

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمسة

جامعة المرقب

العدد الثاني لسنة 2018م.

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية بينغازي . ليبيا

هاتف:

9090509 - 9096379 - 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة:

- الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:
1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
 2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
 3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic) . وللهاوامش (12) وبين السطور (1).
 4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبجسم خط (16) Bold.
 - العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبجسم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
 5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
 6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز أسمائها بالخط العربي .
 7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
 8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
 9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
 10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس » : ج 1، ص 12 ، رقم 1.

12. تحرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: قال الله تعالى: ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّيْنَاهُمْ مَقَالَهُمْ وَالشَّرِيفُونَ الَّذِينَ كَانُوا عَلَىٰ قُلُوبِهِمُ عُمْرَةَ اللَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [البقرة: 142].

13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش أسبب واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.

14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالآتي:

ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ / 1992 م.

15. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.

16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.

iaelfared@elmergib.edu.ly

17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.

18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.

19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام .

20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصرايعي

د. أحمد عثمان احميد

اللجنة الاستشارية:

أ. د. محمد عبدالسلام ايشيش. أ. د. محمد رمضان بامر.

أ. د. سالم محمد مرشان. أ. د. عمس رمضان العييد.

د. احمد على أبوسطاش. د. على أحمد اشكورفو.

د. عبد الحفيظ ديكنا.

فهرس الموضوعات

- 6 كلمة رئيس التحرير
تطور الفقه الإسلامي وتأثيره على القوانين الغربية المعاصرة
- 7 د. فوزي سالم صالح أوليطي
شهادة غير المسلمين أمام قضاء المسلمين
- 27 أ. عمر عبد السلام عمر الصغير
الحجز الإداري في القانون الليبي
- 40 د. العارف صالح عبدالدائم
الطبيعة القانونية للأجنة خارج الجسم
- 52 د. عبد الله عبد السلام عربي
إمكانية اصلاح حق الفيتو
- 82 د. علي عبد المعطي الحمدان
ماهية العلاقة القانونية بين المصرف الإسلامي والعميل في عقد التمويل بالمشاركة وفقا
للقانون الإماراتي
- 99 ميثم محمد تقي
استمرار ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها لتفسير الحكم أو تصحيحه أو
استكمالها
- 121 ميثاء عباس علي الحوسني
تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري
- 173 خلود عبد الله علي محمد النقي
دور التحكيم المؤسسي في تسوية المنازعات المصرفية
- 206 منصور درويش أحمد محمد الشيزاوي
دور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود
- 226 عائشة سيف علي المسلماني النقي
عائشة سيف علي المسلماني النقي

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إنه ليسرني أن اقدم إليكم هذا العدد من مجلتكم مجلة العلوم الشرعية والقانونية بعد جهد وعناء مزوجين بالإخلاص والوفاء من السادة الباحث والمراجعين والعاملين على الجمع والتنسيق والإخراج لتكون مجلتكم على أحسن صورة وأبهى حلة تليق بالمقام .

ونتمنى للجميع التوفيق والسداد .

تطور الفقه الإسلامي وتأثيره

على القوانين الغربية المعاصرة

إعداد الدكتور: فوزي سالم صالح أوليطي.

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة المرقب

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، اللهم علمنا ما ينفعنا وأنفعنا بما علمتنا وفقهنا في الدين.

أما بعد:

فإن قيمة أي بحث مرتبط بمهدف موضوعه، وهدف هذا البحث هو إبراز الدور الكبير للفقه الإسلامي في إثراء الفقه القانوني والتشريعي على المستوى العالمي، وإزالة الغبار عن بعض الوقائع المطموسة، أو التي أخفت عمداً أو سهواً في كثير من الكتب والأبحاث التي اعتنت بدراسة تاريخ الأنظمة القانونية في العالم، الأمر الذي انعكس على تفكير كثير من أبناء الإسلام، وخاصة ممن درسوا في بعض الدول الأوروبية، حتى أصبح عندهم اعتقاد شبه كامل أن هذه الدول هي مصدر الحضارة والرقى والتطور الإنساني، وأن التمسك بأحكام الشريعة وتراثنا الفقهي الإسلامي تخلف ورجعية، بل تهادى بعضهم بالقول إن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني باعتباره أسبق منه في الوجود، وقد كان قائماً في كثير من البلدان التي انتشر فيها الدين الإسلامي، وزاد بعضهم في الغلو إلى القول باستمداد أحكام الشريعة الإسلامية من القانون الروماني.

وهذا البحث يهدف إلى بيان هذا الزيف والتحريف للحقائق، من خلال بيان مراحل نشأة وتطور الفقه الإسلامي عبر العصور المختلفة، ثم بيان مدى تأثيره في الفكر القانوني المعاصر ومدى استفادة الفكر الغربي مما تزخر به المكتبة الإسلامية من فكر راقٍ وفقهاء عظام ساهموا ولا يزالون يساهمون في ترقية الفكر القانوني العالمي.

ويتكون هذا البحث من مبحثين:

المبحث الأول: نشأة الفقه الإسلامي ومراحل تطوره، وفيه مطالبان.

المطلب الأول: المقصود بالفقه الإسلامي وأقسامه ومصادره.

المطلب الثاني: مراحل نشأة وتطور الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أثر الفقه الإسلامي في التشريعات الغربية، وفيه مطلبان.

المطلب الأول: الأسباب التاريخية لتأثير الفقه الإسلامي في الغرب خصوصاً والعالم عموماً.

المطلب الثاني: بعض أوجه التشابه بين التشريعين، ومدى إمكانية الاعتماد على ذلك في إثبات

العلاقة بينهما.

المبحث الأول

نشأة الفقه الإسلامي وتطوره

هذا المبحث سأخصصه لبسط فكرة سريعة عن المقصود بالفقه الإسلامي، وأقسامه، ومصادره، في

مطلب أول، ثم مراحل نشأته وتطوره في عصوره المختلفة من زمن التشريع زمن الرسول - ﷺ - إلى وقتنا

الحاضر في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

المقصود بالفقه الإسلامي وأقسامه ومصادره

أولاً: المقصود بالفقه الإسلامي:

الفقه لغة: هو العلم بالشيء، والفهم له⁽¹⁾.

أما في الاصطلاح: فهو العلم بالأحكام الشرعية العلمية المكتسبة من أدلتها التفصيلية⁽²⁾.

والمراد بالعلم هنا هو الفهم للفروع والمسائل وضبطها، وضبط أهمها، ومعرفة ترجيح الأقوال،

والروايات، والكتب، وما عليه العمل، وما يؤخذ وما يترك، ومعرفة أصول الفتيا، ومطابن أجوبة الوقعات

والنوازل⁽³⁾.

ثانياً: أقسام الفقه:

تنقسم الأحكام الفقهية إلى أقسام عدة منها:

1- الأحكام المتعلقة بعلاقة الإنسان بربه، وتسمى العبادات.

2- الأحكام المتعلقة بالأسرة، وتسمى الأحوال الشخصية.

(1) لسان العرب، مُجَّد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى، (مادة فقه) ج13

ص522.

(2) أصول الفقه، مُجَّد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ص6، والمنهاج الواضح في أصول الفقه، عبد المجيد الذبياني، مطبوعات

جامعة قاريونس، الطبعة الأولى 1995م، ص27.

(3) تاريخ الفقه الإسلامي، مُجَّد عبد اللطيف الرفور، دار ابن كثير، الطبعة الأولى 1416هـ، 1995م، ص9.

3- الأحكام المتعلقة بأفعال الناس، وتعاملهم بعضهم مع بعض في الأموال، والحقوق، وتسمى المعاملات.

4- الأحكام المتعلقة بسلطات الحاكم على الرعية، والحقوق المتقابلة بينهم، وتسمى الأحكام السلطانية، أو أحكام السياسة الشرعية.

5- الأحكام المتعلقة بعقاب المجرمين، وضبط النظام بين الناس، وتسمى العقوبات.

6- الأحكام التي تنظم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى، وتؤلف نظام السلم والحرب، وتسمى السير، ومنها كتاب السير الكبير والصغير لمحمد بن الحسن الشيباني.

7- الأحكام المتعلقة بالمرؤة، والمحاسن والمساوئ، وتسمى الآداب.

8- الأحكام المتعلقة بحماية الحقوق، وفض المنازعات، وتسمى القضاء.

9- الأحكام المتعلقة بالحلال والحرام من أفعال العباد، وتسمى الحظر والإباحة⁽¹⁾.

ثالثاً: مصادر الفقه:

مصادر الفقه الإسلامي قسمان: أصلية متفق عليها، واجتهادية مختلف فيها.

فمن الأولى القرآن والسنة والإجماع كمصادر نقلية، والقياس كمصدر اجتهادي.

ومن الثانية: الاستصحاب، والمصالح المرسله، وسد الذرائع، وشرع ما قبلنا .. الخ⁽²⁾.

رابعاً: موضوع علم الفقه:

موضوع علم الفقه يتكون من جزئين:

أحدهما: العلم بالأحكام الشرعية العملية فالأحكام العلمية الاعتقادية كالإيمان بالله واليوم الآخر لا يدخل في مضمون كلمة الفقه الاصطلاحي.

والجزء الثاني من موضوع علم الفقه: العلم بالأدلة التفصيلية لكل قضية من القضايا من الكتاب والسنة والإجماع وأقوال الصحابة وغير ذلك.

خامساً: مقاصد علم الفقه:

المقصود من العلم بأحكام الشريعة: هو جلب المصالح للناس، ودرء المفاسد عنهم، وذلك بتحقيق

خير الناس في الدنيا والآخرة أفراداً وجماعات، وتنظيم العلاقات فيما بينهم في نواحي الحياة المختلفة، أو بينهم وبين خالقهم سبحانه وتعالى.

(1) تاريخ الفقه الإسلامي، للفرفور ص10.

(2) الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1419 هـ، 1999 م، ص733.

فأحكام الشريعة كلها شرعت لحكم بالغة، ومقاصد سامية، وإن لم ينص الشارع على بعضها فلوضوحها لرجال الاجتهاد وعلماء الفقه، ولا يلزم من بناء الشارع مقاصد الأحكام على المصالح والحكم معرفتها، فقد تحفى علينا كما في الأمور التعبدية، لكننا نقطع بحكمته في كل حكم ضرورة كونه حكيماً، ولأن الشرع منزه عن العيب⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مراحل نشأة وتطور الفقه الإسلامي

لقد كان المسلمون يتلقون الأحكام الشرعية في حياة النبي - ﷺ - منه مباشرة، وذلك بما ينزل عليه من القرآن الكريم والسنة، وكان المسلمون إذا عرض لهم أمر يقتضي بيان الحكم رجعوا إلى النبي - ﷺ - فيفتيهم تارة بالآية أو الآيات ينزل عليه الوحي بها من عند الله - سبحانه وتعالى -، قال تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ...﴾⁽²⁾، وقال تعالى: ﴿يَمَسُّوْنَاكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ﴾⁽³⁾، وتارة بالحديث⁽⁴⁾، وأحياناً يُبين الحكم بعمله، أو يعمل البعض منهم عملاً فيقرهم عليه إن كان صواباً⁽⁵⁾.

وكان النبي - ﷺ - يبعث من أصحابه من يعلم المسلمين الجدد أحكام عباداتهم ويفتيهم، فقد بعث معاذاً - رضي الله عنه - إلى اليمن⁽⁶⁾، وكان عليه الصلاة والسلام يفسح لهم المجال للاجتهاد في فهم النصوص الشرعية؛ فرما أقرهم وربما صوّبهم⁽⁷⁾.

(1) تاريخ الفقه الإسلامي، الفرور ص10.

(2) سورة النساء: الآية 176.

(3) سورة البقرة: الآية 217.

(4) وذلك كما في حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: "بينما نحن جلوس عند النبي - ﷺ - إذ جاءه رجل فقال: يا رسول الله هلكت، قال: مالك، قال: وقعت على امرأتي وأنا صائم،..." أخرجه البخاري، كتاب الصيام، باب إذا جامع في رمضان، ج2 ص41، حديث رقم (1936).

(5) الوجيز في أصول الفقه، الزحيلي ص17.

(6) صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المطبعة السلفية بالقاهرة، الطبعة الأولى 1400هـ، كتاب

الزكاة، باب وجوب الزكاة، ج1 ص430، حديث رقم 1395.

(7) عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني - رضي الله عنهما - قالوا: "جاء أعرابي فقال: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله، فقام خصمه فقال: صدق، اقض بيننا بكتاب الله، فقال الأعرابي: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزني بامرأته، فقالوا لي على ابنك الرحم، ففديت ابني منه بمائة من الغنم ووليدة، ثم سألت أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام، فقال النبي - ﷺ - : لأقضين بينكما بكتاب الله، أما الوليدة والغنم فرد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب

وبالجملة فقد أحكمت قواعد هذه الشريعة، وأقيمت أسسها، وكملت أصولها، في زمن النبي - ﷺ - يشهد لذلك قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ (1).

وبعد وفاته عليه الصلاة والسلام اقتدى الخلفاء الراشدين بهديه، فكان أبو بكر - ﷺ - يقضي بينهم ويفتيهم بما وجدته في القرآن الكريم والسنة النبوية، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين فقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله - ﷺ - قضى في ذلك بقضاء؟، فرمما اجتمع إليه نفر كلهم يذكر من رسول الله فيه قضاء، فيقول أبو بكر: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ على نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة من رسول الله - ﷺ - جمع رؤوس الناس وخيارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به (2).

وهكذا فعل عمر - ﷺ - من بعده (3).

ثم إن الصحابة - ﷺ - تفرقوا في الأمصار معلمين ومجاهدين بعد أن اتسعت رقعة البلاد الإسلامية، وكان كل منهم يُفتي بما بلغه من القرآن الكريم أو السنة النبوية، أو يعمل برأي كبار الصحابة كأبي بكر وعمر وغيرهم، أو بما أداه إليه اجتهاده.

والمفتون من الصحابة أكثر من المائة، والمكثرون منهم - كما يقول ابن القيم (4) - سبعة، وهم: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبدالله بن مسعود، وعائشة أم المؤمنين، وزيد بن ثابت، وعبدالله بن عباس، وعبدالله بن عمر، ﷺ جميعاً.

وكان عمر - ﷺ - وابنه، وزيد بن ثابت - ﷺ - بالمدينة، وتخرج بهم عدة تلاميذ من أمثال: سالم بن عبد الله بن عمر، ونافع وغيرهما، وانتهى علمهم إلى الفقهاء السبعة، ثم إلى الإمام مالك بن أنس الأصبحي.

=

عام، وأما أنت يا أنيس - لرجل - فاغد على امرأة هذا فارجمها، فغدا عليها أنيس فرجمها". أخرج البخاري، كتاب الشهادات، باب: إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود، ج 2 ص 266. حديث رقم (2695)، ويتضح من هذا الحديث أن الرجل استفتى أهل العلم وافتوه بأنه ليس على ابنه الرجم وإنما الجلد وأقرهم النبي - ﷺ - على ذلك. (1) سورة المائدة: الآية 3.

(2) فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، 1379هـ، ج 13 ص 342.

(3) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي النعالي الجعفري الفاسي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى - 1416هـ - 1995م، ج 1 ص 290.

(4) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى 1423هـ، ج 2 ص 18.

وكان ابن مسعود ثم علي - رضي الله عنهما - بالكوفة، وقد استفاد منهما عدة من التابعين، أمثال: علقمة، والأسود، ومسروق، وشريح القاضي، وصلة بن زفر، وأمم غيرهم، حتى انتهى ذلك إلى الإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت.

وقد انتشر الفقه والعلم في الأمة عن أصحاب ابن مسعود، وأصحاب زيد بن ثابت، وأصحاب عبدالله بن عمر، وأصحاب عبدالله بن عباس، وكان ذلك في الكوفة والمدينة ومكة على التوالي، وكان هؤلاء التابعون يُسْتَفْتَوْنَ وأكابر الصحابة حاضرون يجوزون لهم ذلك.

ثم عن طريق هؤلاء انتشر العلم في الآفاق، ثم دونت الأحاديث، وكثر طلابها المشتغلون بحفظها وكتابتها، وانتشر العلم في الأرض، وكان من حكمة الله -تعالى- أن يُضبط الدين، ويُحفظ بأئمة مجمع على إمامتهم، ودرائتهم، وبلوغهم الغاية القصوى في مرتبة العلم بالأحكام والفتوى، وأظهر الله ذكهم، ونشر في العالمين فضلهم، وأحال عليهم الطلاب متعلمين متفهمين، ودونت آراؤهم، والمشهور من هذه المذاهب اليوم أربعة مذاهب منتشرة وهي: المذهب الحنفي، والمذهب المالكي، والمذهب الشافعي، والمذهب الحنبلي. وهي مذاهب يتفق أصحابها في أكثر الأمور وأهمها من الدين، والخلافات حصلت في فهمهم وما وصل إليهم من الأدلة في بعض الفروع، وكلهم على خير، رحمهم الله تعالى⁽¹⁾.

ثم تطور كل مذهب منها بما يطول ذكره حتى وصل الأمر إلى ما الناس عليه اليوم من وجود كتب لكل مذهب يحوي مسائله وطرائق الاستنباط والاستدلال، ووجد في الأئمة بحمد الله تعالى مجتهدون يستخرجون الأحكام في النوازل، والمسائل العصرية والمستجدة، بما آتاهم الله من الفقه والفهم، مستعملين الاجتهاد، والقياس، وقواعد المصالح الشرعية، وكلام العلماء السابقين، وأصول الفقه الإسلامي⁽²⁾. ومن الجدير بالذكر هنا أن كتب الفقه الإسلامي قد احتوت على كافة فروع القانون بشكله المعاصر، مع اختلاف في التسميات، فنجد فيها أحكام القانون الدولي، أو القانون العام الخارجي، تحت مسمى السير، ومن أهم المؤلفات في ذلك كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، والذي يعده كثير من المعاصرين الأب للقانون الدولي.

وكذلك القانون الدستور الذي يحدد شكل الدولة، ويبين السلطات العامة فيها، ... إلخ والذي بحثه الفقهاء تحت مسمى الإمامة، والخلافة، والبيعة.

(1) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، سعيد مجد الجلدي، الدار العلمية للطباعة، ص 210.

(2) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي ج 1 ص 378. وتاريخ الفقه الإسلامي، عمر بن سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الأولى 1982، ص 33.

أما القانون الإداري والذي هو مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية فقد عرضت لها كتب الفقه بعنوان السياسة الشرعية، أو الأحكام السلطانية، وقد أُلّف فيها كتب مستقلة كالسياسة الشرعية لابن تيمية، والأحكام السلطانية لأبي يعلى، والأحكام السلطانية للماوردي. أما القانون الجنائي فقد تكلم عليه الفقهاء في أبواب خاصة من كتب الفقه تحت عنوان الجنايات والحدود والتعزيرات، وأحكام القصاص والدية، أو باب الدماء. وأما القانون المالي فبالإضافة إلى ما حوته كتب الفقه العامة عند الكلام على الزكاة والعشر والخراج والجزية وغيرها فقد أفرد له بعض الفقهاء كتب خاصة مثل كتاب الخراج لأبي يوسف، والأموال لابن سلام. أما القانون المدني فقد حوت أحكامه أبواب فقه المعاملات، أو البيوع، وقد خصصت أبواب خاصة للقانون التجاري تحت أبواب الشركات، والمضاربة، والتفليس، وغيرها. وأخيراً نجد قانون المرافعات وما يتعلق بالدعوى منذ رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها فقد بحثه الفقهاء في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة، وبينوا فيها كيفية رفع الدعوى، وما يجب فيها، وما يسمع من الدعوى وما لا يسمع⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أثر الفقه الإسلامي في التشريعات الغربية الحديثة

لا يمكن إثبات حقيقة التأثير والتأثر بين أي نظامين قانونيين دون إثبات العلاقة التاريخية بينهما، ثم المقارنة بين هاذين النظامين، وإبراز مدى التوافق بين أحكامهما، ومدى إمكانية تفسير هذا التوافق بأنه نتيجة لأخذ الثاني من سبقه، وهذا ما سأعرض له في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الأسباب التاريخية لتأثير الفقه الإسلامي في الغرب خصوصاً والعالم عموماً.

المطلب الثاني: بعض أوجه التشابه بين التشريعين، ومدى إمكانية الاعتماد على ذلك في إثبات العلاقة بينهما.

المطلب الأول

الأسباب التاريخية لتأثير الفقه الإسلامي في الغرب خصوصاً والعالم عموماً

من المسلم به أن لكل مجتمع، مهما كانت درجته من الفكر والحضارة، حظه من القواعد القانونية التي تجري عليها معاملاته، سواء كانت هذه المعاملات في الجوانب المالية، أو في جانب الأحوال الشخصية،

(1) تاريخ الفقه الإسلامي، للأشقر ص 26.

أو فيما يتعلق بأحكام الجرائم والعقوبات، وفي غيرها من الشؤون العامة والخاصة، فهذه المسائل لا يمكن أن تترك لكل فرد ينظمها وفقاً لرغبته ومشيتته، وإلا أصبح المجتمع فوضوي يتعذر على الإنسان العيش فيه. وهذه القواعد قد تكون في صيغة قوانين مكتوبة، أو أعراف وتقاليد استقر عليها التعامل، وأصبحت تتمتع بقوة الإلزام المعنوي والمادي بين أفراد ذلك المجتمع⁽¹⁾.

أولاً: الفتوحات الإسلامية في أوروبا وأثرها على الثقافة الأوروبية.

نما لا يخفى على أحد الامتزاج التاريخي الكبير الذي حدث بعد الفتح الإسلامي للأندلس، والذي لم يكن احتلالاً عسكرياً بقدر ما كان حدثاً تاريخياً هاماً امتزجت فيه الحضارة الرومانية الأوروبية مع حضارة جديدة هي الحضارة العربية الإسلامية، ونتج عن هذا المزج والصهر حضارة أندلسية مزدهرة أثرت في الحياة الأوروبية، وتركت آثاراً عميقة مازالت تتراءى مظاهرها بوضوح حتى اليوم. فلم يكف المسلمون يتمون تحرير أسبانيا حتى بدأوا بتطبيق رسالتهم الإنسانية في الحضارة، فاستطاعوا في أقل من قرن أن يجيؤا ميت الأرضين، ويعمرؤا خراب المدن، وقيموأ أفخم المباني، ويوطدوا وثيق الصلات التجارية بالأمم الأخرى، وشرعوا بدراسة العلوم والآداب، حيث امتازت الحضارة الأندلسية بميلها الشديد إلى العناية بالآداب والعلوم والفنون، فأنشأوا المدارس والمكتبات في كل ناحية، وترجموا الكتب المختلفة، وأنشئت الجامعات، وانتشرت العلوم والمخترعات الإسلامية، وأقبل عليها الطلاب من كل مكان، ويسجل لنا التاريخ ذلك من خلال رسالة شهيرة كتبت سنة 854 ميلادية من قبل أسقف قرطبة (ألفارو) يشكو فيها من ولع الشباب المسيحي باللغة العربية والثقافة الإسلامية يقول فيها: "إن الشباب المسيحي الذين يمتازون بمواهبهم الفائقة أصبحوا لا يعرفون علماً ولا أدباً ولا لغةً إلا اللغة العربية، ذلك أنهم يقبلون على كتب اللغة العربية في نهم وشغف، ويجمعون منها مكتبات تكلفهم الأموال الطائلة، في الوقت الذي يحتفرون الكتب المسيحية وينذونها،... نسي المسيحيون حتى لغتهم، ولن تجد بين الألف منهم واحداً يستطيع كتابة خطاب باللغة اللاتينية"⁽²⁾.

(1) أصول الفقه، للزحيلي ص9.

(2) دراسات في تاريخ الحضارة الإسلامية، حسن حلاق ص275 نقلا عن أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، بن خدة حمزة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2016، 2017م، (غير منشورة)، ص13.

وكان ممن له دور كبير في نقل العلوم العربية إلى أوروبا وعلى رأسها الفقه المالكي⁽¹⁾ البابا (سلفستر الثاني جبريت) الفرنسي الأصل، والذي تتلمذ في المدارس العربية الإسلامية بقرطبة⁽²⁾، ثم جامعة القرويين⁽³⁾ بفاس، ونقل منها العديد من العلوم في الحساب والفلك والهندسة وغيرها من العلوم، ومن بينها الأنظمة القانونية السائدة في ذلك الزمان وفقاً للمذهب المالكي، فكان ذلك من أهم المقدمات الرئيسية لنشوء التشريعات الأوروبية الغربية الحديثة.

كما كان للفتح الإسلامي للقسنطينية عاصمة الدولة البيزنطية على يد العثمانيين، والانتشار الكبير للإسلام في مختلف أصقاع الأرض، وشيوع التجارة بين دول أوروبا النصرانية والتجار المسلمين، أثراً كبيراً في ذبوع أحكام معاملات التجارة الإسلامية، وانتشارها، وتعرف الناس عليها، واضطرارهم للتعامل بها في ضوء سلطان الدولة القوية المسلمة التي تتخذ من هذا التشريع دستوراً عاماً في معاملاتها.

ثانياً: التطور التاريخي للتشريعات الأوروبية وعلاقته بالفقه الإسلامي.

القوانين أو القواعد القانونية ليست مجرد وقائع نشأت من باب الصدفة في حياة الشعوب أو الأمم، بل هي انعكاس لظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية ودينية وفكرية معينة وفي ظل زمان ومكان معينين، وبالتالي فإن معرفة أصول أي قانون يتطلب بالضرورة الاطلاع على العوامل التي ساهمت في وجوده وتطوره.

ومن هنا نجد أن المجتمعات القديمة قد عرفت نوعاً من التنظيمات القانونية والأعراف التي قامت عليها العلاقات فيما بين أفرادها، أو فيما بينهم وبين غيرهم من الشعوب الأخرى، أغلبها لم يكن مدوناً، ومنها ما دُوِّنَ مثل قانون مانو الهندي 2000ق.م، وقانون بوخوريس 740 ق.م، وقانون حمورابي 1728ق.م، والقانون الروماني 450ق.م، والذي تطور عبر مراحل متعددة، أثر فيها وتأثر بكثير من

(1) دخل الفقه المالكي إلى الأندلس على يد عبد الرحمن القرطبي الملقب بـ (شبطون) في فترة حكم هشام بن عبد الملك سنة 171هـ بعد أن كان سائداً فيها مذهب الإمام الأوزاعي. ينظر: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، سيد عبد الله حسين، دار السلام، الطبعة الأولى 1421هـ، 2001م، ج 1 ص 50.

(2) ماذا قدم المسلمون للعالم، راغب السرجاني، مؤسسة اقرأ، الطبعة الثانية 1430هـ، 2009م، ج 1 ص 209. والحضارة العربية في الأندلس وأثرها في أوروبا، توفيق سلطان البوزنيكي، مجلة آداب الرافدين، العدد 13، ص 9-36.

(3) أول جامعة في العالم هي جامعة القرويين والتي شيدت عام 859 ميلادي، وتخرج منها كثير من رموز الدين والعلوم والأدب، وهي أول مؤسسة علمية اخترعت الكراسي العلمية المتخصصة والدرجات العلمية في العالم، من أبرز مواصفات الجامعة مكتبتها التي تضم أنفس وأقدم الكتب في العالم. ينظر: ماذا قدم المسلمون للعالم، راغب السرجاني، ج 1 ص 208.

العوامل التاريخية المحيطة به، إلى أن وصل لاعتباره الأصل أو المصدر لكثير من القوانين الوضعية في البلدان الأوروبية⁽¹⁾.

والقانون الروماني والذي سبق أن بينا بأنه يعتبر عند كثير من فقهاء القانون أصل القوانين الغربية قد مر بمراحل مختلفة تميز كل منها بخصائص معينة، فقد ولد في مجتمع روما الصغير، ثم امتد واتسع نطاقه إلى إيطاليا، ومعظم دول العالم المتمدن في ذلك الحين، وصولاً إلى عصر الإمبراطور جستينان⁽²⁾ سنة 565م، والذي يرجع إليه الفضل في عملية تجميع الفقه الروماني القديم وإصداره على هيئة مجموعة من القوانين عرفت فيما بعد بقانون جستينان، أو مدونة جستينان، مستمداً أحكامه من العرف، وأحكام القضاء، وما صدر ويصدر من تشريعات ملكية⁽³⁾، واستمر العمل بهذا القانون في كثير من دول أوروبا، بالإضافة إلى بعض القوانين الأخرى كالقانون الجرمني والذي كان معمولاً به في شمال فرنسا، وتفرع عنه قانون العوائد الذي كان معمولاً به أيضاً في مديريات الشمال، وكان هناك أيضاً القانون الكنائسي - وهو قانون الكنيسة الكاثوليكية - الذي كون أول مجموعة تشريعية في الزواج وما ينشأ عنه.

هذه القوانين والتشريعات والأعراف جمعت سنة 1804م، وصيغت في شكل قانوني وهو المعروف الآن بـ(كود نابليون)، أو القانون المدني الفرنسي، والذي استمر العمل به إلى الآن، وفرض على كثير من المستعمرات، واستعارته دول أخرى منها مصر⁽⁴⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا الدور الكبير الذي لعبه قانون العوائد (العرف) في صياغة القانون المدني الفرنسي، فهذا القانون هو عبارة عن ما كان الحكم فيه للعادة والعرف، فهو غير مدون ولا مكتوب، وإنما أعراف وعادات تعارف الناس عليها في معاملاتهم وحياتهم، ولا شك لدينا هنا أن للفقه الإسلامي عامة والمالكي خاصة تأثير كبير في تكييف هذه الأعراف وبلورتها، نتيجة الاتصال الكبير الذي حدث أبان خضوع فرنسا وغيرها من الدول الأوروبية للحكم الإسلامي لمدة 800 سنة، مما يعني تجدر الفقه الإسلامي وأصول الأحكام الإسلامية والأعراف الإسلامية في المعاملات العامة والخاصة، وحتى في السياسة والقضاء والتجارة والاقتصاد، وكافة الأمور الحياتية والدينية، يقول المؤرخ أرنولد: "إن كثيرين من المسيحيين قد

(1) تاريخ القانون، منذر الفضل، دار دائراس للطباعة، طبعة 2005، ص53.

(2) إمبرطور روماني تولى الحكم سنة 527 م، ولبث في الحكم 38 سنة إلى أن توفي سنة 565 م. ينظر مدونة جستينان في الفقه الروماني، ترجمة: عبد العزيز فهمي، دار الكتاب المصري، الطبعة الأولى 1946، مقدمة الكتاب.

(3) تاريخ القانون، منذر الفضل ص119.

(4) المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، سيد عبد الله حسين، ج1 ص64.

تسموا بأسماء عربية وقلدوا جيرانهم المسلمين في إقامة بعض النظم الدينية، فاختتن كثير منهم، وساروا وفق رسوم المسلمين في أمور الطعام والشراب"⁽¹⁾.

هذا التأثير استمر حتى بعد جلاء المسلمين عن الأندلس، حيث يذكر بعض المؤرخين أنه بقي في طليطلة أناس يدعون بالإسلام في الباطن بعد أن زال عنها حكم الإسلام بخمسائة عام⁽²⁾. وهذا يؤكد إن أوروبا وأن استطاعت أن تخرج المسلمين من الأندلس، وتقيم محاكم التفتيش، وترتكب أبشع جرائم الإبادة والتطهير العرقي والديني ضدهم، إلا أنها وقفت عاجزة أمام مخلفات هذه الحضارة العظيمة، وهذا الإرث التاريخي العظيم، فما كان منها إلا أن تنطىء الرأس، وتنحني، وتمد يداها لتنهل مما تزخر به هذه الحضارة العربية الإسلامية في شتى مجالات الحياة، ومن ذلك التراث الفقهي الكبير، والنظم التشريعية الدقيقة، وغير ذلك مما تزخر به المكتبات الإسلامية.

المطلب الثاني

بعض أوجه التشابه بين التشريعين،

ومدى إمكانية الاعتماد على ذلك في إثبات العلاقة بينهما

يطول بنا الحديث إذا دخلنا في المقارنات الكثيرة بين التشريع الإسلامي وبين التشريعات الوضعية القديمة والحديثة، والتي تبين مدى التشابه الكبير بين التشريعين، وعلى الرغم من التسليم بأن مجرد التشابه بين عدد محدود من المبادئ بين نظامين تشريعيين لا يستلزم بالضرورة التأثير بينهما، فإن تفسير التشابه بالمصادفة مع قيام العلاقة التاريخية يبدو غير مألوف كذلك.

أولاً: بعض مواضع التشابه بين التشريع الإسلامي وأصل القوانين الغربية (القانون الفرنسي).

نظراً لأن حيز هذا البحث ضيق محدود نكتفي بعرض بعض صور التشابه بين التشريعين. ففي أبواب المعاملات وتحديدات في موضوع العقد كانت العقود القانونية تحتاج إلى ألفاظ خاصة وكتابات محددة وأعمال كثيرة⁽³⁾، حيث كان القانون الروماني يعتبر أن مجرد التعاقد بالإيجاب والقبول لا ينقل الملكية، بل يفيد التزام المتعاقدين كل بما تعهد به، ويبقى المبيع على ذمة صاحبه حتى يعمل أحد أمور ثلاثة: الأول: الإشهاد على التسليم بجلسة علانية مع حضور خمسة شهود. والثاني: الترك: بأن يترك البائع

(1) ماذا قدم المسلمون للعالم، راغب السرجاني، ج2 ص718.

(2) العرب والمسلمون في الأندلس بعد سقوط غرناطة، هنري تشارلز، ترجمة: حسن سعد الكرمي، دار لبنان للطباعة، الطبعة الأولى 1409 هـ 1988 م، ص206.

(3) استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني والرد على شبهة المستشرقين، الدسوقي السيد الدسوقي، مكتبة التوعية الإسلامية، الطبعة الأولى 1989 م، ص62.

الشيء المبيع للمشتري أمام الحاكم في شكل قضية وهمية. والثالث: أن ينقل البائع إلى المشتري شيئاً جسمانياً من المبيع بشروط معينة⁽¹⁾.

لكن القانون الفرنسي لسنة 1804م اكتفى بالإرادة في تحديد الاتفاق فيما يتعلق بكتابة العقد ولزومه بالإيجاب والقبول، حيث ينص البند: 1583 على: "إذا حصل التراضي على الثمن والمثمن، ولو لم يحصل قبض السلعة ولا الثمن، تم البيع بين المتعاقدين، وثبت ملك المبيع لمشتريه دون البائع". وهذا هو المعروف في الفقه الإسلامي وما نجده واضحاً في فقه الإمام مالك بن أنس - رحمه الله -، وعلى غير ما هو معروف في القانون الروماني كما أسلفنا⁽²⁾.

وكذلك فيما يتعلق بتفسير العقود فنجد أن القاعدة الفقهية بأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، والتي عبر عنها الخرخشي بقوله: إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى⁽³⁾ قد نص عليها البند: 1156 من القانون المدني الفرنسي بقوله: "يلزم الوقوف في تفسير العقود على الغرض الأصلي من العقد للمتعاقدين بدون الاختصار على معاني الكلمات الواردة في سند العقد وأخذها على ظاهرها"⁽⁴⁾.

كذلك نجد هذا الاتفاق واضحاً بين التشريعين فيما يتعلق بأحكام الغيبة في الميراث، حيث أخذ القانون الفرنسي بنفس المدة المنصوص عليها في الفقه الإسلامي، بل وبنفس تعريف الغيبة، حيث نص في البند: 115 على أنه: "إذا اختفى إنسان عن موطنه، أو محل إقامته، وانقطع خبره أربع سنين، جاز لمن لهم حق أو مصلحة أن يرفعوا دعواهم إلى محكمة القسم لتحكم عليه بالغياب؛ ويسمى ذلك الغيبة المعتبرة"⁽⁵⁾. والمفقود في الفقه المالكي هو: الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره⁽⁶⁾، ولا امرأة المفقود أن ترفع أمرها إلى القاضي فيؤجل أربع سنين ثم تعدد كالوفاة⁽⁷⁾.

(1) المقارنات التشريعية، سيد حسين ج 1 ص 133.

(2) المقارنات التشريعية، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، محمد حسين مخلوف، دار السلام، الطبعة الأولى 1420هـ، 1999م، ج 2 ص 420 والمقارنات التشريعية، سيد حسين ج 1 ص 133.

(3) شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت، ج 19 ص 248.

(4) تعريب القانون الفرنسي المدني 258/1 المقارنات التشريعية، محمد مخلوف ص 264.

(5) تعريب القانون الفرنسي المدني 31/1 المقارنات التشريعية، محمد مخلوف ص 63.

(6) القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، دار الهدى الجزائر، ص 188.

(7) الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة: الثانية، 1400هـ، 1980م ج 2 ص 567. والقوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، دار الهدى الجزائر، ص 188.

ونص في البند: 718 فيما يتعلق بانتقال الإرث على إنه: "ينتقل الإرث ويثبت بالموت الحقيقي، والموت الحكمي، وهو أن يحكم على الشخص بحكم الأموات فيورث وتسلب عنه وظائف الحياة"⁽¹⁾. وهذا يوافق شروط الإرث في الفقه الإسلامي، ومن أهمها تحقق موت المورث، أو إلحاقه بالموتى حكماً، كما في حكم القاضي بموت المفقود اجتهاداً⁽²⁾.

ونص في البند: 130 على إنه: "يفتح ميراث الغائب من يوم ثبوت موته، ويقسم على ورثته الذين لهم استحقاق ذلك من يوم الموت". وهذا موافق تماماً لم استقر عليه الفقه الإسلامي من أن تقسيم تركة المفقود يكون حين ثبوت موته حقيقة أو حكماً، والمعتبر في ذلك ورثته يوم ثبوت الموت، قال الدسوقي: "المعتبر وارثه يوم الحكم بموته لا وارثه يوم الفقد، ولا وارثه يوم بلوغه مدة التعمير بدون حكم"⁽³⁾.

وكذلك نجد الكثير من صور التوافق في باب الأهلية، ونجد هذا الاتفاق أيضاً في الحجر وأسبابه، ونتائجه، وعدم أهلية المحجور عليه، وانتهاء هذا الحجر وأسبابه.

أما عن التأثير في التشريعات الاقتصادية فنجد كثيراً من الاتفاق في قضايا الشركات، وخاصة فيما يتعلق بأقسام الشركات في القانون الفرنسي، فنجد أنه قد أخذ بنفس التقسيم الذي جري عليه الفقه الإسلامي من تقسيم الشركات إلى شركات أبدان وشركات عنان⁽⁴⁾، وهو ما شهد به الدكتور (أوكطاف بيل) في كتاب له حول الشركة والقسمة في المذهب المالكي، حيث قال: "إن الشركات المالكية شركات تنبني على عقود أمانة، وهو ما يجري به العمل في فرنسا"⁽⁵⁾.

أما في مجال القانون الدولي الإنساني فنعطي مثلاً فيما يتعلق بأحكام الجنسية، والتي عرفها الفقهاء المسلمون ونظموها، فقد نقل النووي عن عبد الله بن المبارك وغيره أن من أقام في بلدة أربع سنين نسب إليها، وقد تحدث المراكشي في إعلامه عن أمد الحصول على هذه الجنسية حسب الفقه الإسلامي⁽⁶⁾. وقد اختارت مدونات قانونية أوروبية وأمريكية نفس المدة لإقرار جنسية الأجنبي المقيم في البلد⁽¹⁾.

(1) تعريب القانون الفرنسي المدني 160/1 المقارنات التشريعية، مُجَّد مخلوف ج 1 ص 188.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ مُجَّد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، ج 4 ص 487.

(3) حاشية الدسوقي ج 2 ص 482. والمقارنات التشريعية، مُجَّد مخلوف ج 1 ص 65.

(4) البند 1835 والبند 1838 من القانون المدني الفرنسي. ينظر: المقارنات التشريعية، مُجَّد مخلوف ج 2 ص 540.

(5) معلمة الفقه المالكي، عبد العزيز بن عبد الله، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1403هـ، 1983م، ص 42.

(6) الأعلام بمن حل مراكش وأغامت من الأعلام: العباس بن إبراهيم المراكشي، دار الغواص، الطبعة الثانية، 1993م، ج 1

هذا بالإضافة إلى بعض القواعد العامة كمبدأ عدم رجعية القوانين، والذي نص عليها القانون الفرنسي في البند: 2 بقوله: "لا يجوز تطبيق أحكام القوانين على الوقائع والحوادث إلا بالنسبة للزمن المستقبل الذي بعد تاريخ إعلانها، ولا تسري على الوقائع المماثلة"⁽²⁾، وهذا المبدأ من القواعد التي نصَّ عليها الفقهاء المسلمون بقولهم: "لا يثبت حكم الخطاب إلا بعد البلاغ"⁽³⁾.

وأما قوله: "ولا تسري على الوقائع المماثلة"، فنجد نفس النص عند الشيخ خليل في مختصر بقوله: "ولم يتَّعَدَّ حكم لمماثل"، قال الدسوقي في شرحه: "أي لجزئية تحدث مماثلة للجزئية التي حكم فيها أولاً، لأن الحكم جزئي لا كلي"⁽⁴⁾.

ثانياً: مدى إمكانية الاعتماد على هذه التشابه في إثبات العلاقة بين التشريعين.

على الرغم مما أوردناه من عوامل تاريخية تؤيد فكرة تأثير الفقه الإسلامي في التشريعات الغربية عامة، والقانون المدني الفرنسي خاصة، وما أثبتناه من أوجه التشابه بين التشريعين؛ إلا أنه هناك العديد من الملاحظات التي يجب أن تؤخذ في الحسبان، لعل من أبرزها سعي كثير من القانونيين إلى تبرير استمداد القوانين في الدول الإسلامية من القوانين الغربية وخاصة القانون الفرنسي بحجة أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية، وأنه يجدر بنا أن لا نجد حرجاً في ذلك، فهذه بضاعتنا ردت إلينا كما يقولون.

وربما هذا ما قد يجده القارئ واضحاً في كتاب المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك لمؤلفه مُجَّد حسين مُجَّد مخلوف العدوي المتوفى سنة 1277هـ، ولعل لقصة تأليف هذا الكتاب ما يؤيد ذلك، حيث تم تأليفه في زمن الخديوي إسماعيل حاكم مصر والذي كان يتعرض لضغوط غربية لإحلال القوانين الغربية محل النظام الإسلامي في البلاد، حيث طلب من رفاعة الطهطاوي القيام بترجمة القوانين الغربية، ومنها قانون نابليون، ثم قام بتكليف الشيخ مُجَّد مخلوف والذي كان يشغل وظيفة قاضي المنيا بإجراء مقارنة بين القانون المدني الفرنسي بترجمة الطهطاوي، وبين المذهب المالكي،

=

(1) الجنسية في قوانين المغرب العربي الكبير، دراسة مقارنة، إبراهيم عبد الباقي، معهد الدراسات والبحوث العربية، 1971م، ص861.

(2) تعريب القانون الفرنسي المدني ج 1/ 3 والمقارنات التشريعية، مُجَّد مخلوف ج 1 ص50.

(3) الفتاوى الكبرى، لتقي الدين ابن تيمية، الطبعة الأولى 1408هـ 1987م، تحقيق: مُجَّد عبد القادر عطا، ومصطفى

عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ج 2 ص19. ونص عليها القراني بقوله: أحكام التكاليف تتفاوت

بحسب التمكن من العلم والقدرة. ينظر: الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القراني، دار الكتب

العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ 1998م، ج 1 ص293.

(4) حاشية الدسوقي، ج 4 ص157.

لبيان أوجه الاتفاق الغالبة، وأوجه الاختلاف المحدودة، وهذا ما أشار إليه مخلوف في مقدمة كتابه المقارنات.

فالقضاء في مصر كان مرجعه التشريع الإسلامي من حيث تشكيله وأحكامه، حتى سنة 1856م حيث أنشأت الحكومة في عهد سعدي باشا محاكم سميت (محاكم قضائية محلية) تختص بالحكم بين الرعايا الأجانب فيما بينهم نتيجة المعاهدات الدولية التي أبرمتها السلطة الحاكمة مع الفرنسيين والانجليز، ثم تولى الحكم بعد ذلك إسماعيل باشا، والمعروف بالخدوي إسماعيل، سنة 1863م والذي سعى إلى تعميم فكرة المحاكم المختلطة على كافة أنحاء البلاد فكانت النواة لإدخال القوانين الغربية في مصر⁽¹⁾.

والملاحظ على عمل الشيخ مخلوف سيطرة اهتمامه على بيان أوجه التشابه بين التشريعين وإغفال أوجه الخلاف بينهما، مما عساه أن يقدم صورة ناقصة عن العلاقة بين هذين النظامين، مما أثار التساؤل عن السبب في إغفاله أوجه الاختلاف.

كذلك نجد العكس من ذلك في كتاب المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، لمؤلفه سيد عبد الله حسين والذي دأب في كتابه هذا على إبراز أوجه التشابه بين التشريعين، محاولاً رد الاعتبار للفقه الإسلامي في ظروف إقصائه عن التطبيق، وتراكم الاتهامات ضده بالجمود والتخلف، وعدم مواكبته للتطور والتقدم، فكانت المقارنات ليس لمجرد إثبات التشابه بين التشريعين فحسب، وإنما ليبرهن على تأثر مفاهيم القانون الفرنسي في هذه النسبة بمبادئ الفقه الإسلامي عموماً، والمالكي خصوصاً، محاولاً بذلك لفت نظر المشرعين إلى عدم الانبهار بنصوص تلك القوانين الغربية لأنها لا تعدو كونها تشريعات إسلامية صيغت في صورة مواد قانونية.

كذلك من الملاحظات الهامة التي يجب مراعاتها عند البحث في تأثير الفقه الإسلامي على القوانين الغربية عامة، والقانون الفرنسي خاصة، أن للقانون الفرنسي الذي هو أصل القوانين الغربية امتداده التاريخي القديم، والذي هو في الحقيقة يسبق الوجود الإسلامي في أوروبا، بل يسبق ظهور الشريعة المحمدية، وخاصة فيما يتعلق بمدونة جستيان، والتي نصت على كثير من المبادئ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ونص عليها الفقهاء المسلمون في مصنفاتهم، مثل البينة على المدعي⁽²⁾، وتقسيم الوارثين إلى أصول وفروع وحواشي⁽³⁾، وأن إجماع الأمة على أمر شرع طبيعي واجب الإتياع⁽⁴⁾، وكذلك فيما يتعلق ببعض قواعد

(1) المقارنات التشريعية، سيد عبد الله حسين ج 1 ص 38

(2) مدونة جستيان في الفقه الروماني، ترجمة: عبد العزيز فهمي، ص 365.

(3) المرجع السابق، ص 365.

(4) المرجع السابق، ص 367.

الزواج، والمحرمات من النساء⁽¹⁾، وغيرها، ولا غرابة في ذلك، فالإسلام دين الفطرة التي فطر الله الناس عليها، فكل ما وافق الفطرة فهو من صلب شريعتنا السمحة، وهذا بئس واضح، حيث إن الإسلام أقر كثير مما كان معروفاً عند العرب في جاهليتهم كالبيع الصحيحة، والدية، والعاقلة، والزواج الصحيح، وبيع السلم وغيرها، ولا يعني هذا أبداً وجود علاقة تأثر للشريعة الإسلامية بأحكام الجاهلية، بل هذه أمور طبيعية يحتاجها الإنسان بحكم الفطرة، وهكذا الأمر في القانون الروماني والذي نشأ في بلاد تدين بالنصرانية، وهي ديانة سماوية وإن وقع ما وقع بما من التبديل والتحريف، فلا بد أن يكون لها أثر في هذا القانون، مما يفسر بعض أوجه التشابه بين التشريعين.

أما ما يروجه بعض المستشرقين وربما لقي بعض القبول لدى بعض المتعلمين في بلاد الإسلام من أن هناك تشابه بين القانون الروماني، وبعض أحكام الفقه الإسلامي، حتى زعم بعضهم بتأثير الأول في الثاني، ومنهم المستشرق الإيطالي دومينيكو غاتسككي والذي وصل به الجهل إلى القول: إن القانون المحمدي ليس إلا القانون الروماني في زي عربي⁽²⁾ فهو أهون من أن يرد عليه.

وأخيراً أقول إنه من الإنصاف هنا القول إن للتشريع الإسلامي تأثيراً كبيراً في الحياة الأوروبية العامة والخاصة، ومن البدهي أن كثيراً من العناصر الحضارية سواء التشريعية منها أو الخلقية المستمدة من الشريعة الإسلامية قد اندرجت في المدونات الأوروبية في مختلف المجالات، المدنية، والعسكرية، خاصة في العقود، والمبايعات، والأهلية، وغيرها، مما يشمل الحياة العامة والخاصة، وأن أحكام هذه الشريعة قد استقرت بين شعوب تلك الدول على هيئة أعراف متداولة، أو ما يسمى بالعادة الشفوية، والتي تعتبر من أهم مصادر القانون المدني الفرنسي.

هذا بالإضافة إلى ما تم ترجمته ونقله من كتب الفقه الإسلامي، وخاصة الفقه المالكي، حيث ترجم مختصر خليل إلى الفرنسية مرتين، الأولى على يد الدكتور بيرون، والثانية على يد مسيو سيغنت⁽³⁾، وفي ذلك يقول العلامة سيدو: "والمذهب المالكي هو الذي يستوقف نظرنا على الخصوص؛ لما لنا من الصلات بعرب أفريقية، وعهدت الحكومة الفرنسية إلى الدكتور بيرون في أن يترجم إلى الفرنسية كتاب مختصر خليل في الفقه"⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، ص 20، 21.

(2) استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني، الدسوقي سيد الدسوقي ص 50.

(3) حضارة العرب، غوستاف لوبون، ترجمة عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم، مصر، ص 397.

(4) ماذا قدم المسلمون للعالم، راغب السرجاني، ج 2 ص 706.

والقول بتأثر القانون الفرنسي بالفقه الإسلامي بدأ يأخذ قوة في أوساط علماء تاريخ القوانين والشرائع المنصفين، يقول المؤرخ الإنجليزي ويلز: "إن أوروبا مدينة للإسلام بالجانب الأكبر من قوانينها الإدارية والمالية"⁽¹⁾.

وقال الأمير تشارلز - ولي عهد بريطانيا- في محاضرة ألقاها في مركز أكسفورد للدراسات: "إذا كان هناك قدر كبير من سوء الفهم في الغرب لطبيعة الإسلام، فإن هناك أيضاً قدراً مساوياً من الجهل بالفضل الذي تدين به ثقافتنا وحضارتنا للعالم الإسلامي، ... فإسبانيا في عهد المسلمين قدمت إسهامات مهمة من جانبها في كثير من مجالات البحث الإنساني في العلوم والفلك والرياضيات والجبر - الكلمة نفسها عربية - والقانون، ... لقد كانت قرطبة أكثر المدن تحضراً في أوروبا، كما أن الكثير من المزايا التي تفخر بها أوروبا العصرية جاءت أصلاً من إسبانيا أثناء الحكم الإسلامي، فالدبلوماسية وحرية التجارة والحدود المفتوحة ... جاءت كلها من تلك المدينة العظيمة"⁽²⁾.

وقد أشار الأمير شكيب أرسلان في (حاضر العالم الإسلامي) إلى بعض من هذا الشهادات⁽³⁾. وكذلك ممن أشار إلى هذا التشابه الأستاذ: سيد عبد الله حسين، العالم الأزهري الذي درس القانون بفرنسا، وعُني بوضع كتاب ضخم يقارن فيه بين التشريعين في تفصيل طويل، سماه: (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي) وذكر في مقدمة هذا الكتاب بعد أن استعرض تاريخ هذين التشريعين الإسلامي والفرنسي أنه من هذه الحوادث التاريخية القاطعة يتبين أنه كان للتشريعة الإسلامية عموماً ولمذهب مالك خصوصاً مساهمة في التشريع الوضعي بأوروبا⁽⁴⁾.

الخاتمة

أخيراً أختتم هذا البحث بالقول: إن للفقه الإسلامي مرجعين كبيرين مقدسين هما: كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم -، وفيهما غنية في كل نواحي التشريع والله الحمد والمنة، يشهد بذلك كل مسلم شهد شهادة لا إله إلا الله محمد رسول الله، ولا حاجة لنا في شهادة الغير إلا من باب وشهد شاهد من أهلها.

(1) ماذا قدم المسلمون للعالم، راغب السرجاني ج2 ص706.

(2) ماذا قدم المسلمون للعالم، راغب السرجاني، ج2 ص706.

(3) معلمة الفقه المالكي، عبد العزيز بن عبد الله، ص41.

(4) هذا الكتاب يقع في أربع مجلدات 1755 صفحة استعرض في المؤلف بنود القانون المدني الفرنسي مقارناً لها بما يقابلها في الفقه الإسلامي وبرهن فيه على تأثر القانون المدني الفرنسي بمبادئ الفقه المالكي.

وإن ما قام به فقهاؤنا العظام من شرح وتبيين لهاذين المصدرين، واستخراج للأحكام منها، وما تزرخ به المكتبة الإسلامية من تراث فقهي، لم يحض به أي تشريع في العالم.

وإن شعوب العالم مهما بحثوا وابتكروا فلن يجدوا لهم تشريع أفضل من شرع الله - عز وجل -؛ لأنه الحق المبين، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فهي وإن حادت عن شريعة الله شكلاً ولكنها ستعرف أن الله - عز وجل - قد وضع للإنسان تشريعات هي غاية الكمال المنشود وصدق الله العظيم حين قال: ﴿وَاللَّهُ غَالِبٌ عَلَىٰ أَمْرِهِ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (1).

ويجب أن نعرف جيداً أن فرنسا لم يكن لها قبل زمن (نابليون) قانون خاص بما ينبع من الدين أو من غيره من مقومات الأمة، وإنما كما أسلفنا مجموعة متفرقة من التشريعات والأعراف والعوائد، وفي المقابل كان هناك تشريع متكامل متناسق هو التشريع الإسلامي، فمن المعقول والمؤكد أن العلماء الذين وضعوا القانون المدني الذي يقترن باسم نابليون قد استفادوا مما اطلعوا عليه من أحكام، ومما ترجموه من كتب الفقه، استفادة جمة، مما يعني أن شريعة الله - عز وجل - قد دخلت في القانون الوضعي الأوروبي، فهم وإن لم يأخذوها كمنهج إيماني، فقد أخذوها كأفضل تشريع صالح لكل زمان ومكان تعجز الطاقات والقدرات البشرية عن الإتيان بمثله.

ومن هنا أقول إنه من المعيب على أمة لا إله إلا الله أن تترك هذا الدين العظيم، وهذا التراث الفقهي الكبير، وتذهب تتطفل على موائد الغير، أعداء الدين والملة، تنقل تشريعاتهم الوضعية، وفلسفاتهم البشرية، وتعتبرهم قدوة لنا؛ بحجج التطور والمدنية ومواكبة العصر وغيرها من الحجج الواهية. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم.
2. أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، بن خدة حمزة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2016، 2017م.
3. استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني والرد على شبهة المستشرقين، الدسوقي السيد الدسوقي، مكتبة التوعية الإسلامية، الطبعة الأولى 1989م.
4. أصول الفقه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.

(1) سورة يوسف الآية: 28.

5. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى 1423هـ.
6. الأعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام، العباس بن إبراهيم المراكشي، دار الغواص، الطبعة الثانية، 1993م.
7. تاريخ الفقه الإسلامي، عمر بن سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح الكويت، الطبعة الأولى 1982م.
8. تاريخ الفقه الإسلامي، محمد عبد اللطيف الفرور، دار ابن كثير، الطبعة الأولى 1416هـ، 1995م.
9. تاريخ القانون، منذر الفضل، دار داتاراس للطباعة، طبعة 2005م.
10. الجنسية في قوانين المغرب العربي الكبير، دراسة مقارنة، إبراهيم عبد الباقي، معهد الدراسات والبحوث العربية، 1971م.
11. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد بن عرفه الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
12. حضارة العرب، غوستاف لوبون، ترجمة عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم، مصر.
13. الحضارة العربية في الأندلس وأثرها في أوروبا، توفيق سلطان اليوزبكي، مجلة آداب الرفادين.
14. شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت.
15. صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المطبعة السلفية بالقاهرة، الطبعة الأولى 1400هـ.
16. العرب والمسلمون في الأندلس بعد سقوط غرناطة، هنري تشارلز، ترجمة: حسن سعد الكرمي، دار لبنان للطباعة، الطبعة الأولى 1409هـ، 1988م.
17. الفتاوى الكبرى، لتقي الدين ابن تيمية، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1408هـ 1987م.
18. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، 1379هـ.
19. الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرآبي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ، 1998م.
20. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة: الأولى 1416هـ- 1995م.
21. القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، دار الهدى الجزائر.

22. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة: الثانية، 1400هـ، 1980م.
23. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى.
24. ماذا قدم المسلمون للعالم، راغب السرجاني، مؤسسة اقرأ، الطبعة الثانية 1430هـ، 2009م.
25. المدخل لدارسة الفقه الإسلامي، سعيد محمد الجليدي، الدار العلمية للطباعة.
26. مدونة جستان في الفقه الروماني، ترجمة: عبد العزيز فهمي، دار الكتاب المصري، الطبعة الأولى 1946م.
27. معلمة الفقه المالكي، عبد العزيز بن عبد الله، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1403هـ، 1983م.
28. المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، سيد عبد الله حسين، دار السلام، الطبعة الأولى 1421هـ، 2001م.
29. المقارنات التشريعية، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، محمد حسين مخلوف، دار السلام، الطبعة الأولى 1420هـ، 1999م.
30. المنهاج الواضح في أصول الفقه، عبد المجيد الذبياني، مطبوعات جامعة قارونس، الطبعة الأولى 1995م.
31. الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1999م.

شهادة غير المسلمين أمام قضاء المسلمين

إعداد الأستاذ: عمر عبد السلام عمر الصغير
عضو هيئة تدريس بكلية القانون - جامعة المرقب

المقدمة

الحمد لله حمداً يوافي ما تزايد من النعم، والشكر له على ما أولانا من الفضل والكرم، لا أحصي ثناءً عليه هو كما أثنى على نفسه، ونسأله اللطف في جميع الأحوال، وحال حلول الإنسان في رسمه، والصلاة والسلام على سيد العرب والعجم، المبعوث لسائر الأمم، وعلى آله وصحبه وأزواجه وذريته وأمته أفضل الأمم.

وبعد :

فإنه طالعت موضوع شهادة غير المسلمين منذ زمن غير بعيد لم أكن أظن أن في هذه المسألة نقاشاً وخلافاً معتبراً، بل ظننت أنها محل اتفاق، وما أن قرأت كتاب منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب للدكتور عبد السميع إمام حتى وجدت الخلاف قائماً بين الفقهاء في هذه المسألة، ولهذا عزمت على أن أجمع مذاهب العلماء وأدلتهم في هذه المسألة .

فعكفت على دراسة المسألة وكانت خطة البحث كالآتي :-

تمهيد :- تناولت فيه تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً، وشروطها، وتحرير محل النزاع في هذه المسألة.

المبحث الأول :- شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض .

المطلب الأول :- مذهب الجمهور وأدلتهم .

المطلب الثاني :- مذهب الأحناف وأدلتهم .

المبحث الثاني :- شهادة غير المسلمين على المسلمين .

المطلب الأول :- مذهب الجمهور وأدلتهم .

المطلب الثاني :- مذهب الحنابلة ومن وافقهم وأدلتهم .

ثم أختتم البحث بخاتمة تبين ما توصل إليه الباحث من نتائج، وديلت البحث بالمصادر

والمراجع .

وأخيراً لا أدعي العصمة فيما كتبت، ولا الصواب فيما استنتجت ، فالكمال لله وحده ،

وأتمثل بقول الناظم :-

وإن تجد عيباً فسد الخلا
جل من لا عيب فيه وعلا

وصللي اللهم على سيدنا محمد على آله وصحبه وسلم

التمهيد

1- التعريف بالشهادة

أ. الشهادة لغةً :-

الإعلام، وتطلق على الحضور، نحو:- شهد زيد مجلس القوم أي حضر مجلسهم، وتطلق على

البيان، نحو:- ﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ⁽¹⁾ ﴾ (2)

ب- الشهادة اصطلاحاً :-

هي إخبار عدلٍ حاكماً بما علم ولو بأمر عامٍ ليحكم بمقتضاه (3).

2- شروط الشهادة :-

1. العدالة.

2. الحرية .

3. البلوغ .

4. عدم الفسق والحجر .

وهذه الشروط محل إتفاق بين العلماء .

أما الشرط الخامس فهو محل خلاف بين العلماء، وهو الإسلام، وهو محل البحث - إن شاء الله

تعالى -

بعد أن إتفق العلماء على أنه يجوز أن يشهد المسلمون بعضهم على بعضٍ،

وأن يشهدوا على غيرهم من الكفار (4).

ثم اختلفوا في قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض، وفي شهادتهم على المسلمين (1)، وحيثئذٍ

فشهادة غير المسلمين لها صورتان.

(1) سورة آل عمران الآية 74

(2) لسان العرب لابن منظور 239/3، باب الدال المهملة ، فصل الثين مع الهاء .

(3) التعريفات للجرجاني (170)، و بلغة السالك لأحمد الصاوي (2 / 348)

(4) شرح فتح القدير لابن الهمام (7 / 378)

الصورة الأولى :- أن يشهد بعضهم على بعض.

الصورة الثانية :- أن يشهدوا على المسلمين .

ولما كان خلاف العلماء في كل صورة يجري على طريق خاص، حسن أن نخص كل صورة بذكر ما فيها من خلاف، مع الاستدلال عليه لمعرفة ما يناسبها من الأحكام.

المبحث الأول :

شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض

وسبب الخلاف هو اختلاف العلماء في أن قبول الشهادة مبني على العلم بصدق الشاهد، أو هو مبني على تحقق شرط العدالة فيه، وهي لا تثبت إلا بالإسلام.

وأيضاً على اختلاف العلماء في أن اختلاف الدين هل يعتبر من العداوة التي تمنع من قبول شهادة أهل ملة على أخرى، أم أنها ليست كالعداوة الشخصية المانعة من قبول الشهادة⁽²⁾.

المطلب الأول : مذهب الجمهور وأدلتهم

ذهب الجمهور - ومنهم الأئمة الثلاثة : مالك⁽³⁾، والشافعي⁽⁴⁾، وإحدى الروایتين عن أحمد⁽⁵⁾⁽⁶⁾، وإحدى الروایتين عن الشعبي⁽⁷⁾،

=

(1) نقل ابن رشد الاتفاق على عدم قبول شهادة الكافر ، وأن الإسلام شرط في قبول الشهادة . بداية المجتهد (2 / 676)

(2) منهاج الطالب للدكتور عبد السميع إمام (234)

(3) مالك ابن انس بن مالك بن عامر بن عمر بن الحارث بن غيلان بن حشد بن عمر بن الحارث ، إمام دار الهجرة في زمانه ، روى عن غير واحد من التابعين ، صاحب مذهب معروف ت (179 هـ). انظر ترتيب المدارك للقاضي عياض (102/1)، وشجرة النور الزكية لمحمد مخلوف (17) .

(4) أبي عبد الله ، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب ينتهي نسبه إلى عبد مناف ، أحد الأئمة الأربعة ت (204 هـ). انظر طبقات الشافعية للسبكي (303/1)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (163/4)، والأعلام للزركلي (249/6) .

(5) أحمد ابن حنبل بن هلال بن أسد صاحب المذهب المعروف صاحب المسند ت (241 هـ). انظر طبقات الحنابلة للقاضي أبي حسين (4/1) .

