر يمكن القول إن الخصومة وما يتم فيها من الإجراءات تتعلق بممارسة الدعوى. أو هي الحالة القانونية التي تنشأ برفع الدعوى إلى القضاء. راجع تقرير المستشار ياقوت العشماوي مفوض الدولة المقدم إلى المحكمة العليا في الدعوى رقم 5 لسنة 1 ق عليا منشور في أحكام وقرارات المحكمة العليا إعداد المستشار ياقوت العشماوي والمستشار عبد الحميد عثمان. الجزء الأول في الدعاوى الدستورية 1973 ص 209. كما يمكن مراجعة التقرير المقدم من المستشار عبد الحميد عثمان مفوض الدولة في الدعوى رقم 8 لسنة 1 قضائية عليا منشور في ذات المرجع ص 317.

(43) راجع الدكتور فتحي والي. التنفيذ الجبري 1971 ص 15.

(44) راجع الدكتور أحمد صدقي محمود: قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة- دراسة خليلية وتطبيقية لقانون الإجراءات المدنية والتجارية الإخادي رقم 11 لسنة 1992 معدلا بالقانون رقم 30 لسنة 2005 - مكتبة الجامعة بالشارقة 2008 ص 274.

(45) راجع نص المادة 98 من قانون الإجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 معدلا بالقانون رقم 30 لسنة 2005.

سواء بتدخل الغير فيها وهو ما يسمى بالتدخل أو بإجبار شخص من الغير على الدخول فيها رغم إرادته، وهو ما يسمى باختصاص الغير⁽⁴⁶⁾، وهو ما نصت عليه المادة 94 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي بقولها (للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها. ويجوز للمدعى عليه إذا ادعى أن له حقا في الرجوع بالحق المدعى به على شخص ليس طرفا في الدعوى أن يقدم طلبا مكتوبا إلى المحكمة يبين فيه ماهية الادعاء وأسبابه ويطلب إدخال ذلك الشخص طرفا في الدعوى..) وتقابلها المادة 117 من قانون المرافعات المصري. كما تنص المادة 95 من القانون الإماراتي على أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمًا لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى (تقابلها المادة 126 من قانون المرافعات المصري).

تقرر المحكمة الاتحادية - في الحكم محل التعليق - أنه لما كان نطاق خصومة الدستورية في جانبها الشخصي يتحدد بأشخاص خصومة الموضوع ، إذا كان اتصال الدائرة الدستورية بها قد تم بطريق التصدي أو الدفع الفرعي . إذ لا يمكن لهذه الدائرة أن تغير أشخاص الدعوى الموضوعية لخروج ذلك عن ولايتها . لما كان ذلك وكانت الدعوى الموضوعية قد رفعت أساساً من المدعين على دائرة الطيران المدني - حكومة دبي . وأن الدائرة الدستورية بهذه المحكمة اتصلت بها بذات أشخاصها عن طريق الدفع الفرعي المثار من المدعين . ومن ثم فإن الخصومة الدستورية تكون قد استقام جانبها الشخصي ، باعتبار أن الخصومة أداة لتحقيق الحماية القضائية . الأمر الذي يغدو معه الدفع المثار في غير محله.

ونحاول في الجزء التالي من الدراسة تتبع أحكام المحكمة الاتحادية وكذا أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في تحديد المراد بنطاق الدعوى، والضوابط التي يمكن التوصل إليها في هذا الشأن، لأن هذه الأحكام تحدد بطريقة واضحة حدود اختصاص المحكمة، مع التركيز على النطاق الموضوعي، وهو محل الدراسة في المطلب التالي. أما النطاق الشخصي للدعوى فقد يكون محل دراسة أكثر تفصيلا عند دراسة الصفة في الدعوى الدستورية في بحث قادم إن شاء الله.

⁽⁴⁶⁾ الدكتور أحمد صدقي محمود المرجع السابق ص 282.

المطلب الثاني ضوابط تحديد نطاق الدعوى الدستورية

كيف يتم تحديد نطاق الدعوى الدستورية؟ وهل ثمة ضوابط تحكم القضاء الدستوري في هذا المجال؟ أم أن المسألة تخضع لاجتهاد القضاء الدستوري؟ وما هي الموضوعات التي تخضع للرقابة على دستورية القوانين. وهل هناك خلاف بين القضاء الدستوري في تحديد هذا النطاق؟ وما سبب هذا الخلاف؟

هذا ما نحاول الإجابة عنه في هذا التعليق.

من أحكام المحكمة الاتحادية العليا في هذا الصدد ما قرره من أن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بما أحالته محكمة الموضوع على الدائرة الدستورية لهذه المحكمة من طلب الفصل في دستورية المادة 32 من القرار التنفيذي رقم 13 لسنة 1977 على ضوء المادتين 35 و 41 من الدستور... (47). وأن اختصاصها يقتصر نطاقه على تفسير أحكام الدستور ولا يمتد إلى تفسير نصوص القوانين التي لا تواجهها المحكمة إلا عن طريق البحث في دستورها طبقاً للأوضاع المرسومة في الدستور (48).

ومن مراجعة أحكام المحكمة الدستورية العليا نجد أحكاماً كثيفة في هذا المجال نكتفي بالإشارة إلى جانب منها.

من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر "إن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية المبدى أمام محكمة الموضوع" (49)، كما تقرر في حكم آخر "إن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستورها وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً، أما ما لم يكن مطروحاً على المحكمة ولم يكن مثاراً للنزاع أمامها ولم تفصل فيه بالفعل فلا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضي. ومن ثم لا تمتد إليه الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى" (50). وتقول أيضاً "إن نطاق الطعن بعدم الدستورية يتحدد بالنسبة للتشريع العقابي بنصه الذي كان معمولاً به في تاريخ الواقعة الجنائية ما دام لم يتم تعديله بعد ذلك على وجه أصلح للمتهم" (51).

ومن هذه الأحكام كذلك:

" لا تقوم ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً قانونياً طبقاً للأوضاع المقررة في المادتين 27، 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 اللتين رسمتا سبل التداعي في شأن الدعاوى الدستورية. وليس من

(47) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 1 لسنة 34 دستورية الصادر بجلسته التاسع من يونيو 2008 - منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا - الدائرة الدستورية منذ تأسيس المحكمة وحتى 2008 ص 197 وما بعدها.

(48) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 2 لسنة 28 دستورية - جلسته الثامن عشر من مايو (2009؟؟) المرجع السابق ص 216.

(49) القضية 45 لسنة 4 قضائية دستورية - أحكام المحكمة الدستورية العليا ج 3 ص 40 القاعدة رقم 6، والقضية رقم 124 لسنة 4 قضائية دستورية - المرجع السابق ص 118 القاعدة رقم 20، القضية رقم 45 لسنة 7 قضائية "دستورية" - جلسته 3 يناير 1987 ج 4 ص 15 القاعدة رقم 2، القضية 47 لسنة 7 قضائية دستورية - جلسته 6 فبراير 1988 - الجزء الرابع ص 72 القاعدة رقم 11.

(50) القضية رقم 68 لسنة 3 قضائية - جلسته 4 مارس 1989 - الجزء الرابع ص 148 القاعدة رقم 22.

(51) القضية رقم 150 لسنة 4 قضائية - جلسته 27 مايو 1989 - أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الرابع ص 248 القاعدة رقم 32.

بينها سبيل الدعوى الأصلية أو الطلبات العارضة التي تقدم إلى المحكمة مباشرة طعنا في دستورية التشريعات(52).

وكان المدعي قد رفع الدعوى الدستورية ، في الخامس عشر من مارس 1980 طالبا الحكم بعدم دستورية المادة الثامنة من القانون رقم 40 لسنة 1977 بنظام الأحزاب المعدلة بالقرار بقانون رقم 36 لسنة 1979 ، وأثناء نظر الدعوى الدستورية عدلت المادة المطعون عليها بالقرار بقانون رقم 30 لسنة 1981، وكان هذا التعديل قد أحدث أثره فور نفاذ القانون رقم 30 لسنة 1981 باعتباره من القوانين المنظمة لإجراءات التقاضي التي تسرى بأثر فوري على ما لم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من إجراءات قبل العمل بها إعمالا لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات، ومن ثم تكون مصلحة المدعي في السير في دعواه قد زالت. ولكن المدعي كان قد طلب أثناء سير الدعوى الدستورية الحكم بعدم دستورية المادة 8 بعد تعديلها بالقانون رقم 30 لسنة 1981 ، وذلك في مذكرته المقدمة بجلسة 3 أكتوبر 1981 كطلب عارض، وبالتالي لم يتصل بالمحكمة اتصالا قانونيا، ويتعين الالتفات عنه.

نخلص من هذه الأحكام إلى أول قاعدة أو ضابط لبيان المقصود بنطاق الدعوى الدستورية، وهذه القاعدة هي أن ترفع الدعوى طبقا للأوضاع المحددة في قانون المحكمة (طبقا للمادتين السابعة والعشرين والتاسعة والعشرين من قانون المحكمة الدستورية العليا)، ولا يمكن أن يتم تعديل الدعوى أو إضافة طلبات جديدة أثناء نظرها أمام المحكمة الدستورية العليا. حيث يتعين بدء الإجراءات من جديد إذا وقع التعديل أثناء نظر الدعوى الدستورية.

تقول المحكمة في أحد أحكامها:

اختصاص المحكمة الدستورية العليا اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين واللوائح. سواء تلك التي تقوم على مخالفة شكلية للأوضاع والإجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره، أو التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية. وذلك لورود النصوص في صيغة عامة مطلقة. ولأن قصر هذا الاختصاص على الطعون الموضوعية ينتكس بالرقابة القضائية بالنسبة للعيوب الشكلية إلى ما كان عليه الأمر قبل إنشاء القضاء الدستوري المتخصص من صدور أحكام متعارضة يناقض بعضها بعضا، مما يهدر الحكمة التي تغيها الدستور من تركيز هذه الرقابة في محكمة عليا تتولى دون غيرها الفصل في دستورية القوانين واللوائح وحماية أحكام الدستور وصونها(53).

(52) دستورية عليا القضية رقم 8 لسنة 2 قضائية جلسة 5 من ديسمبر 1981 - أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثاني ص 5 القاعدة رقم 1.

(53) دستورية عليا القضية رقم 9 لسنة 1 قضائية دستورية جلسة 6 من فبراير 1982 - أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثاني ص 11 القاعدة رقم 2. فالأصل في الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص التشريعية أنها رقابة شاملة تتناول كافة المطاعن الموجهة إليها أيا كانت طبيعتها ، وأنها بالتالي لا تقتصر على العيوب الموضوعية التي تقوم على مخالفة نص تشريعي للمضمون الموضوعي لقاعدة واردة في الدستور. وإنما تمتد هذه الرقابة - وبوصفها رقابة مركزية قصرها الدستور والمشرع كلاهما على هذه المحكمة - إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبنائها على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متصلا باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية. أو ما كان منها متعلقا بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو في تفويض منها . وذلك لورود النصوص المنظمة لهذه الرقابة في صيغة عامة مطلقة. ولأن قصرها على المطاعن الموضوعية الموجهة إلى النصوص التشريعية ، إنما يخرج عيوبها الشكلية عن ولاية هذه المحكمة ويعود بالرقابة عليها إلى رقابة الامتناع عن أعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور . وهي رقابة كانت تفتقر إلى مناهج موحدة في تقرير ضوابطها. إذ كان زمامها بيد المحاكم على اختلافها . وكان لكل منها فهمها الخاص لأحكام الدستور. مما أسفر عن تناقض أحكامها في الدعاوى المتماثلة . وأخل بالوحدة العضوية للنصوص الدستورية . وحال دون اتساق مفاهيمها وجانسها . وهو ما حدا بالدستور وقانون هذه المحكمة إلى إبدالها برقابة البطلان (تريد أبداً بها رقابة البطلان). وبها يفقد النص المحكوم بعدم دستوريته قوة نفاذه.

أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا دفع المدعي أمام هيئة المفوضين بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى، قولا بأن ما يعيبه على القرار بقانون رقم 119 لسنة 1965 هو انعدامه لعدم استكمال مقوماته الشكلية كقانون، وهو ما يخرج، في رأيه، عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا الذى يقتصر على نظر الطعون الدستورية الموضوعية وبحث مدى مخالفة التشريعات، من حيث موضوعها، لأحكام الدستور، وأنه قد اضطر إلى رفع دعواه تنفيذاً لحكم محكمة الموضوع التي كلفت دفاعه خطأ بأنه يتضمن طعناً بعدم دستورية هذا القرار بقانون.

هذا الحكم يفيد امتداد اختصاص المحكمة الدستورية العليا إلى رقابة دستورية القوانين واللوائح في نواحيها الشكلية والموضوعية.

ومن متابعة أحكام المحكمة الدستورية العليا نستطيع معرفة قواعد عديدة تضبط نطاق الدعوى الدستورية في مجال تنفيذ أحكام المحكمة، من ذلك قول المحكمة:

”إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية طبقاً لما نظمته المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا مما تختص به محكمة الموضوع لتنزل حكم هذه المادة على الوقائع المطروحة عليها، وما قد يثار بشأنها من دفع أو دفاع، الأمر الذى لا تمتد إليه ولاية المحكمة الدستورية العليا(54). (يعاد النظر في المكان الصحيح لهذا الحكم)

هذه القضية من القضايا النادرة في أحكام المحكمة الدستورية العليا. ونظن حدوث خطأ من المكتب الفني للمحكمة في هذا الشأن، فقد رفع المدعى دعواه أول مرة أمام المحكمة العليا طالباً الحكم بعدم دستورية بعض المواد من بينها الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من القانون رقم 98 لسنة 1957 ببعض الأحكام الخاصة بالتهريب، فيما تضمنته من حق وزير المالية والاقتصاد أو من ينيبه في الأمر بمصادرة الأشياء موضوع المخالفة إدارياً، وقد حكمت المحكمة العليا في أول مارس 1975 برفض الدعوى في الدعوى رقم 5 لسنة 4 قضائية، ولكن المحكمة الدستورية العليا حكمت في القضية رقم 28 لسنة 1 قضائية جلسة 3 من يناير 1981 بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من القرار بقانون 98 لسنة 1957 المشار إليها، فأقام المدعى دعواه الماثلة لتغليب الحكم الأخير على الحكم السابق صدوره في الدعوى رقم 5 لسنة 4 قضائية، حتى يتبين القضاء الإداري الذى أحيلت إليه الدعوى الموضوعية الحكم الواجب تطبيقه عليها.

وهذا يعني وجود قاعدة قانونية قررتها المحكمة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بإعمال أثر الأحكام الصادرة منها لدخول ذلك في اختصاص محكمة الموضوع. من هذه الضوابط أيضاً عدم الاختصاص بالنظر في التعارض بين القوانين واللوائح أو بين القوانين المختلفة، تقول المحكمة الاتحادية في أحد أحكامها:

لتقوم عليها محكمة عليا تنحصر فيها الرقابة على دستورية النصوص التشريعية جميعها أياً كانت المطاعن الموجهة إليها، لتتولى دون غيرها صون أحكام الدستور وحمايتها (القضية رقم 31 لسنة 10 قضائية دستورية - أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس المجلد الأول ص 57 القاعدة رقم 12).

(⁵⁴) دستورية عليا القضية رقم 16 لسنة 3 قضائية جلسة 5 من يونيو 1982 أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثاني ص 63 القاعدة رقم 11.

اختصاص المحكمة الدستورية العليا مناطه أن يكون أساس الطعن مخالفة التشريع لنص دستوري، ولا يمتد إلى حالات التعارض أو التنازع بين اللوائح والقوانين. ولا بين التشريعات الأصلية والفرعية ذات المرتبة الواحدة(55).

وإن كانت صياغة هذا الحكم قد يفهم منها أن وجود تعارض بين القوانين من مراتب مختلفة يعد من قبيل العيوب الدستورية، وهذا أمر يصعب التسليم به، نظرا لأن الرقابة على دستورية القوانين تعني التعارض بين نص في القانون ونص في الدستور. أما التعارض بين القوانين فلا يثير مسألة دستورية بأي حال من الأحوال.

ومن هذه الضوابط أيضا أن المحكمة الدستورية ليست جهة طعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع وإنما هي جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها، ومتى رفعت الدعوى الدستورية فإنها تستقل عن دعوى الموضوع.

وفي هذا الشأن تقرر المحكمة الاتحادية العليا أنها ليست جهة طعن على أحكام محكمة النقض حيث إن أحكام محكمة النقض لا مجال للطعن فيها وليست هذه المحكمة (الاتحادية) في دائرتها الدستورية جهة طعن لها. وليس من سلطاتها التصدي لموضوع مطروح على المحكمة طالبة التفسير. واستندت المحكمة في ذلك إلى المادة 33 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1973 في شأن المحكمة العليا الذي حدد اختصاصها ومدى ولايتها على سبيل الحصر.. وإذا أحوالت محكمة النقض طلبها هذا في حدود ما رسمته المادة سالفة الذكر أثناء نظر دعوى منظورة أمامها فإن طلبها يكون مقبولا شكلا(56). حيث تنص هذه المادة على أن تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الأمور الآتية:

5 - تفسير أحكام الدستور بناء على طلب إحدى سلطات الاتحاد أو حكومة إحدى الإمارات الأعضاء. هذه الأحكام صريحة الدلالة في عدم جواز عرض أمر اختصاص محكمة الموضوع أو ما أصدرته من الأحكام على المحكمة الدستورية العليا. إلا حيث يكون هناك تنازع على الاختصاص بين جهات القضاء أو نزاع قائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين من جهتين من تلك الجهات(57).

وتضع المحكمة قيودا تضيق بها من نطاق الدعوى الدستورية إلى أقصى حد ممكن. ويظهر ذلك في الكثير من أحكامها التي تقرر فيها أن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع. وفي الحدود التي تقرر فيها جديته، ومعنى ذلك أن مقدم الدفع إذا دفع بعدم دستورية ثلاثة نصوص من قانون ما، على سبيل المثال، ولكن محكمة الموضوع قدرت أن الدفع جدي بالنسبة لنص واحد منها، فإن الدعوى الدستورية تنحصر في هذا النص وحده، كما أن محكمة الموضوع لا تستطيع إضافة مادة أخرى غير المواد التي تضمنها الدفع بعدم الدستورية، ويتعين على محكمة الموضوع إذا رأت أن ثمة نصا غير دستوري أن تصدر بالإحالة حكما قاطعا في دلالته على انعقاد إرادتها على أن تعرض بنفسها هذه المسألة على المحكمة الدستورية

(55) دستورية عليا القضية رقم 31 لسنة 3 قضائية دستورية جلسة 7 من مايو 1983 أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثاني ص 117 القاعدة رقم 18.

(56) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر بجلسته الثامن والعشرين من يونيو 1981 - في الدعوى رقم 14 لسنة 9 دستورية - منشور في مجموعة المحاكم الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا - الدائرة الدستورية سابق الإشارة إليه ص 77.

(57) دستورية عليا القضية رقم 47 لسنة 3 قضائية جلسة 11 من يونيو 1983 أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثاني ص 127 القاعدة رقم 20.

العليا. وأن يتضمن قضاؤها تحديدا كافيا للنص التشريعي المطعون عليه والنص الدستوري المدعى مخالفته وأوجه المخالفة (58).

ومن أهم هذه الضوابط بيان موقف القضاء الدستوري من الأوصاف التي يخلعها المشرع على القواعد التي يسنها حيث قررت المحكمة الدستورية العليا في وضوح أنها لا تنقيد بالوصف الذي يخلعه المشرع على القواعد التي يسنها. متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور (59).

فإذا انتهت المحكمة (محكمة الموضوع) إلى أن النص التشريعي المطعون عليه لا يقوم على تعديل التعويض المستحق عن التأمين، وإنما يستهدف مصادرة ملكية السندات المستحقة لأصحاب المشروعات والتي تزيد عن الحد الأقصى المنصوص عليه فيه، فإنه يكون قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور، ووضع حمايتها ضوابط وقواعد محددة.

هذا الحكم يمثل ضمانا هاما للحقوق التي يحميها الدستور من اعتداء المشرع العادي، فليس للمشرع العادي أن يضع وصفا أو تكييفا لأمر قانوني يتعارض من أحكام الدستور، والمحكمة لها سلطة تكييف القاعدة القانونية، حتى لو اختلفت مع المشرع.

من أكثر الصعوبات التي تثار فيما يتعلق بضوابط الإحالة إلى المحكمة الدستورية الصعوبة الخاصة بتقدير جدية الدفع. وما إذا كان من الممكن الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا في تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع.

في هذا الشأن تقرر المحكمة الدستورية العليا صراحة أنه ليس من اختصاصها النظر في جدية الدفع المبدى أمام محكمة الموضوع، لأن تقدير جدية الدفع ما تختص به محكمة الموضوع. وأحكام المحكمة مطردة في هذا الخصوص فهي تقرر دائما أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة في المادة 29 من قانونها، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي وقدرت محكمة الموضوع جدية دفعه، فرخصت له في رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا (60).

(58) دستورية عليا القضية رقم 27 لسنة 8 قضائية دستورية أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس المجلد الأول ص 103 القاعدة رقم 15. والقضية رقم 19 لسنة 8 قضائية دستورية أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس المجلد الأول ص 262 القاعدة رقم 30. وفي هذا الحكم قررت المحكمة أن دفع المدعي بعدم دستورية بعض مواد القانون والتصريح له من محكمة الموضوع بالطعن عليها مضيئة إليها مادة أخرى دون دفع مسبق بعدم دستورتها فإن أثر ذلك عدم قبول الدعوى بالنسبة إليها وأن تحويل البند (أ) من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا محكمة الموضوع إحالة النصوص التشريعية التي يترأى لها عدم دستورتها للفصل في المسألة الدستورية يقتضيها أن تصدر بالإحالة حكما قاطعا في دلالته على انعقاد إرادتها على أن تعرض بنفسها هذه المسألة على المحكمة الدستورية العليا. وأن يتضمن قضاؤها تحديدا كافيا للنص التشريعي المطعون عليه والنص الدستوري المدعى مخالفته وأوجه المخالفة. راجع أيضا القضية رقم 80 لسنة 12 قضائية دستورية أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس المجلد الثاني ص 15 القاعدة رقم 1 وفيه تقرر المحكمة أن البين من محاضر جلسات الدعوى الموضوعية أن المدعى قصر دفعه بعدم الدستورية على المادتين 107 و111 من قانون السلطة القضائية. ومن ثم لا يكون هذا الدفع منصرفا إلى مواده بأكملها، وتغدو الدعوى الماثلة غير مقبولة بالنسبة لما عدا هاتين المادتين لعدم اتصالها بالمحكمة بالنسبة إلى هذا الشق اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة قانونا.

(59) دستورية عليا القضية رقم 1 لسنة 1 قضائية دستورية جلسة 2 من مارس 1985 أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثالث ص 162 القاعدة رقم 26.

(60) دستورية عليا القضية رقم 131 لسنة 5 قضائية جلسة 7 مايو 1988، أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع ص 88 القاعدة رقم 15. وأحكام المحكمة في هذا الشأن أكثر من أن تحصى.

ولكن سلطة محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع يجب أن توضع لها ضوابط أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى جانب منها حين قررت أنه يتعين لجواز تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع بعدم دستورية نص تشريعي لازم للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها. أن يكون المدعي قد عين النصوص التشريعية التي يدفع بعدم دستورتها بما ينفي عنها التجهيل بها. فإذا كان الدفع المبدى أمام محكمة الموضوع لا يتضمن تحديدا كافيا للنصوص المطعون عليها. فإن التصريح لمن أثاره برفع الدعوى الدستورية يكون قد ورد على غير محل. إذ يتعين دائما لاتصال هذه الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا عن طريق الدفع الفرعي ألا يكون هذا الدفع مبهما. وأن يكون تقدير محكمة الموضوع لجديته تاليا لبيان مضمونه. وهو ما قام الدليل على نقيضه. ومن ثم لا تكون الدعوى الدستورية قد اتصلت بالمحكمة وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها. ويتعين بالتالي الحكم بعدم قبولها(61).

إن جدية الدفع أمر قد نص عليه في المادتين الخامسة والعشرين والتاسعة والعشرين من قانون المحكمة الدستورية العليا ولا تدل هذه النصوص على أن المشرع يوجب على المحكمة التي يثار أمامها دفع بعدم دستورية قانون في دعوى مطروحة عليها وقف السير فيها إذا هي ارتأت أن الدفع لا يتسم بطابع الجدية. ولا ضرورة لحسم النزاع بشأنه قبل الفصل في موضوع تلك الدعوى. و تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية متروك لمطلق تقدير محكمة الموضوع. متى أقامت قضاها على أسباب سائغة. فإذا قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم الدستورية المبدى من الطاعنين على سند من عدم جديته فإنه لا يكون قد أخطأ في القانون. ويضحي النعي في حقيقته مجادلة فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره بما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض(62).

هذا الحكم الأخير يتناول مسألتين :

الأولى أن محكمة الموضوع هي التي تقدر جدية الدفع.

الثانية مدى جواز المجادلة في تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع.

بالنسبة إلى المسألة الأولى. فمما لا شك فيه أن محكمة الموضوع هي التي تقدر ما إذا كان الدفع جديا أم لا. وهي التي من حقها أن ترفض التصريح لمقدم الدفع برفع الدعوى الدستورية أو التصريح له بذلك. وفق صريح نص المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا. وهذا أمر جلي من خلال مراجعة ظاهر نص الفقرة (ب) من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا الذي يقرر بعبارة شديدة الوضوح (إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي...) فهذا النص يقصر هذا الأمر على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي. بدليل عبارة ورأت المحكمة أو الهيئة. فكان المشرع قد قصر الرؤية عليها ولم يصرح لغيرها بأن ترى أمرا في هذا الصدد.

بالنسبة إلى المسألة الثانية هل يحق لمقدم الدفع أن يطعن في تقدير محكمة الموضوع لهذا الأمر أم لا؟

(61) دستورية عليا القضية رقم 40 لسنة 13 قضائية دستورية أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس المجلد الثاني ص 212 القاعدة رقم 17.

(62) نقض مدنى الطعن رقم 1334 لسنة 55 قضائية جلسة 20 من مارس 1994 - مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة والأربعون الجزء الأول ص 513 القاعدة رقم 104.