(6) أنكر هذه بعض أصحابه . أنظر المغني لابن قدامة (12 \ 54)

(7) عامر بن شربيل بن عبد ذي كبار الشعبي الحميري من التابعين فقيه مشهور بالحفظ ، تولى القضاء في زمن عمر بن عبد العزيز ت (103 هـ). انظر الأعلام للزركلي (251/3)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (63/1) .

وسفيان⁽¹⁾، ووكيع⁽²⁾، والنخعي⁽³⁾، وشريح⁽⁴⁾، ومعاذ بن جبل⁽⁵⁾، والحسن⁽⁶⁾، وأبي ليلى⁽⁸⁾، والأوزاعي⁽⁹⁾، وأبو ثور⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾ - إلى أن شهادة الكفار بعضهم على بعض لا تقبل مطلقاً، سواء كانوا أهل ملة واحدة أو مللٍ شتى.

وأستدل الجمهور على عدم قبول شهادة الكفار مطلقاً بالنص والمعقول :-

1- النص :-

قول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ، سورة الطلاق(2)، ﴿ وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ سورة البقرة (281)، ﴿ فَاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ سورة النساء (15).

- (1) سفيان بن سعيد بن مروان الثوري بن عبد مناف ، من مضر ، أمير المؤمنين في الحديث ت (161 هـ). انظر الأعلام للزركلي (104/3)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (203/1) .
- (2) وكيع بن الجراح بن مليح ، الإمام الحافظ ، محدث العراق ، يكنى أبوسفيان الكوفي أحد الأعلام ، ورأس من بني قيس ت (197 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (223/1) .
- (3) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم (206) .
- (4) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود ، أبو عمران النخعي ، من أكابر التابعين صلاحاً ، وصدقاً ، ورواية للحديث ، إماماً مجتهداً من أهل الكوفة ت (96 هـ). انظر الأعلام للزركلي (76/1)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (73/1) .
- (5) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم ، أبو أمية ، من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام ، وليا القضاء بالكوفة زمن عمر وعثمان وعلي ، عالم ثقة في الحديث ، وله باع في الأدب ت (78 هـ). انظر الأعلام للزركلي (161/3)، والطبقات الكبرى لابن سعد (428/6) .
- (6) معاذ ابن جبل بن عمر بن أوس ، أبو عبد الرحمن الأنصاري الخزرجي ، شهد العقبة وشهد بدرأ ، وكان من نجباء الصحابة وفقهائهم ت (18 هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (3/ 583)، و تذكرة الحفاظ للذهبي (19/1) .
- (7) الحسن بن يسار البصري ، أبو سعيد من كبار التابعين ، إمام أهل البصرة ت (110 هـ). انظر ميزان الاعتدال للذهبي (50/2)
- (8) أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن أبي ليلى روى عن الشعبي وعطا وغيرهم وأبوه من كبار التابعين ت (148 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (28/1) .
- (9) أبو عمر عبد الرحمن بن عمر بن محمد الدمشقي ، فقيه ومحدث ، روى عن كثير ت (157 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (134/1) .
- (10) إبراهيم بن خالد الكعبي البغدادي ، ويكنى أيضا بأبي عبد الله ، حدث عن سفيان ابن عيينة وعبيدة وغيرهم ت (240 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (74/2) .
- (11) انظر المغني لابن قدامة (12 - 55)

ووجهة الدلالة أن الله أمر المسلمين أن يستشهدوا بالعدول منهم ، كما أمرهم أن يستشهدوا برجالهم، ومن يرضونه منهم، والكفار ليسوا من أهل العدالة؛ لأن من شروطها الإسلام، كما إن الكفار ليسوا من المسلمين، ولا ممن يرضى المسلمون عنهم، وحينئذٍ فلا يجوز قبول شهادتهم مطلقاً؛ لأن الله - تعالى - قد حدد في بيان الشهادة على من ذكرهم في الآيات السابقة، والتحديد في مقام البيان يفيد الحصر⁽¹⁾.

وهذه الآيات واضحة الدلالة على أن العدالة شرط في قبول الشهادة، والكفار ليسوا بعدول، فإن قيل رأيت إن عدلوا؟ يجاب عن ذلك ومن يعدلهم؟ وأفضلهم حالاً من يشرب الخمر، ويأكل الخنزير⁽²⁾. وقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمُ مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَئِقْسَمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَّناً وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْماً فَآخَرَانِ يَوْمَئِذٍ مَّقَامُهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الظَّالِمِينَ ﴾ سورة المائدة (107).

ووجه الاستدلال بهذه الآية : هو قوله تعالى : ﴿ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ ﴾ ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ أي من غير قبيلتكم ولكن بشرط أن يكونوا مسلمين، بدليل قوله تعالى : ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ ﴾ والصلاة الموقوتة للمسلمين فقط، وقوله : ﴿ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ﴾ والقراءة بين المسلمين الذين كانوا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - والعرب في القبائل الأخرى، وقوله: ﴿ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ ﴾ فإنما يأثم من كتمان الشهادة للمسلمين المسلمون⁽³⁾.

ويدل على المنع الآيات الآتية:-

وقول الله تعالى : ﴿ وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ سورة البقرة (252)، وقوله: ﴿ وَيَجْلِفُونَ عَلَى الكَذِبِ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ سورة المجادلة (14)، وقوله : ﴿ وَلَكِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ فَاسِقُونَ ﴾ سورة المائدة (83). ووجه الدلالة : أن الله - تعالى - قد وصف الكفار بأنهم ظالمون، وأنهم يكذبون على الله، وأن أكثرهم فاسقون، وكل من الكذب والظلم والفسق مانع من قبول شهادة من اتصف به مطلقاً سواء كان

(1) انظر منهاج الطالب للدكتور عبد السميع إمام (274)

(2) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم (206)

(3) انظر الأم للشافعي (6 / 330)

من المسلمين أو من غيرهم، وحينئذٍ فقد دل ذلك على أن شهادة الكفار لا تقبل مطلقاً، وأنها أولى بعدم القبول من شهادة المسلمين الذين اتصفوا بشيء من هذه الأوصاف المانعة من قبول الشهادة (1).

2- المعقول :- استدلال الجمهور بأوجه منها :-

إن قبول شهادة الكفار يعتبر تكريماً لهم ورفعاً لمنزلتهم، ولما كانوا غير أهل للتكريم ورفع الشأن وجب ألا تقبل شهادتهم لأن صفة الكفر تمنعهم من التكريم ورفع الرتبة. إن العبد لا تقبل شهادته مطلقاً؛ لأن الرق أثر من آثار الكفر فكان أولى أن لا تقبل شهادتهم على بعض.

إن قبول شهادتهم يؤدي إلى إلزام القاضي بشهادتهم، ولا يجوز أن يلزم المسلم بشهادة الكافر (2).

المطلب الثاني: مذهب الأحناف وأدلتهم :

ذهب الأحناف إلى قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض مطلقاً.

واستدلوا بالنص والمعقول.

1- النص :- قول الله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ سورة الأنفال(74).

ووجه الدلالة أن الله قد أثبت لهم ولاية بعضهم على بعض ولم يفصل بين أن يكونوا من ملة واحدة أو من مللٍ شتى، ولما كانت الشهادة نوعاً من أنواع الولاية لزم من ذلك أن تقبل شهادة بعضهم على بعض ولو اختلفت أديانهم.

وقول الله تعالى : ﴿وَمِنَ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَّهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ سورة آل عمران (74).

ووجه الدلالة أن الله اخبر أن بعض الكفار يؤتمن على القدر الكثير من المال وذلك يدل على أن بعضهم متصف بالأمانة، والأمانة تستلزم الصدق والوفاء، ولما كان قبول الشهادة إنما يبنى على الصدق والأمانة كان ذلك دالاً على قبول شهادة بعضهم على بعض مطلقاً؛ لأن الله ذكرهم بوصف أهل الكتاب وهم مللٍ مختلفة وأولى إذ اتحدت ملتهم (3).

وقول الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ﴾

(1) انظر منهاج الطالب للدكتور عبد السميع إمام (235).

(2) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (8 / 6061).

(3) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (8 - 6059).

فَإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَأَخْرَانِ يَوْمَانُ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ ﴿ سورة المائدة (107).

استدل أبوحنيفة⁽¹⁾ بهذه الآية على جواز شهادة الكفار من أهل الذمة فيما بينهما، وقال: (ومعنى ﴿أَوْ أَخْرَانِ مِنْ عَيْرِكُمْ﴾ أي من غير أهل دينكم، فدل على جواز شهادة بعضهم على بعض، فيقال له: أنت لا تقول بمقتضى هذه الآية؛ لأنها نزلت في قبول شهادة أهل الذمة على المسلمين وأنت لا تقول بها، فلا يصح احتجاجك بها. فإن قيل: هذه الآية دلت على جواز قبول شهادة أهل الذمة على المسلمين من طريق النطق، ودلت على قبول شهادتهم على أهل الذمة من طريق التنبيه، وذلك أنه قبلت شهادتهم على المسلمين فلأن تقبل على أهل الذمة أولى، ثم دل الدليل على بطلان شهادتهم على المسلمين، فبقي شهادتهم على أهل الذمة على ما يكون عليه⁽²⁾.

أما من السنة: عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: إن اليهود جاءوا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكروا له أن رجل منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " ما تجدون في التوراة في شأن الرجم؟ فقالوا : نفضحهم ويجلدون، قال عبد الله بن سلام: كذبتهم إن فيها الرجم. فأتوا بالتوراة فنشروها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم، فقرأ ما قبلها وما بعدها. فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم، قالوا: صدق يا محمد، فيها آية الرجم فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عليه وسلم - فرجما، فرأيت الرجل يحيي على المرأة يقيها الحجارة⁽³⁾.

وقد جاء في القصة أنه - صلى الله عليه وسلم - قال لليهود: " اتنوني بأربعة منكم يشهدون عليه".

ووجه الدلالة في الحديث أنه - صلى الله عليه وسلم - قبل شهادة اليهود في حد من حدود الله، ومن المعلوم أن الحدود يحتاج فيها أكثر من غيرها، فكان ذلك دليلاً على قبول شهادتهم في الحدود، وأن غيرها أولى بقبول شهادتهم فيه⁽⁴⁾.

2- المعقول :- فهو إنهم يتعاملون فيما بينهم بشتى أنواع المعاملات ويقع بينهم الكثير من الجرائم ويحضرهم في الغالب غير مسلم، فلوم تقبل شهادة بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى ضيع الحقوق

(1) النعمان بن ثابت أبوحنيفة ، إمام الحنفية ، الفقيه المجتهد احد الأئمة ، ت (150 هـ). انظر وفيات الأعيان لابن

خلكان (405/5)، والأعلام للزركلي (9/4)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (26/1).

(2) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (6 / 227)، وفتح الباري لابن حجر (6 / 73).

(3) صحيح البخاري مع فتح الباري كتاب الحدود باب أحكام أهل الذمة الحديث رقم (6841) (13 / 138).

(4) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (8 / 6059)

وانتشار الفساد فيما بينهم، وذلك قد يخل بأمن المجتمع، وهو ما يباه الإسلام، ولا تقره عدالة الله في شرعه، فكان قبول شهادة بعضهم على بعض من الأمور التي تحقق المصلحة، وتقيم نظام المجتمع، وتحقق الحق، وتحول دون فساد المجتمع⁽¹⁾.

والكافر قد يكون عدلاً في دينه بين قومه، صادق اللهجة عندهم، فلا يمنع كفره من قبول شهادته عليهم إذا ارتضوه، وقد أباح الله معاملتهم، وأكل طعامهم، وحل نسائهم، وذلك يستلزم الرجوع إلى أخبارهم قطعاً، فإذا جاز لنا الاعتماد على خبرهم في أمر الحلال والحرام؛ فلأن نرجع إلى أخبارهم في معاملاتهم أولى وأحرى.

وأما رفض قبول شهادة الحربي على الذمي أو على الحربي من دار أخرى فلانقطاع الولاية بينهم⁽²⁾.

المبحث الثاني : شهادة غير المسلمين على المسلمين.

بعد أن اتفق العلماء على أن المسلمين يشهدون على بعضهم وعلى غيرهم من الملل، واختلفوا في شهادة بعضهم على بعض، اختلفوا في قبول شهادة الكفار على المسلمين. ويكاد ينحصر الخلاف في هذه المسألة في اختلافهم في تفسير آية المائدة (الوصية في السفر) فمنهم من اعتد بها، ومنهم من قال: إنها منسوخة.

المطلب الأول : مذهب الجمهور وأدلتهم.

ذهب الجمهور - وهم المالكية، والشافعية، والحنابلة، وزيد بن أسلم⁽³⁾، والنخعي، والزهري⁽⁴⁾، والحسن، وعكرمة⁽⁵⁾⁽⁶⁾ - إلى عدم قبول شهادة الكفار على المسلمين مطلقاً⁽⁷⁾.

(1) انظر منهاج الطالب للدكتور عبد السميع إمام (237)

(2) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (8 / 6060)

(3) زيد بن أسلم العدوي ، أبو عبد الله ، فقيه مفسر ، من أهل المدينة ، كان مع عمر بن عبد العزيز ، وكان كثير التحديث ت (136هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (468\3)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (99/1) .

(4) أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله القرشي الزهري ، محدث وفقيه ، روى عن مالك ، وغيره ت (124 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي 83/1 .

(5) عكرمة أبو عبد الله الهاشمي ، مولى ابن عباس ، روى عن مولاة وعائشة وغيرهم ، من كبار المحدثين ت (107 هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (287\5)، تذكرة الحفاظ للذهبي 73/1 .

(6) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (6 / 226) .

(7) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم (212) .

واستدلوا بما استدلوا به في المبحث السابق⁽¹⁾ إلا أنهم فصلوا في الاستدلال بأية الوصية في السفر باعتبارها سبب الخلاف.

قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ فإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَفُومَانُ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ ﴾ سورة المائدة (107).

استدل بمدى الآية الأحناف على قبول شهادة الكافر في قوله: ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ أي من غير أهل دينكم، ووجهته في ذلك إن هذه الآية دلت بمنطوقها على قبول شهادة الكافر على المسلم، وبيئاتها على قبول شهادة الكافر بطريق الأولى، ثم دل الدليل على شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة، فبقيت شهادة الكافر على الكافر على حالها⁽²⁾.

وقالوا: إن آية ﴿ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ منسوخة هذا قول زيد ابن أسلم، والنخعي، ومالك، والشافعي، وأبو حنيفة، وغيرهم من الفقهاء، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ سورة البقرة الآية (281)، فقد قالوا: إن آخر ما نزل من القرآن هي آية الدين، وأن فيها ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ فهو ناسخ لذلك ولم يكن الإسلام يومئذ إلا بالمدينة فجازت شهادة أهل الكتاب وبما أن لا يوجد غير المسلمين في المدينة فسقطت شهادة الكفار، وقد أجمعوا على أن شهادة الفساق لا تجوز، والكفار فساق لا تجوز شهادتهم⁽³⁾.

وقال: الزهري، والحسن، وعكرمة، لا نسخ في هذه الآية، ويكون معناها ﴿ وَمِنْكُمْ ﴾ أي من عشيرتكم وقرابتكم، لأنهم أحفظ وأضبط وأبعد عن النسيان، ومعنى قوله: ﴿ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ أي من غير القرابة والعشيرة، قال النحاس⁽⁴⁾: وهذا يبني على معنى غامض في العربية، وذلك أن معنى آخر في العربية من جنس الأول، تقول: مررت بكريم وكريم آخر، وقوله آخر يدل على أنه من جنس الأول، ولا

(1) انظر البحث صفحة (10).

(2) فتح الباري لابن حجر (6 / 73)

(3) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (6 / 226) وبداية المجتهد لابن رشد (2 / 679)

(4) أحمد بن محمد بن إسماعيل المصري أبو جعفر، مفسر وأديب ت 338 هـ، وفيات الأعيان لابن خلكان 99/1.

يجوز عند أهل اللغة مررت بكريم وخسيس آخر، ولا مررت برجل وحمار آخر، فوجب من هذا أن يكون معنى قوله ﴿أَوْ أَحْزَانٍ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ من غير عشيرتكم من المسلمين، وهذا معنى حسن من جهة اللسان وهذا دليل للجمهور⁽¹⁾.

ومنهم من ذهب إلى أن المقصود بالآية هو التحمل دون الأداء⁽²⁾.

ومنهم من ذهب إلى أن المقصود بالشهادة في هذه الآية هي إيمان الورثة والأوصياء لا الشهادة المعروفة⁽³⁾.

ومن السنة : عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال : «يا معشر المسلمين كيف تسألون أهل الكتاب وكتابتكم الذي أنزل على نبيه - صلي الله عليه وسلم - أحدث الأخبار بالله تقرؤونه ولم يشب ؟ وقد حدثكم الله أن أهل الكتاب بدلوا ما كتب الله وغيروا بأيديهم الكتاب وقالوا : ﴿ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لِيَشْتَرُوا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾ سورة البقرة الآية (78)، أفلا ينهاكم بما جاءكم من العلم عن مساءلتهم ولا والله ما رأينا منهم رجلاً قط يسألكم عن الذي أنزل عليكم»⁽⁴⁾.

قال الحافظ في الفتح: باب لا يسأل أهل الشرك عن الشهادة وغيرها. هذه الترجمة لبيان حكم شهادة الكفار، فيدل ذلك على رد شهادات الكفار وعدم قبولها والغاية منها رد شهادتهم، وإذا كانت أخبارهم لا تقبل فشهادتهم مردودة بالأولى؛ لأن باب الشهادة أضيق من باب الرواية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني : مذهب الحنابلة ومن وافقهم

ذهب الحنابلة وبعض الأئمة منهم : ابن عباس⁽⁶⁾، وروي نحو ذلك عن علي⁽⁷⁾ - رضي الله عنه، وابن مسعود⁽¹⁾ - ولا مخالف لهم من الصحابة - ومن التابعين : عمرو بن

(1) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (6 / 226)

(2) المغني لابن قدامة (12 / 51)

(3) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (216)

(4) صحيح البخاري مع فتح الباري كتاب الشهادات باب لا يسئل أهل الشرك عن الشهادة الحديث رقم (2675) (5 / 628).

(5) (5 / 629)

(6) عبد الله ابن عباس، الصحابي الجليل، من فقهاء مكة وإمام المفسرين، وأحد كبار علماء الصحابة ت (68 هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (2\365)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (1/ 33).

(7) أمير المؤمنين علي بن طالب. زوج السيدة فاطمة ، من كبار علماء الصحابة ، توفي مقتول ت (29 هـ ت). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (3\19)، و ذكره الحفاظ للذهبي (1/ 13).

شرحبييل⁽²⁾، وشريح، وعبيدة⁽³⁾، والنخعي، والشعبي، والسعيدان⁽⁴⁾، وابن سيرين⁽⁵⁾، ويحيى بن يعمر⁽⁶⁾، ومن تابع التابعين سفيان الثوري، ويحيى بن حمزة⁽⁷⁾، والأوزاعي، وبعد هؤلاء أبي عبيد⁽⁸⁾، وجمهور فقهاء الحديث، وهو قول جميع أهل الظاهر⁽⁹⁾ - إلى قبول شهادة غير المسلمين، ولكن اشترطوا أن يكون ذلك في الوصية في السفر ممن حضر الموت من المسلم والكافر عند عدم المسلم، فتقبل شهادتهم في هذه المسألة فقط، ولولم تكن لهم ذمة؛ وذلك للضرورة، ويخلفهم الحاكم وجوبا بعد العصر⁽¹⁰⁾، ونقل ابن حزم أن المالكيين أجازوا شهادة طبييين كافرين حيث لا يوجد طبيب مسلم⁽¹¹⁾.

واستدل المجيزون بالآتي :-

=

- (1) أبو عبد الرحمن عبد الله ابن مسعود، خادم رسول الله ﷺ، وأحد السابقين في الإسلام ت (29 هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (2\342)، تذكرة الحفاظ للذهبي (16/1).
- (2) شَرْحَبِيلُ ابْنُ حَسَنَةَ وَهِيَ أُمُّهُ وَهِيَ عَدَوِيَّةٌ، وَهُوَ ابْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمَطَّاحِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ كِنْدَةَ خَلِيفَةُ لَيْثِي زُهْرَةَ، وَيُكْنَى أَبَا عَبْدِ اللَّهِ، وَهُوَ مِنْ مُهَاجِرَةِ الْحَبَشَةِ فِي الْمُهْجَرَةِ الثَّانِيَةِ (18هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (4/127)
- (3) عبيدة بن حميد الكوفي، أحد الحفاظ النفاة ت (109 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (126/1).
- (4) وهما سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو مُجَدِّ: سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة. جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، ت (54 هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (2\379)، والأعلام للزركلي (3/102).
- . سعيد بن جبيرة الأَسَدِي، بالولاء، الكوفي، أبو عبد الله: تابعي، كان أعلمهم على الإطلاق ت (76 هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (6\256)، والأعلام للزركلي (3/93).
- (5) مُجَدِّ بن سيرين أبو بكر مولى أنس بن مالك، من فقهاء التابعين ومحدثيهم، سمع من أبي هريرة وغيرهم ت (110 هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (7\193)، وتذكرة الحفاظ للذهبي (62/1).
- (6) القاضي أبو سليمان ويقال أبو عدي البصري، الفقيه، روى عن عمار وغيرهم، ت (100 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (70/1).
- (7) يحيى ابن حمزة، قاضي دمشق وعالمها أبو عبد الرحمن الحضرمي، فقيه ومحدث ت (183 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (209/1).
- (8) ابن عبيد الحافظ الإمام أبو الحسين علي ابن مُجَدِّ بن عبيد البغدادي، فقيه ومحدث، ت (330 هـ). انظر تذكرة الحفاظ للذهبي (83/3).
- (9) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (216)
- (10) انظر كشاف القناع للبهوتي (528/6)
- (11) انظر المحلي لابن حزم (409/12)

قول الله . تعالى . : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ازْتَبَيْتُمَا لَآ تَشْتَرِي بِهِ نَمْنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يُقِيمَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ ﴾ سورة المائدة (107).

وناقشوا أدلة المانعين في هذه الآية :-

ردوا عليهم في الدليل الأحناف الذين قالوا: إن هذه الآية دلت على جواز قبول شهادة أهل الذمة على المسلمين من طريق النطق، ودلت على قبول شهادتهم على أهل الذمة من طريق التنبيه، وذلك أنه قبلت شهادتهم على المسلمين، فلأن تقبل على أهل الذمة أولى، ثم دل الدليل على بطلان شهادتهم على المسلمين فبقى شهادتهم على أهل الذمة ما كان عليه وهذا ليس بشيء؛ لأن قبول شهادة أهل الذمة فرع لقبول شهادتهم على المسلمين، فإذا بطلت شهادتهم على المسلمين وهي الأصل فلأن تبطل شهادتهم على أهل الذمة فهي فرعها أولى وأحرى (1).

وقولهم: إن الآية ﴿ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ منسوخة بقوله ﴿ يَمَّن تَرْضَوْنَ ﴾ ذهب الخليفة عثمان (2) - رضي الله عنه -، وزيد ابن أسلم - إلى أن سورة المائدة آخر ما نزل من القرآن وألا نسخ فيها، وقال الحنابلة: دعوى النسخ دعوى باطلة، والنسخ لا يثبت بالاحتمال، وأن الجمع بين الدليلين أولى من إلغاء أحدهما (3). وناقشوا الجمهور في قولهم: أن المقصود من قوله ﴿ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ هو من غير قبيلتكم أو عشيرتكم، على أنه قد عورض هذا القول بأنه ذكر في أول الآية ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ﴾ فخطوب جماعة من المؤمنين، وقوله ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ أي من غير المسلمين (4).

واعترض أبو حبان (5) على المثال الذي ذكره النحاس بأنه غير مطابق، فلو قلت جاءني رجل مسلم وآخر كافر صح، بخلاف ما لو قلت جاءني رجل مسلم وكافر آخر. والآية من قبيل الأول لا الثاني؛ لأن

(1) انظر الجامع بإحكام للقرطبي (228/6)

(2) الخليفة الراشد عثمان ابن عفان، ذو النورين، من كبار علماء الصحابة قتل سنة 25 (هـ). انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (53\3)، و تذكرة الحفاظ للذهبي (13/1).

(3) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (6062/8)

(4) انظر الجامع بإحكام للقرطبي (226/6)

(5) محمد بن حبان بن أحمد التميمي، كان من أوعية العلم في الفقه واللغة والحديث ت 3 (5 هـ). انظر أنباه الرواة على أنباه النحاة للقفطي (66/3).

قوله ﴿أَوْ آخِرَانِ﴾ من جنس قوله اثنان؛ لأن كلا منهما حقه رجلان، فكأنه قال: - فرجلان اثنان ورجلان آخران (1).

ونوقش دليلهم أن المقصود بالشهادة هنا التحمل دون الأداء، أن رسول الله - ﷺ - قضى بذلك هو وصحابته الكرام (2).

وأن قولهم: إن المقصود بالشهادة في هذه الآية أيمان القسم دون الشهادة وأن الله سمى اليمين شهادة في آية اللعان، وأيد ذلك الاجتماع على أن الشاهد لا يلزمه أن يقول اشهد بالله، وأن الشاهد لا يمين عليه أنه شهد بالحق. قالوا: فالمراد هنا اليمين لا الشهادة، وتعقب هذا بأن اليمين لا يشترط فيه عدد، ولا عدالة بخلاف الشهادة، واشترط في الآية عدد وهو الاثنان، فقوى حملها على أنها شهادة (3).

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: - " خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي ابن بداء، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلم قدما بتركته فقدوا لجأما من الفضة مخصوصاً بالذهب، فحلفهما رسول الله - ﷺ - ثم وجد اللجام بمكة فقالوا: ابتعناه من تميم وعدي، فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما وأن اللجام لصاحبهم، قال: وفيهم نزلت آية ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ﴾ (4).

قال الحافظ في الفتح: وحديث الباب يقوي مذهب من قال بجوار شهادة الكفار (5).

الخاتمة

الحمد لله أولاً وأخيراً، والصلاة والسلام على الصادق الأمين، وعلى آله وصحبه وسلم، من خلال استعراض أدلة الفريقين في كلا المسألتين نلاحظ أن من باب الضرورة في السفر وغيره وهي في حالة عدم وجود مسلم وخاصة في هذا الزمان لكثرة الاختلاط بغير المسلمين، وحتى لا تضيق الكثير من الحقوق، فإن الذي يستريح إليه القلب هو قبول شهادة غير المسلمين، وخاصة. والله أعلى وأعلم وأعز وأكرم، وصلى الله على سيدنا محمد وسلم.

(1) انظر فتح الباري لابن حجر (73/6)

(2) انظر المغني لابن قدامة (52/12)

(3) انظر فتح الباري لابن حجر (74/6)

(4) صحيح البخاري مع فتح الباري كتاب الوصايا باب قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ ﴾

(5) (73-6)

فهرس المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم رواية حفص عن نافع .
2. الأعلام لخير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين ، الطبعة الثالثة .
3. الأم للشافعي ، تحقيق مُجد مطرجي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، 1993 ، بيروت لبنان.
4. أنباء الرواة على أنباه النحات للقفطي ، تحقيق مُجد الفضل ، دار الكتاب العربي ، القاهرة .
5. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية .
6. بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي ، المكتبة الأزهرية للتراث .
7. تذكرة الحفاظ للذهبي ، وضع حواشيه زكريا عمران ، منشورات مُجد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
8. ترتيب المدارك للقاضي عياض، تحقيق أحمد مسعود ، دار منشورات مكتبة الحياة ، بيروت لبنان.
9. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، تحقيق عبد الرزاق المهدي ، دار الكتاب العربي .
10. شجرة النور الزكية في علماء المالكية ، مُجد مخلوف ، خرج أحاديثه وعلق عليه عبد المجيد خيالي ، منشورات مُجد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
11. شرح فتح القدير لابن الهمام ، دار الفكر بيروت لبنان .
12. طبقات الحنابلة للقاضي أبي حسين ، دار المعرفة ، بيروت لبنان .
13. طبقات الشافعية للسبكي ، تحقيق مصطفى عطا ، منشورات مُجد علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
14. الطبقات الكبرى لابن سعد ، أعد فهارسها رياض عبد الله عبد الهادي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان .
15. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية ، قدم له وعرف به مُجد محي الدين ، دار الفكر ، بيروت لبنان .
16. فتح الباري الحافظ ابن حجر العسقلاني ، ومعه توجيه القاري إلى القواعد والفوائد الأصلية والحديثية في فتح الباري ، تحقيق عبد العزيز بن باز ، دار الفكر .
17. الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر المعاصر .
18. كشف القناع للبهوتي ، تحقيق أبوعبد الله مُجد الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
19. لسان العرب لابن منظور ، دار صادر بيروت .
20. المحلى لابن حزم ، تحقيق أحمد شاكر ، دار التراث القاهرة .

21. المغني لابن قدامة ، دار الكتاب العربي .
22. منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب للدكتور عبد السميع الإمام .
23. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي ، تحقيق علي محمد البيجاوي ، مطبعة عبد الباقي الحلبي .
24. وفيات الأعيان لابن خلكان ، تحقيق إحسان عباس ، دار الثقافة ، بيروت لبنان .

الحجز الإداري في القانون الليبي

إعداد الدكتور: العارف صالح عبدالدائم.

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس

المقدمة

يعد الحجز الإداري من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الجهات الإدارية العامة، واستثناءً من القواعد العامة في التقاضي وفي التنفيذ، إذ يعطي للإدارة حق التنفيذ المباشر على أموال مدينيها عند امتناعهم عن التنفيذ الطوعي، وتستعمل الإدارة هذا الامتياز دون اللجوء إلى القضاء، تمكيناً لها من تحقيق وظائفها والاضطلاع بها بإجراءات ميسرة وفي الوقت المناسب، فما الطبيعة القانونية لهذا الامتياز، وهل يعتبر من ضمن القرارات الإدارية، وبالتالي يخضع لما تخضع إليه هذه القرارات من أحكام؟ أم الأمر خلاف ذلك؟ وما أوجه الاختلاف بينه وبين الحجز القضائي؟.

ولما يشكله هذا الامتياز على حقوق الأفراد والجهات المدينة للإدارة من خطر إحاطة المشرع بشروط يجب توافرها قبل أن تقدم الإدارة على استعمال هذا الامتياز، فما هي الشروط الواجب توافرها قبل أن تقوم بمباشرة؟ والحجز الإداري الأصل فيه حجز تنفيذي، إلا أن المشرع قد يخرج عن هذا الأصل ويعطي الإدارة حق توقيع الحجز التحفظي عندما تكون حقوق الخزنة العامة معرضة للضياع، والتي من أمثلتها ما نص عليه المشرع في م31 من قانون الضرائب على الدخل رقم 2004/11م.

ولأجل التوضيح نقسم هذه الورقة إلى مطلبين :

المطلب الأول : المفهوم والطبيعة القانونية للحجز الإداري.

المطلب الثاني: نطاق الحجز الإداري في القانون الليبي.

المطلب الأول : المفهوم والطبيعة القانونية للحجز الإداري.

يهدف نظام الحجز الإداري إلى تمكين الجهات الإدارية العامة من استيفاء حقوق الخزانة العامة لدى للأفراد والجهات التي تتعامل معها، وذلك بإجراءات سريعة ودون اللجوء إلى القضاء، حفاظاً على هذه الحقوق من الضياع وتحقيقاً للمصلحة العامة التي تحميها جهة الإدارة⁽¹⁾.

فما مفهوم الحجز الإداري؟ وطبيعته القانونية؟ نوضح ذلك كالتالي :

الفرع الأول- مفهوم الحجز الإداري :

يقصد بالحجز الإداري مجموعة الإجراءات التي ينص عليها القانون والتي بموجبها يخول للجهات العامة على أموال مدينيها لاستيفاء، وفق الإجراءات التي يحددها المشرع بهذا الشأن⁽²⁾.

وقد عرف المشرع الليبي الحجز الإداري في القانون رقم 152 لسنة 1970 بشأن الحجز الإداري، بأنه مجموعة الإجراءات التي تتبع في حالة عدم الوفاء بالمبالغ المستحقة للجهات العامة (الحكومية) أو الهيئات أو المؤسسات العامة في المواعيد المحددة بالقوانين والقرارات الخاصة.

فالحجز الإداري هو الإجراء الذي توقعه الجهات العامة على المنقولات والعقارات المملوكة للمدين، نظير الأموال- مرتب- رسوم- اشتراكات- المستحقة على الأفراد. وهو إجراء يقوم به موظفون إداريون وبموجب قرارات تصدرها جهة الإدارة بنفسها، ودون حاجة إلى أحكام أو أوامر قضائية.

فالقانون يمنح الإدارة سلطة الحجز الإداري، ويجعل منها خصماً وحكماً ومنفذاً في وقت واحد، فهي تحجز بنفسها على أموال مدينيها بمقتضى دين تحدده بنفسها ولا يشترط حكم أو أمر من القضاء به، أو وجود سند تنفيذي آخر.

وبهذا يفترض القانون في الإدارة الأمانة والحرص على المصلحة العامة التي يجب أن تغلبها على مصلحة المدين لها، باعتبار المشرع عهد للإدارة بتنفيذ الخطط التي يقررها، والتي منها تحصيل الأموال العامة والمحافظة عليها.

وقد أشارت المحكمة العليا الليبية إلى ماهية الحجز الإداري في نظرها لدعوى رقم 39/27 جلسة 1993/12/25م بقولها: " إن مقتضى نصوص القانون رقم 152 لسنة 70م بشأن الحجز الإداري، والمادة 41 من قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 80م فإن الحجز الإداري رخصة قانونية للجهة الإدارية لتحصيل المبالغ المستحقة لها بهدف تبسيط الإجراءات والإقلال من النفقات..."⁽³⁾.

كما أشارت محكمة النقض المصرية إلى مفهوم الحجز الإداري بقولها " يقصد بالحجز الإداري مجموعة الإجراءات التي ينص عليها القانون، والتي بموجبها تخول الحكومة أو الأشخاص الاعتبارية العامة حجز الأموال ونزع ملكيتها استيفاءً لحقوقها التي يجيز القانون استفاءها بهذا الطريق"⁽⁴⁾.

فالحجز الإداري وفق هذه المفاهيم استثناء من القواعد العامة يمنحه المشرع للإدارة لاستيفاء حقوقها لدى الغير، ودون اللجوء إلى القضاء، حفاظاً على الأموال العامة، فما هي الطبيعة القانونية للحجز الإداري وما هو الفرق بينه وبين الحجز القضائي؟ سوف نوضح الإجابة في التالي :

الفرع الثاني- الطبيعة القانونية للحجز الإداري وشروطه :

يغلب الطابع الإداري على الحجز الإداري وإجراءاته، حيث يقوم به موظفون إداريون، وبالتالي فهو يختلف عن الحجز القضائي الذي يتم تحت إشراف السلطة القضائية من خلال قاض التنفيذ.

ويمكن تمييز الحجز الإداري عن الحجز القضائي في النقاط التالية:

- 1- يحق لكل دائن استوفى دينه الشروط القانونية أن يطالب توقيع الحجز القضائي على أموال مدينه، على خلاف الحجز الإداري الذي لا تملكه إلا الجهات الإدارية العامة.
 - 2- تمثل الإدارة في الحجز الإداري الدائن المنفذ، فهي تقتضي حقها بنفسها، في الوقت لا يكون الحجز القضائي إلا عن طريق القضاء.
 - 3- تأتي إجراءات الحجز الإداري بناءً على أمر إداري تصدره الجهة الإدارية، بينما الحجز القضائي لا يتم إلا بناء على سند تنفيذي متمثل في الأحكام والأمور والقرارات والعقود الرسمية والكمبيالات والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة وهذا ما نصت عليه م369 مرافعات.
- فالحجز الإداري يتم بدون سند تنفيذي، وإنما بمقتضى أمر إداري يصدر عن جهة الإدارة الدائنة، وهذا الأمر الإداري بمثابة سند تنفيذي.
- 4- الديون التي تبرز الحجز الإداري أوردتها المشرع على سبيل الحصر، في الوقت الذي يجوز فيه ايقاع الحجز القضائي على أي دين ثابت في سند تنفيذي.

ورغم أن أمر الحجز الإداري يصدر عن جهة تنفيذية إلا أن الرأي الراجح فقهاً وقضاً لا يعد من القرارات الإدارية التي يختص القضاء الإداري بنظرها إلغاءً وتعويضاً، فأمر الحجز الإداري هو قرار من نوع خاص شبيه بتلك الأوامر الصادرة عن الأفراد عند إدارتهم لأموالهم الخاصة، وبالتالي يختص القضاء المدني بإلغاء إجراءات الحجز أو إيقافها، فنظام الحجز الإداري وضعه المشرع ليسهل على الجهات الإدارية العامة بوصفها دائنة تحصيل ما يتأخر لدى الغير من ديون، واعتماد المشرع لتمييزه بالسرعة والبساطة وتغليب المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على مصالح مدينها.

وهو ما درجت عليه أحكام محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بقولها "رغم أن المشرع أجاز على سبيل الاستثناء للسلطة العامة اتخاذ إجراءات تنفيذ خاصة بما عن طريق الحجز الإداري، فإن ذلك لا يغير من طبيعة هذا الحجز، وبالتالي فهو يخضع في كل مساءلة للتنفيذ، وما الحجز الإداري وإجراءاتها إلا نظام خاص وضعه المشرع ليسهل على الإدارة بصفته دائنة تحصيل ديونها لدى الغير، وجهة القضاء

العادي التي يتبعها قاضي التنفيذ هي الأقدر على حماية الملكية الخاصة في مواجهة اعتداءات السلطة العامة⁽⁴⁾.

وبذلك لا تعتبر قرارات الحجز الإداري وإجراءاتها من قبيل القرارات الإدارية التي لا يجوز للمحاكم العادية إلغاؤها أو تأويلها أو وقف تنفيذها، وإنما هو نظام وضعه المشرع ليسهل على الإدارة بوصفها دائرة ما يتأخر لدى الأشخاص من الأموال العامة، وهو نظام أكثر اختصاراً وأقل كلفة من النظام المرسوم لسائر الدائنين لاقتضاء ديونهم.

ولخطورة هذا الامتياز الذي أعطاه المشرع للإدارة على أموال مدينيها، أحاطه بمجملة من الضوابط والشروط إضافة إلى الشروط العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات.

ومن الشروط العامة للحجز الإداري هي :

1- أن يكون الحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء، أي أن يكون الدين المطلوب الحجز بسببه ثابت في ذمة المدين وليس ديناً احتمالياً أو معلقاً على شرط، وأن يكون واجب الوفاء غير مؤجل وأن يكون محدد المقدار.

2- وجود النص القانوني الذي يميز للإدارة استعمال الحجز الإداري لاستيفاء حقوقها، أي أن يكون الدين المستحق للإدارة من ضمن الديون التي أجاز القانون تحصيلها بطريق الحجز الإداري والمنصوص عليها بالمادة الأولى من القانون رقم 152 لسنة 70م، على سبيل الحصر، كذلك ما نصت عليه م 50 من قانون الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 76م سابقاً، التي أجازت لجهة الإدارة أن تسترد من الموظف ما يكون قد صرف له من مرتبات أو أي مزايا مالية تجاوز مستحقاته القانونية، بطريق الاقتطاع من مرتبه في حدود الربع شهرياً، ودون الحاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية، كذلك ما نصت عليه م 71 من لائحة التسجيل والاشتراكات والتفتيش بشأن الضمان الاجتماعي، بأنه تخلف الملتزم بأداء الاشتراكات عن تنفيذ التزامه أو عن أداء غرامات التأخير المستحقة عليه، فتستوفى هذه الاشتراكات والغرامات بإجراءات الحجز الإداري وهو ما سبق أن قرره المشرع بنص م 41 فقرة ب من القانون رقم 13 لسنة 80 م بشأن الضمان الاجتماعي، بأن تستوفى الاشتراكات والغرامات وسائر المبالغ المستحقة لصندوق الضمان الاجتماعي بإجراءات الحجز الإداري، وقد أكدت المحكمة العليا الليبية هذه الاتجاه التشريعي في الطعن الإداري رقم 20/12 ف بجلسة 1974/5/9م بقولها: " ومن حيث الأصل أن الدولة في معاملتها للأفراد لا يجوز لها أن تقتضي حقها بيدها بل عليها أن تلجأ إلى القضاء لتحصل على حقها، ولا يجوز للإدارة الخروج على هذا الأصل إلا بنص صريح في التشريع يخولها بصفة استثنائية هذا الحق".

3- ومن الشروط الواجب توافرها في أمر الحجز الإداري أن يصدر مكتوباً ممن له سلطة إصداره، فأمر الحجز لا يكون شفويًا، وأن لا يترك إصدار أمر الحجز لسائر موظفي جهة الإدارة، خشية التعسف وإساءة التقدير، وعادة ما يصدر أمر الحجز من رئيس المصلحة أو من ينوبه، أو يكون المشرع قد حدد جهة بعينها تتولى مهمة إصدار الأمر، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 71 من لائحة التسجيل والاشتراكات بأن "تتولى إجراءات الحجز الإداري نيابة عن صندوق الضمان الاجتماعي قسم التفتيش بكل لجنة من اللجان الشعبية للضمان الاجتماعي، بالشعبيات على أن يصدر قرار الحجز من أمين اللجنة الشعبية للضمان الاجتماعي المختصة".

فأمر الحجز يجب أن يصدر في شكل مكتوب من أمين الجهة الإدارية الحاجزة أو من ينوبه إنابة خاصة بإصدار أمر الحجز الإداري، فلا تكفي الإنابة العامة في القيام بالوظيفة، ويجب أن يتضمن أمر الحجز على اسم الجهة المصدرة للأمر وعنوانها والاسم الكامل لمصدر الأمر وصفته، واسم المدين وموطنه، وقيمة المستحقات المطلوبة من المدين وتاريخ استحقاقها القانوني، إضافة إلى توقيع مصدر الأمر وختم الجهة وتاريخ صدور الأمر، على أن يسبق إجراءات تنفيذ إنذار المدين بضرورة التنفيذ.

المطلب الثاني: نطاق الحجز الإداري في القانون الليبي :

يشترط كما سبقت الإشارة أن تكون الأموال المراد إيقاع الحجز عليها من ضمن المستحقات التي يجوز تحصيلها بطريق الحجز الإداري، كما أن هناك أموالاً أخرى حصنها المشرع من الحجز الإداري لطبيعة هذه الأموال والأغراض المستعملة فيها، لذا ولتوضيح هذه الجوانب نستعرضها كالتالي :

الفرع الأول- المستحقات الجائز تحصيلها بطريقة الحجز الإداري:

حددت المادة الأولى من القانون 152 لسنة 70م بشأن الحجز الإداري المستحقات التي يجوز للجهات الإدارية العامة استيفائها بإتباع إجراءات الحجز الإداري عند عدم الوفاء بها من قبل المستحقة عنهم في المواعيد المحددة بالقوانين واللوائح، وهي كالتالي:

1- الضرائب بجميع أنواعها التي تحصلها الدولة من الأفراد، كضرائب الدخل، والضرائب على العقارات، والرسوم وهي قيمة مالية نظير خدمة معينة مثل الرسوم القضائية، والإتاوات وهي قيمة مالية مقابل انتفاع صاحب العقار مثلاً من أشغال عمومية قامت بها الدولة كتوسيع ميدان أو إنشاء حديقة أو شق طريق زادت من قيمة العقار وأهميته.

2- المبالغ المستحقة للدولة مقابل الخدمات التي تقدمها الجهات العامة.

- 3- المصروفات التي تنفقها الدولة نظير المجال أو تدابير تقضي بها القوانين واللوائح كأعمال الرش والتطهير البيئي وجمع ونقل المخلفات.
 - 4- الغرامات المستحقة والمبالغ المختلصة من الأموال العامة، والغرامات هي التي تفرضها الإدارة على المتعاملين معها بسبب تأخرهم عن تنفيذ التزاماتهم التي ينص عليها القانون، كذلك يجوز الحجز على المبالغ المختلصة من الأموال العامة، وتعتبر أموال عامة للعقارات والمنقولات المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة، وأن تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى نص القانون.
 - 5- إيجارات أملاك الدولة الخاصة، أو مقابل الانتفاع بأملكها العامة سواءً ثم ذلك بعقد أو بدونه وثن ما تبيعه الدولة من أراضٍ وعقارات وملحقات وفوائدها.
 - 6- ما يكون مستحقاً للجهات العامة القائمة على الأوقاف بصفته ناظراً أو متولياً أو حارساً من إيجارات أو إحكام أو أثمان استبدال الأعيان.
 - 7- يجوز الحجز بقيمة الاقساط المتأخرة من القروض المقدمة من الجهات العامة أو المصارف التي تزيد مساهمة الدولة في رؤوس أموالها على النصف.
 - 8- وأخيراً المبالغ والمستحقات التي تنص القوانين واللوائح على تحصيلها بطريق الحجز الإداري، ومن أمثلتها ما نصت عليه الفقرة ب من المادة 41 من القانون 13 لسنة 80م بشأن الضمان الاجتماعي بأن يتم استيفاء الاشتراكات والغرامات وسائر المبالغ المستحقة لصندوق الضمان الاجتماعي بإجراءات الحجز الإداري، وفقاً لقانون الحجز الإداري رقم 152 لسنة 70م والقرارات التي تصدر تنفيذاً له وذلك أيّاً كان المدين بها.
- كذلك ما نصت عليه م31 من القانون رقم 11 لسنة 2004 بشأن الضرائب على الدخل التي أجازت لأمين مصلحة الضرائب أن يصدر أمر بحجز الأموال التي يرى استيفاء الضريبة منها تحت أي يد كانت، مع ملاحظة أن هذا الحجز ذو طبيعة تحفظية، بمعنى لا يجوز التصرف في هذه الأموال إلا في حالتين أشار إليهما النص هما :
- أ. في حالة رفع الحجز بحكم قضائي أو بقرار من أمين مصلحة الضرائب.
 - ب. مضي ستة أشهر من تاريخ توقيع الحجز وعدم قيام مصلحة الضرائب بإخطار الممول بمقدار الضريبة الواجب دفعها وفقاً لتقديرات المصلحة علماً بأن أسلوب الحجز التحفظي في هذه الحالة يعد استثناء من نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد من 516 إلى 524 المتعلقة بالحجز التحفظي.
- ويعتمد الحجز الإداري على أموال المدين التي يجوز الحجز عليها قانوناً أيّاً كان نوعها، بمعنى يجوز الحجز على أموال المدين عدا الأموال التي ينص القانون على استثنائها من الحجز.

وخلاصة القول يشترط لكي تكون إجراءات الحجز الإداري صحيحة أن تكون الأموال المستحقة للإدارة تقع ضمن المستحقات التي حددها المشرع، وإلا وقع الإجراء باطلاً واجب الإلغاء.

الفرع الثاني- الأموال التي لا يجوز الحجز عليها:

لم يبين القانون رقم 152 لسنة 70م الأموال والأشياء التي لا يجوز حجزها، حيث أورد المشرع في الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون على جواز الحجز على أموال المدين الجائر الحجز عليها قانوناً أيّاً كان نوعها، والنص جاء عاماً يشمل كل ما يملكه المدين من العقارات أو المنقولات، إلا أنه يفهم من النص يشترط في إجراء الحجز أن تكون هذه الأموال غير محصنة من الحجز بموجب نص قانوني، وقد نص المشرع في المادة الخامسة من القانون 70/152م على سريان أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون ولا يتعارض معه.

كذلك للطبيعة القانونية لبعض الأموال يحصنها المشرع من إيقاع إجراءات الحجز الإداري، لطبيعة الأغراض والمهام والجهات التي تستعملها، ويمكن حصر الأموال والأدوات والمستحقات التي لا يجوز الحجز عليها سواء بموجب نصوص قانونية خاصة أو بموجب ما نص عليها قانون المرافعات في الآتي :

- 1- عدم جواز الحجز على بعض الأموال لاعتبارات إنسانية رعاية المدين المحجوز عليه وأسرته والمقيمين معه، كالفرش والملابس وأدوات المنزل والمطبخ والمقتنيات المنزلية.
 - 2- الأدوات والمعدات التي يحتفظ بها مالك الأرض لخدمتها أو زراعتها وعدد معين من الماشية.
 - 3- لا يجوز الحجز على ما يستحقه الموظفون والعاملين من مرتبات ومعاشات أو مكافآت إلا بقدر الربع الجائر الحجز عليه قانوناً.
 - 4- الأموال الموهوبة أو الموصي بها احتراماً لإرادة المتصرف.
 - 5- عدم جواز الحجز للتعاضد مع طبيعة المال، وفق ما نصت عليه م87 من القانون المدني التي منعت الحجز على الأموال العامة المملوكة لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القوانين واللوائح، كذلك الأموال المملوكة للمرافق العامة لا يجوز الحجز عليها تطبيقاً لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد لأن من شأن السماح بالحجز عليها توقف هذه المرافق عن الاستمرار في أداء خدماتها بشكل منتظم ودائم، ويعطل تقديمها للمنفعة العامة.
- والجدير بالملاحظة هنا أن ما أعطاه المشرع لصندوق الضمان الاجتماعي من امتياز إيقاع الحجز الإداري لاستيفاء الاشتراكات والغرامات وسائر المستحقة للصندوق بموجب القانون 13 لسنة 80م ولائحة التسجيل والاشتراكات والتفتيش هو تمكين الصندوق من اقتضاء هذه المستحقات في سهولة ويسر ودون

الحاجة إلى الالتجاء للقضاء، لكي لا يعوق البطء في تحصيل هذه المستحقات مرفق الضمان الاجتماعي، لكن هنا يجب الالتزام بحدود المبادئ القانونية العامة التي تقضي بمنع الحجز على بعض الأموال.

الهوامش

1. د. أحمد مليجي - التعليق على قانون الحجز الإداري - الجزء الأول - بدون نشر 2004 - ص 22 وما بعدها.
 2. انظر حيثيات هذا الحكم في مجلة المحكمة العليا - السنة التاسعة والعشرون - العددان الأول والثاني ص 51.
 3. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 871 لسنة 61ق - جلسة 17/11/1999 - مشار إليه لدى د. أحمد مليجي - مرجع سابق - ص 14.
 4. انظر أحكام هذه المحكمة أرقام الطعون 199 لسنة 20 ق جلسة 19/12/1969. كذلك الطعن رقم 472 لسنة 54 ق جلسة 24/12/1989 مشار إليهما لدى د. عزت عبدالقادر المحامي - المرجع في منازعات الحجز الإدارية - الدار البيضاء للطباعة - القاهرة 1991 - ص 12 وما بعدها. كذلك راجع المستشار عبدالحamid المنشاوي - الوسيط في الحجز الإداري - المكتب العربي الحديث - الإسكندرية 1994 - ص 20 وما بعدها.
- انظر تفاصيل الحكم في مجلة المحكمة العليا، السنة العاشرة - العدد الرابع - ص 76 وما بعدها.

الخاتمة

نخلص إلى القول بأن أسلوب الحجز الإداري منحه المشرع للجهات الإدارية العامة لاستيفاء مستحقاتها المالية لدى مدينتها دون اللجوء إلى القضاء في حالات محددة على سبيل الحصر في القوانين واللوائح، مع مراعاة المستحقات والأموال التي لا يجوز الحجز عليها لاعتبارات إنسانية تتعلق بالمدين، أو لتعارض الحجز مع طبيعة المال عندما يكون المال مخصص للمنفعة العامة بالفعل أو بموجب نص قانوني.

قائمة المراجع

- 1- د. أحمد مليجي - التعليق على قانون الحجز الإداري - الجزء الأول - القاهرة، 2004م.
- 2- د. محمد عبدالله الحراري - أصول القانون الإداري الليبي - الجزء الثاني - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - طرابلس 2002م.
- 3- المستشار عبدالحamid المنشاوي - الوسيط في الحجز الإداري - المكتب العربي الحديث - الإسكندرية، 1994م.
- 4- عزت عبدالقادر المحامي - المرجع الشامل في منازعات الحجز الإداري - الدار البيضاء للطباعة - القاهرة، 1991م.
- 5- قانون المرافعات المدنية والتجارية.

الطبيعة القانونية للأجنة خارج الجسم

إعداد الدكتور: عبد الله عبد السلام عربيي.
أستاذ مساعد بكلية القانون - جامعة الزيتونة

أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ
هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ أَتَقَى ﴾

سورة النجم الآية 32.

المقدمة

عرف فقهاء القانون تقسيمين رئيسيين للكيانات القانونية، هما الأشخاص والأشياء، ورتبوا على ذلك التقسيم آثاراً في غاية الأهمية، فالأشياء تخضع لإمكانية التصرفات القانونية عليها، أما الأشخاص فهم من يملكون الحقوق والأشياء⁽¹⁾، وحيث إن الأجنة، والتي تنتج عن عملية التقاء نطفتي الرجل والمرأة، الأصل فيها أنها محتزنة في جسم الإنسان، غير أن تقنيات الإنجاب الحديثة اقتضت وجودها في كثير من الأحيان منفصلة عن جسم الإنسان، ويقصد بالأجنة المنفصلة عن الجسم، البويضة التي تم تخصيبها صناعياً خارج الرحم، في مراكز معدة لذلك تعمل على حفظها فترة من الزمن، كما يحصل أحياناً أن يستخرج الجنين بعد أن تكوّن وبالشكل الطبيعي في رحم الأم، حيث يحدث الإخصاب الطبيعي، وبعد حصول الإخصاب وقبل أن يعلق الجنين بجدار رحم المرأة، يتدخل الأطباء فيغمرّون الرحم بحلول يؤدي إلى تعويم الجنين وخروجه سهلاً من الرحم، ليعاد زرعه في الرحم نفسه في وقت آخر، أو في رحم امرأة غيرها، ويلجأ إلى هذه الوسيلة لعدة أسباب كأن تكون المرأة صاحبة الرحم الذي تكوّن فيه ذلك الجنين غير قادرة على

(1) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد - النظام القانوني للإنجاب الصناعي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - مطبوعة على الحاسب الآلي - 1996م - ص 158، د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة - الحماية الجنائية للجسم

البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - مصر - ب ط - 2002م - ص 11 وما بعدها.

الاحتفاظ به إلى حين تمام الولادة، في حين أن مبيضها سليم⁽¹⁾، وبصرف النظر عن مشروعية ذلك من عدمه، فإن محل البحث والدراسة هنا هو ما مدى صحة وصف تلك البويضة الملقحة وهي خارج الجسم بالجنين؟ وإذا صح ذلك فهل يعامل معاملة الجنين داخل الرحم أم لا؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي فبماذا توصف؟.

دراسة هذا الموضوع تقتضي تقسيمه إلى: التعريف بالجنين خارج الجسم كفرع أول، ثم تحديد لحظة بداية حياة الجنين في الفرع الثاني، لنقف في الثالث على حقيقة الوصف القانوني للبويضة المخصبة وهي خارج الجسم، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

التعريف بالجنين

أولاً تعريف الجنين لغةً:

الجنين مأخوذ من جنّ الشيء يجنّه جنّاً، أي ستره، وجنّ عليه كذا ستره عليه، وكل ما ستر عنك فقد جنّ عنك، كما في قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ أَيْلُ رَأَى كَوْكَبًا قَالَ هَذَا رَبِّي فَلَمَّا أَفَلَ قَالَ لَا أُحِبُّ الْأَفْلِينَ﴾⁽²⁾، والجنّ نوع من المخلوقات سموا بذلك لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، والجنان القلب لاستتاره في الصدر، أو لحفظه الأشياء، والجنين هو الولد مادام في بطن أمه لاستتاره، وجمعه أجنة⁽³⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوْا أَنْفُسَكُمْ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ أَنْتَقَى﴾⁽⁴⁾.

- (1) د. كارم السيد غنيم - الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء - دار الفكر العربي - القاهرة - ط 1 - 1998م - ص 257، د. عطا عبد العاطي السنباطي - بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - القاهرة - ط 1 - 2001م - ص 79، د. سعيد بن منصور موفعة - الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية - الجزء الأول - دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع - الإسكندرية - ب ط - 2005م - ص 808.
- (2) سورة الأنعام الآية: 76.
- (3) لسان العرب - لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي - دار صادر بيروت - ب ت - 92/13 - باب النون فصل الجيم ، القاموس المحيط - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط 1 - 2004م - باب النون فصل الجيم - ص 1196.
- (4) سورة النجم الآية 32.

ثانياً تعريف الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

1- الجنين عند المالكية:

عرّف المالكية الجنين بأنه كل ما حملته المرأة مما يعرف أنه ولد وإن لم يكن مخلوقاً⁽¹⁾، وقد سئل الإمام مالك: أرأيت إن ضربها رجل فألقته ميتة مضغة أو علقة ولم يستن خلقه، كأصبع أو عين ولا غير ذلك، أيكون فيه الغرة⁽²⁾ أم لا؟ فقال: ((إذا ألقته فعلم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة أو دماً ففيه الغرة وتنقضي به العدة من الطلاق))⁽³⁾.

2- الجنين عند الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أنه لا يحكم على ما في الرحم بأنه جنين حتى يستبين شيء من خلقه، فإن ظهر فيه شيء من آثار النفوس، فإنهم يحكمون عليه بأنه جنين، أما إذا لم يستبين فيه شيء من هذه الآثار فهذه علقة أو مضغة أو دم جامد⁽⁴⁾، والمقصود باستبانة بعض خلقه، أن يظهر منه شيء كأصبع أو ظفر أو شعر أو نحو ذلك، ولذلك فقد أباحوا إجهاض الحمل قبل أن يخلق له عضو⁽⁵⁾.

3- الجنين عند الشافعية:

الجنين عند أكثر الشافعية هو: ما تجاوز مرحلة النطفة والعلقية والمضغية حتى يتبين منه شيء من خلق الآدمي كأصبع أو ظفر أو عين، وقد جاء في الأم من قول الإمام الشافعي: ((وأقل ما يكون به السقط جنيناً فيه غرة أن يتبين من خلقه شيء يفارق المضغة أو العلقية، إصبع أو ظفر أو عين، أو ما بان من خلق سوى هذا))⁽⁶⁾.

(1) أبي الوليد سليمان بن خلف بن أيوب بن دارث الباجي الأندلسي - المنتقى شرح موطأ الإمام مالك - دار الكتاب الإسلامي القاهرة - ط 2 - ب ت - 80/7.

(2) الغرة هي عقوبة مالية وقدرها نصف عشر دية الرجل. انظر: الإمام شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار إحياء الكتب العربية - ب ط - ب ت - 268/4.

(3) الإمام مالك بن أنس - المدونة الكبرى - دار صادر بيروت - ب ط - ب ت - المجلد السادس - 399/15.

(4) الإمام شمس الدين السرخسي - المبسوط - دار المعرفة بيروت - ب ط - 1406 هـ - 1986 م - 213/3. الإمام زين الدين بن نجيم الحنفي - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - دار الكتاب الإسلامي - ب ط - ب ت - 230/1.

(5) ابن عابدين - حاشية منحة الخالق على هامش كتاب البحر الرائق - دار الكتاب الإسلامي - ب ط - ب ت - 230/1.

(6) الإمام محمد بن إدريس الشافعي - الأم - دار الفكر بيروت - ب ط - ب ت - 15/6.

في حين يرى بعضهم أن بداية تكون الجنين وحياته منذ أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة⁽¹⁾، ويؤكد ذلك ما ذكره الإمام الغزالي - الشافعي - وهو يتحدث عن إفساد النطفة حيث يقول: ((..... هو أن تقع النطفة في الرحم، وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جنابة))⁽²⁾، ويستفاد من ذلك أنه يعتبر لحظة تكون الجنين منذ لحظة التلقيح الأولى.

4- الجنين عند الحنابلة:

ذهب أكثر الحنابلة إلى أن بداية تكون الجنين تكون مع بداية تكون صورة الأدمي فيه، أما ما قبل ذلك فلا نعلم يقينا أنه جنين⁽³⁾، في حين ذهب بعضهم إلى اعتبار بداية حياة الجنين وتصويره منذ كونه علقه، أما النطفة فإنها لم تنعقد بعد وقد لا تنعقد⁽⁴⁾.

ومما سبق نلاحظ أن أغلب التعريفات التي وردت عن فقهاء الشريعة الإسلامية للجنين، جاءت في معرض بيان الحالات التي تحب فيها الغرة على من يكون سبب في أن تلقي المرأة ما في رحمها، حيث ذهب أكثرهم إلى ضرورة أن يتبين فيه شيء من صورة الأدمي لكي يعتبر جنين، وإلا فإنه قد لا يكون جنيناً، وربما كان ذلك لعدم وجود الوسائل والطرق الطبية المتاحة الآن لمعرفة حقيقة ما سقط من المرأة، هل هو جنين أم لا؟ ومما يؤيد هذا القول ما اشتهر في زمانهم من طريقة صب الماء الحار على الدم الذي يسقط من رحم المرأة، فإن ذاب فهو ليس بجنين، وإن لم يذب فهو جنين⁽⁵⁾، الأمر الذي مؤداه عدم التوسع في تفسير أقوال الفقهاء التي جاءت في ذلك السياق، أو أخذها على أنها جاءت للتعريف بالجنين.

(1) الإمام أبي حامد بن محمد الغزالي - إحياء علوم الدين - دار المعرفة بيروت - ب ط - ب ت - 51/2.

(2) المرجع السابق - 37/4.

(3) زهير الشاوش - تحقيق - الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل للإمام محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامه المقدسي - تحقيق - دار المكتب الإسلامي - بيروت - ط 2 - 1402 هـ - 1982 م - 86/4.

(4) الأمام أبي الفرج ابن رجب الحنبلي - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم - دار المعرفة بيروت - ب ط - ب ت - 46، وقد استدلل بحديث حذيفة بن أسيد في صحيح مسلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((إذا مر بالنطفة اثنان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم.....)) صحيح مسلم 2645 - ص 620.

(5) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - 268/4.

ثالثا التعريف القانوني للجنين:

لم يضع المشرع الليبي تعريفاً صريحاً للجنين - كغيره من التشريعات المصري والتونسي والفرنسي والانجليزي - ولكن بالرجوع إلى نصوص القوانين ذات العلاقة بالجنين، يلاحظ أن المشرع يعتبر المادة التي تتكون في الرحم نتيجة تلقيح الحيوان المنوي للبيضة وحتى الولادة جنيناً، فباستقراء نص المادة (391 ق ع ل)، والتي نصت على أنه: ((كل من تسبب في إسقاط حامل برضاها يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وتطبق العقوبة ذاتها على المرأة التي رضيت بإسقاط جنينها)) يلاحظ أن المشرع لم يفرق بين الحمل والجنين، فالحمل هو الجنين، والجنين هو الحمل، ومعلوم أن الحمل يتكون لحظة تلقيح الحيوان المنوي للبيضة، ويحظر إسقاطه في أي مرحلة كان وفقاً للنص المشار إليه، بل يمكن القول بأن المشرع الليبي ذهب إلى أن الجنين يتكون بمجرد تلقيح الحيوان المنوي للبيضة حتى ولو تم ذلك خارج الرحم، ويستفاد ذلك من خلال نصه في المادة (17 من القانون رقم 17 لسنة 1986 م) على أنه: ((لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة، وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهم)) ومن الواضح أن عبارة زرع الجنين بالرحم الواردة بالنص، يقصد بها زرع البويضة المخصبة خارج الرحم في الرحم، ولا اجتهاد مع صراحة النص.