من المؤكد. طبقا لقضاء المحكمة الدستورية العليا الذي أشرنا إلى جانب منه، حق مقدم الدفع في الجادلة في تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع. وبالتالي يجب على محكمة الطعن التعرض لموضوع الدفع وأن تستظهر مدى جديته، فإن وجدته جديا صرحت برفع الدعوى الدستورية. بل إن من حقها أن تحيل الأوراق من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا. ولكن لا يجوز الجدل في هذه الجدية أمام المحكمة الدستورية العليا لعدم جدوى ذلك، لأن المحكمة إذا رأت الدفع جديا ستحكم بعدم الدستورية، وإذا رأت أن القانون يتفق مع الدستور فسوف تحكم برفض الدعوى دون التعرض لجدية الدفع.

ولكن ماذا نقصد بجدية الدفع؟

يعتقد البعض أن الدفع لا يكون جديا في حالتين:
الحالة الأولى : إذا كان يهدف إلى مجرد إطالة أمد النزاع.
الحالة الثانية : إذا كان غير مؤثر في الدعوى الموضوعية(63).

ويرى البعض أن الدفع يكون جديا عندما يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجا، بمعنى أن يكون القانون أو اللائحة المطعون في دستوريته متصلا بموضوع النزاع، كما يجب أن يكون هناك احتمال لاختلاف وجهات النظر في دستورية القانون أو اللائحة محل الطعن بعدم الدستورية(64). وعلى هدى من هذه الآراء يمكن القول إن جدية الدفع مناطه أن يكون الفصل في الدفع مؤثرا على الفصل في الدعوى الموضوعية، وأن يؤدي الدفع إلى تشكيك القاضي في دستورية القانون المطعون فيه أو اللائحة المطعون فيها(65).

ويصل القضاء الدستوري - وهو بصدد تحديد نطاق الدعوى الدستورية إلى القمة في حماية الحقوق، والتسوية في هذه الحقوق بين المواطن والأجنبي.

في هذا الشأن تقرر المحكمة الدستورية العليا أن النص في المادة 68 من الدستور على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة مؤداه، كما تفصح صيغته، أن الدستور قرر حق التقاضي للناس كافة كمبدأ دستوري أصيل، ولم يجعله وقفا على المصرين وحدهم، بل كفل هذا الحق للأجانب، وقد ردد هذا النص ما أقرته الدساتير السابقة ضمنا من كفالة حق التقاضي للأفراد، وطنيين وأجانب، وذلك حين خولتهم حقوقا لا تقوم ولا تؤتي ثمارها إلا بقيام هذا الحق، باعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عليها(66).

هذه الصيغة الواردة في هذا الحكم تنطبق أيضا في النظام الإماراتي استنادا إلى نص المادة رقم 41 من الدستور التي تقرر ن لكل إنسان أن يتقدم بالشكوى إلى الجهات المختصة بما في ذلك الجهات القضائية من امتهاان الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الباب.

فهذه المادة جعلت الحق في التقاضي مكفولا لكل إنسان ولم تقصره المادة المذكورة على المواطنين، وبالتالي إذا كان الأجنبي طرفا في دعوى موضوعية فإن من حقه بحكم اللزوم القانوني أن يكون طرفا في الدعوى الدستورية.

وهذا ما تقررته المحكمة الاتحادية العليا في أحكامها، فهي تقرر أن التمتع بالحقوق الدستورية المنصوص عليها في الباب الثالث من دستور الاتحاد لا يتأتى إلا بتقرير حقوق دستورية حمائية

(63) د: السيد على الباز المرجع الرقابة على دستورية القوانين 1978 ص 134.

(64) د: رمزي الشاعر النظرية العامة للقانون الدستوري 1983 ص 580.

(65) د: صلاح الدين فوزي المرجع السابق ص 92.

(66) دستورية عليا القضية رقم 99 لسنة 4 قضائية دستورية جلسة 4 يونيو 1988 - أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع ص 119 القاعدة رقم 18.

مقابلة تصان فيها الحقوق والحريات إذا ما تعرضت للانتهاك أو الامتهان. ومن أبرزها حق الشكوى الذي نص عليه الدستور في المادة (41). فجعله حقاً للناس كافة تنكافاً فيه مراكزهم القانونية في سعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعاً عن مصالحهم الذاتية. لا يتمايزون في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي. جاعلاً من مبدأ مساواة الناس أمام القانون ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها⁽⁶⁷⁾.

من هذه الضوابط أيضاً أن النصوص إذا كانت ترتبط ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة فإن الحكم بعدم دستورية أحد نصوص هذا القانون يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون بأكمله⁽⁶⁸⁾. ولا يقال في هذا الشأن إن المحكمة قد حكمت بما لم يطلبه الخصوم أو حكمت بأكثر مما طلبوا. لأن هذا هو منطق الرقابة على دستورية القوانين. وهذا أمر مفهوم حتى في البلاد التي تأخذ بالرقابة السياسية مثل فرنسا. فمن المعلوم أن المجلس الدستوري إذا رأى أن نصوص القانون المعروض عليه للنظر في دستوريته ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة. فإن الحكم بعدم دستورية أحد أو بعض نصوص هذا القانون يترتب عليه عدم جواز إصدار باقي المواد.

أخيراً نشير إلى ما قرره القضاء الدستوري من أن لهذا القضاء منفرداً اختصاصاً مباشرة الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة. وذلك أياً كانت الجهة التي أقرتها أو أصدرتها. وسواء تضمنتها التشريعات الأصلية أو الفرعية. ولا تمتد الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا إلى القرارات الإدارية الفردية. مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور. ذلك أن هذه الرقابة تنحصر في القانون بمعناه الموضوعي الأعم محددًا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة. ولا كذلك القرارات الإدارية الفردية إذ لا تعدو المراكز التي تنشئها أو تعدلها أن تكون مراكز فردية أو خاصة تقتصر آثارها على أشخاص معينين بذواتهم. ومن ثم تكون محاكم مجلس الدولة هي جهة الاختصاص بمراقبة دستورتها⁽⁶⁹⁾.

أما ما يتصل بالجهة التي تم الدفع أمامها بعدم الدستورية. وهي محكمة خكيم فهذا هو الجانب من الحكم الذي نفرده بالتعليق في المبحث التالي المخصص لمفهوم المحكمة في القضاء الدستوري في كل من مصر والإمارات.

⁽⁶⁷⁾ راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (1) لسنة 34 دستورية الصادر بجلسته التاسع من يونيو 2008. منشور في مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية - الدائرة الدستورية المرجع السابق ص 197 وما بعدها.

⁽⁶⁸⁾ دستورية عليا القضية رقم 30 لسنة 9 قضائية دستورية أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس المجلد الأول ص 46 القاعدة رقم 10.

⁽⁶⁹⁾ دستورية عليا. القضية رقم 39 لسنة 9 قضائية. أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الخامس المجلد الثاني ص 47. القاعدة رقم 5.

المبحث الثالث مفهوم المحكمة في القضاء الدستوري

مَهَيِّدٌ

جاء في حيثيات الحكم محل التعليق "وحيث إن موجز الوجه الثاني من الدفع ، أن المحاكم الرسمية في البلاد وعلى اختلاف درجاتها ، هي صاحبة الحق في الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا دون هيئات التحكيم، إذا قامت لديها شبهة عدم دستورية قانون أو تشريع آخر. يكون لازماً للفصل في النزاع المطروح عليها. أو بناء على دفع يثار أمامها من أحد الخصوم تكون قبلته. وذلك سنداً إلى المادة (3/99) من الدستور ، والمادتين (4/33) ، (58) من قانون المحكمة الاتحادية العليا. وهو ما لم يتحقق في الدعوى الماثلة التي أحيلت من هيئة تحكيم.

وحيث إن هذا الدفع في محله .. لأنه إذا رسم القانون طريقاً معيناً لرفع الدعوى ، فإنه يتعين اتباعه ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.... وحيث إن النص في المادة (3/99) من الدستور على أن "تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية : 3- بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها" ... والنص في المادة (4/33) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن " تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الأمور الآتية : بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الاتحاد أو الإمارات الأعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها". والنص في المادة (58) من القانون ذاته على أن " خال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تثار أمام المحاكم في صدد دعوى منظورة أمامها..." تدل (النصوص) جميعها على أن من بين طرق اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية ، الإحالة إليها بناء على دفع مثار من أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية تكون قبلته محكمة الموضوع وأذنت لمثير الدفع برفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا.

وأضافت المحكمة حيث إن الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تحمل على غير مقاصدها ، وألا تُفسر عبارتها بما يخرجها عن معناها أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها ، أو تشويهها ؛ سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها... وحيث إن المصلحة التي تغيهاها المشرع من سن المادة (58) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ، هي حماية قرينة الدستورية المصاحبة أصلاً لكل نص تشريعي وتوفير الاستقرار لها حتى تؤدي وظيفتها الاجتماعية ، وذلك بعدم السماح لأي جهة أو هيئة أو شخص من الطعن بعدم دستورية القوانين إلا في نطاق ضيق وعلى نحو محدود. لأن ترك باب هذا الطعن مفتوحاً للجميع ، سوف يضعف من هذه القرينة. ثم وصلت المحكمة إلى المشكلة محل النزاع قائلة بعبارة واضحة لا غموض فيها " وأن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص. تلك الروابط التي يمكن لأطرافها الارتضاء والخضوع لأحكام قانون حتى ولو قامت لديهم شبهة عدم دستوريته ، باعتبار أن المصلحة الخاصة للخصوم هي المهيمنة على تلك الروابط. بخلاف محاكم الدولة التي تقضي في المنازعات باعتبارها سلطة من سلطات الدولة يتعين أن يأتي عملها متوافقاً مع دستورها. لما كان ما تقدم ، وكانت عبارة " أية

محكمة من محاكم" الواردة في الدستور وفي قانون المحكمة . وقد جاء لفظهما عاماً من دون تخصيص ، مطلقاً من دون تقييد ، واضح الدلالة على مراد المشرع منهما. بما مؤداه انصراف معناه على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي، الاتحادي منه والمحلي. أي المحاكم التي تنشئها الدولة أو إماراتها ، وتنظمها بما لها من سيادة وسلطة واختصاص. وأن لفظ " المحكمة " الوارد في سياق المادتين سالفتي البيان ، لا يتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات ، كهيئات التحكيم . وإذ كان الثابت من الأوراق أن الهيئة التحكيمية النازرة في الدعوى الموضوعية ، هي التي قررت جدية الدفع بعدم الدستورية وقبلته وصرحت للمحتكمين بإقامة الدعوى الماثلة ، فإن مؤدى ذلك أن المحكمة الاتحادية العليا اتصلت بالدعوى الدستورية على خلاف الأوضاع المنصوص عليها في المادة (58) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها.

هذه الصياغة الجامعة في هذا الحكم الهام تتضمن مبدئين أساسيين:
الأول: هو شمول لفظ المحكمة لكل المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي، الاتحادي منه والمحلي. أي المحاكم التي تنشئها الدولة أو إماراتها ، وتنظمها بما لها من سيادة وسلطة واختصاص.
الثاني: أن لفظ " المحكمة " الوارد في سياق المادتين سالفتي البيان ، لا تتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات ، كهيئات التحكيم.

نتناول شرح هذين المبدئين في المطلبين التاليين:

المطلب الأول	شمول لفظ المحكمة كل المحاكم الرسمية
المطلب الثاني	عدم دخول هيئات التحكيم في المحاكم الرسمية

المطلب الأول شمول لفظ المحكمة كل المحاكم الرسمية

أشرنا إلى أن المحكمة الاتحادية العليا في الحكم محل التعليق قد قررت أن لفظ المحكمة يتسع لكل المحاكم التي تنشئها الدولة أو إماراتها وتنظمها بما لها من سيادة وسلطة واختصاص كما تقول حيثيات هذا الحكم. وهذا الأمر سبق تقريره في الأحكام السابقة للمحكمة الاتحادية العليا التي ما فتئت تقرر أن اختصاصها ببحث دستورية القوانين ينعقد بإحالة الطلب إليها من أية محكمة من محاكم الدولة دون قيد أو تخصيص. فيستوي في ذلك أن تكون المحكمة من محاكم الدرجة الأولى أو من المحاكم الأعلى وتكون الإحالة أثناء نظر دعوى قائمة مطروحة عليها سواء أكانت من المحاكم الجزائية أو غيرها من دعاوى المواد الأخرى(70).

والحق الذي لا مرأ فيه أن المحكمة الاتحادية قد التزمت في هذه الأحكام المتعلقة بمفهوم كلمة المحكمة ضوابط التفسير التي ترددها دائما في أحكامها. هذه الضوابط يقع في مقدمتها القاعدة الذهبية الخاصة بالتفسير والتي تقرر أن الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره. ما لم يقيم دليل يقتضي صرفه عن ذلك وإرادة معنى آخر منه(71). ومن هذه القواعد عدم تقييد اللفظ المطلق وعدم تخصيص اللفظ العام. أو كما يقال إن العام يبقى على عمومته حتى يرد ما يخصه. والمطلق يبقى على إطلاقه حتى يرد ما يقيد. كما تقرر في أحكامها قائلة "البين من نص الفقرة الخامسة من المادة(99) من الدستور أن الدستور لم يخصص نوع المسائلة التي أناط بالمحكمة الاتحادية العليا الفصل فيها. كما لم يحدد نطاق الأفعال التي أخضعها لولاية هذه المحكمة. وذلك على الرغم من تعدد أحوال المسائلة. واختلاف صور المسؤولية واتساع دائرة الأفعال المتعلقة بالوظيفة الرسمية. وهذا إلى جانب أنه حين انصرف نصه في الفقرة السادسة من المادة نفسها إلى الجرائم التزم هذه الكلمة على وجه التخصيص. لأنه أجه بها إلى أفعال جرمية بحتة. الأمر الذي يدل دلالة واضحة على أنه وقد استعمل كلمة أفعال في الفقرة الخامسة بما لها من مدلول أعم وأشمل. فقد كان مراده منها بعيدا كل البعد عن التخصيص"(72).

هذه القواعد معلومة لكل دارسي القانون. وهي من أهم مسائل علم أصول الفقه. وقد حرص قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على النص على الرجوع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي. وهذا ما التزمت به المحكمة في هذا الحكم.

وقد حدث خلاف في تفسير معنى المحكمة في القضاء المصري. حيث تباينت وجهة نظر محكمة النقض مع المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد. ونشير إلى ذلك فيما يلي.

(70) راجع في هذا حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (1) لسنة (14) دستورية. الصادر بجلسته التاسع عشر من أبريل 1987. منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية. المرجع السابق ص 151 وما بعدها.

(71) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (1) لسنة (2) دستورية الصادر بجلسته الرابع عشر من أبريل 1974. المرجع السابق ص 18. الحكم الصادر في التاسع عشر من أبريل 1987 في الدعوى رقم (1) لسنة 14 دستورية منشور في المرجع السابق ص (151).

(72) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (3) لسنة (4) دستورية الصادر بجلسته الثامن عشر من نوفمبر 1979 منشور في المرجع السابق ص 68. كان الحكم متعلقا بطلب تفسير الفقرة الخامسة من المادة 99 من الدستور لبيان نطاق الأفعال التي تعنيها. وهل تقتصر على الأفعال الجنائية أم تشمل كافة الجرائم والتحالفات التأديبية.

لكن لابد من مراعاة الخلاف في هذا الشأن بين القضاء في مصر والإمارات. فقد كان الخلاف في القضاء المصري متعلقا بمدى جواز الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض. ومن هنا انفتح الطريق لإثارة مفهوم المحكمة. كما سنرى.

من المعلوم طبقا لنص قانون المحكمة الدستورية العليا أنه من الممكن رفع النزاع الدستوري إلى المحكمة الدستورية العليا عندما يتقدم أحد طرفي النزاع بدفع إلى محكمة الموضوع بعدم دستورية النص القانوني الذي يطبق على النزاع، وذلك طبقا لما ورد بنص المادة التاسعة والعشرين في البند (ب) " إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا. فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

وهذا الأسلوب يمكن فهمه وفهم الأحكام المتصلة به على النحو التالي:
أولا:

لابد من أن يكون هناك نزاع موضوعي أمام إحدى المحاكم، أو إحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائي.
ثانيا:

لا يجوز الدفع بعدم الدستورية أمام اللجان الإدارية التي ليس لها اختصاص قضائي، من ذلك على سبيل المثال أن لجان التقويم المشكلة طبقا لأحكام القرار بقانون رقم 72 لسنة 1963 بتأميم بعض الشركات والمنشآت لا تعد هيئات ذات اختصاص قضائي. وتعد قراراتها قرارات إدارية وليست قرارات قضائية. وبالتالي ليس من الممكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها. أما القرارات التي تصدرها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي وهي تمارس عملا قضائيا أسنده إليها المشرع. فإنها تعتبر بحسب طبيعتها أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية. وبالتالي يجوز الدفع أمامها بعدم الدستورية. والأمر كذلك بالنسبة إلى مجالس التأديب الخاصة بتأديب أعضاء مجلس الدولة التي تعتبر هيئة قضائية وما يصدر عنها في هذا الشأن أحكام قضائية وليس قرارات إدارية. وبالتالي من حق من يسأل أمامها الدفع بعدم دستورية القانون أو اللائحة.

ثالثا:

أن لفظ المحكمة يشير إلى جميع أنواع المحاكم العادية (مدنية وجنائية وأمن دولة وعسكرية) والإدارية.. الخ.

ولكن ظهرت مشكلة فيما إذا كان من الممكن إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض. وقد أصدرت محكمة النقض عددا من الأحكام قررت فيها أنه لا يجوز الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمامها. وحجة المحكمة في هذا الصدد أن الدفع بعدم دستورية القوانين لا يتعلق بالنظام العام. ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (73).

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بغير ذلك. حيث قررت أن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالفها واقع. ولا تعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية مما تستقل بتقديرها محكمة الموضوع. وإنما ينحل إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم في الدستور. وهو ادعاء لا يرتبط

(73) نقض مدنى الطعن رقم 1529 لسنة 62 القضائية جلسة 6 من يناير 1994 مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة والأربعون الجزء الأول ص 96 القاعدة رقم 21. الطعن رقم 1431 لسنة 50 القضائية جلسة 18 من ديسمبر 1983 - مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الرابعة والثلاثون الجزء الثاني ص 1850 القاعدة رقم 362.

الفصل فيه بأية واقعة تكون محكمة الموضوع قد حققتها. ومن ثم يجوز إثارتها ولو لأول مرة أمام محكمة النقض التي تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا. والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها. ذلك أن إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه. بمقولة إن رقابتها منحصرة في مسائل القانون وحدها ، مؤداه أن يكون مرجعها في هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعن المعروض عليها. ولو كانت معيبة في ذاتها لمخالفتها للدستور. وهو ما يؤول إلى إنزالها لهذه النصوص دوماً على الواقعة التي حصلها الحكم المطعون فيه. أياً كان وجه تعارضها مع الدستور. ويناقض ذلك دون ريب التزامها بالخضوع للقانون ، والدستور في مدارجه العليا. وبضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها. وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها في المرتبة. ومحصلة ما تقدم أن طبيعة الرقابة التي تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع. لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها. بل إن إجالتها لبصرها في هذا الدفع. يعكس جوهر رقابتها القانونية. ويعتبر أوثق اتصالاً بها . ذلك أن تقرير ما إذا كان النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية يعد لازماً أو غير لازم للفصل في الحقوق المدعى بها. وكذلك ما إذا كان التعارض الذي يثيره الدفع بين هذا النص وحكم الدستور يعد من وجهة مبدئية مفتقراً إلى ما يظاھر به أو مرتكناً إلى ما يبرره. كلاهما من مسائل القانون التي يدخل الفصل فيها في ولاية محكمة النقض التي عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه(74).

ونحن نؤيد بكل قوة حكم المحكمة الدستورية العليا:

- 1- لأن محكمة النقض تعد من قبيل المحاكم.
- 2- لأن محكمة النقض ترى أن إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض غير جائز لعدم تعلقه بالنظام العام ، وهذه مسألة من غير الممكن التسليم بها. لأن قواعد النظام العام كلها يجب أن يتم تحديدها بالقياس على نصوص الدستور.
- 3- من شأن هذا الموقف من محكمة النقض أن تحرم محكمة النقض نفسها من النظر في العيوب الدستورية التي تتعلق بالنصوص التشريعية واللائحية. وبالتالي تحرم نفسها من حق عرض مثل هذه النصوص على المحكمة الدستورية العليا.
- 4- إذا كان المشرع يسمح للقاضي بالنظر في الدستورية وينظم لذلك طريقة تضمن تطهير القانون من النصوص المخالفة للدستور. فلماذا يبتدع القضاء مشكلة من شأنها السماح بالإبقاء على نصوص مخالفة للدستور.
- 5- إن محكمة النقض قد صرحت للمدعي برفع الدعوى الدستورية. ولكن في حالة خاصة وهي حالة متعلقة بطلبات رجال القضاء على ما يبين من مدونات حكم المحكمة الدستورية العليا التالي:

وخلاصة هذا الحكم أن مجلس تأديب القضاة كان قد قضى بعزل المدعي من وظيفته القضائية إعمالاً للمواد 99، 107، 108 من القرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 بشأن السلطة القضائية. فطعن على قرار عزله أمام الدائرة المدنية بمحكمة النقض. وأثناء نظر هذه الدائرة لذلك الطلب دفع بعدم دستورية القرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 وإذ ارتأت جديّة الدفع ، فقد صرحت له برفع الدعوى الدستورية فأقام الدعوى الماثلة. وقد دفعت هيئة قضايا الدولة بعدم قبول الدعوى في خصوص ما

(74) دستورية عليا القضية رقم 102 لسنة 12 قضائية دستورية جلسة 19 من يونيو 1993 - أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس المجلد الثاني ص 343 القاعدة رقم 29.

ورد بها من طعن بعدم الدستورية على المواد 108,107,99 من القرار بقانون المشار إليه بمقولة إن محكمة الموضوع لم تصرح للمدعي بالطعن عليها. وبالتالي فإن نعيه بعدم دستورتها لا يعدو أن يكون اختصاما لها عن طريق الدعوى الأصلية التي لا يجوز قبولها أمام هذه المحكمة وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها.

وقد رفضت المحكمة هذا الدفع لأن المدعي قد طعن أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية القرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 بأكمله(75). فهل صرحت له محكمة النقض برفع الدعوى لأنها تعد في هذه الحالة محكمة موضوع وليست محكمة قانون؟

(75) دستورية عليا القضية رقم 31 لسنة 10 قضائية دستورية جلسة 7 ديسمبر 1991 الجزء الخامس المجلد الأول ص 57 القاعدة رقم 12. وحدث ذلك أيضا في جلسة 9 من فبراير 1988. وهي قضية تتعلق بإحالة أحد أعضاء النيابة إلى لجنة الصلاحية المنصوص عليها في المادة 111 من قانون السلطة القضائية.

المطلب الثاني : عدم دخول هيئات التحكيم في المحاكم الرسمية

جاء في الحكم محل التعليق:

وحيث إن المصلحة التي تغيهاها المشرع من سن المادة (58) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ، هي حماية قرينة الدستورية المصاحبة أصلاً لكل نص تشريعي وتوفير الاستقرار لها حتى تؤدي وظيفتها الاجتماعية ، وذلك بعدم السماح لأي جهة أو هيئة أو شخص من الطعن بعدم دستورية القوانين ، إلا في نطاق ضيق وعلى نحو محدود . ذلك أن ترك باب هذا الطعن مفتوحاً للجميع ، سوف يضعف من هذه القرينة. يضاف إلى هذا أن التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص..... وأن لفظ " المحكمة " الوارد في سياق المادتين سالفتي البيان ، لا تتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات ، كهيئات التحكيم.

هذا هو الأمر الثاني من الحكم محل التعليق وهو يتعلق بمفهوم المحكمة في القضاء الدستوري.

ومضمون الحكم في هذا الشأن أن لفظ " المحكمة " الوارد في سياق الحكم محل التعليق لا يتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات، كهيئات التحكيم وهو ما تناولناه فيما يلي.

أولاً:

قد يكون من المناسب الإشارة إلى حيثيات المحكمة في هذا الصدد، ومناقشتها؛ خاصة ما جاء بهذه حيثيات من قول المحكمة:

....وحيث إن المصلحة التي تغيهاها المشرع من سن المادة (58) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ، هي حماية قرينة الدستورية المصاحبة أصلاً لكل نص تشريعي وتوفير الاستقرار لها حتى تؤدي وظيفتها الاجتماعية ، وذلك بعدم السماح لأي جهة أو هيئة أو شخص ب الطعن بعدم دستورية القوانين إلا في نطاق ضيق وعلى نحو محدود. ذلك أن ترك باب هذا الطعن مفتوحاً للجميع ، سوف يضعف من هذه القرينة.....

الحقيقة أن هذه حيثيات محل نقاش جدي، لأن فتح الباب للجميع للطعن بعدم الدستورية ليس من شأنه إضعاف قرينة الدستورية، حيث يظل النص القانوني متمتعاً بهذه القرينة ولو طعن فيه الناس جميعاً، ولا تنفك عنه هذه القرينة إلا بصور حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستوريته، وبالتالي نرى أن المقصود من تضيق دائرة الطعن بعدم الدستورية ليس مقصوداً منه الحفاظ على هذه القرينة، بل الهدف الأساسي من ذلك هو عدم تكديس القضايا أمام القضاء الدستوري لو سمح للجميع بتقديم طعن بعدم الدستورية.

وللمحكمة الاتحادية أحكام قيمة في هذا المجال منها حكمها الصادر في الدعوى رقم 2 لسنة 28 دستورية (76) الذي تقرر فيه بعبارة صريحة لا تحتمل أي لبس:

(76) منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية - الدائرة الدستورية منذ تأسيس المحكمة وحتى عام 2008 - جلسة 2008/5/18 رقم 18 - ص 216
2008 /5/18 البند رقم 18 - ص 216.