كما ذهب المشرع المصري أيضاً إلى أن الجنين: هو ما يتكون داخل الرحم منذ بداية التلقيح وحتى الولادة، ولم يفرق بين المراحل التي يمر بها الجنين في بطن أمه، فجرمة الإجهاض تتحقق سواء أكان الاعتداء عليه في الأيام الأولى من تكونه أم بعد نضوجه واكتمال نموه⁽¹⁾، ويستفاد ذلك من خلال المواد (260 إلى 264 عقوبات مصري) المتعلقة بتجريم إجهاض الأجنة⁽²⁾، وفي نفس السياق ذهب المشرع

(1) د. أسامة عبد الله قايد - المسؤولية الجنائية للأطباء - دار النهضة العربية - ب ط - 2003م - ص 300 وما بعدها.

(2) تنص المادة 260 من قانون العقوبات المصري على أنه: ((كل من أسقط عمدا امرأة حبلية بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد.)) كما تنص المادة 261 على أنه: ((كل من أسقط عمدا امرأة حبلية بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلاتها عليها سواء كان برضاها أم لا يعاقب بالحبس.)) ونصت المادة 262 على أنه: ((المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها.)) ونصت المادة (263) على أنه: ((إذا كان المسقط طبيياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يحكم عليه بالسجن المشدد.)) ونصت المادة (264) على أنه: ((لا عقاب على الشرع في الإسقاط.))

التونسي⁽¹⁾، إلا أنه - أي المشرع التونسي - اتفق مع المشرع الليبي في وصف البويضة الملقحة حتى وهي خارج الرحم بأنها جنين، ويستفاد ذلك من نصه صراحة في الفصل الخامس من القانون (93 لسنة 2001م) بشأن الطب الإنجابي⁽²⁾ على وصف البويضة الملقحة خارج الرحم بأنها جنين، وكذلك في الفصول من التاسع حتى الخامس عشر، الأمر الذي لم يتطرق إليه المشرع المصري.

أما عن تعريف فقهاء القانون للجنين⁽³⁾، فقد لوحظ اتفاقهم على أن الجنين هو ما يتكون نتيجة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة إلى حين الولادة، وهم بذلك يتفقون مع موقف التشريعات المشار إليها أعلاه.

(1) حماية لحق الجنين في الحياة نص المشرع التونسي في الفصل (214) من القانون الجزائري على أنه: ((كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر أو محتمل بواسطة أغطية أو مشروبات أو أدوية أو أية وسيلة أخرى سواء كان ذلك برضا الحامل أو بدونه يعاقب بخمسة أعوام سجنًا وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين وتعاقب بعامين سجنًا وبخطية قدرها ألفا دينار أو بإحدى العقوبتين المرأة التي أسقطت حملها أو حاولت ذلك أو رضيت باستعمال ما أشير به عليها أو وقع مدها به لهذا الغرض.

«يرخص في إبطال الحمل خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية في مؤسسة استشفائية أو صحية أو في مصحة مرخص فيها.

كما يرخص فيه بعد الثلاثة أشهر إن خشي من مواصلة الحمل تسبب في انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها.

إن إبطال الحمل المشار إليه بالفقرة السابقة يجب إجراؤه بعد الاستظهار لدى الطبيب الذي سيتولى ذلك بتقرير من الطبيب الذي يباشر المعالجة.»

نقحت الفقرات الثلاث الأخيرة بالمرسوم عدد (2 لسنة 1973م) المؤرخ في (26 سبتمبر 1973م) المصادق عليه بالقانون عدد (57 لسنة 1973م) المؤرخ في: (19 نوفمبر 1973م).

والملاحظ أن إسقاط الحمل خلال ثلاثة الأشهر الأولى منه من طرف مؤسسات استشفائية وصحية أو في مصحة مرخص لها يعد مباحا قانونا، مما يعني أن الأصل هو المنع والاستثناء الإباحة متى كان ذلك خلال مدة 3 أشهر ولأسباب علاجية، وقد انتقد هذا التنقيح لما يمثله من اعتداء على حق الجنين في الحياة، وكأن المشرع يمنح للأم رخصة الإجهاض لا سيما وأنه لم يشترط أي شرط جوهري يتعلق بالجنين مقتصرًا على شروط شكلية تتعلق بالمكان والقائم بالإجهاض فقط، وبالتالي فإن الإجهاض في هذه الحالة يخضع فقط لإرادتها ورغبتها.

(2) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية - 7 أوت 2001 - ص 2573 .

(3) د. شوقي زكريا الصالحي - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الطبيعية - دار النهضة العربية - القاهرة - ب ط - 2001م - ص 151، د. أميرة عدلي أمير عيسى خالد - الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة - دار الفكر الجامعي - ب ط - 2007م - ص 218، د. أيمن مصطفى الجمل - مدى مشروعية

الفرع الثاني

تحديد لحظة بداية حياة الجنين

تبرز أهمية مسألة تحديد لحظة بداية حياة الجنين، في كون أن لحظة بداية حياة الجنين هي ذاتها لحظة بدء سريان نصوص الحماية الجنائية للجنين، وحيث إن المشرع الليبي - كغيره من التشريعات - لم يحدد تلك اللحظة بشكل صريح، الأمر الذي جعلها محلاً للاجتهاد، وقبل عرض موقف فقهاء الشريعة الإسلامية ثم موقف القانون الوضعي من هذه المسألة، فإنه سيكون من المفيد عرض مراحل حياة الجنين منذ تكونه أولاً، وذلك على النحو التالي:

أولاً مراحل حياة الجنين⁽¹⁾:

=

استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ب ط - 2008م - ص21، د. سعيد بن منصور موفعة - مرجع سبق ذكره - ص259، د. محمد سلام مذكور - الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي - دار النهضة العربية - ط1 - 1969م - ص31.

(1) غني عن البيان أن العلم الحديث وما يكشف من أسرار الخلق والكون، إنما يزيدنا تبصراً وإيماناً ويقينا بعظمة الله سبحانه وتعالى، وأنه كلما اتسعت دائرة البحث والعلم والتنقيب في أسرار خلق ملكوت الله عز وجل، أيقن الإنسان بقصور علمه وضآلته، ليبقى القرآن الكريم على مر العصور والأزمنة هو البرهان والدليل الجازم الذي يفحم بحجته ودقته البشرية عموماً، والعلماء على وجه الخصوص، فرغم التقدم العلمي المذهل في جميع المجالات على مستوى العالم، لم يستطع أي من العلماء أن يصف مراحل تكون الجنين أو أن يميزها إلا بأيام العمر، في حين وردت في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ﴾^(١٣) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ^(١٤) ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ الْخَلِيقِينَ^(١٥) - سورة المؤمنون الآيات: 12:14.

كما ورد في السنة النبوية الشريفة عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً ثم يكون في ذلك علقه مثل ذلك ثم يكون في ذلك مضغاً مثل ذلك، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح))^(١٦) صحيح مسلم - كتاب القدر - 2643 - ص620. وبهذا فقد بين لنا القرآن الكريم والسنة الشريفة أيضاً اسم كل مرحلة من مراحل تكون الجنين، ووصفها بدقة متناهية وشمول كامل مذهل، في زمن لم يكن متوافراً فيه أي من وسائل الكشف أو التكبير المستخدمة اليوم، ويشهد بذلك علماء في علم الأجنة غير مسلمين، بل أنهم قاموا بتعديل تقسيمهم لعلم الأجنة على الأساس الذي ورد في القرآن الكريم ولاغرو في ذلك فهو صالح لكل زمان ومكان.

كما جاء في صحيفة الاتحاد الإماراتية الصادرة في 31/8/1998م على لسان رئيس جمهورية ألمانيا الغربية الدكتور ريتشلرد فون فايتسسكر في حوار بينه وبين طلاب الجامعات الألمانية بمناسبة العام الدراسي الجديد قائلًا: (إن القرآن الكريم هو

1- النطفة الأمشاج: سبق التعريف بالنطفة الأمشاج بأنها عبارة عن اندماج واختلاط الحيوان

المنوي بالبويضة، لينتج عن هذا الاندماج خلية جسدية متكاملة، مشيخ نصفها من الأب والآخر من الأم، وهي أول خلية في جسد الجنين، لتبدأ بالانقسام المتتالي، لتصبح خلال خمسة أيام مثل الكرة أو مثل تمرة التوتة، وتسمى عندئذ التوتة⁽¹⁾، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽²⁾.

وتستقر النطفة الأمشاج في الرحم ليكون سكننا لها ولمراحل الجنين المتلاحقة لمدة تسعة أشهر، وقد بين الله تعالى هذا المستقر للنطفة، فقال جل وعلا: ﴿أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَّاءٍ مَهِينٍ فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ إِلَى قَدَرٍ مَّعْلُومٍ﴾⁽³⁾، والقرار أي الاستقرار، والمكين أي المتمكن، فقد هيا الله سبحانه وتعالى للنطفة أن تستقر في مكان أمين، ألا وهو ذلك الرحم الغائر بين عظام الحوض الحامية له من احتمالات الإصابة أو التأثير باهتزازات الجسم، وما يصيب البطن والظهر من ركلات وكدمات، ويربط الرحم بجدران الحوض أربطة وعضلات تحمي الجنين داخله، ومع ذلك تسمح له بالحركة والنمو حتى أن حجمه يتضاعف أكثر من ثلاثة آلاف مرة في نهاية الحمل، وبالرغم من أن طبيعة الجسم عموماً أن يطرد أي جسم خارجي، فإن الرحم بالنسبة للجنين على العكس من ذلك، فهو يأوي الجنين ويحميه ويغذيه، وهذا هو معنى القرار المكين⁽⁴⁾.

=

الكتاب السماوي الوحيد الذي فسر علم الأجنة بما عجز عنه العلماء حتى الآن)، انظر: د. عبد الرزاق الكيلاني - الحقائق الطبية في الإسلام - دار القلم بدمشق - ط 1 - 1996م - ص 23.

وقد اعترف الدكتور كيث مور رئيس قسم التشريح بجامعة تورنتو والمتخصص في علم الأجنة، بأن تحديد ووصف مراحل خلق ونمو الجنين التي ذكرت في القرآن الكريم، قد كانت أدق من أي كتاب في علم الأجنة على مستوى العالم، وأنه قد ألف كتاباً في علم الأجنة على أساس التقسيم الذي ورد في القرآن الكريم. أشار لذلك: د. حسيني هيكل - النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دار الكتب القانونية - ب ط - 2007 - ص 52 هامش 1.

(1) د. سعيد بن منصور موفعة - مرجع سبق ذكره - ص 287.

(2) سورة الإنسان الآية: 2.

(3) سورة المرسلات الآيات: 20:23.

(4) د. محمد كمال عبد العزيز - إعجاز القرآن في خلق الإنسان - مكتبة ابن سينا - ب ط - ب ت - ص 61 - د.

سعيد بن منصور موفعة - مرجع سبق ذكره - ص 290.

2- العلقة: إن النطفة عندما يبتدئ تعلقها بجدار الرحم وتشبثها به تنتهي تسميتها بنطفة وتسمى من ذلك الوقت علقة، ولفظ علقة مشتق من (عَلِقَ) وهو الالتصاق والتعلق بشيء ما، والعلق الدم عامة الشديد الحمرة أو الغليظ الجامد، كما أنها تطلق على الدم الرطب⁽¹⁾، ويطلق لفظ العلقة أساساً على كل ما ينشب ويلحق، وكذلك تفعل العلقة إذا تعلقت ونشبت في جدار الرحم وانغrust فيه، وتكون العلقة محاطة بالدم من كل جهة⁽²⁾.

3- المضغة: هي شيء لاكته الأسنان⁽³⁾، وهي عند المفسرين في حجم ما يمكن مضغه⁽⁴⁾، وقد أوضح علم الأجنة الحديث مدى الدقة في اختيار تسمية هذا الطور مضغة، إذ وجد أنه بعد تخلق الجنين والمشيمة في هذه المرحلة يتلقى الجنين غذاءه وطاقته، وتترايد بذلك عملية نموه بسرعة، ويبدأ ظهور الكتل البدنية المسماة فلقات والتي تتكون منها العظام والعضلات، ونظراً للعديد من الفلقات (الكتل البدنية) التي تتكون في الجنين يبدو كأنه مادة ممضوغة عليها طبقات أسنان واضحة فهو مضغة⁽⁵⁾.

4- خلق العظام واكتساؤها باللحم: في هذه المرحلة يكون الجنين في الأسبوع الخامس من عمره، وفيها يتكون النسيج الغضروفي ثم العظمي وذلك بتحول الكتل البدنية إلى خلايا كثيفة تكون الغضاريف والعظام، ويسبق الطرف العلوي الطرف السفلي ببضعة أيام⁽⁶⁾، وطور خلق العظام وكسوتها لحماً مشتركاً في التكوين والتخليق، فالله سبحانه وتعالى قال عن هذه المرحلة: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾⁽⁷⁾ والفاء هنا لا تعني التعقيب، فهي في لغة العرب كما تفيد التعقيب، قد تأتي لبيان التفصيل⁽⁸⁾.

(1) لسان العرب - مادة علق 267/10 ، 268.

(2) د. محمد علي البار - خلق الإنسان بين الطب والقرآن - ط الدر السعودية - ط 6 - 1986م - ص 202، د. محمد

سلام مدكور - مرجع سبق ذكره - ص 57.

(3) القاموس المحيط - مرجع سبق ذكره - باب الغين فصل الميم - ص 805.

(4) تفسير ابن كثير - 207/3.

(5) انظر علم الأجنة في ضوء القرآن والسنة - الزنداني وآخرون - ص 80. أشار إليه: د. سعيد بن منصور موقعة -

مرجع سبق ذكره - ص 309.

(6) د. محمد علي البار - مرجع سبق ذكره - ص 581 وما بعدها.

(7) سورة المؤمنون الآيات: 12:14.

(8) د. محمد سلام مدكور - مرجع سبق ذكره - ص 69.

5- مرحلة نفخ الروح: إن حقيقة الروح وماهيتها أمراً مبهماً إلى يوم الناس هذا، رغم التقدم

العلمي المذهل الذي توصل إليه الإنسان، وستبقى كذلك إلى أن يرث الله الأرض وما عليها، لكونها من الأمور التي اختص الله بها، وذلك ثابت بقوله تعالى: ﴿وَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾⁽¹⁾، والحكمة من إيهام حقيقة الروح وماهيتها وكيفية امتزاجها بالجسم واتصال الحياة بها، وكيفية خروجها من جسم الإنسان ليتركه جثة هامدة لا حياة فيه، ولا يستطيع أحد أن يمنعها من الخروج أو يعيدها للجسد مرة ثانية، فالحكمة من ذلك أن يعرف الإنسان عجزه عن علم حقيقة نفسه التي بين جنبيه، مع العلم بوجودها فسبحان الله العظيم⁽²⁾.

والبحث هنا ليس في حقيقة الروح، بل في وجودها من عدمه في مراحل حياة الجنين المتعددة، لأن بعض الفقه - كما سوف نرى - قد بنى أحكاماً معينة على مرحلة نفخ الروح في الجنين، ربما من أهمها تحديد نطاق الحماية للجنين في المرحلة التي بعد نفخ الروح فيه فقط، وما يمكن قوله في هذا المسألة هو أن هناك نصوص قرآنية ونبوية تشير إلى أن الروح تنفخ في الجنين بعد مرحلة معينة من مراحل تكوينه، ولكن تلك النصوص لم يرد فيها وقت نفخ الروح في الجنين بشكل قطعي الدلالة أو بشكل لا يدع مجالاً للخلاف في التفسير والتأويل، وذلك لحكمة يعلمها الله، فالنص القرآني الذي يشير لنفخ الروح في الإنسان هو قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾⁽³⁾، فبعد أن ذكر الله سبحانه وتعالى الأطوار المادية لخلق الإنسان من النطفة والعلقة والمضغة والعظام وكسائه للعظام لحماً، أخبر جل وعلا عن المرحلة الجديدة والتي هي مغايرة ومختلفة عن الخلق والإنشاء المادي الأول للإنسان.

ويقول بعض المفسرين أن المراد بقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ

(1) سورة الإسراء الآية: 85.

(2) أحمد عبد الحليم البردوني - تحقيق - الجامع لأحكام القرآن للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي - دار إحياء التراث العربي - ب ط - ب ت - 324/10.

(3) سورة المؤمنون الآيات: 12:14.

لَحْمًا ثُمَّ أَذْشَانَهُ حَلَقَاءَ آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١﴾ هو نفخ الروح في الجنين فيتحول إنسانا بعد أن كان في صورة جهاد، ويتحول عن المعاني السابقة المادية إلى المعاني الإنسانية⁽¹⁾.

أما عن الإشارة النبوية إلى نفخ الروح في الجنين، فقد وردت في عدة أحاديث صحيحة تتكلم عن صفة بدء خلق الإنسان ونفخ الروح فيه، ومن بينها ما ورد في صحيح مسلم أن رسول الله صلى عليه وسلم قال: ((إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات))⁽²⁾.

ويميل غالبية الفقهاء الذين تعرضوا لهذه المسألة، إلى أن الروح تنفخ في الجنين بعد مرور مائة وعشرين يوما، أي بعد مرور أربعة أشهر ودخوله في الخامس⁽³⁾، في حين يرى البعض أن نفخ الروح في الجنين قبل المائة وعشرين يوما⁽⁴⁾.

وخلاصة القول عن موضوع وقت نفخ الروح في الجنين، أن كل الآراء التي وردت حوله، ما هي إلا اجتهاد من الفقهاء والمفسرين، ولا يستطيع أحد أن يجزم بشيء، ليبقى أمر الروح غيبي لا يعلمه إلا الله، وعليه فإن الأولى والأصوب هو عدم بناء أي أحكام تتعلق بالحماية الجنائية للجنين على مسألة نفخ الروح فيه من عدمه، خاصة وأن ذلك سيضيق من نطاق هذه الحماية إذا ما أخذنا بالاتجاه الذي يرى أن لحظة بداية حياة الجنين هي وقت نفخ الروح فيه، كما سوف يأتي في الفقرة اللاحقة.

وبعد عرض مراحل تكون الجنين، فما هو موقف المشرع الليبي من تحديد لحظة بداية حياة

الجنين؟

في معرض الإجابة عن السؤال السابق يمكن القول بان المشرع الليبي كغيره من التشريعات لم يتعرض لمسألة تحديد لحظة بداية حياة الجنين تاركاً ذلك لاجتهاد الفقهاء، الذين تباينت آراؤهم حول هذه المسألة، وهذا ما سيتم عرضه في الفقرة التالية:

(1) انظر: الإمام أبي جعفر بن جرير الطبري - تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان - ط 1 - 1412 هـ - 204/9، 205.

(2) صحيح مسلم - كتاب القدر - 2643 - ص 620.

(3) انظر في ذلك: د. سعيد بن منصور موفعة - مرجع سبق ذكره - ص 404 وما بعدها .

(4) انظر: شمس الدين بن عبد الله محمد بن القيم الجوزية - التبيين في أقسام القرآن - دار إحياء العلوم - ب ط - ب ت

ثانياً موقف الفقه من تحديد لحظة بداية حياة الجنين:

للقوف على موقف الفقهاء من تحديد لحظة بداية حياة الجنين، يحسن عرض موقف فقهاء الشريعة الإسلامية أولاً، ثم بيان موقف فقهاء القانون الوضعي.

1- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تحديد لحظة بداية حياة الجنين:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد لحظة بداية حياة الجنين إلى ثلاثة اتجاهات: الأول يرى أن لحظة بداية حياة الجنين هي لحظة الإخصاب، أي التقاء الحيوان المنوي بالبويضة واندماجهما ببعض، بينما يرى الاتجاه الثاني أن حياة الجنين تبدأ منذ لحظة علوق البويضة المخصبة بالرحم، في حين يرى الاتجاه الثالث أن حياة الجنين تبدأ عند نفخ الروح فيه، وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول:

يرى أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ أن لحظة التقاء الحيوان المنوي بالبويضة هي ذاتها لحظة بداية حياة الجنين، فمنذ تلك اللحظة لا يجوز التعرض له باعتباره كائناً قد تمياً للحياة وأخذ في التخلّق شيء فشيء، فهو محترم شرعاً، وتعظم حرمة كلما تقدم به العمر، وهو الرأي الراجح والغالب.

ومن لطائف توجيه الإمام الغزالي في هذا المقام: ((أن اختلاط ماء الرجل بماء المرأة بمثابة الإيجاب والقبول) في الوجود الحكمي في العقود فمن أوجب ثم رجع قبل القبول لا يكون جانبا على العقد ومتى اتصل القبول بالإيجاب كان الرجوع بعد اتصاليهما رفعا للعقد وفسخا وقطعا فهذا قياس ذلك))⁽²⁾.

وهذا الاتجاه هو ما خلصت إليه ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت عن الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها، وقد جاء في البند الأول من توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بشأن

(1) يتبنى هذا الاتجاه الكثير من فقهاء المالكية وبعض الشافعية كالإمام الغزالي رحمه الله، راجع في ذلك: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي - ج 2 - ط الأزهرية 1345هـ - ص 266، الإمام الغزالي - إحياء علوم الدين - ب ن - سنة 1356هـ - ج 4 - ص 150 وما بعدها. د. عائشة أحمد سالم حسين - الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي - مجد المؤسسة للدراسات والنشر والتوزيع - ط 1 - 2008 - ص 56.

(2) الإمام الغزالي - مرجع سبق ذكره - ص 150.

بداية الحياة الإنسانية ما يلي: ((بداية الحياة تكون منذ التحام حيوان منوي ببويضة ليكونا البويضة الملقحة التي تحتوي على الحقيبة الوراثية الكاملة للجنس البشري))⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه⁽²⁾ أن حياة الجنين تبدأ من لحظة التصاق البويضة الملقحة بجدار الرحم، أي منذ لحظة العلق، والعلق هو انغراس البويضة المخصبة في جدار الرحم⁽³⁾، وهي مرحلة العلق، وإذا لم تعلق البويضة في جدار الرحم - ويحصل هذا في كثير من الحالات - فإن مصيرها إلى العدم حيث يطردها الرحم ويتخلص منها، ولذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن بداية حياة الجنين هي علوقه بجدار الرحم وليس حصول الإخصاب⁽⁴⁾.

وقد تعرّض هذا الرأي للانتقاد والرد عليه من قبل أنصار الاتجاه الأول بمقولة أن مسألة العلق بجدار الرحم مسألة طبيعية يصير إليها الجنين في الأحوال الطبيعية كما يصير إلى أي مرحلة من مراحل نموه، وأنه كما يتوقع عدم حصول العلق، يمكن توقع سقوط الجنين بعد علوقه بفترة من الزمن، فهل يسوغ القول بعدم بدء الحياة فيه إلى حين التثبيت من عدم سقوطه؟، كما أن العلق مسألة فنية يصعب على أهل الاختصاص التثبيت من توقيت حدوثها، فما بالك برجال الفقه والقانون.

(1) انظر توصيات مؤتمر المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي - دولة

الكويت - سلسلة مطبوعات المنظمة - 1985م - ص 676.

(2) يتبنى هذا الاتجاه بعض فقهاء المالكية والشافعية وبعض الحنابلة أيضا، انظر: حاشية الدسوقي - مرجع سبق ذكره - ص 266.

(3) أوضحت الدراسات العلمية الحديثة أن انغراس البويضة الملقحة في جدار الرحم يأتي بعد حدوث التلقيح بحوالي اثني عشر يوما، راجع: د. محيي الدين طالو العلي - تطور الجنين وصحة الحامل - ص 88. أشار إليه: د. السيد محمود مهران - الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر - رسالة دكتوراه - ب ن - ط 1 - 2002م - ص 157 هامش 1.

(4) مصطفى عبد الفتاح لبنة - جريمة إجهاض الحوامل - دار أولى النهى للطباعة والنشر - بيروت - ط 1 - 1989م - 51 وما بعدها.

الاتجاه الثالث:

يرى أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾ أن بداية حياة الجنين لا تكون إلا بعد نفخ الروح فيه، وأن البويضة المخصبة قبل نفخ الروح وإن كان فيها بعض خصائص الحياة المطلقة من نمو وغذاء وحركة، إلا أنها لا توصف بالحياة الإنسانية ولا تعتبر البويضة المخصبة جنينا، ولذا فهم يرون أنه يباح للمرأة أن تسقط حملها قبل نفخ الروح فيه، وأن الحمل قبل بدء التخلق أي قبل انقضاء أربعين يوما على حدوث الحمل هو عبارة عن دم أو جمد لا حياة فيه ولا غرة له⁽²⁾، واختلف أنصار هذا الاتجاه على وقت نفخ الروح في الجنين، فمنهم من يرى أنها تنفخ فيه بعد أربعين يوماً من حدوث الحمل، في حين يميل الغالبية - كما أسلفنا - إلى أن الروح تنفخ في الجنين بعد مرور أربعة أشهر على الحمل.

مما سبق يتضح عدم اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على لحظة بدء حياة الجنين، الأمر الذي ترتب عليه اختلاف آرائهم في حكم إجهاض الجنين، غير أنهم قد أجمعوا على تحريم إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه وذلك ليقينهم بوجود حياة في الجنين بعد نفخ الروح فيه.

والذي يبدو في مسألة تحديد لحظة بدء حياة الجنين أن الفقهاء قد ذهبوا يتلمسون القرائن الدالة على وجود الحياة بطرق ظنية، وفي حدود المتاح من علوم تفيد ذلك في عصرهم، وذلك لعدم وجود نصوص شرعية قاطعة الدلالة في هذه المسألة، فالذين أباحوا إسقاط الجنين قبل نفخ الروح فيه أسسوا ذلك على الظن بعدم وجود حياة في الجنين قبل ذلك، في حين ذهب الفقهاء الذين قالوا بحرمته إسقاط الجنين منذ لحظة حدوث الإخصاب إلى أن حياة الجنين ثابتة منذ حدوث الإخصاب، فهو ينمو وينتقل من طور إلى طور ويتغذى ويتحرك، وعليه فحياته ثابتة وحرية بالاحترام، ويزيدها بدء التخلق والتشكل ونفخ الروح رسوخا طبيعيا من حيث بنيان الكيان الإنساني والتأهل لاكتماله، فالحياة في الجنين تسبق الروح، وما استقبال الروح إلا حدث في حياة الجنين وليس بداية لها⁽³⁾، وقد أدرك ذلك الفقهاء الذين قالوا بحرمته إسقاط الجنين في جميع مراحل الحمل بثاقب بصيرتهم حيث عبر الإمام الغزالي عن ذلك بقوله عن

(1) يتبنى هذا الاتجاه بعض فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، انظر: ابن عابدين - حاشية ابن عابدين - ط 2 - سنة

1966 - ج 2 - ص 411، والإمام ابن قدامة - المغني على مختصر الخراقي - دار الكتاب العربي - القاهرة - ج

8 - ب ط - ب ت - ص 815، الإمام شمس الدين شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - ج

8 - ب ن - ب ط - 1292 هـ - ص 443.

(2) حاشية ابن عابدين - مرجع سبق ذكره - ج 2 - ص 411.

(3) د. عبد الله باسلامه - الحياة الإنسانية داخل الرحم بدايتها ونهايتها - مجموعة أعمال مؤتمر الحياة الإنسانية بدايتها

ونهايتها - الكويت - 1985م - ص 81.

الإجهاض: ((ذلك جنائية على موجود حاصل، وله مراتب وأول مراتب الوجود، أن تقع النطفة في الرحم، وتختلط بماء المرأة، وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جنائية، فإن صارت علقة ومضغة كانت الجنائية أفحش، وإن نفخت الروح واستوت الحلقة ازدادت الجنائية تفاحشا، ومنتهى التفاحش في الجنائية بعد الانفصال))⁽¹⁾.

ومن الحجج التي برهن بها أصحاب الاتجاه الأول والقائل بأن حياة الجنين تبدأ منذ حدوث الإخصاب، ومن ثم لا يجوز إسقاطه حتى قبل نفخ الروح فيه، أنهم قاسوا حرمة ذلك على تحريم كسر بيض صيد الحرم بالنسبة للمحرم⁽²⁾، فإذا كان البيض وهو أصل الطير، يأخذ حكم الصيد نفسه في التحريم على الحرم، فإنه من باب أولى أن يأخذ الجنين في أية مرحلة حكم الإنسان نفسه، الذي هو أصله، وذلك في تحريم قتله والثابت بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾⁽³⁾، ويتأكد ذلك إذا علم أن الأصل في النفس الإنسانية الحرم، بينما الأصل في الصيد هو الحل، وما يتم فيه الخروج من الحرم إلى الحل يجب الاحتياط فيه أكثر مما يتم الخروج فيه من الحل إلى الحرم⁽⁴⁾.

مما سبق يتضح سلامة ووجاهة ما ذهب إليه الاتجاه القائل بأن حياة الجنين تبدأ منذ لحظة اندماج الحيوان المنوي في البويضة، وذلك لقوة حججهم وأسانيدهم من جهة، ولما أثبتته العلم الحديث من أن الجنين كائناً يتمتع بالحياة منذ اللحظة الأولى لحدوث الإخصاب من جهة أخرى، إذ لا يسوغ القول بإباحة إسقاطه ما لم تنفخ فيه الروح بحجة أن تلك الحياة ليست حياة إنسانية وهي غير محققة إلا بعد نفخ الروح، وذلك لأن حياة الجنين وحتى بعد نفخ الروح هي ليست حياة إنسانية بالمعنى الكامل، لافتقادها خصائص الإنسان الطبيعية، من غذاء وتنفس ذاتي وغير ذلك، وافتقادها أيضا لخصائص الإنسان الشرعية، أما عن القول بأن حياة الجنين غير محققة قبل نفخ الروح فيه ومن ثم فهي غير جدية بالاعتبار فمردود عليه بأن حياة الجنين حتى بعد نفخ الروح غير محققة أيضا، فحياته منذ لحظة الإخصاب وحتى الولادة متوقعة، غير أن حياة الجنين وإن كانت متوقعة فإن المتوقع يأخذ حكم الواقع أحيانا⁽⁵⁾، بل أنه وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالجنين، يلاحظ أنها تحمي الجنين منذ التثبيت من وجوده، ومن مظاهر تلك

(1) الإمام الغزالي - أحياء علوم الدين 53/2.

(2) حاشية ابن عابدين 590/6.

(3) سورة الأنعام الآية: 151.

(4) حاشية ابن عابدين 176/3.

(5) القواعد الفقهية - علي أحمد الندوي ص238، أشار إليه: د. السيد محمود مهران - مرجع سبق ذكره - ص 150-

هامش رقم 3.

الحماية تأجيل العقوبة المقررة على الأم الحامل حتى تضع حملها، ورخصت الفطر للأم الحامل إذا خافت على جنينها، ولم تحدد الشريعة الإسلامية مرور زمن معين على وجود الجنين في الرحم، كما لم تشترط ولوج الروح بالجنين لكي يحض بتلك الحماية، وقد اتجهت أغلب التشريعات الوضعية إلى ذات الاتجاه⁽¹⁾.

2- موقف فقهاء القانون الوضعي من تحديد لحظة بداية حياة الجنين:

ذهب فقهاء القانون في مسألة تحديد لحظة بدء حياة الجنين إلى اتجاهين: يرى الأول أن حياة الجنين لا تبدأ إلا عند التصاق البويضة الملقحة في جدار الرحم وانغراسها فيه، في حين يرى الثاني أن حياة الجنين تبدأ منذ لحظة اندماج الحيوان المنوي بالبويضة (الإخصاب)، وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول: معيار التصاق البويضة الملقحة بجدار الرحم (العلق):

يرى أنصار هذا الاتجاه أن حياة الجنين تبدأ من لحظة التصاق البويضة الملقحة بجدار الرحم، وهي مرحلة العلق، حيث تعلق البويضة الملقحة في جدار الرحم وتنغرس فيه متشبثة بالحياة⁽²⁾، وتأتي هذه المرحلة بعد مرور حوالي ثلاثة عشر يوماً من حدوث عملية الإخصاب، أما المرحلة التي قبل العلق فإن حياة الجنين لازالت غير محققة، فقد يرفض الرحم البويضة الملقحة ويطردها إلى خارج الرحم، وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن البويضة الملقحة لا تعتبر جنيناً إلا بعد أن تسكن في الرحم وتلتصق بجداره وتستمد غذاءها منه، وعليه فقد ذهبوا إلى أنه إذا منعت البويضة الملقحة من الالتصاق بجدار الرحم وأسقطت - باستعمال عقاقير طبية أو غير ذلك مما يستعمل لمنع الحمل - فإن هذا الفعل لا يشكل جريمة إجهاض للجنين، ذلك لأنها لا تعتبر جنيناً إلا بعد أن تسكن في الرحم وتلتصق به⁽³⁾.

(1) راجع في تفصيل بعض مظاهر الرعاية الشرعية والقانونية للجنين: د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين - الحماية الجنائية

للجنين - دار الجامعة الجديدة - ب ط - 2006م - ص 31 وما بعدها، أمال المسعودي - الإجهاض وحق

الجنين في الحياة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس - 1997م - غير منشورة - ص 77.

(2) راجع في عرض هذا الاتجاه: ناهدة حسن سلمان البقصي - الهندسة الوراثية والأخلاق - سلسلة عالم المعرفة المجلس

الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت - يونيو 1993 - ص 149 وما بعدها، د. أحمد إبراهيم بك، وأصل

علاء الدين إبراهيم - التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث والوصية وتصرفات المريض مرض الموت في الشريعة

الإسلامية والقانون - ط 2 - 1999م - ص 452 وما بعدها.

(3) ذهب قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر في بريطانيا عام (1990م) إلى هذا الاتجاه.

الاتجاه الثاني: معيار حدوث الإخصاب

ذهب غالبية فقهاء القانون إلى الأخذ بنظرية الإخصاب كمعيار لبدء حياة الجنين، وذلك بغية تحقيق الحماية الجنائية الفعالة للأجنة منذ أطوار حياتها الأولى، فوفقاً لهذا الاتجاه تعد المرأة حاملاً بمجرد تمام عملية التلقيح وبصرف النظر عن العمر الزمني للبويضة الملقحة⁽¹⁾.

وهذا الاتجاه هو الذي تبناه المشرع الليبي وكذلك المشرع المصري والسوري واللبناني والبحريني والفرنسي وغيرهم من التشريعات، حيث لم يفرقوا في تجريمهم للإجهاض بين الاعتداء الذي يقع على الجنين في أيامه الأولى أو الأخيرة، فالاعتداء على حياته في أي وقت من أوقات الحمل وبعد التثبيت من وجوده

(1) راجع: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - ب ط - 1988م - ص 503 وما بعدها، د. حسيني هيكل - مرجع سبق ذكره - ص 60 وما بعدها، د. أسامة عبد الله قايد - المسؤولية الجنائية للأطباء - دار النهضة العربية - ب ط - 2003م - ص 308، د. السيد محمود عبد الرحيم مهران - مرجع سبق ذكره - ص 164، د. شوقي زكريا الصالحى - مرجع سبق ذكره - ص 156، د. محمد عبد الوهاب الخولي - المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - ب ن - ط 1 - ب ت - ص 116، د. أميرة عدلي أمير عيسى خالد - مرجع سبق ذكره - ص 246، د. رضا عبد الحلیم عبد المجید - مرجع سبق ذكره - ص 186، د. جلال ثروت - نظم القانون الخاص في قانون العقوبات - منشأة المعارف - الإسكندرية - الجزء الثاني - ب ط - 2000م - ص 47، د. رؤوف عبید - جرائم الاعتداء الأشخاص والأموال - ب ن - ط 8 - 1985م - ص 228، د. حسن صادق المرصفاوي - الإجهاض في نظر المشرع الجنائي - المجلة الجنائية القومية - العدد الثالث - نوفمبر 1958 - ص 93، د. عبد المهيم بكر - القسم الخاص في قانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة - ط 7 - 1977 - ص 665، د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - جامعة القاهرة - ط 8 - 1984م - ص 294، د. حسن محمد ربيع - الإجهاض في نظر المشرع الجنائي - دار النهضة العربية - ب ط - 1995م - ص 30، د. محمد محي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني - مطبعة جامعة القاهرة - ب ط - 1979م - ص 538، د. محمد عبد الشافي إسماعيل - الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون - دار المنار القاهرة - ط 1 - 1992م - ص 21، د. أيمن مصطفى الجمل - مرجع سبق ذكره - ص 20، د. محمود سعيد شاهين - أطفال الأنابيب بين الحضر والإباحة - دار الفكر الجامعي - ط 1 - 2010م - ص 272، د. مهند صلاح أحمد فتحي العزة - مرجع سبق ذكره - ص 297 وما بعدها، د. عطا عبد العاطي السنباطي - مرجع سبق ذكره - ص 8، د. فائزة يونس الباشا - القانون الجنائي الخاص الليبي - القسم الأول جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية القاهرة - ط 1 - 2003م - ص 156، د. ماجد محمد لافي - المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط 1 - 2009م - رسالة دكتوراه - عمان الأردن - ص 292.

ولو بلحظة واحدة يشكل جريمة إجهاض، كما أنه يتمتع وبمجرد تبين وجوده ببعض الحقوق كحقه في الحياة⁽¹⁾، وحقه في حجز أوفر النصيبين من الميراث، وصحة الوصية أو الوقف له⁽²⁾.

كما تبنت محكمة النقض المصرية أيضاً هذا الاتجاه، حيث قررت أن جريمة إجهاض الجنين تقع ولو كان ذلك الجنين لازال في بدايته ولم يتشكل بعد ولم يدب فيه النبض والحركة، غير أنها اشترطت أن يكون ذلك الجنين حياً وقت ارتكاب فعل الإجهاض⁽³⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعض أنواع وسائل تحديد النسل الجاري العمل بها إلى يومنا هذا، تعمل على منع حدوث الحمل عن طريق منع البويضة بعد أن تم تخصيبها من الالتصاق بجدار الرحم، حيث تقوم بتدميرها ليطردها الرحم إلى الخارج، وهو يعتبر نوعاً من الإجهاض المبكر الذي يجرمه المالكية والشافعية⁽⁴⁾، كما أنه وفقاً لرأي أنصار هذا الاتجاه القائل بأن بداية حياة الجنين تكون منذ لحظة الإخصاب، فإن استخدام هذا النوع من الوسائل لتحديد النسل يكون موضع مساءلة جنائية، فهو يشكل

(1) Kim Schaefer, in – vitro fertilization, frozen Embryos, and the Right to privacy Are Mandatory Donation laws constitutional. Pacific law journal - 1990 – Vol 22 – N. 1. p.77.

(2) د. حسن الشاذلي – حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لندوة الإنجاب في ضوء الإسلام – 1983م – سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي – 1991م – ص 396، وأنظر كذلك: د. محمد المرسي زهرة – الطبيعة القانونية للجنين – مجلة المحامي – الكويت – 1990م – ص 7 وما بعدها، أشار إليه: د. محمد مرسي زهرة – مرجع سبق ذكره – ص 99، د. عبد العزيز محمد محسن – الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار البشير بالقاهرة للنشر والتوزيع – ب ط - ب ت - ص 31.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع السوداني تدرج في العقاب على جريمة الإجهاض، فهو لم يساوي في العقوبة بين من يجهض جنين في مراحله الأولى ومن يجهضه وقد اكتمل نموه وقارب على الخروج للحياة خارج الرحم، حيث بدأ في العقاب على جريمة الإجهاض المتعمد بالسجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو الغرامة، فإذا بلغ الحمل مرحلة التحرك كانت العقوبة هي السجن لمدة لا تتجاوز سبع سنوات أو الغرامة، ونص على أنه إذا ارتكب فعل الإجهاض قبل ولادة الجنين كان العقاب عليه بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات أو الغرامة أو بالعقوبتين معاً. للمزيد راجع: د. خالد جمال أحمد حسن – الحماية القانونية للجنين – مجلة الحقوق البحرينية – المجلد الرابع – الجزء الأول – العدد الثاني – يوليو 2007م – عدد 8 ص 344.

(3) نقض جنائي في 27 ديسمبر 1970م – مجموعة أحكام محكمة النقض – س 21 رقم 302 – ص 1250.

(4) انظر في ذلك: د. محمد علي البار – أخلاقيات التلقيح الصناعي – الدار السعودية جدة – ب ط - 1973م – ص 36.

جرمة إجهاض⁽¹⁾، في حين أنه لا يشكّل ذلك وفقاً لرأي الاتجاه الأول، الأمر الذي يتطلب من المشرع أن يتدخل ليحدد بنص صريح وواضح وقت بدء حياة الجنين، وبالتالي بدء سريان نصوص الحماية الجنائية للجنين، كي لا تبقى حجة يستند عليها المارقين والمتحايدين على القانون⁽²⁾، وإذا كان ذلك هو الوضع القانوني للبويضة الملقحة داخل الرحم، فما هو وضعها وهي خارج الرحم؟ وهل تسري عليها الأحكام التي تسري على البويضة الموجودة بالرحم أم لا؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي فبماذا توصف إذاً؟ وما هي طبيعتها القانونية؟ الإجابة على هذا التساؤل هي موضوع الدراسة في الفرع الآتي:

الفرع الثالث

الوصف القانوني للبويضة المخصبة وهي خارج الرحم

لا يعرف القانون إلا طائفتين من التقسيمات، وهما: الأشياء والأشخاص، إذ لا توجد طائفة ثالثة بينهما، ولا يعتبر القول بوجود أشياء ذات طبيعة خاصة خروجاً عن هذه القاعدة⁽³⁾، فهي وإن كانت تعامل معاملة خاصة تختلف عن معاملة الأشياء العادية، إلا أن ذلك لا ينفي عنها صفة الشيئية التي هي دائماً تكون محلاً للحق، أما الشخص فهو دائماً صاحب الحق⁽⁴⁾، وإذا كان الوضع كذلك فيلزم أي طائفة تنتمي البويضة المخصبة خارج الرحم؟

لقد ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن البويضة بمجرد تلقيحها بالحيوان المنوي حتى وهي خارج الرحم تصبح كائناً حياً يحوي الحقيقة الوراثية الكاملة للإنسان ويبدأ بالنمو والتطور، غاية ما في الأمر أنه

(1) د. محمد عبد الشافي إسماعيل - مرجع سبق ذكره - ص 23 وما بعدها.

(2) د. علي الشيخ إبراهيم المبارك - مرجع سبق ذكره - ص 174، د. أميرة عدلي أمير عيسى - مرجع سبق ذكره - ص 394.

(3) يقسم بعض الفقه الجسد البشري إلى قسمين رئيسيين هما الأعضاء البشرية بمعناها الدقيق، كالكلية والكبد والرحم، ومشتقات الجسم ومنتجاته، كالنطف والدم، ولا يقتصر التفاوت والتباين بين هذين القسمين على الناحية الطبية والعلمية فقط، بل يبدو الأثر أكبر في اختلافهما في ترتيب الآثار القانونية، وتكييف أفعال الاعتداء التي تقع على كل منهما. وهناك من يقسم مكونات الجسم إلى أعضاء كالكلية، ومنتجات كالنطف، وبقايا كالشعر والأظافر بعد قصها، والمنتجات منها ما هو معد للخروج أصلاً كالنطف، ومنها ما ليس كذلك كالدّم. للمزيد راجع د. مهند صلاح أحمد فتحى العزة - مرجع سبق ذكره - ص 7. ود. رضا عبد الحليم عبد المجيد - مرجع سبق ذكره - ص 158.

(4) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد - مرجع سبق ذكره - ص 186.

يحتاج فقط للظروف الطبيعية اللازمة لنموه لينتج عنها إنساناً سوياً⁽¹⁾، وبناءً على هذه الخصائص الذاتية التي تتميز بها البويضة المخصبة فإنه يستبعد أن تدرج ضمن طائفة الأشياء ولو من ذوات الطبيعة الخاصة، ذلك أن إدراجها ضمن هذا التقسيم لتصبح محلاً للحق، لا يتفق وطبيعتها ويترتب عليه نتائج خطيرة من حيث إمكانية التصرف فيها ونوع التصرف وصاحب الحق في التصرف أو الإذن به⁽²⁾.

وفي معالجة موضوع الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة خارج الرحم، ذهب الفقه إلى اتجاهين: الأول يرفض أن توصف البويضة الملقحة خارج الرحم بأنها جنين، في حين يرى الاتجاه الثاني أن البويضة الملقحة خارج الرحم ما هي إلا جنيناً يجب إحاطته بنطاق من الحماية الخاصة إلى حين زراعته في الرحم، ولكل من الفريقين من الحجج والأسانيد ما يبرر به سلامة ما انتهى إليه، وذلك على النحو الآتي:

الاتجاه الأول البويضات الملقحة خارج الرحم ليست أجنة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن اصطلاح الجنين لا ينصرف إلا لما هو مستقر داخل رحم المرأة، بل إن البعض كان متشدداً في ذلك واشترط لإطلاق هذا المصطلح على البويضة الملقحة أن يمر على استقرارها في الرحم فترة زمنية معينة يطرأ خلالها على اللقحة أطوار خلقية معينة لتوصف بأنها جنين، ومن ثم فإن البويضة الملقحة خارج الرحم لا تعد جنيناً، فهي - حسب وجهة نظرهم - لا تخرج عن كونها مادة بيولوجية ليس لها أي وضع آدمي مميز، ولا تتمتع بأية حقوق قانونية، وليس هناك أي مسؤولية قانونية على من يقوم بإتلافها⁽³⁾.

(1) يسعى فريق من العلماء في بريطانيا واليابان على قدم وساق في إجراء التجارب لتوفير الظروف الطبيعية الموجودة في الرحم في بيئة صناعية، ليتم تجنب المرأة متاعب الحمل والولادة، أو اللجوء إلى عملية استئجار الأرحام، وتتلخص هذه التجارب في وضع الأجنة في حاوية أو خزان من الكليريك الشفاف، تحتوي على سائل يشبه السائل الطبيعي الموجود في رحم الأم، ويمد الجنين بكافة وسائل الحياة والنمو طوال فترة التسعة أشهر اللازمة لاكتمال نموه وتطوره، ويتم استبدال المشيمة الطبيعية والحبل السري بألة تضخ الأكسجين في الدم لنقل الدم المؤكسج والحمل بالمواد الغذائية عبر أنبوب متصل بأحد الشرايين المرتبطة بالحبل السري، ويتم مراقبة الجنين من خلال جدار الحاوية الشفاف، ويقال أن هذا الفريق قد حقق نجاحاً تمثل في تربية جنين ماعز بهذه الطريقة، وقد يصل العلم يوماً إلى تطبيق هذه الوسيلة على الإنسان، هذا إن أراد الله سبحانه وتعالى ذلك. راجع في ذلك: د. كارم السيد غنيم - مرجع سبق ذكره - ص274 وما بعدها.

(2) المرجع السابق - ص187.

(3) عرض هذا الرأي: د. ناهد حسن البقصي - مرجع سبق ذكره - ص177، إيهاب يسر أنور علي - المسؤولية المدنية والجناحية للطبيب - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - مطبوعة على الحاسب الآلي - 1994م - ص324،

الاتجاه الثاني البويضات الملقحة أجنة:

يميل غالبية الفقه إلى القول بأن بداية حياة الجنين تبدأ منذ لحظة الإخصاب⁽¹⁾، وبناءً على ذلك فإن البويضة الملقحة تعد جنينا ويجب حمايته من أي اعتداء يقع عليه وإن كان خارج الرحم⁽²⁾، بل إن الجنين خارج الرحم أحق وأحوج ما يكون للحماية الجنائية، وذلك لسهولة العبث به واستخدامه في غير الأغراض المشروعة⁽³⁾، وأسسوا قولهم هذا على أن الخصائص التي تتمتع بها البويضة المخصبة خارج الرحم هي ذات الخصائص التي تتمتع بها الموجودة بالرحم، وبالتالي يجب أن تتمتع البويضة المخصبة خارج الرحم بالحرمة والحماية التي تتمتع بها التي بداخله⁽⁴⁾، فما الفرق بين الاثنين إلا في مكان وجودهما، ومعلوم أن

=

د. محمد نعيم ياسين - أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة - دار النفائس - الأردن - ط2 - 1999م - ص96 وما بعدها، د. حسيني هيكال - مرجع سبق ذكره - ص443.

(1) راجع ص 15 من البحث.

(2) د. محمد نعيم ياسين - حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء - مجلة الشريعة والدراسة الإسلامية - الكويت - السنة السابعة - العدد السابع عشر - 1990م - ص66، د. عبد الله حسن باسلامة - مرجع سبق ذكره - ص449، د. شوقي زكريا الصالحي - مرجع سبق ذكره - ص172 وما بعدها، د. رضا عبد الحلیم عبد المجيد - مرجع سبق ذكره - ص187، د. أميرة عدلي أمير - مرجع سبق ذكره - ص237، د. السيد محمود مهران - مرجع سبق ذكره - ص164 وما بعدها، د. عطا عبد العاطي السنباطي - مرجع سبق ذكره - ص127، د. سفيان بن عمر بورقعة - النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته - دار كنوز اشبيليا السعودية - ط1 - 2007م ص473، د. مفتاح محمد اقريط - الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الكتب القانونية - ب ط - 2006م - ص221 وما بعدها، د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين - مرجع سبق ذكره - ص148، حسن محمد ربيع - الإجهاض في نظر المشرع الجنائي - مرجع سبق ذكره - ص274، د. محمود كبيش - مناقشات الندوة العلمية التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بشأن الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي - نوفمبر 1993م - القاهرة - ص162، د. منال مروان منجد - مرجع سبق ذكره - ص61.

(3) بلقاسم كريد، سمير معتوق - الجوانب القانونية لتقنيات التلقيح الصناعي - مجلة القضاء والتشريع - وزارة العدل بالجمهورية التونسية - السنة الرابعة والثلاثون - العدد الأول - جانفي 1992م. الجوانب القانونية لتقنيات التلقيح الصناعي - مجلة القضاء والتشريع - وزارة العدل بالجمهورية التونسية - السنة الرابعة والثلاثون - العدد الأول - جانفي 1992م - ص19.

(4) انظر الفقرة 8 من توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - نوفمبر 1993م، والتي نصت على ضرورة أن يجرم القانون الإتلاف أو الإيذاء العمدي وسائر صور الاعتداء

المكان الطبيعي لوجود البويضة الملقحة هو الرحم، غير أن وجودها في الرحم ليس هو سبب منحها الحرمة، أضف إلى ذلك أن الرحم ليس هو محل الحماية الجنائية في جريمة الإجهاض، فالمعنى بالحرمة والحماية هو الجنين، وعليه فإنه إسباغ صفة الجنين على البويضة المخصبة خارج الرحم هو أمراً موافق تماماً لطبيعتها، فهي علمياً وبيولوجياً كذلك⁽¹⁾، فلماذا لا تكون قانونياً كذلك؟،

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن حدوث عملية التلقيح تعد بمثابة نقطة التحول لنطفة الرجل ونطفة المرأة من زمرة النطف إلى زمرة الأجنة، حتى وإن كانت خارج الرحم بشرط أن تكون معدة للزرع، فالاعتداء على البويضة المخصبة خارج الرحم في هذه الحالة، يعد مساوياً للاعتداء الواقع على الجنين بمعناه الدقيق، ذلك أن الاعتداء الواقع عليها يعد هو المانع الواقعي الذي سلب هذا الجنين الحق في النضوج والنمو⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الجنين حتى لو كان مجمداً فهو إنسان تسري بشأن تدميره نصوص القتل والجرح، وأكد مجلس نقابة الأطباء هناك على ضرورة احترام الجنين البشري وعدم جواز معاملته كشيء أو كمنتج تجاري⁽³⁾.

وفي معرض الرد على الاتجاه الرافض لوصف البويضة المخصبة خارج الرحم بالجنين، بحجة أن هذا الأخير لا يطلق في اللغة إلا على الولد في رحم أمه، لاستتاره داخل الرحم، فقد جاء الرد بمقولة أنه لما كان من الثابت أن حياة الجنين داخل الرحم تبدأ منذ اللحظة التي يتم فيها تلقيح الحيوان المنوي للبويضة، وتوصف البويضة الملقحة بناءً على ذلك بأنها جنين، فإن حصول هذا التلقيح والإخصاب خارج الرحم على سبيل الاستثناء، لا ينفي عنها وصف الجنين، فإطلاق هذا الوصف على البويضة الملقحة خارج الرحم جاء بناء على ما ستؤول إليه حتماً، حيث سيتم زرعها داخل الرحم لتستكمل نموها وبقية أطوارها الجنينية

=

التي تقع على النطفة المخصبة الناتجة عن تلقيح صناعي في نطاق العلاقة بين زوجين، وذلك قبل إيداع هذه النطفة المخلقة في رحم الزوجة. ص 198.

(1) د. عبد الله باسلامة - مرجع سبق ذكره - ص 449.

(2) لأهمية المرحلة الجنينية ولأن أكبر نمو في حياة الإنسان يحدث في هذه المرحلة، يحسب الصينيون عمر الإنسان بإضافة عام إلى عمره منذ الولادة، حيث يرون أن الحياة تبدأ منذ التحام الحيوان المنوي بالبويضة، ففي هذه اللحظة تتحدد الخصائص الوراثية للإنسان، ويبدأ في النمو بشكل متسارع، راجع في ذلك: أمال المسعودي - مرجع سبق ذكره - ص 74. د. مهند صلاح أحمد العزة - مرجع سبق ذكره - ص 298 وما بعدها.

(3) Memeteau Rapport National, p. 906.

أشار إليه: د. محمد عبد الوهاب الخولي - مرجع سبق ذكره - ص 129.

فيه، فبداية حياة الجنين الأولى وإن كانت خارج الرحم إلا أن أغلب المراحل التي يمر بها بعد ذلك ستكون داخل الرحم، وإطلاق الشيء بما يؤول إليه أمراً معروفاً عند أهل اللغة، ومن ذلك قول الله تعالى على لسان أحد فتية السجن مع يوسف الصديق عليه السلام: ﴿إِنِّي أَرْنَيْتُكَ خَمْرًا﴾⁽¹⁾ والمعنى: عنبا يصير خمراً، لأن الخمر لا تعصر، ومنه قوله كذلك ﷺ: ((لَقِنَا مَوْتَاكُم لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ))⁽²⁾، والمراد بالموتى هنا المحتضرون الذين بدت عليهم مقدمات الموت وأماراته، وعلى ذلك يمكن قياس وصف البويضة الملقحة خارج الرحم لغرض زرعها في الرحم لاحقاً بالجنين⁽³⁾.

ولا يعني إسباغ صفة الجنين على البويضة المخصبة خارج الرحم بأي حال من الأحوال، أن يكون لها نفس القدر من الحماية والحقوق المقررة للجنين داخل الرحم، فكما هو ثابت شرعاً أن حرمة الجنين متفاوتة تبعاً لأطوار نموه، فكلما زاد نموه عظمت حرمة، لذلك فإنه يمكن القول بأن الحماية الجنائية بالرحم ستكون أكبر قدرًا من المقررة له خارجه، خاصة إذا ما علمنا أن المعطيات العلمية تؤكد أن احتمالية عدم علوق البويضة الملقحة خارج الرحم عند زرعها فيه أعلى من احتمالية سقوط الملقحة داخله، إضافة لاحتمالية عدم زرعها في الرحم أصلاً لسبب أو لآخر⁽⁴⁾.

وبعد استعراض الرائيين السابقين يتضح سلامة الاتجاه القائل بوصف البويضة الملقحة خارج الرحم بأنها جنيناً، وذلك لقوة حججه وأسانيده، ولأن الجنين منذ لحظة تكونه بالتقاء ماء الرجل وماء المرأة إلى يوم ولادته، يمر بمراحل مختلفة، وتتعاقد عليه أطوار تكسبه خصائص وصفات جديدة، وتعتبر لحظة التحام الحيوان المنوي بالبويضة - سواء تمت داخل الرحم أم خارجه - هي المرحلة الأولى لخلق الجنين وتكونه، فما مبرر استبعاد هذه المرحلة من حياة الجنين إذا تمت خارج الرحم لسبب أو لآخر وهي في الحقيقة تعد البداية الأولى لخلق الجنين؟ كما أن التسليم بما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول - الذي يرفض أن توصف البويضة الملقحة خارج الجسم بأنها جنينٌ - يقودنا إلى نتيجة شاذة وغير مقبولة وخصوصاً في الحالة التي يتكون فيها الجنين في الرحم بالشكل الطبيعي ثم يقوم الأطباء باستخراجه وهو في المراحل الأولى من حياته - فيما يعرف بعملية غسل الرحم - ليعاد زرعه في الرحم نفسه أو في غيره في وقت لاحق⁽⁵⁾، إذ

(1) سورة يوسف الآية: 36.

(2) صحيح مسلم - كتاب الجنائز، حديث 916 - ص 204.

(3) د. سفيان بن عمر بورقة - مرجع سبق ذكره - ص 473.

(4) د. محمد علي البار - خلق الإنسان بين الطب والقرآن - مرجع سبق توثيقه - ص 533.

(5) د. محمد المرسي زهرة - مرجع سبق ذكره - ص 143 وما بعدها.

هل يسوغ أن يفقد الجنين صفته كجنين بعد أن ثبتت له هذه الصفة بتكونه ولوجه رحم أمه وبالشكل الطبيعي، وذلك فقط بسبب نقله المؤقت من الرحم، ثم نعود فنصفه بأنه جنينٌ إذا ما أعيد للرحم مرة أخرى؟!، يبدو أنه ليس هناك من مبرر لهذا التخبط إلا التحجج بأن لفظ الجنين في اللغة لا يطلق إلا على ما هو مستقر في الرحم، وقد تبين أن هذه الحجة مردود عليها بأن إطلاق الشيء بما يؤول إليه أمر معروف عند أهل اللغة⁽¹⁾.

وسواء أطلق لفظ الجنين على البويضة المخصبة خارج الرحم، أم أطلق عليها لفظ آخر، فإنه وكما يقول الفقهاء لا مشاحة في الألفاظ والأسماء، فالعبرة عندهم بما يترتب على ذلك من آثار وأحكام، وإن اختلفت تلك الألفاظ والأسماء، والحقيقة أنه قد جرت تسمية البويضة الملقحة خارج الرحم بالجنين عند أغلب الفقهاء الذين تناولوا هذا الموضوع بالبحث والدراسة، بل أن بعض المراجع والبحوث قد عُنوتت بعناوين توصف البويضة الملقحة بأنها أجنة⁽²⁾، وكذلك ورد ذلك الوصف صراحة في نصوص الكثير من التشريعات التي نظمت مسألة الإنجاب الصناعي⁽³⁾، ومن بينها ما أورده المشرع الليبي في قانون المسؤولية الطبية، الذي نص صراحة على إسباغ صفة الجنين على البويضة المخصبة خارج الرحم، وذلك في المادة (17) من القانون المذكور والتي نصت على أنه: ((لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين بالرحم إلا

(1) راجع ص 49 من الرسالة.

(2) انظر كتاب الدكتور عطا عبد العاطي السنباطي بعنوان: بنوك النطف والأجنة - سبق توثيقه، وكذلك كتاب الدكتور محمد عبد الله الشلتاوي بعنوان: ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة الفائضة - سبق توثيقه، وأنظر كذلك للبحث المقدم من الدكتور محمد علي البار بعنوان: إجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستنبته واستخدام الأجنة في زرع الأعضاء، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد السادس - الجزء الثالث، وبحث للدكتور عبد الله حسين باسلامة بعنوان الاستفادة من الأجنة المجهضة والفائضة في زراعة الأعضاء وإجراء التجارب - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد السادس - الجزء الثالث. وكذلك بحث للدكتور عامر هشام جعفر بعنوان الأجنة المجمدة منشور في مجلة العربي الكويتية العدد 318 مايو 1985م، وبحث آخر للباحث هاشم جميل عبد الله بعنوان زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية منشور في مجلة الرسالة الإسلامية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الدينية في الجمهورية العراقية - الأعداد 231، 230، 232 - لسنة 1410هـ.

(3) أطلق المشرع التونسي على البويضة المخصبة خارج الرحم وصف جنين في العديد من فصول القانون عدد 93 لسنة 2001م المتعلق بالطب الإنجابي، انظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية - 7 أوت لسنة 2001م - عدد 63، وسار على ذات النهج كل من المشرع الفرنسي في القانون الخاص باحترام الجسم البشري والصادر عام 1994م الذي نص على عقوبات جنائية توقع على من يقوم بخلق أجنة بشرية في أنبوب لغاية صناعية أو تجارية المادة (511-17)، والمشرع البريطاني في قانون الإخصاب وعلم الأجنة البشرية عام 1990م.

عند الضرورة ،)) ومن الواضح أن عبارة زرع الجنين بالرحم الواردة بالنص، يقصد بها زرع البويضة المخصبة خارج الرحم في الرحم، ولا اجتهاد مع صراحة النص، إلا أننا نلاحظ وجود تضارب بين هذا النص والنصوص الأخرى التي تعالج جريمة الإجهاض⁽¹⁾، فنجد المشرع يصف البويضة الملقحة خارج الرحم بأنها جنيناً، في حين أن نصوصه التي تقرر حماية الأجنة من الإجهاض لا تستوعب حماية الجنين خارج الرحم لاشتراطه ضرورة وجود المرأة الحامل، الأمر الذي مؤداه أن الاعتداء على الجنين خارج الرحم لا يشكل جريمة إجهاض، ولا يشكل أية جريمة أخرى وفقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، حيث أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص⁽²⁾.

الخاتمة

تخلص الدراسة إلى أن الأجنة خارج الرحم بالنظر إلى كونها تمثل طوراً من أطوار خلق الجنين، فهي وإن لم يثبت لها حقوق الجنين الكاملة، فإن لها قدر من تلك الحقوق والحرمة والقدسية المقررة للجنين البشري بصفة عامة، بل إن المشرع الليبي وكما أسلفنا قد كان موقفه من هذه المسألة صريح، فقد أسبغ على البويضة الملقحة خارج الرحم صفة الجنين، الأمر الذي يعني عدم جواز معاملتها كشيء أو كمنتج تجاري، مما يوجب تدخل القانون الجنائي لحمايتها من العبث والامتهان ومنع استغلالها في العديد من الممارسات التي تتعارض مع كرامة الإنسان، خاصة إذا ما علمنا أنها تستعمل في التجارب الطبية، وكذلك على الصعيد التجاري في العديد من الصناعات الدوائية، ومستحضرات التجميل.

قائمة المراجع

1. ابن عابدين - حاشية ابن عابدين - ط 2 - سنة 1966 - ج 2.
2. ابن عابدين - حاشية منحة الخالق على هامش كتاب البحر الرائق - دار الكتاب الإسلامي - ب ط - ب ت.
3. ابن قدامة - المغني على مختصر الخرقى - دار الكتاب العربي - القاهرة - ج 8 - ب ط - ب ت.
4. أبي الفرج ابن رجب الحنبلي - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم - دار المعرفة بيروت - ب ط - ب ت .

(1) انظر المواد (390:395) من قانون العقوبات الليبي، والمادة التاسعة عشر من القانون رقم (17) لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية.

(2) راجع د. حسن محمد ربيع - مرجع سبق ذكره - ص42، د. محمد عبد الوهاب الخولي - مرجع سبق ذكره - ص127.