” وحيث إن الأصل في القوانين الاتحادية أنها صدرت موافقة ومطابقة للدستور. أخذا بقرينة الدستورية التي تصاحب التشريع منذ لحظة صدوره إلى يوم إلغائه. ولا تزول عنه هذه القرينة إلا بصور حكم قضائي من هذه المحكمة ينزع عن هذا التشريع لباس الشرعية الدستورية. أو يقوم دليل قطعي يكون بذاته نافيا على وجه العموم لدستوريته. ولازم هذه القرينة المفترضة أن القانون الاتحادي متى استوفى إجراءات إصداره المقررة في الدستور. فهو واجب الاحترام والتطبيق على جميع إقليم الدولة وعلى كافة سكانها وما عليها...“

هذه الصياغة تقطع بما قلناه إن قرينة الدستورية لا تنفك عن القانون أو عن أي من نصوصه إلا بصور حكم بعدم دستوريته من المحكمة الاتحادية. وبالتالي فليس مؤكدا أن تضيق دائرة الطعن بعدم الدستورية بهدف إلى الحفاظ على هذه القرينة.

هناك ملحوظة يسيرة على هذه الجثثيات وهي أن قرينة الدستورية ليست مقصورة على القوانين الاتحادية. بل تتمتع بها أيضا التشريعات الصادرة من الإمارات.

لكن هل عنى القانون بتحديد المقصود بكلمة المحكمة. أم أن ذلك من الأمور التي لا تحتاج إلى تحديد؟

مراجعة القوانين ذات الصلة يمكننا الإشارة إلى ما يلي:

أولا:

إن قوانين المرافعات والإجراءات المدنية - مثلها في هذا مثل باقي القوانين - لا تلقي أهمية كبرى إلى التعريفات. باعتبار التعريفات من قبيل العمل الفقهي وليست من أعمال المشرع. ولهذا نرى النصوص القانونية تصاغ في صيغة عامة تستخدم لفظ المحكمة أو المحاكم أيا كان المقصود بهذه المحكمة. مثال ذلك نص المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لسنة 1992 (لغة المحاكم هي اللغة العربية...) وكذا نص المادة (21) منه التي تقرر أن تختص المحاكم بنظر الدعوى على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الدولة في الحالات الآتية.... والمادة (23) إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن المحكمة مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها. إلى غير ذلك من المواد.

ثانيا:

هناك محاكم لا يمكن أن يختلف أحد بشأن مدلولها مثل المحكمة الاتحادية العليا أو محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا لأنها محكمة واحدة وإذا أطلق مثل هذا المصطلح فهم معناه بدون خلاف. ومن ذلك استخدام لفظ أو مصطلح محاكم اتحادية حيث يفهم من هذا المصطلح أنه مقصور على المحاكم الاتحادية. مثال ذلك تسمية قانون إنشاء لجان التوفيق والمصالحة بالمحاكم الاتحادية (القانون رقم 133 لسنة 2001). أما إذا استخدم المشرع مصطلح المحاكم بدون تقييد فهو يعني التعميم أخذا بقاعدة أن اللفظ العام يبقى عاما ولا يجوز تخصيصه بدون مخصص. مثال ذلك القانون رقم (8) لسنة 1974 في شأن تنظيم الخبرة أمام المحاكم.

ثالثاً:

أن المتخصصين في قانون المرافعات أو الإجراءات المدنية يجعلون في العادة فصلاً خاصاً بالمحاكم، من حيث تشكيلها وترتيبها ومن حيث توزيع الدعاوى على المحاكم. ولكنهم لا يخصصون جانباً من هذه الدراسة لبيان المقصود من المحكمة⁽⁷⁷⁾.

رابعاً:

بالرجوع إلى قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 48 لسنة 1979 نجد أنه يتبع نفس الفلسفة وهي استخدام لفظ المحكمة بصيغة عامة، ولم يقدم سوى تعريف واحد للمقصود بكلمة المحكمة وهو التعريف الوارد في المادة الثانية منه (في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بكلمة (المحكمة) المحكمة الدستورية العليا.. وهو تعريف لا يقدم شيئاً جديداً لأن هذا القانون اسمه قانون المحكمة الدستورية العليا ومن المنطقي أن المقصود بلفظ المحكمة هو المحكمة الدستورية العليا، وكان الأولى أن يقدم المشرع تعريفاً لغير ذلك من المحاكم كما في المادة (29) التي تنص على أنه إذا تراءى لإحدى المحاكم... إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم...

خامساً:

يمكن الاستعانة بالذاكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا لبيان الغموض الذي لحق بمعنى المحكمة في هذا الشأن. وقد استخدمت هذه المذكرة الإيضاحية عبارات تدل أو تساعد على بيان المقصود بالمحكمة فقد جاء بها " وتوسعة لنطاق هذه الرقابة على دستورية القوانين واللوائح نص القانون على ثلاث طرق لتحقيق هذه الغاية أولها التجاء جهة القضاء من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية نص لازم للفصل في دعوى منظورة أمام هذه الجهة..."⁽⁷⁸⁾، كما جاء بهذه المذكرة (...كما أن هذا الاختصاص (التفسير) لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها...)⁽⁷⁹⁾. هذه الصياغة يفهم من ظاهرها أن المقصود بالمحكمة أية محكمة تابعة لجهة القضاء وبالتالي نستبعد من هذا التعريف كل محكمة لا تتبع جهة قضائية طبقاً للنظام القضائي في الدولة. فمحاكم النظام القضائي معلومة وهي وحدها - دون غيرها من المحاكم غير التابعة للنظام القضائي - التي تستطيع تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الدعاوى التي تعرض عليها. وهذا ما يقرره الفقه الذي يقرر أن من حق أي محكمة في السلم القضائي أن تحيل من تلقاء نفسها أي نص غير دستوري إلى المحكمة الدستورية العليا⁽⁸⁰⁾. ومفهوم ذلك أن أية محكمة ليست في السلم القضائي للدولة لا ينطبق عليها النص.

كما أن الفقه يستخدم صياغات وألفاظاً تدل على تنافر التحكيم مع القضاء، وبالتالي لا يمكن اعتبار هيئات التحكيم من المحاكم المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا من ذلك القول " .. التحكيم والقضاء يقعان على طرفي النقيض، فكلما ازدهر القضاء وشمخ وتألق زاد معدل اللجوء إليه، وبالتالي قل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات والعكس صحيح.

⁽⁷⁷⁾ انظر على سبيل المثال الدكتور أحمد صدقي محمود- قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة-دراسة خلية وتطبيقية لقانون الإجراءات المدنية والتجارية الاتحادي رقم (11) لسنة (1992) معدلاً بالقانون رقم(30) لسنة 2005 - مكتبة الجامعة الشارقة ص 129 وما بعدها.

⁽⁷⁸⁾ المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا منشورة في الجزء الأول من أحكام المحكمة الدستورية العليا ص 95 وما بعدها خاصة البند رقم 7.

⁽⁷⁹⁾ راجع المذكرة المشار إليها البند رقم 8.

⁽⁸⁰⁾ الدكتور عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، 1995، دار الفكر العربي ص 221.

إذ كلما ضعف النظام القضائي ووهن وصادفته المشاكل يلج التحكيم رواجاً كبيراً في مجال تسوية المنازعات⁽⁸¹⁾.

سادساً:

أن متابعة تطور الرقابة على دستورية القوانين في مصر قد دل على قيام بعض المحاكم برقابة دستورية القوانين رغم عدم وجود تنظيم دستوري لهذه المسألة استناداً إلى أن هذا الأمر من طبيعة عمل القاضي، وهذا الأمر لا يتصور أن تقوم به هيئة من هيئات التحكيم، أيًا كان الاسم الذي تسمى به.

إن عمل القاضي هو تطبيق القانون على ما يعرض عليه من منازعات، وعند قيامه بهذا العمل يكون ملزماً عند تعارض قانون عادي مع نص دستوري أن يستبعد القانون العادي ويعمل حكم الدستور. فالقاضي مقيد بقوانين البلاد العادية، كما هو مقيد بالقانون الأساسي للدولة الذي هو أعلى من القوانين العادية، وهكذا في كل حالة يتعارض فيها قانون من درجة معينة مع قانون من درجة أعلى، أو تعارضت لائحة مع القانون (82)، ولا يتصور أن تمنح هذا الحق لهيئات التحكيم.

سابعاً:

أن المشرع الإماراتي عندما نظم التحكيم أفرد له باباً خاصاً هو الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية (المواد من 203 - 218)، وضمن هذه المواد قواعد تختلف عن قواعد العمل القضائي المعتادة. ويظهر من مراجعة هذه القواعد أن محاكم التحكيم لا يمكن اعتبارها محاكم بالمعنى التقليدي، كما أن الدول التي نظمت التحكيم بقانون خاص مثل مصر نظمته بعيداً عن قواعد التداعي المعتادة وخصته بأحكام مغايرة تماماً عن الإجراءات القضائية. ويمكن التذليل على عدم اعتبار هيئات التحكيم من قبيل المحاكم بالمعنى المعروف من خلال عدد من الأمور أهمها:

- 1- أن التحكيم يقوم على أساسين هما إرادة الطرفين وسماع المشرع بالتحكيم، و هنا نجد أول ملمح من ملامح الخلاف، ألا وهو فكرة الإرادة فليس للإرادة دور في العمل القضائي، لا من حيث القدرة على اختيار القانون واجب التطبيق ولا من حيث تحديد المحكمة المختصة.
- 2- إن نظام التحكيم يقوم على مبدأ حرية الإرادة وغالباً ما يتمسك الطرف الأجنبي بالتحكيم هروباً من الخضوع للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة. حيث لا يستطيع الطرف الأجنبي التأثير على القضاء، كما يؤثر في الجهات الأخرى، وهو أيضاً يستبعد تطبيق القانون الوطني الخاص بها (83).

أي أن اللجوء إلى التحكيم يترتب عليه أمران، الأول هو استبعاد الاختصاص القضائي للدولة، والثاني هو استبعاد القانون الوطني. وإذا كان التحكيم يتعلق بالدولة نفسها فإن ذلك يمس سيادتها وحصانتها القضائية، فإذا كانت الدولة ترفض الخضوع لقضاء دولة أجنبية،

⁽⁸¹⁾ الدكتور سامح محمد محمد السيد، التحكيم في مصر ومنظمة التجارة العالمية الطبعة الأولى 2008 ص 6.

⁽⁸²⁾ (راجع د. رمزي الشاعر: المرجع السابق ص 115، ود. عبد العزيز محمد سلمان: المرجع السابق ص 283، ود. سعاد الشرقاوي ود. عبد الله ناصف: المرجع السابق ص 180).

⁽⁸³⁾ الدكتور جلاء حسن سيد أحمد خليل: التحكيم في المنازعات الإدارية 2002 ص 440.

وتتمسك في مواجهتها بالحصانة القضائية، فكيف يمكن أن تقبل المثل أمام شخص عادي هو المحكم (84). وهذا يعني صراحة أن نظام التحكيم يعمل خارج النظام القانوني والقضائي للدولة. وتبدو هذه الحقيقة واضحة في المادة 5/203 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم (11) لسنة (1992) المعدل بالقانون الاتحادي رقم (30) لسنة (2005) فيما قررته من أنه إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء.. فهذا النص واضح الدلالة في أن التحكيم يعطل عمل القضاء، وبالتالي لا يجوز اعتبار هيئات التحكيم محكمة تملك ما تملكه المحاكم العادية التي تتبع النظام القضائي في الدولة.

وينتهي هذا الفقه إلى أن التحكيم يمثل خروجاً على السيادة من ناحيتين:

الأولى: هي حق الدولة في احتكار توزيع العدالة.

الثانية: أنه يتجاهل قانونها بمنح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد أخرى أو دون التقيد بأية قواعد.

3- أن نظام التحكيم لا يمكن أن يكون من قبيل العمل القضائي بدلالة النص في المادة 3/207 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي فيما تضمنه من أنه لا يجوز عزل المحكم إلا بموافقة الخصوم جميعاً. غير أنه يجوز للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وبناءً على طلب أحد الخصوم إقالة المحكم والأمر بتعيين بديل عنه... ونحن لا نصور أن المحكمة المختصة يمكن أن تعزل المحكم ثم نقول إن هيئة التحكيم تعد محكمة، فكيف يمكن عزل قاض بمعرفة قاض آخر؟

4- كما أن خضوع حكم التحكيم لرقابة القضاء يلقي كثيراً من الشك على طبيعته. لهذا يتساءل جانب من الفقه قائلًا هل يمكن أن يتعايش نظام التحكيم مع إخضاع قراراته لطرق طعن عديدة من ناحية وتابعة لقضاء الدولة من ناحية أخرى. أم أنه يجب دائماً للإبقاء على التحكيم أن يظل خارجاً عن القانون (إذا جاز هذا التعبير) وتحديدًا خارجاً عن سلطة محكمة الطعن.⁽⁸⁵⁾

5- هناك اختصاصات لا تمنح للمحكم كما في المادة 2/209 التي تسمح للمحكم بأن يطلب من رئيس المحكمة المختصة الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم. أي أن المحكم لا يملك هذه السلطة في مواجهة الغير على عكس المحكمة التي تملك ذلك (تنص المادة 18 من قانون الإثبات الاتحادي رقم 10 لسنة 1992 على أنه يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محررات أو أوراق منتجة تكون تحت يده... ثم نصت المادة (19) على أنه إذا أثبت الطالب صحة طلبه أو أقر الخصم أن المحرر أو الورقة في حوزته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر أو الورقة في الحال أو في أقرب موعد تحدده).

6- أن الحكم الصادر من المحكمين غير نافذ بذاته بل يحتاج إلى تصديق من المحكمة المختصة، وإذا وجدت المحكمة أن الحكم قد أغفل الفصل في مسألة من المسائل فلها أن تعيده إلى المحكمين، وهذه الآلية غير موجودة في القضاء العادي (المادة 214 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي).

7- تنتهي ولاية المحكمين بصدور الحكم ولا شأن لهم بإجراءات تنفيذه (يختص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين المادة 2/215 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي).

⁽⁸⁴⁾ الدكتور حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) الطبعة الأولى 1996 ص 277. يراجع لها أيضاً : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق 2003- دار المطبوعات الجامعية.

⁽⁸⁵⁾ الدكتور أحمد علي السيد خليل، مدى إمكان تعايش التحكيم والطعن معاً، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السنوي السادس عشر بعنوان التحكيم التجاري الدولي كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة 2012 ص 873 وما بعدها.

8- كثيرا ما أثارت هيئات التحكيم مشكلات تتعلق بإجراءات اتصالها بالمحكمة الدستورية. من هذه الحالات نشير إلى الحكم الصادر من المحكمة العليا في مصر جلسة السادس من نوفمبر 1971 - الطلب رقم 11 / والطلب رقم 12 م حكيم (86). وقد كان الطلب المقدم خاصا بوقف تنفيذ حكم للمحكّمين. وقد جاء في حكم المحكمة أن ولاية المحكمة في الفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم التي تختص هذه المحكمة بالفصل فيها تقدم إلى رئيسها من قبل النائب العام بناء على طلب الوزير المختص.. ولما كان هذا الطلب لم يقدم إليها طبقا لهذه الأوضاع وإنما أحيل من هيئة التحكيم فإنه يكون غير مقبول. ولا يغير من هذا النظر ما تقضي به المادة 110 من قانون المرافعات من أن المحكمة عندما تقضي بعدم اختصاصها بنظر دعوى خيلها إلى المحكمة المختصة. وتكون هذه الأخيرة ملزمة بالنظر فيها. ذلك أن الإحالة المشار إليها لا يتناول حكمها المحكمة العليا التي لا تلتزم إلا بالإجراءات المقررة في قانونها وقانون الإجراءات والرسوم أمامها. ولا ترجع إلى أحكام قانون المرافعات في شأن الإجراءات إلا على سبيل الاستهداء وذلك في حالة عدم وجود نص في القانونين المشار إليهما. وما لا يتعارض مع روح وطبيعة الأوضاع أمامها. وحكمت المحكمة بعدم قبول الطلب ولم تلتفت إلى ما جاء في الطلب من أن اشتراط تقديم طلب وقف التنفيذ من النائب العام بناء على طلب الوزير المختص إنما يكون في حالة الطلب المرفوع إلى المحكمة مباشرة من ذوي الشأن. وأنه لا محل لهذا الإجراء عند إحالة الطلب إليها بحكم من جهة أخرى تطبيقا لنص المادة 110 من قانون المرافعات (87).

وبينى هذا الحكم على أسس قانونية يمكن إجمالها في أن المحكمة العليا لا تعد جهة طعن بالنسبة إلى هيئات التحكيم حيث نص القانون رقم 32 لسنة 1966 في مادته الخامسة والسبعين على أن تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافاذة وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن. وأن نص المادة 3/4 من قانون المحكمة العليا لا يسلط هذه المحكمة على الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم لتصويبها وتقوم اعوجاجها عند خروجها على حكم القانون. لأن المحكمة العليا لا تفصل في طعن على ضوء مقاييس قانونية صرفة.. بل تقوم رقابتها لأحكام هيئة التحكيم على التحقق من أن هذا التنفيذ لا يضر بالخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة إعمالا لحكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا (88) في أهدافها ولا يعرقل انتظام المرفق العام وطراد سيره... فإذا انتهت المحكمة إلى أن حكم هيئة التحكيم ليس من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية للدولة فإنها تحكم بعدم قبول الطلب (89). وعندما تأمر المحكمة بوقف تنفيذ الحكم. فإنها تتصدى لموضوع النزاع وتعيد تقييمه. لا لأن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ينطوي بالضرورة على مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه وتأويله. بل لتصدر المحكمة العليا في موضوع النزاع حكما تراه أكثر مواءمة لمصلحة الخطة أو المرفق العام وأدعى لتحقيق أهدافها.

(86) منشور في أحكام وقرارات المحكمة العليا الجزء الرابع المرجع السابق ص 71.

(87) راجع تفصي هذا الحكم في الجزء الرابع من أحكام وقرارات المحكمة العليا المرجع السابق ص 71 - 79 في الطلبين رقم 11 لسنة 1 و 12 لسنة 1 القضائية حكيم.

(88) راجع حكم المحكمة العليا الصادر بجلطة الأول من يناير 1972 في الطلب رقم 13 لسنة 1 قضائية حكيم- منشور في الجزء الرابع سابق الإشارة إليه ص 109.

(89) الحكم السابق. راجع أيضا الحكم الصادر بجلطة الرابع من مارس 1972 في الطلب رقم 4 لسنة 2 قضائية حكيم. المرجع السابق ص 129. والحكم الصادر بجلطة الثالث من يونيو في الطلب رقم 20 لسنة 1 القضائية حكيم- المرجع السابق ص 157 وما بعدها.

وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة 110 من قانون المرافعات المصري تنص على أن تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها. فهل يطبق هذا الحكم على المحكمة العليا أم لا؟ إن جانبا من الفقه يرى أن حكم الإحالة يلزم المحكمة المحالة إليها الدعوى. لأن حكم الإحالة ليس فقط حكما بعدم اختصاص المحكمة المحيلة بنظر الدعوى بل هو أيضا حكم باختصاص المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى حتى لا تتردد الدعوى بين المحكمتين. ولولا ذلك لأصبحت الفقرة الثانية سالفة الذكر من قبيل اللغو.

بينما يرى آخرون أنه يجوز للمحكمة التي أحيلت إليها الدعوى مناقشة هذا الحكم وعدم التقيد بالإحالة. وإلا ترتب على هذا هدم قواعد الاختصاص الولائي وهي قواعد متعلقة بالنظام العام ولا يجوز إهدارها. وحتى لا تتصل كل المحاكم من اختصاصها وتفحمة على اختصاص محكمة أخرى لا اختصاص لها ولو كانت المحكمة المحال إليها الدعوى تحتل مركز القمة في النظام القضائي. وبالتالي فإن الإحالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان موضوع الدعوى يدخل في اختصاص المحكمة المحالة إليها الدعوى ولائيا. وأخيرا فإن المفهوم والأغلب أن الإحالة تكون صحيحة. وعلى هذا الأساس قرر المشرع هذه القاعدة. ومن هنا لابد من مراعاة صياغة الفقرة الثانية من المادة 110 التي جاءت صياغتها كما يلي: على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة. فمقتضى هذه الصياغة أن الإحالة لابد أن تكون إلى المحكمة المختصة وليس لأية محكمة.

وأيا كان الرأي فيما تعنيه هذه المادة. فإن من الشراح من يرى أن حكم المادة 110 موجه إلى المحاكم وحدها. سواء ما كان منها تابعا لجهات القضاء العادي أم ما كان تابعا لجهة القضاء الإداري. وأنها لا يجوز لهيئة ذات اختصاص قضائي أن تحيل نزاعا لا يدخل في اختصاصها إلى محكمة مدنية أو إدارية. ... ولكل ذلك فإن الإحالة الصادرة عن هيئة التحكيم لا تنضوي تحت حكم المادة 110 سالفة الذكر لأن هيئة التحكيم لا تعد قانونا محكمة بحسب تشكيكها ولا يجوز لهذه الهيئة بالتالي أن تستند إلى نص المادة 110 لإلزام أية محكمة بحكم الإحالة الصادر عن هذه الهيئة لأن المادة 110 تعتبر في مجالها نصا استثنائيا يتعين تفسيره في أضيق الحدود ولا يجوز أن تقاس على حكمها أوضاع لا يشملها هذا النص ولم يقصد إلى تنظيمها خصوصا إذا لاحظنا أن المشرع لا يقيد هيئات التحكيم بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي(90).

من خلال هذا العرض يمكن أن نخلص إلى أن الاعتبارات القانونية التي يراعيها القضاء في أحكامه قد لا تكون مرعية في أحكام هيئات التحكيم كما أن الضوابط التي وضعها المشرع لوقف التنفيذ تختلف في قانون المرافعات عن هيئات التحكيم التي كان ينظمها القانون المصري بصدد هيئات التحكيم. بمعنى أن حكم هيئة التحكيم قد يكون سليما شكلا وموضوعا. ومع ذلك تقضي المحكمة بوقف تنفيذه إذا ترتب عليه أثر من الآثار التي تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام للمجتمع. وأن طلب وقف التنفيذ الذي تختص المحكمة العليا بالفصل فيه ليس طريقا للطعن في أحكام هيئة التحكيم. لأن هذه الأحكام نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن(91). كما أن هيئات التحكيم قد لا تتوافر فيها ضوابط العمل القضائي مثل التخصص القانوني وضمانات القضاة وأسلوب عمل القضاء. كما أن هذه الهيئات تحكمها قواعد خاصة قد لا

(90) راجع في هذا التقرير المقدم من المستشار عوض المر في الطلب رقم 11 لسنة 1 عليا تحكيم منشور في أحكام وقرارات المحكمة العليا الجزء الرابع المرجع السابق من ص 80 - 108.

(91) راجع حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم 10 لسنة 1 قضائية تحكيم- منشور في المرجع السابق ص 177 وما بعدها.

تهتم بمراعاة الجوانب القانونية بقدر اهمامها بالوصول إلى حل للنزاع المطروح عليها بالطريقة التي تراها مناسبة، ولو كان ذلك على حساب مخالفة النصوص القانونية⁽⁹²⁾.

9- لا يجوز التحكيم في أمور تتعلق بالنظام العام استناداً إلى المادة 819 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 77 لسنة 1949 والمادة 551 من القانون المدني، وكذلك استناداً إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968، ويدور الحظر بصفة عامة على عدم جواز التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو تكون متعلقة بالنظام العام، وقد استهدف المشرع بعدم إجازة التحكيم في تلك المسائل أن تخضع لرقابة وإشراف السلطة العامة(93).

كل ما سبق يؤيد ما جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا من أن مصطلح المحاكم يتعين قصره على المحاكم التي تتبع النظام القضائي للدولة ولا يشمل بحال من الأحوال هيئات التحكيم، سواء في ذلك التحكيم الاختباري والتحكيم الإجباري الذي تنشئه الدولة للفصل في المنازعات التابعة لها، وبالتالي لا يجوز الدفع بعدم الدستورية أمام هذه الهيئات، كما لا يجوز لهذه الهيئات أن تحيل نصاً في قانون أو لائحة للمحكمة الاتحادية أو المحكمة الدستورية العليا. ويثير ذلك سؤالاً عن أصحاب الصفة في الدعوى الدستورية، من له الحق في الدفع بعدم دستورية نص قانوني، وأمام من يمكن إثارة هذا الدفع؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تقتضي تقديم دراسة خاصة عن الصفة في الدعوى الدستورية طبقاً للتنظيم الدستوري في كل من مصر ودولة الإمارات العربية المتحدة، وهذا ما نأمل في القيام به قريباً إن شاء الله.

(92) ينص قانون المحكمة العليا في المادة الرابعة منه في فقرتها الثالثة على أن تختص المحكمة بالفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشككة للفصل في منازعات الحكومة والقطاع العام وذلك إذا كان تنفيذ الحكم من شأنه الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الإخلال بسير المرافق العامة ويقدم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة العليا من النائب العام بناء على طلب الوزير المختص. ولا يجوز من وقت تقديم الطلب تنفيذ الحكم إلى أن تبث المحكمة في الطلب. وتصدر المحكمة أمرها بوقف تنفيذ الحكم أو بتعديل طريقة تنفيذه أو برفض الطلب. وعلى المحكمة إذا أمرت بوقف تنفيذ الحكم أن تتصدى للفصل في موضوع النزاع. والتحكيم هنا إجباري وهذه الهيئات مشككة بمعرفة الدولة ومع هذا لا يدرجها الفقه أو القضاء في إطار المعنى المعروف للمحكمة. فما بالك بالتحكيم بين الأفراد.. نظام التحكيم الذي فرضه قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم 32 لسنة 1966، وأوجب اللجوء إليه في المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين إحدى هذه الشركات وبين جهة حكومية أو محلية أو هيئة أو مؤسسة عامة. غير أن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم. بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول إنه لولا إجازة المشرع اللجوء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين، ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقها.

(93) فتوى 96 في 1970/1/51 الموسوعة الجزء العاشر ص 765 القاعدة رقم 264.

قائمة المراجع

**** الدكتور أحمد صدقي محمود: قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة- دراسة تحليلية وتطبيقية لقانون الإجراءات المدنية والتجارية الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 معدلاً بالقانون رقم 30 لسنة 2005 - مكتبة الجامعة بالشارقة 2008.**

**** الدكتور أحمد علي السيد خليل، مدى إمكان تعايش التحكيم والطعن معاً- ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السنوي السادس عشر - كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة (التحكيم التجاري الدولي) 2012.**

**** المستشار أحمد مدوح عطية رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق ، دراسة مقارنة تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا طبعة 1973 ص 63 القاعدة رقم 2 ، محاضرة ألقاها سيادته بتاريخ الثالث والعشرين من ديسمبر عام ألف وتسعمائة وتسعة وسبعين ، بدعوة من الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ، وهذه المحاضرة منشورة بالعدد 375 من مجلة مصر المعاصرة ، وهي منشورة أيضاً بالجزء الأول من أحكام المحكمة الدستورية العليا - وثائق إنشاء المحكمة والأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى 30 يونيو 1981 .**

**** د. السيد علي الباز المرجع الرقابة على دستورية القوانين 1978.**

**** الدكتور حفيفة السيد الحداد **:العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) الطبعة الأولى 1996 .**

**** الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق 2003- دار المطبوعات الجامعية.**

**** الدكتور رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور- دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري الطبعة الثانية 2008- دار النهضة العربية.**

**** الدكتور رمزي الشاعر القانون الدستوري - النظرية العامة والنظام الدستوري المصري 1997 .**

**** د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في ملكة البحرين - دراسة مقارنة، 2003.**

سعاد الشرقاوي ، د. عبدالله ناصف أسس القانون الدستوري وشرح النظام السياسي المصري، دار النهضة طبعة 1984.

**** الدكتور سعد عصفور - النظام الدستوري المصري - دستور 1971 - طبعة 1980 ..**

****الدكتور صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، . دار النهضة العربية، 1993**

*** د. عبد العزيز محمد سالم : رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي 1995.**

**** المستشار عوض المر: تقرير مقدم في الطلب رقم 11 لسنة 1 عليا حكيم منشور في أحكام وقرارات المحكمة العليا الجزء الرابع .**

**** الدكتور كمال طلبة للتولي سلامة، النظم القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B. O. T - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه جامعة الرقازق - مصر 2007.**

**** الدكتور نجلاء حسن سيد أحمد خليل : التحكيم في المنازعات الإدارية 2002 .**

**** مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.**

**** أحكام وقرارات المحكمة العليا - إعداد المستشارين ياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان - الجزء الأول في الدعاوى الدستورية- الجزء الرابع منازعات التنفيذ.**

** مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا - الدائرة الدستورية منذ تأسيس المحكمة وحتى سنة 2008

** مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة والأربعون الجزء الأول. مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الرابعة والثلاثون الجزء الثاني.

** المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا منشورة في الجزء الأول من أحكام المحكمة الدستورية العليا

** Constantin Kortmann : Souveraineté et constitutionnalité. La revue Administrative 47e année 1994.

**Dominique Turpin, Le Conseil Constitutionnel, Son rôle , Sa jurisprudence, librairie Hachette, 1995." .

** Les grandes décisions du conseil constitutionnel. 9^e éd. 1997.

** L.Favoreu et L.Philippe.Les grandes decisions du conseil constitutionnel ,2003.

حكم التعامل بالأسهم على ضوء الممارسة والتطبيق

(دراسة لشرعية التعامل بالأسهم على ضوء بعض ممارسات السوق، والتعامل
بأسهم الشركات التي تثور بأنشطتها شبهة التحريم)

د. عبد العظيم أبوزيد

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله - كلية الشريعة
جامعة دمشق

ملخص البحث

يعرض البحث لقضيتين جوهريتين يمكن عدّهما أهم قضايا الأسهم الشرعية، وهما قضيتان قصّر النظر الشرعي عنهما في الآونة الأخيرة على الرغم من أهميتهما وتجدهما. القضية الأولى هي قضية أصل التعامل بالأسهم في الأسواق المالية اليوم على ما يعترها من اضطرابات ناجمة عن تضافر عوامل وممارسات مختلفة أدت إلى خلق مناخ استثماري شديد الاضطراب. ترتبت عنه أضرار فادحة بالأسواق والمستثمرين. والقضية الثانية هي قضية التعامل بأسهم الشركات التي تمارس بعض الأنشطة المحرمة، حيث اغتفرت معايير شرعية صادرة هذه الأنشطة إن لم تتجاوز نسباً معينة من مجمل أنشطة الشركة، وتفاوتت تلك النسب من معيار لآخر، وارتبطت بعض هذه النسب بالقيمة السوقية للأسهم وليس بقيمتها الدفترية على الرغم مما يُعلم من احتمال تضاعف القيم السوقية عن القيم الدفترية فضلاً عن تذبذبها. واشترطت هذه المعايير التخلص من الكسب المحرم الناجم عن تلك الأنشطة بعد أن حددت بنسب مختلفة العائد الأقصى عن هذه الأنشطة المحرمة. واستند في وضع هذه المعايير والنسب إلى جملة أدلة ومبررات عمل البحث على تحليلها ومناقشتها، بغية الخروج بالضوابط الشرعية الصحيحة لجواز التعامل بالأسهم.

مقدمة:

يمكن تعريف الأسهم بأنها حصص شائعة متساوية في ملكية موجودات شركة مساهمة ما. تصدرها الشركات بغرض زيادة رأسمالها. قابلة للتداول في أسواق مالية خاصة تنتظمها قوانين خاصة.

وللأسهم قضايا شرعية مختلفة، منها ما يتعلق بمبدأ المسؤولية المحدودة للشركة المصدرة للأسهم، ومنها ما يتعلق بحكم إنشاء شركة مساهمة بالمفهوم العصري، وعلاقات مؤسسيها والشركاء فيها، ومنها ما يتعلق بحكم إصدار أسهم ذات مزايا خاصة تعطي امتيازات معينة لحامليها، ومنها ما يتعلق بأحكام التداول، ثم التصفية، إلى ما سوى ذلك. يتناول هذا البحث قضيتين شرعيتين من قضايا الأسهم لم توليا العناية الكافية من قبل الباحثين والفقهاء المعاصرين، بل سكت عن أولاهما على الرغم من قيام ما يستدعي إعادة النظر فيها، وعُضَّ النظر عن ثانيهما على الرغم من عدم خلوص الحكم فيها ومعارضة الجامع الفقهية للمعمول به فيها.

القضية الأولى: حكم التعامل بالأسهم في الصورة الحالية للأسواق المالية

تمثل الأسهم حصصاً شائعة متساوية في ملكية موجودات شركة مساهمة ما، قابلة للتداول في أسواق مالية خاصة. ويجري شراء الأسهم إما بغرض الاستثمار فيها، أي شراء الأسهم بقصد الاحتفاظ بها، والحصول على حصة من الأرباح الدورية التي توزعها الشركة، أو بغرض المتاجرة؛ فتشتري الأسهم بقصد بيعها رجاء تحقيق الربح المتمثل في الفرق بين ثمن الشراء وثمر البيع.

وإذا كان هذا شأن الأسهم، فليس ثمة ما يمنع شرعاً من حيث الأصل صحّة التعامل بالأسهم ما دامت تمثل ما ذكرنا. وما دامت موجودات وأنشطة تلك الشركات لا تخالف الشريعة؛ لكن الواقع التطبيقي لسوق الأسهم يوجب التوقف، والنظر قبل إطلاق الحكم الشرعي بالجواز، وذلك لتضمن سوق الأسهم بعض ممارسات أدت من حيث النتيجة إلى جعل السوق تقترب من أسواق القمار، حتى لم يعد احتمال الاسترباح فيها أكبر من احتمال الخسارة، وربما أصبح المستثمر فيها خاسراً وأمسى رابحاً، أو أمسى رابحاً وأصبح خاسراً؛ حتى لقد يفتقر فيها الغني أو يغتني فيها الفقير في ساعات، وما ذلك إلا لغياب الإجراءات الاحترازية الكافية التي تلجم المضاربات على الأسهم على نحو يمنع حكم فئة قليلة في سوقها، أو يمنع التلاعبات التي يمارسها خبراء السوق والفاعلين فيه.

وفيما يلي بيان لبعض الممارسات السوقية التي أضفت على سوق الأسهم طبيعة قمارية، وأخرجتها عن طبيعتها التجارية العادية.

1. التلاعب بالأسواق:

تخضع أسواق الأسهم في أيامنا لجملة من التلاعبات الضارة بالمستثمرين، منها:

- المضاربة على سهم ما بكثرة تبادله خلال فترة وجيزة؛ لإعطاء الانطباع باحتمال ارتفاع سعر السهم، وبالتالي إقبال المستثمرين على شرائه، ثم بعد شراء المستثمرين له يتوقف المضاربون عن التداول فيه إلى أن ينخفض سعره إلى أقل من السعر الأصلي، فيشتريه المضاربون بثمن بخس ثم يبيعونه بعد مدة عندما يرتد إلى سعره الحقيقي.
- شراء لاعبي السوق السريع، والمفاجئ لكمية كبيرة من الأسهم خلال فترة زمنية قصيرة، ثم طرحها جميعاً للبيع بسعر رخيص مما يؤدي إلى انخفاض سعرها، وتضرر من كان قد اشترى هذه الأسهم من قبل، فيبيعها هؤلاء المتضررون خشية استمرار انخفاض سعرها، فيتلقفها لاعبو السوق بالشراء.
- التلاعب بمعلومات السوق عن طريق الإفصاح الانتقائي لتلك المعلومات، أو بث الشائعات غير الصحيحة عن واقع شركات ما أو مستقبلها؛ بغية تحريك الأسعار في الاتجاه الذي يناسب لاعبي السوق هبوطاً أو صعوداً.
- تقليب أسهم معينة بين حسابات متعددة لمالك واحد، فتوحي كثرة التداول الصوري على تلك الأسهم بالإقبال عليها، فيرتفع ثمنها مع أن تداولها في واقع الحال هو بين حسابات مالك واحد، أو من هو في حكم المالك الواحد كمجموعة متواطئة أو أقرباء متواطئين، أو محافظ استثمارية لوعاء واحد.¹

2. البيع القصير:

ويقصد به: بيع أسهم لا يملكها البائع وقت البيع، بل يتعهد بردها إلى مالك الأسهم في موعد محدد.

وصورته أن يعتمد أحد المستثمرين الذين يتوقعون انخفاضاً مستقبلياً في سعر أسهم أو سهم ما إلى الطلب من سمساره أن يطرح للبيع مئة سهم من تلك الأسهم بسعر كذا، والمستثمر لا يملك تلك الأسهم، فيقترضها السمسار بطلب المستثمر، ويقوم بتسليمها إلى المشتري الذي يدفع الثمن. وعندما يحل أجل ردّ الأسهم المقترضة، يقوم المستثمر عن طريق السمسار بشراء أسهم ماثلة في السوق ليردها إلى مقرضها. وأمل المستثمر أن يكون شراؤه اللاحق للأسهم بسعر منخفض كما توقع، ليكسب بهذا الفرق بين ثمن الأسهم التي اقترضها ثم باعها لما كان السعر عالياً. وبين ثمن الأسهم التي اشتراها لاحقاً ليردها إلى المقرض.

والمثال التالي يوضح العملية:

¹ انظر للتوسع في هذه القضية: المصري، رفيق يونس، المضاربة على الأسعار بين المؤيدين والمعارضين، مجلة الاقتصاد الإسلامي: جامعة الملك عبد العزيز، المجلد رقم 20، العدد رقم 1، 2007م، ص 65 - 80: الساعاتي، عبد الرحيم عبد الحميد، المضاربة والقمار في الأسواق المالية المعاصرة: تحليل اقتصادي وشرعي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد رقم 20، العدد رقم 1، 2007م، ص 3-33.

يرى سالم أن ثمن سهم شركة ما مرتفع (10 درهم للسهم) وأن سعره سوف ينخفض مستقبلاً. فيوعز إلى وسيطه (السمسار) زاهر أن يبيع له ألف سهم من أسهم تلك الشركة. وسالم لا يملكها. بل تسمح تشريعات السوق بمثل هذا البيع (القصور).² فيرتب زاهر أمر هذا البيع وأمر اقتراض أسهم من طرف آخر. حسان؛ ليقوم بتسليم الأسهم إلى المشتري. ويحتفظ الوسيط زاهر بثمن الأسهم بعد بيعها إلى حين رد سالم للأسهم التي اقترضها. وعندما ينخفض ثمن ذلك السهم في السوق لاحقاً. يوعز سالم إلى زاهر بشراء ألف سهم بالسعر الجديد (8 درهم للسهم). ليقوم الأخير بسدادها عن القرض إلى حسان. يرد زاهر إلى سالم ثمن الأسهم التي باعها لحساب سالم أولاً لكن بعد أن يستوفي من هذا الثمن عمولته عن عمليتي البيع الأول والشراء الثاني. ويقتطع عمولة الاقتراض لصالح مقرض الأسهم حسان. إن لم يكن قد تم دفعها من قبل. ويضاف إلى عمولة الاقتراض غالباً تعويضاً عن الربح المستحق لحامل الأسهم المقرض عن أسهمه ذات العائد الدوري لفترة القرض. إن وجد. لأن إقراضه الأسهم حرمه من ذلك العائد.

يربح سالم من هذه العملية ألفي درهم مطروحاً منها عمولة الوسيط. وعمولة الاقتراض وتعويض الربح المقتطع. لكن ربحه متوقف حقيقة على صدق توقعاته بطرء الانخفاض على سعر تلك الأسهم. مع الأخذ بالاعتبار عمولة الوسيط والاقتراض.

الحكم الشرعي للبيع القصير:

يتجلى في البيع القصير قضايا شرعية مختلفة. أهمها قضيتان: صحة إقراض واقتراض الأسهم. وإرباح المقرض عن القرض.

أولاً- إقراض الأسهم:

لا تعد الأسهم محلاً صالحاً للإقراض؛ لأن مقتضى عقد القرض هو رد مثل العين المقرضة. وهذا لا يتصور في الأسهم؛ لأن السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة. وموجودات الشركة هي في تغيير مستمر؛ فلن يستطيع المقرض رد مثل ما استقرض.³

ثالثاً- استرباح مقرض الأسهم من إقراضها:

يحتفظ الوسطاء السماسرة بتفويضات من بعض حملة الأسهم بإقراضها إلى الغير مقابل فائدة. يقتسمها السمسار مع مالك الأسهم المقرضة؛ فعندما يُعرض على السمسار طلب بيع قصير لأسهم شركة معينة يقوم السمسار بالنيابة عن حامل تلك الأسهم بإقراضها إلى طالب البيع

² سمي بهذا الاسم لأن البائع يبيع ما لا يملك. أي أنه يبيع عن قصر ونقص. وبمصطلح السوق فإن بيع ما لا يملكه البائع يسمى كذلك.
³ نص معيار هيئة المحاسبة والمراجعة بالبحرين على عدم شرعية إقراض أسهم الشركات "لا يجوز إقراض أسهم الشركات" المعيار رقم 21. الفقرة رقم 9/3. وقد نص نفس المعيار على حرمة البيع القصير للأسهم في الفقرة 6/3 منه.

القصور. ويتقاضى منه عادة فائدة بنسبة 8% من قيمة الأسهم. يدفع منها السمسار عادة 2% فقط إلى مالك الأسهم. ويحتفظ بالفرق. لكن يكون السمسار مسؤولاً وضامناً تجاه مالك الأسهم بردها في أجلها. كما يستفيد السمسار أيضاً من عمولة البيع والشراء. ويتضح من هذا البيان عدم مشروعية هذه الممارسة؛ لانطوائها على القرض بفائدة. مما يجعل البيع القصور بالصورة الممارسة حراماً.

محاولة هيكلة البيع القصور إسلامياً:

جرت بعض محاولات لتسويق العملية بالعربون. إذ لما كان حرم المسألة في جوهره لأجل الفائدة التي يدفعها البائع قصيراً. فقد اقترح بناء المسألة على بيع العربون؛ ليصير ما يدفعه البائع قصيراً مقابل اقتراض الأسهم من السمسار عربوناً في عقد بيع. أي أن البائع قصيراً يشتري الأسهم على سبيل بيع العربون. ويدفع "الفائدة" عربوناً. ثم يبيع الأسهم. ويشتري أسهماً ماثلة لاحقاً (عندما يرخّص سعرها إن صدقت توقعات البائع قصيراً). ويردها إلى السمسار في بيع العربون الأول. فيستحق بهذا الرد العربون كاملاً على البائع قصيراً؛ لأن المشتري في العربون إن رد المبيع ولم يأخذه. استحق العربون للبائع.

ولا يخفى فساد هذه الهيكلة من اعتبارات مختلفة:

- السمسار ليس مالكا للأسهم لبيعها عربوناً. وليس مفوضاً ببيعها بل بإقراضها.
- البائع قصيراً لا يرد نفس الأسهم. ومقتضى بيع العربون أن يرد المشتري نفس المبيع عند ممارسته لخيار الرد.
- بيع المشتري عربوناً للمبيع (الأسهم) دلالة صريحة منه على إمضاء العقد. وإن أمضي العقد. كان العربون المدفوع جزءاً من الثمن. أي يجب على البائع قصيراً -حينئذ- أن يكمل ثمن الأسهم المشتراة. لا أن يرد المبيع.⁴
- لا يمكن من حيث الجوهر والغرض أن تحمل العملية على العربون. لأن غرض العربون وفلسفته عند القلة القليلة التي قالت به من الفقهاء⁵ تمكين المشتري من فسخ الصفقة بعوض إن لم يرض البائع بمنحه خيار الشرط المجاني؛ أما هنا فلا وجود لهذا الغرض. بل يُعلم يقيناً أن البائع قصيراً سيرد المبيع (على فرض كون رد مثيل المبيع رداً للمبيع). وليس الرد احتمالاً. كما في العربون.

البيع القصور وتأثيره على طبيعة الاستثمار بالأسهم:

⁴ ابن قدامة. المغني. ج 6. ص 331. (دار الفكر. بيروت). ط 1. 1404 هـ. والبهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج 2. ص 165. (دار الفكر. بيروت).

⁵ هم الحنابلة. انظر ابن قدامة. المغني. ج 6. ص 330. والبهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج 2. ص 163.

بصرف النظر عن المخالفات الشرعية الواقعة في البيع القصير⁶، فإن هذا البيع يسهم في زيادة حجم المضاربات على أسعار الأسهم، لأنه يمكن عدداً غير محدود من المضاربين من الدخول إلى السوق والمضاربة فيه من غير أن يكونوا مستثمرين حقيقيين أو مالكين لثمن الأسهم التي يتداولونها، إذ تقوم فلسفة البيع القصير على المضاربة على سعر السوق، والتنبؤ والتوقعات. وكثرة المضاربات على الأسهم تؤدي إلى اضطراب قيم السوق على النحو الذي يلحق الأذى الفادح، والسريع ببعض المستثمرين على حساب بعض، وهذه طبيعة الأنشطة القمارية، حتى إن القوانين تحرس على أن تقيده بقيود تخفف من آثاره السلبية، لكن هذا البيع بجوهره مفضي إلى ما ذكرنا، فلا ترفعها أية قيود. ويعظم الضرر أكثر ما يعظم بالمضاربين أنفسهم؛ لأنهم يبيعون ما لا يملكون ثمن شرائه، فإن لم تصدق توقعاتهم، وهو الأمر المحتمل جداً لعدم إمكان الجزم بصدق التوقعات مع كثرة المضاربات بأنواعها فضلاً عن عوامل السوق الأخرى، نزلت الكارثة بهم، ووقعوا في الديون التي قد تضطربهم إلى الإفلاس وبيع أموالهم الخاصة.

3. الشراء بالهامش:

يعنى الشراء بالهامش شراء أسهم دون دفع ثمنها بالكامل، حيث يتولى ممول أو سمسار وسيط دفع باقي الثمن. ويكون ذلك الممول أو الوسيط حاصلاً سلفاً من المشتري بالهامش على تفويض ببيع الأسهم بعد فترة معينة إذا لم يدفع مبلغ التمويل، أو إذا هبط سعر الأسهم المشتراة عن حد معين؛ فيبيعها الممول تلقائياً ليستوفي من الثمن مبلغ التمويل مخافة طروء هبوط إضافي على سعر تلك الأسهم⁷.

والذي يشتري الأسهم بالهامش هو من يتوقع ارتفاع سعرها قريباً، فيشتريها لبيعها عندما يرتفع ثمنها؛ فهو على هذا عكس التعامل بالبيع القصير، لأن الأخير يتوقع انخفاض الثمن، فهو يقترض الأسهم لبيعها الآن، ثم يشتريها لاحقاً بسعر أقل ويردها إلى مقرضها.

ولما كان الوسيط السمسار يعلم غرض الشراء بالهامش وتوقعات المشتري العميل بارتفاع سعر الأسهم؛ فإنه يقوم بإبقاء هذه الأسهم عنده، ويشترط لنفسه سلطة بيعها إن لم تتحقق توقعات العميل، وانخفض ثمن الأسهم عن حد معين، وذلك ليستوفي من حصيلة البيع المبلغ الذي مؤل به العميل؛ فهو يخشى عدم قدرة التعامل على سداد مبلغ التمويل من بيع الأسهم إن

⁶ نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي على حرمة صورة البيع القصير، (القرار رقم 63/ 7/1) بشأن الأسواق المالية في دورته السابعة المنعقدة بجدة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992 م. ونص معيار هيئة المحاسبة والمراجعة بالبحرين على عدم شرعية إقراض أسهم الشركات "لا يجوز إقراض أسهم الشركات" للمعيار رقم 21، الفقرة رقم 9/3. وقد نص نفس المعيار على حرمة البيع القصير للأسهم في الفقرة 6/3 منه.

⁷ الكُتبي، زاهد، الأسواق المالية، ص132.

استمر انخفاض الأسهم، فيبادر إلى بيعها إن هبطت قيمتها إلى حد معين يشكل في واقع الحال مبلغ التمويل.

مثال ذلك، لو أراد المتعامل بالهامش شراء ألف سهم، سعر الواحد منها 100 درهم متوقعاً ارتفاع ثمنها قريباً ووصله إلى 120 درهم في غضون شهر، فإنه يدفع 10% من المبلغ الإجمالي البالغ 100 ألف، أي فيدفع 10 آلاف فقط، ويقرضه السمسار المبلغ الباقي (90 ألف). ويحق للسمسار الممول أن يبيع كامل الأسهم التي تبقى عنده إن انخفضت قيمة الأسهم ووصلت إلى الحد الذي يغطي مبلغ التمويل، والزيادة المفروضة عليه. فإن كانت الزيادة 2% مثلاً، أي 1800 درهم، فإن السمسار يبيع الأسهم تلقائياً إن هبطت قيمة الأسهم، وبلغ سعرها السوق الإجمالي 91800 درهم، وهو مبلغ التمويل وربحه، وذلك لاستيفاء حقه.

وفي السوق التقليدية قد يكون الممول مؤسسة مالية - كمصرف - فيمول المتعامل بالقرض بفائدة، وقد يكون شركة الوساطة (السمسرة)، فتقرض بفائدة، أو تزيد في عمولتها في حال التمويل عن العمولة العادية في التداول النقدي، فتكسب حينئذ مرتين من صفقتي شراء الأسهم ثم بيعها.

وبعض قوانين الدول لا تسمح لشركات الوساطة (السمسرة) بتمويل العملاء وتشتط أن يكون ذلك عن طريق المصارف، وبعض القوانين تحدد عمولة السمسرة وتمنع الزيادة عنها مطلقاً ووجد التمويل أم لم يوجد. وفي الحالة الأخيرة قد تقدم شركات الوساطة تمويلاً بلا زيادة لكنها تشتط أن تجري عملية إعادة البيع خلال فترة قصيرة قد لا تتجاوز خمسة أيام تخفيفاً للمخاطر، وزيادة في المكاسب، إذ كلما قلت المدة زادت عمليات البيع والشراء، فزاد بذلك عدد العمولات المحصلة.⁸

تمويل الشراء بالهامش في المؤسسات المالية الإسلامية، وشركات الوساطة التابعة لها:

درجت بعض المؤسسات المالية الإسلامية على تمويل شراء الأسهم عن طريق عقود المrabحة؛ فتشتري المؤسسة الأسهم التي يرغب العميل بشرائها ويتوقع الاسترباح منها، ثم تبيعها إليه بزيادة ربح معلومة. وفي حالات تمويل شراء الأسهم بالهامش، تمول تلك المؤسسات عملاءها بطريق المrabحة أيضاً، فيدفع العميل 10% من قيمة الأسهم المطلوبة، وتجري المrabحة في الأسهم التي تقابل نسبة 90% من القيمة الإجمالية. فإن كانت قيمة السهم 100 درهم، والعدد المطلوب شراؤه ألف سهم، فإن قسم الوساطة لدى المصرف الإسلامي يشتري بطريق الوكالة (السمسرة) مئة سهم، ويدفعها ثمنها العميل، ثم تجري المrabحة في الأسهم الباقية. لكن يحتفظ المصرف عن طريق قسم الوساطة لديه بكامل الأسهم (الألف)، لبيعها تلقائياً بمقتضى تفويض سابق إن هبطت قيمة الأسهم، وبلغت الحد الذي يمكن معه استيفاء الثمن الإجمالي للمrabحة فحسب.

⁸ المرجع السابق.

ووجدت بعض المؤسسات المالية الإسلامية التي عمدت إلى تمويل المشتريين بالهامش لا بطريق المراجعة، بل بطريق زيادة نسبة العمولة المفروضة هنا عنها في عمليات بيع وشراء الأسهم في التداول النقدي.

وبعض المؤسسات المالية تمويل شراء الأسهم بالهامش بالجمان لكن تشترط كذلك أن تجري عملية إعادة البيع خلال فترة قصيرة - خمسة أيام مثلاً - تخفيفاً للمخاطر، وزيادةً في المكاسب من جراء العمولة المفروضة على كل عملية بيع وشراء.

الحكم الشرعي للتمويل بالهامش:

تقدم أن تمويل الشراء بالهامش يجري تقليدياً بطرق ثلاثة:

الأولى: القرض بفائدة، تقدمه مؤسسة مالية أو شركة الوساطة، والقرض بفائدة حرام طبعاً.⁹

الثانية: بمقابل، أي الزيادة في عمولة الشراء والبيع عن رسوم التداول النقدي، وهذه أيضاً حرام؛ لأنها فائدة مستترة، للاحتيال على الفائدة بزيادة الرسوم، ولهذا امتنع اجتماع القرض وعقد المعاوضة. لاحتمال الزيادة في أحد العوضين تعويضاً عن القرض؛ فقد جاء في الحديث: "لا يحل سلف".¹⁰ وهذا الحديث وإن كان ناصراً على اجتماع البيع فقط مع السلف، أي القرض، إلا أن مثل البيع أي عقد معاوضة كما يقول الفقهاء¹¹.