5. أبي الوليد سليمان بن خلف بن أيوب بن دارث الباجي الأندلسي - المنتقى شرح موطأ الإمام مالك - دار الكتاب الإسلامي القاهرة - ط2 - ب ت .
6. أبي جعفر بن جرير الطبري - تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان - ط1 - 1412هـ.
7. أبي حامد بن مُجَدِّ الغزالي - إحياء علوم الدين - دار المعرفة بيروت - ب ط - ب ت.
8. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين إبراهيم - التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث والوصية وتصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية والقانون - ط2 - 1999م.
9. أحمد عبد الحلیم البردوني - تحقيق - الجامع لأحكام القرآن للإمام أبي عبد الله مُجَدِّ بن أحمد القرطبي - دار إحياء التراث العربي - ب ط - ب ت .
10. أسامة عبد الله قايد - المسؤولية الجنائية للأطباء - دار النهضة العربية - ب ط - 2003م.
11. أمال المسعودي - الإجهاض وحق الجنين في الحياة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس - 1997م - غير منشورة.
12. أميرة عدلي أمير عيسى خالد - الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة - دار الفكر الجامعي - ب ط - 2007م .
13. أيمن مصطفى الجمل - مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ب ط - 2008م.
14. إيهاب يسر أنور علي - المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - مطبوعة على الحاسب الآلي - 1994م .
15. بلقاسم كريد ، سمير معتوق - الجوانب القانونية لتقنيات التلقيح الصناعي - مجلة القضاء والتشريع - وزارة العدل بالجمهورية التونسية - السنة الرابعة والثلاثون - العدد الأول - جانفي 1992م.
16. جلال ثروت - نظم القانون الخاص في قانون العقوبات - منشأة المعارف - الإسكندرية - الجزء الثاني - ب ط - 2000م.
17. حسن الشاذلي - حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لندوة الإنجاب في ضوء الإسلام - 1983م - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي - 1991م.
18. حسن صادق المرصفاوي - الإجهاض في نظر المشرع الجنائي - المجلة الجنائية القومية - العدد الثالث - نوفمبر 1958.
19. حسن مُجَدِّ ربيع - الإجهاض في نظر المشرع الجنائي - دار النهضة العربية - ب ط - 1995م.

20. حسيني هيكل - النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دار الكتب القانونية - ب ط - 2007.
21. خالد جمال أحمد حسن - الحماية القانونية للجنين - مجلة الحقوق البحرينية - المجلد الرابع - الجزء الأول - العدد الثاني - يوليو 2007م - عدد 8.
22. رضا عبد الحلیم عبد المجید- النظام القانوني للإنجاب الصناعي- رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - مطبوعة على الحاسب الآلي - 1996م.
23. رؤوف عبيد - جرائم الاعتداء الأشخاص والأموال - ب ن - ط 8 - 1985م.
24. زهير الشاوش - تحقيق - الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل للإمام محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامه المقدسي - تحقيق - دار المكتب الإسلامي - بيروت - ط 2 - 1402هـ - 1982م .
25. زين الدين بن نجيم الحنفي - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - دار الكتاب الإسلامي - ب ط - ب ت.
26. سعيد بن منصور موفعة - الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري من الناحية الطبية والشريعة والقانونية - الجزء الأول - دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع - الإسكندرية - ب ط - 2005م.
27. سفيان بن عمر بورقعة - النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته - دار كنوز اشبيليا السعودية - ط 1 - 2007م .
28. السيد محمود مهران - الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر - رسالة دكتوراه - ب ن - ط 1 - 2002م .
29. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار إحياء الكتب العربية - ب ط - ب ت .
30. شمس الدين شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - ج 8 - ب ن - ب ط - 1292هـ.
31. شمس الدين السرخسي - المبسوط - دار المعرفة بيروت - ب ط - 1406 هـ - 1986م .
32. شوقي زكريا الصالحى - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الطبيعية - دار النهضة العربية - القاهرة - ب ط - 2001م .
33. عامر هشام جعفر بعنوان الأجنة المجددة منشور في مجلة العربي الكويتية العدد 318 مايو 1985م،
34. عائشة أحمد سالم حسين - الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي - مجد المؤسسة للدراسات والنشر والتوزيع - ط 1 - 2008.
35. عبد الرزاق الكيلاني - الحقائق الطبية في الإسلام - دار القلم بدمشق - ط 1 - 1996م.

36. عبد العزيز مُجَّد محسن - الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار البشير بالقاهرة للنشر والتوزيع - ب ط - ب ت .
37. عبد الله باسلامه - الحياة الإنسانية داخل الرحم بدايتها ونهايتها - مجموعة أعمال مؤتمر الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها - الكويت - 1985م .
38. عبد الله حسين باسلامة بعنوان الاستفادة من الأجنة المجهضة والفائضة في زراعة الأعضاء وإجراء التجارب - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد السادس - الجزء الثالث .
39. عبد المهيم بكر - القسم الخاص في قانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة - ط7 - 1977 .
40. عطا عبد العاطي السنباطي - بنوك النطف والأجنة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - القاهرة - ط 1 - 2001م .
41. فائزة يونس الباشا - - القانون الجنائي الخاص الليبي - القسم الأول جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية القاهرة - ط 1 - 2003م .
42. القاموس المحيط - مجد الدين مُجَّد بن يعقوب الفيروز آبادي - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط 1 - 2004م .
43. كارم السيد غنيم - الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء - دار الفكر العربي - القاهرة - ط 1 - 1998م .
44. لسان العرب - لأبي الفضل جمال الدين مُجَّد بن مكرم بن منظور الإفريقي - دار صادر بيروت - ب ت .
45. ماجد مُجَّد لافي - المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط 1 - 2009م - رسالة دكتوراه - عمان الأردن .
46. مالك بن أنس - المدونة الكبرى - دار صادر بيروت - ب ط - ب ت - المجلد السادس .
47. مُجَّد المرسي زهرة - الطبعة القانونية للجنين - مجلة المحامي - الكويت - 1990م .
48. مُجَّد بن إدريس الشافعي - الأم - دار الفكر بيروت - ب ط - ب ت .
49. مُجَّد سلام مذكور - الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي - دار النهضة العربية - ط 1 - 1969م .
50. مُجَّد عبد الشافي إسماعيل - الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون - دار المنار القاهرة - ط 1 - 1992م .
51. مُجَّد عبد الوهاب الخولي - المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - ب ن - ط 1 - ب ت .

52. مُجَّد علي البار - أخلاقيات التلقيح الصناعي - الدار السعودية جدة - ب ط - 1973م - ص 36.
53. مُجَّد علي البار - التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستنبته واستخدام الأجنة في زرع الأعضاء، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد السادس.
54. مُجَّد علي البار - خلق الإنسان بين الطب والقرآن - ط الدر السعودية - ط 6 - 1986م.
55. مُجَّد كمال عبد العزيز - إعجاز القرآن في خلق الإنسان - مكتبة ابن سينا - ب ط - ب ت.
56. مُجَّد محي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني - مطبعة جامعة القاهرة - ب ط - 1979م.
57. مُجَّد نعيم ياسين - أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة - دار النفائس - الأردن - ط 2 - 1999م.
58. مُجَّد نعيم ياسين - حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء - مجلة الشريعة والدراسة الإسلامية - الكويت - السنة السابعة - العدد السابع عشر - 1990م
59. محمود سعيد شاهين - أطفال الأنابيب بين الحضر والإباحة - دار الفكر الجامعي - ط 1 - 2010م.
60. محمود كبيش - مناقشات الندوة العلمية التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بشأن الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي - نوفمبر 1993م - القاهرة .
61. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - جامعة القاهرة - ط 8 - 1984م.
62. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - ب ط - 1988م.
63. مصطفى عبد الفتاح لبنه - جريمة إجهاض الحوامل - دار أولى النهى للطباعة والنشر - بيروت - ط 1 - 1989م.
64. مفتاح مُجَّد افريط - الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الكتب القانونية - ب ط - 2006م .
65. مهند صلاح أحمد فتحي العزة - الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - مصر - ب ط - 2002م.
66. ناهدة حسن سلمان البقصي - الهندسة الوراثية والأخلاق - سلسلة عالم المعرفة المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت - يونيو 1993 .

67. هاشم جميل عبد الله بعنوان زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية منشور في مجلة الرسالة

الإسلامية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الدينية في الجمهورية العراقية - الأعداد

231,230,232 - لسنة 1410 هـ.

- 1- Kim Schaefer, in - vitro fertilization, frozen Embryos, and the Right to privacy Are Mandatory Donation laws constitutional. Pacific law journal - 1990 - Vol 22 - N. 1.

إمكانية اصلاح حق الفيتو

إعداد الدكتور: علي عبد المعطي الحمدان.

أستاذ مساعد في جامعة باريس العاشرة مركز القانون الدولي (CEDIN)

تخصص قانون دولي

ملخص عربي

حق الفيتو الذي منحه ميثاق الأمم المتحدة منذ عام 1945 للأعضاء الخمسة الدائمين في مجلس الأمن (الولايات المتحدة، روسيا، الصين، بريطانيا العظمى وفرنسا)، سمح لهذه الدول بإحباط أي قرار ضد مصالحها، حتى بشكل غير مباشر. ومن ثم فإن هذا الحق تسبب في شلل منظمة دولية من المفترض أن تعزز السلام وحقوق الإنسان في العالم، ولكنها عاجزة عن التصرف في وقت تزداد الحاجة فيه إلى التدخل الفعال .

ومن ناحية أخرى، يبدو أن حق النقض مازال يقاوم جميع تيارات التغيير. وباعتبار هذا الحق محمي من قبل ميثاق الأمم المتحدة، فلا يمكن المس به إلا إذا وافق ثلثا أعضاء الجمعية العامة، لاسيما أعضاء مجلس الأمن الخمسة بالإجماع على التخلي عنه. بعبارة أخرى، من غير المرجح أن تقوم القوى الخمس بالتخلي عن امتياز حازت عليه في غفلة من الزمن. لقد كان تكوين مجلس الأمن وسلطاته ووظائفه موضوع انتقادات طويلة ، بما في ذلك الامتيازات الضخمة للأعضاء الخمسة الدائمين. وقد تم اقتراح زيادة عددهم بحيث يعكس المجلس على نحو أفضل الحقائق الاقتصادية والسياسية والعسكرية لعالم اليوم وإفساح المجال لبلدان مثل ألمانيا واليابان والهند ، لم يتمكنوا من تأكيد حقوقهم في عام 1945. ولكن هذا من شأنه أن يخلق توترات جديدة دون إجراء أي تغيير كبير في المشكلات التي يطرحها الأداء الحالي للمجلس. وقبل كل شيء ، لن يؤدي ذلك إلا إلى تضخيم الانتهاكات المتعلقة باستخدام حق النقض.

إذن ما الذي ينبغي عمله؟ يبدو أن الجواب لا محالة هو إلغاء حق النقض أو إصلاحه بطريقة

ما. سنتناول في هذه الدراسة حق الفيتو من حيث تعريفه واستعماله وجهود إصلاحه.

Abstract

The right of veto that the UN Charter has granted since 1945 to the five permanent members of the Security Council (United States, Russia, China, Great Britain and France) allows them to block any resolution that thwarts its interests, even very indirect. It thus guarantees the paralysis of an organization which is supposed to promote peace and human rights but which is powerless to act where the action is most needed.

The right of veto, on the other hand, seems to have to resist all contestations. Securely locked by the United Nations Charter, it could only be called into question if two-thirds of the members of the General Assembly agreed, especially if the five members of the Security Council unanimously agreed to give up privilege. The composition, powers and functioning of the Security Council have long been the subject of criticism, including the exorbitant privileges of the five permanent members. It was suggested to increase their number so that the Council better reflects the economic, political and military realities of today's world and make room for countries such as Germany, Japan or India, which were unable to assert their rights in 1945. But this would create new tensions without making any significant change to the problems posed by the current functioning of the Council. Above all, it would only amplify abuses related to the use of the veto.

إمكانية إصلاح حق الفيتو

مقدمة:

غالباً ما يتم تداول مصطلح (حق النقض أو الفيتو) عند انعقاد جلسات مجلس الأمن الدولي لاتخاذ قرار ما في مسألة معينة. فما معنى هذا المصطلح؟ ومن هو صاحب الحق في استعماله؟ وما هو مستقبله في ظل التطورات الدولية وازدياد عدد أعضاء الأمم المتحدة زيادة ملحوظة⁽¹⁾؟

الحقيقة أن من أهم الوسائل التي ابتدعتها الدول المنتصرة في الحرب العالمية الثانية (الولايات المتحدة الأمريكية، الاتحاد السوفيتي السابق، بريطانيا، فرنسا، الصين)، تأسيس الأمم المتحدة ومجلسها التنفيذي (مجلس الأمن) ووضع آليات في إطار هذه المنظمة لفرض هيمنتها على الدول والتفرد بالقرار الدولي ومن هذه الآليات ما يسمى حق الفيتو، وهو امتياز أعطته لنفسها الدول المنتصرة في الحرب العالمية الثانية وأسلوب هيمنة تمارسه ضد بقية العالم.

وإذا تصفحنا وثائق مجلس الأمن لوجدنا أن من الحقائق المسلم بها، لجوء الدول دائمة العضوية إلى استخدام حق الفيتو لرفض مشاريع قرارات تتعارض مع مصالحها أو مصالح الدول المرتبطة بها حتى لو كانت هي المعتدية.

وكثيراً ما تم استعمال حق الفيتو ضد مصالح الأمة العربية، كموقف الولايات المتحدة من القضية الفلسطينية، وموقف روسيا من القضية السورية. فوثائق مجلس الأمن تشهد بأن الولايات المتحدة الأمريكية قد استخدمت حق الفيتو عشرات المرات لإجهاض أي قرار يدين الاحتلال الإسرائيلي.

وبدورها قامت روسيا بالوقوف ضد أي قرار يدين النظام السوري في حربه ضد شعبه، حيث استعملت حق الفيتو أكثر من عشر مرات منذ بداية الأزمة السورية.

وبعيد تأسيس الأمم المتحدة مباشرة بدأت بعض الدول والمنظمات الدولية بتقديم اقتراحات لتعديل حق الفيتو أو إلغائه وإصلاح مجلس الأمن بشكل عام، إلا أن تمسك الدول دائمة العضوية بهذا الامتياز حال دون نجاح هذه المحاولات.

ومن أجل أن نفهم أكثر ما يسمى بحق الفيتو ومستقبله قمنا بهذا البحث، الذي اعتمدنا فيه المنهج التحليلي للمعلومات التاريخية ولقرارات مجلس الأمن ودراسة تأثير حق الفيتو في هذه القرارات وآثارها.

(1) عندما تأسست الأمم المتحدة عام 1945 كان عدد الأعضاء المؤسسين آنذاك (50) دولة، أما الآن فيبلغ عدد الأعضاء (193) دولة عضو.

وعلى الرغم من أن حق الفيتو أصبح قاعدة قانونية وجزء لا يتجزأ من القانون الدولي، إلا أن الدراسات العربية التي تناولته بالتفصيل تبدو قليلة وبالتالي لا نجد إلا في بعض المؤلفات العامة التي تتعلق بالمنظمات الدولية أو حتى القانون الدولي بشكل عام. ونذكر في هذا المجال مجموعة من الكتاب العرب مثل الأستاذ محمد السعيد الدقاق والأستاذة عائشة راتب والدكتور عبد الكريم علوان ومحمد طلعت الغنيمي وغيرهم.

وقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث: الأول يتناول التعريف بمجلس الأمن باعتباره المكان الطبيعي لاستعمال حق الفيتو، والثاني يتعلق بمفهوم حق الفيتو، أما الثالث فمكرسناه لإصلاح حق الفيتو، وذلك وفق المخطط التالي:

المبحث الأول: ماهية مجلس الأمن

أولاً - التعريف بمجلس الأمن واختصاصاته

ثانياً - آلية التصويت في مجلس الأمن

المبحث الثاني: مفهوم حق الفيتو

أولاً - تعريف حق الفيتو

ثانياً - أساليب استعمال حق الفيتو

المبحث الثالث: إصلاح حق الفيتو

أولاً - أسباب إصلاح حق الفيتو

ثانياً - جهود إصلاح حق الفيتو

المبحث الأول

ماهية مجلس الأمن

نرى أنه من الضروري التعريف بمجلس الأمن واختصاصاته وطريقة التصويت فيه قبل الخوض في مفهوم حق الفيتو من حيث تعريفه وأساليبه استعماله، وذلك لأن مجلس الأمن يعد المكان الطبيعي لممارسة هذا الحق في القانون الدولي.

أولاً - التعريف بمجلس الأمن واختصاصاته:

1- تعريف مجلس الأمن وتكوينه:

مجلس الأمن هو الجهاز التنفيذي الأهم في الأمم المتحدة، وبهذه الصفة يعتبر هو المسؤول الأول عن حفظ السلم والأمن الدوليين⁽¹⁾، وهو صاحب السلطة الفصل الذي ينوب عن كل الدول الأعضاء في

(1) علوان، المنظمات الدولية، ص. 304.

الأمم المتحدة فيما يتعلق بمسائل حفظ السلام والأمن الدوليين. ويملك المجلس صلاحيات واسعة نص عليها ميثاق الأمم المتحدة، وله وحده سلطة تقرير ما يراه مناسباً لإعادة الأمور إلى نصابها في المسائل الهامة⁽¹⁾.

فالفقرة الأولى من المادة (24) من ميثاق الأمم المتحدة تنص على أنه: رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به "الأمم المتحدة" سريعاً فعالاً، يعهد أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في أمر حفظ السلم والأمن الدولي ويوافقون على أن هذا المجلس يعمل نائباً عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه هذه التبعات).

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فتتص على أنه: (يعمل مجلس الأمن، في أداء هذه الواجبات وفقاً لمقاصد "الأمم المتحدة" ومبادئها والسلطات الخاصة المخولة لمجلس الأمن لتمكينه من القيام بهذه الواجبات مبينة في الفصول السادس والسابع والثامن والثاني عشر).

أما بالنسبة لتكوين المجلس، فتتص المادة (23) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: (1- يتألف مجلس الأمن من خمسة عشر عضواً من الأمم المتحدة، وتكون جمهورية الصين، وفرنسا، واتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية، والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية، والولايات المتحدة الأمريكية أعضاء دائمين فيه. وتنتخب الجمعية العامة عشرة أعضاء آخرين من الأمم المتحدة ليكونوا أعضاء غير دائمين في المجلس. ويراعى في ذلك بوجه خاص وقبل كل شيء مساهمة أعضاء الأمم المتحدة في حفظ السلم والأمن الدولي وفي مقاصد الهيئة الأخرى، كما يراعى أيضاً التوزيع الجغرافي العادل. 2- ينتخب أعضاء مجلس الأمن غير الدائمين لمدة سنتين، على أنه في أول انتخاب للأعضاء غير الدائمين بعد زيادة عدد أعضاء مجلس الأمن من أحد عشر عضواً إلى خمسة عشر عضواً، يختار اثنان من الأعضاء الأربعة الإضافيين لمدة سنة واحدة والعضو الذي انتهت مدته لا يجوز إعادة انتخابه على الفور)⁽²⁾.

(1) عبد السلام، المنظمات الدولية، ص. 386.

(2) تم تعديل هذه المادة المعدلة بقرار الجمعية العامة رقم 197 في 17 كانون الثاني ديسمبر لعام 1963 وأصبح هذا التعديل ساري المفعول ابتداء من 31 آب أغسطس سنة 1965. وقد كانت قبل التعديل على الشكل التالي: (1 - يتألف مجلس الأمن من احد عشر عضواً من الأمم المتحدة وتكون جمهورية الصين وفرنسا واتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وشمال ايرلندا والولايات المتحدة الأمريكية أعضاء دائمين فيه. وتنتخب الجمعية العامة ستة أعضاء آخرين من الأمم المتحدة ليكونوا أعضاء غير دائمين في المجلس ويراعى في ذلك بوجه خاص وقبل كل شيء مساهمة أعضاء الأمم المتحدة. في حفظ السلم والأمن الدولي وفي مقاصد الهيئة الأخرى، كما يراعى أيضاً التوزيع الجغرافي العادل. 2 - ينتخب أعضاء مجلس الأمن غير الدائمين لمدة سنتين، على أن يختار

وفقاً لهذه المادة، فإن مجلس الأمن يتكون من نوعين من الأعضاء، أعضاء دائمين وأعضاء غير

دائمين:

- الأعضاء الدائمون: يضم مجلس الأمن في عضويته خمس دول تتمتع بعضوية دائمة وهي: الصين وفرنسا واتحاد الجمهوريات السوفيتية (روسيا حالياً⁽¹⁾) والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية، وهذه الدول الخمس هي أعضاء دائمة في مجلس الأمن، وبالتالي تتمتع بما يعرف بحق الفيتو⁽²⁾.

- الأعضاء غير الدائمين: وعددهم عشرة، تقوم الجمعية العامة للأمم المتحدة بانتخابهم بأغلبية الثلثين وذلك لمدة سنتين ولا يجوز إعادة انتخاب من انتهت ولايته بصورة متتالية، مرتين متتاليتين، وأن يراعى في هذا الانتخاب مدى مساهمة الأعضاء في حفظ السلم والأمن الدوليين وفي تحقيق أهداف الأمم المتحدة الأخرى. كذلك يجب أن يراعى في هذا الانتخاب التوزيع الجغرافي العادل (خمس مقاعد لدول آسيا وأفريقيا، مقعدان لدول أمريكا اللاتينية، مقعدان لأوروبا الغربية ومقعد لدول أوروبا الشرقية)⁽³⁾.

2- اختصاصات مجلس الأمن:

استناداً إلى ميثاق الأمم المتحدة، نستطيع أن نقسم اختصاصات المجلس إلى قسمين:

القسم الأول: الاختصاصات المنفردة لمجلس الأمن، وتشمل ما يلي:

1- مباشرة جميع وظائف الأمم المتحدة المتعلقة بالمواقع الإستراتيجية، كما نصت المادة (83) الفقرة

(1) من الميثاق (يباشر مجلس الأمن جميع وظائف الأمم المتحدة المتعلقة بالمواقع الإستراتيجية. ويدخل في ذلك الموافقة على شروط اتفاقات الوصاية وتغييرها أو تعديلها).

2- تحديد الشروط التي يجوز بمقتضاها لسائر الدول الأخرى أن تتقاضى أمام محكمة العدل

الدولية، كما نصت المادة (35) الفقرة (2) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وفيها: (يحدد مجلس الأمن الشروط التي يجوز بموجبها لسائر الدول الأخرى أن تتقاضى إلى المحكمة، وذلك مع مراعاة الأحكام

=

في أول انتخاب للأعضاء غير الدائمين ثلاثة منهم لمدة سنة واحدة. والعضو الذي انتهت مدته لا يجوز إعادة انتخابه على الفور).

LUCK, UN Security Council, Practice and promise, London, p.19-20.

(1) احتلت روسيا مقعد الاتحاد السوفيتي في مجلس الأمن بعد اختياره عام 1992، وذلك ضمن صفقة مع جمهوريات الاتحاد السوفيتي السابقة.

(2) سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، ص. 103.

(3) أبو الوفاء، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، ص. 464.

الخاصة الواردة في المعاهدات المعمول بها، على أنه لا يجوز بحال وضع تلك الشروط بكيفية تخل بالمساواة بين المتقاضين أمام المحكمة).

3- صياغة خطط لوضع نظام لتنظيم التسليح؛ إذ تنص المادة (26) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: (يكون مجلس الأمن مسؤولاً، بمساعدة لجنة أركان الحرب المشار إليها في المادة (47)، عن وضع خطط تعرض على أعضاء الأمم المتحدة لوضع منهاج لتنظيم التسليح).

4- تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية، حيث تنص المادة (94) الفقرة (2) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه (إذا امتنع أحد المتقاضين في قضية ما عن القيام بما يفرضه عليه حكم تصدره المحكمة، فللطرف الآخر أن يلجأ إلى مجلس الأمن الذي يحق له - إذا رأى ضرورة لذلك - أن يقدم توصياته، أو يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ هذا الحكم).

القسم الثاني: الاختصاصات المشتركة لمجلس الأمن، وهي الاختصاصات التي يتم ممارستها بالاشتراك مع الجمعية العامة للأمم المتحدة، مثل:

1- اختيار الأمين العام للأمم المتحدة: حيث تنص المادة (97) من الميثاق (... وتعين الجمعية العامة الأمين العام بناءً على توصية من مجلس الأمن...).

2- قبول أعضاء جدد في هيئة الأمم المتحدة: وهذا الاختصاص ورد في المادة (4) الفقرة (2): (قبول أية دولة من هذه الدول في عضوية الأمم المتحدة يتم بقرار من الجمعية العامة، بناءً على توصية مجلس الأمن).

3- وقف العضو عن مباشرة حقوق العضوية في هيئة الأمم المتحدة: حيث جاء في المادة (5): (يجوز للجمعية العامة أن توقف أي عضو، اتخذ مجلس الأمن قبلة عملاً من أعمال المنع أو القمع، عن مباشرة حقوق العضوية ومزاياها، ويكون ذلك بناءً على توصية مجلس الأمن...).

4- الفصل من الهيئة: تنص المادة (6) على أنه: (إذا أمعن عضو من أعضاء الأمم المتحدة في انتهاك مبادئ الميثاق، جاز للجمعية العامة أن تفصله من الهيئة، بناءً على توصية مجلس الأمن).

5- انتخاب قضاة محكمة العدل الدولية: تنص المادة (8) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن (يقوم كل من الجمعية العامة ومجلس الأمن مستقلاً عن الآخر بانتخاب أعضاء المحكمة). كذلك جاء في المادة (4) الفقرة (1) من النظام الأساسي أن (أعضاء المحكمة تنتخبهم الجمعية العامة ومجلس الأمن...).

6- تحديد شروط انضمام الدول غير الأعضاء في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية: تنص المادة (93) الفقرة (2) من الميثاق على أنه (يجوز لدولة ليست من الأمم المتحدة أن تنضم إلى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بشروط تحددها الجمعية العامة لكل حالة بناءً على توصية مجلس الأمن).

ثانيا - آلية التصويت في مجلس الأمن:

يُعدّ نظام التصويت المتبع في مجلس الأمن من الخصائص المميزة لهذا الجهاز عن غيره من أجهزة الأمم المتحدة، إذ أن لكل عضو في المجلس صوت واحد، إلا أن القيمة القانونية للصوت الواحد تختلف باختلاف المسألة المعروضة على المجلس، فبالنسبة للمسائل الإجرائية تصدر قرارات مجلس الأمن بموافقة تسعة من أعضائه بشكل عام، أما بالنسبة للمسائل الموضوعية فيجب موافقة تسعة من أعضاء المجلس بشرط أن يكون من ضمنهم الدول دائمة العضوية.

أما إذا لم توافق إحدى الدول الخمس دائمة العضوية فلا يمكن إصدار القرار محل البحث. وهنا نقول بأن هذه الدولة استعملت حق النقض أو الاعتراض (الفيتو). إذ يكفي في المسائل الموضوعية اعتراض دولة واحدة من الدول الخمس دائمة العضوية لمنع صدور القرار حتى ولو وافقت عليه بقية الدول الأعضاء في المجلس⁽¹⁾.

وفي الحقيقة لم يتضمن الميثاق تحديدا للمقصود بالمسائل الموضوعية بل انه لم يستعمل الكلمة ذاتها ولم يضع معيارا للفرقة. إلا أن التصريح المشترك الصادر عن الكبار في مؤتمر سان فرانسيسكو قد ذكر صراحة أن المسائل التي ورد ذكرها في المواد من (28) إلى (32) من الميثاق تعد من المسائل الإجرائية، وهي: وجوب عقد اجتماعات دورية للمجلس، عقد اجتماعات المجلس في غير مقر المنظمة، وضع النظام الداخلي للمجلس، تمثيل أعضاء مجلس الأمن تمثيلا دائما في مقر المنظمة، إنشاء أجهزة فرعية تابعة للمجلس، اشتراك عضو من أعضاء الأمم المتحدة بدون تصويت في مناقشة أية مسألة تُعرض على المجلس إذا تأثرت بها مصالح العضو بصفة خاصة، إدراج أو شطب مسألة في جدول أعماله. وقد جرى العمل في المجلس على أن المسائل الموضوعية هي تلك التي لم يرد ذكرها في المواد من (28) حتى (32) من الميثاق. وأن مسألة التكييف تعد مسألة موضوعية، والمقصود بالتكييف تحديد ماذا كانت مسألة ما هي مسألة موضوعية أم مسألة إجرائية.

ويجب ملاحظة أن حق الفيتو لا يعمل به، إذا تعلق الأمر بالدعوة إلى مؤتمر يعاد فيه النظر في ميثاق الأمم المتحدة. ففي هذه الحالة يُدعى لهذا المؤتمر بأغلبية ثلثي أعضاء الجمعية العامة، وبموافقة تسعة من أعضاء مجلس الأمن، ولا يشترط أن تكون الدول الدائمة العضوية من بينهم. بالمقابل فإن كل تغيير في

(1) نلاحظ هنا بأن مجلس الأمن يتخذ قراراته نيابة عن جميع أعضاء الأمم المتحدة البالغ عددهم 193 عضوا، وبالتالي فإن اعتراض إحدى الدول دائمة العضوية على قرار ما يعني أنها وقفت ضد إرادة 192 دولة قد تكون مؤيدة لهذا القرار.

هذا الميثاق أوصى به المؤتمر لا يسري إلا إذا صادق عليه ثلثا أعضاء الأمم المتحدة ومن بينهم الأعضاء الدائمون في مجلس الأمن⁽¹⁾.

كذلك لا تملك الدول دائمة العضوية حق الفيتو بالنسبة لانتخاب قضاة محكمة العدل الدولية؛ إذ تنص المادة (10) الفقرة (2) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، على أنه: (عند التصويت بمجلس الأمن لانتخاب القضاة، أو لتعيين أعضاء اللجنة المنصوص عليها في المادة (12)، لا يحصل تفريق بين الأعضاء الدائمين والأعضاء غير الدائمين بالمجلس المذكور).

وكذلك، لا يجب إغفال الفرق بين صلاحية الدول الدائمة العضوية، في التصويت على موقف ما، وصلاحيتها في التصويت حين وجود نزاع قائم. ففي حالة الموقف يحق للدول دائمة العضوية التصويت، أو الاعتراض، حتى لو كانت طرفاً في هذا الموقف. أما في حالة النزاع، فلا يحق للدولة دائمة العضوية الاشتراك في التصويت، وبالتالي حرمانها من حق الفيتو، إذا كانت هذه الدولة طرفاً في النزاع القائم.

المبحث الثاني

مفهوم حق الفيتو

أولاً- تعريف حق الفيتو:

"فيتو" أو بالإنكليزية (veto) هي كلمة لاتينية، معناها لغوياً (أنا لا أسمع) أو (أنا أعترض)، أما اصطلاحاً فيُعرف حق الاعتراض أو الفيتو بأنه سلطة ممنوحة للدول ذات العضوية الدائمة في مجلس الأمن تخولها منع المجلس عن طريق التصويت السلبي، من إصدار القرارات الهامة التي ينوي المجلس اتخاذها⁽²⁾. وقد نصت المادة (27) في فقرتها الثالثة من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: (تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل الأخرى كافة بموافقة أصوات تسعة من أعضائه يكون من بينها أصوات الأعضاء الدائمين متفقة، بشرط انه في القرارات المتخذة تطبيقاً لأحكام الفصل السادس والفقرة الثالثة من المادة 52 يتمتع من كان طرفاً في النزاع عن التصويت)⁽³⁾.

(1) تنص المادة 109 من الميثاق على أنه: (1- يجوز عقد مؤتمر عام من أعضاء "الأمم المتحدة" لإعادة النظر في هذا الميثاق في الزمان والمكان اللذين تحددهما الجمعية العامة بأغلبية ثلثي أعضائها وبموافقة تسعة من أعضاء مجلس الأمن، ويكون لكل عضو في "الأمم المتحدة" صوت واحد في المؤتمر. 2- كل تغيير في هذا الميثاق أوصى به المؤتمر بأغلبية ثلثي أعضائه يسري إذا صادق عليه ثلثا أعضاء "الأمم المتحدة" ومن بينهم الأعضاء الدائمون في مجلس الأمن وفقاً لأوضاعهم الدستورية).

(2) ابن الطاهر، حق الفيتو بين النظرية والتطبيق، ص. 39.

(3) المادة 27 الفقرة الثالثة من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.

وبالتالي يتضح لنا بأن ميثاق الأمم المتحدة لم يشر صراحة إلى حق الفيتو ولا يوجد أي نص في الميثاق يشير إلى كلمة فيتو أو نقض، إلا أن هذا الحق يُفهم من خلال كلمة (متفقة) التي وردت في المادة (27) والتي تنص على أن صدور قرار من مجلس الأمن مرهون بموافقة جميع الأعضاء الدائمين وعدم صدوره مرهون أيضا بمعارضة دولة واحدة.

وكما أسلفنا أعلاه فإن حق الفيتو يطبق في القرارات المتعلقة بالمسائل الموضوعية دون المسائل الإجرائية، فهو حق وامتياز للدول الخمسة صاحبة العضوية الدائمة في مجلس الأمن بحكم الدور الكبير الذي لعبته في إنهاء الحرب العالمية الثانية وفضلها في تأسيس منظمة الأمم المتحدة. وبالتالي فإن إقراره في القانون الدولي المعاصر ما هو في الحقيقة إلا إقرار وتجسيد لنظرية المعاهدات غير المتكافئة، فالدول دائمة العضوية دخلت مؤتمر سان فرانسيسكو كأطراف عسكرية قوية حسمت الحرب لصالحها، مقابل دول أخرى أقل قوة منها، ولم يكن الميثاق معاهدة متكافئة، وبالتالي فإن حق الاعتراض هو حق ساقط بحكم نظرية المعاهدات غير المتكافئة⁽¹⁾.

ونتيجة لذلك ظهر توجه دولي لإلغاء حق الاعتراض الذي تم استعماله لتحقيق مصالح الدول الكبرى بعكس ما تم الاتفاق عليه في الأعمال التحضيرية لميثاق الأمم المتحدة من أن هذا الإجراء يجب أن يستعمل بحسن نية ويأخذ بعين الاعتبار رغبة أغلبية الدول في الجمعية العامة للأمم المتحدة.

ومنذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة عام 1945، قامت روسيا (الاتحاد السوفيتي سابقا) باستخدام حق الفيتو أكثر من (120) مرة، منها (12) مرة ضد مشاريع قرارات تتعلق بالأزمة السورية، لتعطيل مشاريع دولية من شأنها أن توقف الحرب.

وأما الولايات المتحدة فقد استخدمته أكثر من سبعين مرة، وبريطانيا أكثر من ثلاثين مرة⁽²⁾، وفرنسا حوالي (18) مرة⁽³⁾، بينما الصين استخدمته حوالي عشر مرات⁽¹⁾. وقد أفرطت موسكو في

(1) ابن الطاهر، مرجع سابق، ص. 247.

(2) من بين مشاريع القرارات التي صوتت ضدها بريطانيا، هناك 23 مشروع قرار صوتت إلى جانب الولايات المتحدة، ولم تستخدم بريطانيا حق الفيتو منفردة إلا سبع مرات.

(3) من مجموع 18 مرة استخدمت فيها فرنسا حق الفيتو، 13 مرة كانت ضد مشاريع قرارات صوتت ضدها كل من بريطانيا والولايات المتحدة أيضا. وصوتت فرنسا إلى جانب بريطانيا مرتين أثناء أزمة السويس عام 1956، وهناك مشروعا قرارين صوتت ضدهما فرنسا فقط، أحدهما عام 1976 حول خلاف بين فرنسا وجزر القمر، والآخر حول إندونيسيا عام 1947، وفي عام 1946 صوت كل من الاتحاد السوفيتي وفرنسا حول الحرب الأهلية الإسبانية.

استخدام حق الفيتو إبان الحرب الباردة على سبيل العناد مع الغرب، حتى أصبح وزير خارجيتها الشهير في ذلك الوقت (أندري غروميكو) يلقب بالسيد (نيات) أو الرفض على الدوام لكثرة استخدامه لحق الفيتو. وبدورها الولايات المتحدة أجهضت حوالي (45) مشروعاً فيما يتعلق بالقضية الفلسطينية عن طريق استخدام حق الفيتو⁽²⁾.

ثانياً - أساليب استعمال حق الفيتو:

- **الفيتو العادي أو البسيط:** وهو النوع المستعمل في مجلس الأمن ويعرف بالفيتو الحقيقي وهو يعني التصويت السلبي من قبل عضو من الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن على مسألة موضوعية، وبالتالي عدم اتخاذ القرار محل النقض.

- **الفيتو الواقعي أو المستتر (غير المباشر):** الفيتو المستتر يعني الدفع بثلاث الأعضاء للامتناع عن التصويت أو التصويت ضد مشروع القرار المعروض أمام مجلس الأمن، وهذا يعني منع صدور القرار دون استخدام حق الفيتو صراحة⁽³⁾. وقد تمكنت الولايات المتحدة عن طريق السيطرة على عدد كاف من الأصوات داخل المجلس من منع صدور أي قرار يتعارض مع مصالحها⁽⁴⁾.

- **الامتناع عن التصويت:** كما أشرنا سابقاً ووفقاً لنص المادة (27) من الميثاق، فإن قرارات المجلس في المسائل الموضوعية، يتعين صدورها بأغلبية تسعة أعضاء بشرط أن يكون بينهم أصوات الدول

=

(1) في الفترة بين عام 1946 و1971، احتلت مقعد الصين في مجلس الأمن، جمهورية جزر فرموزا (تايوان حالياً) التي استخدمت حق الفيتو لإعاقة عضوية منغوليا في الأمم المتحدة. وقد استخدمت الصين حق الفيتو مرتين عام 1972، الأولى لإعاقة عضوية بنغلادش، ومرة أخرى مع الاتحاد السوفيتي حول الوضع في الشرق الأوسط. كما استخدمت حق الفيتو عام 1999 لأعاقه تمديد تفويض قوات الأمم المتحدة الوقائية في مقدونيا وفي عام 1997 لإعاقة إرسال 155 مراقباً من مراقبي الأمم المتحدة إلى غواتيمالا، ومؤخراً استخدمت الصين حق الفيتو إلى جانب روسيا ضد مشاريع القرارات التي تدين دمشق بسبب حربها ضد الشعب السوري الأعزل.

(2) لم تتردد الولايات المتحدة في استعمال حق الفيتو حتى ضد منظمة الأمم المتحدة حيث استعملت هذا الحق في 20 كانون الأول ديسمبر 2002 ضد مشروع قرار يتضمن إدانة إسرائيل بسبب مقتل ثلاثة من موظفي الأمم المتحدة العاملين في الأراضي الفلسطينية بنيران قوات الاحتلال. وحصل مشروع القرار على تأييد 12 عضواً من أعضاء مجلس الأمن، وامتناع عضوين آخرين هما الكاميرون وبلغاريا، في حين كانت الولايات المتحدة هي المعترض الوحيد.

(3) الفار، التنظيم الدولي، ص. 184.

(4) لبي، التنظيم الدولي دراسة في النظرية العامة والمنظمات الدولية، ص. 313.

دائمة العضوية متفقتة. فهل هذا يعني كل الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن أم فقط الأعضاء الدائمين المشتركين في التصويت؟ وهل هذا الامتناع يعد بمثابة استعمال حق الفيتو؟

الحقيقة أن التفسير الحرفي لنص المادة (27) من الميثاق، يشير إلى أن امتناع عضو دائم عن التصويت يعد بمثابة استعمال لحق الفيتو. ولكن في الواقع لم يتم الأخذ بهذا التفسير، وبالتالي فإن امتناع أي عضو دائم عن التصويت لا يعد بمثابة استخدام حق الفيتو ويصدر القرار إذا حاز على الأغلبية المطلوبة من الحاضرين⁽¹⁾. ويرى بعض القانونيين أن تواتر العمل في المجلس على اعتبار امتناع العضو الدائم في مجلس الأمن هو بمثابة الموافقة الضمنية على القرار موضوع البحث، يعد تعديلا عرفيا للفقرة (3) من المادة (27)⁽²⁾.

- **تغيب العضو الدائم عن اجتماع مجلس الأمن:** هل يمكن اعتبار غياب العضو الدائم عن

جلسات المجلس من قبيل الامتناع عن التصويت؟

في الحقيقة أثبتت هذه المسألة عندما تغيب مندوب الاتحاد السوفيتي في مجلس الأمن عن حضور جلسات المجلس احتجاجا على رفض المجلس قبول الصين الشعبية محل الصين الوطنية (تايبان) عام 1950، ومن ثم اتخذ المجلس خلال غياب مندوب الاتحاد السوفيتي أكثر من قرار. وقد احتج الاتحاد السوفيتي على عدم شرعية تلك القرارات، وكان الرد عليه أن التغيب عن حضور جلسات مجلس الأمن لا يختلف عن الامتناع عن التصويت⁽³⁾، وأن مجلس الأمن هو في انعقاد دائم، وأن على العضو متابعة الحضور وأن الاتحاد السوفيتي لم يصرح في استعماله حق الفيتو⁽⁴⁾.

- **الاعتراض المزدوج:** لم ترد المسائل الإجرائية ولا المسائل الموضوعية على سبيل الحصر في الميثاق،

لذلك يصار إلى تكييف مسألة معينة عن طريق عرضها على مجلس الأمن للتصويت عليها لبيان طبيعتها هل هي مسألة إجرائية أم موضوعية. وأثناء التصويت يقوم العضو الدائم الذي يريد أن تبقى المسألة موضوعية، باستعمال حق الفيتو للحيلولة دون صدور قرار من مجلس الأمن لصالح المسألة باعتبارها إجرائية. ولقد ظهر الاعتراض المزدوج استنادا إلى اعتبار مسألة التكييف القانونية مسألة موضوعية حيث

(1) راتب، المنظمات الدولية: دراسة نظرية وتطبيقية، ص. 36.

(2) الشكري، المنظمات الدولية، ص. 129.

(3) شلي، المنظمات الدولية، ص. 309.

(4) الدقاق، الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية، ص. 126.

تستطيع الدول الدائمة استعمال حق الفيتو سواء عند البحث في موضوع التكييف أم عند دراسة الموضوع ذاته. ويدعى هذا التكرار في استعمال حق الفيتو الاعتراض المزدوج⁽¹⁾.

- **الفيتو بالوكالة:** يمكن استعمال الفيتو بالوكالة أو بالنيابة عندما تقوم دولة دائمة العضوية بإنابة دولة أخرى دائمة العضوية أيضا من اجل استعمال حق الفيتو. ويمكن اللجوء لهذا الإجراء في حالة أن العضو الدائم لا يستطيع حضور جلسات المجلس⁽²⁾.

- **الفيتو الجماعي:** يمكن الحديث عن فيتو جماعي عندما يقوم أكثر من ستة أعضاء من الأعضاء غير الدائمين في مجلس الأمن برفض مشروع القرار أثناء التصويت عليه، أي عدم تحقق الأغلبية المطلوبة لصدور القرار وهي تسعة أصوات حتى لو صوت كل الأعضاء الدائمين لصالح مشروع القرار.

المبحث الثالث

إصلاح حق الفيتو

لقد تأثر عمل المجلس كثيرا باستعمال حق الفيتو وتم إساءة استخدامه بشكل كبير خاصة من قبل روسيا (الاتحاد السوفيتي سابقا) والولايات المتحدة الأمريكية، وبالتالي ظهر اتجاه يطالب بإلغاء أو تقييد حق الفيتو، وتم عرض مجموعة من المقترحات خلال تاريخ الأمم المتحدة، إلا أنه حتى وقتنا الحاضر، مازالت هذه المقترحات تصطدم بتعنت الدول دائمة العضوية التي تحاول بكل ما أوتيت من قوة التمسك بهذا الحق الذي حازته ظلما وعدوانا في غفلة من التاريخ.

سنتعرض في هذا المبحث إلى أسباب إصلاح حق الفيتو ومن ثم لجهود إصلاح حق الفيتو.

أولا - أسباب إصلاح حق الفيتو:

كثيرة هي الأسباب التي تدعو إلى إعادة النظر في مسألة الفيتو، أولها هي مساهمة هذا الامتياز في تعطيل الكثير من المسائل الهامة خلال الحرب الباردة بسبب الصراع الإيديولوجي بين الاتحاد السوفيتي والولايات المتحدة الأمريكية، وتحويل مجلس الأمن إلى مسرح صراعات بين الدول الكبرى. وقد تم إهدار مصالح الكثير من الدول والشعوب، حيث لم يستطع البعض تحقيق استقلاله واسترداد حقه في تقرير مصيره، وحرم البعض من استرجاع أوطانه المسلوبة، وعانت بعض الشعوب سيطرة الأنظمة العنصرية. فالقضية الفلسطينية وعلى الرغم من مرور حوالي سبعين عاماً على النكبة، لم يستطع مجلس الأمن الدولي أن يفرض أية عقوبة على إسرائيل، ولم يهدد باستخدام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ضدها.

(1) المنحوب، التنظيم الدولي: النظرية والمنظمات العالمية والإقليمية المتخصصة، ص. 246.

(2) المسفر، منظمة الأمم المتحدة خلفيات النشأة والمبادئ، ص. 274.

وأما بالنسبة للمسألة السورية، فقد لجأت روسيا إلى استخدام الفيتو ضد أي قرار يمكن أن يصدر من مجلس الأمن لحماية الشعب السوري من ويلات الحرب وبطش النظام في سوريا، ولم يقدم المجلس بسبب التعنت الروسي ما ينقذ به الدولة السورية⁽¹⁾. وفيما يتعلق بالمسألة الليبية، لم ينجح مجلس الأمن إلى اللحظة في إيقاف نزيف الحرب، وإخراج البلد مما وصل إليه، نتيجة الصراعات الخفية والتكتلات التي تغذيها الدول الكبرى. أما اليمن، فلم يقدم أيضا مجلس الأمن للشعب اليمني غير المماطلة والتسويق والمناكفة بين القوى العظمى، ولم يستطع أن يدعم الشرعية، ويعيد لليمن حكومته الشرعية ورئيسه الشرعي. وللأقليات المضطهدة في العالم لم يقدم مجلس الأمن شيئا؛ فالمسلمون في الصين تمتع عنهم أبسط حقوقهم، وفي بورما ترك المجلس الأقلية المسلمة تذوق شتى أنواع العذاب والاضطهاد، ومن نجا منهم مات غريقا في البحر، ولم يقدم للاجئين ما يضمن عودتهم إلى بلادهم⁽²⁾.

كذلك فإن احتكار هذا الحق من قبل مجموعة من الدول دون الدول الأخرى يناهض مبدأ المساواة في القانون الدولي، ويعد انتهاكا للمبادئ التي قامت عليها منظمة الأمم المتحدة، حيث جاء في المادة الثانية من الميثاق بأن الأمم المتحدة تقوم على أساس المساواة في السيادة بين جميع أعضائها⁽³⁾. ولا ننسى أنه تم استخدام هذا الحق بشكل واسع جدا بما يخدم مصالح الدول الكبرى المتنافسة خاصة في فترة الحرب الباردة لاسيما من قبل الاتحاد السوفيتي الذي استخدمه (97) مرة من أصل (101) حالة استخدام الفيتو بين 1945 و1961، و(53) مرة للولايات المتحدة الأمريكية خلال فترة 1975 إلى 1989. أضف إلى ذلك بأنه لا يمكن إنزال أي عقوبة بحق الأعضاء الدائمين أو توجيه أي تهمة بحقه، لأن تقدير تلك المسائل فيما إذا كانت نزاعا أو موقفا تخضع لحق الفيتو، وبالتالي يصبح كل واحد منهم هو الخصم والحكم في أن واحد⁽⁴⁾.

كذلك فإن التهديد باستخدام حق الفيتو عن طريق ما يسمى بالفيتو الخفي، يؤدي إلى تعطيل أعمال المجلس، فقد أشار السفير الايطالي السابق لدى الأمم المتحدة (جوليو تيرزي) بأنه حتى عند عدم استخدامه يمكن أن يعرقل حق الفيتو مناقشة قضايا ملحة أو يغير مسارها. وأضاف أن الفيتو الخفي منع

(1) استعملت روسيا حق الفيتو (12) مرة منذ بداية الأزمة السورية لإفشال أي قرار يدين النظام السوري.

(2) منصور، مجلس الأمن والحاجة للإصلاح، مقال منشور على موقع صحيفة الرأي:

[/http://alrai.com/article/10411350](http://alrai.com/article/10411350)

(3) الغنيمي، التنظيم الدولي، ص. 642.

(4) المتبع لقرارات مجلس الأمن الدولي يلاحظ أن اغلب قراراته التي بلغت حوالي (4000) قرارا، كانت من نصيب دول العالم الثالث.

عدة مرات نقاشات جوهرية لمسائل تعد حاسمة للسلام والأمن الدوليين⁽¹⁾. ولا يخفى على أحد تأثير ما يسمى بالفيتو الخفي على مداوات وقرارات مجلس الأمن المتعلقة بقضية الصراع العربي الإسرائيلي وفي الأزمة السورية.

ومن الانتقادات التي تم توجيهها لحق الفيتو هو أن الدول الكبرى صاحبة هذا الامتياز لم تعد كذلك، ففرنسا وبريطانيا لم تعد من القوى العظمى، بالمقابل ظهرت دول أخرى ذات وزن أكبر على الساحة الدولية مثل اليابان والبرازيل والهند وألمانيا⁽²⁾.

وأخيراً فإن من مساوئ حق الفيتو أنه لا يمكن تعديل ميثاق الأمم المتحدة إلا بعد موافقة الدول دائمة العضوية وبالتالي لا يمكن تصور تعديل الميثاق في الجوانب التي تنال من امتيازاتها.

ثانياً - جهود إصلاح حق الفيتو:

لقد بُدلت عدة جهود في سبيل إصلاح حق الفيتو كان أولها عام 1946 عندما أصدرت الجمعية العامة توصية في 13 أيلول سبتمبر تحض الدول الخمس على الاتصال وتبادل وجهات النظر قبل ممارسة حق الاعتراض، والإقلال من استخدامه بحيث لا يعيق نشاط المجلس.

وفي نيسان ابريل عام 1949 أصدرت الجمعية العامة مجموعة توصيات بقصد تقييد حق الاعتراض وذلك عن طريق الوسائل التالية:

- 1- التوسع في المقصود بالأعمال الإجرائية، وإضافة مسائل أخرى غير تلك التي نصت عليها الدول الكبرى في تصريحها الشهير بمؤتمر سان فرانسيسكو.
- 2- الاكتفاء بصدور القرارات بأغلبية سبعة أعضاء سواء كانت هذه المسائل موضوعية أو إجرائية.
- 3- على الدول الكبرى أن تتشاور مع بعضها البعض قبل اتخاذ أي قرار في المسائل الهامة لتجنب استعمال حق الفيتو.
- 4- لا ينبغي استعمال حق الاعتراض في المسائل الجديدة التي تُستند إلى مجلس الأمن بمقتضى اتفاقيات خاصة⁽³⁾.

(1) انظر مقال تم نشره في العدد: 16785 من جريدة الحياة بتاريخ 19-03-2009 ص. 9، طبعه الرياض.

(2) Brado Fassbender, UN Security Council reform and the Right of Veto, The Hague, Kluwer, 1998, p. 263-266.

(3) اعتبرت الجمعية العامة المسائل التالية مسائل إجرائية: (- إحالة أي مسألة تتعلق بحفظ السلم والأمن الدوليين إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة؛ - دعوة الجمعية العامة لإبداء توصيتها في نزاع أو موقف معروض على مجلس الأمن، وإنشاء اللجان وتحديد اختصاصاتها؛ - دعوة أعضاء الأمم المتحدة غير الأعضاء في مجلس الأمن للاشتراك في

إلا أن هذا الاقتراح قابل بالرفض بعد تصويت الاتحاد السوفيتي ضده لأنه يمس الميثاق وأن تكييف مسألة من المسائل المعروضة على المجلس بأنها مسائل إجرائية أو مسألة موضوعية هو من اختصاص مجلس الأمن ويدخل في نطاق المسائل الموضوعية التي تتطلب إجماع الدول دائمة العضوية.

من جانبها حركة عدم الانحياز ساهمت أيضا بجهود إصلاح حق الفيتو، حيث ترى هذه الحركة أن أي إصلاح ليس له علاقة بحق الفيتو لا يعد إصلاحا وبالتالي هي تعارض حق الفيتو كونه يقتصر على خمس دول فقط مما يناهز مبدأ المساواة في القانون الدولي، لذلك تطالب بتقييد استخدامه وفق ما يخص الفصل السابع من الميثاق والعمل على إلغائه مستقبلا بشكل نهائي وقد اقترحت الحركة حتى يجرى موعده إلغاء حق الفيتو، أن الاعتراض على أي قرار لا بد أن يكون عن طريق صوتين يطالبان بالرفض بدلا من صوت واحد.

وبعد الحرب الباردة بدأت مشاريع الإصلاح تأخذ شكلا أكثر جدية على إثر تقديم الأمين العام للأمم المتحدة بطرس غالي تقرير خطة السلام في الدورة الثامنة والأربعين للجمعية العامة 1993، حيث تم اتخاذ القرار 48/26 كانون الأول ديسمبر 1993 بإنشاء مجموعة العمل غير محددة النهاية وتمديد عملها حتى الدورة السادسة والخمسين للجمعية العامة هذه المجموعة مهمتها إعداد التقارير وتنظيم المشاورات بشأن إصلاح مجلس الأمن. وقد قدمت توصيات تتعلق بحق الفيتو، أهم ما جاء فيها:

- تأطير استخدام حق الفيتو وذلك بطلب مكتوب من الدولة المستخدمة للفيتو عن سبب استخدامه، وتقديم هذا الإيضاح للجمعية العامة.

- ألا يستخدم حق الفيتو إلا في القرارات المستندة للفصل السابع من الميثاق.

- لا يجب أن يكون حق الفيتو من قبل دولة واحدة بل من قبل دولتين على الأقل، أي عدم الانفراد بحق استخدام الفيتو لدولة واحدة كما هو منصوص عليه في المادة 27 من الميثاق وأن تعدل المادة، وأن تكون أكثر تحديدا للحالات التي يسمح باستخدام الفيتو فيها.

وفي عام 1997 طالبت دول الاتحاد الإفريقي بإصلاح الفيتو عن طريق توسيع عضوية مجلس الأمن ليصل عدد الأعضاء إلى (26) عضواً، وذلك من خلال إضافة ستة مقاعد دائمة وخمسة مقاعد غير دائمة. ويطلب الاتحاد الإفريقي بتمثيل أفضل لأفريقيا بمنح مقعدين دائمين ومقعدين إضافيين غير دائمين

=

مناقشاته طبقا لأحكام المادتين 31/32 من الميثاق دون أن يكون لها الحق في التصويت؛ - تقديم بحث نزاع أو موقف مطلوب عرضه على المجلس؛ - تنظيم مجلس الأمن بأية طريقة تجعله قادرا على أن يمارس وظائفه باستمرار؛ - الدعوة إلى دورات انعقاد خاصة للجمعية العامة).

لأفريقيا⁽¹⁾. حتى داخل المجموعة الأفريقية، يبدو أن هناك الكثير من النقاش حول من هي الدول الإفريقية التي يجب أن تحصل على المقاعد الدائمة. وقد تم طرح اسم كل مصر وجنوب أفريقيا ونيجييريا من بين الطامحين الرئيسيين⁽²⁾.

وفي "إعلان الألفية" الذي اعتمده الأمم المتحدة بمناسبة في أيلول سبتمبر عام 2000، تعهدت الدول الأعضاء بمضاعفة جهودها لإصلاح إجراءات مجلس الأمن بجميع جوانبه⁽³⁾.

وقد اعتمدت الدول الأعضاء في الأمم المتحدة خلال مؤتمر القمة العالمي عام 2005 سلسلة من الإصلاحات المقترحة من قبل مجموعة الشخصيات ذات الشأن العالمي ومن طرف الأمين العام للأمم المتحدة لإصلاح مجلس الأمن. وأكد رؤساء العديد من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بضرورة الإصلاح، وهو ما جاء في تقرير الجمعية العامة للأمم المتحدة في 23 شباط فبراير 2007 خاصة ما يتعلق بحق الفيتو، وقد تناول التقرير مسألة أشكال الحد من استخدام حق الفيتو وسبل تعزيز المساءلة عن استخدامه.

وقد نشر السفير الأفغاني (زاهر تانين) رئيس لجنة إصلاح مجلس الأمن في 10 أيار مايو 2009 نصا مرجعيا للمفاوضات بشأن مستقبل الإصلاح تضمن خمسة محاور أساسية: حق الفيتو، أنواع العضوية، أعضاء جدد غير دائمين، التمثيل الإقليمي وأخيرا حجم التوسع وطريقة العمل⁽⁴⁾. هذا النص تم تعديله عدة مرات ومازال مفتوح للنقاش ولم يحسم أمره⁽⁵⁾.

وفي عام 2013 قدمت فرنسا مشروعا لإصلاح مجلس الأمن يركز على ضبط اللجوء إلى استعمال الفيتو، عبر تعهد الدول الأعضاء الخمس دائمة العضوية بمجلس الأمن -طوعيا وجماعيا- بعدم اللجوء إلى استعمال الفيتو في حالات الجرائم واسعة النطاق. ثم تقدمت فرنسا في عام 2015 بمشروع قرار يجد من استخدام حق الفيتو خاصة بعد ارتكاب أفظع الجرائم بحق الشعب السوري، هذا المشروع تم دعمه من قبل مجموعة كبيرة من الدول وذلك عشية احتفال المنظمة الدولية بالذكرى السبعين لتأسيسها عام 2015،

(1) Trachsler, « réforme du Conseil de sécurité: un nœud gordien? », Center for Security Studies (CSS), ETH Zürich, No.72, p.2, 2010.

(2) Freiesleben, « Reform of the Security Council », Center for UN reform education, New York, 2008, p. 3.

(3) Vincent, Pour une meilleure gouvernance mondiale : la réforme du Conseil de Sécurité des Nations Unies, sur : <https://journals.openedition.org/pyramides/365#bodyftn20>

(4) Conférence de presse de Zahir Tanin, Président des négociations sur la réforme du Conseil de sécurité et Représentant permanent de l'Afghanistan sur: <https://www.un.org/press/fr/2009/Conf090720-TANIN.doc.htm>

(5) Article publié sur: <http://defense.blogs.lavoixdunord.fr/archive/2013/11/12/onu-l-interminable-reforme-du-conseil-de-securite-12351.html>

حيث وقعت (104) دول على عريضة تطالب بإلغاء استخدام حق الفيتو فيما يتعلق بالمجازر الجماعية، إلا أن روسيا استخدمت حق الفيتو ضد الاقتراح الفرنسي⁽¹⁾.

كذلك طالبت مجموعة الأربعة التي تضم اليابان، الهند، البرازيل، ألمانيا، بتوسيع قائمة الدول دائمة العضوية ووافقت بنفس الوقت على تنازل الدول الأعضاء الدائمين الجدد في حالة توسيع عضوية مجلس الأمن عن حق الفيتو لفترة زمنية معينة، لتتم مراجعة أعمال مجلس الأمن وقدراته بعد توسيعه، وتحديد الجمعية العامة مدى أهمية امتداد حق الفيتو للدول الأعضاء الدائمين الذي يضمهم المجلس. مقابل مجموعة الأربعة، نشأت مجموعة الاتحاد من أجل التوافق التي تضم كل من باكستان، الجزائر، الأرجنتين، كندا وإيطاليا. وهذه المجموعة تعارض مقترحات مجموعة الأربعة وتطالب بتوسيع حق الفيتو وفق إصلاح نظام العضوية في مجلس الأمن من منطلق محاور البيئة والإرهاب وأسلحة الدمار الشامل.

وفي كانون الثاني يناير 2017، تعهد الأمين العام الحالي (أنطونيو غوتيريش) بالعمل من أجل إصلاح الأمم المتحدة، وقدم مقترحات لتحقيق ذلك الغرض، تعهد فيها بإصلاح المنظمة وإحداث "طفرة" دبلوماسية للتغلب على العقبات في محادثات السلام، وتعزيز دورها في حل النزاعات الدولية⁽²⁾.

وفي شباط فبراير 2018، بدأت الجولة الحالية من المحادثات حول إصلاح مجلس الأمن، وقد خصصت الجلسات التي عقدت يومي 30 نيسان والأول من أيار من العام نفسه للقضايا المتعلقة بفئات أعضاء مجلس الأمن الدولي وحق الفيتو والتمثيل الإقليمي.

ولكن لا بد من التذكير بأن أي مشروع لإصلاح مجلس الأمن يجب أن توافق عليه الدول دائمة العضوية، وهذا ما أكدته المتحدث الصحفي باسم الرئاسة الروسية (دميتري بيسكوف)، بأن أي تغييرات أو إصلاحات المجلس الأمن يتعين أن تكون نتاجاً لتوافق أعضائه الدائمين⁽³⁾. كذلك أكد نائب مندوب روسيا الدائم لدى الأمم المتحدة (فلاديمير سافرونكوف) أن حق الفيتو الذي تمتلكه الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن يعتبر اللبنة الأساسية في هيكلية الأمم المتحدة ودونه ستفقد الأمم المتحدة استقرارها⁽⁴⁾.

(1) مقال لوزير خارجية استراليا الأسبق جاريت إيفانز: تحجيم حق النقض في مجلس الأمن، موقع الجزيرة، www.aljazeera.net

(2) إصلاح الأمم المتحدة.. هل هو حلم بعيد المنال؟ مقال منشور على موقع الجزيرة: <http://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2017/9/20> -دعوات- إصلاح-الأمم-المتحدة

(3) خبر أوردته جريدة الدستور على موقعها الإلكتروني: <http://www.dostor.org/2140127>

(4) خبر أوردته وكالة سانا على موقعها: <https://www.sana.sy/?p=747213>

وبالتالي يبدو من الواضح أن الدول دائمة العضوية ليست بوارد القبول بالتنازل عن هذا الحق الذي حصلت عليه في فترة نشوتها بالانتصارات التي حققتها في الحرب العالمية الثانية.

خاتمة:

لقد رأينا أن حق الفيتو هو امتياز حازته مجموعة من الدول المنتصرة في الحرب العالمية الثانية، وهو يشكل تقييداً لمهمة مجلس الأمن في حفظ السلم الدولي، وبالتالي فقد تعرض هذا الامتياز للنقد وبُذلت عدة جهود في محاولة لتعديله أو إلغائه إلا أن أكثر هذه الجهود باء بالفشل نتيجة تعنت الدول صاحبة الامتياز.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة البسيطة لمجموعة من التوصيات يمكن تلخيصها كما يلي:

- 1- يجب العمل على إصلاح هيئة الأمم المتحدة بشكل عام ومجلس الأمن بشكل خاص.
- 2- زيادة عدد المقاعد للأعضاء الدائمين وغير الدائمين في مجلس الأمن.
- 3- العمل على تقييد أو إلغاء حق الفيتو لما له من مساوئ انعكست سلباً على العلاقات الدولية وعلى تسوية النزاعات على المستوى الدولي.
- 4- بانتظار تعديل أو إلغاء امتياز الفيتو، يجب وضع معايير واضحة ومحددة بين المسائل الموضوعية التي يمكن فيها استعمال حق الفيتو، والمسائل الإجرائية التي لا يمكن معها استعمال هذا الحق.
- 5- أيضاً نوصي بإعطاء الجمعية العامة الحق في إعادة النظر في مشاريع القرارات التي أسقطها المجلس باستخدام حق الفيتو والتصويت عليها بأغلبية ثلثي أصوات الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت على غرار آلية التصويت على المسائل المهمة في الجمعية العامة.
- 6- كذلك نطالب بإعادة تفعيل قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (377)، لعام 1950، المسمى بالاتحاد من أجل السلام، والذي ينص على أنه في أية حالة يخفق فيها مجلس الأمن، بسبب عدم توفر الإجماع بين أعضائه الخمسة دائمي العضوية، في التصرف كما هو مطلوب للحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، يمكن للجمعية العامة أن تبحث المسألة بسرعة وقد تصدر أي توصيات تراها ضرورية من أجل استعادة الأمن والسلم الدوليين. وإذا لم يحدث هذا في وقت انعقاد جلسة الجمعية العامة، يمكن عقد جلسة طارئة وفق آلية الجلسة الخاصة الطارئة.
- 7- ضرورة أن يكون الموقف العربي أكثر قوة وتماسكاً وواضحاً تجاه كل القضايا العربية.
- 8- العمل على أن يكون أحد الأعضاء الدائمين من الدول العربية، خاصة في هذه الفترة الحرجة التي تمر بها امتنا العربية.