الثالث: بالجمان على ألا تتجاوز مدة التمويل مدة زمنية قصيرة. وهذه الصورة تشبه أيضاً بالصورة الثانية؛ لحصول الانتفاع من القرض من العمولة المفروضة على عملية الشراء ثم البيع، وهي وإن كانت بدون زيادة إلا أن القرض مشروط ضمناً بشروط تعود بالنفع على المقرض، وهي التعامل معه، ودفع العمولة إليه عن الشراء ثم البيع خلال فترة قصيرة، ولا سيما أن بيع الأسهم بعد شرائها خلال تلك المدة القصيرة قد يضر بالتعامل، ويؤدي إلى خسارته. هذا فضلاً عن الطبيعة القمارية لأصل عملية الشراء بالهامش كما سيأتي الحديث فيها.

⁹ نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي على حرمة هذه الصورة "لا يجوز شراء السهم بقرض ربوي يقدمه السمسار، أو غيره للمشتري لقاء رهن السهم، لما في ذلك من المراجعة، وتوثيقها بالرهن، وهما من الأعمال المحرمة بالنص على لعن أكل الربا، وموكله، وكتابه، وشاهديه" (القرار رقم 63 (7/1) بشأن الأسواق المالية في دورته السابعة المنعقدة بجدة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992م. ونص معيار هيئة المحاسبة والمراجعة بالبحرين على أنه "لا يجوز شراء الأسهم بقرض ربوي من السمسار أو غيره (بيع الهامش MARGIN) كما لا يجوز رهن السهم لذلك القرض". المعيار رقم 21، القرة رقم 5/3.

¹⁰ راوي الحديث هو عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وتام لفظه "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في البيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك". وهذا الحديث أخرجه: أبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم 3504، (المكتبة العصرية، بيروت، تحقيق محي الدين عبد الحميد)، ج3، ص283؛ والترمذي في سننه: كتاب البيوع 12، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك 19، رقم 1234، (دار الحديث، القاهرة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، ج3، ص526؛ والنسائي في سننه: كتاب البيوع 52، باب بيع ما ليس عند البائع 61، رقم 6204، (دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م)، ج4، ص39؛ وأحمد في المسند: حديث رقم 6689، (مؤسسة قرطبة، مصر)، وآخرون.

¹¹ انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص76، (دار إحياء الكتب العربية، طبعة عيسى البابي الحلبي)؛ و النفراوي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (دار الفكر، بيروت، 1415هـ)، ج2، ص90.

وعليه يعلم حكم تمويل الشراء بالهامش في المؤسسات المالية الإسلامية، ومؤسسات الوساطة التابعة لها، فهي إن كانت بزيادة في الرسوم، كانت فائدة مستترة، وإن كانت بالجان لكن بشرط إعادة البيع خلال مدة قصيرة اعتراها الكلام السابق. وإن كانت بطريق المربحة، فالمربحة طريق شرعي عند استيفاء شروطها. لكن تبقى قضية الطبيعة القمارية لأصل البيع بالهامش، وهي محل حديثنا الآتي.

الطبيعة القمارية للبيع بالهامش:

لا أدلّ على الطبيعة القمارية للبيع بالهامش من القيود الكثيرة التي تفرضها السلطات الرقابية على هذا البيع في مسعى منها؛ لتخفيف وطأته السلبية على الأسواق، وإضراره بحملة الأسهم المستثمرين. فهذا البيع يمكن من يملك قيمة عشرة أسهم فقط من أن يبيع ويضارب بمئة سهم، وهو الأمر الذي يؤدي إلى إقبال عدد كبير من المضاربين، تؤدي مضارباتهم على الأسعار إلى الجنوح بها بما يضر بالسوق والمستثمرين الحقيقيين. وغالباً ما يكون المضاربون بالبيع بالهامش هم أول المتضررين؛ لأنهم يدخلون السوق بأموال غيرهم على أمل صدق توقعاتهم، فإن لم تصدق، وهو الأمر غير النادر، ولا سيما مع عدم إمكان دراسة السوق دراسة تجارية معتبرة مع كثرة المضاربات وتقلبها. وقعت الخسائر بهم، وأوقعتهم في الديون التي قد تؤدي إلى إفلاسهم. وهذا يفسر كيف أن انخفاضاً أو ارتفاعاً غير حاد في أسعار الأسهم قد يؤدي إلى إفلاس مضاربين كثر. نظراً لحجم الأسهم التي يتداولونها، وعدم ملكيتهم لها أو لثمنها.

ويلاحظ أن أسلمة البيع القصير أو البيع بالهامش، وبصرف النظر عن سلامة البناء الشرعي والتخريجات الشرعية لها، تؤدي إلى ما ذكرنا من نتائج على السوق، والمستثمرين، والمضاربين، لاخاد الغرض والآثار وظروف المضاربين بهما، فينبغي ألا يتوقف عند النظر في شرعية هذه التعاملات على ذات التخريج أو البناء الشرعي، بل يُنظر إلى جوهر العملية وآثارها عند التطبيق.

4. التعامل بالأسهم بعقود المستقبلية، والخيارات، والمبادلات المؤقتة:

تعدّ المشتقات المالية (Derivatives) التي ظهرت في الأسواق المالية إحدى ثمرات ما يعرف باسم الهندسة المالية، أي تصميم وابتكار الأدوات المالية، وتطوير القوائم منها. وقد استمدت المشتقات المالية هذا الاسم؛ لكون قيمها مشتقة من شيء آخر. أي أنها ليست ذات قيمة سوقية في الأصل، ولكن عُمِد إلى ما هو ذو قيمة سوقية، فاشتقت منه أشياء صير (للمراجعة) إلى بيعها وتداولها، فكان لها قيمة.

وعقود المستقبلية (Future Contracts): هي عقود بيع آجلة تجري في أسواق منظمة، هي الأسواق المالية، وهي عقود نمطية بمعنى أنها تخضع جميعاً إلى أحكام محددة يضعها السوق المنظم لها. ويكون هذا السوق هو الضامن لتنفيذها.¹²

وانظر للاستئناس موسوعة Wikipedia، 2009 Pearson Prentice Hall، 7th ed.): Hull, J.C. Options, Futures, and other Derivatives

أما الخيارات (Options): فهي اتفاق تعاقدى على إجراء بيع وشراء مستقبلي محتمل. يمنح بموجبه مصدرُ الخيار البائع الحقَّ للمشتري ببيع أو شراء شيء ما بسعر محدد سلفاً. في تاريخ مستقبلي محدد، أو في أي وقت خلال الفترة المنتهية في ذلك التاريخ.¹³

وأما عمليات المبادلة المؤقتة (Swaps)، فهي اتفاق طرفين على تبادل التزامات الدفع، أو التدفقات النقدية أو العوائد لأصول أو أدوات مالية لمدة محددة. وذلك كمبادلة عائد متغير بعائد ثابت، أو مبادلة العائد من عملة بعائد من عملة أخرى، أو مبادلة عائد متغير بعائد متغير، كعوائد أسهم بعوائد أسهم أخرى (equity swap)، أو عوائد أسهم بمؤشر مالي معين، مؤشر أسهم أو غيرها.¹⁴ وتوضيحاً لذلك، قد يريد من له عائد متغير مرتبط بأداء الأصول المستثمرة - كالأسهم - أن يبادله بعائد ثابت لسنة - مثلاً، فيقوم بالاتفاق بوساطة سمسار - مثلاً - مع من له عائد ثابت قريب منه، كأجرة عقار مثلاً على تبادل العوائد؛ فيؤول إلى كلِّ عائد الآخر لتلك المدة.¹⁵

وكل من المستقبلات، والخيارات، والمبادلات المؤقتة في العوائد عقود مؤجلة البدلين مما يجعلها محرمة، ومآلها في مبادلة العوائد إلى بيع مال بمال مع جهالة في العوضين أو أحدهما. وكل ذلك محرم. وهي فوق ذلك أدوات للمضاربة في الأسواق، ولا يجري فيها دفع أثمان الأشياء المشتراة، ولا تنتهي عملياً بالتنفيذ الفعلي لصفقات البيع، بل بالتسوية ودفع فروقات الأسعار، يدفعها الخاسر إلى الرابح. فلو ضارب اثنان على سعر سهم ما بعقد المستقبلات، بشراء وبيع أسهم شركة معينة بتسليم مستقبلي محدد الزمن، فإنه يُنظر إلى سعر تلك الأسهم عند ذلك الأجل؛ فإن وجد أكثر من الثمن الذي خدد في عقد البيع، دفع حينئذ المتضرر بارتفاع السعر السوقي عن الثمن المذكور في العقد، هذا الفارق إلى العاقد الآخر وانتهت الصفقة.¹⁶

¹³ Al-Swailem, Sami "Hedging in Islamic Finance", p43, paper No 10, Publications of Islamic Development Bank, 2006; Hull, J.C. Options, Futures, and other Derivatives (7th ed.): Pearson Prentice Hall, (2009)

¹⁴ ترتبط بقضية المشتقات، والأسهم ما يعرف باسم بيع المؤشر المالي، وهو أنواع مختلفة، فمعدل الفائدة مؤشر مالي، وأداء أسهم ما مؤشر مالي كذلك؛ فيعني المؤشر في هذا السياق مراقبة أداء مجموعة شركات، والمقارنة على اتجاه صعوداً أو هبوطاً، أو مقايضة عائد ما، ثابت أو متغير، بأداء ذلك المؤشر. والمؤشرات المالية، وبصرف النظر عما تنشأ عنه من معاملات محرمة، هي أرقام بحد ذاتها، وليس فيها قيمة ذاتية لبيع وتشتري. ومن الشروط الأساسية في كل مبيع أن يكون مالاً، أي له قيمة عند الناس، وأن يكون متقوماً، أي أن تكون قيمته هذه معترفاً بها في الشرع، لأن من الأشياء ما له قيمة عند الناس، ولا قيمة له في الشرع، فلا يجوز التعامل فيه كالخمر والخنازير، فضلاً عن عدم تحقق صفة القيمة في المؤشرات المالية وأسعار الفائدة، فإن بيعها وشراؤها بطريقة عمل المشتقات يجعل العمل مقامرة؛ فكل من البائع والمشتري يقامر على حركة هذا الرقم باتجاه معين صعوداً أو نزولاً، ومن يصدق توقعه يكسب مبلغاً يخسره الآخر؛ كمتراهنين على نتيجة مباراة في كرة القدم أو سباق. وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بحرمه بيع وشراء المؤشرات المالية، ونصه: "المؤشر هو رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة، وتجرى عليه مبيعات في بعض الأسواق العالمية؛ ولا يجوز بيع وشراء المؤشر لأنه محض مقامرة، وهو بيع شيء خيالي لا يمكن وجوده". قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 63، (7/1) بشأن الأسواق المالية.

¹⁵ تعد عمليات المبادلة المؤقتة هذه من أهم المشتقات وأكثرها تداولاً، إذ بلغ حجم الأموال المبادلة في العملات، ومعدلات الفائدة مبلغ 426.7 تريليون دولار في عام واحد فقط، 2009 ثم تراجعت بعد ذلك بسبب الأزمة العالمية.

¹⁶ نص معيار هيئة المحاسبة، والمراجعة بالبحرين على عدم جواز إبرام عقود المستقبلات، والخيارات، والمبادلات المؤقتة على الأسهم. المعيار رقم 21، الفقرات رقم 12/3، 13/3، 14/3.

والمشتقات في الأسهم، وإن كانت تجري خارج سوق الأسهم، ولا تتضمن بيعاً وشراءً فعلياً لها، إلا أنها تؤثر على حركة الأسعار في داخل سوق الأسهم، لأن المعلومات بوقوع المضاربات بالمشتقات على أسهم شركة بعينها، تصل إلى داخل السوق، وتؤثر سلباً أو إيجاباً على أسعار تلك الأسهم، واضطراب قيمتها، مما يضر بالسوق والمستثمرين. وإذا علمنا حجم عمليات المشتقات الهائل، علمنا ضررها وتأثيرها على الأسواق والأسعار؛ فوفق بعض التقارير المالية بلغت قيمة المشتقات المتداولة على أنواعها في أحد الأعوام 800 ترليون دولار، وهذا الرقم هو أكثر من عشر أضعاف قيمة الأصول المالية الحقيقية لذلك العام (75 ترليون دولار).¹⁷

وهكذا تجتمع هذه الممارسات، من تلاعب بالأسواق، والمضاربة بالأسهم عبر البيع القصير والشراء بالهامش، وعقود المشتقات، لتحليل أسواق الأسهم إلى أسواق قمارية تطال بضررها كل من يدخلها، ولو بطريق شرعي، مما يوجب شرعاً: الحكم على شرعية التعامل بالأسهم، والنظر في هذه القضية قبل النظر في القضايا الشرعية الجزئية المرتبطة بالتعامل بالأسهم، وببقاء الأمر على حاله، وغياب الإجراءات الوقائية المانعة للمضاربات والتلاعبات على النحو الذي ذكرنا، يكون الحكم الشرعي الواجب هو الحكم بالمنع إلى أن ترتفع أسبابه، وتصير سوق الأسهم سوقاً استثمارية حقيقية ترتفع فيها قيم الأسهم أو تنخفض بتوازٍ مع أداء الشركات التي تمثلها، لا بسبب المضاربات والممارسات السابق ذكرها.

القضية الثانية: التعامل بأسهم الشركات التي لها بعض الأنشطة المحرمة:

ظهرت معايير شرعية مختلفة تغتفر بالجملة، لكن بقيود، اشتغال الأنشطة الاستثمارية للشركات على بعض الأنشطة المحرمة، والقيود كالآتي¹⁸:

- أن يكون النشاط الأساسي للشركة حلالاً، فلو كان حراماً كبيع الخمر، أو التعامل بالربا كان التعامل بأسهمها حراماً.
 - إذا كان النشاط المحرم هو الإقراض أو الاقتراض بالربا، فيشترط ألا يبلغ إجمالي المال المقرض أو المقرض بالربا نسبة معينة (30%) من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة.
 - ألا يتجاوز العائد من الأنشطة المحرمة، سواء أكانت التعامل بالربا، أو غيره نسبة مئوية معينة (5%) من إجمالي إيرادات الشركة.¹⁹
 - التخلص من الكسب المحرم الناجم عن تلك الأنشطة.
- واستندوا هذه المعايير، والنسب التي تضمنتها إلى جملة مبررات²⁰ هي

¹⁷ بحسب تقرير مالي أعدته قناة (فرانس) 24 تعليقاً على أزمة الديون، والتصنيف الائتماني للديون السيادية الأمريكية، وأذيع بتاريخ 8 رمضان سنة 2011.

¹⁸ انظر معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين، المعيار رقم (21) في الأوراق المالية (الأسهم والشركات).

¹⁹ أوصل معيار سوق دبي المالي هذه النسبة إلى 10%. انظر معيار سوق دبي المالي في تملك وتداول الأسهم.

1. قواعد ونصوص فقهية:

- من مثل قول العزّ بن عبد السلام في (قواعد الأحكام): "وإن غلب الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة".²¹
- عبارات للحنفية من مثل قول الكاساني في البدائع: "كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس عليه".²²
- وقول ابن تيمية في الفتاوى بجواز التعامل مع من كان غالب أمواله حلالاً: "فإن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة... وإن كان في ماله حلال. وحرام. واختلط لم يحرم الحلال بل له أن يأخذ قدر الحلال".²³
- ولابن السبكي كلام مشهور في أن الحكم على المختلط حلالاً وحراماً بالحرمة إنما هو من باب الاحتياط.²⁴
- وقد روى ابن ماجه، والدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً "لا يحرم الحرام الحلال".²⁵
- 2. أن الفقهاء قد اغتفروا القليل اليسير في أشياء كثيرة منها الغرر في عقود البيع والمعاوضة. فصحبوا هذه العقود، ولم يقولوا بفسادها. وكذا جاوز الحنفية عن الغبن بحدود معينة؛ والغبن في العقود حرام، مما يعنى أن الحنفية قد جاوزوا عن الحرام الذي يكون في المعاملة؛ إن كان قليلاً لا يتجاوز نسبة معينة.²⁶ وبناء على اغتفار الفقهاء لهذا القليل، فإنه يمكن اغتفار قليل النشاط المحرم.²⁷ بل قد اغتفر الفقهاء ما كان دون الغالب، وذلك لما اغتفروا للرجال لبس ثوب خيوطه من حرير وقطن إذا لم يكن الحرير هو الغالب، أي كان بنسبة 50 % فأقل. يقول السيوطي: "الثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وزناً، وكذا إن استويا في الأصح، بخلاف ما إذا زاد وزناً".²⁸
- 3. أنه يجوز تبعاً ما لا يجوز أصلاً، فقد أجاز في الفقه بيع جنين الأمة تبعاً لأمه، وبيعه استقلالاً لا يجوز؛ وعليه يصح التجاوز عن قليل النشاط المحرم تبعاً للكثير الحلال.²⁹
- 4. أن الكسب الذي يُجنى من هذه الاستثمارات واجب التخلص منه، مما يعين على القول باغتفار هذا النوع من الاستثمار المنطوي على بعض الأنشطة المحرمة، لتطهير المال من آثار ذلك الحرام.

²⁰ انظر في تلك المبررات قرارات مجلس التوريق المالي ومسوغاتها ص 126 - 148، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة، ص 364، المعيار رقم 21 في الأوراق المالية، وقرار هيئة الفتوى لمصرف الراجحي رقم 485 بتاريخ 1422/8/23 هـ.

²¹ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج 1، ص 72-73.

²² الكسائي، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط 2، 1982م)، ج 6، ص 144.

²³ ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم "شيخ الإسلام"، الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن العاصمي، (الرياض: مكتبة ابن تيمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج 29، ص 272.

²⁴ السيوطي، عبد الرحمن جلال الدين، الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1403 هـ)، ص 166.

²⁵ ابن ماجه، محمد بن يزيد الفزويني، السنن، (بيروت: دار افكر، بدون ذكر سنة الطبع)، كتاب النكاح، باب لا يحرم الحرام الحلال، حديث رقم 2015، ج 1، ص 649؛ الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، السنن، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع)، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم 89، ج 3، ص 268.

²⁶ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر عبد العزيز، حاشية ابن عابدين، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط 2، 1407 هـ/1987م)، ج 4، ص 170.

²⁷ انظر قرارات مجلس التوريق المالي ومسوغاتها، Resolutions of the Securities Commission Shari'ah Advisory Council, Securities Council Malaysia، ص 148.

²⁸ السيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1، ص 107.

²⁹ انظر السيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1، ص 120.

5. تخريج الجواز على أساس الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة. فالحاجة قائمة إلى مثل هذه العقود التمويلية، أو الاستثمارات، والحاجة يمكن أن تنزل منزلة الضرورة في تحليل المحرم. فضلاً عن أصول عامة أخرى يمكن أن يستند إليها، كالمصلحة، وعموم البلوى، وفساد الزمان، وتغير الأحكام بتغير الأزمان.³⁰

ووجه المصلحة في تسويق التعامل بأسهم الشركات التي تتعامل بالحرام أحياناً ما يأتي:

- لو لم تعط المؤسسات المالية الإسلامية فرصة الاستثمار في أسهم هذه الشركات؛ فسيؤثر ذلك على أداء هذه المؤسسات، وقدرتها على منافسة نظائرها الربوية.
- قد تتوفر للمؤسسات المالية الإسلامية سيولة تحتاج إلى استثمارها لفترات قصيرة، وسبيلها إلى ذلك الاستثمار في سوق الأسهم. وفي ذلك السوق أكثر الشركات لا تخلو عن أنشطة محرمة.
- بالتعامل بأسهم الشركات التي وصفنا حالها يحقق الترويج العالمي للشركات غير المتورطة أساساً بالحرام، وذات الالتزام النسبي على حساب الأخرى التي لا تعرف الالتزام أصلاً وجُل أنشطتها حرام.
- قد يتمكن المتعاملون بأسهم الشركات ذات الأنشطة المختلطة، بما في ذلك المتعاملون من المؤسسات المالية، والاستثمارية الإسلامية، من التأثير بالكثرة على سير وأنشطة هذه الشركات، بحيث تتخلى عن الأنشطة المحرمة.

معيارية الثلث:

أشهر المعايير النسبية في حديد القليل المحرم الذي يمكن اغتفاره، هو معيار الثلث أو ما قارب الثلث (30%)، هو معيار استقي من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه في الوصية، فعنه قال: "قلت يا رسول الله، أنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة؛ أفأصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: أفأصدق بشطره؟ قال: لا. قلت: أفأصدق بثلثه؟ قال: الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس".³¹ فقد استند إلى هذا الحديث للتوصل إلى أصل وجود فكرة ما يسمى بمعيار الكثرة والقلّة، وذلك لما قال النبي صلى الله عليه وسلم "الثلث كثير"، فقد فهم منه أن الثلث فما جاوزه يعد معياراً للكثرة، وما كان دونه فهو معيار للقلّة.

³⁰ انظر قرارات مجلس التوريق الماليزي ومسوغاتها ص 126 - 148.

³¹ الحديث أخرجه البخاري، الجامع الصحيح، (دمشق: دار العلوم، بدون ذكر سنة الطبع)، كتاب الوصية، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، رقم 2591، ج 3، ص 1006؛ مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري، الصحيح، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون ذكر سنة الطبع)، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، رقم 1625، ج 3، ص 1250.

مناقشة المبررات السابقة

بعد عرض المبررات المقدمة؛ لتسويق الاستثمار في الأنشطة الاقتصادية التي تنطوي على بعض المحرمات، ننتقل إلى مناقشة هذه المبررات من الوجهة الفقهي.

1. القواعد الفقهية المتعلقة باختلاط الحلال بالحرام:

القواعد والآثار التي تدل على أنه إذا اجتمع الحلال الكثير مع حرام قليل غلب الحلال، يمكن مناقشتها تفصيلاً بما يلي:

- المقصود بتلك القواعد والآثار هو حالات اختلاط الحرام بالحلال عرضاً على نحو يتعذر معه تعيين وتمييز الحرام. وذلك كما في اختلاط لحم حيوان مأكول غير مذبوح على الطريقة الشرعية بلحوم أخرى كثيرة مذكاة؛ أما في موضوعنا، فالنشاط الحرام: معلوم، ومميز، ومقصود بالخلط. وصنيع العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام، وكل من ذكر تلك القواعد، يدل على ذلك، فإن العز لما ذكر: "أن المعاملة تجوز عند غلبة الحلال أتى لذلك بأمثلة تعذر في جميعها تعيين الحرام، وهي ما لو اختلط درهم حرام بألف درهم حلال، أو اختلطت أخت رجل من الرضاع بألف امرأة أجنبية، أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية"³²، وعلل صحة ذلك بندرة الوقوع في الحرام، أي ندرة احتمال الوقوع في الحرام، لقلّة الحرام، ويوشك أن يكون الغرض من إيراد هذه القاعدة الردّ على تصور الحكم بحرمة جميع المال الذي دخله شيء من الحرام على النحو الذي تقدم. يقول السيوطي في معرض بيان القاعدة: " فأما ما يقوله العوام إن اختلاط ماله بغيره يحرمه فباطل لا أصل له"³³، وعلى هذا النحو ينبغي فهم كلام ابن السبكي لما قال: " إن الحكم على المختلط بالحرمة جميعاً هو من باب الاحتياط"، يقول ابن السبكي: "المحكوم به ثمّ [أي في أنه إذا اجتمع الحلال مع الحرام غلب الحرام] إعطاء الحلال حكم الحرام تغليباً واحتياطاً لا صيرورته في نفسه حراماً، ومن فروع ذلك ما تقدم في خلط الدرهم الحرام بالمباح. وخلط الحمام المملوك المحصور، وكذا المحرم بالأجانب وغير ذلك"³⁴.
- لما ذكر الحنفية أن كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه، ذكروا كذلك أمثلة تدل على اختلاط الحرام بالحلال على نحو يتعذر تمييزه وفصله، كما في اختلاط النجس بالظاهر على نحو يتعذر فصله. مثال ذلك بيع العُدرة إذا اختلطت بالتراب، وكان التراب غالباً ومنفعة بها، فيجوز بيعها باعتبار التراب الغالب، بينما لا يجوز بيع العُدرة الخالصة لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالاً. وكذا الفأرة إذا وقعت في العجين، والسمن المائع واختلطت بهما، فلا يجوز بيعها لغلبة الحرام (النجس) حينئذ.³⁵
- أما عبارة ابن تيمية "فإن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة" فمرادٌ بها كما يدل سياق النص اغتفار التعامل بالحلال، مع من اختلط ماله بالحرام، فلا تحرم أموالهم التي نأخذها بعقد حلال معهم كبيع وشراء معهم إذا علمنا أن أموالهم مختلطة، وتعذر تعيين الحرام ولا

³² العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج 1، ص 73.

³³ السيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1، ص 107.

³⁴ المرجع نفسه، ج 1، ص 116.

³⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط 2، 1982م)، ج 6، ص 144.

تفهم هذه العبارة جواز أن نكون طرفاً في صفقاتهم التي دخلها الحرام، أو نستثمر في صفقاتهم.³⁶

- أما حديث ابن ماجه، والدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً: "لا يحرم الحرام الحلال"، فهو على فرض صحته³⁷ وسلامة الاستدلال به على ما أرادوا، معارضٌ بحديث آخر وهو "ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام الحلال"³⁸. وقد فسر ابن السبكي هذا الحديث تفسيراً لا يعارض الحديث الأول، وهو أن الحرمة فيه محمولة على الاحتياط كما تقدم، لكنَّ شَرْحَ معنى الحديث الأول لا يختلف عما تقدم من شرح القاعدة الفقهية التي تحمل مضمونه، أي أن ذلك عند تعذر تعيين الحرام وتمييزه. يقول ابن السبكي: "وقد عورض به، [أي حديث "لا يحرم الحرام الحلال"] حديث "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، وليس بمعارض. لأنَّ المحكوم به نَمَّ إعطاء الحلال حكم الحرام تغليبا، واحتياطاً، لا صيرورته في نفسه حراماً، ومن فروع ذلك ما تقدم في خلط الدرهم الحرام بالباح، وخلط الحمام المملوك المحصور، وكذا المحرم بالأجانب وغير ذلك"³⁹. وسياق الحديث الذي ترويه السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها بذات اللفظ يدل على معنى، لا صلة له بمعنى اختلاط الحرام بالحرام معاً، بل على معنى مختلف تماماً، وهو أن الزنا بالأصل لا يحرم الفرع، أو بالفرع لا يحرم الأصل، ففي حديث السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها: "أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراماً ثم ينكح ابنتها، أو يتبع الابنة ثم ينكح أمها، قال: لا يحرم الحرام الحلال"⁴⁰.

والخلاصة أن الباحث في هذه القضية لا يرى في كل ما ذكره الفقهاء من مسائل لقواعد اختلاط الحلال بالحرام مثلاً يتجلى فيه اغتفار الحرام المختلط مع إمكان تعيينه، وتمييزه، والابتعاد عنه، بل كل الحرام المذكور في أمثلة الفقهاء لا يتجاوز كونه عَيْناً محرمة اختلطت بحلال، وتعذر تمييزها وتحديدتها فلا يمكن إزالتها ورفعها، أو نجساً أصاب طاهراً، أو محرماً اختلط بحلال فصار الجميع جنساً جديداً. ولا شك أن الحرام في الأنشطة الاستثمارية للشركات هو من الحرام المعلوم والمتميز، الذي يُقحم في الحلال قصداً. ولو كانت هذه القواعد تُفهم بإطلاقها، لساغ للمكلف أن يتوجه إلى خلط الحرام بالحلال قصداً بغية تسويغه، فيخلط الخمر بالطعام، ويخلط الربا بالبيع، فيصيران حلالاً!

وإن من الخطأ المنهجي، والعلمي أن تُستقى القواعد الفقهية، وتطبق أو تفهم في غير سياقها الذي أورده الفقهاء فيه: فلا ننسى أن هذه قواعد فقهية، والقواعد الفقهية ما هي إلا صياغة

36 نص عبارة الفتاوى: "فقد جاء في الفتاوى" سئل رحمه الله عن الذين غالب أموالهم حرام مثل المكّاسين، وأكلة الربا وأشباههم، ومثل أصحاب الحرف المحرمة: كمصوري الصور، والمنجمين، ومثل أعوان الولاة، فهل يحل أخذ طعامهم بالمعاملة أم لا؛ فأجاب: الحمد لله، إذا كان في أموالهم حلال وحرام ففي معاملتهم شبهة لا يحكم بالتحريم إلا إذا عرف أنه يعطيه ما يحرم إعطاؤه، ولا يحكم بالتحليل إلا إذا عرف أنه أعطاه من الحلال؛ فإن كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة، وإن كان الحرام هو الأغلب قيل بتحريم المعاملة". ابن تيمية، الفتاوى، ج29، ص272.

37 هذا الحديث قد ضَعُف. انظر كتاب إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للشيخ ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي، بدون ذكر سنة الطبع)، ج6، ص288.

38 جاء في المقاصد الحسنة للسخاوي: "حديث (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال) قال البيهقي: رواه جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود وفيه ضعف وانقطاع. وقال الزين العراقي في تخريج منهاج الأصول: إنه لا أصل له، وكذا أدرجه ابن مفلح في أول كتابه في الأصول فيما لا أصل له". السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، المقاصد الحسنة، (بيروت: دار الكتاب العربي، بدون ذكر سنة الطبع)، ج1، ص574.

39 السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص116.

40 الدارقطني، السنن، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم 88، ج3، ص268.

فقهاء لضبط مسائل الفقه المتفرعة، وجمعها في صيغة مبسطة، وليست هي أصلاً فقهيًا. تعرض عليه المسائل الطارئة لاستنباط الحكم. ولهذا كان وجود القاعدة الفقهية لاحقاً لوجود المسائل الفقهية الفرعية. فقد صاغها الفقهاء لغرض لمّ شتات بعض الفروع الفقهية، بخلاف الأصل الفقهي، فهو يسبق المسائل الفقهية المستنبطة. ولسنا نرى في هذه المسائل صورة يُسوّغ فيها الإسهام في الحرام، أو ترويجه، أو العون عليه. وعليه يكون الاستناد إلى هذه القواعد الفقهية في مسألة البحث فاسداً وغير صحيح. وبعبارة أخرى فإن القواعد الفقهية صيغت على ضوء المسائل الفقهية المعروضة، فهي تقيّد بمثلاتها، وليست هي أصولاً فقهية، أو نصوصاً شرعية حتى يصح فهم العموم منها.

2. التجاوز عن الغبن والغرر اليسير:

فحوى الاستدلال بهذا أن الفقهاء قد اغتفروا الغرر اليسير في عقود البيع والمعاوضة، كما اغتفر الحنفية الغبن، فصححوا هذه العقود، ولم يقولوا بفسادها، وقدره بها كان أقل من خمسة بالمئة في المنقولات، وعشرة بالمئة في المركوبات، وعشرين بالمئة في العقارات⁴¹، والغبن في العقود حرام؛ فيكون الحنفية على هذا قد تجاوزوا عن الحرام الذي يكون في المعاملة إن كان قليلاً لا يتجاوز نسباً معينة!

والجواب أن الحنفية يعنون بالغبن في البيوعات البيع بثمن زائد عن سعر السوق، سواء اقترن مع غش وتغريب بالمشتري أم لم يقترن. والبيع بأعلى من ثمن السوق عن غش وتغريب بالبائع حرام مطلقاً بصرف النظر عن نسبة هذا الغبن الذي اقترن بالخداع، لأن الغش والكذب يحزمان مطلقاً في الشريعة لا خلاف بين الفقهاء في ذلك. وما هذه النسب التي قال بها الحنفية إلا اجتهاد منهم في تحديد ما يقبل الفسخ من العقود بسبب الغبن، أو يعطي المشتري حق الرجوع بمقدار الغبن، وما لا يقبل، وليس يصح أبداً أن يفهم أن الحنفية تجاوزوا عن الحرام في المعاملة إن لم يبلغ الحرام نسباً معينة من هذه النسبة.⁴²

أما تجاوز الفقهاء عن الغرر اليسير، فوجود أصل الغرر أمر قد تمليه المعاوضة، ولا تنفك عنه، وتأثير الغرر على العقود إفساداً ليس لذاته، فلا يكون هو في نفسه حراماً، بل لأثره، لما قد يؤدي إلى نزاع وخصومة بين المتعاقدين، فيكون ممنوعاً إن بلغ حداً قد يؤدي إلى ذلك. ولما لم يكن الغرر اليسير مؤدياً إلى النزاع والخصومة عادة، فقد اغتفر.

وأما اغتفار الحرير للرجال إن اختلط بجنس آخر، فلا يمكن أن يفهم من هذه المسألة أن الحرام يغتفر إن اختلط بالحلال، لأن النسيج المصنوع من حرير، ومادة أخرى يخرج عن كونه حريراً، ويصير نوعاً جديداً، فلا يكون من لبس ثوباً من هذا النسيج قد لبس الحرير. ونظير ذلك في الفقه مسألة المعدن إن خلط بمعدن آخر، فإنه بهذا الاختلاط يخرج عن طبيعته إن كان المعدن الآخر هو الغالب ولم يكن ذلك

⁴¹ ابن عابدين، الحاشية، ج4، ص 170.

⁴² ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير للعاجز الفقير (بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون ذكر سنة الطبع)، ج6، ص115 وما بعدها.

الخلط على وجه التحايل؛ فقد عومل الذهب المغشوش، أي المختلط بالنحاس أو معدن آخر، معاملة الذهب الخالص إن كان الذهب هو الغالب، وأُخرج عن كونه ذهباً إن كان الغش، أي المعدن الآخر، هو الغالب. وإذا تساوى الذهب والغش، عومل الكل معاملة الذهب احتياطاً. ومثل الذهب في ذلك الفضة، وكل مال ربوي.⁴³

3. جواز الشيء تبعاً دون جوازه أصلاً:

الجواب على هذا بأنه مقيد بكون التابع ليس محرماً لذاته، وإنما حرم لاعتبار آخر، كالغمر في مثال الجنين الذي يذكره الفقهاء عند ذكرهم لهذه القاعدة: فجنين الحيوان لم يجز بيعه استقلالاً للغمر، وجاز تبعاً لأنه لعدم إمكان بيعها بدونه. ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء لهذه القاعدة أيضاً: بيع الثمر قبل بدو صلاحه تبعاً للأرض فهو لا يجوز استقلالاً إلا بشرط القطع، ويجوز تبعاً للأرض، وكذا عدم ثبوت النسب بشهادة النساء، فلو شهدن بالولادة ثبت النسب تبعاً.⁴⁴ فهذه قاعدة فقهية يجب أن تفهم على ضوء تطبيقاتها التي ذكرها الفقهاء. أما ما حرمه الشارع لذاته، كالربا والخمر، فهذه لا يجوز بيعها، أو التعاوض عنها تبعاً أو استقلالاً، فلا يجوز مثلاً بيع دكان بموجوداته المشتملة على الخمر، لتحقيق بيع الخمر ضمناً.

5. التخلص من الربح المتحقق عن النشاط المحرم لا يحل المشكلة:

ليست المشكلة في الانتفاع بالربا مثلاً أو الاحتفاظ به حتى يفيد المستثمر تخلصاً من كامل الربح المتحصّل عن التعامل بالمحرم على فرض إمكان تحقيقه حسابياً.⁴⁵ بل المشكلة في أصل الاستثمار في المحرم وما يرتبط بذلك من دعم المؤسسات التي تمارسه قصداً، كدعم منظومة الربا التي حكمها، والواجب على المسلم رفع الباطل، والنهي عن المنكر، لا دعمه والإسهام فيه مختاراً.

ثم إن هذه المؤسسات إن كانت تقرض بالربا، فإن حملة أسهمها مقرضون بالربا، وآخذون له؛ والمقرض بالربا لا يرفع حرمة فعله أن يعزم قبل تعامله بالربا على أن يقوم فيصرف الربا الذي أخذه في جهات خيرية، أما إن كانت تقترض بالربا، فكل حاملي أسهم هذه الشركات دافعون للربا، ولا يرفع حرمة فعلهم أن يتخلصوا من ربح جنوه من استثمار المال المقترض، لأن الحرمة مرتبطة بذات

⁴³ ابن الهمام، فتح القدير، ج 6، ص 275.

⁴⁴ السيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1، ص 121.

⁴⁵ ليس خديد العائد الناج عن الاستثمار المحرم كالربا من الممكن عملياً لأسباب منها أن أكثر الشركات تقترض من البنوك بالربا؛ لتمويل أعمالها والتوسع في نشاطاتها، فكيف يمكن خديد الأرباح الناشئة عن هذه القروض! ثم إن أغلب المتعاملين بالأسهم يشترونها لغرض تحقيق الربح السريع بإعادة بيعها، وتحقيق ربح من الفرق بين ثمن الشراء وثمر البيع، فكيف يمكن عملياً حساب مقدار ما أحدث النشاط المحرم للشركة بين تاريخ الشراء، وتاريخ البيع الذي قد يكون ساعات أو أيام قليلة! ثم إن الشركة نفسها قد تستثمر، وذلك أمر شائع، في شركات أخرى تقوم كذلك ببعض الأنشطة المحرمة، ثم تقوم هذه الشركات كذلك بالاستثمار في شركات، وصناديق استثمارية أخرى وهكذا، فكيف يمكن عملياً حساب الوارد عن النشاط المحرم في كل هذه الشركات والصناديق!! زد على ذلك أن الشركة قد تخسر، مما يعني أن على حامل السهم أن يخرج مقدار حصة السهم من الكسب الناج عن النشاط الحرام: كالقروض الربوية زيادةً على الخسارة التي مني بها! انظر بحث الدعيجي، خالد، "المساهمة في شركات أصل نشاطها مباح"، بحث منشور على الانترنت، موقع صيد الفوائد.

الدفع. ربحوا من ذاك الاستثمار أم خسروا. بدليل أن دفع الربا يحرم حتى لأغراض الاستهلاك حيث لا يتصور تحقيق الربح.

6. التخرج على أساس الحاجة، والمصلحة، والأصول الأخرى:

التخرج على أساس الحاجة:

يناقش هذا بأن من المعروف أن الحاجة معتبرة شرعاً وتنزل منزلة الضرورة في تسويق ارتكاب المحرم إن كانت عامة، وليس الاستثمار في أسهم الشركات أو في الصفقات المنطوية على بعض الأنشطة المحرمة من قبيل الحاجة العامة، بل إن كان ثمة حاجة إليها، فهي خاصة ببعض المؤسسات المالية فقط وبعض الأفراد؛ فلا تكون على هذا من الحاجات المعتبرة شرعاً في اغتفار المحرم.

وعلى فرض تحقق الحاجة العامة، فإنها تنتفي مع وجود البديل الشرعي، والبديل الإسلامي في مسألتنا موجود، وهو الشركات التي لا تشتمل أنشطتها على محرمات، وهو بديل قائم وإن لم يكن له ذلك الحجم الكبير بعد، وقد سهّل قيامه انطلاق المصارف، ومؤسسات التمويل الإسلامية. وهذا البديل يحتاج إلى الدعم والتشجيع، والفتاوى التي تجيز التعامل بأسهم شركات غير ملتزمة كلياً كفيلة بأن يشل نمو هذا البديل الإسلامي، وتعيق نموه وتطوره، لأن الشركات ذات الالتزام الكلي هي شركات محلية صغيرة في الغالب، لن تستطيع مقاومة جاذبية الشركات الكبرى والعالمية ذات الالتزام الجزئي، التي صدرت فتاوى بجواز التعامل بأسهمها.

التذرع بإعمال المصلحة:

كانت المصلحة منذ زمن الطوفي، ولا تزال إلى يومنا هذا دليلاً شرعياً يساء فهمه أو إعماله، إذ قد استند إليها خلق كثير، في تسويق بعض المسائل التي حرم شرعاً، ومنشأ هذا الخلط، والزعيم هو عدم إدراك الشروط الشرعية اللازمة لعمل المصالح، وأهمها عدم معارضة النصوص والأصول الشرعية⁴⁶. فضلاً عن أن تقدير المصالح هو محل اضطراب في الرؤى والآراء، فما يراه البعض مصلحة عامة للمسلمين قد لا يراه الغير كذلك، مما يحتّم عند غياب الحاكم المسلم المجتهد، الذي يقرر المصالح بالشورى ويفرضها بمقتضى السياسة الشرعية، وجوب الاحتكام إلى الشروط الشرعية المعروفة لعمل المصالح، بعيداً عن التقديرات الفردية للمصالح والتفسيرات الشاذة لها. ومناسبة الحديث عن المصلحة، فأين المصلحة في أصل التعامل بأسهم الشركات بيعاً وشراءً على النحو الذي نراه في الأسواق اليوم! هل عاد هذا التعامل على الكثير من مارسيه إلا بالنكبات، والخسائر الفادحة بسبب ممارسات السوق، وعدم كفاية الضوابط والإجراءات الحمائية كما قدمنا!!

⁴⁶ انظر البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1982م)، ص 118، وانظر بحث أبوزيد، عبد العظيم، "البعد التعبدى في ارتباط المصالح بالأحكام الشرعية"، مجلة الإسلام في آسيا، المجلد 3، العدد 1، يوليو 2006، ص 57 وما بعدها.

بل وأين تتصور المصلحة العامة في انتقال أموال المسلمين إلى الشركات الأجنبية في الخارج. فقد خرج كثير من أموال المسلمين الملتزمين إلى الغرب مع انطلاق الفتاوى بتسويق الاستثمار في كثير من تلك الشركات التي لا تتورع عن الحرام. ولا سيما مع تأسيس أسواق خاصة لذلك وسمت بالإسلامية. كسوق مؤشر "داو جونز الإسلامي"!

الاستدلال بعموم البلوى وفساد الزمان:

أما تخريج تسويق الاستثمار في الأنشطة المشتعلة على حرام بعموم البلوى وفساد الزمان. فباستقراء المواضع التي ورد بها الاستشهاد بعموم البلوى. يمكن القول إن فحوى العمل بها هو اغتفار ترك الالتزام ببعض الأحكام الشرعية عند تعذر ذلك أو استحالت. وتخريج ذلك هو على قاعدة رفع الحرج المستمدة من قوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج" (سورة الحج: الآية 78). لكن الاستثمار في الأنشطة المشتعلة على ممارسات حرام لا يعدّ من قبيل المتعذر تجنبه حتى يسوغ ذلك شرعاً كما تقدم. وفي الحقيقة، فإن تخريج التعامل بالحرم على عموم البلوى ما هو في الحقيقة إلا تكريس للبلوى وخلق لها. لما في ذلك من ترويج تجارة الحرام. وتسويغها. وفساد الزمان لا يسوّغ التجرؤ على الحرام. ومزيداً من الإفساد. فالواجب مقابلة المنكر بالنهي والإزالة. لا بإزكائه والمساهمة فيه!

دعوى التأثير على قرار الشركة الاستثماري من خلال تداول أسهمها:

قد يسوغ ارتكاب محذور إن كان سبباً متعيناً لإنكار منكر أكبر منه. أو تحقيق مصلحة عامة كبرى. تخريجاً على قاعدة إذا تعارضت مفسدتان: دفع أعظمهما بارتكاب أخفهما.⁴⁷ لكن هذا يقيد طبعاً بأن تكون النية حين ارتكاب المحذور هي رفع المفسدة الأكبر. وإلا لكان ارتكاب المفسدة الأولى حراماً قطعاً. إعمالاً للحديث المشهور "إنما الأعمال بالنيات".⁴⁸

وقد قيل في تخريج الاستثمار في الشركات التي تنطوي أعمالها على بعض الأنشطة المحرمة بأن من شأن هذا. أن قد يؤدي في بعض الحالات إلى التأثير على نشاط الشركة الاستثماري بالعدول عن النشاط المحرم.

ولا يخفى أن سلامة هذا التخريج مقيدة بقيود لا نراها متحققة عملياً في غالب الحالات للأسباب التالية:

- لا نية لمشتري الأسهم أصلاً بالتأثير على أنشطة الشركة. وتوجهاتها. بل ولا يعلم مشتري الأسهم بوجود مثل هذا الهدف سبباً معتبراً لشرعية التعامل بأسهم هذه الشركة.

47 انظر شرح مجلة الأحكام، تحقيق نجيب هواويني. (إيران: كازخانة جارت كتب. بدون ذكر سنة الطبع) ج 7، ص 302، النووي. شرح صحيح مسلم. (بيروت: دار إحياء التراث العربي). ط 2، 1392 هـ). ج 15، ص 144.

⁴⁸ هذا حديث صحيح متفق عليه. من رواية سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرجه البخاري. محمد بن إسماعيل. الجامع الصحيح. كتاب بدء الوحي. باب كيف كان الوحي إلى رسول الله. الحديث رقم 1، ج 1، ص 3؛ النيسابوري. مسلم بن الحجاج القشيري. الصحيح. كتاب الإمارة. باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنية". الحديث رقم 1907، ج 3، ص 1515.

- أغراض التكسب السريع بالبيع بعيد الشراء متى سنحت فرصة حقن الربح عند الغالبية العظمى من المستثمرين، مما لا يمكنهم حتى لو فرضنا وجود نية التأثير على أنشطة الشركة من تحقيق أي أثر يذكر.
- العقوبات والقيود القانونية التي قد تمنع حملة الأسهم والمستثمرين من غير المؤسسين من ممارسة أي تأثير على قرار الشركة الاستثماري أو الإداري، كأن تبقى غالبية الشركة تحت ملكية مؤسسيها.
- أن الشراء على مستوى المؤسسات يكون غالباً بشراء ثلث من الأسهم التي تعود إلى عدد كبير من الشركات، لا أسهم شركة بذاتها، مما يفوت إمكان تحقيق التحول المنشود.

مناقشة معيارية الثلث:

خلاصة القول أن الاستدلال بحديث سعد المتقدم على أصل فكرة معيارية القليل والكثير، أو معيارية الثلث من حيث عد ما دونه قليلاً، وما بلغه وجاوزه كثيراً، لا يستقيم؛ لأن أقصى ما في الحديث من دلالة، أن الثلث كثير في الوصية، أي أن إخراج ثلث المال وصيةً كثير في ذاته على الوصية؛ لأن الوصية تبرع، والتبرع بالثلث كثير، ليس لأن ما فوق الثلث كثير في كل شيء وما دونه قليل في كل شيء؛ بل الكثرة والقلة أمر نسبي كما أشار ابن حجر العسقلاني في شرحه للحديث.⁴⁹ فمن غير المستساغ إذن تعميم الاستدلال بهذا الحديث، بجعل ما دون الثلث قليلاً، وما فوقه كثيراً.

ومثل هذه يقال في المعايير الأخرى كالخمس، والعشر، فقد وضعت بالاستناد إلى معايير الحنفية في التجاوز عن الغبن اليسير، وقد تقدم خطأ الفهم بأن الحنفية تجاوزوا عن الحرام في المعاملة إن لم يبلغ الحرام تلك النسب، بل إنما أراد بها الحنفية تحديد ما يقبل الفسخ من العقود بسبب الغبن، أو يعطي المشتري حق الرجوع بمقدار الغبن، وما لا يقبل، وليست هي معايير في اغتفار قليل الحرام؛ فالغبن الذي اقترن بالخداع حرام مطلقاً بصرف النظر عن نسبته.

والخلاصة، أن جميع المبررات التي قدمت لتسويق الاستثمار فيما اشتمل على أنشطة محرمة إذا لم تتجاوز هذه الأنشطة نسباً معينة هي مبررات واهية. وأخطر ما في الأمر، أن القول بالجواز يؤدي إلى الوقوع في مخالفة أصل شرعي ثابت وجازم ومن أعمدة الدين، وهو أصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن قبول هذه المعايير فيما صيغت له رضوخ للمنكر، وإسهم فيه، وإقرار له، بدل رفعه، ومحاربته، والنهي عنه.⁵⁰ فأقل الواجب على المسلم عند شهود المنكر إن لم يستطع تغييره أن ينكره بقلبه، فيقول لسان حاله "اللهم هذا منكر لا أرضى به"، فكيف يمكن ويستقيم أن يكون

49 العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري، (بيروت: دار المعرفة، 1379هـ)، ج 5، ص 365.

⁵⁰ المسألة هذه تختلف تماماً عن التعامل مع البنوك الربوية، حيث تنعدم البنوك الإسلامية لأغراض: حفظ المال، أو تحويله، أو صرفه، فلا يمكن أن يعد ذلك التعامل من قبيل إقرار المنكر المتمثل في كون هذه المؤسسات مؤسسات ربوية، نظراً للحاجة العامة التي قد تقترب من الضرورة إلى بعض التعاملات المصرفية التي لا تنطوي في ذاتها على عمل محرم من قبيل حفظ المال وتحويله وصرفه، فشتان بين من يتعامل بالحلل مع من يتعامل بالحرام مضطراً، وبين الاشتراك مع المتعامل بالحرام في الحرام الذي يمارسه وإن أنكر هذه الممارسة!!

على هذه الحالة من الإنكار المفروض عليه فرضاً ثم هو مع ذلك طرف في العملية الاستثمارية التي تباشره. إن حاله هذا يكذب مقاله! هذا فضلاً عن النصوص والآثار الكثيرة والمعلومة المشتهرة التي تدل على حرمة الانخراط في المنكر بشكل مباشر أو غير مباشر.⁵¹

ثم ماذا لو كان نشاط الشركة العَرَضِيّ المحرم، الذي استوفى شروط الاستثناء من المنع، صفقة عَرَضِيَّة في تصنيع الخمور وتجارتها، أو المخدرات، أو الدعارة، أو بيع البشر وأعضائهم، أو بيع السلاح إلى الدول الإرهابية كإسرائيل؟! أصبح التعامل بأسهم تلك الشركة حينئذ مقبولاً، ويجب فقط التخلّص من ربح تلك الأنشطة!! أيعقل أن تسوّغ معايير إسلامية شرعية التعامل بأسهم شركات هذا شأنها! أيعقل أن يزيد المسلمون من أرباح هذه الشركات ومن رواجها باقتناء أسهمها وهو المطالبون بالنهي عن المنكر بما يستطيعون!! أم ترى يصحّ التفريق بين الربا وبين سائر المحرمات؛ ليسوغ التعامل بأسهم الشركات التي تتعامل بالربا أحياناً، ويمتنع التعامل بأسهم الشركات التي تمارس شيئاً ما وصفنا! إن قيل بذلك فهل الربا أقل خطراً ما وصفنا وهو ما هو حرمة وجريمة!!

والأمر الآخر المستهجن هو تحديد نسبة الربا الذي يغتفر معه التعامل بأسهم الشركات التي تقترض أو تقرض بالربا بما كان أقل من 30% من القيمة السوقية لأسهم الشركة وليس القيمة الدفترية. مع العلم أن القيمة السوقية لأسهم شركة ما قد تفوق كثيراً القيمة الاسمية الدفترية لها. فقد يكون قيمة السهم الدفترية عشرة، وقيمتها السوقية مئة! وبناءً على هذا يسوغ التعامل بأسهم شركة يبلغ حجم اقتراضها، أو إقراضها بالربا ثلاثة أضعاف رأسمالها!! فلو كان رأسمال الشركة عشرة ملايين درهم مثلاً، وبلغت قيمتها السوقية مئة مليون، ساع بحسب هذا المعيار للتعامل بأسهمها أن تبلغ قروضها الربوية قريباً من ثلاثين مليون درهم، أي أكثر من رأسمالها بثلاثة أضعاف!!

ثم إن أمر التجاوز عن المعاصي قليلها، أو كثيرها لله عزّ وجلّ، وليس لابن آدم أن يقول بإمكان اغتفار المعصية إن لم تبلغ حدّاً معيّناً، ولا ينفع التخلّص من كسب المعصية للقول باغتفارها والتجاوز عنها سلفاً.

وأخيراً، فإن عمدة أدلة المجيزين للتعامل في أسهم الشركات التي تنطوي أنشطتها على بعض المحرمات، كما تقدم، هي القواعد الفقهية في اختلاط الحرام بالحلال؛ لكن الاستدلال بها لا يصح، وذلك لاختلاف مورد الاستدلال كما تقدم، ولأنها ليست إلا ضوابط صيغت على ضوء المسائل الفقهية المعروضة، فهي تقيد بمثيلاتها، وليست هي أصولاً فقهية أو نصوصاً شرعية حتى يصح

⁵¹ من ذلك قول الله تعالى: ((وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)) (المائدة: 2)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم ((لَعَنَ أَكْبَلُ الرَّبِّاءِ وَمُؤَكَّلُهُ وَشَاهِدِيهِ وَكَاتِبَهُ))؛ وحديث ((لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَشَارِبَهَا وَسَاقِيَهَا وَبَائِعَهَا وَعَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا وَحَامِلَهَا وَالْمُحْمَلَةَ إِلَيْهِ وَأَكْلَ ثَمَرِهَا))، وقد أخرج الحديث الأول عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه مسلم في صحيحه: ج3، ص1219، رقم 1598، أحمد في مسنده: ج3، ص304، رقم 14302، وأخرج الثاني عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أبو داود في سننه: ج3، ص326، رقم 3674، والحاكم في مستدركه: ج4، ص160، (دار المعرفة، ط1/1986م، بيروت) حديث رقم 7228 وصححه، والبيهقي في سننه: ج6، ص12، (مكتبة دار الباز، 1414هـ، مكة المكرمة)، رقم 10828.