9- تشجيع المجموعات الإقليمية العربية وغير العربية أن تعلن رفضها لحق الفيتو، وأن تتخذ عملاً يؤكد موقفها؛ كأن تنسحب (جماعياً أو فردياً) من المنظمة مثلاً.

10- يجب إعطاء محكمة العدل الدولية دوراً رقابياً على مشروعية أعمال مجلس الأمن.

وأخيراً لا بد من التأكيد بأن إصلاح النظام الدولي بشكل عام لن يمر إلا عبر إصلاح مجلس الأمن من ناحية العضوية ومن ناحية كسر احتكار دول بعينها لنقض مشاريع قرارات قد يكون متوافق عليها من مجموع دول الأمم المتحدة.

وبهذا نكون قد سلطنا الضوء على مسألة دولية هامة وهي حق الفيتو، بشكل مبسط، راجين أن نكون قد وفّقنا في إضافة قيمة علمية للمكتبة القانونية العربية.

المراجع

المراجع العربية:

- 1- ابن الطاهر، الأخضر، حق الفيتو بين النظرية والتطبيق، دار الخلدونة، الجزائر، 2010.
- 2- أبو الوفا، احمد، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 3- الدفاق، مُجد السعيد، الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
- 4- الشكري، علي يوسف، المنظمات الدولية، الطبعة الأولى، المكتبة الحيدرية، 2008.
- 5- الغنيمي، مُجد طلعت، التنظيم الدولي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- 6- الفار، عبد الواحد، مُجد التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، بيروت، 2004.
- 7- المجذوب، مُجد ، التنظيم الدولي: النظرية والمنظمات العالمية والإقليمية المتخصصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 8- المسفر، مُجد صالح، منظمة الأمم المتحدة خلفيات النشأة والمبادئ، الطبعة الأولى، مكتبة دار الفتح، الدوحة، 1997.
- 9- راتب، عائشة، المنظمات الدولية: دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1998.
- 10- شلبي، إبراهيم احمد، التنظيم الدولي دراسة في النظرية العامة والمنظمات الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984.
- 11- شلبي، إبراهيم احمد ، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958.
- 12- عبد الحميد، مُجد سامي، قانون المنظمات الدولية، ط 5، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1982.

- 13- عبد السلام، جعفر، المنظمات الدولية، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 14- علوان، عبد الكريم، المنظمات الدولية، ط1، دار الثقافة عمان، 2002.
- 15- منصور، عثمان ناصر، مجلس الأمن والحاجة للإصلاح، مقال منشور على موقع صحيفة الرأي :
<http://alrai.com/article/10411350/>
- 16- مقال لوزير خارجية استراليا الأسبق جاريتايفانز: تحجيم حق النقض في مجلس الأمن، موقع الجزيرة: www.aljazeera.net

المراجع الأجنبية:

1. Fassbender, Brado, UN Security Council reform and the Right of Veto, The Hague, Kluwer, 1998.
2. Freiesleben, Jonas von, « Reform of the Security Council », Center for UN reform education, New York, 2008.
3. LUCK, Edward C., UN Security Council, Practice and promise, London, Routledge, Taylor & Francis Group, 2006.
4. Trachsler, Daniel, «réforme du Conseil de sécurité: un nœud gordien? », Center for Security Studies (CSS), ETH Zürich, No.72.
5. Vincent, Philippe, Pour une meilleure gouvernance mondiale : la réforme du Conseil de Sécurité des Nations Unies, sur:
<https://journals.openedition.org/pyramides/365#bodyftn20>
6. Article publié sur :
<http://defense.blogs.lavoixdunord.fr/archive/2013/11/12/onu-l-interminable-reforme-du-conseil-de-securite-12351.html>
7. Conférence de presse de Zahir Tanin, Président des négociations sur la réforme du Conseil de sécurité et Représentant permanent de l’Afghanistan sur : <https://www.un.org/press/fr/2009/Conf090720-TANIN.doc.htm>

ماهية العلاقة القانونية بين المصرف الإسلامي والعميل

في عقد التمويل بالمشاركة

وفقاً للقانون الإماراتي

إعداد الباحث: ميثم محمد تقي

طالب ماجستير في جامعة الشارقة - كلية القانون

الإمارات العربية المتحدة - الشارقة

المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ ذَلِكُمْ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ۗ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۗ ﴾ [سورة البقرة: 275]

صدق الله العظيم.

إن من أهم التحديات التي تواجهها المجتمعات تلك المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهذه التنمية تحتاج إلى أعباء تمويلية من أجل النهوض بالمجتمع من الكساد الاقتصادي إلى التطور، ولا يخفى على القارئ الكريم الدور الأساسي الذي تلعبه الأجهزة المصرفية في ضخ الأموال في المجتمع من أجل زيادة موارده وبالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية فيه.

إلا أن مجرد قيام المصارف بضخ الأموال في المجتمع عن طريق المتاجرة بالديون سيتعارض مع الغاية والدور المنشود منها في تحقيق التنمية الاقتصادية، فضلاً عن التأثير السلبي لهذه العملية على الجانب الاجتماعي.

إذ أننا لو تصورنا قيام المصرف بتجميع الأموال من أصحابها على شكل ودائع جارية أو قروض بفائدة محددة ابتداءً، ثم أعاد إقراضها لمن يطلبها بفائدة أكبر، مبتغياً بذلك تحقيق الربح بالفرق بين الفائدتين، وذلك دون اعتبار لسبب التمويل أو المشروع الذي سيقوم بتنفيذه طالب المال (العميل)، بل ودون اهتمام بما إذا كان عائد هذا المشروع ربحاً أو خسارة، وإنما سيستوفي المصرف ماله الذي أقرضه للعميل مع فائدته المقررة سلفاً سواء كان مشروع العميل قد ربح أو خسر، حينها سنجد أن مال المجتمع ككل سيدور في حلقة مفرغة من التنمية، إذ أن المال يجد ذاته لا يمكن له أن يتكاثر ويتنامى دون أن يُكرَّس في مشروع استثماري من شأنه أن يعود على أصله بالربح والربح.

بل على عكس ذلك سنجد أن المال المذكور سيتناقص تدريجياً في المجتمع بسبب إضافة نسبة الفائدة عليه عند الإقراض، إذ أن استيفاءه سيكون مشروطاً بالفائدة المحددة ابتداءً، والتي لم يكن لها أي مقابل مقدر بقيمة، بل ودون استثمار أصل المال من أجل زيادته وإثمائه، وهذا من شأنه أن يوصل المال بعد الإقراض مراراً وتكراراً إلى مرحلة يصعب معها على المجتمع تدارك الأمر، مما سيغرق كل من دخل في دوامة الاقتراض دون القيام بالاستثمار لرأس المال، وبالتالي التدهور الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع.

ومن هنا أوردت الشريعة الإسلامية السمحاء العديد من القواعد الشرعية التي تهدف إلى حماية الجانب الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع في إطار الحرية الاقتصادية، والتي من بينها تحريم التعامل بالفوائد الربوية لما له من تأثير سلبي مؤدٍ إلى الكساد الاقتصادي والتدهور الاجتماعي.

لذا ومع مرور الزمان على مستوى المجتمعات الإسلامية نجد أنها قد سعت إلى إنشاء - عوضاً عن المصارف التقليدية - مؤسسات مالية تقوم بعمليات مالية ومصرفية وفقاً للشريعة الإسلامية، وهي ما تسمى بالمصارف الإسلامية، وذلك من أجل السعي في تحقيق الالتزام والتعبد بقواعد الشريعة الإسلامية بدايةً، ولما لهذه القواعد السمحاء من دور في تحقيق المصالح والمقاصد الشرعية التي ترقى وتنمي بها المجتمعات اقتصادياً واجتماعياً.

وحيث إن هذه المصارف قد انتهجت الشريعة الإسلامية في تعاملاتها، وطرحت جانباً التعامل بالقروض الربوية، لذا كان لازماً عليها إيجاد وسائل وطرق بديلة للتمويل، ومن هذه الوسائل ما يسمى بالتمويل بالمشاركة، وقد تطرق العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه الوسيلة من حيث مفهومها وشرعيتها وصورها.

وانطلاقاً من أهمية هذه الوسيلة واعتبارها من أهم الوسائل المتبعة من قبل المصارف الإسلامية لأغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية ارتأيت إعداد هذه الدراسة المتواضعة لبحث الجانب القانوني للتمويل بالمشاركة وفقاً للقانون الإماراتي، وذلك من خلال معرفة ماهية العلاقة القانونية بين المصرف والعميل في عقد التمويل بالمشاركة.

وتكمن مشكلة البحث في أن القانون الإماراتي قد خلا من تنظيم خاص للتمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية وذلك على الرغم من اعتباره أساساً للعمل بالمصارف الإسلامية، بل لُبَّ العمل

الاستثماري في الإسلام⁽¹⁾، ولذلك نجد أنه من الضروري معرفة ماهية العلاقة القانونية بين المصرف والعميل في عقد التمويل بالمشاركة، وذلك في بيان تعريفه وأنواعه وتكييفه القانوني حتى يتسنى لنا تحديد القواعد القانونية التي سنطبقها عليه وفقاً للقانون الإماراتي.

وسأتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي عن طريق جمع ما أورده فقهاء الشريعة بشأن تعريف التمويل بالمشاركة وأنواعه وصوره من أجل إعطاء تصور عام عنه ووضع بصيرة واضحة، ومن ثم تحليل هذه التعريفات والصور للوصول إلى التكييف القانوني السليم لها كي نقوم بإنزال القواعد القانونية المقننة والمنظمة عليها.

وستكون خطة البحث في هذه الدراسة على النحو الآتي:

المبحث الأول :

مفهوم التمويل بالمشاركة، والمقسم إلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف التمويل بالمشاركة.

المطلب الثاني : أنواع التمويل بالمشاركة.

المبحث الثاني :

التكييف القانوني للعلاقة بين المصرف والعميل في عقد التمويل بالمشاركة، والمقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول : التكييف القانوني في إطار شركة المحاصة.

المطلب الثاني : التكييف القانوني في إطار الشركات القانونية.

وقد ذيلت الدراسة بمخاتمة أوردت فيها بعض النتائج والتوصيات بشأن التمويل بالمشاركة كوسيلة متبعة في المصارف الإسلامية، والتي قد تساهم في تفعيل دور هذه المصارف من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

(1) د. عبدالعزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجربة وتحديات العولمة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011،

المبحث الأول

مفهوم التمويل بالمشاركة

بعد أن كانت المصارف التقليدية تعتمد في تحقيق أرباحها وزيادة أموالها على القروض الربوية، استشعرت المجتمعات الإسلامية ضرورة إيجاد البديل لهذه المصارف بحيث توفر للعملاء الأموال بوسائل وطرق تتماشى مع تلك التي أقرتها الشريعة الإسلامية، ولذا أنشئت المصارف الإسلامية والتي سعت بدورها إلى وضع صيغ وأساليب مغايرة لتلك المتبعة في المصارف التقليدية والتي تخالف الشريعة الإسلامية، بحيث يمكن أن تحقق هذه الصيغ والوسائل ذات الأهداف المتعلقة بتحقيق الأرباح مع تجنب الوقوع في المعاملات المحرمة، وذلك ابتغاءاً للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وتمثل صيغة التمويل بالمشاركة أفضل الاستخدامات التي اتبعتها المصارف الإسلامية لأغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لأنها موافقة للشريعة الإسلامية وتحقق الأهداف الاستثمارية، ويمكن القول بأنها تعتبر حالياً من الأسس العملية التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية بل قد تصل إلى كونها لبّ العمل الاستثماري فيها.

لذا سأتناول في هذا المبحث مفهوم التمويل بالمشاركة، وذلك في مطلبين أساسيين، المطلب الأول سأعرض به إلى تعريف التمويل بالمشاركة، والمطلب الثاني أنواع التمويل بالمشاركة.

المطلب الأول

تعريف التمويل بالمشاركة

يقصد بالتمويل المباح وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بأنه تقديم الأموال العينية أو النقدية ممن يملكها أو مؤكّل بها إلى فرد أو شركة ليتصرف فيها ضمن أحكام وضوابط الشريعة الإسلامية، وذلك بهدف تحقيق عائد مباح شرعاً، ويكون ذلك بموجب عقود لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.⁽¹⁾ أما بالنسبة إلى المقصود بعقد الشركة فقد أورد فقهاء الشريعة الإسلامية العديد من التعريفات الاصطلاحية له، فبعضهم ذكر على أنه عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وربحه⁽²⁾، وآخر

(1) د. أحمد شعبان مجّد علي، البنوك الإسلامية في مواجهة الأزمات المالية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص125.

(2) د. أميرة فتحي عوض مجّد، عقود الاستثمار المصرفية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014، ص423، نقلاً عن بدائع الصنائع، ج6، ص75.

ذكر بأنه ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ⁽¹⁾، وبعضهم أورد تعريفه على أنه العقد الواقع بين اثنين أو أزيد على الاشتراك فيما يحصل لهم من ربح وفائدة من الاتجار أو الاكتساب أو غيرها، وهو ما يسمى بالشركة العقدية⁽²⁾.

ولست بصدد الترجيح بين التعريفات التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية لمعنى الشركة وذلك لكون دراستي في البحث المائل منصفة على الجانب القانوني، وما يُعرض من تعريفات وآراء شرعية ليس إلا من أجل إعطاء تصور عام عن معنى الشركة اصطلاحاً في الفقه الإسلامي ومن ثم ربطه بالجانب القانوني لإنزال القواعد القانونية المقتنة عليه.

وعند الاطلاع على التعريف القانوني للشركة نجد أن القانون الإماراتي قد عرف الشركة المدنية على أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة⁽³⁾، أما بالنسبة إلى الشركة التجارية فقد نص القانون على أنها كل عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يشارك كل منهم في مشروع اقتصادي (تجاري أو مالي أو صناعي أو زراعي أو عقاري أو غيرها) يستهدف تحقيق الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل، واقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة⁽⁴⁾.

ومن خلال الجمع بين معنى التمويل والتعريفات السابقة للشركة، يمكننا القول بأن معنى التمويل بالمشاركة هو عقد بين طرفين -أو أكثر- يقدم كل منهما مقداراً معلوماً من رأس المال ويكون لكل منهما الحق بالتصرف في المال تصرفاً كاملاً باعتباره شريكاً ومالكاً له ويتم توزيع الربح حسب ما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين، أما الخسارة فتوزع حسب نسبة المشاركة برأس المال⁽⁵⁾.

أما في إطار العمليات التي تقوم بها المصارف الإسلامية بشأن التمويل بالمشاركة، فقد أورد بعض الفقهاء تعريف عقد التمويل بالمشاركة بأنه اتفاق بين المصرف والعميل على أن يقوم المصرف بتمويل

(1) د. أميرة فتحي عوض مُجّد، مرجع سابق، ص423، نقلاً عن تكملة المجموع، ج14، ص5.

(2) علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، 2008، ج2، ص161.

(3) راجع المادة (654) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م بشأن المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(4) راجع المادة (8) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

(5) مُجّد صالح الحناوي، عبدالسلام سعيد فتاح، المؤسسات المالية البورصة والبنوك التجارية، الدار الجامعة، القاهرة، مصر،

العميل بجزء من رأس مال مشروع معين على أن يكون كلا الطرفين مشتركاً في الإدارة ورأس المال ولكل منهما نسبة محددة من الربح⁽¹⁾، وتكون الخسارة لكل منهما في حدود حصته التي شارك بها برأس المال. ومنهم من ذكر بأن المقصود بالتمويل بالمشاركة في إطار العمليات التي تقوم بها المصارف هو تقديم المصرف والعميل المال بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو المساهمة في مشروع قائم، بحيث يصبح كل واحد منهما ممتلكاً حصة في رأس المال، ومستحقاً لنصيبه من الأرباح - طبقاً للاتفاق-، وتقسم الخسارة على قدر حصة كل شريك في رأس المال.⁽²⁾

ومن خلال استعراض التعاريف السابقة يمكننا القول بأن عقد التمويل بالمشاركة يشترط فيه

تحقق ثلاثة عناصر أساسية، تتمثل بالآتي:

- 1- أن العلاقة بين المصرف والعميل هي علاقة شراكة مالية وإدارية.
- 2- أن كلا الطرفين يكون مستحقاً لنصيبه من الأرباح طبقاً للاتفاق.
- 3- أن كلا الطرفين يتحمل خسارة المشروع، كلٌّ في حدود نصيبه وحصته من رأس المال.

كما لا ننسى العنصر الأساسي والهام الذي يعطي الشرعية لعملية التمويل بالمشاركة عند تنفيذها من قبل المصارف الإسلامية، وهو أن يكون مضمون هذا العقد متوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى اشتراط كون كافة تعاملات هذه الشركة وأحكامها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

(1) مُجَّد عبدالله شاهين، اقتصاديات البنوك الإسلامية وآثارها في التنمية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص154.

(2) د. ماجد مُجَّد فهد تريان، المصارف الإسلامية التحديات والفرص، دار الواضح، الإمارات، ص57.

(3) وهو ما قرره المادة (3) من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، إذ نصت على أنه:

"1- يكون للمصارف الإسلامية الحق في مباشرة جميع أو بعض الخدمات والعمليات المصرفية والتجارية والمالية والاستثمارية، كما يكون لها الحق في مباشرة جميع أنواع الخدمات والعمليات التي تباشرها المصارف المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1980 م، ... ويكون للمصارف الإسلامية أيضاً الحق في تأسيس الشركات والإسهام في مشاريع قائمة أو تحت التأسيس بشرط أن يكون نشاطها متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وخلاصة القول، يمكننا تعريف عقد التمويل بالمشاركة قانونياً - في إطار العمليات المصرفية الإسلامية - على أنه: (عقد يلتزم بمقتضاه كل من المصرف والعميل بالاشتراك في رأس مال وإدارة مشروع معين بحيث تُقسّم الأرباح بينهما وفقاً للاتفاق، ويكون تحمّل الخسارة عليهما كلٌّ في حدود مشاركته في رأس المال، مع ضرورة التزام هذا العقد بأحكام الشريعة الإسلامية).

المطلب الثاني

أنواع التمويل بالمشاركة

ذكرت في مقدمة هذه الدراسة بأن عقد المشاركة يعتبر من أكثر العقود الإسلامية مرونة، لإمكانية تطبيقه على جميع المجالات التجارية والصناعية والزراعية والخدمية وغيرها، مما يعطي المصرف الإسلامي الفرصة لتمويل شريحة كبيرة من أفراد المجتمع، كما أن المشاركة من أكثر الصيغ قدرة على تجميع الأرصدة النقدية القابلة للاستثمار، وأكثر قدرة على توزيع المتاح من الموارد النقدية على أفضل الاستخدامات لأغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية وأنها تسهم بشكل مباشر في عدالة توزيع الدخل القومي⁽¹⁾.

وإذ أن قدرات أفراد المجتمع تتفاوت وتختلف من حيث القوة المادية وتنوع الإمكانيات والمعارف الاستثمارية، مما جعل المصرف الإسلامي يتعامل مع العديد من الأنواع والأشكال للاستثمارات المعروضة أمامه، وهذا التنوع في أشكال الاستثمارات حثّم على المصرف الإسلامي أن ينتهج تمويل المشاريع بأكثر من صورة طبقاً لنوع وحجم الاستثمار الذي يطلب العميل من المصرف تمويله من أجله، ورغبة العميل في مدى استقلاله بالمشروع ولو على المدى البعيد من عدمه.

ومن هنا كان هناك نوعان أساسيان للتمويل بالمشاركة طبقاً لما صنّفه فقهاء الشريعة الإسلامية، النوع الأول ما يسمى بالمشاركة الدائمة أو الثابتة، والنوع الثاني هو المشاركة المتناقصة أو المنتهية بالتملك.

=

2- ويكون للمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية الحق في القيام بعمليات التسليف والإقراض وغيرها من العمليات المالية وكذلك الإسهام في مشاريع قائمة أو تحت التأسيس، واستثمار أموالها في القيم المنقولة وتلقي الودائع النقدية لاستثمارها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية".

(1) د. عادل عبدالفضيل عيّد، الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي،

الاسكندرية، 2011، ص199.

الفرع الأول: المشاركة الدائمة (الثابتة):

وفقاً لهذا النوع من المشاركة يقوم المصرف بالإسهام في تمويل جزء من رأس مال مشروع معين مما يترتب عليه أن يكون شريكاً في ملكية هذا المشروع مادام مستمراً، ومن ثم يكون شريكاً في إدارته وتسييره والإشراف عليه، بالإضافة إلى كونه شريكاً في كل ما ينتج عنه من ربح أو خسارة بالنسب التي يتم الاتفاق عليها والقواعد الحاكمة لشروط المشاركة، وتبقى في ظل المشاركة الثابتة لكل طرف من الأطراف حصة ثابتة في المشروع إلى حين انتهاء مدته أو انتهاء الشركة أو المدة التي تحدتد بالاتفاق.⁽¹⁾

بمعنى أن المصرف الإسلامي سيقوم بالاشتراك مع العميل في مشروع تجاري معين، كأن يكون مصنعاً، أو مبنى، أو مزرعة، أو غيرها من مجالات الاستثمار المختلفة وذلك عن طريق التمويل في المشروع المشترك فيستحق كل واحد منهما نصيبه من أرباح المشروع، ويمكن أن تكون المحاسبة للخسائر والأرباح بعد نهاية كل سنة مالية.⁽²⁾

وما يميز هذا النوع من التمويل هو أن مشاركة المصرف الإسلامي للعميل في المشروع ستستمر إلى أن تتم تصفيته بالكامل، وعادة ما تدخل المصارف الإسلامية بهذا النوع من التمويل في الاستثمارات الكبيرة، وذلك من أجل المحافظة على استمرار زيادة رؤوس أموالها، والتنويع في الأنشطة الاستثمارية دون الاعتماد على نشاط واحد، وهو ما من شأنه تقوية المصرف مالياً ومساهمته الفعالة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي.

الفرع الثاني: التمويل بالمشاركة المتناقصة (المنتهية بالتملك):

ويقصد بالمشاركة المتناقصة (المنتهية بالتملك) بأنها المشاركة التي يعطي فيها المصرف شريكه العميل الحق في أن يحل محله في ملكية نصيبه من المشروع محل المشاركة، وذلك وفق الشروط التي يتم الاتفاق عليها من الطرفين.⁽³⁾

أي أن المصرف كونه شريك في عقد التمويل بالمشاركة سيعطي العميل (الشريك الآخر في العقد) الحق في الحل محلله في ملكية نصيبه من رأس المال، سواء كان ذلك دفعة واحدة أو على دفعات،

(1) د. أحمد شعبان مُجَّد علي، مرجع سابق، ص 129.

(2) مُجَّد عبدالله شاهين، مرجع سابق، ص 153.

(3) د. عادل عبدالفضيل عيد، مرجع سابق، ص 203.

وذلك بتجنيب جزء من الدخل لسداد أصل ما قدمه الشريك الممول، مع حصة نسبية من صافي الدخل حسبما يتفقان عليه.⁽¹⁾

ويشير مصطلح (المشاركة المتناقصة) إلى وجهة نظر المصرف الذي يمول، حيث إن مشاركته تتناقص كلما استرد جزءاً من تمويله، أما اصطلاح (المشاركة المنتهية بالتمليك) فهو من وجهة نظر العميل طالب التمويل أو الشريك الممول لأنه سيتملك المشروع في نهاية الأمر بعد أن يتمكن من رد التمويل إلى البنك⁽²⁾.

ومن الأمثلة على المشاركة المتناقصة بأن يقوم العميل ببناء فندق ويحتاج إلى تمويل لشراء الأثاث، فيقوم المصرف الإسلامي بهذا التمويل - مع الاتفاق - على أن تسدد قيمة التمويل على أقساط ويكون المصرف الإسلامي شريكاً في رأس مال الفندق بنسبة ما دفع من تمويل، وينال قسطاً من الأرباح بنفس النسبة بعد خصم حصة العمل وتنقص أرباح المصرف بنسبة ما يقوم العميل بسداده من أقساط حتى تمام السداد فيصبح الفندق كاملاً ملكاً خالصاً للعميل.

ومثال آخر بأن يشترك كل من المصرف والعميل في شراء عقار معين، فيكون العقار مملوكاً لكل منهما على الشيوع، ثم يقوم المصرف بتأجير حصته المملوكة له على العميل بأجرة شهرية أو سنوية، وبعد كل فترة زمنية معينة متفق عليها يقوم العميل بشراء سهم من حصة المصرف وبالتالي تنقص ملكية المصرف تدريجياً وتزداد ملكية العميل إلى أن يصبح كامل العقار مملوكاً للأخير (العميل).

وعند تحليل تعريف عقد التمويل بالمشاركة المتناقصة نجد أنه في حقيقته مشتمل على ثلاثة عقود أساسية وهي:

- 1- عقد إنشاء الشركة.
- 2- عقد إيجار لحصة الممول (المصرف).
- 3- عقد بيع لسهام متعددة من حصة الممول (المصرف).⁽³⁾

(1) د. عبدالعزيز قاسم محارب، مرجع سابق، ص 162.

(2) د. أحمد شعبان محمد علي، مرجع سابق، ص 127.

(3) للاستزادة، راجع د. أميرة فتحي عوض محمد، مرجع سابق، ص 479.

ويتبين من ذلك بأنه يمكن تطبيق المشاركة المتناقصة في تمويل المنشآت الصناعية والمزارع والمستشفيات وكل ما من شأنه أن يكون مشروعاً منتجاً للدخل المنتظم كما أنها تصلح طريقة للتمويل العقاري في البيوت السكنية وغيرها كبديل عن القروض الربوية.⁽¹⁾ ومن هنا نجد أن أسلوب المشاركة المتناقصة من شأنه أن يحقق للمصرف أرباحاً دورية على مدار السنة، كما أنه سيشجع العميل على الاستثمار الحلال والتملك المشروع، وقد يحقق له بعض طموحاته في الانفراد بتملك عقار أو منشأة أو أي مشروع آخر وذلك على المدى المتوسط عند تخارج المصرف تدريجياً من الشركة، وهو الذي بدوره سيساهم إيجاباً في التطور ويؤدي إلى التنمية الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الإسلامي وذلك دون الوقوع في حرمة التعامل بالربا.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للعلاقة بين المصرف الإسلامي والعميل

في عقد التمويل بالمشاركة

تبين لنا من خلال ما سبق ذكره في المبحث الأول في تعريف عقد التمويل بالمشاركة بأن المصرف الإسلامي في هذه العلاقة ليس مجرد ممول للعميل، وإنما تربطه علاقة شراكة معه، وذلك بخلاف الحال في العلاقة بين المصرف التقليدي والعميل والتي تُبنى على كونها علاقة دائن بمدين. وقد أوضحنا سلفاً بأن صيغة التمويل بالمشاركة تعد من أهم الوسائل المتبعة في المصارف الإسلامية، بل إنها أساس العمل الاستثماري فيها، إلا أن القانون الإماراتي إلى الآن لم يوجد تنظيمًا قانونياً خاصاً بالتمويل بالمشاركة كأحد الأساليب والصيغ المتبعة في المصارف الإسلامية⁽²⁾، لذا كان لزاماً علينا تكييف عقد التمويل بالمشاركة وتحليل العلاقة بين كل من المصرف والعميل في هذا العقد وذلك من أجل معرفة الطبيعة القانونية لها كي تتمكن من إنزال القواعد القانونية المقننة على هذه العلاقة.

(1) د. أميرة فتحي عوض مجّد، مرجع سابق، ص 471 وص 473.

(2) إذ أنه بمراجعة القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، سنجد أنه لا يلبّي الاحتياجات القانونية في ظل التطور الحالي، فالنصوص التي أوردها هذا القانون احتوت على مجرد قواعد عامة غير منظمة لصيغ التعاملات المصرفية الإسلامية، وعلى وجه الخصوص صيغة التمويل بالمشاركة محل هذه الدراسة.

وحيث إن القانون الإماراتي قد اعتبر كافة العمليات التي تقوم بها المصارف من قبيل العمليات التجارية وذلك بحكم ماهيتها⁽¹⁾، بما يعني معه بأن التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة كصيغة متبعة في المصارف الإسلامية سيندرج في إطار الشركات التجارية لا المدنية⁽²⁾.

وبالتالي سيتحتم علينا استعراض تكييف عقد التمويل بالمشاركة كصيغة متبعة في المصارف الإسلامية في إطار الشركات التجارية، وهو ما سأحاول تسليط الضوء عليه في هذا المبحث وذلك من خلال مطلبين أساسيين، وسأتناول في المطلب الأول التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة في إطار شركة المحاصة، وفي المطلب الثاني سأستعرض التكييف القانوني له في إطار الشركات القانونية وفقاً للقانون الإماراتي.

(1) نصت المادة رقم (5) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه: "تعد الأعمال التالية أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها:

1...-2...-3...-4... عمليات المصارف والصرافة وسوق البورصة وعمليات شركات الاستثمار وصناديق الائتمان والمؤسسات المالية وجميع عمليات الوساطة المالية الأخرى...".

(2) "إن مناط التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية - وعلى ما تفيدته الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون المعاملات التجارية - هو الشكل الذي تتخذه الشركة أو النشاط الذي تباشره - فتكون الشركة تجارية إذا باشرت نشاطاً تجارياً مما يدخل في الأعمال التجارية المشار إليها في المواد 5 و6 و7 من القانون المذكور - أو إذا اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الشركات التجارية حتى ولو كان النشاط الذي تباشره مدنياً -، وتكون الشركة مدنية إذا لم تتخذ أحد الأشكال المشار إليها في قانون الشركات التجارية أو كان النشاط أو الغرض الذي أنشئت من أجله مدنياً -، ويترتب على هذه التفرقة - مدى مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة قبل الغير - إذ أن مسؤوليتهم في الشركة التجارية تختلف بحسب نوع الشركة - وإن كانت القاعدة الأساسية - هو أن مسؤولية كل منهم عن هذه الديون تنحصر في حدود الحصة المقدمة منه - فيما عدا الشركاء المتضامنين في شركات التضامن أو التوصية البسيطة حيث تمتد مسؤوليتهم عن هذه الديون وبالتضامن فيما بينهم إلى أموالهم الخاصة - وعلى العكس فإنه في الشركة المدنية - وعلى ما تفيدته المادة 671 من قانون المعاملات المدنية - إذا لم تُفِ أموال الشركة بديونها كان الشركاء مسؤولين عما بقي منها بمقدار نصيب كل منهم في خسائها - ولا تضامن بينهم فيما يلزم كل منهم من هذه الديون - ما لم يشترط تكافلهم في عقدها فإنهم يتحملون جميعاً الدين بالتضامن".

حكم محكمة تمييز دبي رقم 355 لسنة 2000 (حقوق)، جلسة 4 فبراير لسنة 2001.

المطلب الأول

التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة في إطار شركة المحاصة

ذكرنا بأن المقصود بالتمويل بالمشاركة كأحد الأساليب المتبعة في المصارف الإسلامية هو أن يقوم المصرف بتمويل العميل بمبلغ مالي وذلك من أجل إقامة مشروع معين على أن يكون المصرف شريكاً مع العميل في ملكية وإدارة هذا المشروع، بحيث يتحصل كلا الطرفين على نسبه المتفق عليها من الأرباح، وفي حال الخسارة فإن كل طرف منهما سيتحملها في حدود حصته المشارك بها من رأس المال. وقد أوردنا بأن تعريف التمويل بالمشاركة يتكون من ثلاثة عناصر أساسية وهي:

- 1- اشتراك المصرف والعميل في رأس مال المشروع وإدارته.
- 2- الأرباح الناتجة عن المشروع يستفيد منها كلا الطرفين حسب الاتفاق.
- 3- يتحمل كل من المصرف والعميل الخسارة الناتجة عن المشروع في حدود مشاركته في رأس المال.

كما أوضحنا بأنه يتعين في هذه الصيغة أن تكون متوافقة في مضمونها وأحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك تطبيقاً لنص المادة (3) من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية.

وحيث إن المشرع الإماراتي لم يضع تنظيماً قانونياً خاصاً بالتمويل بالمشاركة يوضح لنا القواعد القانونية التي تحكمه، وبالتالي تحتم علينا من خلال استعراض تعريف التمويل بالمشاركة وتحديد العناصر الأساسية التي يتكون منها أن نضع هذه النوعية من العقود في إطار ما أورده القانون من تنظيمات قانونية مقننة.

الفرع الأول: اقتراح شركة المحاصة كإطار قانوني:

نتيجة لعدم وجود تنظيم خاص بعقد التمويل بالمشاركة، نجد أن فقهاء الشريعة والقانون قد اختلفوا في تشخيص الإطار القانوني الأنسب الذي يمكن تطبيقه على عقد التمويل بالمشاركة. ويلزم التنويه بداية إلى أن عدم وجود إطار قانوني يقدم فيه التمويل بالمشاركة من شأنه أن يجعل تقديمه في إطار تعاقدية، وأنه مهما بلغت العناية بصياغة الاتفاق بين الطرفين فإنه لن يمكن سد كافة الثغرات، ولن يمكن التحسب لجميع الاحتمالات، وهو ما سيؤدي إلى لجوء القاضي لتطبيق أحكام القواعد القانونية المقننة في حال نشوء نزاع بين الطرفين وذلك لسد النقص الذي شاب الاتفاق بما قد يُخرج العملية عن إطارها الإسلامي.

لذلك نجد بأن البعض قد اقترح تقديم التمويل بالمشاركة في ضوء أحكام شركة المحاصة والتي تعترف بها معظم تشريعات الدول العربية والإسلامية والأوربية على حد سواء، وفي إطار هذه الأحكام يظل للمشاركة طابعها الإسلامي، وفي نفس الوقت يكون لها سند قانوني.

وعند استعراض خصائص شركة المحاصة سنجد أنها لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها، كما أنها ليس لها ذمة مالية مستقلة، ولا تخضع لإجراءات الشهر والعلانية أو الشكلية التي تخضع لها سائر الشركات التجارية، بل يكفي فيها توافر الأركان الموضوعية من تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، والمساهمة في الأرباح والخسائر مع وجود نية الاشتراك، كما أن كونها شركة عقد سيسمح بقدر كبير من الحرية التعاقدية للشركاء كي ينظموا علاقتهم بحرية كاملة في إطار القواعد القانونية الآمرة، وهو الأمر الذي يلائم التمويل بالمشاركة من خلال وضع الشركاء كافة الشروط التي تبقى العملية في إطارها الإسلامي.⁽¹⁾

وقد أضاف بعضهم بأن المشاركة في البنوك الإسلامية من الناحية القانونية لا تأخذ شكل شركة أشخاص (تضامن أو توصية) ولكنها أقرب إلى شركة المحاصة التي هي شركة بين اثنين في تمويل عملية على أن يكون أحد الشريكين (وهو البنك -المصرف- في العادة) مستتراً، بمعنى أنها شركة فيما بين البنك -المصرف- والعميل، وأما في مواجهة الغير فالعميل الذي يظهر فقط، ويتعامل مع الغير باسمه وليس باسم المشاركة.⁽²⁾

الفرع الثاني: إشكالات على اقتراح شركة المحاصة كإطار قانوني:

قد يكون اقتراح وضع التمويل بالمشاركة في إطار منظومة شركة المحاصة هو الأنسب والأقرب في إنزال عقد التمويل بالمشاركة تحت إطاره، وذلك من أجل المحافظة على شرعية التمويل بالمشاركة وإبقائه في دائرة التعامل الإسلامي، إلا أن هذا الرأي مؤاخذٌ عليه بأن شركة المحاصة تعتبر من شركات الأشخاص، في حين أن التمويل بالمشاركة يعتمد على اشتراك الأموال دون اعتبار لشخص الشريك، بحيث لا ينقضي عقد

(1) د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، مرجع سابق، ص325، بتصرف.

(2) د. أحمد شعبان مُجَّد علي، مرجع سابق، ص127.

التمويل بالمشاركة بوفاء أحد الأطراف كما هو الحال في شركات الأشخاص التي تكون فيها شخصية الشريك محل ثقة واعتبار⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى فإن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية وهو ما يترتب عليه بأن الشريك المحاص الذي يتعامل مع الغير يكون مسؤولاً في كل أمواله عما أبرمه من عقود مع الغير، شريطة توزيع الخسائر بنسبة نصيب كل من الشركاء في رأس مال الشركة⁽²⁾، وهو ما قرره المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها من أن: "شركة المحاصة هي شركة مستترة قانوناً لا تحمل اسماً ولا عنواناً وليست لها شخصية اعتبارية مستقلة ولا وجود قانوني ظاهر أمام الغير فيما عدا قيامها بين الشركاء فيها، وهو ما يتمثل في اقتسام الأرباح والخسائر الناجمة عن أي عمل تجاري يقوم به أحدهم باسمه الشخصي وليس باسم الشركة"⁽³⁾.

إلا أننا عند تعرُّضنا لتعريف التمويل بالمشاركة وجدنا أن الشريك في عقد التمويل بالمشاركة لا يتحمل الخسارة إلا في حدود حصته المشارك بها في رأس المال، بما يتضح معه عدم ملائمة المنظومة القانونية لشركة المحاصة مع عقد التمويل بالمشاركة.

وعلى أية حال، وفضلاً عما سبق ذكره من إشكالات بشأن اقتراح وضع التمويل بالمشاركة تحت إطار شركة المحاصة، فإن المشكلة الأساسية تقع في أن قانون الشركات الإماراتي الجديد قد حدّد أشكال الشركات التجارية على أنها (شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، شركة المساهمة العامة، شركة المساهمة الخاصة)، واعتبر أن كل شركة لا تتخذ أحد الأشكال المشار إليها في هذا القانون باطلة، ويكون الأشخاص الذين تعاقدوا باسمها مسؤولين شخصياً وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد⁽⁴⁾.

(1) بشأن كون شركة المحاصة من شركات الأشخاص وأن شخصية الشريك فيها محل ثقة واعتبار، يراجع أ. د. أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول القواعد العامة للشركات، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2014، ط2، ص37.

(2) أ. د. أحمد عبدالرحمن الملحم، مرجع سابق، الجزء الثاني القواعد الخاصة للشركات، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2014، ط2، ص130.

(3) أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية، الطعين رقمي 339، 369 لسنة 22ق، جلسة 7 يناير سنة 2004.

(4) راجع المادة (9) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

ومن ثم فإنه وإن كانت معظم الدول العربية والإسلامية والأوربية تعترف بشركة المحاصة، إلا أن القانون الإماراتي قد أبطلها حديثاً وبالتالي لن يسعفنا أن ندرج عقد التمويل بالمشاركة في إطارها، بما يتحتم علينا البحث عن البديل لهذا التنظيم وفقاً لما أورده القانون الإماراتي من أشكال قانونية للشركات التجارية.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة في إطار الشركات القانونية

إن عدم اعتراف القانون الإماراتي الجديد بشركة المحاصة من شأنه أن يوقعنا في صعوبة تحديد الإطار القانوني البديل لتطبيقه على عقد التمويل بالمشاركة مع المحافظة على صورته ووضع الإسلام، إلا أننا سنحاول قدر المستطاع الوصول إلى الإطار القانوني الأقرب في تكييف عقد التمويل بالمشاركة والعلاقة القانونية بين المصرف والعميل فيها.

الفرع الأول: التكييف القانوني في إطار شركات الأشخاص:

ذكرنا فيما سبق بأن من أهم العناصر الأساسية في عقد التمويل بالمشاركة هو أن تحمل الشريك للخسارة يكون في حدود مشاركته في رأس المال، كما أوضحنا بأن عقد التمويل بالمشاركة يعتمد في تأسيسه على اشتراك رؤوس الأموال دون اعتبار لشخص الشريك، بحيث لا ينقضي عقد التمويل بالمشاركة بمجرد وفاة أحد الأطراف.

ومن هنا طُرحت بعض الإشكالات على اقتراح منظومة شركة المحاصة كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة، باعتبار أن خسارة الشريك في شركة المحاصة - كما أوضحنا سلفاً - تمتد إلى أمواله الخاصة، فضلاً عن كون شخص الشريك فيها محل ثقة واعتبار.

وهذه الإشكالات التي طُرحت على اقتراح شركة المحاصة كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة هي ذاتها ما يمكن إيرادها على أشكال شركات الأشخاص التي أوردها القانون الإماراتي، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: شركة التضامن:

إذ أننا عند النظر إلى شركة التضامن كأحد أشكال شركات الأشخاص التي أوردها قانون الشركات الإماراتي سنجد أن القانون قد عرفها بأنها: " الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين يكونون مسئولين شخصياً وبالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة"⁽¹⁾.

(1) راجع المادة (39) من القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

ومن التعريف السابق يتبين لنا بأن القانون قد فرض أن يكون الشريك المتضامن شخصاً طبيعياً، وإن كان يمكن تدارك ذلك بأن يكون هناك شخص طبيعي ممثل للمؤسسة المالية (المصرف الإسلامية) يقوم بإجراء التعاقد مع العميل لإنشاء الشركة فيما بينهما، إلا أن أساس الإشكال يقع بأن القانون قد ذكر أن الشركاء في شركة التضامن مسئولون جميعاً عن ديون الشركة قبل الدائنين مسئولية شخصية تضامنية غير محدودة وتكون جميع أموال الشركة ضامنة لهذه الديون ولا تقتصر مسئولية الشريك على مقدار حصته فيها.⁽¹⁾

وهو ما يعتبر منافياً لإحدى أهم الخصائص في عقد التمويل بالمشاركة الذي يعتمد على اشتراك رؤوس الأموال دون اعتبار لشخص الشريك، إضافة إلى أن تحمل الشريك للخسارة يكون في حدود مشاركته في رأس المال دون أن يمتد ذلك إلى أمواله الخاصة، بما يحتم علينا استبعاد شركة التضامن كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة.

ثانياً: شركة التوصية البسيطة:

أما بشأن شركة التوصية البسيطة فإن قانون الشركات الإماراتي قد عرفها على أنها: "الشركة التي تتكون من شريك متضامن أو أكثر يكونون مسئولين شخصياً وبالتضامن عن التزامات الشركة ويكتسبون صفة التاجر، ومن شريك موصٍ أو أكثر لا يكونون مسئولين عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصتهم في رأس المال ولا يكتسبون صفة التاجر."⁽²⁾

والملاحظ على هذا الشكل من الشركات من أنه قد مايز بين الشركاء كما أنه حمل الشريك المتضامن فيها تبعة الخسائر التي قد تصيب الشركة بالزيادة عن حصته في رأس المال، إذ أن الشريك المتضامن سيتحمل الخسارة بصفته الشخصية بحيث تمتد الخسارة إلى أمواله الخاصة بما يخالف خصائص عقد التمويل بالمشاركة الذي يعتمد على اشتراك رؤوس الأموال وتحمل كل شريك فيه بحدود مشاركته في رأس المال.

لذا فإننا سنستبعد شركات الأشخاص لعدم صلاحيتها بأن تكون إطاراً قانونياً لعقد التمويل بالمشاركة، أي أننا سنستبعد كلاً من شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة لعدم انطباقهما على تعريف عقد التمويل بالمشاركة بما يحويه من عناصر أساسية.

(1) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا طعن رقم 139 لسنة 17ق، جلسة 14 إبريل سنة 1996.

(2) راجع المادة رقم (62) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

الفرع الثاني: التكيف القانوني في إطار شركات الأموال:

بعد أن استبعدنا شركات الأشخاص من وضعها كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة كوسيلة متبعة في المصارف الإسلامية لاستثمار الأموال، وذلك للأسباب التي تم ذكرها سلفا في الفرع الأول، نستعرض الآن شركات الأموال المتمثلة بشركة المساهمة على نوعيها (العامة والخاصة) والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

أولا: شركات المساهمة (العامة والخاصة):

عند مطالعة قانون الشركات الإماراتي الجديد نجد أنه قد أورد في تعريفه لشركة المساهمة العامة على أنها: ".. الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وتكون قابلة للتداول ويكتتب المؤسسون بجزء من هذه الأسهم بينما يطرح باقي الأسهم على الجمهور في اكتتاب عام، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر حصته في رأس المال".⁽¹⁾

وحيث إن التمويل بالمشاركة عادة ما يخرج في تطبيقاته عن تقسيم رأس المال فيه إلى أسهم متساوية القيمة بحيث تكون قابلة للتداول، وطرح جزء منها في اكتتاب عام على الجمهور، بما يجعلنا نستبعد وضعه في إطار شركة المساهمة العامة.

أما بشأن شركة المساهمة الخاصة فإننا بمطالعة نص القانون سنجد أن من شروطها ألا يقل رأس مالها عن خمسة ملايين مدفوعة بالكامل⁽²⁾، وهو ما قد لا يتحصل دائما في عقود التمويل بالمشاركة بين المصرف الإسلامي والعميل، فضلا عن أن رؤوس أموال شركات المساهمة تقسم إلى أسهم متساوية القيمة بحيث تكون قابلة للتداول، وهو كذلك غالبا ما لا يتحقق في المشاريع التي تكون محلا لعقود التمويل بالمشاركة، وبالتالي فإننا نرى بأن شركات المساهمة بنوعيها العام والخاص بعيدة بعض الشيء في أحكامها عن أوصاف وعناصر عقود التمويل بالمشاركة.

ثانيا: الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

بعد أن استعرضنا كافة أشكال الشركات التي نص عليها القانون الإماراتي الجديد، لم يتبق لنا إلا الشركة ذات المسؤولية المحدودة والتي قد تكون هي الأقرب في وضعها كإطار لعقد التمويل بالمشاركة، وذلك

(1) راجع المادة (105) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

(2) راجع المادة (255) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

لكونها تحقق العناصر الأساسية التي يتشكل بها عقد التمويل بالمشاركة، إذ أن القانون قد اكتفى بكون عدد الشركاء فيها اثنان فصاعداً، على ألا يتجاوز العدد (50) خمسين شريكاً، كما أن الشريك فيها لا يسأل إلا في حدود حصته من رأس المال⁽¹⁾، وهو ذاته ما قرره المحكمة الاتحادية العليا في حكم سابق لها على ضوء القانون التجاري الإماراتي السابق، إذ قضت بأن: "من أهم خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة تحديد مسؤولية الشريك عن ديون الشركة بمقدار حصته في رأس المال، مما يعني أن ضمان دائني هذه الشركة يقتصر على ذمتها المالية دون ذمم الشركاء الذين تنحصر مخاطرتهم التجارية في حدود حصصهم، وتحديد مسؤولية الشريك عن ديون الشركة بمقدار حصته في رأس المال تحديد مطلق يسري على علاقة الشركاء كل بالآخر وعلى علاقة الشركاء بالغير"⁽²⁾.

وقد أوضحت المحكمة الاتحادية العليا في حكم آخر لها بأن: "تعتبر المسؤولية المحدودة غير التضامنية المميز لهذا النوع من الشركات - الشركات ذات المسؤولية المحدودة - عن شركات الأشخاص التي يسأل فيها الشريك مسؤولية شخصية تضامنية مع غيره من الشركاء عن ديون الشركة والتزاماتها"⁽³⁾.

أما بشأن حدود قيمة رأس المال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فنجد أن القانون لم يحدد لرأس مال الشركة حداً أدنى في قيمته، وإنما أورد بأنه يكفي فيه بأن يكون كافياً لتحقيق الغرض من تأسيسها⁽⁴⁾.

ومن خلال استعراض الخصائص السابقة للشركة ذات المسؤولية المحدودة نجد أنها الأقرب في أوصافها وأحكامها إلى أحكام عقد التمويل بالمشاركة، إلا أنه تجدر الإشارة بأن القانون قد أورد العديد من الأحكام الموضوعية والإجرائية بشأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بل إنه قد أحال بشأن أحكامها التي لم يرد فيها نص خاص إلى الأحكام المتعلقة بالشركات المساهمة، وكل ذلك من شأنه أن يغير في آلية عقد التمويل بالمشاركة والذي قد يخرج من صورته الإسلامية في بعض الحالات.

إذ كما ذكرنا سلفاً بأن المتعاقدان لن يستطيعا إبراد كافة الأحكام وسد كافة الثغرات اتفاقياً تحسباً لكافة الاحتمالات، وهو ما سيجعل المحكمة عند حصول نزاع معين إلى الرجوع لأحكام القانون

-
- (1) راجع المادة (71) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية
 - (2) أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 283 لسنة 16 ق جلسة 21 يناير سنة 1996،
 - (3) أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 811 لسنة 23 ق جلسة 6 يونيو لسنة 2004.
 - (4) راجع المادة (67) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

التجاري والذي قد يعرض عقد التمويل بالمشاركة إلى التفريغ من محتواه الإسلامي لوجود بعض الأحكام في القانون التجاري المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن هنا نرى بأن من اللازم على المشرع الإماراتي أن يتدخل بتشريع يُقنّن فيه صيغ وأساليب الاستثمار التي تعمل بها المصارف الإسلامية وذلك من أجل حمايتها والحفاظ على شرعيتها، إذ أن إبقاء الحال على ما هو عليه في إطار عدم وجود تنظيم قانوني خاص لها من شأنه أن يحوّرها ويغير في أحكامها عند تطبيق القواعد القانونية المتاحة عليها من المنظومة التشريعية ككل، والذي قد يؤدي إلى إخراجها عن إطارها الإسلامي الصحيح، ومن ثم تنتفي معه كافة الغايات التي أوجدت هذه الأساليب من أجل تحقيقها.

الخاتمة

النتائج:

من خلال ما استعرضناه في هذه الدراسة يمكننا أن نتوصل إلى مجموعة من النتائج المهمة المتعلقة بموضوعها، وأبرزها أن التنمية الاقتصادية والاجتماعية من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، ولهذا الأساس حرّمت الشريعة الإسلامية السماح بالتعامل بالفوائد الربوية لما لها من آثار سلبية على الجانب الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع.

وفي ظل التطور والنمو الاقتصادي في العالم ككل، وبروز دور المصارف في ضخ الأموال وتمويل أنشطة المجتمعات، كان لزاماً على فقهاء الشريعة الإسلامية إيجاد حلول بديلة عن المعاملات الربوية بحيث تستطيع معها المصارف القيام بالاستثمارات في إطار أحكام الشريعة الإسلامية وذلك تحقيقاً للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما أوجد لنا صيغة التمويل بالمشاركة.

إلا أن المعاملات الإسلامية المصرفية والتي من بينها عقود التمويل بالمشاركة مازالت مستحدثة وغير مقننة قانوناً، وهو ما جعلنا نبحث في ماهيتها من أجل الوصول إلى الأحكام القانونية المنطبقة عليها. وقد توصلنا من خلال بحثنا إلى أنه يمكن إجمال التعريف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المصرف والعميل في الاشتراك بتملك مشروع معين من خلال المشاركة في رأس المال والإدارة، على أن تكون نسبة الأرباح الناتجة لكل منهما بالاتفاق، وتحمل الحسائر كل في حدود حصته في رأس المال.

ونظراً لعدم وجود التقنين الخاص بشأن عقد التمويل بالمشاركة، تحتم علينا وضع هذه النوعية من العقود في إطار إحدى الأشكال القانونية للشركات المنصوص عليها، والذي توصلنا إلى أن الأقرب والأنسب في انطباقها هي الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وبالرغم من محاولة وضع عقد التمويل في المشاركة في إطار الشركة ذات المسؤولية المحددة، تبقى الأحكام القانونية المسيطرة على هيكل العلاقة بين المصرف والعميل، والتي من بينهما ما قد يخرج هذه العلاقة عن صورتها الإسلامية.

التوصيات:

انطلاقاً من النتائج التي توصلت إليها في هذه الدراسة المتواضعة، أوصي المشرع الإماراتي بأن يلتفت إلى وضع تشريع قانوني خاص بالمعاملات المصرفية الإسلامية بحيث يحفظ لها كيانها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية دونما حاجة إلى الرجوع لقانون الشركات لما قد يؤديه في تغييره وتحويله مضمون المعاملة الإسلامية.

وفضلاً عن إيجاد التشريع القانوني الخاص الذي يبين الأحكام التفصيلية لهذه المعاملات، أوصي المشرع كذلك بأن يورد أحكاماً قانونية من شأنها أن تضمن للمصارف الإسلامية بأن تكون تعاملاتها كافة وفقاً للشريعة الإسلامية دون أن تتأثر برجوعها إلى قواعد قانونية أخرى في أي من فروع القوانين الوضعية التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كما يمكن للمشرع بأن ينص على استثناء المصارف الإسلامية من التقيد بأحكام قانون الشركات التجارية فيما يرتبط بأشكال الشركات أو الأحكام المخالفة للشريعة الإسلامية وذلك من أجل توفير الحماية الشرعية لها بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية.

كما أوصي المصارف الإسلامية بأن تسعى جاهدة لاستحداث صيغ وأساليب استثمارية إسلامية بحيث يمكن وضعها في إطار الأحكام القانونية الوضعية التي توافق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك تجنباً للوقوع في مشكلة تطبيق أحكام قانونية أخرى مخالفة للشريعة الإسلامية بما من شأنه الخروج عن الغايات التي أوجدت هذه الصيغ والأساليب من أجلها.

قائمة المراجع :

- القرآن الكريم.
- القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م بشأن المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.
- د. أحمد شعبان مُجَد علي، البنوك الإسلامية في مواجهة الأزمات المالية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.
- أ. د. أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2014، ط2.
- د. أميرة فتحي عوض مُجَد، عقود الاستثمار المصرفية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014.
- د. عادل عبدالفضيل عيد، الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.
- د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، دار النهضة العربية.
- د. عبدالعزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية، التجربة وتحديات العولمة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
- علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، 2008.
- د. قادري مُجَد الطاهر، المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، مكتبة حسن العصرية، بيروت، لبنان، 2014.
- د. ماجد مُجَد فهاد تريان، المصارف الإسلامية التحديات والفرص، دار الواضح، الإمارات.
- مُجَد صالح الحناوي، عبدالسلام سعيد فتاح، المؤسسات المالية البورصة والبنوك التجارية، الدار الجامعة، القاهرة، مصر.
- مُجَد عبدالله شاهين، اقتصاديات البنوك الإسلامية وآثارها في التنمية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية.

استمرار ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها

لتفسير الحكم أو تصحيحه أو استكماله

إعداد الباحثة: ميثاء عباس علي الحوسني.

الطالبة بماجستير القانون الخاص

بكلية القانون - جامعة الشارقة

المقدمة

يكمن الهدف الرئيس من التجاء الخصوم للقضاء في الحصول على حكم قضائي فاصل في موضوع منازعتهم، وبمجرد إصدار المحكمة حكمها في الموضوع، فإنها تكون قد أدت وظيفتها وتستنفد بذلك ولايتها تجاه المسألة التي فصلت فيها، فلا يجوز لها أن تعيد الفصل فيها مرة أخرى طالما كان حكمها فيها قطعياً⁽¹⁾. ومن هذا المنطلق لا يجوز للمحكمة أن تمس حكمها القطعي الصادر في مسألة ما بالتعديل أو بالإلغاء، سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أو اتفاق الخصوم⁽²⁾. وتجذ هذه القاعدة تبريرها في تحقيق الاستقرار للمراكز القانونية، فبمجرد أن يجوز الحكم على قوة الأمر المقضي يتحصن من التعديل والإلغاء، وهو ما يحقق الاستقرار القانوني للمراكز التي جاء الحكم ليقر بها أو ليثبتها أو ليلغيها، ومما لا شك فيه ان ذلك يمنع تأييد المنازعات القضائية، ويؤدي إلى اقتصار الوقت والجهد في العملية القضائية⁽³⁾. وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بعد ثبات مضمون الحكم الصادر، ومنع أي محاولة تقضي بالمساس بمضمونه سواء كان من المحكمة مصدرة الحكم نفسها أو من أطراف الخصومة⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1974، ص

398؛ د. أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، دار النهضة العربية، القاهرة،

2009، ص 572.

(2) المرجع السابق، ص 573.

(3) د. أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص 583.

(4) د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة

الثانية، 2009، ص 64.

وبالإضافة إلى ذلك فقاعدة استنفاد الولاية ترتبط بصورة مباشرة مع الأسس التنظيمية للمرفق القضائي، حيث يتبنى النظام القضائي الاماراتي مبدأ التقاضي على درجتين، ومن ثم فإن وسيلة تصحيح أي خطأ في أحكام محاكم الدرجة الأولى هي الطعن فيها أمام محاكم الاستئناف وليس الرجوع إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم طالما لم يتعلق الأمر بإحدى الحالات المستثناة قانوناً⁽¹⁾.

إشكالية الدراسة :

إذا كانت القاعدة أن ولاية المحكمة على الدعوى تنتهي بمجرد إصدارها الحكم القطعي فيها، مما يفقدها سلطة إعادة الفصل في ذات الدعوى أو تعديل أو إلغاء الحكم الذي أصدرته بشأنها، ولكن يثور التساؤل حول مدى إمكانية إعادة الحكم للمحكمة التي أصدرته ما إذا قالت كلمتها فيه، ومتى تغدو هذه الأخيرة منقطعة الصلة بهذا الحكم، فهل من مجرد إصداره أم بعد صيرورته حكماً قطعياً.

وفي حال جاء الحكم مقترن بخطأ مادي أو حسابي، فهل من الممكن العودة لذات المحكمة التي أصدرته لتزيل هذا الخطأ؟، وهل يحق لطرفي النزاع المطالبة بذلك، أم هو حق يقتصر على المحكمة؟ وما هو العمل لو شاب الحكم الصادر من المحكمة شيء من الغموض والإبهام، فهل للمحكمة أن تخوض في تفسيره، أم يترك ذلك للمحكمة الأعلى درجة؟، وهل يتم ذلك بطلب من الخصوم أم يقف على قبول وطلب المحكمة التي أصدرت هذا الحكم؟

وإذا أغفل حكم المحكمة لبعض طلبات الخصوم، فهل يحق للطرف الذي أغفلت طلباته أن يتقدم بطلب لاستكمال الفصل في طلباته، أم يقوم برفع دعوى مبتدأة مطالباً بذلك؟ وبناء عليه يسعى هذا البحث إلى التعرف على حق المحكمة في التصدي لما قد يطرأ على إحكامها من مشكلات مستقبلية، وذلك من خلال الوقوف على حق المحكمة في إعادة نظر المنازعات التي قد سبق لها وقالت كلمتها فيها، ومعرفة الحد الذي تقف عنه المحكمة في التعامل والتعديل والإضافة إن أمكنها ذلك، والتعرف على الآليات والنظم التي وضعها المشرع للتعامل مع ما قد يشوبه أو يثيره الحكم بعد صدوره، أو ما قد يغفله عند الفصل فيه، إلى جانب تحديد الشروط التي تستوجبها كل حالة من الحالات السابقة على حدة.

ومن الممكن أن نلخص عناصر مشكلة البحث في النقاط التالية :

__ تحديد الأساس القانوني لقاعدة استنفاد المحكمة لولايتها؟

__ ما هي الحالات التي يمكن أن تستمر فيها ولاية المحكمة على القضية بعد إصدار حكمها فيها؟

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص 696.

التعرف على الشروط والضوابط المتبعة في كل حالة من الحالات التي تستمر فيها ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها وهي حالات التفسير والتصحيح والاستكمال.

فمن المهم التعرف على الكيفية التي يتم التعامل بها بين وجوب أعمال القاعدة العامة، والتي تقتضي عدم المساس بالحكم، وذلك نظراً لاستنفاد ولاية المحكمة تجاهه، وبين الحالات التي توجب إعادة نظر المحكمة لذات الدعوى وذلك بغية تفسير الحكم أو تصحيحه أو استكمالها.

المنهج المتبع في الدراسة :

تعتمد الدراسة بشكل رئيسي على المنهج التحليلي والذي تتجلى أهميته من خلال تحليل التشريعات المعنية بحالات استمرار ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها في النظام القانوني الإماراتي. كما تستعين الدراسة بالمنهج الوصفي بما يتواءم مع طبيعتها التي تقتضي تحديد ماهية ونطاق قاعدة استنفاد الولاية، ومن ثم البحث في حالات استمرار ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها. وتستعين الدراسة أخيراً بالمنهج التأصيلي، حيث تحاول الاستناد إلى فهم وتفسير الأحكام القانونية المختلفة بهدف الوصول إلى قواعد ومبادئ وأحكام عامة بشأن موضوع البحث.

تقسيم :

تسعى الدراسة إلى التعرف على حالات استمرار ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها، والتي نحدد عن طريقها نطاق استنفاد المحكمة لولايتها. ويتم ذلك من خلال البحث في مفهوم قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها. والتعرف على نطاق تطبيق قاعدة استنفاد ولاية المحكمة. ويلى ذلك التعرف على سلطة المحكمة في تصحيح الأخطاء المادية للحكم، وتحديد شروط قبول طلب التصحيح وإجراءاته وكيفية تقديم طلب التصحيح ونظره والحكم فيه والطعن فيه. كما تعرض الدراسة بعد ذلك سلطة المحكمة في تفسير ما يقع في الحكم من غموض وإبهام، للتعرف على شروط قبول طلب التفسير وإجراءاته، وكذلك لتبيان حكم المحكمة فيه والطعن فيه. ثم تلقي الدراسة الضوء على إغفال المحكمة الفصل في بعض الطلبات، وذلك للوقوف على مفهوم الإغفال وتطبيقاته، ولتحديد شروط قبول طلب الاستكمال وإجراءاته، وأخيراً عرض حكم المحكمة في طلب الاستكمال والطعن فيه. وذلك كله على النحو التالي :

- المبحث التمهيدي : ماهية ونطاق قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها.
- المبحث الأول : سلطة المحكمة في تصحيح الأخطاء المادية للحكم.
- المبحث الثاني : سلطة المحكمة في تفسير ما يقع في الحكم من غموض أو إبهام.
- المبحث الثالث : إغفال المحكمة الفصل في بعض الطلبات.

المبحث التمهيدي

ماهية ونطاق قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها

تمهيد وتقسيم :

من أهم النتائج التي تترتب على صدور الحكم المنهي للخصومة استنفاد المحكمة لولايتها على المسألة التي أصدرت حكماً فيها، مما يمتنع معه العدول عن حكمها في هذه المسألة، أو إعادة نظرها من جديد. حتى ولو كان لديها أدلة قانونية، أو واقعية لم تثار من قبل في الدعوى الأصلية، أو لم تتطرق لها رغم إثارتها في الدعوى التي صدر فيها حكمها⁽¹⁾. ويتطلب التعرف على هذه النتائج أن نحدد أولاً ماهية قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها، ونعرض ثانياً لنطاق قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها.

المطلب الأول

ماهية قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها

تقسيم :

سوف نتناول في هذا المطلب موضوع ماهية قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها، حيث نبدأ بتحديد المقصود بقاعدة استنفاد الولاية، ثم نعرض لتمييز فكرة استنفاد الولاية عن فكرة حجية الأمر المقضي، كما نحدد أساس قاعدة استنفاد الولاية، وأخيراً نعرض لمدى تعلق القاعدة بالنظام العام.