فهم العموم منها. بل إن المحاذير التي تترتب على القول بعموم التجاوز عن الحرام إذا اختلط بالحلّال من حصول الإعانة على الباطل وترويجه، فضلاً عن الأدلة الشرعية الأخرى المانعة من الإسهام في الحرام بشيء والتعاون على الإثم والعدوان، كل هذا يستلزم خطأ فهم هذه القواعد على نحو عام يتضمن تسويغ مسألة البحث. فلا يبقى إلا أن تفهم هذه القواعد على ضوء المسائل والأمثلة التي ذكرها الفقهاء عند شرحها، وهي مسائل وأمثلة لا تتعدى كون الحرام المختلط بالحلّال عيناً محرمة اختلطت بحلال وتعذر تمييزها وتحديدتها فلا يمكن إزالتها ورفعها.

وقد ذهب مجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة إلى حرمة التعامل بأسهم الشركات التي تنطوي استثماراتها على بعض الأنشطة المحرمة، ونص قراره: "لا يجوز لمسلم شراء أسهم الشركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا، وكان المشتري عالماً بذلك". وقريب منه قرار المجمع الفقهي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ونص قراره: "الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة".⁵²

⁵² قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 63 (7/1) بشأن الأسواق المالية في دورته السابعة المنعقدة بجدة من 7-12 ذي القعدة 1412 هـ الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992 م.

أهم نتائج البحث

- عدم جواز الاكتفاء للنظر في شرعية التعامل بالأسهم إلى حقيقة الأسهم، وما تمثله من موجودات للشركة، وأنشطة الشركة، بل وجوب النظر أيضاً في حقيقة أسواق الأسهم، وما يعترئها من ممارسات قد تضيف على عملية تجارة الأسهم صفة قمارية تستدعي المنع شرعاً.
- البيع القصيرن والبيع بالهامش بيعان غير جائزين شرعاً باعتبار آليتهما، وباعتبار آثارهما، ونتائجهما على الأسواق، مما يستدعي الحكم بمنعها.
- بغياب الضوابط الرقابية، والإجراءات الاحترازية الكافية في الأسواق المالية، وتفشي التلاعب في الأسواق، والبيع القصير، والبيع بالهامش، وتداول الأسهم عبر المشتقات، فالأولى أن يكون الحكم الشرعي لتداول الأسهم هو المنع حتى ترتفع مسببات تحول سوق الأسهم إلى سوق مقامرة.
- جميع المبررات التي قدمت لتسويق الاستثمار في أسهم الشركات التي تشتمل أنشطتها على بعض المحرمات غير صحيحة شرعاً، ولا عبرة بتحديد هذه الأنشطة بنسب معينة.
- المعايير الموضوعة اليوم لاغتفار الحرام إن اختلط بالحلal لا تقوم على أي أساس شرعي صحيح، والنسب التي خرج بها لا أساس شرعياً صالحاً لها.

والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً

ضبط صفة العقد محدد أو غير محدد المدة في القانون الفرنسي (باللغة الفرنسية)

د. رغيد عبد الحميد فتال

أستاذ القانون المدني المساعد - كلية القانون

جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

ملخص البحث

Précision du caractère du contrat à durée déterminée ou indéterminée en droit français

En principe, le contrat à durée déterminée est celui qui comporte un terme et le contrat à durée indéterminée est un contrat à exécution successive qui n'en comporte pas. Cependant, parfois un contrat est qualifié par le juge comme à durée indéterminée malgré l'existence de terme. Dans d'autres cas, un contrat est qualifié par lui comme à durée déterminée malgré l'absence de terme. Donc le terme ne constitue pas une ligne de partage entre les contrats à durée déterminée et ceux à durée indéterminée.

Or, il est nécessaire de préciser la nature du contrat pour plusieurs raisons. L'une de ces raisons est que le régime qui régit les contrats à durée indéterminée est différent de celui qui régit les contrats à durée déterminée. En d'autres termes, ces derniers sont régis par des textes et des théories qui ne sont pas semblables à ceux qui régissent les contrats à durée indéterminée.

من حيث المبدأ، إن العقد المحدد المدة هو العقد الذي يتضمن أجلاً مسمى، بمعنى أنه العقد الذي تحدد فيه المدة صراحة في بند واضح وصريح من بنود العقد. أما العقد غير المحدد المدة فهو العقد الذي تكون فيه الالتزامات متتابعة ولا يتضمن أجلاً مسمى أو بنداً تحدد فيه مدته صراحة. هذا التحليل منطقي وسليم، إلا أنه المبدأ وله استثناءات عديدة نص عليها القانون أو نادى بها الفقه والاجتهاد، إذ أنه يجوز في بعض الحالات وصف العقد بأنه غير محدد المدة بالرغم من أن أحد بنوده يحدد صراحة مدته. وفي حالات أخرى، يجوز وصف العقد بأنه محدد المدة رغم عدم تحديد المدة في بنود العقد. إذن، إن تحديد الأجل أو تضمين العقد بنداً تحدد فيه مدته لا يمكن اعتباره الفيصل أو معياراً للفصل بين العقود المحددة المدة والعقود غير المحددة المدة كما يظن العديد من الفقهاء والباحثين.

كما أنه لا يخفى على أحد أن مدة العقد هي أمر جوهري وأساسي لعدة أسباب. فهي مهمة بالنسبة لأطراف العقد ليس فقط لأن حقوق الدائن والتزامات المدين تنتهي مبدئياً بانتهاء المدة أي بحلول الأجل. بل إن العقد المحدد المدة يخضع لقواعد وأحكام تختلف عن تلك التي يخضع لها العقد غير المحدد المدة وذلك في عدة جوانب، هذا ما تؤكد النصوص القانونية. الآراء الفقهية والأحكام القضائية العربية والفرنسية.

Précision du caractère du contrat à durée déterminée ou indéterminée en droit français

Introduction

1. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Parfois la loi intervient pour réglementer la durée du contrat. Ainsi, le règlement communautaire n° 123/85, du 12 décembre 1984, impose que les contrats de distribution exclusive d'automobiles soient conclus soit pour une durée déterminée d'au moins quatre ans ou pour une durée indéterminée. La loi peut aussi prohiber la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, telle celle du 2 janvier 1970 qui interdit, sous peine de nullité, la conclusion d'un mandat d'agence immobilière à durée indéterminée ; la Cour de cassation en déduit l'absence de tacite reconduction de ce mandat¹. Parfois, la loi n'intervient pas pour réglementer la durée du contrat. Ceci sera le rôle des parties. Si la durée du contrat est bien précisée, celui-ci prendra fin à la date mentionnée. En revanche, si la durée du contrat n'est pas bien précisée, est-ce que celui-ci sera éternel ? La question de savoir si le contrat est conclu à durée indéterminée ou déterminée est aussi nécessaire pour la rupture du contrat. En effet, les règles qui régissent la rupture du premier diffèrent de celles qui régissent le second.

Puisqu'elles sont exceptionnelles, les facultés légales de résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée ne sont jamais accordées réciproquement aux deux parties, comme pour les cas de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, sauf à titre d'exception (cas du mandat...). Par exemple, dans le contrat d'entreprise, seul le maître de l'ouvrage peut résilier le contrat. Cette

¹ Civ. 1, 2 mai 1985, *Bull. civ. I*, n° 159 ; Civ. 1, 12 janvier 1988, *Bull. civ. I*, n° 3.

faculté n'est pas donnée à l'entrepreneur². De même, l'article 1944 du Code civil permet au déposant de résilier le contrat conclu avec le dépositaire. Aucun texte ne donne le même droit à ce dernier. Si les articles 2004 et 2007 du Code civil donnent le droit au mandant et au mandataire de mettre fin au contrat, ceci n'est qu'une dérogation à la règle générale qui dispose que le droit de rupture du contrat à durée déterminée est accordé uniquement à l'une des parties.

2. En principe, le contrat à durée déterminée est celui qui comporte un terme³ et le contrat à durée indéterminée est un contrat à exécution successive qui n'en comporte pas. En revanche, un contrat qui comporte un terme n'est pas toujours un contrat à durée déterminée ; et un contrat qui n'en comporte pas n'est pas toujours un contrat à durée indéterminée. En effet, la qualification donnée par les parties ne lie pas le juge qui peut requalifier les contrats⁴. **L'absence de terme (§ I) comme l'existence d'un terme (§ II)** ne permettent donc pas de tracer, de manière absolue, une ligne de partage entre les contrats à durée déterminée et ceux à durée indéterminée.

² Civ.3, 10 mai 1972, *Bull. civ.* III, n° 298, p. 214 ; Marcel PLANIOL, GEORGES RIPERT, *TRAITÉ PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS*, TOME 11, *CONTRATS CIVILS*, 2^E PARTIE, 2^E ÉD., 1954, LGDJ, n° 937.

³ Cette détermination peut être expresse. Elle peut être, aussi, tacite.

⁴ Cette sorte de qualification n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation : Soc. 27 janvier 1961, *Bull. civ.* IV, n° 129, p. 100 ; *adde* les décisions citées par Guillaume-Henri CAMERLYNCK, *CONTRAT DE TRAVAIL*, DALLOZ, 2^E ÉD., 1988, n° 268.

I. L'absence de terme

3. Si le contrat ne prévoit pas un terme, cela pose une présomption d'indétermination de la durée du contrat (A). Cependant, cette présomption connaît des limites (B).

A- Présomption d'indétermination de la durée

4. L'absence du terme peut être volontaire ou involontaire : volontaire, lorsque les parties stipulent dans le contrat, que le contrat produit ses effets pour une durée indéterminée ; involontaire, lorsque les parties ont oublié de mentionner la durée. Dans ce dernier cas, la jurisprudence, approuvée par la majorité de la doctrine, admet, dans le silence des parties, une présomption d'indétermination de durée. C'est donc à celui qui considère que le contrat est à durée déterminée, qu'incombe la charge de la preuve⁵.

Depuis un arrêt du 8 juillet 1943 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation⁶, cette présomption a été appliquée à toutes sortes de contrats, en vertu desquels une personne apporte son concours à une autre : mandat

⁵ AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, p. 65 ; V. par exemple, Com. 5 février 1979, D. 79, IR, 186 ; Soc. 8 juillet 1943, JCP 1943, éd. G I, 184, Dr. soc. 1944.34 : « Le contrat de travail est réputé conclu pour une durée indéterminée, et c'est à la partie qui se prévaut de la durée déterminée de l'engagement à prouver la modalité dont elle excipe » ; Soc. 20 décembre 1960, Bull. civ. IV, n° 1221, p. 949 ; Soc. 16 avril 1969, Bull. civ. V, n° 23, p. 191 ; adde La jurisprudence citée par Guillaume-Henri CAMERLYNCK, *op. cit.*, n° 268 ; AZÉMA, *op. cit.*, p. 65.

⁶ Soc. 8 juillet 1943, JCP 1943, éd. G, 1, 184.

commercial⁷, concession commerciale⁸, contrat conclu entre un médecin et une clinique privée⁹.

B- Limites de la présomption

5. Le domaine de la présomption est d'abord limité par l'article 1135 du Code civil qui dispose que « *les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

Le **législateur** peut en effet fixer la durée du contrat dans le silence des parties. Dans ces cas, la présomption n'a pas vocation à jouer. Ces dispositions législatives peuvent être impératives¹⁰. Elles peuvent être aussi supplétives, auquel cas les parties sont censées s'y référer si elles n'en ont pas décidé autrement¹¹.

La détermination de la durée du contrat peut aussi être inhérente à la convention lorsqu'elle résulte de la cause du contrat, ou de son objet. La **cause** du contrat est le but qui a poussé les parties à conclure le contrat. Le Code civil ainsi que la jurisprudence y font appel¹². Ils font appel également à

⁷ Paris 1^{er} mars 1957, *JCP* 1957.2.9875, note BOULBÈS, *Gaz. Pal.* 1957.1.312, *Rev. trim. dr. com.* 1957.435, obs. HÉMARD ; Trib. com. Seine, 12 juin 1967, *Journ. Agrées* 1968.239.

⁸ Paris 14 février 1962, *S.* 1962.266, *D.* 1962.514, note HÉMARD.

⁹ Trib. civ. Seine, 11 juin 1956, *Gaz. Pal.* 1956.2.272 ; sur appel : Paris 8 janvier 1958, *JCP* 1958.2.10594, note SAVATIER, *Gaz. Pal.* 1958.1.189.

¹⁰ Par exemples : article L632-1 du Code de la construction et de l'habitation.

¹¹ Par exemple, l'article 1815 du Code civil fixe la durée du bail à cheptel à trois ans, sauf stipulation contraire des parties.

¹² L'article 1888 du Code civil dispose que « *le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle ait servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* ».

V. aussi l'article 1757 du Code civil concernant le contrat de louage d'objets mobiliers, l'article 1821 et 1829 du Code civil concernant le Cheptel, l'article 1960 du Code civil relatif au séquestre.

D'ailleurs, le contrat par lequel un propriétaire de chevaux confie à un entraîneur la mission d'optimiser leurs performances, est un contrat à durée déterminée. La carrière de compétition de l'animal constitue le terme de ce contrat. Pour cela, il n'est pas

la détermination de la durée du contrat par son **objet**. L'article 1774 du Code civil (article 810 du Code rural) en fournit un exemple : « *Le bail sans écrit d'un fonds rural est censé fait pour le temps nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé* ». La jurisprudence s'est prononcée en ce sens¹³.

autorisé au propriétaire de reprendre discrétionnairement les chevaux comme le ferait un dépositaire (Cass. civ. 1^{re}, 11 février 2003, pourvoi n° 00-13-432).

¹³ Civ. 18 mai 1909, *S.* 1909, 1, 184.

En outre, le contrat conclu entre un médecin et une clinique, et qui a pour objet l'aide du chirurgien, est un contrat à durée déterminée. Il prend fin par la fin de la durée du contrat conclu entre la clinique et le chirurgien (Paris 16 janvier 1958, *JCP* 1958.2.10594, note SAVATIER ; sur pourvoi, Civ.1, 31 mai 1960, *Bull. civ.* I, n° 300, p. 245, *JCP* 1960.2.11681, note SAVATIER).

II. L'existence d'un terme

6. En principe, l'existence d'un terme entraîne la qualification de contrat à durée déterminée et son échéance met fin à la relation contractuelle. Mais, parfois les modalités de **fixation de l'échéance du terme (A)** sont telles que le contrat apparemment à durée déterminée dissimule en réalité un contrat à durée indéterminée. Dans d'autres cas, la **continuation du contrat par les parties après l'échéance du terme (B)** peut aboutir à la disqualification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

A. Fixation de l'échéance du terme

7. Le terme fixé pourrait être normale d'où l'importance de savoir la méthode de sa **détermination (1)**. Il pourrait aussi être **lointain (2)**.

1- La détermination du terme

8. Le terme peut être déterminé. Cette détermination est « *directe* » si les parties ont formellement précisé la date à laquelle s'éteindront leurs obligations. Elle est « *indirecte* » si elles ont simplement fait référence à l'évènement qui constituera l'échéance du terme¹⁴. Si la date exacte de la production de l'élément de référence est connue d'avance, le terme sera certain, c'est à dire « *connu* ». Dans le cas contraire, le terme sera incertain. La détermination directe du terme n'emporte pas toujours la qualification de contrat à durée déterminée.

2- Le terme lointain

9. Parfois, le contrat contient un terme très loin, dans le temps, de la conclusion du contrat. Dans ce cas, la question qui se pose est de savoir s'il s'agit d'un engagement perpétuel et si le contrat peut prendre fin malgré le terme lointain.

¹⁴ J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, op. cit., p. 69 et s.

Pour savoir s'il s'agit d'un engagement perpétuel, deux théories existent. Selon une approche subjective, l'engagement est perpétuel lorsque, compte tenu de son âge, le contractant se trouve tenu à vie¹⁵. Selon une approche objective, la perpétuité se manifeste par une volonté active de ne pas conférer de fin au contrat. Elle vise l'engagement illimité en lui-même et non par rapport à la durée de vie de l'obligé¹⁶. Ainsi, le législateur limite parfois l'existence du contrat à une très longue période, en pratique 99 ans. Cela signifie que tous les contrats dont la durée n'excède pas cette limite est valide, même si ce maximum est plus grand que la durée de vie des contractants¹⁷.

a- La prédominance de la conception subjective de l'engagement perpétuel

10. Avant la fin des années 70, la conception objective était dominante. La jurisprudence a adopté la conception objective¹⁸ sauf exceptions¹⁹. La Cour de cassation a considéré que le bail serait perpétuel uniquement dans les cas où

¹⁵ Isabelle PÉTEL-TEYSSIE, *Louage d'ouvrage et d'industrie. Prohibition de l'engagement perpétuel*, *J.-Cl. civil*, 1991, article 1780, fasc. B, n° 44.

¹⁶ J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, *op. cit.*, n° 21 ; Rémy Libchaber, *Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés*, *Rev. sociétés*, 1995, n° 6 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, *Economica*, 1988, n° 20.

¹⁷ Isabelle PÉTEL-TEYSSIE, *Louage d'ouvrage et d'industrie. Prohibition de l'engagement perpétuel*, *op. cit.*, n° 43.

¹⁸ Cass. 3° civ., 4 janvier 1973, *Bull. civ. III*, n° 4, p. 3 ; Cass. 3° civ., 4 avril 1968, *Bull. civ. III*, n° 150 ; Cass. civ., 19 mars 1901, *DP*, 1901, 1, p. 329 ; Cass. com., 30 janvier 1963, *RTD com.* 1964, p. 342, obs. G. CORNU.

¹⁹ A propos du contrat de société, voir: Paris 4 novembre 1964, *Gaz. Pal.* 1965.1.280, *RTD civ.* 1965.413, obs. RODIERE. La jurisprudence considère que la société dont la durée est « manifestement supérieure à la durée de la vie humaine », est conclue pour une durée indéterminée, donc, susceptible d'être résilié selon l'article 1869 du Code civil.

L'expression « vie humaine » signifie, selon une décision unique, la « durée de 99 ans » (Trib. civ. Remiremont 28 mai 1958, *Gaz. Pal.* 1958.2.102, *Rev. sociétés* 1959, 55. Elle signifie, selon la Cour de cassation, « la vie des associés » (Com. 30 janvier 1963, *préc.* ; V. Aussi : Paris 4 novembre 1964, *préc.*).

l'une des parties serait tenue à vie²⁰. Mais, à la fin des années 70, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la conception subjective²¹.

Une partie de la doctrine apprécie l'éloignement du terme en fonction de la durée de la vie des associés²². En d'autres termes, elle suit la conception subjective. Ainsi, E. BARTHELEMY considère que le salarié ne peut pas être engagé pour la période active de sa vie. Cette période est estimée en général à trente ou quarante ans²³.

Le législateur français a opté pour la conception subjective. Ainsi, l'article 1780, alinéa 1^{er} du Code civil, dispose que l'« *on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée* ». L'expression « *on ne peut engager ses services qu'à temps* » ne signifie pas seulement que le salarié doit être engagé pour une durée bien précisée, mais que cette durée ne doit pas être aussi longue que celle de sa vie²⁴.

Le législateur allemand est favorable à ces deux approches²⁵.

b- La prédominance de la nullité de l'engagement perpétuel

²⁰ Civ.3, 4 avril 1968, *Bull. civ.* III, n° 150, p. 120 ; V. AZÉMA, *op. cit.*, n° 24 et s., et les décisions citées.

²¹ Cass. civ.1, 18 janvier 2000, *Bull. civ.* I, n° 16 ; Cass. civ.1, 20 mai 2003, *Bull. civ.* I, n° 124 ; Cass. civ.1, 30 mai 1995, n° de pourvoi : 93-11837 ; Cass. civ.1, 31 janvier 1989, n° de pourvoi : 87-10092 ; 27 avril 1978, *Bull.* 1978, I, n° 161, p. 128 ; 3 juillet 1973, *Bull.* 1973, I, n° de pourvoi : 228, p. 203.

²² RIPERT et ROBLOT, tome 1, *op. cit.*, n° 789. ; AZÉMA, *op. cit.*, n° 28 ; JEAN HÉMARD, FRANÇOIS TERRÉ, PIERRE MABILAT, *SOCIÉTÉS COMMERCIALES*, DALLOZ, 1972, TOME 1, n° 139 et s.

²³ E. BARTHELEMY, De la résiliation du louage de services (Loi du 27 décembre 1890), Thèse, Paris, 1896, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, p. 7.

²⁴ E. BARTHELEMY, *op. cit.*, p. 6.

²⁵ Le § 624 BGB (BGB signifie « *Bürgerliches Gesetzbuch B* » : c'est l'abréviation du Code civil allemand) dispose que le contrat de travail conclu pour la vie de l'employé ou de l'employeur ou pour plus de cinq ans peut toujours prendre fin au bout de cinq années moyennant un préavis de six mois. Le contrat à durée indéfinie est converti en contrat à durée indéterminée.

11. Lorsqu'il s'agit d'un engagement perpétuel, deux sanctions sont envisageables : la réduction judiciaire de la durée de l'obligation ou l'annulation. Dans cette dernière hypothèse, la question est de savoir si la nullité concerne exclusivement la clause de perpétuité ou si elle atteint l'ensemble du contrat, et si la nullité affectant l'engagement perpétuel est relative ou absolue. Celle-ci demeure controversée. Certains auteurs optent en faveur de la nullité absolue au motif que le caractère perpétuel de l'engagement se révèle une source de sclérose des échanges économiques²⁶. Au contraire, la nullité doit être relative car le fondement de la règle qu'elle sanctionne réside davantage dans la protection de la liberté individuelle que dans celle de l'intérêt général²⁷.

La **jurisprudence** opérant sur le fondement de l'article 1172 du Code civil, fait la distinction suivante : si la clause litigieuse a un rôle secondaire dans le consentement des parties, le juge la répute non écrite et valide le reste du contrat. En revanche, si elle constitue une stipulation déterminante de leur consentement, sa nullité s'étend à toute la convention. Dans tous les cas, la nullité est absolue²⁸.

En revanche, d'autres arrêts n'opèrent pas sur le fondement de l'article 1172 du Code civil. Cette jurisprudence est partagée. Dans le domaine des baux, par exemple, la plupart des arrêts sont favorables à annuler le contrat perpétuel tout entier sur le fondement de l'article 1709 du Code civil, ou sans préciser le fondement²⁹.

²⁶ I. PÉTEL-TEYSSIÉ, Louage d'ouvrage et d'industrie. Prohibition de l'engagement perpétuel, *op. cit.*, n° 54 ; Daniel Veaux, Obligations à terme, *J.-Cl. civil*, article 1185 à 1188, fasc. 50, n° 138.

²⁷ J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, *op. cit.*, n° 32, et les auteurs cités par lui.

²⁸ Civ. 3^e, 15 mai 1996, *RJDA* 1996, n° 1014.

²⁹ Cass. 3^e civ., 20 février 1991, *JCP éd. N* 1992, II, p. 22 : « ... la cour d'appel, qui, sans se référer aux dispositions de la loi du 1^{er} septembre 1948, a retenu, par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, des termes ambigus de ce bail... » que le bail est nul et par suite tout le contrat ; Cass. 3^e civ., 27 mai 1998, *D.* 1998, IR, p. 154 (Une cour d'appel ayant relevé

Une troisième ligne jurisprudentielle³⁰ est apparue. Elle considère que la société dont la durée est « *manifestement supérieure à la durée de la vie humaine* », est conclue pour une durée indéterminée. Donc, elle est susceptible d'être résiliée selon l'article 1869 du Code civil. Elle a considéré que la société conclue pour 99 ans, est à durée indéterminée³¹. Il en est de même pour la société qui est prorogée pour 99 ans. Dans ce cas, la jurisprudence considère que les durées successives s'ajoutent les unes aux autres pour former une très longue durée³². Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation³³.

A l'instar des solutions jurisprudentielles, la **doctrine** est partagée. Selon un auteur, le caractère inhabituel de la clause de perpétuité lui donne la qualité de condition impulsive et déterminante de la conclusion du contrat justifiant

qu'un propriétaire s'était engagé à consentir un bail à une société civile d'exploitation agricole jusqu'à la dissolution de celle-ci, dont la durée était fixée à 99 ans, avec faculté de prorogation ou de dissolution par anticipation, a pu dès lors en déduire que cette promesse de bail constituait un bail perpétuel contraire aux dispositions de l'article 1709 du Code civil) ; Cass. com., 3 janvier 1989, *Bull. civ.* III, n° 3, *RTD civ.* 1989, p. 532, obs. J. MESTRE (dans cet arrêt, la Cour de cassation n'a pas précisé le fondement) ; Cass. com., 3 novembre 1992, *RJDA* 1993, n° 4, n° 292 ; Cass. com., 7 avril 1998, *RJDA*, n° 8-9, n° 977 ; Cass. civ. 3^e, 19 février 1992, *JCP éd. E* 1993, II, n° 429, note J. MONÉGER, *Contrats, conc., consom.* 1992, n° 96, obs. L. LEVENEUR, *D.* 1994, somm., p. 52, obs. L. ROZÈS.

³⁰ Paris 4 novembre 1964, *Gaz. Pal.* 1965.1.280, *RTD civ.* 1965.413, obs. RODIÈRE.

³¹ Douai 26 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1959.2.247, *JCP* 1959.2.11.356, note J. R. ; Rabat 10 juillet 1956, *Rev. sociétés* 1957.60, note AUTESSERRE, *Journ. Soc.* 1957.206.

³² Trib. civ. Remiremont 28 mai 1958, *Gaz. Pal.* 1958.2.102, *Rev. sociétés* 1959.55 ; Trib. com. Valenciennes 5 septembre 1950, *Gaz. Pal.* 1950.2.380, *Journ. soc.* 1951.28, *Rev. sociétés* 1951, 322 ; Douai 5 juillet 1951, *Gaz. Pal.* 1951.2.244, *Rev. sociétés* 1951.423, *Journ. soc.* 1952.84 ; Paris 13 avril 1964, *JCP* 1965.II.14321 ; Trib. com. Seine 10 avril 1964, *Rev. sociétés* 1964.320, *RTD com.* 1964.79, obs. RODIÈRE.