الفرع الأول

المقصود بقاعدة استنفاد المحكمة لولايتها

تعرف فكرة استنفاد المحكمة لولايتها بأنها : حسم القاضي لمسألة معينة، وبالفصل في هذه المسألة يستنفد سلطته في الحكم فيها، فيمتنع عليه العدول عما قضى به، بالإضافة لعدم إمكانه إعادة النظر لسابقة فصله فيها⁽²⁾.

(1) د. أسامة الروبي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009، ص 100_99.

(2) د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2016، ص 910.

كما عرفها رأى في الفقه بأنها : بحث القاضي لمسألة ما وإصداره لقراره بشأنها بصفة قطعية ينهي ولايته بنظر النزاع⁽¹⁾.

وعرفها رأى آخر بأنها : الحالة التي يمتنع فيها القاضي عن مزاوله سلطته في الحكم بمجرد حسم المسألة بالفصل فيها، فيمتنع عليه العدول عن قضاءه، أو إعادة نظرها وإن كان حكمه فيها باطلاً⁽²⁾.
وعليه فإن استنفاد الولاية هو عدم مباشرة القاضي لوظيفته القضائية أكثر من مرة بصدد مسألة معينة⁽³⁾. أي أنه طالما فصلت المحكمة في مسألة عرضت عليها فإن سلطتها بشأنها تكون قد انتهت⁽⁴⁾.
وبناء عليه، فإذا أعلنت المحكمة عن عقيدتها تجاه مسألة من المسائل المطروحة عليها، تكون قد استنفدت ولايتها بشأن هذه المسألة⁽⁵⁾، وهو ما يعني زوال سلطتها تجاهها⁽⁶⁾. فالقاعدة في هذا الشأن أن ما قاله القاضي كلمته فيه لا يملك إعادة بحثه من جديد، كما يصبح قضاءه في هذا الأمر ملزماً له ولأطراف الخصومة⁽⁷⁾، وبصفة خاصة تجاه المسألة التي بحثها القاضي وأصدر تجاهها حكمه بصفة قطعية⁽⁸⁾. وهو ما يسفر عنه عدم جواز مساس المحكمة بالحكم الذي أصدرته في المسألة المطروحة عليها سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد أطراف الدعوى، أو بناء على اتفاقهم⁽⁹⁾. وعلى هذا الأساس يمتنع على المحكوم له بعد صدور الحكم المطالبة بتنفيذ الحكم تنفيذاً معجلاً، أو أن يطلب المحكوم عليه منحه أجلاً

(1) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 822.

(2) د. حسام مهني صادق عبد الجواد، الآثار الإجرائية للحكم المدني (دراسة مقارنة)، المركز القومي لإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010، ص 233.

(3) د. علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 489.

(4) د. عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت الطبعة الأولى، ص 378.

(5) د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابطها وحجيتها، الطبعة الثانية، (بدون إشارة لدار النشر)، 1992، ص 345.

(6) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2001، ص 705.

(7) د. أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 346.

(8) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص 822.

(9) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 705.

للفاء. كما يمنح هذا الحكم للمحكوم له والمحكوم عليه معاً، في حال توافرت المصلحة، الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً⁽¹⁾.

وخلاصة ما تقدم أن المحكمة تغدو بلا ولاية تجاه المسألة المحسومة بحكم قضائي، فلا تملك بعد النطق بالحكم الرجوع عنه، أو تغييره، أو تعديله، أو الإضافة إليه، فليس للمحكمة أن تأمر بالإنفاذ المعجل للحكم بعد إصداره، أو أن توقف الإنفاذ الذي أقرته في حكمها، وإنما يتم ذلك وفق طرق الطعن المقررة قانوناً⁽²⁾. وتأكيداً على ذلك قضت المحكمة الاتحادية بأنه: «لما كان الأصل في نظام التقاضي أنه متى صدر الحكم في الدعوى خرجت من حوزة المحكمة لاستنفادها ولايتها القضائية وامتنع عليها العودة إلى نظرها من جديد⁽³⁾».

الفرع الثاني

التمييز بين فكرة استنفاد الولاية وفكرة حجبية الأمر المقضي

يقصد بقاعدة استنفاد الولاية أن فصل المحكمة في أحد المسائل المتنازع عليها أمامها ينهي ولاية المحكمة بشأنها، أي أنها تصبح بلا ولاية بالنسبة لهذه المسألة، بحيث لا تملك المحكمة بعد النطق بالحكم فيها إلغاءه، أو تغييره، أو تعديله⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لفكرة الحجبية فهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، معناها أن الحكم قد صدر صحيحاً من الناحية الشكلية والموضوعية، فهو حجة فيما قضى به⁽⁵⁾. وبموجب هذه الصفة لا يقبل إعادة رفع الدعوى من جديد أمام ذات المحكمة، أو غيرها، وفي حال ما إذا رفعت من جديد لا تقبل لسابقة الفصل فيها⁽⁶⁾.

(1) د. أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص 573.

(2) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 62.

(3) المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية، الطعن رقم 2 لسنة 2013 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 21 يناير 2014، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 11\12\2017.

(4) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 62.

(5) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 878.

(6) د. أسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014،

وتتشابه فكرة استنفاد الولاية مع فكرة حجية الأمر المقضي في كونهما يحققان ذات الهدف، وهو عدم المساس بالشيء المحكوم فيه، كما أنهما يتبعان ذات المفهوم وهو عدم مباشرة الوظيفة القضائية تجاه ذات المسألة أكثر من مرة⁽¹⁾. كما أنهما يشتركان في الحصانة التي يقدمانها للمسألة المحسومة بحكم قطعي، فيمتنع معها إعادة نظر ذات المسألة مرة أخرى⁽²⁾.

ورغم ما تقدم تختلف كلتا القاعدتان في نطاق كلا منهما، فبالنسبة لاستنفاد المحكمة لولايتها يكون أثرها مقصوراً على الخصومة التي فصلت فيها المحكمة وحدها دون ما لم تفصل فيه، أي أن سلطة المحكمة تزول تجاه ما قالت فيه كلمتها دون غيرها من المسائل. ولكن ذلك لا يمنع من إثارة هذه المسألة من جديد، على أن يثار في خصومة مستقبلية ولا يمس ما يتمتع به الحكم الصادر في الخصومة الأصلية من حجيه. في حين أن أثر فكرة الحجية يمتد في ضمان استقرار الحماية القضائية الممنوحة للحكم تجاه أي خصومة مستقبلية أمام نفس المحكمة أو أمام أي محكمة أخرى⁽³⁾.

وتتجلى أهمية التفرقة بين فكرة استنفاد ولاية المحكمة وحجية الأمر المقضي، في أن الحجية تلحق الحكم القضائي الذي يمنح الحماية القضائية من دون الأعمال التي تصدر خلال الخصومة القضائية، وعلى النقيض فإن استنفاد سلطة المحكمة يتحقق تجاه كل حكم حاسم في مسألة موضوعية، أو إجرائية داخل الخصومة⁽⁴⁾. كما أن الحجية نسبية الأثر، مما يجعل الأحكام الموضوعية الصادرة قبل الإدخال، أو التدخل في الدعوى لا تحوز الحجية في مواجهة هذا الخصم المدخل، أو المتدخل. في حين أن استنفاد الولاية ذو أثر مطلق داخل الخصومة، مما يمنع معه الخصم الجديد من إثارة المسألة الإجرائية التي سبق الفصل فيها بحكم قطعي قبل إدخاله، أو تدخله. ومن الجدير بالذكر أن صدور تشريع جديد ينظم مسألة محسومة بحكم سابق لا يهدر حجية الأمر المقضي لهذا الحكم، فالحكم في هذه الحالة يظل سارياً طالما ليس هناك مجال للطعن فيه، فليس للتشريع الجديد أدنى تأثير على الحكم وحجيته طالما استنفدت طرق الطعن تجاهه. وذلك على عكس التشريع الذي ينظم مسألة صدر فيها حكم قطعي، استنفدت تجاه المحكمة سلطتها

(1) المرجع السابق، ص 222.

(2) د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 490.

(3) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 694.

(4) د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 2009، ص 137.

دون أن يجوز حجية الأمر المقضي، ومثال ذلك الحكم الصادر في مسألة اختصاص المحكمة، الذي يهدر بصدوره التشريع الجديد ليعاد معه بحث مسألة الاختصاص مرة أخرى داخل الخصومة ذاتها⁽¹⁾.

الفرع الثالث

أساس قاعدة استنفاد ولاية المحكمة

تنحدر هذه القاعدة من نصوص القانون الروماني القديم الذي يعبر عنها بالعبارة التالية :
" lata sententia, iudex desinit esse iudex "⁽²⁾. وقد انتقلت هذه القاعدة من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي، حيث قننت في نص المادة 481 من القانون الفرنسي الجديد، وهي القاعدة التي يعبر عنها القضاء الفرنسي بمقولته الشهيرة صدور الحكم يوقف القاضي عن كونه قاضياً⁽³⁾.
ويكمن أساس قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها في ضرورة تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية، فهذا الاستقرار المطلوب لا يتحقق بمجرد صدور الحكم، بل يتطلب لتفعيله الالتزام بعدم المساس بمضمون الحكم الصادر. وهذا الامتناع عن المساس بمضمون الحكم هو أمر مطلوب احترامه من القاضي إلى جانب الخصم في الخصومة التي يصدر الحكم كأثر لها. وتستجيب قاعدة استنفاد الولاية لذات الهدف الذي تعمل الوظيفة القضائية على تحقيقه وهو تطبيق القانون والفصل في المنازعات القضائية عن طريق استصدار الأحكام القضائية، فمن المعلوم أن إنهاء المنازعات القضائية يحقق الاستقرار للمرفق القضائي ويمنع التشكيك فيه، كما يزيل ارتياب المتقاضين تجاهه، وهو ما يمثل في حقيقته ذات الأساس الذي تقوم عليه قاعدة حجية الأمر المقضي⁽⁴⁾.

الفرع الرابع

تعلق قاعدة استنفاد الولاية بالنظام العام

لم يرد نص صريح في قانون الإجراءات المدنية الاماراتي يفيد اعتناق المشرع الاماراتي لقاعدة استنفاد المحكمة لولايتها، وعلى الرغم من ذلك فهذه القاعدة تعد من المسلمات في الفقه والقضاء. فمن

(1) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 55.

(2) J. VINCENT, S. GUINCHARD, op., n 185, p. 173. مشار إليه لدى : د. أسامة الروبي، الأحكام

والأوامر وطرق الطعن عليها، مرجع سابق، ص 99.

(3) د. أسامة الروبي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، مرجع سابق، ص 99.

(4) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 64.

الأمر التي استقر القضاء عليها أنه بصدور الحكم المنهي لنزاع تخرج القضية من سلطة المحكمة، فلا يجوز لها تعديل حكمها فيها ولا أن تعود لنظرها من جديد. ويتعين لإخراج القضية من ولاية المحكمة أن تكون قد أصدرت فيها حكماً سواء كان بصورة صريحة أو ضمنية، وليس لصدوره صحيحاً أو باطلاً، أو كونه مبنى على إجراء باطل أي تأثير، وذلك نظراً لكون القاضي لا يملك تعديل، أو إلغاء حكمه إلا في حالات نص عليها القانون صراحة⁽¹⁾.

فيمتنع على المحكمة أن تعيد نظر الحكم الذي أصدرته، فليس لها العدول عنه أو التعديل فيه، سواء كانت إعادة النظر فيه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، ولو اتفقوا جميعاً على ذلك، حيث أن النزاع قد خرج من ولايتها فليس للمحكمة التي قضت بالدين على المدين أن تعود لمنحه مهلة للوفاء أو أن تقضي بشمول حكمها بالنفاذ المعجل بعد أن سبق لها أن أصدرته غير مشمول بالنفاذ⁽²⁾. وعليه فقاعدة استنفاد الولاية تعد من النظام العام، وذلك لارتباطها بأساس التنظيم القضائي وتحقيقها للصالح العام واستقرار التعاملات، فبمجرد اصدار القاضي لحكمه في المسألة المعروضة عليه يصبح غير قادر على الفصل بأحسن مما قضى به، مما يستوجب عليه الحكم بعدم القبول من تلقاء نفسه في حال أعيدت عليه ذات الدعوى التي قضى فيها⁽³⁾.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق قاعدة استنفاد ولاية المحكمة

تقسيم :

سوف نتناول في هذا المطلب تحديد نطاق قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها في ثلاثة فروع، نبدأ باستنفاد الولاية في حالة الفصل في الموضوع، ثم استنفاد الولاية في حالة الفصل في مسألة إجرائية، وأخيراً استنفاد الولاية في حالة الفصل في الحكم بعدم القبول.

(1) د. أسامة الروبي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، مرجع سابق، ص 656_.

(2) د. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص 344.

(3) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 695-696؛ انظر كذلك في هذا المعنى : محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 276 لسنة 2006 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 22 مايو 2007، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\12\2017.

الفرع الأول

استنفاد الولاية في حالة الفصل في الموضوع

تصدي المحكمة لموضوع الدعوى وإصدارها حكماً قطعياً فيها يعد استنفاداً لولايتها تجاه هذا الموضوع. فإذا استأنف الحكم فلمحكمة الاستئناف التعرض للموضوع من جديد، دون أن يعد ذلك من قبيل تفويت درجة من درجات التقاضي، وذلك لأن محكمة الاستئناف تملك الفصل في الموضوع من جديد وليس عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة، التي فقدت لولايتها على الموضوع بقولها كلمتها فيه⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض بأبو ظبي أنه: « لما كان مؤدى نص المادة 166 من قانون الإجراءات المدنية إنه إذا حكمت المحكمة الابتدائية في الموضوع ورأت محكمة الاستئناف أن هناك بطلاناً في الحكم أو بطلاناً في الإجراءات أثر في الحكم تقضي بإلغائه وتحكم في الدعوى. ذلك أن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في الموضوع هو حكم تستنفد به ولايتها في نظر الموضوع فإذا قضت محكمة الاستئناف بإلغاء ذلك الحكم تعين عليها التصدي لموضوع الدعوى »⁽²⁾.

أما في حال حسمت المحكمة جزءاً من موضوع الدعوى بحكم قطعي، فتنفد المحكمة ولايتها فيما يخص هذا الجزء دون غيره، بحيث لا يمكنها أن تنظره مرة أخرى، نظراً لاستنفاد سلطة المحكمة تجاه هذه المسألة فقط بإصدار حكم قطعي فيها⁽³⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأن: « الحكم المنهى للخصومة كلها هو الحكم القطعي الذي ينهى النزاع برمته وبكل وجوهه وبالنسبة إلى جميع أطراف الخصومة فلا يقتصر على خصم على حدة إذا تعدد هؤلاء الأطراف فإذا بقي بعد صدور هذا الحكم جزء

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 46.
(2) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 415 لسنة 2010 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 19 أكتوبر 2010، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 22\11\2017؛ انظر في ذات المعنى: المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية، الطعن رقم 89 لسنة 19 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 17 أكتوبر 1998، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 21\11\2017.

(3) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 48.

من الخصومة لم يحسم سواء بالنسبة إلى بعض الطلبات أو بالنسبة إلى بعض الخصوم عند تعددهم، فإن الخصومة لا تكون قد انتهت برمتها»⁽¹⁾.

وفي حال أجابت المحكمة الطلب الأصلي دون التعرض للطلب الاحتياطي واستؤنف حكمها، فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم في الطلب الأصلي، يتعين على هذه الأخيرة إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لتفصل في الطلب الاحتياطي، وذلك نظراً لكونها لم تستنفد ولايتها بشأنه⁽²⁾، على أن يكون الطلب موجه لذات الخصم الذي وجه إليه الطلب الأصلي⁽³⁾. وفي هذا الشأن قضت محكمة تمييز دبي بأنه: « إذ قضت محكمة أول درجة بإجابة الطلب الأصلي _ واستأنف المطعون ضدهم هذا الحكم فقضت محكمة الاستئناف _ بحكمها المطعون فيه _ بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به في الطلب الأصلي وإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر الطلب الاحتياطي الذي لم تستنفد ولايتها بشأنه، ولما كان الحكم المذكور _ غير منه للخصومة كلها _ إذ مازال الطلب الاحتياطي مطروحاً على محكمة أول درجة _ فإنه لا يقبل الطعن فيه على استقلال _ إلا مع الحكم المنهى للخصومة برمتها _ ومن ثم فإنه يتعين الحكم بعدم جواز الطعن»⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

استنفاد الولاية في حالة الفصل في مسألة إجرائية

نصت المادة 1662\ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " إذا حكمت المحكمة الابتدائية بعدم الاختصاص أو بقبول دفع فرعي⁽⁵⁾ ترتب عليه منع السير في الدعوى وحكمت محكمة الاستئناف

(1) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 130 لسنة 1999 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 31 أكتوبر 1999، الحكم منشور

في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 22\11\2017.

(2) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 1099.

(3) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 50-51.

(4) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 235 لسنة 2000 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 5 نوفمبر 2000، الحكم منشور في

الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 22\11\2017.

(5) وهو ما يعرف بالدفع الشكلي: هو الوسيلة التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق موضوع المطالبة القضائية فينفادى به موقتا الحكم عليه بمطلوب خصمه كأن يدفع بأن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل.

بإلغاء الحكم وباختصاص المحكمة أو برفض الدفع الفرعي وبنظر الدعوى وجب عليها أن تعيد القضية للمحكمة الابتدائية للحكم في موضوعها". مما يعني أن إلغاء محكمة الاستئناف للحكم الصادر من أول درجة بعدم الاختصاص أو بقبول الدفع الفرعي، يوجب عليها إعادة القضية للمحكمة التي أصدرته إذا انتهت محكمة الاستئناف إلى الحكم باختصاص تلك المحكمة بنظر الدعوى أو برفض الدفع الفرعي الذي قبلته محكمة أول درجة.

فعلى الرغم من كون المحكمة قد قالت كلمتها تجاه مسألة إجرائية تتعلق باختصاص المحكمة فإن ذلك لا يمنعها من نظر موضوع الدعوى، ففي حال ما إذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم تعاد الدعوى لمحكمة أول درجة لتفصل فيها من جديد، وذلك إعمالاً لمبدأ التقاضي على درجتين⁽¹⁾. فإذا قضت محكمة أول درجة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، ومن ثم استأنف حكمها واتجهت محكمة الاستئناف لإلغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص، فيستوجب ذلك إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة لتفصل فيها، فهي لم تتعرض لموضوع الدعوى، وذلك لأن التعرض لشكل الدعوى من قبل محكمة أول درجة لا يعني أنها تعرضت لها بالشكل الذي يحقق دور الدرجة الأولى. فمن المعلوم أن إعمال مفهوم الدرجة الأولى يستوجب عرض موضوع النزاع على محكمة أول درجة والفصل فيه بحكم قطعي⁽²⁾.

وعليه فإذا تعرضت محكمة أول درجة للإجراءات من دون المساس بالموضوع تظل محتفظة بولايتها على الدعوى⁽³⁾. وتأكيداً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأن: « الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع سواء بנדب خبير أو بغير ذلك من طرق الإثبات لا يجوز أية حجية فيما قد يثيره من وجهات نظر قانونية أو افتراضات موضوعية ما دام لم يتضمن حسماً لخلاف بين الخصوم في الدعوى حول نقطة معينة من نقاط النزاع »⁽⁴⁾. كما قضت محكمة النقض بأبو ظبي بأن: « محكمة الاستئناف إذ ألغت القضاء بعدم قبول الدعوى وجب عليها أن تعيد الدعوى للمحكمة الابتدائية للفصل في موضوعها حتى لا تحرم

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 53.

(2) المرجع السابق، ص 54؛ وانظر كذلك في ذات المعنى: محكمة استئناف البحرين، الطعن رقم 3260 لسنة 1983 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 20 يناير 1985، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 22\11\2017.

(3) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 55.

(4) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 264 لسنة 2006 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 6 فبراير 2007، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 21\11\2017.

الخصوم درجة من درجتي التقاضي وإذا لم تلتزم محكمة الاستئناف هذا النظر فألغت الحكم الصادر من محكمة أول درجة وتصدت لنظر الموضوع وحكمت في موضوعها فإن حكمها يكون معيباً بما يوجب نقضه نقضاً جزئياً في هذا الخصوص⁽¹⁾ .

وكذلك الحال إذا قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم الصادر بإحالة⁽²⁾ الدعوى للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختلفتين فإن ذلك يستوجب إعادة الحكم للمحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيه من جديد⁽³⁾ .

وليس لمحكمة الاستئناف أن تتعرض لموضوع النزاع إن ألغت الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي، فمحكمة الدرجة الأولى لم تستنفد ولايتها تجاه الموضوع، فهي لم تقم بأكثر من رفضها الفصل في الدعوى لوجود عيب شكلي. ولكن الصورة تختلف ما إذا رفضت محكمة الاستئناف الدفع الشكلي ومن ثم قضت في موضوع النزاع، فتزول بذلك ولايتها على الموضوع مما يطرح الخصومة برمتها أمام محكمة الاستئناف إذا ما استأنف حكم أول درجة، وهو ذات الحال إذا ما استأنف الحكم كنتيجة لبطلانه أو لكونه مبنياً على إجراءات باطلة، فتصبح محكمة الاستئناف معنية بمباشرة النزاع إذا ما استأنف أمامها⁽⁴⁾ .

الفرع الثالث

استنفاد الولاية في حالة الفصل في الحكم بعدم القبول

يعرف الدفع بعدم القبول بأنه الدفع الذي لا يعترض به الخصم على الحق المدعى به، كما لا يطعن فيه على صحة الخصومة أو إجراءاتها، فما هو إلا وسيلة ينكر فيها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى، أي ينازع به في قبول الدعوى. وهذا الدفع يغاير الدفع الموضوعية في كونه لا ينصب على

(1) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 90 لسنة 2012 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 19 يونيو 2012، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2017\11\19.

(2) ومن الجدير بالذكر أن إحالة الدعوى من محكمة لأخرى لقيام ذات النزاع يحدث في محكمتين من ذات الدرجة، ولكن الحال يختلف ما إذا اختلفتا في الدرجة، فالإحالة لا تجوز من محكمة أعلى درجة لأخرى أدنى منها لما في ذلك من إخلال لمبدأ التقاضي على درجتين، فمن غير الجائز أن تنظر محكمة الدرجة الأولى طعنا بالاستئناف في أحد الأحكام الصادرة محكمة من محاكم الدرجة الأولى.

(3) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 54-55.

(4) المرجع السابق، ص 56-57.

موضوع النزاع ولا يرمى إلى مناقشة الحق المدعى به، وهو ما يشابه الدفع الشكلي من هذا الجانب. كما أنه يغاير الدفع الشكلي في كونه غير متعلق بصحة الخصومة وإجراءاتها، وقبول هذا الدفع ينهي النزاع في الغالب، وهو ما يمتنع معه تجديد الدعوى، بينما أن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا ينهي النزاع ولا يمنع من تجديده، وهو ما يشابه به الدفع الموضوعي. وقد عرفت المذكرة الإيضاحية الصادرة سنة 1949 لقانون المرافعات المصري، الدفع بعدم القبول بأنه: "الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توفر الشروط اللازمة لسماع الدعوى أو الطلب العارض أو الطعن في الحكم، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك"⁽¹⁾. وعليه فالدفع بعدم القبول ليس له أي شأن بالخصومة المدنية وإنما ينصب دوره على التخلص منها، فهو يهدف لمنع المحكمة من نظر النزاع، على أساس عدم توافر شروط قبوله وهي المصلحة وآثارها وأوصافها، فإذا قبل الدفع بعدم القبول تمتنع المحكمة عن نظر الدعوى⁽²⁾.

وقضاء محكمة أول درجة بعدم القبول لا يفقدها ولايتها تجاه الخصومة، فإذا بحثت المحكمة مثلاً في مدى توافر شرط المصلحة من دون تعرضها لباقي مسائل النزاع بصورة مستفيضة فلا يعد ذلك فصلاً في الموضوع. ففي مثل هذه الدعاوى لم تقل المحكمة كلمتها ولم تمارس سلطتها تجاهها فلا يتصور استنفاد سلطتها تجاهها⁽³⁾. كما أن الدفع بعدم سماع الدعوى لمور الزمان ليس من قبيل الدفع الشكلي المتعلقة بالإجراءات والتي يجب إبدائها قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، وإنما هو دفع بعدم القبول الموضوعي يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى⁽⁴⁾.

(1) د. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، 1974، ص 208209.

(2) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 70.

(3) المرجع السابق، ص 74 - 76.

(4) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 713 لسنة 21 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 21 أكتوبر 2001، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 15\1\2018؛ انظر في ذات المعنى: محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 89 لسنة 2008 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 29 مايو 2008، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ

المبحث الأول

سلطة المحكمة في تصحيح الأخطاء المادية للحكم

تمهيد وتقسيم :

إن الطريق الطبيعي لإزالة أي خطأ قد يشوب الحكم القضائي هو الطعن فيه وفقاً لما قرره القانون. ونظراً لتفاوت الأخطاء التي قد تشوب الأحكام القضائية فقد وضع المشرع نظاماً لإزالة هذه الشوائب، عوضاً عن الطريق العادي وهو الطعن في الحكم، وذلك تجنباً لطول الإجراءات وكثرة النفقات، وهو ما يعرف بنظام التصحيح، الذي تدارك به المحكمة مصدرة الحكم الأخطاء البسيطة التي تشوب أحكامها⁽¹⁾. وبناءً على هذا نعرض في مطلبين متتاليين، لسلطة المحكمة في تصحيح الأخطاء المادية للحكم، بحيث نخصص المطلب الأول لشروط قبول طلب التصحيح وإجراءاته، وتتناول في الثاني حكم المحكمة في طلب التصحيح والطعن فيه.

المطلب الأول

شروط قبول طلب التصحيح وإجراءاته

الفرع الأول

شروط قبول طلب التصحيح

يشترط لقبول طلب التصحيح أن يكون الحكم المراد تصحيحه قطعياً، كما يجب أن يوصف الخطأ بأنه خطأ مادي، بالإضافة لذلك يجب أن يقع طلب التصحيح على الوقائع الثابتة الواردة في الحكم، كما يجب أن يكون الخطأ مؤثراً، ألا يطعن على الحكم المراد تصحيحه بالاستئناف. ونعرض بشيء من التفصيل لهذه الشروط فيما يلي :

=

2017\11\21؛ المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 107 لسنة 24 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 15 ديسمبر 2004، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\1\15؛ محكمة التمييز برأس الخيمة، الطعن رقم 51 لسنة 4 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 10 يناير 2010، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\1\15.

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 82.

أولاً_ أن يكون الحكم المطلوب تصحيحه قطعياً :

يعرف الحكم القطعي بأنه ذلك الحكم الذي يفصل في الطلبات الموضوعية أو في بعضها، أو أنه يحسم مسألة ما أثبتت في النزاع، وبغض النظر عن كونها مسألة موضوعية، كأحد مسائل التكييف أو كأحد المسائل الإجرائية، ومن أمثلة ذلك البحث في مسألة اختصاص المحكمة أو البحث في مسألة تتعلق بالإثبات، كالنزاع حول طريقة الإثبات⁽¹⁾.

وقد جاء في تعريف محكمة تمييز دبي للحكم القطعي أنه : « ذلك الحكم الذي يضع حداً للنزاع بين الخصوم في جملته، أو في جزء منه، أو في مسألة متفرعة عنه بقول حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته⁽²⁾».

ومن الأحكام التي تعد أحكاماً قطعية ذلك الحكم الصادر بإجابة طلبات المدعي أو برفضها، والحكم في تكييف عقد، والحكم بثبوت خطأ المدعي عليه، ومسئوليته عن تعويض الضرر الذي ترتب على عمله غير المشروع⁽³⁾.

وبصدور الحكم القطعي تستنفد المحكمة المصدرة له ولايتها بشأن ما فصلت فيه⁽⁴⁾، بحيث يمتنع عليها إعادة الفصل في ذات المسألة التي قضت فيها من قبل⁽⁵⁾. كما يتعين على المحكمة أن تذكر أسباب حكمها وإلا كان الحكم باطلاً (مادة 1/129 إجراءات مدنية). وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : « إن قضاء الحكم بمبلغ معين على سبيل التعويض بناءً على مجرد القول بأن هذا المبلغ هو تعويض عما أصاب الطالب من ضرر دون بيان عناصر الضرر الذي أشير إليه _ ذلك يجعل الحكم باطلاً بطلاناً جوهرياً يتعين معه نقضه⁽⁶⁾».

(1) د. فتحي والى، مرجع سابق، ص 545.

(2) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 264 لسنة 2006 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 6 فبراير 2006، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2017\1\4.

(3) د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 896.

(4) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 689.

(5) د. فتحي والى، مرجع سابق، ص 545.

(6) نقض مدني مصري، جلسة 10 فبراير 1949، الطعن رقم 162 لسنة 17 ق، مجموعة عمر، ع 5، ص 713.

ومن الجدير بالذكر أن الأحكام القطعية لا تزول بسقوط الخصومة (مادة 108 إجراءات مدنية)⁽¹⁾، أو بانقضائها بالتقادم، فلا تسقط إلا بمضي مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة (مادة 473 المعاملات المدنية والتجارية). وهو ما يحقق حماية لصحيفة الدعوى من السقوط، والمحافظة على كافة الآثار القانونية التي تترتب عليها⁽²⁾.

ويمكننا بذلك القول بأن الحكم القطعي هو ذلك الحكم الحاسم في المسائل التي تفصل فيها المحكمة، سواء كانت مسائل موضوعية، أو إجرائية. مما يستوجب على المحكمة المصدرة للحكم القطعي أن تلتزم بعدم العدول عن قرارها حوله، نظراً لخروج المسألة عن ولايتها، واستنفاد سلطتها⁽³⁾. أما بالنسبة للأحكام غير القطعية فهي تلك الأحكام التي لا تفصل في موضوع النزاع أو في شق منه وللمحكمة العدول عنها، كالأحكام التمهيدية أو التحضيرية⁽⁴⁾، ومن أمثلة هذه الأحكام كذلك الأحكام المنظمة لسير الخصومة، كالحكم الصادر بتأجيل الدعوى أو بضم دعويين⁽⁵⁾.

وتتجلى أهمية التفرقة بين الأحكام القطعية وغير القطعية في أنه لا يمكن للمحكمة العدول عن الحكم القطعي أو تغييره، نظراً لأنها استنفدت سلطتها تجاه المسألة التي قضت فيها، أما بالنسبة للأحكام التمهيدية أو التحضيرية فمن الممكن للمحكمة العدول عنها أو تغييرها في ذات الخصومة، إذا وجدت وجهاً لذلك. وكما أن الأحكام القطعية لا تسقط بسقوط الخصومة، وذلك على نقيض الأحكام غير القطعية⁽⁶⁾.

-
- (1) وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية أنه: « إذا صدر حكم قطعي في الدعوى فإن هذا الحكم لا يسقط بسقوط الخصومة، ولو كان صادراً في مسألة متعلقة بسير الخصومة، كما أن الإجراءات السابقة عليه تظل قائمة ويمتأى عن السقوط، ومن ذلك صحف دعاوى والإستئناف»، نقض مدني مصري، جلسة 31 مارس 1981، الطعن رقم 693 لسنة 47 ق، المكتب الفني، س 32، ص 999.
- (2) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 818.
- (3) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 583.
- (4) د. أسامة الروبي، تسبيب أحكام الإثبات المدني، مجلة الميزان، أبوظبي، عدد 203، السنة التاسعة عشرة، يونيو 2017، ص 34.
- (5) د. أسامة الروبي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، مرجع سابق، ص 15_16.
- (6) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 689.

وجدير بالملاحظة، في هذا الشأن، أن التصحيح لا يرد إلا على الأحكام القطعية⁽¹⁾، أو على الشق القطعي من الحكم⁽²⁾، فإذا لم يكن الحكم قطعياً فلا فائدة مرجوة من تصحيحه، وعليه لا يجوز طلب تصحيح الأحكام التي تحوز حجية مؤقتة، كالأحكام الوقتية، نظراً لكونها قد تبدل طبقاً لظروف التي تبني عليها⁽³⁾. ولذات السبب يتطلب لقبول التصحيح أن يكون المراد تصحيحه من الحكم إما منطوقه أو أسبابه المكملة للمنطوق⁽⁴⁾.

ثانياً_ أن يكون الخطأ المطلوب تصحيحه خطأ مادياً :

يقع الخطأ في الشق المادي للحكم، عندما يصيغ القاضي موقفه حيال الدعوى بصورة غير دقيقة، وهو ما يجعلنا أمام الخطأ المادي، فيختل منطوق الحكم أو كتابته عن مضمون القرار الذي استقرت عليه عقيدة القاضي. فالخطأ هنا ناتج عن التعبير غير الموافق لفكر القاضي. والخطأ قد يطرأ على الصيغة، أو على أسلوب الحكم، فيظهر هذا الخطأ إما في صورة التغيير أو الإضافة أو الإغفال⁽⁵⁾. وتطبيقاً لذلك فقد قضي بأن : « الطعن على مجرد وجود خطأ حسابي انزلق إليه الحكم ولا يكون له تأثير في فهم مراده فإنه لا يعتد به ولا يؤدي إلى نقضه وإنما السبيل إلى تصحيحه هو إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 137 من قانون الإجراءات المدنية⁽⁶⁾». وقضي كذلك بأن : « ما ذكره الحكم

(1) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 736.

(2) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات وفقاً لأحدث تعديل بالقانون رقم 76 لسنة 2007 بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض، الجزء الثالث، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، الطبعة الثامنة، 2010، ص 1164.

(3) د. حسام مهني صادق، مرجع سابق، ص 252.

(4) د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 323؛ انظر في ذات المعنى : محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 585 لسنة 2011 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 25 أكتوبر 2011، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 9\12\2017.

(5) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 84 .

(6) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 617 لسنة 20 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 19 سبتمبر 2000، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 9\1\2018.

المطعون فيه بأن البيع صدر من مورثة المطعون عليهم مع أن البيع صادر من المحجور عليه، هو مجرد خطأ مادي ومن ثم فلا يؤثر في سلامة قضاؤه⁽¹⁾».

كما قضي بشأن الخطأ المبني على الإغفال الذي يميز تصحيح الحكم بأنه : « إذ كان الحكم قد عرض في أسبابه لطلب الفوائد وللخلاف القائم بين الطرفين حوله، فبين سبب الفوائد وسعرها وحدد تاريخ استحقاقها وانتهى في شأنها إلى وجوب إلزام المستأنفين بها، فإن خلا منطوقه من النص عليها فإن الأمر لا يعدو أن يكون من قبيل الخطأ المادي البحت الذي يجوز للمحكمة أن تصححه تصحيحاً ترتفع عنه مظنة الرجوع في الحكم أو المساس بحجتيه، ذلك أن التصحيح جائز ما دام للخطأ المادي أساس في الحكم يدل على الواقع الصحيح فيه في نظره بحيث يبرز هذا الخطأ واضحاً إذا ما قورن بالأمر الثابت فيه، إذ أن ما يرد في الحكم من قضاء قطعي يعتبر كذلك بصرف النظر عن مكان وروده في المنطوق أو الأسباب⁽²⁾».

والأخطاء المادية التي يرد عليها التصحيح هي الأخطاء المادية البحتة، وهي تلك الأخطاء التي لا يؤثر تصحيحها على كيان الحكم بحيث لا تفقده ذاتيته كما لا تجعله مقطوع الصلة بالحكم⁽³⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن : « سلطة المحكمة في تصحيح ما يقع في حكمها مقصورة على الأخطاء المادية البحتة وهي التي لا تؤثر على كيانه بحيث تفقده ذاتيته وتجعله مقطوع الصلة بالحكم

(1) نقض مدني مصري، جلسة 17 مايو 1977، الطعن رقم 698 لسنة 42 ق، المكتب الفني، س 28، ص 1230؛ انظر في ذات المعنى : نقض مدني مصري، جلسة 3 ديسمبر 1975، الطعن رقم 8 لسنة 40 ق، المكتب الفني، س 26، ص 1537؛ نقض مدني مصري، جلسة 17 يناير 1991، الطعن رقم 902 لسنة 6 ق، المكتب الفني، س 42، ص 237؛ نقض مدني مصري، جلسة 22 فبراير 1977، الطعن رقم 391 لسنة 42 ق، المكتب الفني، س 28، ص 505؛ المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 267 لسنة 18 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 25 يناير 1998، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 15\1\2018.

(2) نقض مدني مصري، جلسة 13 مايو 1974، الطعن رقم 371 لسنة 38 ق، المكتب الفني، س 25، ص 867؛ انظر في ذات المعنى : نقض مدني مصري، جلسة 26 يوليو 1977، الطعن رقم 352 لسنة 43 ق، المكتب الفني، س 28، ص 1556.

(3) عبد الحميد المنشاوي، كنوز المرافعات (الدفع والدفاع)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 603.

المصحح، ومن ثم فهي لا تملك مجال أن تتخذ من التصحيح وسيلة للرجوع عن الحكم الصادر منها فتغيره بما يناقضه لما في ذلك من المساس بحجية الشيء المحكوم فيه⁽¹⁾».

وطلب التصحيح محصور بما قد يشوب الأحكام من أخطاء مادية بحتة كتابية، أو حسابية، وعليه يجب أن يكون الخطأ مادياً واقعاً بالكتابة، وليس من قبيل الأخطاء الناتجة عن سوء التقدير الواقعي، أو القانوني، وليس من قبيل الإجراءات باختلاف أنواعها وموقعها من الحكم⁽²⁾. كأن يستعين القاضي بلفظة معينة تغاير ما اتجه إليه فكره حيال الدعوى المطروحة أمامه، مما يوقع التناقض بين التعبير الظاهر وإرادته الباطنة، وهو ما يستوجب معه إجراء الموازنة بين الإرادتين⁽³⁾. ومن أمثلة الأخطاء الكتابية، الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم، طالما لم يؤثر ذلك في التشكيك في حقيقة الخصوم واتصالهم بالخصومة، أو الخطأ في اسم أحد القضاة⁽⁴⁾.

ومن أمثلة الخطأ المادي الحسابي، الخطأ عند إجراء القاضي عملية حسابية في جمع المبالغ المستحقة للدائنين، أو عند طرح مبالغ الأقساط المسددة من قبل المدين من مبلغ الدين الأصلي، أو الخطأ في الضرب عند حساب الفوائد المستعجلة، أو في القسمة عند إجراء عملية تحويل العملة⁽⁵⁾. ويلاحظ أن

(1) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 53 لسنة 25 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 18 يونيو 2006، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\12\2017؛ وانظر في ذات المعنى : المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 854 لسنة 23 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 20 مايو 2003، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 8\12\2017؛ المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 411 لسنة 25 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 18 ديسمبر 2006، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\12\2017.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 224.

(3) د. عبد الحكم فوده، حجية الأمر المقضي وقوته في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (بدون إشارة لسنة النشر)، ص 113.

(4) د. أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطة عمان، مرجع سابق، ص 579.

(5) د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 482.

الخطأ المادي محل التصحيح سواء كان كتابياً أو حسابياً، يجب أن يكون واضحاً لمنع اتخاذ هذا الطريق ذريعة للرجوع عن الحكم، وحماية لحجية الحكم⁽¹⁾.

كما لا يجوز أن يكون طلب التصحيح ناشئاً عن خطأ الخصوم أنفسهم في صحف الدعوى، أو الطعون. كما لا يجوز في حال التصحيح أن يكون الخطأ المادي ناشئاً عن خطأ الخبير، أو محضر التحقيق، أو محضر المعاينة، وذلك يرجع لطبيعة طلب التصحيح الذي لا يهدف لمنح الخصوم فرصة لاستكمال ما أغفلوه من وجوه الدفاع، أو الطلبات، أو ليصححوا ما أبدوه في الخصومة، مالم يكن قد استفاد القاضي من الأوراق في إرساء قراره حول النزاع⁽²⁾.

ثالثاً_ أن يكون التصحيح من واقع العناصر الثابتة في الحكم :

أي أنه لا بد من إثبات الخطأ المادي الذي يشوب الحكم، فلا بد أن يتوافر دليل على وجود الخطأ في الحكم المراد تصويبه⁽³⁾. باختلاف صورة الحكم الرسمية عن مسودته أحد الأدلة على توافر الخطأ المادي في ملف الدعوى، كما أن من الطرق التي يستعان بها للتدليل على وجود الخطأ من عدمه عملية المضاهاة بين العناصر الداخلية للمسودة ذاتها مما يسهل الوقوف على الخطأ المراد إثبات تواجده. بالإضافة إلى الاستعانة بالفهم الصحيح، أو المنطق السليم لتمييز الخطأ المادي، فمثلاً يستلزم الفهم الصحيح عدم الزام المتعاقد بمالم يقبل الالتزام به صراحةً، فالمؤمن ليس له سؤال شركة التأمين التعويض عن الأضرار التي يرتكبها في حق زوجته، وباعتبار أن المؤمن قد أمن على أعماله التي تضر بالغير، في حين أن زوجه ليست من الغير في هذا الفرض تجاه عقد التأمين. وعليه لا بد من توافر دليل على تواجده الخطأ المادي في الحكم، الذي قد يستدل عليه إما عن طريق مراجعة ملف الدعوى، أو عن طريق مضاهاة الحكم بمسودته، أو عن طريق اعتماد المنطق للوصول لتحديد الخطأ من عدمه⁽⁴⁾. وفي هذا قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه : « ما دام للخطأ المادي أساس في الحكم يدل على الواقع الصحيح فيه في نظره بحيث يبرز هذا الخطأ واضحاً إذا ما قورن بالأمر الثابت فيه شريطة أن يكون التصحيح لا يؤدي إلى المساس بكيان الحكم ويفقده ذاتيته⁽⁵⁾».

(1) د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 482-483.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 225.

(3) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 92 .

(4) المرجع السابق، ص 93-94.

(5) المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية، الطعن رقم 512 لسنة 25 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 23 مايو 2004، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 9\12\2017.

رابعاً_ يجب أن يكون الخطأ مؤثراً في الحكم :

لا بد أن يكون الخطأ المادي المراد تصحيحه مؤثراً، مما من شأنه أن يعطل آثار الحكم⁽¹⁾. بمعنى أن يكون الخطأ وارداً في أحد البيانات الجوهرية في الحكم، مما قد يؤثر في تحديد المحكوم لهم، أو المحكوم عليهم، أو تحديد حقوقهم، أو التزاماتهم، مما قد يؤثر سلباً على تنفيذ الحكم. ومن الجدير بالذكر أن للمحكمة سلطة تصحيح الخطأ المادي في الحكم من تلقاء نفسها ولو كان الخطأ المراد تصحيحه يؤدي إلى بطلان الحكم، طالما كانت عناصر تصحيحه مستمدة من الحكم. وبانعدام هذا التأثير على تنفيذ الحكم لا محل لطلب التصحيح، وذلك لاعتباره خطأ مادياً غير مؤثر في الحكم بالصورة التي تستوجب طلب تصحيح⁽²⁾. وفي حال كان الخطأ الذي شاب الحكم واقعاً في تقدير الوقائع، أو إرساء قاعدة قانونية ما، أو تفسيرها فلا مجال لتصحيح الحكم، وذلك لكون سبيل تصحيح ذلك هو طريق الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة قانوناً⁽³⁾.

خامساً_ ألا يكون الحكم المطلوب تصحيحه قد طعن فيه بالاستئناف :

قابلية الحكم للطعن فيه بأي طريق لا تمنع طلب تصحيحه، كما أن سابقة المحكمة لتفسير الحكم لا تمنع طلب تصحيحه، وكذلك فإن إمكانية التصحيح، أو الشروع في تصحيح الحكم لا تقفل الباب أمام قبول الطعن في الحكم بالطريق المقرر، على أنه لا يجوز التمسك بالخطأ المادي في الحكم كسبب من أسباب الطعن فيه⁽⁴⁾. أي أن إمكانية استئناف الحكم لا تمنع تصحيحه، وذلك لوجود مصلحة محتملة لتصحيح الحكم، كتوافر حالة من حالات النفاذ المعجل للحكم القابل لاستئناف⁽⁵⁾.

ويشترط تقديم طلب تصحيح الحكم قبل رفع الاستئناف، نظراً لفقدان المحكمة سلطتها في التصحيح بمجرد رفع الاستئناف، فليس للمحكمة التي أصدرت الحكم تصحيح حكمها، مما ينقل سلطة التصحيح إلى محكمة الاستئناف⁽⁶⁾، بحيث يضحى النزاع برمته من سلطة محكمة الاستئناف في الحدود التي رفع بها الاستئناف، فتصبح هي صاحبة الولاية في نظر الدعوى مما يمنحها سلطة إلغائه، أو تعديله، وهو ما

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 94 .

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 225.

(3) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 737.

(4) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 580.

(5) د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 324.

(6) عبد الحميد المنشاوي، مرجع سابق، ص 603.

يزيل أي مصلحة قد ترجى من طلب التصحيح⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه : « إذا أيدت محكمة الدرجة الثانية حكم محكمة الدرجة الأولى لأسبابه فليس ثمة ما يمنع العودة إلى محكمة الدرجة الثانية بطلب تفسير الحكم ذلك لأن العبرة بحقيقة ما تقصد أن تقضى به المحكمة لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن مسألة انتقال ملكية الأسهم قد جرى ترديدها أمام محكمة الاستئناف كما ورد في حكم النقض ومن ثم تكون هذه المسألة مطروحة على محكمة الدرجة الثانية وبالتالي تختص بطلب تفسير حكمها الصادر بشأن تلك المسألة⁽²⁾».

الفرع الثاني

إجراءات التصحيح

يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم سواء بناء على طلب أحد الخصوم، أو من تلقاء نفسها بغير مرافعة تصحيح ما يقع من حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية كانت، أو حسابية، ويقوم بمهمة التصحيح كاتب المحكمة على نسخة الحكم الأصلية وتوقع من قبله وقبل رئيس الجلسة (المادة 137 إجراءات مدنية)⁽³⁾.

ففي حال كان طلب التصحيح قد تم بناء على رغبة أحد أطراف الخصومة، يستوجب على هذا الخصم تقديم طلب كتابي، مشفوعاً برقم القضية، وأطرافها، وتاريخ الحكم، وموضع الخطأ، ووجه الصحة المطلوب إثباته بالحكم، ومن ثم يسلم الطلب لكاتب الجلسة ليعرضه على القاضي مرفقاً بملف القضية الأصلي، وتجرى التصحيحات على نسخة الحكم الأصلية، ويوقعها القاضي، وكاتب الجلسة⁽⁴⁾.

(1) د. مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 327.

(2) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 501 لسنة 22 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 15 ابريل 2001، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 11\12\2017.

(3) انظر في تطبيق المادة 137 إجراءات مدنية : المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 124 لسنة 21 قضائية، جزائي، الصادر في جلسة 13 نوفمبر 1999، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 1\15\2018 ؛ وانظر في ذات المعنى : محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 204 لسنة 1992 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 11 ديسمبر 1993، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 15\1\2018 ؛ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 118 لسنة 2010 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 13 يونيو 2010، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 9\1\2018.

(4) د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 114.

ولا يشترط في طلب التصحيح شكل خاص، فلا ضرورة لإعلانه إلى الخصم الآخر، كما أنه لا يتعين أن ينظر الطلب ذات القضاة الذي شاركوا في إصدار الحكم المراد تصحيحه، كما لا يوجد ميعاد للتصحيح طالما كان الحكم قائماً، ولم يتعرض للإلغاء⁽¹⁾.

ويتم التصحيح في غرفة المشورة من دون إعلان الخصوم ومن دون سماعهم ومن دون مرافعة، ويصدر على أثرها قرار. كما أنه ليس للنيابة العامة أي دور في طلب التصحيح ولو شاركت في الخصومة⁽²⁾. كما لا يحتاج القرار الصادر في طلب التصحيح لتسبيب، ولكنه يقبل الطعن في حال تجاوزت المحكمة سلطتها في التصحيح⁽³⁾.

المطلب الثاني

حكم المحكمة في طلب التصحيح والطعن فيه

تقسيم :

نعرض في فرعين لحكم المحكمة في طلب التصحيح والطعن فيه، بحيث نخصص الفرع الأول لحكم المحكمة في هذا الطلب، أما الفرع الثاني فيتناول الطعن في الحكم.

الفرع الأول

حكم المحكمة في طلب التصحيح

تصدر المحكمة حكمها في مسألة التصحيح بتشكيلها العادي مع عدم اشتراط أن يضم التشكيل ذات القضاة الذين شاركوا في إصدار الحكم المراد تصحيحه. كما أن قرار التصحيح لا يخضع لذات القواعد الخاصة بإصدار الأحكام، فليس من الضروري أن يتضمن القرار البيانات التي يجب أن تشمل عليها الأحكام. فيكفي أن يتضمن القرار القدر الضروري من البيانات التي تحقق غايته، وبالقدر الذي يساهم في تحديد عدم تجاوز المحكمة لسلطتها في التصحيح. ولا يخرج القرار عن صورتين وهما : الأولى، قرار بالتصحيح يصدر بعد ثبوت الخطأ المادي في الحكم، أما الصورة الثانية فهي، قرار صادر برفض التصحيح في حال

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 565.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 227.

(3) د. عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 115.

ثبوت عدم وجود أي خطأ مادي يستوجب التصحيح. وبغض النظر عن القرار الصادر فهو يرتبط بالحكم المطلوب تصحيحه ارتباطاً قوياً، فتولد حالة تبعية للحكم المطلوب تصحيحه بصورة تجمعها معاً⁽¹⁾.
وعليه فالقرار الصادر بالتصحيح يتبع الحكم محل التصحيح من حيث القابلية للطعن، وطرق الطعن المتاحة ضده. فإذا كان الحكم قابلاً للطعن فيه، فإن قرار التصحيح يقبل كذلك الطعن فيه وبذات الطرق⁽²⁾.

الفرع الثاني

الطعن في الحكم

نصت المادة 1372/ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه : " إذا صدر القرار برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه إلا مع الطعن في الحكم نفسه. أما القرار الذي يصدر بالتصحيح فيجوز الطعن فيه على استقلال بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح ". وعليه ، فإذا تجاوزت المحكمة سلطتها الممنوحة لها في التصحيح، مما ترتب عليه تغييراً في مضمون الحكم، فإن ذلك يميز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح. أما القرار الذي يصدر من المحكمة برفض التصحيح، فمن غير الممكن الطعن فيه على استقلال، وإنما يتعين الطعن فيه مع الطعن في الحكم المراد تصحيحه⁽³⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه : « يجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح، أما القرار الصادر برفض إجراء التصحيح فلا يقبل الطعن عليه بأي طريق إلا مع الطعن على الحكم الأصلي إن كان ميعاد الطعن فيه ما زال متاحاً⁽⁴⁾ ». وفي حكم آخر لذات المحكمة قضت بأن : « مفاد نص المادة 137 من قانون الإجراءات المدنية أنه يجوز للمحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة

(1) د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، الطبعة الثانية، (بدون إشارة لناشر)، (بدون تاريخ نشر)، ص 188-189.

(2) المرجع السابق، ص 190 ؛ انظر كذلك : المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 219 لسنة 25 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 27 سبتمبر 2006، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\2\6 ؛ نقض مدني مصري، جلسة 21 يونيو 1962، الطعن رقم 536 لسنة 26 ق، المكتب الفني، س 13، ص 837.

(3) د. أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطة عمان، مرجع سابق، ص 580.

(4) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 103 لسنة 2010 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 25 أكتوبر 2010، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2017\12\11.

كتابية أو حسابية بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها ويتم الطعن في القرار الصادر برفض التصحيح مع الطعن في الحكم نفسه⁽¹⁾ .»

وطبقاً لنص المادة 1372\ من قانون الإجراءات المدنية يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ صدور قرار التصحيح، أما بالنسبة لقرار المحكمة برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه إلا مع الطعن في الحكم الذي رفض تصحيحه، مع مراعاة ميعاد هذا الطعن⁽²⁾ .

المبحث الثاني

سلطة المحكمة في تفسير ما يقع في الحكم من غموض أو إبهام

تمهيد وتقسيم :

من الضروري أن يصدر الحكم القضائي واضحاً ومفهوماً، ليسهل الوصول إلى ما يرمي إليه الحكم، ومعرفة الآثار التي تنتجها. فصدور الحكم القضائي يستتبع جملة من الآثار والإجراءات التي تستوجب أن يصدر الحكم قابلاً لأن ينتجها ويحققها دونما أي تعقيد. كما أن التعرف على قابلية الحكم للطعن بالإضافة لقابلية التنفيذ من عدمها تستوجب فهم مضمون منطوق الحكم ومعرفة حدوده⁽³⁾ .

وعلى الرغم مما سبق فقد تصدر الأحكام في بعض الأحيان مشوبة بشيء من الغموض والابهام والتعقيد، فنجدها تؤكد أمراً في مضمونها ثم بعد ذلك تنفيه ضمن ذات السياق، وهذه الإشكالية أوجبت الاستعانة بنظام يعين على إزالة هذا الغموض، وهو ما يعرف بنظام التفسير⁽⁴⁾ . وذلك يحتم معرفة الشروط الواجبة لإعمال نظام التفسير كمطلب أول، ومن ثم البحث في طبيعة الحكم الصادر بالتفسير والطريق المتبع للطعن فيه كمطلب ثان.

(1) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 474 لسنة 2006 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 25 مارس 2006، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 15\1\2018 ؛ وانظر في ذات المعنى : نقض مدني مصري، جلسة 27 نوفمبر 1952، الطعن رقم 334 لسنة 20 ق، المكتب الفني، س 4، ص 148.

(2) انظر : د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 716.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 234.

(4) المرجع السابق.

المطلب الأول

شروط قبول طلب التفسير وإجراءاته

تقسيم :

نتناول شروط قبول طلب تفسير الحكم وإجراءاته في فرعين متتالين، حيث نخصص الأول لتبيان شروط قبول طلب التفسير، أما الثاني فنعرض فيه لإجراءات تقديم الطلب.

الفرع الأول

شروط قبول طلب التفسير

أولاً_ أن يكون الحكم المراد تفسيره حكماً قطعياً :

فيشترط لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم المراد تفسيره حكماً قطعياً، فمن غير الممكن تصور فائدة ترتجى من جراء تفسير الأحكام غير الملزمة، والتي لا تحوز الحجية، ولذات العلة ينصب طلب التفسير على المنطوق، أو على أسباب الحكم المكمل له، وفي هذا الشأن أثير خلاف حول إمكانية تفسير الأحكام الوقتية من عدمه، فرغم كونها تحوز حجية مؤقتة فمن الممكن أن تتغير تبعاً لظروف التي بنيت عليها، فيرى أنه لا محل لتفسيرها، وعلى الرغم من ذلك تنفذ تبعاً لكونها حائزة على الحجية وإن كانت مؤقتة، وفي حال اعتراضها شيء من الغموض أو الإبهام فمن الممكن اللجوء لتفسيرها لإزالة كل عقبة قد تعرقل تنفيذها⁽¹⁾. وتأكيدياً لذلك قضت محكمة النقض بأبو ظبي أن : « التفسير لا يرد إلا على الحكم القطعي سواء كان فرعياً أو منهيماً للخصومة، وأن يكون الحكم قد شاب منطوقه غموض أو إبهام أو شك في تفسيره بأن يحتمل أكثر من معنى⁽²⁾ ».

ثانياً_ أن يكون الحكم مشوباً بشيء من الغموض أو الإبهام :

أي أن يشوب الحكم في عباراته غموضاً يخل بتكوينه فيصعب معه فهم المراد منه⁽³⁾. فقد يجوي الحكم في بعض الأحيان عبارات والفاظ لا توصل المعنى الذي يحاول القاضي إيصاله، وإن جاءت صحيحة

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 706 - 705.

(2) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 1 لسنة 2010 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 26 يوليو 2010، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 12\12\2017.

(3) د. طلعت يوسف خاطر، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 636.

من الناحية اللغوية، كأن يحكم برفض الدعوى لعدم توافر شرط سماعها والفصل فيها، بدلاً من الحكم الواجب قانوناً وهو الحكم بعدم القبول. هذا وقد يرد الغموض جراء الصياغة الشمولية للمنطوق والتي تفتقر للخصر المطلوب ضمن سياق الحكم، كالحكم بإغلاق منشآت المدعي عليه دونما تحديد للمنشأة المراد إغلاقها والتي رفعت الدعوى بشأنها، مما ولد الشك حول حقيقة الحكم، فهل الحكم يرمي بإغلاق جميع منشآت المدعي عليه تبعاً لمنطوق الحكم؟ أم يتعلق بإغلاق المنشأة التي رفعت الدعوى بموجبها؟، كما أنه من الممكن أن يكون الإبهام نتاجاً لإضافة عبارات تثير الشك حول مضمون الحكم الحقيقي، كالحكم لصالح المدعي في دعوى تقليد براءة الاختراع وأشار في منطوقه إلى محضر الضبط بما يحتويه من آلات متعددة، مما يولد الشك حول نطاق تطبيق الحكم، فهل ينصرف الحكم على جملة الآلات المقلدة؟ أم يقتصر على الآلات الواردة في محضر الضبط فقط؟⁽¹⁾. وتأكيدهم لذلك قضت محكمة تمييز دبي في هذا الشأن بأن: « جواز طلب تفسير الحكم مقصور على حالة ما إذا وقع في منطوقه غموض أو إبهام تعذر معه الوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة أو إذا شاب منطوق الحكم شك في تفسيره أو كان يحتمل أكثر من معنى، ذلك أن الغاية من طلب التفسير هي تفسير ما قصده الحكم في قضائه وليس من مهام محكمة التفسير مراجعة سلامة الحكم أو معاودة نظر النزاع، فإذا كان الحكم واضحاً فلا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسيره، كما لا يجوز طلب التفسير في شأن المسائل القانونية التي بت فيها الحكم المطلوب تفسيره⁽²⁾». »

وبالإضافة لذلك فمن الممكن أن يكون الغموض والإبهام نتاجاً للقضاء الضمني، نظراً لكون المحكمة لا تصرح به في منطوق حكمها، فهو من الممكن أن يستنتج من الضرورة واللزوم الحتمي من الحكم الصريح في حكمها. فالحكم الصادر لصالح المشتري بإلغاء إجراءات نزع الملكية ومحو كافة القيود والتسجيلات المشهورة على العقار موضوع العقد الصادر له من البائع يتضمن قراراً ضمناً بإفناء التصرف في حق الدائن، فاعتبار إلغاء الإجراءات ومحو القيود لا يستقيم إلا باعتداد بالتصرف الصادر من البائع المدين للمشتري⁽³⁾.

(1) د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، مرجع سابق، ص 199-198.

(2) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 115 لسنة 2006 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 1 يوليو 2006، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 11\12\2017.

(3) د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، مرجع سابق، ص 200.

ومن الجدير بالذكر أن قبول الحكم لا يمنع من طلب تفسيره، فمن الممكن أن يكون الخصم قبل الحكم على أساس معين، وهو ما يترك تقديره لمطلق حريه المحكمة، والتي تفسر حكمها طبقاً لمعنى الذي كانت تقصده، ومن ثم يعتد بالقبول أو لا تحسباً لظروف الحال⁽¹⁾.

ثالثاً_ أن تتوافر المصلحة من جراء طلب التفسير :

يشترط لقبول طلب التفسير أن تتوافر المصلحة تجاه هذا الطلب، أي أن يكون غموض الحكم مثلاً مانعاً من تنفيذه، وتكمن المصلحة هنا في إزالة العقبة المانعة من التنفيذ والتي تجيز أعمال التفسير. هذا وقد تنشأ المصلحة من التفسير إذا ما اختلف الخصوم حول مفهوم الحكم ونطاقه، مما يصعب معه تنفيذه، فمن غير الممكن أن يباشر الموظف القائم بالتنفيذ حكماً يدور حوله الشك أو الإبهام، أو يختلف حول نطاقه. وتزول هذه المصلحة عند تنفيذ الحكم، مما يمتنع معه قبول طلب تفسيره، نظراً لكون التفسير في هذه الحالة لا يتعدى مجرد إجراء يهدف منه إرضاء رغبة طالبه فقط. كما أنه من الممكن أن يقبل طلب التفسير في حال تحفظ المنفذ ضده عند التنفيذ، مما يعطيه الحق في إبداء طلب التفسير⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأنه : « إذا خلا المنطوق من الغموض أو الإبهام وجب القضاء بعدم قبول طلب التفسير. لما كان ذلك، وكان الثابت من الحكم محل طلب التفسير أنه قضى في منطوقه برفض الطعن وهو ما لا يحتاج إلى تفسير إذ لا غموض ولا إبهام في هذا الجزء من المنطوق، وكانت أسباب الطلب على النحو السالف بيانه لا تعدو أن تكون مجرد تساؤل عن المعنى القانوني لمصطلح ورد بأسباب الحكم وهو (القائم بالدعوى) ومعناه المعلوم لدى كافة رجال القانون أنه المدعي أو رافع الدعوى، وهذا المصطلح في صورة الحال لا تأثير له على ما قضت به المحكمة في المنطوق، ومن ثم يكون الطلب غير مقبول⁽³⁾».

ويتزك تقدير وجود الإبهام أو الغموض للمحكمة التي يطرح أمامها طلب التفسير، ولا شأن لإرادة الأفراد في ذلك، وعليه إذا تبينت المحكمة خلو الحكم من الغموض وقررت وضوحه فيجب عليها أن تقضي بعدم قبول طلب التفسير حتى وإن اتفق أطراف الخصومة على تقديمه⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 707.

(2) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 112-113 .

(3) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 4 لسنة 2014 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 27 نوفمبر 2014، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 8\12\2017.

(4) د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، مرجع سابق، ص 207.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه: « لا شأن لهذه المحكمة أن تبحث أو تفسر كيفية تنفيذ الحكم (سند التنفيذ) بحالة استحالة التنفيذ قانوناً وواقعاً أو عدم استحالته، إذ أن هذا هو شأن قاضي التنفيذ الذي يتولى وضع السند التنفيذي موضع التنفيذ⁽¹⁾ ».

رابعاً_ ألا يعدل القرار الصادر في التفسير الحكم الأصلي :

من غير المقبول اتخاذ طريق التفسير وسيلة لإحداث التغيير في الحكم، أو أن يمثل تعديلاً على مبدأ استنفاد ولاية المحكمة، أو لمبدأ قوة الأمر المقضي. وعليه يجب أن يقتصر حكم التفسير على توضيح أوجه الحكم موضوع التفسير بحيث يحدد معنى الحكم ومداه دون إضافة أي تعديل عليه، فمن غير الممكن أن تباشر المحكمة وهي مصدر الحكم التفسير تعديلاً فيه، أو تفصل فيه من جديد، أو تضيف عليه وهو ما يمثل حفاظاً لحقوق أطراف الخصومة، كما ليس لها أن تغير أو تمحو مراكز الخصوم، أو تزيد أو تنقص من الحقوق التي قررها الحكم المفسر، أو أن تعطيه معنى قد يآثر في قوة الحكم، وهو ما يمثل تعديلاً على سلطتها التفسيرية⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن: « محكمة الموضوع وهي تنظر طلب تفسير الحكم الصادر منها طبقاً للمادة 138 من قانون الإجراءات المدنية... تملك تفسيره وتعرف مرماه للوصول إلى حقيقة النزاع فيه. لكنها تقف عند التحقق من وجود غموض أو إبهام في منطوقه دون تعديله أو تغيير مضمونه⁽³⁾ ». وقضت محكمة النقض بأبو ظبي بأنه: « ويقتصر دور المحكمة التي أصدرت الحكم على تفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو إبهام، وذلك دون نظر لمدى مطابقة قضائها لحكم القانون أو الواقع الثابت بالأوراق، لأن المحكمة المنوط بها التفسير ليس من مهمتها مراجعة سلامة الحكم أو معاودة نظر النزاع، ومن ثم إذا خلا المنطوق من الغموض أو الإبهام وجب القضاء بعدم قبول طلب التفسير⁽⁴⁾ ».

(1) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 3 لسنة 2009 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 10 فبراير 2010، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\12\2017.

(2) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 115-116.

(3) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 189 لسنة 25 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 29 ديسمبر 2004، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 12\12\2017.

(4) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 1 لسنة 2011 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 23 نوفمبر 2011، الحكم منشور في الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 8\12\2017.

وعليه يتمتع على المحكمة وهي تباشر سلطتها في التفسير أن تقوم من في شأنه أن يعدل الحكم، أو أن تصلح ما وقع في حكمها من خطأ لتتلافى نقضه، أو أن تعترض أمراً من الأمور التي لم تتعرض لها في الحكم المراد تفسيره. ويتجاوز محكمة التفسير هذه الحدود يطل حكمها لمخالفة حجية الأمر المقضي، مما يجعل حكمها عديم الأثر لصدوره من غير الهيئة المختصة حسب النظام المعمول به أمام المحاكم⁽¹⁾.

خامساً_ أن يقدم طلب التفسير قبل رفع الاستئناف :

تولد عن عدم وجود نص ينظم مسألة اشتراط رفع الاستئناف من عدمه على إمكانية قبول طلب التفسير إلى ظهور ثلاثة آراء في هذا الصدد. الاتجاه الأول : ذهب إلى أنه لا يشترط عدم الطعن على الحكم المراد تفسيره، فأنصاره⁽²⁾ يرون أن سلطة المحكمة الابتدائية مصدرية الحكم هي ذاتها سلطة محكمة الاستئناف في حال رفع الاستئناف تجاه الحكم المراد تفسيره، مما يعني أن الخيار ممنوح لرافع طلب التفسير في تحديد المحكمة التي يطلب منها التفسير. ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأن القوانين التي أقرت بسلطة التفسير لم تجرى تفرقة بين حالة الطعن على الحكم بالاستئناف وبين حالة عدم الطعن عليه. بالإضافة لتوافر مصلحة حقيقية محتمة من تفسير حكم أول درجة حتى بعد استئنافه، كالحكم المشمول بالإنفاذ المعجل، إلى جانب أن الإبقاء على سلطة محكمة أول درجة في التفسير على الرغم من رفع الاستئناف لا يتعارض مع حق محكمة الاستئناف في إلغاء، أو تعديل الحكم المراد تفسيره. أما الاتجاه الثاني⁽³⁾، فيرى أن المحكمة التي أصدرت الحكم هي المختصة بالتفسير في جميع الأحوال. ويستند هذا الاتجاه على قضاء محكمتي النقض في مصر والتميز بدبي، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن : « تفسير الحكم _ على ما تقضى به المادة 366 من قانون المرافعات _ هو مما تختص به المحكمة التي أصدرت الحكم إختصاصاً نوعياً ومحلياً دون أية محكمة أخرى ولو كانت أعلى منها درجة⁽⁴⁾». كما قضت محكمة تمييز دبي بأنه : «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن كل محكمة تختص بتفسير وتأويل أحكامها وقراراتها، وأن العبرة في ذلك هي بدرجة المحكمة لا بالهيئة القضائية التي أصدرت الحكم، ومن ثم فإنه ليس للقاضي المكلف بالتنفيذ أو للمحكمة المختصة بالطعن على قراراته تفسير الحكم محل التنفيذ، ذلك أن القاضي المكلف

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 117118.

(2) انظر على سبيل المثال : د. أحمد ماهر زغلول مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، مرجع سابق، ص 218.

(3) انظر في عرض هذا الرأي : د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 86.

(4) محكمة نقض المصرية، الطعن رقم 135 لسنة 32 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 8 نوفمبر 1966، الحكم منشور في

الموقع الالكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\1\2017.

بالتنفيذ ينظر إشكال التنفيذ بصفة وقتية لا بصفة موضوعية بغية الوصول فقط إلى الحكم بالاستمرار في التنفيذ أو وقفه، وهو قضاء وقتي لا يجوز حجية الأمر المقضي به أمام محكمة الموضوع⁽¹⁾ .

أما بخصوص الاتجاه الثالث، فيذهب إلى أن استئناف الحكم ينقل سلطة التفسير إلى محكمة الاستئناف مما ينهي سلطة المحكمة التي أصدرته في تفسير الحكم. ويؤسس هذا الرأي على أن الأثر الناقل الاستئناف يلزم إعطاء محكمة الاستئناف كل السلطات لمحكمة لدرجة الثانية ومن بينهما سلطة التفسير، فأنصار الرأي الأخير يرون أن الإبقاء على هذه السلطة بالنسبة لمحكمة الدرجة الأولى يخالف مبدأ اقتصار الوقت الإجراءات والنفقات⁽²⁾ .

وأرى أنه من الأفضل أن تظل عملية تفسير الحكم ضمن اختصاص المحكمة التي أصدرته، حيث تعتبر — من وجهة نظري — هي الأقدر على الإمام بكافة تفاصيل موضوع النزاع حيث قامت بدراسة القضية من قبل ثم أصدرت حكمها فيها. وما قد يخشى منه، في هذا الشأن، هو سلوك البعض طريق الطعن تحت طائلة طلب التفسير، ويكون الهدف الحقيقي من ذلك تعطيل العدالة وكسب مزيد من الوقت والإضرار بالطرف الآخر، لذا، فالأفضل هو ترك باب وحيد للتفسير، ألا وهو تقديم الطلب لذات المحكمة التي أصدرته.

الفرع الثاني

إجراءات تقديم طلب التفسير

يجوز وفقاً لنص المادة 138 من قانون الإجراءات المدنية للخصوم تقديم طلب التفسير للمحكمة مصدرة الحكم، لتفسير ما شاب منطوق حكمها من غموض أو إبهام، على أن يقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى.

وعليه يصدر قرار التفسير بناء على طلب يقدم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى من أحد الخصوم دون التقييد بميعاد ما، سواء صدر الحكم لصالحه أو ضده. كما أنه من غير المهم الوقوف على قوة الحكم المراد تفسيره⁽³⁾، فالمحكمة وهي تباشر عملية التفسير لا تقوم باتباع قواعد تفسير التصرفات القانونية ولا

(1) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 56 لسنة 2004 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 10 أكتوبر 2004، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\1\2017.

(2) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 8587_.

(3) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 582.

القواعد المقررة لتفسير التشريع، فما تقوم به ليس إلا إعطاء تفسير منطقي من خلال الاستعانة بالأسباب التي بني عليها الحكم وعناصره الأخرى، وذلك بافتراض كونها لم تخالف القانون في حكمها هذا. كما أن طلب التفسير لا يوقف ميعاد الطعن في الحكم الأصلي⁽¹⁾. ويفسر الحكم تفسيراً منطقياً تبعاً لأسبابه ولعناصره المختلفة، وفي حال لم يكف ذلك تلجئ المحكمة إلى عناصر أخرى كالطلبات والأوراق التي قدمها الخصوم⁽²⁾. وتأكيداً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن: «الطلب بتفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو إبهام حتى يمكن الرجوع إلى المحكمة التي أصدرته بطلب يقدم لها بالأوضاع المعتادة غير محدد بموعد يسقط بانقضائه الحق في تقديمه أما إذا كان قضاء الحكم واضحاً لا يشوبه غموض أو إبهام فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه والمساس بحجتيه أو إنما كون السبيل إلى ذلك الطعن فيه خلال الميعاد المحدد بإحدى طرق الطعن القابل لها. وأنه من المقرر أيضاً أن عدم وقوع غموض أو إبهام في منطوق الحكم مؤداه وجوب القضاء بعدم قبول طلب تفسيره⁽³⁾».

المطلب الثاني

حكم المحكمة في طلب التفسير والطعن فيه

تقسيم :

يقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول نعرض فيه لحكم المحكمة في طلب التفسير، ثم نحدد مدى إمكانية الطعن في الحكم في الفرع الثاني.

الفرع الأول

حكم المحكمة في طلب التفسير

يعتبر الحكم الصادر في التفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي فسره وتسري عليه كل ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن (مادة 138 إجراءات مدنية). أي أن الحكم

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 708-707.

(2) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 583.

(3) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 717 لسنة 26 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 14 نوفمبر 2005، الحكم منشور

في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 12\12\2017.

الصادر في طلب التفسير ما هو إلا استكمال للحكم المفسر⁽¹⁾. ومعنى ذلك أن الحكم المفسر يندمج ضمن الحكم الأصلي، وهو ذات طبيعته فهو ليس مستقلاً، كما لا يعتبر حكماً جديداً بأية حال من الأحوال⁽²⁾.

وقد قضت محكمة تمييز دبي في ذلك بأن: «الحكم الصادر في دعوى التفسير تكون له حجية الأمر المقضي ويسري عليه ما يسري على الحكم محل التفسير من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية والغير عادية⁽³⁾».

الفرع الثاني

الطعن في الحكم

لم يورد المشرع نصاً على عدم جواز الطعن على استقلال في الحكم الصادر برفض طلب التفسير، على خلاف الحال بالنسبة للحكم الصادر برفض التصحيح عملاً بالمادة 137 إجراءات مدنية، وبالتالي يجوز الطعن في الحكم الصادر برفض طلب التفسير على استقلال، نظراً لعدم منع المادة 138 لهذا الطعن. وأرى أنه كان من الأفضل على غرار ما تنص عليه المادة 317 إجراءات مدنية بشأن الحكم الصادر برفض طلب التصحيح أن يضع المشرع نصاً صريحاً يؤكد من خلاله رفض الطعن في الحكم الصادر برفض طلب التفسير إلا مع الحكم الأصلي نفسه، حتى لا يثور الشك في اتجاه المشرع ورغبته الواضحة في منع الطعن في هذا الحكم على استقلال فور صدوره.

وطبقاً لنص المادة 138 إجراءات مدنية، فإن الحكم الصادر في طلب التفسير يعتبر متمماً من كل الأوجه للحكم الذي فسره، ويسري عليه كل ما يسري على الحكم المفسر من قواعد خاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية، أي أن الحكم الصادر في التفسير يدمج ضمن الحكم المفسر، ويكون له ذات طبيعته، مما يعني أن الحكم الصادر في التفسير لا يعد حكماً مستقلاً عن الحكم الذي فسره، كما لا يعتبر حكماً

(1) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 583.

(2) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 126.

(3) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 32 لسنة 2007 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 29 مايو 2007، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\12\2017؛ انظر في ذات المعنى: محكمة النقض بأبوظبي، الطعن رقم 45 لسنة 2010 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 5 ديسمبر 2007، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 12\12\2017.

جديداً بأي حال من الأحوال. وبناء عليه فإن الحكم الصادر بالتفسير تسري عليه ذات القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية التي يخضع لها الحكم محل التفسير، وذلك بغض النظر عن كونه قد جاء مطابقاً للحكم محل التفسير دون أن يمس بمضمونه اكتفاء منه بتوضيح الأجزاء المبهمة، أو أنه قد اشتمل على نقص أو زيادة عن الحكم الأخير، وهو ما يعد بلا شك اعتداء على حجية الأمر المقضي⁽¹⁾.

وفي حال جاء الحكم محل التفسير غير قابل للطعن، فإن الحكم التفسيري لا يقبل الطعن فيه هو الآخر، إما إذا كان الحكم المفسر قابلاً للطعن في حالات محددة ووفقاً لشروط معينة، فإن الحكم الصادر في التفسير يتقيد بذات طرق الطعن فيه وبذات الحالات والشروط التي يتقيد بها الحكم المفسر⁽²⁾. وقد قضي تطبيقاً لذلك بأنه: « لما كان الحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمماً للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على عدم جواز الطعن بطريق النقض في الأحكام الصادرة من المحاكم المختلطة فإن الحكم المطعون فيه إذ صدر من محكمة الاستئناف الوطنية في دعوى تفسير حكم صادر من محكمة الاستئناف المختلطة يكون غير قابل للطعن فيه بطريق النقض⁽³⁾ ».

ومن الجدير بالملاحظة أنه يجب أن يكون طلب التفسير موجهاً إلى منطوق الحكم الصادر من المحكمة طبقاً للقانون حتى يمكن الطعن في الحكم الصادر بتفسيره. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأبو ظبي بأنه: « يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن. بما مفاده أنه يجب أن يكون طلب التفسير موجهاً إلى منطوق الحكم الصادر من المحكمة طبقاً للقانون حتى يمكن الطعن في الحكم الصادر بتفسيره وهو ما يخالف واقع الحال في الطعن المائل إذ أن طلب التفسير المقدم من النيابة العامة والصادر فيه الحكم المطعون فيه المؤرخ في 2012/10/17 إنما انصب على القرار الفردي الصادر بتاريخ 2012/9/11 الذي ورد بتأشيرة لم يبين بما مصدرها على ظهر أحد الخطابات بـ "

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 126.

(2) المرجع السابق.

(3) محكمة النقض المصرية الطعن رقم 185 لسنة 22 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 11 فبراير 1945، الحكم منشور

في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\3\22.

تنفيذ أصل العقوبة على المذكورين" والتي تفتقد مقومات الحكم الذي عناه الشارع بطلب التفسير في المادة المشار ذكرها والتي تبيح الطعن في الحكم الصادر بتفسيرها⁽¹⁾.

المبحث الثالث

إغفال المحكمة الفصل في بعض الطلبات

تمهيد وتقسيم :

خروج النزاع من ولاية المحكمة لا يتحقق إلا إذا فصلت المحكمة فيه، فبمجرد أن تقول فيه كلمتها يمتنع عليها إعادة نظره لسابقه فصلها فيه، على أن لا يمتد هذا الأثر إلا على المسائل المفصول فيها دون غيرها، إذ يتوجب على المحكمة في حال أغفلت الفصل في مسألة ما أن تعود لها منعاً لتفويت درجة من درجات التقاضي⁽²⁾.

وهو ما استوجب معه البحث في إغفال المحكمة لبعض الطلبات في ثلاثة مطالب، الأول نبين فيه ماهية الإغفال وصوره، أما الثاني فنحدد فيه شروط قبول طلب الاستكمال وإجراءاته، وأخيراً نتعرض في المطلب الثالث لحكم المحكمة في طلب الاستكمال والطعن فيه.

المطلب الأول

مفهوم الإغفال وتطبيقاته

أولاً_ المقصود بالإغفال :

يعرف الإغفال في اللغة بأنه إهمال الشيء وتركه، حيث يقال أغفل الشيء : أهمله وتركه أو اعتد غافلاً : سألته وقت شغله ولم ينظر فراغه⁽³⁾.

أما من الناحية القانونية فيقصد بإغفال الفصل في الطلب أن تترك المحكمة سهواً أو عن طريق الخطأ الفصل في طلب بشكل كلي، يجعل الطلب باقياً ومعلقاً أمامها⁽⁴⁾.

(1) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 791 لسنة 2012 قضائية، جزائي، الصادر في جلسة 29 يناير 2013، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\2\6.

(2) د. حسام مهني صادق، مرجع سابق، ص 247.

(3) المنجد في اللغة العربية، الطبعة السادسة والعشرون، دار المشرق، بيروت، 1975، ص 555.

(4) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 578.

وإغفال الفصل في الطلب يعني أن يكون الإغفال واقعاً نتيجة سهو لعدم إحاطة المحكمة بالدعوى بالشكل المطلوب منها، أو قد يرد الإغفال كأثر لعدم إدراك المحكمة للتعديل الذي أجراه المدعي في طلباته الختامية التي لم تراجعها قبل اصدار حكمها⁽¹⁾، وعليه من الممكن القول أن الإغفال يعني أن المسألة لم تكن محلاً لأي حكم⁽²⁾.

وقد عرفت المحكمة الاتحادية العليا الإغفال بأنه : « هو الإغفال الكلي لطلب موضوعي قدم إلى المحكمة بصورة واضحة بحيث يظل باقياً معلقاً أمامها لم يقص فيه صراحةً أو ضمناً⁽³⁾ ». ومن الأمور التي يفرق فيها بين الإغفال الذي نتاوله في هذا المطلب وبين إغفال التسبيب، أن الإغفال الوارد هنا يرد على الطلبات الموضوعية التي تغفل المحكمة عن الفصل فيها رغم كونها محلاً لنظر ومناقشة في الخصومة، في حين أن إغفال التسبيب يرد على الأسباب التي بني عليها الحكم وذلك بعد تمام فصل الطلبات المطروحة على المحكمة. وبالإضافة لذلك فإن الطريق الذي تحل به كلا النوعين السابقين من الإغفال يختلف تبعاً لاختلاف مناهج كلاً منها، فبالنسبة لإغفال الفصل في الطلبات يقدم فيه طلب لاستكمال الفصل فيه ما أغفلته المحكمة ويقدم لذات المحكمة التي أصدرت الحكم المراد استكمالها، وأما بخصوص مشكلة إغفال التسبيب تحل عن طريق الطعن على الحكم المشوب بعيوب من عيوب التسبيب بالطرق المقررة، وعلى النقيض من غير الجائز اعتبار إغفال الفصل في أحد الطلبات أحد الأسباب التي يقام بموجبها الطعن بالاستئناف⁽⁴⁾.

ثانياً_ بعض تطبيقات القضاء لفكرة الإغفال :

قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن : « نص المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية جرى على أنه ((إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية فعليها بناء على طلب من أحد أصحاب الشأن أن تنظر في الطلب والحكم فيه ...)) بما مفاده إن إغفال محكمة الموضوع في بعض الطلبات لا يصلح سبباً

(1) د. عبد الحكم فودة، حجية الأمر المقضي وقوته في المواد المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (بدون إشارة لسنة النشر)، ص 120.

(2) د. أحمد السيد الصاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 25.

(3) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 91 لسنة 24 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 3 يوليو 2002، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 16\1\2018.

(4) د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، مرجع سابق، ص 275.

للطعن بالنقض على حكمها بطرق النقض المقررة قانونا وسبيل تدارك ذلك الرجوع إلى ذات المحكمة التي أغفلت الفصل في الطلب ذلك أن المعول عليه في الحكم هو قضاؤه بالمنطوق والأسباب المرتبطة به. لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت في طلباتها الختامية الواردة بمذكرتها الشارحة بالقضاء لها بمؤخر صداقتها ونفقة متعة إلا أن الحكم المطعون فيه ومن قبله الحكم المستأنف لم يتناولوا هذه الطلبات لا في وقائع الدعوى ولا الأسباب سلبا أو إيجابا وإنما قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف الذي اكتفى بعبارة "رفض ما عدا ذلك في منطوقه" وأن هذه العبارة إنما تنصرف إلى ما تناوله الحكم من طلبات موضوعية فيما دونه من وقائع من طلبات موضوعية وأسبابه، أما المسكوت عنه من طلبات في الوقائع التي حصلها ولم يتم إيرادها في الأسباب فإن أمر الفصل فيها معلقا على حاله وينطوي على إغفال كلي ويكون السبيل لتداركه والفصل فيه حق الرجوع إلى ذات المحكمة لنظره والحكم فيه وبالتالي فإنه يكون غير مقبول⁽¹⁾».

كما قضت ذات المحكمة العليا بأنه: «لما كانت هذه الطلبات إثبات الطاعنة حقها في الحضانة تعتبر من الناحية الموضوعية متفرعة عن موضوع الطلاق وبالتالي فإن رفض دعوى الطلاق يعتبر رفضا لها ومن ثم فلا يقال إن الحكم الذي فصل في موضوع الطلاق بالرفض لم يفصل فيها لأن رفض الطلاق يشمل رفض كل الأمور المترتبة عليه»⁽²⁾.

وقضت كذلك في حكم آخر لها بأن: «من المقرر وفقا لنص المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية أنه إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية المطروحة عليها فعليها بناء على طلب أحد أصحاب الشأن أن تنظر في الطلب والحكم فيه. لما كان الحكم الابتدائي وإن قضى في منطوقه برفض ما زاد على ما ألزم به المطعون ضدها ومنها طلب أحقية الطاعن في البقاء في السكن إلا أنه لم يقل كلمته في شأن هذا الطلب ويبحثه في أسبابه، فيكون قد أغفل الفصل فيه لما

(1) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 61 لسنة 2014 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 18 نوفمبر 2014، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\1\19؛ وانظر في ذات المعنى: المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 186 لسنة 18 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 27 ديسمبر 1997، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\1\19.

(2) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 204 لسنة 22 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 26 مايو 2001، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\1\19.

هو مقرر من أن النص في منطوق الحكم على رفض ما زاد على ذلك إنما ينصرف إلى تلك التي كانت محل بحث من الحكم»⁽¹⁾.

وقضت محكمة النقض بأبو ظبي بأنه : « لما كان الطاعن قد طلب احتياطياً من المحكمة عزل مدير الشركة "المطعون ضده" لإساءة إدارتها وللإضرار بها والشركاء فيها على النحو السالف بيانه في وجه النعي، إلا أن المحكمة قد أغفلت الفصل في هذا الطلب وهو من الطلبات الموضوعية التي قدمت إلى المحكمة للفصل فيه. وكان إغفالها له كلياً يجعله باقياً معلقاً أمامها وكانت محكمة الاستئناف قد أنهت الخصومة بالحكم القطعي الصادر منها فاستنفدت بذلك ولايتها في نظر النزاع بجملته وبالتالي لا يجوز الطعن في الحكم لتدارك ما أغفلت المحكمة الفصل فيه، وإنما يتعين العودة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالوسيلة التي حددها نص المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية للفصل فيما أغفلت الفصل فيه. ومن ثم يكون النعي بذلك الوجه غير مقبول»⁽²⁾.

المطلب الثاني

شروط قبول طلب الاستكمال وإجراءاته

تقسيم :

قسم هذا المطلب لفرعين، نعرض في الأول شروط قبول طلب الاستكمال، أما الثاني نبين فيه إجراءات تقديم طلب الاستكمال.

(1) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 620 لسنة 22 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 25 مايو 2003، الحكم منشور

في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 19\1\2018.

(2) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 1205 لسنة 2009 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 30 ديسمبر 2009،

الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ

20\1\2018.

الفرع الأول

شروط تقديم طلب الاستكمال

أولاً_ أن ينصب الإغفال على الطلب الموضوعي :

يشترط ابتداءً أن ينصب الإغفال على الطلب الموضوعي⁽¹⁾، الذي يمكن تعريفه بأنه ذلك الطلب الذي يتضمن ادعاءً موضوعي متعلق بأصل الحق ويهدف منه الحصول على حكم أما بتأكيد، أو نفي الحق المدعى به، أو إزالة ما قد يعتريه من غموض أو تجهيل يحول دون انتاج بعض الآثار التي يرتها القانون على الحكم⁽²⁾. والمحكمة لها ضمن سلطتها إما أن تقبل هذه الطلبات أو ترفضها على أن تلتزم بعدم الفصل فيما لم يطلب منها أو بأكثر مما طلب منها، فهي مقيدة بالحدود التي يرسمها الخصوم في ادعاءاتهم⁽³⁾.

ولا تفقد المحكمة سلطتها تجاه الطلبات المقدمة أمامها ما لم تفصل فيها صراحةً أو ضمناً، بغض النظر عن كونها طلبات أصلية أو عارضة أو ملحقة أو مندمجة أو احتياطية، مما يمنح الخصوم الحق في تقديم طلب الاستكمال عند اغفال المحكمة لأحد هذه الطلبات⁽⁴⁾. وتأكيداً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن : « المستفاد من صريح المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، إن مناط الأخذ بما أن تكون المحكمة قد أغفلت عن سهو أو غلط الفصل في طلب موضوعي إغفالاً كلياً يجعل الطلب باقياً معلقاً أمامها لم يقض به قضاءً ضمناً، أما إذا كان المستفاد من أسباب الحكم ومنطوقه إنها قضت صراحةً أو ضمناً برفض الطلب فإن وسيلة التظلم من ذلك يكون بالطعن في الحكم إن كان قابلاً له⁽⁵⁾». وفي حكم آخر لها قضت بأنه : « متى أغفلت المحكمة الفصل في أحد الطلبات الموضوعية المطروحة عليها ولم يرد في أسباب حكمها أو منطوقه قضاء صريح أو ضمني بشأنه فإن هذا الطلب يظل باقياً معلقاً أمامها ولا يجوز اللجوء إلى طريق الطعن في الحكم لتدارك هذا الإغفال وإنما

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 123 .

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 249.

(3) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 123 .

(4) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 706.

(5) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 384 لسنة 20 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 16 فبراير 1999، الحكم منشور

في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 15\12\2017.

يتعين العودة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالوسيلة التي حددها نص المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾».

ومن الجدير بالذكر أن الطلبات الختامية هي محل النظر في طلبات الإغفال، فعلى الرغم من كون الخصوم يقدمون جملة من الطلبات منذ افتتاح الدعوى في عريضتها وحتى قفل باب المرافعة، فإن طلب الإغفال ينصب فقط على تلك الطلبات التي حددها الخصم في مذكرته الختامية لما فيها من إحاء بأنه نزل عن غيرها من الطلبات⁽²⁾. فالعبرة بالطلبات الختامية، وليس فيما ضمته صحيفة الدعوى، طالما لم يوردها الخصم في مذكرته الختامية. ولكن الحال يختلف إذا أورد المدعي عبارة في مذكرته الختامية تدل على تضمينه لكل الطلبات التي قدمها من قبل دون تحديد، وهو ما يعطي إحاء بعدم نزوله عن طلباته التي أوردتها في صحيفة دعواه⁽³⁾.

هذا وقد يشتمل اصطلاح الطلب الموضوعي بالمعنى الضيق على الدفع بالمقاصة القضائية أو القانونية، تنطبق الحالة السابقة على في حال ما كان الطلب المغفل تابعاً للطلب الأصلي، مثال ذلك، طلب الفوائد إذا اغفل إجابته وكان تابعاً لطلب الدين⁽⁴⁾.

كما يتمتع الرجوع لذات المحكمة في حال ما إذا اغفلت الفصل في دفع شكلي أو موضوعي أو دفع بعدم القبول حيث أن الطريق الواجب الاتباع في هذا الشأن هو الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً⁽⁵⁾. وتأكيداً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأن محل تطبيق المادة 139 من قانون الإجراءات المدنية : « إذا انصب الإغفال على وسائل الدفاع المتعددة التي يلجأ إليها المدعي تأييداً لطلبه إذ يعتبر رفضاً له وتكون وسيلة التظلم من ذلك بالطعن على الحكم، لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن محكمة الموضوع إذ فصلت في الدعوى السابقة التي أقامتها الطاعنة على كل من المطعون ضدها، و... (....)، ... (....) ابتغاء الحكم بإلزامهم بالمبلغ المطالب به وقضت بعدم قبولها لوجود شرط التحكيم الذي تأييد

(1) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 205 لسنة 21 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 19 ديسمبر 2000، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2017\12\16.

(2) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 576.

(3) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 132_133.

(4) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 250.

(5) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 700_710.

استثناءً وتمييزاً دون أن ينصرف طعنها السابق إلى تعييب قضاء هذا الحكم بشأن دفاعها حول مسئولية المطعون ضدها عن أخطاء تابعيها، مما لا يعتبر طلباً مستقلاً في الدعوى، وإنما وسيلة دفاع قضت فيها المحكمة بالحكم الصادر بعدم قبول الدعوى برمتها وتكون وسيلة التظلم من ذلك هي عند الطعن في الحكم لا التقدم للمحكمة التي أصدرته بطلب جديد بدعوى أنها أغفلت الفصل فيما طلبته ضد المطعون ضدها، مما يمتنع معه على المحكمة إعادة النظر فيه على نحو ما خلص إليه الحكم المطعون فيه في نتيجته الصحيحة بقضائه برفض طلب الإغفال⁽¹⁾.

ثانياً_ أن يكون الإغفال كلياً :

لا بد لقبول طلب الاستكمال أن يكون الإغفال كلياً، مما يجعل الطلب المغفل باقياً أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المراد استكمالها، مما يعني أنها لم تبت في أمر الطلب⁽²⁾، أما في حال ما إذا قضت المحكمة سواء بحكم صريح أو ضمني في ذلك الطلب فلا يعد ذلك إغفالاً منها، وطريقة اصلاح ما قد يشوب حكمها من أخطاء تكون هي الطعن فيه بالاستئناف⁽³⁾. وتأكيداً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه: « لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه حيال طلب الطاعنة (المستأنفة) المتعلق بإخطار المطور العقاري للمشروع بإزالة القيد العقاري الوارد في سجلاته باسم المستأنف ضدهما، بعدم جواز استئنافه على ما استخلصه من مدونات الحكم المستأنف بإغفال الحكم كلياً والفصل في الطلب المشار إليه، وإن هذا الطلب ظل باقياً ومعلقاً لم يقض فيه صراحةً ولا ضمناً، وانتهى إلى أن تدارك ذلك يكون بالرجوع إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الابتدائي المستأنف لتفصل في ذلك الطلب، فإنه يكون قد أصاب كبد الحقيقة والترم صحيح القانون في هذا الشأن⁽⁴⁾ ».

(1) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 337 لسنة 2009 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 14 فبراير 2009، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 16\12\2017.

(2) د. حسام مهني صادق، مرجع سابق، ص 249.

(3) د. أسامة الروبي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، مرجع سابق، ص 104؛ أنظر كذلك : المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 658 لسنة 21 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 28 نوفمبر 2001، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 18\12\2017.

(4) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 592 لسنة 2014 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 26 يناير 2014، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 18\12\2017.

ويلاحظ أن المحاكم في الكثير من الأحيان تورد عبارة (ورفض ما عدا ذلك من الطلبات)، وهو ما يمثل قضاءً ضمناً برفض الطلبات التي لم تبثها المحكمة في حكمها، ولكن هذه العبارة تصريح تجاه ما قد فصلت فيه المحكمة من طلبات فقط دون غيرها التي لم تفصل فيها، فتظل سلطتها تجاهها باقية مما قد يوجب الرجوع إليها لطلب استكمالها⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك قضي بأنه : « ولئن كان من المقرر أن عبارة ((ورفض ما عدا ذلك من طلبات)) التي ترد في خاتمة منطوق بعض الأحكام إنما يقصد بها الطلبات التي أوردتها المحكمة في مدونات حكمها ولم تشأ الرد عليها بأسباب خاصة بما لعدم الجدوى لتعارضها مع ما حكم به وكونها مرفوضة ضمناً، أو لكونها مشمولة بالطلبات التي جرى الرد عليها، وأن هذه العبارة لا يمكن أن تشمل الطلبات التي لم تأت المحكمة على ذكرها ولم تشر إليها في الحكم⁽²⁾».

ثالثاً_ ألا تتعمد المحكمة الإغفال :

لا تقبل طلبات الاستكمال إلا إذا كان الإغفال ناتجاً لسهو أو غلط من جانب القاضي، فالإغفال بطبيعته لا يقبل إلا إذا كان سهواً غير مقصود من المحكمة⁽³⁾، حيث من الممكن الرجوع لذات المحكمة مصدرة الحكم إذا ما أغفلت طلباً نتيجة لسهو أو نسيان أو عدم تركيز أو سوء فهم أو خطأ غير عمدي⁽⁴⁾، لأنه إذا كان الإغفال ناتجاً عن دراية أو إدراك فإنه يمثل غشاً أو تدليساً ويفتح من ثم الباب لرفع دعوى مخاصمة القضاة. فإذا تبين من مدونات الحكم تعمد المحكمة إغفال الفصل في طلب ما فيعد ذلك من قبيل القضاء الصريح أو الضمني في هذا الطلب مما يمتنع معه اللجوء لطرق الطعن المقررة. وفي حال كان الإغفال قد جاء لاحقاً لعملية تفحص ودراسة للطلب، فإن ذلك لا يعد إغفالاً، وإنما هو من قبيل رفض المحكمة للطلب بشكل ضمني⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد هندي، مرجع سابق، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، ص 143.

(2) محكمة النقض بأبو ظبي، الطعن رقم 123 لسنة 2015 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 30 نوفمبر 2015، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2017\12\15.

(3) د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، مرجع سابق، ص 275.

(4) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 390 لسنة 2011 قضائية، الادارية، الصادر في جلسة 30 نوفمبر 2011، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2017\12\18.

(5) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 258.

الفرع الثاني

إجراءات تقديم طلب الاستكمال

إغفال المحكمة للفصل في أحد الطلبات الموضوعية يميز لكل من طرفي الخصومة إعلان خصمه بصحيفة حضور أمام المحكمة مصدرة الحكم لاستكمال ما أغفلت الفصل فيه⁽¹⁾، وهو ما أكدته المادة 139 صراحة بنصها على أنه : " إذا غفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية فعليها بناءً على طلب من أحد أصحاب الشأن أن تنظر في الطلب والحكم فيه بعد إعلان الخصم به ...". وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه : « إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية المطروحة عليها من أي من الخصوم في الدعوى، فإنه يتعين على المحكمة بناءً على طلب من أحد أصحاب الشأن أن تنظر في ذلك الطلب والحكم فيه بعد إعلان الخصم به⁽²⁾». كما قضت ذات المحكمة بأنه : « من المقرر قانوناً أنه لا يقبل من الطاعن تعيب الحكم المطعون فيه بسبب إغفاله دفاعاً أو طلباً لم يقدم منه وإنما قدم من خصمه في الدعوى الذي قضى الحكم لمصلحته⁽³⁾».

ومن الجدير بالذكر أن هذا الطريق الذي أتاحتها التشريعات لاستكمال الفصل في الطلب المغفل ليس وجوبياً لصاحب الشأن، فالمشروع لم يقصد إلا أن يخفف على من أغفل طلبه، فله إلى جانب هذا الطريق أن يرفع دعوى جديدة بالطلب الذي أغفل، ولا يجوز في هذه الحالة أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى، لأن المحكمة لم تفصل في موضوعه⁽⁴⁾.

فإذا توفي الخصم قبل إعلان بصحيفة الاغفال فتستأنف خصومة الإغفال بعد إعلان ورثته⁽⁵⁾. ولا يعد هذا الاعلان بصحيفة الاستكمال ابتداءً لدعوى جديدة، وإنما هو استكمال للخصومة الأصلية⁽⁶⁾.

(1) د. أسامة الروبي، الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، مرجع سابق، ص 103.

(2) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 139 لسنة 2007 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 13 يناير 2008، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2017\12\9.

(3) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 27 لسنة 2009 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 12 أكتوبر 2009، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2018\1\16.

(4) صالح محمد عبد الله، مبدأ التقاضي على درجتين وصور تطبيقاته التشريعية والقضائية (1)، مجلة الميزان، أبوظبي، عدد 122، السنة الحادية عشرة، فبراير 2010، ص 36_37.

(5) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 578.

(6) عبد الحميد المنشاوي، كنوز المرافعات (الدفع والدفاع)، مرجع سابق، ص 608.

المطلب الثالث

حكم المحكمة في طلب الاستكمال والطعن فيه

الفرع الأول

حكم المحكمة في طلب الاستكمال

تحقق حالة الاغفال يميز العودة لذات المحكمة التي اغفلت الفصل في الطلب لتستكمله أيا كانت هذه المحكمة، فالمحكمة المختصة بنظر طلب الاستكمال هي ذاتها المحكمة التي فصلت في الحكم الأصلي، فهي لا تزال تمتلك سلطتها تجاه الطلب المغفل بحيث لا تزال الخصومة تجاهه قائمة ولم تنته⁽¹⁾، على أن يقتصر حكمها فيما أغفلته فقط، وتمتع في ذلك بكل السلطات التي منحت لها عند فصلها في موضوع النزاع الأصلي، على أن لا تتخذ من ذلك وسيلة لإعادة الفصل في الطلبات التي قالت كلمتها فيها، مما يعد مساساً وتعدياً على حجية الحكم الأصلي، وهذا الحق يظل باقياً ما لم يسقط الحق في الاستكمال⁽²⁾. وتأكيدياً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه: « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع إذا أغفلت _عن سهو أو غلط_ الفصل في طلب موضوعي كان مطروحاً عليها إغفالاً كلياً فإنه يبقى معلقاً أمامها بحيث يكون السبيل للفصل فيه هو الرجوع إلى نفس المحكمة لنظره، ومن ثم فلا يجوز تصحيح قضاء الحكم وتدارك ما أغفل الفصل فيه عن طريق الطعن عليه بالاستئناف أو التمييز، ولا تكون محكمة أول درجة قد استنفدت ولايتها بشأن ما لم تفصل فيه من الطلبات الموضوعية للمدعي، وبالتالي لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعرض لمثل هذا الطلب لما في ذلك من مخالفة لمبدأ التقاضي على درجتين وهو من المبادئ الأساسية لأسس التنظيم القضائي المتعلقة بالنظام العام⁽³⁾ ». وفي حكم آخر لذات المحكمة قضت بأنه: « إذا ما أغفلت محكمة أول درجة أو محكمة الاستئناف الحكم في بعض الطلبات الموضوعية المطروحة عليها بشكل واضح وجازم إغفالاً كلياً عن خطأ أو سهو دون أن يرد في شأنها بأسباب الحكم ومنطوقه قضاء صريحاً أو ضمنياً فإن تلك الطلبات تظل معلقة أمامها، ولا يغير في ذلك أن يرد بمنطوق الحكم المطعون عليه عبارة (تأييد الحكم المستأنف) إذ هي لا تنصرف إلا إلى ما عرض له الحكم من طلبات في أسبابه دون

(1) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 154 .

(2) المرجع السابق، ص 149_150 .

(3) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 269 لسنة 2005 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 26 فبراير 2006، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 10\1\2018.

غيرها مما أغفلت الفصل فيه كلية. ويترتب على هذا الإغفال وجوب التجاء صاحب الشأن إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لنظرها والفصل فيها متى شاء وهو أمر متعلق بالنظام العام تقضي فيه المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يحق له سلوك سبيل الطعن على الحكم لتدارك ما أغفلت محكمة الموضوع الفصل فيه من الطلبات الموضوعية⁽¹⁾».

الفرع الثاني

الطعن في الحكم

يحق لصاحب المصلحة استئناف الحكم الصادر في طلب الاغفال إذا جاء مناقضاً للحكم الأصلي في مضمونه أو شابه خطأ في أحد جانبيه الواقعي أو القانوني. فوفقاً لنص المادة 158 إجراءات مدنية من الجائز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة ضمن حدود النصاب الانتهائي، إذا ما جاء الحكم مخالفاً لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو نظراً لوقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم. ويشترط لقبول استئناف الحكم الصادر في حدود النصاب الانتهائي، طبقاً للفقرة الثانية من المادة السابقة، شرطان هما : الأول، صدوره على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي، أما الشرط الثاني، ألا يكون الحكم قد صار نهائياً عند رفع الاستئناف بفوات ميعاد الطعن فيه أو بقبول المحكوم عليه الحكم. ويلاحظ أن الحكم المراد استكمالها لا يتصل بالحكم الصادر في طلب الاغفال، وهو ما يجيز الطعن في أحدهما دون الآخر، وإلى جانب ذلك فإن إلغاء أحد الحكمين المشار إليها لا يؤدي بالضرورة إلى إلغاء الآخر تبعاً لسقوط الحكم الآخر، ما لم يكن أحدهما أساس الذي يقوم عليه القضاء في الآخر، فإذا نقض الحكم الأول كآثر للطعن فيه بالنقض يتحتم بقوة القانون إلغاء الآخر تبعاً لذلك⁽²⁾. وتأكيداً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه : « إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية المطروحة عليها من أي من الخصوم في الدعوى، فإنه يتعين على المحكمة بناء على طلب من أحد أصحاب الشأن أن تنظر في ذلك الطلب والحكم فيه بعد إعلان الخصم به، ويخضع الحكم الصادر فيه لقواعد الطعن التي تسري على الحكم الأصلي، مما مفاده أنه إذا ما أغفلت محكمة أول درجة أو محكمة الاستئناف الحكم في بعض الطلبات الموضوعية المطروحة عليها بشكل واضح وجازم إغفالاً كلياً عن خطأ أو سهو دون أن يرد في شأنها

(1) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 240 لسنة 2007 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 13 يناير 2008، الحكم منشور في

الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 11\1\2018.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 265.

بأسباب الحكم ومنطوقه قضاء صريحاً أو ضمناً فإن تلك الطلبات تظل معلقة أمامها، ولا يغير في ذلك أن يرد بمنطوق الحكم المطعون عليه عبارة (تأييد الحكم المستأنف) إذ هي لا تنصرف إلا إلى ما عرض له الحكم من طلبات في أسبابه دون غيرها مما أغفلت الفصل فيه كلية. ويترتب على هذا الإغفال وجوب التجاء صاحب الشأن إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لنظرها والفصل فيها متى شاء وهو أمر متعلق بالنظام العام تقضي فيه المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يحق له سلوك سبيل الطعن على الحكم لتدارك ما أغفلت محكمة الموضوع الفصل فيه من الطلبات الموضوعية⁽¹⁾».

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة التي سلطت الضوء على حالات استمرار ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها في القانون الاماراتي والتي تعرفنا من خلالها على ماهية ونطاق قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها، والحالات التي تستمر فيها سلطة المحكمة على الرغم من فصلها في الموضوع، وسلطة المحكمة في تصحيح الأخطاء المادية للحكم، بالإضافة إلى سلطتها في تفسير ما يقع في حكمها من غموض أو إبهام، وحالة إغفال المحكمة الفصل في بعض الطلبات، فقد انتهينا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نحاول إيجازها في ما يلي:

أولاً_ النتائج :

انتهينا من خلال هذا البحث إلى عدد من النتائج التي تضمنتها هذه الدراسة، وأهمها ما يلي :

1. لا تمتلك المحكمة بعد النطق بالحكم إلغاءه أو تغييره أو تعديله.
2. تقترن فكرة استنفاد الولاية مع فكرة حجية الأمر المقضي من حيث كونهما يبحثان في عدم المساس بالشيء المحكوم فيه، كما أن لهما ذات المفهوم في عدم مباشرة الوظيفة القضائية أكثر من مرة، وذات الحصانة الممنوحة للمسألة المقضي فيها.

(1) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 139 لسنة 2007 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 13 يناير 2008، تم الإشارة له سابقاً؛ وانظر كذلك في نفس المعنى: المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 20 لسنة 15 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 5 أكتوبر 1993، الحكم منشور في الموقع الإلكتروني التالي : <http://www.eastlaws.com>، آخر زيارة للموقع بتاريخ 2\6\2018.

3. يقتصر أثر استنفاد الولاية على المسائل التي فصلت فيها المحكمة دون غيرها من الموضوعات التي لم تفصل فيها، أي أن سلطة المحكمة تزول تجاه ما قالت فيه كلمتها دون غيرها من المسائل المثارة في الخصومة.
4. إصدار الحكم القطعي في الدعوى يعد استنفاداً لولاية المحكمة تجاه موضوع الدعوى، وفي حال استأنف الحكم فإن لمحكمة الاستئناف التعرض للموضوع من جديد دون أن يعد ذلك مساساً بدرجات التقاضي.
5. استعان المشرع بنظام التصحيح لإزالة أي شائبة تشوب الحكم، شريطة أن يكون الحكم حكماً قطعياً، مشوباً بخطأ مادي منصب على الوقائع المثبتة فيه، وألا يكون قد طعن فيه بالاستئناف.
6. رسم المشرع نظام التفسير ليزيل كل غموض وإبهام قد يعتريان الحكم مما يسهل معه الوصول لمغزى ومضمون وحدود الحكم. مع ضرورة أن يبنى طلب التفسير على غموض شاب الحكم ويخل بتكوينه، وأن تتوافر مصلحة من التفسير، وأن لا يعدل القرار الصادر في طلب التفسير الحكم المراد تفسيره، وألا يكون قد طعن في الحكم الأصلي بالاستئناف.
7. قد لا تحكم المحكمة في بعض طلبات الخصوم إغفالاً منها لهذه الطلبات، مما يفتح الباب لتقديم طلب الاستكمال من الخصم الذي أغفلت بعض طلباته، بشرط أن تكون الطلبات هذه المغفلة موضوعية، وأن يكون الإغفال كلياً لها، وألا تعتمد المحكمة هذا الإغفال.

ثانياً_ التوصيات:

انتهت الدراسة إلى توصيتين رئيسيتين، وهما :

1. بشأن خلو نصوص قانون الإجراءات المدنية الاماراتي من نص يمنع الطعن على استقلال في الحكم الصادر برفض طلب التفسير، فقد انتهت الدراسة إلى أنه كان من الأفضل أن يورد المشرع الاماراتي نصاً صريحاً يؤكد من خلاله رفض الطعن في الحكم الصادر برفض طلب التفسير على استقلال إلا مع الحكم الأصلي نفسه. واقترح في هذا الشأن إضافة فقرة جديدة للمادة 138 إجراءات مدنية. تكون صياغتها على النحو التالي، إذا صدر القرار برفض التفسير فلا يجوز الطعن فيه إلا مع الطعن في الحكم نفسه. أما القرار الذي يصدر بالتفسير فيجوز الطعن فيه على استقلال بطرق الطعن الجائزة في الحكم الأصلي موضوع التفسير.
2. فيما يتعلق بالطعن في الحكم الصادر برفض طلب التفسير، وعدم وجود نص صريح يمنع الطعن على استقلال في هذا الحكم، فأرى أنه كان من الأفضل أن يضع المشرع_على غرار ما نص عليه

في المادة 317 إجراءات مدنية بخصوص الحكم الصادر برفض طلب التصحيح_ نصاً صريحاً يؤكد من خلاله منع الطعن في الحكم الصادر برفض طلب التفسير على استقلال. وهو ما يدعونا إلى توصية المشرع بوضع نص صريح يزيل من خلاله أي شك في رغبة المشرع الواضحة في منع الطعن في هذا الحكم على استقلال فور صدوره.

مصادر ومراجع البحث

أولاً_ المعاجم اللغوية :

- (1) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
- (2) المنجد في اللغة العربية، الطبعة السادسة والعشرون، دار المشرق، بيروت، 1975.
- (3) الامام العلامة جمال الدين أبي الفضل مُجَد بن مكرم، ابن منظور الانصاري الافريقي المصري :
 - الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
 - الجزء الحادي عشر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- (4) د. عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 1995.

ثانياً_ المراجع القانونية العامة :

- (1) د. أحمد أبو الوفا :
 - المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
 - التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- (2) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- (3) أحمد سمير مُجَد الصوفي، الطعن الاستثنائي في الأحكام القضائية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.

- (4) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات وفقاً لأحدث تعديل بالقانون رقم 76 لسنة 2007 بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض، الجزء الثالث، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، الطبعة الثامنة، 2010.
- (5) د. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1989.
- (6) د. أسامة الروبي :
- قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطة عمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
 - الأحكام والأوامر وطرق الطعن عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009.
 - مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- (7) د. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، كلية الحقوق جامعة الكويت، 1974.
- (8) د. طلعت يوسف خاطر، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.
- (9) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1974.
- (10) عبد الحميد المنشاوي، كنوز المرافعات (الدفع والدفاع)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- (11) د. عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت الطبعة الأولى.
- (12) د. علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- (13) د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2016.
- (14) د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 2009.

- (15) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- (16) د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- (17) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- (18) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2001.
- ثالثاً _ المراجع القانونية المتخصصة :
- (1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
- (2) د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- (3) د. أحمد ماهر زغلول :
- أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابطها وحجيتها، الطبعة الثانية، (بدون إشارة للدار النشر)، 1992.
- مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، الطبعة الثانية، (بدون إشارة لناشر)، (بدون تاريخ نشر).
- (4) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- (5) د. حسام مهني صادق عبد الجواد، الآثار الإجرائية للحكم المدني (دراسة مقارنة)، المركز القومي لإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010.
- (6) د. عبد الحكم فوده، حجية الأمر المقضي وقوته في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (بدون إشارة لسنة النشر).
- (7) د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009.

(8) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

رابعاً_ المجلات العلمية :

(1) د. أسامة الروي، تسبيب أحكام الإثبات المدني، مجلة الميزان، أبوظبي، عدد 203، السنة التاسعة عشرة، يونيو 2017.

(2) صالح محمد عبد الله، مبدأ التقاضي على درجتين وصور تطبيقاته التشريعية والقضائية (1)، مجلة الميزان، أبوظبي، عدد 122، السنة الحادية عشرة، فبراير 2010.

تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية

دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري

إعداد الباحثة: خلود عبدالله علي محمد النقبي.

الطالبة بماجستير القانون الخاص

بكلية القانون – جامعة الشارقة

المقدمة

تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعاوي الجزائية ومباشرتها باعتبارها جزء من الهيئة القضائية، حيث تتولى سلطتي التحقيق والاتهام وإحالة المتهم إلى المحاكم المختصة إذا ما ثبت لديها تورطه في ارتكاب الجريمة، كما تشرف النيابة العامة على مراحل سير القضية في المحاكم الجزائية. فالوظيفة الأساسية للنيابة العامة في المجال الجزائي هي تمثيل المجتمع ورفع الدعوى الجزائية نيابة عنه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، والسهر على ضمان تطبيق القوانين الجزائية. وأول ما تتولاه بصدد ممارسة مهامها في هذا الخصوص هو تحريكها للدعوى الجزائية بعد ما تجر به من تحقيقات. وتباشر النيابة العامة اختصاصاتها حيال الدعوى الجزائية بوصفها النائبة عن المجتمع والممثلة لمصالحه فيها ولا تسعى إلا لتحقيق موجبات القانون وتحقيق العدالة، ومن أجل ذلك فإن النيابة العامة وإن كانت تعد خصماً في الدعوى الجزائية إلا أن خصومتها متميزة بأنها خصومة عادلة وشريفة، توجب عليها طلب البراءة للمتهم أثناء نظر الدعوى إذا تبين عدم صحة إسناد التهمة إليه. كما تتميز في مجال الطعن على الأحكام بمركز قانوني خاص بموجبه تطعن على الأحكام حتى لو كانت لا تستهدف من الطعن إلا صالح المتهم وحده.

وبالإضافة إلى دورها الهام في المجال الجزائي فهي تلعب دوراً هاماً أيضاً في المجال المدني ، أي في مجال الخصومة القضائية المدنية. ودور النيابة العامة أمام القضاء المدني ينحصر أساساً في صورتين :1- ان تظهر النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى المدنية بصفة مدعي او مدعى عليه ، ويتحقق ذلك برفعها للدعوى ابتداء او بقيام الغير برفع الدعوى عليها ؛ 2- دور النيابة العامة كطرف منضم او متدخل في الدعوى المدنية، حيث يفترض في هذه الحالة ان هناك خصومة قائمة بين أطرافها ، فتتدخل النيابة العامة في هذه الخصومة ، والهدف من هذا التدخل هو ضمان تطبيق القانون على نحو يحقق المصلحة العامة التي استهدفتها القاعدة القانونية المطبقة ، وهو تدخل يساعد القضاء على تحقيق هذا الهدف. ويكون التدخل إما وجوبياً بنص القانون ، أو اختيارياً حيث يترك التدخل لتقديرها.

ولأهمية الدور الذي تلعبه النيابة العامة بشكل عام فقد اهتم قانون السلطة القضائية الإماراتي رقم 3 لسنة 1983 بإنشاء نيابة عامة تمارس الاختصاصات المقررة لها قانوناً ونظم القواعد الخاصة بها. كما افردها المشروع بإمارة دبي قانوناً خاصاً بها هو القانون رقم 8 لسنة 1992 بشأن النيابة العامة حيث اعتبرها جزءاً من الهيئة القضائية. وهو نفس الاتجاه الذي انتهجه المشرع المصري حيث نصت المادة 21 من قانون السلطة القضائية المصري على أنه (تمارس النيابة العامة الاختصاصات المخولة لها قانوناً ولها دون غيرها الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

تمارس النيابة العامة دورها في الدعوى المدنية عن طريق تدخلها في دعوى قائمة أمام القضاء ، وذلك وفقاً لحالات محددة قانوناً ، وقد يشير القانون إلى وجوب تدخل النيابة العامة في بعض الدعاوى المدنية أو يجيز لها التدخل في حالات أخرى⁽¹⁾.

ويطرح هذا الموضوع عدة تساؤلات حول الدور الحقيقي الذي تلعبه النيابة العامة في الخصومة المدنية في كل من القانونين الإماراتي والمصري؟ وكيفية تدخلها في الخصومة وإجراءات وشكل هذا التدخل الذي يرتبط بوجود مسألة مطروحة في خصومة قضائية قائمة بالفعل يتطلب القانون أو يجيز التدخل فيها، وكما يثار التساؤل حول مدى حق النيابة العامة في التدخل في الخصومة القضائية بمجرد توافر مفترضه وإلى أي درجة من درجات التقاضي يمكن للنيابة العامة ان تماري هذا التدخل؟

وستحاول هذه الدراسة الإجابة على ما سبق من تساؤلات كما تحاول ان تبين مدى مواءمة النصوص التشريعية في قانوني الإجراءات المدنية الإماراتي والمرافعات المصري للدور الهام الذي يتعين أن تمارسه النيابة العامة في الخصومة المدنية.

وسينصب موضوع هذا البحث على تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية وذلك من خلال الدراسة المقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري. وقد كان الدافع لاختيار هذا الموضوع مدى ما يتمتع به من أهمية على المستويين القانوني والواقعي في ظل عدم انتشار العلم بالاختصاصات المدنية للنيابة العامة ، وبدورها الكبير في هذا الميدان الذي لا يقل أهمية عن الدور الذي تلعبه في الدعوى الجزائية، حيث أن الثابت في أذهان الأفراد أن النيابة العامة عند تمثيلها للمجتمع يقتصر دورها على تعقب المجرمين والمطالبة

(1) د. أسامة روبي عبدالعزيز الروبي ، قواعد الاجراءات المدنية والنظيم القضائي في سلطنة عمان ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009 ، ص 96.

بالعقوبة ، وإنما بمعزل تام عن الدعوى المدنية. ومن أجل هذا كان اهتمامي بموضوع الاختصاصات المدنية للنيابة العامة من أجل العمل على تسليط الضوء عليه، وإبراز دور النيابة العامة في الخصومة المدنية. وبناء على ذلك سوف تسعى الدراسة إلى تسليط الضوء على هذا الدور الهام للنيابة العامة من حيث بيان اختصاصات النيابة العامة في الدعاوى المدنية وكيفية مباشرتها لدورها في هذه الدعاوى ، سواء عن طريق تدخلها في الدعوى تدخلا وجوبيا أو جوازا ، وإجراءات مثل النيابة العامة في الخصومة المدنية ومدى حقها في الطعن في الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى.

● مشكلة الدراسة:

هناك العديد من الإشكاليات والتساؤلات القانونية التي تسعى الدراسة إلى معالجتها والإجابة

عليها ، ومن بينها :

- نطاق الدور التي تؤديه النيابة العامة بتدخلها في الدعوى المدنية.
- ما هي الدعاوى المدنية التي تتدخل فيها النيابة العامة كطرف متدخل في الدعوى، وما هو دورها في كل دعوى؟
- طريقة تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية سواء كان تدخلها وجوبيا أم جوازا.
- بيان الآثار المترتبة على عدم تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية.
- أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة من قلة المراجع التي عالجت بشكل خاص ودقيق موضوع تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية خاصة في القانون الإماراتي ، حيث تسعى الدراسة إلى إبراز الدور الهام الذي تمارسه النيابة العامة في الدعاوى المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية.

➤ أهداف الدراسة:

1. تهدف الدراسة إلى بيان صلاحيات النيابة العامة في التدخل بالدعاوى المدنية خاصة وان هذا التدخل يأتي تجسيدا لاعتبارها جهاز يعول عليه في تفعيل الحسن لمقتضيات القانون والحرص على حماية مصالح الأفراد والنظام العام للمجتمع ككل.
2. بيان ضوابط ممارستها لحقها في رفع الدعوى ومدى جواز ردها من قبل الخصوم إذا توافر أحد أسباب الرد المحددة قانونا.

3. التوصل من خلال الدراسة المقارنة مع القانون المصري إلى أفضل النتائج والحلول التشريعية التي تضمن فاعلية دور النيابة العامة في الخصومة المدنية .

4. نشر الوعي القانوني بين أفراد المجتمع عن اختصاصات النيابة العامة المدنية .

● منهج الدراسة :

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي ، وذلك من خلال تحليل نصوص قانوني الإجراءات المدنية والسلطة القضائية الإماراتيين فيما يخص دور النيابة العامة في الخصومة المدنية. كما تعتمد الدراسة على المنهج المقارن من خلال المقارنة بين القانونين الإماراتي و المصري في محاولة لإيجاد أفضل الحلول والقواعد المنظمة لدور واختصاصات النيابة العامة في الخصومة المدنية.

● تقسيم الدراسة :

بناء على ما تقدم ، سوف تنقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث ، وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول: حالات تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية .

المبحث الثاني: إجراءات تدخل النيابة العامة في الدعوى المدنية والظعن في الأحكام الصادرة فيها.

المبحث الأول

حالات تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية

تدخل النيابة العامة في الدعوى المرفوعة أمام المحاكم المدنية قد يكون تدخلًا جوازيًا وقد يكون وجوبيًا ، والفارق بين الحالتين انه في حالة التدخل الوجوبي يترتب البطلان في حال عدم تدخلها ، أما إذا كان تدخل النيابة العامة جوازيًا فلا بطلان في حال عدم التدخل. ونعالج في المطلبين التاليين الحالات التي تندرج تحت تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية :-

المطلب الأول

حالات التدخل الوجوبي للنيابة العامة

الفرع الأول

حالات التدخل الوجوبي بنص القانون

طبقاً لنص المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ونص المادة 88 من قانون المرافعات المصري -محل المقارنة- يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية وإلا كان الحكم باطلاً⁽¹⁾:-

أولاً: الدعاوى التي يجوز للنيابة العامة أن ترفعها بنفسها:-

إذا قرر القانون الحق للنيابة العامة في أن ترفع دعوى معينة كطرف أصيل ، وتم رفع هذه الدعوى من قبل طرف آخر ، فلا بد من تدخل النيابة العامة في هذه الدعوى ، ومثال ذلك دعوى شهر الإفلاس وفقاً لما قرره قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 في نص المادة 647 من أنه: (يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه أو طلب أحد دائنيه ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر إفلاس التاجر بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء ذاتها) وبالتالي وفقاً لهذا النص ، يمكن للنيابة العامة أن ترفع بنفسها

(1) تنص المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية على انه فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات التالية وإلا كان الحكم باطلاً:-

- 1- الدعاوى التي يجوز لها أن ترفعها بنفسها.
 - 2- الطعون والطلبات أمام المحكمة الاتحادية العليا باستثناء طعون النقض في المواد المدنية.
 - 3- الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين.
 - 4- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصودة للبر
 - 5- دعاوى رد القضاة وأعضاء النيابة ومخاصمتهم.
 - 6- كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها.
- وتنص المادة 88 من قانون المرافعات المصري على أنه: " فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية وإلا كان الحكم باطلاً - 1 . الدعاوى التي يجوز لها أن ترفعها بنفسها - 2 . الطعون والطلبات أمام محكمة النقض ومحكمة تنازع الاختصاص - 3 . كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها".

دعوى إشهار إفلاس التاجر ، وفي مثل هذه الحالة إذا تم رفع دعوى شهر إفلاس التاجر من غير النيابة العامة ، فإن تدخلها يكون وجوبيا كونها دعوى تملك النيابة العامة رفعها بنفسها⁽¹⁾.

ثانيا: الطعون والطلبات أمام المحكمة الاتحادية العليا باستثناء طعون النقض في المواد المدنية⁽²⁾:-

وعلة استثناء طعون النقض في المواد المدنية من وجوب تدخل النيابة العامة فيها ترجع إلى أن تلك الطعون تمس مصالح خاصة ولا تبرز فيها المصلحة العامة في غالب الأحيان⁽³⁾. وفي القانون المصري فإنه وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية ، على النيابة العامة أن تتدخل في جميع الطعون والطلبات أمام محكمة النقض سواء تعلقت بمسألة مدنية أو تجارية أو مسألة من مسائل الأحوال الشخصية⁽⁴⁾.

(1) د. بكر عبدالفتاح السرحان ، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ، مكتبة الجامعة ، ط 1 ، 2013م ، ص 100 ؛ وانظر كذلك في هذا المعنى : حكم محكمة القضا المصرية -الطعن رقم 601 ، لسنة 69 ق ، تاريخ الجلسة -3-28-2000 ، مكتب في 51، ج 1 - ص 489.

(2) تطبيقا لذلك ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا -أحكام جزائية - من أنه (لما كان مؤدى المادتين 60 و 61 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 7 من قانون الإجراءات الجزائية أن علي النيابة العامة رفع الدعاوي في الحالات التي ينص عليها القانون ويكون لها في هذه الحالات ما للخصوم من حقوق. وأن تتدخل وجوبا وإلا كان الحكم باطلا في حالات منها الدعاوي التي لا يجوز لها أن ترفعها بنفسها والطعون والطلبات أمام المحكمة الاتحادية العليا باستثناء طعون النقض في المواد المدنية وكل حالة أخرى ينص القانون علي وجوب تدخلها فيها. وإذ استقر الفقه والقضاء علي أن النيابة العامة في مجال المصلحة أو الصفة، هي خصم أصيل عادل تتمتع بمركز قانوني خاص باعتبار أنها تمثل الصالح العام، وتسعى إلى تحقيق ما أوجبه القانون. وفي سبيل ذلك لها أن تطعن في الأحكام، وأن لم يكن لها بوصفها سلطة اتهام مصلحة خاصة في الطعن، بل كانت المصلحة للمحكوم عليه، ومن ثم فإن مصلحتها في الطعن تكون قائمة ولو قضى بإدانة المطعون ضده بشرط أن يتحقق بطعنها تغيير في مركزه، بما قد يتغير به وجه الرأي فيما قضى به الحكم المطعون فيه. مما يعني أن إبداء رأيها في موضوع الحكم المطعون فيه ضرورة يملية الصالح العام، والحفاظ على موجبات القانون. لما كان ذلك وكانت النيابة العامة قد حجبت نفسها عن إبداء رأيها في موضوع الطعن المائل لما بدى لها من عيب أثر في شكل الطعن حال دون ولوجها إلى موضوعه. وإذ انتهت المحكمة قبول الطعن شكلا فيتعين عرضه على النيابة العامة لإبداء الرأي في الموضوع. الطعن رقم 133 ، 21ق ، تاريخ الجلسة 16/10/1999 ، مكتب في 5، ج 1 ، ص 21.

(3) د. علي عبدالحميد تركي ، شرح قانون الاجراءات المدنية ، دار النهضة العربية ، ط 2 ، 2011. ص 190 .

(4) د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية (معدلا بالقانون رقم 76 لسنة 2007) والقانون رقم 120 لسنة 2008) بإنشاء المحاكم الاقتصادية، 2011، ص 193 . وانظر تطبيقا لذلك ما قضت به

وبموجب نص المادة 24 من قانون السلطة القضائية المصري فقد تم لهذا الغرض إنشاء نيابة متخصصة ومستقلة لمحكمة النقض نظراً لأهمية وظيفتها في إرساء المبادئ القانونية . ويجب على المحكمة أن ترسل ملف الطعن إلى النيابة العامة فوراً وعلى النيابة أن تودع مذكرة بأقوالها في أقرب وقت⁽¹⁾. ولا يكفي أن تودع نيابة النقض مذكرة برأيها في الطعن وإنما يجب عليها الحضور في الجلسة ممثلة في أحد أعضائها.