³³ Com. 30 janvier 1963, *Bull. civ.* III, n° 77, p.63, *Gaz. Pal.* 1.258, *JCP* 1963.2.13117, note J. R., *D.* 1963, 308, *Rev. sociétés* 1964.179, *RTD com.* 1963.587, obs. RODIÈRE, *RTD civ.* 1964.342, obs. CORNU ; Com. 2 novembre 1966, *Bull. civ.* III, n°415, p.365 ; Com. 7 janvier 1969, implicite, *Bull. civ.* IV, n° 7, p. 7, *D.* 1969.415, *JCP* 1969.II.15983, note NECTOUX.

l'extinction totale de celui-ci³⁴. Un autre auteur se prononce en faveur de cette théorie, mais sur l'appui d'un raisonnement différent³⁵. Elle ne se fonde pas sur l'article 1172 du Code civil. Il justifie la disparition de la convention par le fait que la détermination de la durée -constituant un de ses éléments essentiels- devient impossible à cause de l'annulation de la clause de perpétuité.

En revanche, plusieurs auteurs considèrent que l'annulation de tout le contrat ne constitue pas la solution la plus adéquate³⁶, car le vice n'affecte pas tout le contrat mais uniquement son caractère perpétuel. La nullité ne doit pas toucher le contrat tout entier. Le juge pourrait le déclarer comme conclu pour une durée indéterminée. Cette solution respecte la volonté des parties car il leur offre la faculté de poursuivre leur relation contractuelle, ou de résilier le contrat considéré comme à durée indéterminée (sous réserve de respecter les conditions de mises en œuvre de la faculté de résiliation unilatérale du contrat).

La nullité, qu'elle soit totale ou partielle, n'est pas la seule solution. Le juge peut recourir à la réduction de la durée.

c- La réduction judiciaire de la durée de l'engagement

12. Quand le législateur fixe la durée maximale de la durée du contrat, le juge peut diminuer la durée de l'engagement perpétuel au maximum de la durée indiquée par le législateur³⁷. Le juge est, parfois, favorable à cette solution³⁸. En

³⁴ Daniel VEAUX, Obligations à terme, *J.-Cl. civil*, article 1185 à 1188, fasc. 50, n° 138.

³⁵ Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, Louage d'ouvrage et d'industrie. Prohibition de l'engagement perpétuel, *op. cit.*, n° 55.

³⁶ En ce sens : Marie-Eve TIAN-PANCRAZI, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 148 et s. Cet auteur plaide en faveur de la réduction judiciaire de la durée de l'engagement litigieux. V. également, Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1968, n° 199 et s. ; Fabrice RIZZO, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, *Dr. et patr.*, janvier 2000, p. 60 et s.

³⁷ Fabrice RIZZO, *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, *préc.*, p. 68.

revanche, parfois, le juge adopte une autre solution même en présence du maximum élaborée par le législateur. Il s'est prononcé en faveur de la nullité du contrat.

La sanction de perpétuité du contrat de société est la diminution de la durée au seuil légal qui est 99 ans, car l'article 1844-10 du Code civil ne considère pas le vice de perpétuité parmi les causes de nullité de la société³⁹.

La réduction judiciaire s'applique également en matière de prêt à usage perpétuel.

Le législateur allemand est favorable à la réduction de la durée⁴⁰.

B. Continuation du contrat à l'échéance du terme

13. A l'échéance du terme, le contrat prend fin sans aucun avertissement, à moins que la loi ou la convention ou l'accord explicite ou implicite des parties n'en décide autrement⁴¹. Dans le cas d'un accord explicite, la volonté des parties devra être respectée. Si les parties ont renouvelé le contrat plusieurs fois pour une durée déterminée, le contrat ne peut être qualifié en contrat à durée indéterminée. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation française a statué, **le 4 avril 2012**, dans ce sens⁴². De plus, la Chambre commerciale de la même Cour a jugé, **le 12 février 2013** et **le 20 novembre 2012**, que le renouvellement du contrat plusieurs fois ne donne pas un droit acquis à l'une des parties de le renouveler toujours. En d'autres termes, le fait de refuser de renouveler un contrat déjà renouvelé plusieurs fois, ne constitue pas un abus⁴³.

³⁸ Cass. civ. 2 novembre 1932, *DH* 1933, jur., p. 51.

³⁹ Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, Louage d'ouvrage et d'industrie. Prohibition de l'engagement perpétuel, *op. cit.*, n° 57.

⁴⁰ L'article § 624 BGB donne un bon exemple.

⁴¹ En vertu de l'article 6-I alinéa 3 de la loi n°89-421 du 23 juin 1989, le contrat de courtage matrimonial n'est pas susceptible d'un tacite renouvellement.

⁴² Cass. soc., 4 avril 2012, N° de pourvoi: 10-20007.

⁴³ Cass. com. 20 février 2013, N° de pourvoi: 12-13819 : « *Mais attendu qu'analysant les relations antérieures des parties, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, relève que chacun des contrats successivement conclus excluait expressément toute reconduction tacite et que le seul engagement que les*

14. En revanche, dans le cas d'un accord implicite pour renouveler le contrat, le nouveau contrat est différent de l'ancien⁴⁴. Par conséquent, en matière de cautionnement, la caution ne garantit pas les obligations nées du nouveau contrat. Elle garantit seulement les obligations nées de l'ancien⁴⁵.

La tacite reconduction pourrait intervenir en **l'absence de toute prévision contractuelle (1)** ou en **présence d'une clause contractuelle (2)**. La

parties avaient souscrit à cet égard était de se faire connaître, avant l'échéance du contrat en cours, qu'elles entendaient poursuivre la relation, ce qui ne leur imposait même pas de notifier une dénonciation avant cette date ; qu'il constate que cette pratique est conforme aux usages de la profession, que la société Médical Débat connaît bien puisqu'elle les pratique depuis 15 ans, qui excluent toute pérennité, chaque contrat n'étant signé que pour une saison radiophonique ; que de ces constatations et appréciations, dont il ressort que la société Médical Débat ne pouvait légitimement s'attendre à la stabilité de la relation, la cour d'appel a déduit à juste titre que la relation revêtait un caractère précaire ».

Cass. com, 20 novembre 2012, N° de pourvoi: 11-22660 : « Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, qu'il résulte de l'examen des faits et de leur chronologie que la rupture n'a été ni imprévisible, ni soudaine, ni violente ; qu'il relève, d'abord, que la progression des relations commerciales entre les parties passe d'une collaboration sans contrat écrit, concrétisée par la signature d'un contrat à durée indéterminée, à une chaîne ininterrompue de contrats à durée déterminée à compter de 1995, le dernier d'une durée de deux ans venant à échéance le 31 décembre 2004 étant non renouvelable par tacite reconduction, que la société STPM ne pouvait ignorer que ce contrat, à l'échéance, était susceptible soit de faire l'objet d'une nouvelle négociation, soit de ne pas être renouvelé, et que la société BSH qui a, spontanément, signifié à la société STPM par courrier recommandé du 22 mars 2004, avec un préavis de neuf mois, le non-renouvellement du contrat en cause, n'a pas abusé de la confiance de son partenaire en lui laissant croire à la conclusion d'un nouveau contrat ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations faisant ressortir que la société STPM, dont le contrat venait à échéance, ne pouvait raisonnablement anticiper une continuité de la relation commerciale pour l'avenir, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

⁴⁴ La Cour de cassation a jugé que « la tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat » (Com. 13 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 77).

⁴⁵ Civ.3 4 novembre 1980, Bull. civ. III, n° 167, Defrénois 81.32797, n° 125, p. 1646, obs. J.-L. AUBERT ; Paris 17 février 1988, Defrénois 88.34275, n° 62, obs. L. AYNÈS, D. 88. somm.277, obs. L. AYNÈS ; Christian MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec 1979, n° 266, note 130 ; Philippe Malaurie et Laurent AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 6^e éd., 1994-1995, n° 136.

question se pose de savoir lorsque la continuation du lien contractuel résulte de la volonté des parties, quelle sera la durée du nouveau contrat.

1. La tacite reconduction en l'absence de toute prévision contractuelle

15. Continuation de l'exécution du contrat malgré l'échéance du terme. -

Les parties peuvent exclure la tacite reconduction par une clause contractuelle⁴⁶. Cette dernière permet d'éviter d'abuser du refus de la poursuite des relations contractuelles⁴⁷. Aussi, les contrats qui font l'objet d'une négociation à chaque formation d'un nouveau contrat, comportant des conditions particulières par rapport aux précédents, sont des contrats successifs à durée déterminée. Donc, il ne s'agit pas d'un contrat reconduit⁴⁸. « *L'existence de plusieurs contrats successifs à durée déterminée ne change pas la nature des relations contractuelles des parties qui ne deviennent pas régies par un contrat unique à durée indéterminée* »⁴⁹. Une distinction se pose entre la continuation du contrat et le seul maintien des relations uniquement pour terminer les affaires en cours comme le cas du mandataire qui continue les affaires en cours après l'échéance du terme. Dans cette dernière hypothèse, le contrat ne peut pas être considéré comme tacitement reconduit.

En revanche, les contractants peuvent continuer l'exécution du contrat malgré l'échéance du terme. Le droit français régleme cette continuation de l'exécution du contrat à l'échéance, dans plusieurs articles. Ainsi, l'article 1738 du Code civil dispose que « *si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit* ». Quant à l'article L. 134-11 du Code de commerce

⁴⁶ Cass. com. 6 mai 2002, N° de pourvoi: 00-12892 : « *Mais attendu, en premier lieu, que c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, des termes ambigus de la clause invoquée que la cour d'appel a décidé que les parties avaient entendu exclure toute reconduction tacite de leur accord ;* ».

⁴⁷ Com. 3 mai 1979, *Bull. civ.* IV, n° 140.

⁴⁸ Com. 2 mars 1994, *JCP E.1.1994*, n° 382.

⁴⁹ Com. 22 janvier 1980, *Bull. civ.* IV, n° 36, *D.* 80.IR.247.

concernant les agents commerciaux, il dispose qu'« *un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée* »⁵⁰. Des auteurs considèrent que le nouveau bail est à durée indéterminée ; ce qui est confirmé par la jurisprudence⁵¹. Cette dernière a d'ailleurs étendu cette solution à d'autres contrats⁵². La chambre commerciale a considéré que cette solution peut être appliquée en cas de mandats commerciaux⁵³. Quant aux contrats relatifs à l'opération de publicité, la Cour de cassation a considéré qu'un nouveau contrat à durée indéterminée peut remplacer un contrat primitif conclu à durée déterminée⁵⁴. Cependant, la Cour de cassation a considéré, le 12 février 1985, que « *les stipulations du bail expiré ne peuvent influencer sur la durée du bail renouvelé par tacite reconduction, qui prend fin au terme fixé par l'usage des lieux* »⁵⁵.

⁵⁰ Une solution semblable est édictée par le législateur pour ce qui concerne la poursuite des relations contractuelles après l'échéance du terme d'un contrat de travail à durée déterminée. Celui-ci devient alors à durée indéterminée (v. article L. 1243-11 du Code du travail : contrats devenus de durée indéterminée en raison de la poursuite de la relation contractuelle au-delà du terme de chacun des contrats).

⁵¹ Civ. 31 mars 1924, S.1924, 295, *Gaz. Pal.* 1924.2.15 ; Guillaume-Henri CAMERLYNCK, *op. cit.*, n° 275 ; Guy Poulain, *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée*, Paris, LGDJ, 1971, n° 99 et s. ; Soc. 6 novembre 1969, *Bull. civ.* V, n° 586, p. 491.

⁵² Com. 18 février 1992, *JCP* 92.IV.1161, *JCP* 92.I.3591 : (« *Ayant relevé qu'un contrat de vente de carburant intervenu entre un distributeur et l'exploitant d'une station-service conclu pour une durée déterminée, était arrivé à son terme ... et que, postérieurement à cette date, le contrat initial s'était poursuivi aux conditions identiques, une cour d'appel a pu, à bon droit, retenir que ledit contrat, devenu à durée indéterminée, pouvait être résilié à tout moment* »). V. également en ce sens, Paris 6 juillet 1992, inédit, cité au *J.-Cl. civil*, Article 1184, n° 23, mise à jour 1994. V. Soc. 15 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 86 : contrats saisonniers devenus de durée indéterminée en raison de la poursuite de la relation contractuelle au-delà du terme de chacun des contrats.

⁵³ Com. 16 février 1970, *Bull. civ.* IV, n° 58, p. 55 ; Paris 13 février 1964, *Gaz. Pal.* 1964.1.333, S. 1964.285, *RTD civ.* 1964.579, obs. CORNU, *RTD com.* 1964.608, obs. HÉMARD.

⁵⁴ Com. 14 octobre 1969, *Bull. civ.* IV, n° 292, p. 277.

⁵⁵ Civ. 3, 12 février 1985, *Bull. civ.* III, n° 26.

16. **Continuation de l'exécution du contrat, déjà reconduit par une clause de tacite reconduction, malgré l'échéance du terme.** - Parfois, le contrat comprend une clause de tacite reconduction pour renouveler le contrat pour une même durée. Après l'échéance du terme du « *nouveau* » contrat c'est-à-dire le deuxième contrat, il arrive que les contractants renouvellent, de nouveau, le contrat tacitement. Le problème de la durée du contrat se pose donc.

La jurisprudence estime que « *le contrat (qui) n'était renouvelable que pour une seule période, est devenu en se poursuivant par la suite à durée indéterminée* »⁵⁶.

17. **La durée du contrat consacrant la continuation des rapports de la relation contractuelle.** - Le contrat peut être également considéré comme conclu pour une durée indéterminée lorsqu'il consacre la continuation des rapports de la relation contractuelle, mais sous une nouvelle qualification. Il en va ainsi par exemple, pour le contrat de perfectionnement qui fait immédiatement suite au contrat d'apprentissage⁵⁷, ou du contrat de travail à l'essai, suivi d'un contrat de travail⁵⁸. Le contrat renouvelé est considéré conclu pour une durée indéterminée. En revanche, si les parties n'ont pas l'intention de renouveler le contrat, celui-ci ne peut pas être renouvelé⁵⁹. Si elles ont l'intention de renouveler le contrat mais pour une durée déterminée, le contrat sera donc renouvelé pour une durée déterminée⁶⁰.

Les solutions retenues en cas de tacite reconduction sont logiques. Le nouveau contrat est considéré à durée indéterminée, à moins que les parties n'aient voulu autre chose. La solution admise lorsque la tacite reconduction

⁵⁶ Soc. 17 juin 1964, *JCP* 1964.2.13798.

⁵⁷ Soc. 6 mars 1968, *Bull. civ.* IV, n° 137, p. 111.

⁵⁸ Soc. 29 janvier 1969, *Bull. civ.* V, n° 54, p. 44.

⁵⁹ Soc. 24 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 252, p. 211 ; Com. 16 février 1970, *Bull. civ.* IV, n° 79, p. 59 ; V. Soc. 8 janvier 1965, *Bull. civ.* IV, n° 16, p. 12, pour un contrat de travail.

⁶⁰ Com. 21 octobre 1968, *Bull. civ.* IV, n° 278, p. 247.

En ce qui concerne le contrat saisonnier: V. Soc. 24 juin 1970, *Bull. civ.* V, n° 435, p. 354 ; V. les décisions citées par Guy POULAIN, *op. cit.*, n° 103.

résulte d'une clause contractuelle semble beaucoup moins fondée juridiquement.

2. La tacite reconduction résultant d'une clause contractuelle

18. La clause de tacite reconduction⁶¹ n'a pas pour effet de prolonger le contrat qui a été conclu entre les parties, mais de permettre la conclusion d'une convention nouvelle⁶². Cette nouvelle convention est conclue dans les mêmes conditions contractuelles⁶³ que l'ancien contrat. Toute demande de l'une des parties de modifier les conditions du contrat primitif fait obstacle au jeu de la tacite reconduction.

Une partie peut manifester son intention de ne pas reconduire le contrat :

- Soit expressément en s'opposant à la reconduction tacite⁶⁴.
- Soit implicitement, en demandant qu'une des conditions initialement prévues dans le contrat primitif soit modifiée.

La clause, dans l'un des cas précédents, ne pourra, en principe, jouer⁶⁵.

19. **Durée du contrat reconduit.** - Lorsque la clause qui prévoit la tacite reconduction, ne précise pas la durée du contrat reconduit, celle-ci est considérée comme indéterminée⁶⁶, à moins que la loi n'en décide autrement.

⁶¹ Voir par exemple, article 1738, 1759 et 1775 du Code civil.

⁶² Cass. com., 13 mars 1990, *Bull.* IV, n° 77, p. 52.

⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 1973, *Bull. civ.* III, n° 57.

⁶⁴ Cass. civ. 15 février 2012, N° de pourvoi: 10-20323 : « alors qu'un congé, délivré avant le terme d'un contrat à durée déterminée, fait définitivement obstacle à la reconduction tacite de la convention ». Cass. civ. 1^{re}, 20 février 1996, *Bull. civ.* I, n° 87, *JCP* 1996, 1, 3958, obs. BILLIAU : La reconduction tacite est exclue dans le cas où le maintien en possession du preneur est contredit par l'expression de sa volonté.

⁶⁵ Corinne DAVER, Gérard MÉMETEAU, Droit des contrats en exercice libéral, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 438.

⁶⁶ Com. 17 novembre 1964, *Bull. civ.* III, n° 507, p. 450 ; Soc. 19 juin 1968, *Bull. civ.* V, n° 307, p. 250.

Pour le contraire, v. Civ. 23 janvier 1917, *S.* 15 /19.1.198 : « Un contrat par lequel un employé est engagé à la quinzaine avec tacite reconduction et obligation pour chacune des parties, au

Le problème se pose lorsque la période du renouvellement est précisée dans la convention.

Lorsque le contrat précise à la fois la durée et le nombre de périodes de renouvellement, le contrat reconduit est considéré comme à durée déterminée⁶⁷. La Cour de cassation a statué dans ce sens, le **28 novembre 2012**⁶⁸.

En revanche, lorsque le contrat prévoit la reconduction du **contrat de travail**⁶⁹ par périodes de durée déterminée sans préciser le nombre de ces périodes, plusieurs solutions se sont succédées.

La jurisprudence française a tout d'abord considéré que ce contrat est à durée indéterminée⁷⁰. Ensuite, un revirement jurisprudentiel a eu lieu en 1957. La Cour de cassation a admis que la nature de ce contrat n'était pas modifiée. « *Le défaut de clause limitant le nombre des prorogations successives n'a pas pour effet de réduire la durée convenue de chacune de celles-ci, mais seulement de soumettre la résiliation du*

cas où l'une d'elles voudrait donner congé à l'autre, de la prévenir à la fin d'une période de quinzaine pour la fin de la période suivante, constitue un contrat à durée déterminée ».

La jurisprudence est constante : Cass. com., 18 février 1992, *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. 170 ; Cass. com., 5 février 1979, *D.* 1979, IR, 186.

⁶⁷ Guillaume-Henri CAMERLYNCK, *op. cit.*, n° 257-a, et la jurisprudence citée ; Paul DURAND et André VITU, *Traité de droit du travail*, tome 2, Dalloz, 1947-1950, n° 174-2 ; Soc. 9 juillet 1969, *Bull. civ.* V, n° 478, p. 400 ; rappor. Soc. 19 mars 1969, *JCP* 1969.4.116.

⁶⁸ Cass. civ. 3, 28 novembre 2012, N° de pourvoi : 11-25529 : « *Qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que le contrat stipulait que le renouvellement par tacite reconduction se ferait aux conditions antérieures pour une durée égale à celle du contrat initial, supérieure à la durée minimale légale, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ; ».*

⁶⁹ Une partie de la doctrine est favorable à cette extension aux agents commerciaux de la solution élaborée en cas du contrat de travail (CATONI, *La rupture du contrat d'agent commercial*, *S.* 1970, n° 149).

⁷⁰ Civ. 31 mars 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.15 ; Paul DURAND et André VITU, *op. cit.*, tome 2, n° 174-2° ; Guillaume-Henri CAMERLYNCK, *op. cit.*, n° 275-b ; André BRUN, *La jurisprudence en droit du travail*, *S.* 1967, p. 278 ; Guy POULAIN, *op. cit.*, n° 111 et s.

contrat à l'observation du délai de préavis »⁷¹. Cependant, la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 5 mai 1964 que l'absence de fixation du nombre de renouvellement du contrat de bail à durée déterminée, entraîne sa disqualification en un contrat conclu sans limitation de durée⁷².

La jurisprudence belge a présenté trois solutions : la première solution considère que les contrats renouvelables périodiquement par tacite reconduction seraient à durée déterminée⁷³. La deuxième considère que ces contrats seront à durée déterminée pendant la première période et à durée indéterminée dans la suite⁷⁴. Une troisième solution considère que ce contrat est conclu pour une durée indéterminée dès la première période de renouvellement⁷⁵.

Le législateur belge a mis fin à la controverse en décidant que, dans l'article 3 bis de la loi du 13 avril 1971, la convention est à durée déterminée pendant les deux premières reconductions tacites, et qu'elle est ensuite à durée indéterminée.

⁷¹ Soc. 7 mars 1957, *Bull. civ.* IV, n° 266, p. 189 ; 4 juin 1957, *Dr. soc.* 1957.557 ; Guillaume-Henri CAMERLYNCK, *op. cit.*, n° 275 ; André BRUN, *op. cit.*, p. 276 et s. ; Guy POULAIN, *op. cit.*, n° 114 et s.

⁷² Com. 5 mai 1964, *D.* 1964, somm. 109.

⁷³ Brux., 11 déc. 1964, *J. T.* 1965, 281 ; Comm. Liège, 29 oct. 1966, *J. T.* 1967, 154 (Ces arrêts sont prévus dans Georges BRICMONT, *La résiliation unilatérale des concessions de vente, Maison Ferdinand Larcier*, 1972, p. 52).

⁷⁴ Brux., 18 janvier 1969, inédit, en cause Dehan / Frratelli ; Brux., 13 avril 1970, *J. T.* 1970, 342 ; Comm. Brux., 4 juin 1971, *J.T.* 1971, 595 (Ces arrêts sont prévus dans Georges BRICMONT, *op. cit.*, p. 53).

⁷⁵ Comm. Brux., 14 mars 1956, *J.C. Br.* 1957, 133 ; Comm. Brux., 29 mars 1956, *J.C. Br.* 1957, 148 ; Civ. Nivelles, siégeant consulairement 10 février 1965, inédit, en cause Garage des Galeries c/Fiat ; Comm. Brux., 22 juin 1965, *J. T.*, 1966, 44 ; Comm. Louvain, 5 avril 1966, *jur. Comm. Belg.* 1969, I, 286 (ces arrêts sont prévus dans Georges BRICMONT, *op. cit.*, p. 53).

Conclusion

20. En principe, le contrat à durée déterminée est celui qui comporte un terme et le contrat à durée indéterminée est un contrat à exécution successive qui n'en comporte pas. Cependant, parfois un contrat est qualifié par le juge comme à durée indéterminée malgré l'existence de terme. Dans d'autres cas, un contrat est qualifié par lui comme à durée déterminée malgré l'absence de terme. Donc le terme ne constitue pas une ligne de partage entre les contrats à durée déterminée et ceux à durée indéterminée.

Or, il est nécessaire de préciser la nature du contrat pour plusieurs raisons. L'une de ces raisons est que le régime qui régit la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée est différent de celui de la rupture des contrats à durée déterminée. Dans le cas du contrat à durée indéterminée, chaque partie a le droit de résilier unilatéralement le contrat, ce qui n'est pas le cas s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée.

D'après cette étude, nous considérons que :

- l'idée de la perpétuité du contrat est interdite même si elle est acceptée par quelques lois étrangères.
- un contrat qui comporte un terme n'est pas toujours un contrat à durée déterminée.
- un contrat qui ne comporte pas un terme n'est pas toujours un contrat à durée indéterminée.
- si le contrat ne prévoit pas un terme, cela pose une présomption d'indétermination de la durée du contrat. Cependant, cette présomption connaît des limites.
- je propose de fixer un terme au-delà duquel le contrat est considéré conclu à durée indéterminée, ou de réduire judiciairement le terme

lointain du contrat si cela est indiqué par un texte législatif ou la volonté des parties.

- en cas de continuation de l'exécution du contrat malgré l'échéance du terme, ce contrat devra être considéré comme conclu pour une durée indéterminée sauf si on déduit de la loi ou de la volonté des parties le contraire.

Bibliographie

- 1- JACQUES AZEMA, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969.
- 2- MARTINE BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Economica, 1988.
- 3- GEORGES BRICMONT, *La résiliation unilatérale des concessions de vente*, Maison Ferdinand Larcier, 1972.
- 4- ANDRÉ BRUN, *La jurisprudence en droit du travail*, S. 1967, p. 278.
- 5- GUILLAUME-HENRI CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, Dalloz, 2^e éd., 1988.
- 6- CORINNE DAVER, GÉRARD MÉMETEAU, Droit des contrats en exercice libéral, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 438.
- 7- PAUL DURAND et ANDRÉ VITU, *Traité de droit du travail*, tome 2, Dalloz, 1947-1950.
- 8- MAURICE-ANDRÉ FLAMME et JACQUES LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles : E. Bruylant, 1966.
- 9- JEAN HEMARD, FRANÇOIS TERRE, PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, tome 1.
- 10- REMY LIBCHABER, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, *Rev. sociétés*, 1995, n° 6.
- 11- PHILIPPE MALAURIE et LAURENT AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 6^e éd., 1994-1995, n° 136.
- 12- CHRISTIAN MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec 1979, n° 266, note 130.
- 13- ISABELLE PETEL-TEYSSIE, Louage d'ouvrage et d'industrie. Prohibition de l'engagement perpétuel, *J.-Cl. civil*, 1991, article 1780, fasc. B, n° 44.

- 14-MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 11, *Contrats civils*, 2^e partie, 2^e éd., 1954, LGDJ.
- 15-GUY POULAIN, *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée*, Paris, LGDJ, 1971.
- 16-FABRICE RIZZO, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, *Dr. et patr.*, janvier 2000, p. 60 et s.
- 17-PHILIPPE SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1968, n° 199 et s.
- 18-MARIE-EVE TIAN-PANCRAZI, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 148 et s.
- 19-DANIEL VEAUX, Obligations à terme, *J.-Cl. civil*, article 1185 à 1188, fasc. 50, n° 138.