ثالثاً: الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين:

يتعين قانوناً تدخل النيابة العامة في الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين للمحافظة على مصالح هؤلاء الأشخاص كون أن مصالحهم تدخل في مفهوم المصالح العامة ومن ثم يجب حمايتها عن طريق تدخل النيابة العامة باعتبارها الحارس الأمين على مصلحة المجتمع. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن (المشرع أوجب تدخل النيابة العامة في الدعاوى والمنازعات الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين ويكون التدخل بإبداء النيابة العامة رأيها في الدعوى فإذا صدر الحكم قبل أن تبدي الرأي فيها فإنه يكون باطلاً، وهو بطلان متعلق بالنظام العام ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار أن هذا التدخل مقصود به حماية مصلحة عامة، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن النيابة العامة لم تخاطر ولم تتدخل في كلا الحكمين المستأنف والمطعون فيه وبالنسبة لما تعلق بالقصر فإن كلا الحكمين فيما قضا به من حضنة الصغيرين و..... ونفقة الصغار يكون مشوباً بالبطلان مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً مع الإحالة دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن)⁽²⁾

=

محكمة النقض المصرية من أن (اعتبار النيابة خصماً منضماً في دعوى النقض ليس معناه أنه يجب عليها دائماً الانضمام في طلباتها إلى طلبات أحد الخصمين ، وإنما معناه ألا يكون لها حق رفع الطعن إزاء [PAR VOIE D' ACTION] ، ومن وظيفتها كخصم منضم في الطعون المرفوعة أن تبدي رأيها فيها [PAR VOIE DE REQUISITION] ، وأن تلتفت محكمة النقض إلى الأخذ بالأسباب التي تراها متعلقة بالنظام العام) ، محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 094 ، لسنة 2، بتاريخ 02-02-1933 ، صفحة رقم 176 .

(1) د.عبدالباسط جمبيعي، د. محمد محمود إبراهيم ، مبادئ قانون المرافعات الجديدة والقوانين المعدلة ، دار الفكر العربي ، بدون طبعة ، 1978، ص124.

(2) الطعن رقم 221 ، لسنة 21 قضائية، تاريخ الجلسة 15-4-2000، مكتب فني 22 ، رقم الجزء 2، ص532 ، انظر أيضاً في هذا المعنى حكم المحكمة الاتحادية العليا الذي قضى بأن (المادة 3/61 من قانون الإجراءات المدنية رقم 92/11 وإن أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل في الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها ورتبت على عدم -

رابعاً: الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصودة بالبر :-

يعتبر من مسائل الوقف التي يتعين على النيابة العامة التدخل وجوباً في النزاع حول القرار الصادر بالاستبدال لتعلقه بأصل الوقف ، او نزاع حول زوال صفة الوقف الخيري عن العين محل دعوى الحيابة ، ونزاع حول صحة الوقف او تغيير شروطه او الولاية عليه مما يعتبر كله من المسائل المتعلقة بالوجود القانوني للوقف⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه (ما تضمنه الدفع الوارد بمذكرة النيابة العامة والمتعلق بنقض الحكم لبطلانه مراعاة لمقتضيات المادة (61/4) في محله ذلك أنه يتبين من وقائع الدعوى أنها تتعلق بعقار موضوع وصية من المتوفى مورث طرفي الدعوى حال حياته ليصرف في وجوه البر والإحسان،

=

تدخلها البطلان، إلا أن ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أنه يتوجب التفرقة بين حالتين: حالة حماية مصلحة عامة كالدعاوى الجزائية ودعاوى الولاية على عديمي الأهلية وناقصيها ويكون البطلان فيها من النظام العام، وحالة حماية مصلحة القصر في الدعاوى المدنية ويكون البطلان فيها نسبياً لا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض. لطعن رقم 305 ، لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 31-12-1995 ، مكتب فني 16 ، رقم الجزء 3، ص 1387. انظر في نفس المعنى أيضاً ما قضت به محكمة التمييز (دي) : مفاد نص المادة 61 من قانون الاجراءات المدنية أن المشرع أوجل تدخل النيابة العامة في الدعاوى والمنازعات الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين فإذا صدر الحكم فيها بدون هذا التدخل كان باطلاً وهو بطلان متعلق بالنظام العام يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز كما أن لهذه المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ذلك أن المشرع رمى بهذا الاجراء تحقيق مصلحة عامة تتمثل في رعاية حقوق وأموال عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين وباعتبار أن النيابة العامة هي الممثل للصالح العام والأمنية على مصلحة القانون ولأن الغاية من هذا الاجراء لا تتحقق الا بتدخل النيابة العامة في الدعوى وإبداء الرأي فيها وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية. الطعن رقم 216 لسنة 1993 قضائية ، تاريخ الجلسة 24-10-1993 ، مكتب فني 4، ج 1، ص 700. انظر أيضاً ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه (أجاز المشرع للنيابة العامة في المادة 89 من قانون المرافعات التدخل في قضايا حدها من بينها القضايا الخاصة بالقصر ، و أوجب في المادة 92 من هذا القانون على كاتب المحكمة أخبار النيابة العامة في هذه الحالات بمجرد قيد الدعوى حتى تتاح لها فرصة العلم بالنزاع و تقدير مدى الحاجة إلى تدخلها و إبداء رأيها فيه ، و يترتب على إغفال هذا الإجراء الجوهري بطلان الحكم ، إلا أن هذا البطلان - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بطلان نسبي مقرر لمصلحة القصر دون غيرهم من الخصوم ، و إذ كان الثابت من الأوراق أن الولي الشرعي على القصر رغم مثوله أمام المحكمة أول درجة لم يتمسك بوجود أخطار النيابة العامة إلا في المذكرة التي قدمها بعد قفل باب المرافعة هو حجز الدعوى للحكم و التي التمس فيها فتح باب المرافعة لإخطار النيابة العامة ، فإنه لا تثريب على تلك المحكمة أن إلتفتت عن إجابته هذا الطلب). الطعن رقم 0024 ، لسنة 44 ، مكتب فني 30 ، بتاريخ 05-03-1979 ، ص 713.

(1) د. علي تركي ، مرجع سابق ، ص 192.

ويتبين من صريح المادة (61/4) من قانون الإجراءات المدنية أن الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة ويترتب على عدم تدخلها بطلان الحكم. وبالرجوع إلى أوراق الملف ابتدائيا واستئنافيا يتبين أن النيابة العامة لم تتدخل في الدعوى إلى أن صدر الحكم فيها مما يجعل هذا الحكم باطلا بطلانا مطلقا لتعلق قواعد المادة المذكورة بالنظام العام الأمر الذي يتعين معه على هذه المحكمة أن تقضي به تلقائيا عملا بمقتضيات المادة (178) من قانون الإجراءات المدنية المذكورة⁽¹⁾

خامسا: دعاوى رد القضاة وأعضاء النيابة العامة ومخاصمتهم⁽²⁾.

(1) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 68، لسنة 18 قضائية، مكتب فني 17، تاريخ الجلسة 22-6-1996 ج2، ص 643. انظر في نفس المعنى: الطعن رقم 27، لسنة 18 قضائية تاريخ الجلسة 15/7/1996، مكتب فني 17، ج 2، ص 737.

(2) تطبيقا لذلك ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا من ان (دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة لم تكن قبل صدور القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 في شأن الاجراءات المدنية بل عمد المشرع في إمارة أبوظبي إلى النص في الفقرة الرابعة من المادة 4 من قانون المخالفات المدنية لسنة 1966 على أنه "لا تقام الدعوى على أي قاض نظامي أو شرعي لمخالفة مدنية أتاها بصفته القضائية ثم حرص على ايراد هذا المبدأ في الفقرة الأولى من المادة 17 من قانون المحاكم لسنة 1968 تحت بند "حصانة القضاة" فنص على أنه "لا تجوز الدعوى الجنائية أو المدنية ضد قاض لأي وقائع تتصل بواجبه كقاض" ثم نصت المادة 1/8 من قانون المحققين لسنة 1970 على أن المحققين موظفون في الهيئة القضائية، وذلك قبل صدور القوانين الخاصة بنظام النيابة العامة وهذا ما حرص عليه المشرع في إمارة دبي فنص في الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون تشكيل محاكم دبي لسنة 1970 "لا تجوز الدعوى الجنائية أو الحقوقية ضد أي قاض من قضاة المحاكم لأي وقائع تتصل بواجبه كقاضي". وبعد إلغاء القانون المشار إليه أورد ذات النص في المادة 14 من قانون تشكيل محاكم دبي رقم 3 لسنة 1992. وكذلك في إمارة الشارقة حيث أورد ذات النص في المادة 12 من قانون تشكيل محاكم إمارة الشارقة، ثم صدر القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1983 في شأن السلطة القضائية الاتحادي ولم يرد به أي نص يشير إلى مخاصمة القضاة أو أعضاء النيابة العامة، وأخيرا استحدث المشرع بالقانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 في شأن الإجراءات المدنية، نظام المخاصمة ونظم إجراءاتها في شأن القضاة وأعضاء النيابة العامة وحرص في المادة 197 منه على قصر هذه الدعوى على قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة فقط بذلك ما ورد بالمادة 34 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1973 في شأن المحكمة الاتحادية العليا من حصانة رئيسها وقضاائها حتى ضد طلبات الرد. الطعن رقم 2 لسنة 18 قضائية، تاريخ الجلسة 17-9-1997، مكتب فني 19، رقم الجزء 2، ص 641.

➤ **1- دعاوى الرد:** بينت المادة 115⁽¹⁾ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الحالات التي يجوز فيها رد القضاة وأعضاء النيابة العامة عن الدعوى التي تدخلوا فيها، ويتحقق الرد بناء على طلب يتقدم به أحد الخصوم للمحكمة ، ويتم ذلك بموجب تقرير يقدم إلى مكتب إدارة الدعوى بالمحكمة التي يتبعها القاضي أو عضو النيابة العامة المطلوب رده ، ويوقعه الطالب نفسه أو وكيله المفوض بتوكيل خاص يرفق بالتقرير. ويجب على طالب الرد أن يعين في تقريره أسباب الرد وأن يرفق ما قد يوجد من أوراق ومستندات مؤيدة له، كما يتعين على طالب الرد أن يودع عند تقديم الطلب مبلغ خمسة آلاف درهم تأمينا ، ويتعدد التأمين بتعدد القضاة المطلوب ردهم ، وتحكم المحكمة على طالب الرد بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف درهم ولا تتجاوز عشرة آلاف درهم مع مصادرة التأمين إذا رفض طلبه (المادة 117 من قانون الإجراءات المدنية)⁽²⁾. ويجب على مكتب إدارة الدعوى بالمحكمة رفع تقرير الرد إلى رئيسها مرفقا به بيان بطلبات الرد في الدعوى وما تم فيها ، وعلى الرئيس أن يطلع القاضي أو عضو النيابة العامة المطلوب رده على التقرير فورا وأن يرسل صورة منه إلى النيابة العامة حتى تقرر إذا كانت سوف تتدخل في الدعوى لإبداء الرأي من عدمه وبناء عليه نجد أنه كان من الأفضل أن يضيف المشرع الإماراتي نصاً خاصاً يوجب على المحكمة ان ترسل للنيابة العامة صورة من تقرير الرد وذلك

(1) تنص المادة 115 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على انه : يجوز الرد في الحالات الآتية:

1- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجه بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.
2- إذا كان لمطلقة التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجه ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.

3- إذا كان أحد الخصوم يعمل عنده أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية قبل رفع الدعوى أو بعده

4- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

5- إذا كان أحد الخصوم قد اختاره محكماً في قضية سابقة.

(2) **تقابلها المادة 2/153** مرافعات مصري التي نصت على أنه "على طالب الرد أن يودع عند التقرير ثلاثمائة جنيها على

سبيل الكفالة وان يسدد رسماً ثابتاً مقدار مائة جنيهاً على كل طلب رد".

على غرار المادة 155 من قانون المرافعات المصري⁽¹⁾، بتدخل النيابة العامة في دعاوى الرد وإبداء رأيها، فإذا لم تتدخل النيابة العامة في الدعوى كان الحكم باطلاً بطلاناً مطلقاً لمساسه بالنظام العام، لأن هذه الحالة من حالات التدخل الوجوبي المنصوص عليها في المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

ويترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه، ويعد هذا الأثر المرتب على تقديم طلب الرد خطير، حيث قد يستخدم هذا الأمر فقط لتعطيل الفصل في الدعوى الأصلية وإلحاق الضرر بالخصم الآخر، لذا فقد أجاز المشرع لرئيس المحكمة ندب قاضٍ بدلاً ممن طلب رده حتى لا يستخدم طلب الرد كأداة لعرقلة الحكم في الدعوى (المادة 120 من قانون الإجراءات المدنية)⁽²⁾.

2- دعاوى المخاصمة: نصت المادة 197⁽³⁾ من ذات القانون على جواز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة متى وقع منهم في عملهم غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم. فهذه الدعوى أقيمت حتى لا تعصف بثقة الناس في جهة القضاء.

وتوجه دعوى المخاصمة إلى القاضي أو عضو النيابة العامة الذي قام به سبب المخاصمة. وتحصل المخاصمة بموجب دعوى ترفع إلى محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا، وذلك حسب الأحوال⁽⁴⁾. ويتم رفع دعوى المخاصمة بتقرير في مكتب إدارة الدعوى بمحكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة يوقعه الطالب أو من يفوضه في ذلك ويجب أن يشتمل التقرير على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها مع تأمين مقداره ألف درهم. وتعرض المخاصمة للنظر في قبولها على إحدى دوائر محكمة الاستئناف بأمر من رئيسها، بعد تبليغ صورة من التقرير إلى القاضي أو عضو النيابة، وتنظر

(1) تنص المادة 155 من قانون المرافعات المصري على أنه "يجب على قلم كتاب المحكمة رفع تقرير الرد إلى رئيسها مرفقاً به بيان بما قدم من طلبات رد في الدعوى وما تم فيها وذلك كله خلال أربع وعشرين ساعة وعلى الرئيس أن يطلع القاضي المطلوب رده على التقرير فوراً، وأن يرسل صورة منه إلى النيابة".

(2) وهو ذات الحكم الوارد في المادة 162 من قانون المرافعات المصري.

(3) تنص المادة 197 على أنه: تجوز مخاصمة قضاة المحاكم الابتدائية ومحكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة في الأحوال الآتية: 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم، 2- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات.

(4) د. علي هادي علوان العبيدي، مقال بعنوان دور النيابة العامة في الخصومة المدنية، مجلة الفكر الشرطي (مركز بحوث الشارقة)، مجلد 22، ص 9.

في غرفة المدالوة في أول جلسة تعقد بعد الأيام الثمانية التالية للتبليغ ويقوم مكتب إدارة الدعوى بإخطار الطالب والمخاصم بالجلسة وإذا كان القاضي المخاصم قاضياً بمحكمة الاستئناف أو كان عضو النيابة المخاصم هو النائب العام أو كان محامياً عاماً على الأقل تولت الفصل في قبول المخاصمة إحدى دوائر النقض في غرفة المدالوة فإذا حكمت بقبولها أحالت نظر موضوع المخاصمة إلى دائرة خاصة مؤلفة من خمسة من قضاتها بحسب ترتيب أقدميائهم⁽¹⁾ (المادة 198 من قانون الإجراءات المدنية)².

وبناء عليه ، يعود السبب في السماح للنيابة العامة بالتدخل في هذه الدعوى لأهميتها وخطورتها نظراً لتعلقها بإحدى سلطات الدولة ، وهي السلطة القضائية ، ويمكن القول بأن محاصمة القضاة تعد ضماناً هامة للمواطنين في مواجهة القضاة ، وذلك من أجل التأكيد على دور القضاة في إقامة العدل وإنصاف الناس بمجدية وفي حيدة تامة وبأمانة تحمل الناس على الثقة في أحكامهم.

سادساً: كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخل النيابة العامة فيها:-

يرتبط تدخل النيابة العامة في هذه الحالة بالنص على ذلك في أي قانون سار في الدولة³ ، ومثال ذلك في القانون المصري المادة 6 من القانون رقم 1 لسنة 2000 التي توجب على النيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلا كان الحكم

(1) أنظر في تفصيل ذلك : د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 ، ص 420؛ د. علي أبو عطية هيكل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 ، 328؛ د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص 456، د. محمد عبدالحالقي عمر ، قانون المرافعات ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون طبعة، 290.

(2) تقابلها المادة 495 مرافعات مصري التي تنص على أنه " ترفع دعوى المخاصمة بتقرير في قلم كتاب محكمة الاستئناف التابع لها القاضي ، أو عضو النيابة يوقعه الطالب ، أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً، وعلى الطالب عند التقرير أن يودع خمسمائة جنيه على سبيل الكفالة ، ويجب أن يشتمل التقرير على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها وان تودع معه الأوراق المؤيدة لها ، وتعرض الدعوى على إحدى دوائر محكمة الاستئناف بأمر من رئيسها بعد تبليغ صورة التقرير إلى القاضي أو عضو النيابة وتنظر في غرفة المشورة في أول جلسة تعقد بعد ثمانية الأيام التالية للتبليغ. ويقوم قلم الكتاب بإخطار الطالب بالجلسة" .

(3) د. بكر عبدالفتاح السرحان ، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة ، 2015، ص 101 .

باطلا⁽¹⁾. كما يستوي ان تكون الدعوى الواجب تدخل النيابة العامة فيها ، قد رفعت بصورة أصلية او رفعت بصفة عارضة فالأمر في الحالتين يقتضي تدخل النيابة العامة⁽²⁾.

الفرع الثاني

حالات التدخل الوجوبي بناء على طلب المحكمة

وفقا لنص المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (يجوز للمحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى أن تأمر بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة إذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب ويكون تدخل النيابة العامة في هذه الحالة وجوبياً). وهو ذات ما تقتضي به المادة 90 من قانون المرافعات المصري والتي أجازت للمحكمة في أي حالة كانت عليها الدعوى أن تأمر بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة إذا عرضت عليها مسألة تتعلق بالنظام العام والآداب . وبناء عليه، ومراعاة لاعتبارات النظام العام ، فمتى رأت المحكمة التي تنظر الدعوى أنها تتعلق بالنظام العام فإنها تقوم بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة التي تكون بدورها ملزمة بالتدخل في الدعوى. والمحكمة وحدها هي التي تقدر مدى تعلق المسألة بالنظام العام . وتبرير وجوب تدخل النيابة العامة في هذه الحالة يرجع إلى كونها هي الأمانة على صالح المجتمع ومصلحة القانون وفي هذه الحالة فالنيابة العامة لا يجوز لها أن تعيد تقدير المسألة التي أرسل ملف القضية إليها لترى مدى تعلقها بالنظام العام لأن هذه المسألة قد حسمتها المحكمة ولا يكون للنيابة العامة سوى أن تتدخل فيها وجوبيا لإبداء الرأي فيها⁽³⁾.

- (1) د. عبدالباسط جمعي ، د. محمد محمود إبراهيم، مرجع سابق ، ص124 ؛ د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص193 ؛ د. محمود مصطفى يونس ، مثل النيابة العامة في الدعاوى المدنية في النظام القضائي المصري ، دار النهضة العربية ، ط2 ، 2014 ص30 .
- (2) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني متضمنا قواعد الاختصاص والإجراءات في قانون المحاكم الاقتصادية ، دار النهضة العربية ، 2009، ص244 ؛ د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات) ، دار النهضة العربية ، 2001، ص249 .
- (3) انظر :د. محمود مصطفى يونس ، مرجع سابق ، ص31 ؛ د. مصطفى المتولي قنديل ، الوجيز في القضاء والتقاضي ، الأفق المشرقة ناشرون ، ط2 ، 2015 ، ص133 ؛ د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص216 ؛ د. بكر سرحان ، مرجع سابق ، ص101 ؛ د. احمد سيد صاوي ، مرجع سابق ، ص193 .

المطلب الثاني

حالات التدخل الجوازي للنيابة العامة

وردت حالات التدخل الجوازي في نص المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والتي يجوز بموجبها للنيابة العامة أن تتدخل في الدعوى ، بحيث إنه في هذه الحالات يتوقف الأمر في التدخل من عدمه على تقدير النيابة العامة ، فلها أن تتدخل في الدعوى المدنية أو لا تتدخل وفقاً لتقديرها ، وعدم تدخلها لا يؤثر على صحة الحكم الصادر فيها .

وطبقاً لنص المادة 62 سالفه الذكر :-

ففيما عدا الدعاوى المستعجلة يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية⁽¹⁾ :-

1- عدم الاختصاص لانتفاء ولاية جهة القضاء.

2- الصلح الوافي من الإفلاس التجاري.

3- الدعاوى التي ترى التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب.

4- كل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها.

وتجدر الإشارة إلى أنه يستثنى من تلك الحالات الدعاوى المستعجلة ، حتى لا يعوق تدخل النيابة العامة الفصل في الدعوى ، لأن الدعوى المستعجلة تقتضي العجلة ، فضلاً أن المطلوب فيها هو مجرد إجراء وقي مما لا يتسم بالخطورة على المصلحة العامة التي تتدخل النيابة العامة لحمايتها، كما أن القضاء المستعجل يصدر أحكاماً وقتية لا تمس أصل الحقوق⁽²⁾

ونعرض فيما يلي بشيء من التفصيل للحالات التي حددها المادة 62 سالفه الذكر .:

(1) تنص المادة 89 من قانون المرافعات المصري على انه : (فيما عدا الدعاوى المتعجلة يجوز للنيابة العامة أن تتدخل

في الحالات الآتية -1 : الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية و ناقصيها والغائبين والمفقودين -2 . الدعاوى المتعلقة

بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر -3 . عدم الاختصاص لانتفاء ولاية جهة القضاء -4 . دعاوى رد

القضاة وأعضاء النيابة ومخاصمتهم - 5 . الصلح الوافي من الإفلاس -6 . الدعاوى التي ترى النيابة العامة التدخل

فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب - 7 . كل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيه).

(2) راجع في هذا المعنى : د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص344 ؛ د. عبد الباسط جمعي ، د. محمد محمود إبراهيم ، مرجع

سابق ، ص126 ؛ د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص196 .

الفرع الأول

التدخل في الدعاوى في حالة الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء الولاية

يقصد بالاختصاص الوظيفي أو الولائي توزيع المنازعات على الجهات القضائية الموجودة بالدولة أي تحديد نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء ، وبناء على قواعده تحدد جهة القضاء الواجب رفع النزاع أمامها⁽¹⁾.

ويراد بالاختصاص الولائي صلاحية جهة قضائية معينة في الفصل في دعاوى بعينها ، فإذا حدد المشرع عدة جهات قضائية في الدولة فإن كل جهة يكون لها اختصاص منفرد عن الأخرى ويتعين على كل جهة احترام الاختصاص الوظيفي لباقي الجهات القضائية. فعلى سبيل المثال يوجد في النظام القضائي الإماراتي جهران قضائيتان مستقلتان هما القضاء الاتحادي والقضاء المحلي، ولكل منهما اختصاص ولائي مستقل فإذا خرج النزاع من ولاية جهة القضاء الاتحادي ودخل في ولاية جهة قضائية محلية أو العكس فإن الأمر يتعلق بانتفاء ولاية الأخرى⁽²⁾. كما حدد المشرع للقاضي الإداري اختصاصاً وظيفياً يختلف عن اختصاص القاضي المدني، حيث ويكون لكل منهما ولاية مستقلة عن الأخر. ويعتمد في التمييز بين اختصاص كل من القاضي المدني والقاضي الإداري على معيار يتمثل في أن الدولة عندما تتدخل فهي تتدخل في صورتين: فإما أن تتدخل بصفتها صاحبة سلطة وسيادة تستعمل امتيازات هذه السلطة في إصدار الأوامر و النواهي، وإما أن تتدخل بصفتها شخص عادي يقوم بتسيير أمواله وذمته الخاصة . فإذا ما ثار نزاع بمناسبة الأعمال التي تقوم بها الصفة الأولى بصفتها سلطة عامة ذات امتيازات تصدر الأوامر والنواهي فإن الاختصاص فيه يؤول إلى القاضي الإداري الذي يطبق قواعد القانون العام، أما إذا كان النزاع يتعلق بالأعمال التي تدخل في الفئة الثانية (شخص عادي) فإن الاختصاص حينئذ يكون للقاضي العادي ويطبق القانون الخاص.

كما قد توجد بعض الجهات القضائية الخاصة التي أفرد المشرع لها نصاً قانونياً خاصاً، كلجان فض المنازعات الإيجارية التي أنشأها المشرع في كل إمارة من إمارات الدولة حيث تطبق هذه اللجان أحكام

(1) أمل بنت سالم المحرزية ، الادعاء العام واختصاصاته المدنية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ، مركز الغندور القاهرة ، 2009 ، ص 67.

(2) د.أحمد صديقي محمود ، قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة ، إثراء للنشر والتوزيع ، ط 2 ، 2008 ، ص 157.

القانون رقم (20) لسنة 2006، وتختص بالفصل على وجه الاستعجال في المنازعات الناشئة عن العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر، والبت في طلبات الإجراءات الوقتية التي يتقدم بها أي من طرفي العقد (مادتان 24، 25 من قانون الإجراءات الجديد)⁽¹⁾.

أما عن الوضع في القانون المصري، فتتقسم جهات القضاء إلى جهة القضاء العادي وهو صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات والجرائم، وجهة القضاء الإداري وهو جهة قضاء تقتصر ولايته على نظر المسائل الإدارية، وعليه يمكن القول بأنه بمقابلة القضاء العادي بالقضاء الإداري يتبين أن ولاية القضاء العادي أشمل وأعم لأنه يختص بمحاكمة المدنية بالفصل بكافة المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الاحوال الشخصية كما يختص بمحاكمة الجنائية بالفصل في المسائل الجنائية، في حين يقتصر اختصاص القضاء الإداري على الفصل في المسائل الإدارية⁽²⁾. وبالإضافة لجهتي القضاء السابقتين فقد أنشأ المشرع المصري بعض اللجان ذات الطابع القضائي، كلجان الطعن الضريبي (القانون رقم 91 لسنة 2005)، ولجان التصالح في المنازعات المتعلقة برسوم الشهر العقاري (قانون رقم 6 لسنة 1991 بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968).

والاختصاص الولائي أو الوظيفي هو اختصاص يتعلق بالنظام العام لأنه يتعلق بالمصلحة العامة ويترتب على تعلقه بالنظام العام أنه لا يجوز اتفاق الخصوم على رفع النزاع إلى جهة غير مختصة به، فهذا الاتفاق يكون باطلاً ولا يلزم الخصوم ولا تنقيد به المحكمة وبالتالي يجوز لكل خصم الدفع بعدم الاختصاص في

(1) مادة 24 (تنشأ في الإمارة لجنة محلية أو أكثر تسمى (لجنة فض المنازعات الإيجارية) يكون مقرها في مدينة أبوظبي وتتبع الأمانة العامة للمجلس التنفيذي، ويصدر بتشكيلها وتحديد مكافآت ومخصصات أعضائها قرار من المجلس التنفيذي).

مادة 25 (تختص اللجنة بالفصل على وجه الاستعجال في المنازعات الناشئة عن العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر طبقاً لأحكام هذا القانون، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وتعديلاته فيما لم يرد به نص وطلب اتخاذ الإجراءات الوقتية التي يتقدم بها أي من طرفي العقد كما يكون لهذه اللجنة صلاحية مراقبة تنفيذ أحكام هذا القانون وصلاحية ملاحقة أي من أطراف العلاقة الإيجارية عند مخالفتهم لأحكام هذا القانون وذلك بناء على طلب أحد الأطراف أو الأمانة العامة للمجلس التنفيذي).

(2) أنظر في هذا الموضوع د. نبيل اسماعيل عمر وآخرون (د. احمد هندي - د. أحمد خليل)، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص47؛ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص188؛ د. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص433، د. أسامة الروبي، مرجع سابق، ص128.

حالة كانت عليها الدعوى. والدعوى التي يدفع فيها بعدم الاختصاص الولائي يجوز للنيابة العامة ان تتدخل فيها لإبداء الرأي في الدفع بعدم الاختصاص⁽¹⁾. فإذا دفع خصم بانتفاء ولاية المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ، فيجوز للنيابة العامة أن تتدخل في الدعوى لتراقب وتبدي الرأي في المسألة⁽²⁾. وبناء عليه فإن على كل جهة من الجهات السالف ذكرها عليها أن تلتزم بحدود الولاية التي قررها لها القانون.

الفرع الثاني

الصلح الواقي من الإفلاس

الصلح الواقي من الإفلاس هو نظام يهدف إلى التخفيف من قسوة نظام الإفلاس مراعاة لتغير الظروف الاقتصادية والأحوال التجارية التي تمر بالتجار.

وقد قضت المادة 857 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي⁽³⁾، بأن يعين القاضي المشرف على الصلح بعد الانتهاء من تحقيق الديون ، ميعاد لاجتماع الدائنين للمداولة في مقترحات الصلح ، ويدعو الدائنين الذين قبلت ديونهم لحضور هذا الاجتماع ، ويجوز له أن يأمر بنشر هذه الدعوة في صحيفة يومية محلية. وقضت المادة 861 من ذات القانون⁽⁴⁾، بأنه لا يقع الصلح الا بموافقة اغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم ، بشرط ان يكونوا حائزين لثلاثي الديون. كما نصت المادة 864 من ذات القانون على أنه :

1- يجرى محضر بما تم في جلسة الصلح، يوقعه القاضي المشرف، والأمين والمدين والدائنين الحاضرون.

2- يجوز لكل ذي مصلحة خلال خمسة ايام من تاريخ التوقيع على محضر الصلح، ان يبلغ القاضي المشرف آتابة بما لديه من ملاحظات بشأن الصلح.

(1) أمل بنت سالم المحرزية ، مرجع سابق ،ص71.

(2) د. بكر سرحان ، مرجع سابق ،ص102 .

(3) تنص المادة 857 من قانون المعاملات التجارية الاماراتي على أنه : يودع امين الصلح المحكمة قبل الميعاد المعين لاجتماع الدائنين بخمسة ايام على الأقل تقريراً عن حالة المدين المالية وأسباب اضطربها، وبيانا بأسماء الدائنين الذين لهم الحق ، في الاشتراك في اجراءات الصلح. 2 - ويجب ان يتضمن التقرير رأي الأمين في الشروط التي اقترحها المدين للصلح.

(4) تنص المادة 861 من قانون المعاملات التجارية الاماراتي على أنه: لا يقع الصلح الا بموافقة اغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائيا او مؤقتا، بشرط ان يكونوا حائزين لثلاثي هذه الديون .ولا يحسب في هاتين الأغلبيتين الدائنون الذين لم يشترآوا في التصويت أما لا تحسب ديونهم.

- 3- وعلى القاضي المشرف ان يعرض الأمر على المحكمة خلال ثلاثة ايام من انقضاء الميعاد المذآور لتصدير قرارا بإلغاء الصلح او بالتصديق عليه.
- 4- ويجب ان يكون قرار إلغاء الصلح مسببا .ويكون هذا القرار قابلا للطعن فيه.
- 5 -ويصبح الصلح نافذا بمجرد صدور قرار التصديق عليه، ولا يجوز الطعن فيه، وتعين المحكمة في هذا القرار من بين الدائنين، مراقبا او آثر للإشراف على تنفيذ شروط وإبلاغ المحكمة بما يقع من المدين من مخالفات لهذه الشروط⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الدعاوى التي ترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام

أضاف المشرع للحالات السابقة هذه الحالة والتي بموجبها أعطى النيابة العامة الصلاحية للتدخل في حالة تعلق الدعوى بالنظام العام والآداب ، ولكنه لم يورد الحالات على سبيل الحصر بل على سبيل المثال فقط ، وذلك دليل على أهمية الدور الذي ستلعبه النيابة العامة في حالة تدخلها بتلك الدعاوى كونها تعد من الحالات التي تقتضي ضرورة تدخل النيابة العامة فيها وذلك حماية للصلح العام والمجتمع. وقد وسع المشرع من سلطات النيابة العامة في التدخل في الدعاوى فلها السلطة التقديرية الكاملة من أجل تقدير مدى تعلق الدعوى بالنظام العام أو الآداب من عدمه. و تطبيقا لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن (المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992 نصت على أنه فيما عدا الدعاوى المستعجلة للنيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية : 3. الدعاوى التي ترى التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب ، كما نص نفس القانون في المادة 61 منه على أن " فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات التالية وإلا كان الحكم باطلا 1 . الدعاوى التي يجوز لها أن ترفعها بنفسها " ويستفاد من هذين النصين السابقين . أن كل دعوى تتعلق بالنظام العام أو الآداب يجوز للنيابة العامة التدخل فيها وأن كل دعوى يجوز للنيابة العامة أن ترفعها بنفسها أو تتدخل فيها يجب إدخالها فيها وإلا كان الحكم باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ، لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الملف أن الطاعنة أوردت في دعواها أمام محكمتي الموضوع أن النكاح الذي تم بينها وبين المطعون ضده فاسد لخلوه من المهر ، وذكرت في المذكرة التي قدمتها للمحكمة المطعون في حكمها أسماء شهود قالت إنهم يشهدون على أن مبلغ العشرة آلاف درهم المذكور في وثيقة العقد لا حقيقة له وأنه صوري وأن حقيقة

(1) د.علي هادي علوان العبيدي، دور النيابة العامة في الخصومة المدنية ، مرجع سابق ، ص11.

مهرها هو مقابل زواج أخيها بأخت المطعون ضده ويترتب على ما ورد في طعن الطاعنة من كون النكاح كان شغاراً صريحاً إذا تم بجنه وتحقيقه أن يكون هذا النكاح فاسداً شرعاً ووجوب فسخه عند المالكية وحرمة المعاشرة على الزوجين فيه ، الأمر الذي يبني عليه جواز تدخل النيابة العامة برفع الدعوى بذلك من تلقاء نفسها بدعوى حسبه لتمنع هذه المعاشرة المحرمة شرعاً حماية لحق من حقوق الله المتعلق بالنظام العام، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن النيابة العامة ، لم تتدخل في هذه الدعوى لدى محكمتي الموضوع إلى أن صدر الحكم المطعون فيه في الدعوى دون أن تتدخل فيها ، فإن هذا الحكم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام⁽¹⁾.

الفرع الرابع

كل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها

قرر المشرعان الإماراتي والمصري أن للنيابة العامة الحرية الكاملة في التدخل في كل حالة أخرى ينص القانون عليها ، والمقصود بذلك أي قانون ينص على جواز تدخلها فيها. ومثال ذلك المادة 1/1 من القانون رقم 628 لسنة 1955، الذي يميز تدخل النيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية للمصريين التي تختص بها المحاكم الجزئية⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (أوجب المشرع على النيابة العامة بموجب المادة الأولى من القانون 628 لسنة 1955 ببعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية والوقف أن تدخل في الدعوى ورتب البطلان على مخالفة ذلك وهو بطلان يتعلق بالنظام العام يجوز الدفع به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وكان لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها يستوي في ذلك أن تكون الدعوى قد رفعت أصلاً باعتبارها من دعاوى الأحوال الشخصية أو تكون قد رفعت بوصفها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة أولية متعلقة بالأحوال الشخصية)⁽³⁾.

(1) المحكمة الاتحادية العليا ، الطعن رقم 293، لسنة 23 قضائية ، تاريخ الجلسة 28-12-2002 مكتب فني 24 ، رقم الجزء 4 ، ص 2400.

(2) د. محمد عبدالحالقي عمر ، قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص 322.

(3) الطعن رقم 3322، لسنة 68 قضائية ، تاريخ الجلسة 15-12-1999 مكتب فني 50 ، رقم الجزء 2 ، ص 1277. ، انظر في نفس المعنى حكم محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه (إذ كان النص في المادة الأولى من القانون رقم 628 لسنة 1955 ببعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية على أنه "يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية، بمقتضى القانون رقم 462 لسنة 1955 وعليها أن تتدخل في كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو بالوقف، وإلا كان حكمها باطلاً" مفاده أنه بعد صدور القانون رقم 628

المبحث الثاني

إجراءات تدخل النيابة العامة في الدعوى المدنية

والطعن في الأحكام الصادرة فيها

أوجدت التشريعات نظاماً لتدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية وذلك حينما يتطلب الأمر حماية مراكز قانونية معينة وخاصة إذا كانت المنازعة لها علاقة بالنظام العام ، أو بتحقيق المصلحة العامة. وعلى الرغم من أنه الأصل في الخصومة أن تكون منحصرة بين أطرافها ، فإن تدخل النيابة العامة في الدعوى المدنية إنما يكون على سبيل الاستثناء إذا اتصلت الدعوى بمصالح المجتمع ، حيث يفترض في هذا التدخل أن هناك خصومة قائمة بين أطرافها فتدخل النيابة العامة في هذه الخصومة بهدف ضمان تطبيق القانون على نحو يحقق المصلحة العامة. كما إن للنيابة العامة سلطة الطعن في الأحكام التي تصدر في دعاوى كان القانون يوجب أو يجيز لها التدخل فيها. فقد نصت **المادة 69** من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (تقابلها **المادة 96** من قانون المرافعات المصري) على انه (للنيابة العامة الطعن في الحكم القضائي في الأحوال التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على ذلك).

المطلب الأول

إجراءات تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية

يعترف القانونان الإماراتي والمصري للنيابة العامة بالحق في التدخل في الخصومة القضائية القائمة بين أطرافها وذلك لتبدي رأيها في تطبيق القواعد القانونية على المسائل المطروحة عليها. وهذا التدخل قد يكون وجوبياً يفرضه عليها القانون أو اختيارياً يتركه القانون لتقدير النيابة العامة. ويثار بهذا الصدد التساؤل حول تدخل النيابة العامة في الدعوى كطرف اختصاصي ومدى صحة تدخلها في هذه الحالة ، وذلك كله ما سيتم توضيحه فيما يلي :

لسنة 1955 - واجب التطبيق على الدعوى - أصبحت النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية، التي لا تختص بها المحاكم الجزئية، فيكون لها ما للخصوم من حقوق، وما عليهم من واجبا) الطعن رقم 40 ، لسنة 67 ق ، مكتب في 58، تاريخ الجلسة 18-6-2007 ، ص 571.

الفرع الأول

إجراءات تدخل النيابة العامة في الدعوى كطرف منضم

تكون النيابة العامة طرفاً منضمًا عندما تكون هناك خصومة قائمة أمام القضاء ، ويكون تدخلها بقصد إبداء الرأي فيها لضمان حسن تطبيق القانون ، فليس لها سوى إبداء الرأي في الخصومة وليس لها التمسك بالدفع إلا ما يكون منها متعلقاً بالنظام العام ، ولا يكون لها الطعن في الحكم الذي يصدر في القضية التي تدخلت فيها وأبدت الرأي كطرف منضم إلا إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على ذلك⁽¹⁾. وقد نصت المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على انه (في جميع الدعاوى التي تكون فيها النيابة العامة طرفاً منضمًا لا يجوز للخصوم بعد تقديم رأيها وطلباتها أن يطلبوا الكلام ولا يقدموا مذكرات جديدة وإنما يجوز لهم أن يقدموا للمحكمة بياناً كتابياً لتصحيح الوقائع التي ذكرتها النيابة ومع ذلك يجوز للمحكمة في الأحوال الاستثنائية التي ترى فيها قبول مستندات جديدة أو مذكرات تكميلية أن تأذن في تقديمها وفي إعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم)⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك بأن (نص المادة 95 من قانون المرافعات لا يسرى إلا حيث تكون النيابة طرفاً منضمًا أما إذا كانت طرفاً أصلياً كالحال في قضايا الأحوال الشخصية التي لا تختص بها المحاكم الجزئية . ومنها الدعوى الماثلة . فلا ينطبق النص، ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن النيابة العامة قد قدمت مذكرة برأيها طلبت فيها قبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف، وكان هذا كافياً لتحقيق غرض الشارع من وجوب تدخل النيابة في قضايا الأحوال الشخصية، فلا عليها إن لم تبد رأيها في كل مرحلة من مراحل الدعوى)⁽³⁾.

(1) د. محمد محمود إبراهيم ، د. عبدالباسط جمعي، مرجع سابق ، ص 125 .

(2) وتقابلها في القانون المصري المادة 95 من قانون المرافعات التي تنص على انه (في جميع الدعاوى التي تكون فيها النيابة طرفاً منضمًا لا يجوز للخصوم بعد تقديم أقوالها وطلباتها ان يطلبوا الكلام ولا ان يقدموا مذكرات جديدة وإنما يجوز لهم ان يقدموا للمحكمة بياناً كتابياً لتصحيح الوقائع التي ذكرتها النيابة)، وأضافت الفقرة الثانية من المادة 95 إلى ذلك انه (يجوز للمحكمة في الاحوال الاستثنائية التي ترى فيها قبول مستندات جديدة او مذكرات تكميلية ان تأذن في تقديمها وفي إعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم).

(3) محكمة النقض المصرية ، مدني ، الطعن رقم 69 ، لسنة 60 قضائية ، تاريخ الجلسة 25-5-1993 ، مكتب فني 44 ، رقم الجزء 2 ، ص 519.

و يجوز رد عضو النيابة العامة إذا كانت النيابة قد تدخلت في الدعوى بصفتها طرفاً منضمماً وذلك إذا توافرت في عضو النيابة العامة الممثل لها في الدعوى حالة من الحالات المنصوص عليها في المادتين (114-115 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي) (ونص المادة 153 من قانون المرافعات المصري)، وذلك على أساس أنها بهذه الصفة يجب أن تلتزم الحياد بين الخصوم أثناء إبداء رأيها ، ومهما قيل بأن رأي النيابة غير ملزم للمحكمة فإنه لا جدال في ان هذا الرأي يكون محل تقدير كبير من المحكمة عند صدور الحكم⁽¹⁾.

وقد قررت المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي أنه (في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون على تدخل النيابة العامة يجب على مكتب إدارة الدعوى إخبار النيابة كتابة بمجرد قيد الدعوى فإذا عرضت أثناء نظر الدعوى مسألة مما تتدخل فيها النيابة فيكون إخطارها بناءً على أمر من المحكمة)، وإلا فإن الحكم يكون باطلاً اذا صدر دون ان يتم إخطارها حتى لو كان تدخلها جوازياً⁽²⁾.

وبعد أن يتم إخطار النيابة العامة من قبل مكتب إدارة الدعوى يرسل ملف القضية إلى النيابة مشتملاً على مستندات الخصوم ومذكراتهم وبالتالي تمنح النيابة العامة بناءً على طلبها ميعاد سبعة أيام على الأقل لتقديم مذكرة بأقوالها، وهو ما أوجبه المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي التي نصت على أن (تمنح النيابة العامة بناءً على طلبها ميعاد سبعة أيام على الأقل لتقديم مذكرة برأيها ويبدأ هذا الموعد من اليوم الذي يرسل لها فيه ملف القضية) . كما نصت المادة 67 من ذات القانون على انه (يكون تدخل النيابة العامة في أية حالة كانت عليها الدعوى قبل إقفال باب المرافعة فيها)⁽³⁾.

والنيابة العامة تعتبر ممثلة في الدعوى متى ما قدمت مذكرة برأيها في الدعوى فهذا يكفي ، ولا يتعين حضورها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك.

وبناء على نصي المادتين 64 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي و 91 من قانون المرافعات

المصري:

1- تعتبر النيابة العامة ممثلة في الدعوى متى قدمت فيها مذكرة برأيها ولا يتعين حضورها إلا إذا نص القانون على ذلك.

(1) د. د. محمد محمود إبراهيم ، د. عبدالباسط الجميحي ، مرجع سابق ، ص 125 .

(2) وهو نص يطابق نص المادة 92 من قانون المرافعات المصري.

(3) وهو نص يطابق المادة 93 من قانون المرافعات المصري ونص المادة 94 من ذات القانون.

2- وفي جميع الأحوال لا يتعين حضور النيابة العامة عند النطق بالحكم.

وقد نصت المادتان 63 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي و90 من قانون المرافعات المصري على أنه (يجوز للمحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى أن تأمر بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة إذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب، ويكون تدخل النيابة العامة في هذه الحالة وجوبياً). والأمر بإرسال الملف للنيابة العامة يرجع إلى تقدير المحكمة حتى لو كان الأمر يتعلق بالنظام العام والآداب لأن النص قد قرر بأن ذلك " يجوز للمحكمة " ولكن إذا أمرت المحكمة بإرسال الملف فإن تدخل النيابة العامة يصبح وجوبياً.

الفرع الثاني

إجراءات تدخل النيابة العامة كطرف منضم هجومياً

يثار التساؤل حول تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية كطرف هجومي فهل يجوز تدخلها

في هذه الحالة ؟

فالتدخل قد يكون هجومياً (اختصاصياً) وذلك إذا ما طلب الغير الذي اشترك بإرادته بحق لنفسه مرتبطاً بأشخاص الخصومة أو محلها فيكون له نفس المركز القانوني للمدعي فله إبداء طلبات أو دفع جديدة أو الطعن في الحكم الصادر برفض تدخله، والحكم الصادر في موضوع الخصومة ، كما يتحمل مصاريف تدخله. ولذلك يشترط أن يكون هناك ارتباط بين التدخل والخصومة القائمة أو محلها⁽¹⁾.

ومثال التدخل الهجومي التدخل الذي يطالب بموجبه المتدخل الحكم في مواجهة أطراف دعوى ملكية عقار معين بملكيته لذات العين محل النزاع، أو رفع الدائن دعوى علي أحد المدينين المتضامنين فيتدخل المدين الآخر طالبا الحكم ببراءة ذمته⁽²⁾.

وبناء على ذلك يمكن القول بأنه لا يجوز للنيابة العامة التدخل في الدعوى كطرف هجومي او خصومي ، لأن دور النيابة العامة يقتصر على الحفاظ على النظام العام وحماية مصلحة المجتمع ، فليس لها ان تطالب بحق لنفسها.

(1) د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 322.

(2) المرجع السابق.

المطلب الثاني

مدى حق النيابة العامة في الطعن في الأحكام الصادرة في الدعاوى المدنية

تنص المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (تقابلها المادة 96 من قانون المرافعات المصري) على انه (للنيابة العامة الطعن في الحكم القضائي في الأحوال التي يوجب القانون أو يميز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على ذلك). ومفاد النص المتقدم أنه من حق النيابة العامة أن تطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية ، في جميع الأحوال التي أوجبها كل من القانونين الإماراتي والمصري ، أو أجاز تدخلها فيها ، وسواء كانت قد تدخلت بالفعل في الدعوى القضائية ، أم لم تتدخل فيها بعد.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن(المشرع استهدف بإصداره تنظيم تدخل النيابة العامة في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم بمقتضى القانون رقم 462 لسنة 1955 ، وأنه منذ صدوره - أصبحت النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بالمحاكم الابتدائية حيث أوجب القانون تدخلها فيها ، و خولها ما للخصوم من حق الطعن في الأحكام الصادرة فيها بطريق الاستئناف والنقض. ولما كانت الدعوى الماثلة من دعاوى الطلاق التي أدخلتها المادة الثامنة من القانون رقم 462 لسنة 1955 في اختصاص المحاكم الابتدائية ، و كان يتعين تبعاً لذلك تدخل النيابة العامة فيها . وكان الحكم الصادر فيها مما يقبل الاستئناف عملاً بالمادة الثامنة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فإنه يجوز للنيابة العامة الطعن في هذا الحكم بطريق النقض)⁽¹⁾.

ويجوز الطعن من قبل النيابة العامة إذا كانت طرفاً أصلياً في الخصومة أي في حالة قيامها برفع الدعوى بنفسها كما سبق ذكره ، أما إذا كانت النيابة العامة طرفاً منضماً في الدعوى المدنية فإنها لا تعتبر خصماً حقيقياً ومن ثم لا يتصور لها في الأصل الطعن في الحكم ، إلا أن المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (وتقابلها المادة 96 من قانون المرافعات المصري) قد نصت على استثناء أجازت بموجبه للنيابة العامة الطعن في الأحكام في الأحوال التي يوجب أو يميز القانون تدخلها فيها إذا توافرت إحدى

(1) محكمة النقض المصرية الطعن ، رقم 32، لسنة 44 قضائية ، تاريخ الجلسة 23-2-1977، مكتب في 28 ، رقم الجزء 1 ، ص 556.

حالتين حددتهما ، حيث نصت على أنه (للنيابة العامة الطعن في الحكم القضائي في الأحوال التي يوجب القانون أو يميز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على ذلك). كما أضافت المادة 174 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (وتقابلها في القانون المصري المادة 250 من قانون المرافعات) حالة الطعن من النائب العام بطريق النقض لمصلحة القانون. وبناء عليه ، فالحالات التي يجوز للنيابة العامة الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية التي يوجبها القانون أو يميزها وفقا لنصوص المواد السابقة من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقانون المرافعات المصري هي :-

الفرع الأول

مخالفة الحكم لقاعدة متعلقة بالنظام العام

إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام فللنيابة العامة أن تطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام. ووفقا لهذه الحالة إذا كانت النيابة العامة طرفا مت دخلا في الدعوى فانه يطعن في مثل هذا الحكم وذلك لمخالفة قواعد النظام العام . أما إذا لم تتدخل النيابة العامة في الدعوى عندما يوجب القانون أو يميز لها ذلك فلا يجوز لها الطعن في الحكم إلا إذا انطوى على مخالفة للنظام العام، ويعتبر الطعن في الحكم من النيابة العامة في هذه الحالة هو الوسيلة التي تبدي فيها النيابة العامة رأيها في الدعوى وذلك لتدارك ما فاتها بسبب عدم تدخلها. ومن الجدير بالذكر أن النيابة العامة مقيدة في الطعن في هذه الحالة بمواعيد مقرررة للطعن فيجب أن يكون الحكم قابلا للطعن وفقا للقواعد العامة ، وذلك لأن الحكم إذا صدر ولم تكن النيابة العامة قد تدخلت في الدعوى ، فانه في هذه الحالة يجوز الطعن فيه وفقا للأصل العام المقرر للطعن الذي ترفعه النيابة العامة⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأبوظبي بأنه (لما كان لمحكمة النقض أن تُثير في الطعن المسائل المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسها وإن لم يُثيرها أحد الخصوم ومن بينها قواعد الطعن في الأحكام متى تعلقت بالحكم المطعون فيه وتوافرت عناصر الفصل فيها. وكان من المقرر وفقاً لنص المادة 244 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 35 لسنة 1992 المعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2005 أنه لا يجوز للنيابة العامة الطعن بالنقض إلا في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف في جنائية أو جنحة. وكانت الأحكام الغيابية الصادرة في جنائية سواءً من محكمة أول أو ثاني درجة تُعدّ من قبيل

(1) أمل بنت سالم المحرزية ، مرجع سابق ، ص 83 .

الأحكام التهديدية التي تسقط وفقاً لمؤدى نص المادة 203 من ذات القانون إذا حضر المحكوم عليه من تلقاء نفسه أو تم القبض عليه، وتعتبر كأن لم يكن ويُعاد نظر الدعوى من جديد أمام المحكمة التي أصدرت الحكم ولا تُعد من ثم أحكاماً نهائية ولا يجوز للنيابة العامة الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن بما في ذلك الطعن بالنقض إلاً بنص خاص كما هو الحال في المادة 33 من القانون رقم 57 لسنة 1959 وتعديلاته في شأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام محكمة النقض المصرية التي أجازت للنيابة العامة صراحةً الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في غيبة المتهم من محكمة الجنايات في جنابة وهو ما خلا قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي في الفصل الخاص بالطعن بالنقض من نص مُماثل لها. لما كان ذلك، وكان الثابت من مُدونات الحكم المطعون فيه ومحاضر جلساته أنه قد صدر من محكمة الاستئناف في غيبة المطعون ضده في جنابة تزوير في مُحرر رسمي واستعماله ولا يُعد من ثم حكماً نهائياً وإنما حكم تهديدي يسقط بمجرد حضور الأخير أو القبض عليه وتُعاد محاكمته من جديد أمام المحكمة التي أصدرته ولا يجوز للنيابة العامة تبعاً لذلك الطعن عليه بطريق النقض، الأمر الذي يكون معه الطعن المائل منها قد تسلط على حكم غير جائز الطعن فيه بطريق النقض مُتبعين القضاء بعدم جوازه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

نص القانون على حق النيابة في الطعن

إذا نص القانون على حق النيابة العامة في الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية التي يوجب القانون أو يميز تدخلها فيها ، ولو لم يكن قد خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام فللنيابة العامة أن تطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى التي يوجب او يميز القانون التدخل فيها على الرغم من عدم وجود ما يخالف القواعد التي تتعلق بالنظام العام والآداب ، ومثال ذلك: ما تنص عليه المادة 901 من قانون المرافعات المصري من أن للنيابة العامة الطعن في الحكم القضائي الصادر في دعوى بطلان زواج. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه (" لا يقبل الطعن من النيابة العامة في مسائل الزوجية إلا في الأحكام الصادرة في بطلان الزواج " يدل على أن الشارع قصر حق النيابة في الطعن في مسائل الزوجية الخاصة بالأجانب على الأحكام الصادرة في بطلان الزواج إذ كان ذلك، وكانت الدعوى محل النزاع هي دعوى تطبيق للغيبة

(1) محكمة النقض (أبوظبي) - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 310 - لسنة 2008 قضائية - تاريخ الجلسة 6 - 5 - 2009

و الإعسار أحد طرفيها أجنبي - و هي بطبيعتها لا تدخل في نطاق ما نصت عليه المادة المشار إليها فإن الطعن من النيابة العامة يكون غير مقبول⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الطعن من النائب العام لمصلحة القانون

لنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام النهائية أيا كانت المحكمة التي أصدرتها ، إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تفسيره أو في تأويله.

وذلك ما تنص عليه المادة 174 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه (لنائب العام أن يطعن بطريق النقض من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خطي من وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف في الأحكام الانتهائية أياً كانت المحكمة التي أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله وذلك في الأحوال الآتية⁽²⁾:-

1- الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

2- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن أو رفعوا طعناً فيها قضى بعدم قبوله. ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام خلال سنة من تاريخ صدور الحكم وتنظر المحكمة الطعن في غرفة مشورة بغير دعوة الخصوم ويفيد الخصوم من هذا الطعن).

ويكون ذلك الطعن سواء بالنسبة للأحكام التي يجوز قانوناً للخصوم الطعن فيها ، أو الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها ، ويرفع الطعن لمصلحة القانون إلى محكمة النقض بصحيفة يرفعها النائب العام. وهذا الأمر جوازي متروك لتقديره للنائب العام ، الذي يحوله القانون حق الطعن. ولا يفيد الخصوم

(1) الطعن رقم 0032، لسنة 36، مكتب فني 20، بتاريخ 15-01-1969، ص 108.

(2) وتقابلها في القانون المصري المادة 250 التي تنص على أنه (لنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الإنتهائية - أياً كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية :-

1 - الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها

2- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن ، ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم ، ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن). وتنص المادة 252 من ذات القانون على أنه (ميعاد الطعن بطريق النقض ستون يوماً ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذي يرفعه النائب العام لمصلحة القانون وفقاً لحكم المادة 250).

من هذا الطعن الذي يقتصر الأمر فيه على تقرير المبادئ القانونية الصحيحة من الناحية النظرية ، وذلك لا يتدخل الخصوم ولا يشتركون في هذا الطعن ولا يدعون للحضور أمام المحكمة بل يتم النظر في الطعن في غرفة المشورة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن (الطعن بطريق النقض لا يجوز في الأصل رفعه إلا عن الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف الاتحادية عملاً بنص المادة الرابعة من القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 1978 في شأن تنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، غير أن المشرع رأى تحقيقاً لمصلحة عليا هي مصلحة القانون أن يورد حكماً استثنائياً في المادة الخامسة من القانون سالف الذكر يخول للنائب العام الحق في أن يطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية أياً كانت المحكمة التي أصدرتها خلال سنتين من تاريخ صدور الحكم متى كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه وتأويله وبنبني على ذلك أنه يجوز للنائب العام على سند من هذا النص أن يرفع طعناً عن الحكم النهائي الصادر من المحكمة الابتدائية في المدة المبينة به)⁽²⁾.

(1) د. عبدالباسط جميعي ، د. محمد محمود إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 290 ؛ د. عاشور مبروك ، الوسيط في قانون القضاء (قوانين المرافعات) دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، 1989، ص 195 ؛ د. محمود مصطفى يونس ، مرجع سابق ، ص 39 ؛ د. محمود السيد عمر التحيوي ، نظام القضاء المدني ونظرية الاختصاص وفقاً لقانون المرافعات المصري ، مرجع سابق ، ص 222.

(2) المحكمة الاتحادية العليا ، الأحكام المدنية والتجارية ، الطعن رقم 106 ، لسنة 13 قضائية ، مكتب في 14 تاريخ الجلسة ، 14-7-1992 ج 2 ، رقم ص 464. أنظر في نفس المعنى حكم المحكمة الاتحادية العليا الذي قضت فيه بأنه (لما كانت المادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم 87/17 في شأن تنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا تنص صراحة على أن طعن النائب العام هو طعن خاص به وحده ولا يتعداه إلى غيره من أعضاء النيابة العامة وذلك لغاية سامية قصدتها المشرع وقد جاء النص من هذه الناحية صريحاً عندما قال: "لنائب العام وحده أن يطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا بطريق النقض لصالح القانون في الأحكام النهائية أياً كانت المحكمة الاتحادية العليا التي أصدرتها" وعلى هذا الأساس فإن تقديم الطعن بطريق النقض من طرف المحامي العام عوضاً أن يكون من النائب العام يكون متجافياً مع أحكام القانون. ولا يغير من الأمر شيئاً أن يشار إلى نص المادة 56 من قانون السلطة القضائية إذ أن ما جاء في هذا النص ينحصر في ممارسة وظيفة النيابة العامة أمام المحاكم على وجه العموم وفي حالة غياب النائب العام يحل محله المحامي العام الأول ثم الأقدم فالأقدم من أعضاء النيابة وتكون له جميع اختصاصات النائب العام إلا ما استثني بنص خاص كما هو الحال في الطعن بالنقض لصالح القانون إذ أن صريح المادة الخامسة من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض جعلت حق الطعن بالنقض للنائب

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن : (المادة 250 من قانون المرافعات للنائب العام الطعن بطريق النقض - بصحيفة موقعه منه . في الأحكام النهائية - أيًا كانت المحكمة التي أصدرتها - التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ، وكذلك الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا عنه ، متى كانت هذه الأحكام مبنية على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، لأن الطعن بهذا السبيل إنما يراد به تحقيق مصلحة عليا هي مصلحة القانون ، لإرساء المبادئ القانونية الصحيحة على أساس سليم كما تتوحد أحكام القضاء فيها مما مقتضاه الأخذ في كل حالة تتحقق فيها هذه المصلحة و عدم قصرها على الحالة التي يكون الحكم فيها قابلاً للطعن بطريق النقض ، و مما مؤداه ألا يفيد الخصوم

=

العام وحده فلا ينوب عنه في ممارسته أحد سواه مما ورد ذكرهم في المادة 56 من قانون السلطة القضائية لسنة 87 و هو ما سار عليه قضاء محكمة النقض ولهذا فإنه في هذه الحالة لا يجوز قبول الطعن على الصورة الواردة بصحيفة الطعن طالما كان رافعه هو المحامي العام ولم يكن النائب العام. المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 151 - لسنة 13 قضائية - تاريخ الجلسة 26-2-1992 - مكتب في 14 - رقم الجزء 1- رقم الصفحة 82 . أنظر أيضا حكم محكمة قميير دبي التي قضت بأن (المقرر أن المصلحة هي مناط الحق في الدعوى والحق في الطعن فلا دعوى بغير مصلحة والنيابة العامة في مجال المصلحة أو الصفة في الطعن هي خصم عادل يختص بمركز قانوني خاص إذ تمثل الصالح العام وتسعى في تحقيق موجبات القانون إلا أنها تتقيد بقيد المصلحة فإذا لم يكن لها كسلطة اتهام مصلحة في الطعن فإن طعنها لا يقبل عملاً بالمبادئ المتفق عليها من أن المصلحة أساس الدعوى ولا بد من توافر فائدة عملية من وراء طعن النيابة بالنقض إذ لا يعرف القانون الطعن بالنقض لمصلحة القانون إلا في حالات محددة وردت على سبيل الحصر في المادة (256) من قانون الإجراءات الجزائية وللنائب العام لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي قد عاقب المطعون ضده بتغريم ألف درهم عن التهمتين المسندتين إليه عرقلة التحقيق والتعدي باعتبار أنها نتيجة فعل إجرامي واحد وارتضت النيابة العامة هذا الحكم واستأنفه المتهم وحده وقضى ببراءته عن تهمة عرقلة التنفيذ وبذات العقوبة المقضي بها من محكمة أول درجة عن تهمة التعدي وأيما كان الرأي فيما ذهب إليه حكم محكمة أول درجة من أن الجريمتين نتيجة فعل إجرامي واحد وكذا فيما ذهبت إليه النيابة العامة في أسباب طعنها بالتمييز فإنه بفرض صحة منعها فإنه لن يكون لها فائدة عملية من جراء نقض الحكم لأنه لن يقضي على المطعون ضده بعقوبة تجاوز العقوبة المقضي بها من محكمة أول درجة والتي تأيدت في الحكم المطعون فيه في حالة قبول طعنها ويضحي طعن النيابة العامة بغير مصلحة أو فائدة عملية ومجرد طعن لمصلحة القانون في غير حالاته ومن ثم يتخلف عن طعن النيابة العامة شرط المصلحة مما يتعين معه عدم قبول الطعن. محكمة التمييز - الأحكام الجزائية - الطعن رقم 53 - لسنة 2005 قضائية - تاريخ الجلسة 9-4-2005 مكتب في 16 - رقم الصفحة 236.

من هذا الطعن حتى يخلص لوجه القانون ، و هو ما يعنى اختلاف مجال تطبيق هذه المادة عن حالة الطعن المرفوع من النيابة في مسائل الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

الخاتمة

في ختام موضوعات هذه الدراسة التي تطرقت إلى تحديد اختصاصات النيابة العامة في الدعاوى المدنية وكيفية مباشرتها لدورها في هذه الدعاوى ، سواء عن طريق رفع الدعوى ابتداء كطرف أصلي او تدخلها فيها تدخلًا وجوبيا أو جوازيا كطرف منضم ، وإجراءات تمثول النيابة العامة في الخصومة المدنية ومدى حقها في الطعن في الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى ، يمكن إيجاز أهم ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج وتوصيات في النقاط التالية :-

• أولاً : النتائج

1. تمارس النيابة العامة دورها في الدعوى المدنية عن طريق تدخلها في دعوى قائمة أمام القضاء ، وذلك وفقا لحالات محددة قانونا .
2. تدخل النيابة العامة في الدعوى المرفوعة أمام المحاكم المدنية قد يكون جوازيا أو وجوبيا ، والفارق بين الحالتين انه في حالة التدخل الوجوبي يترتب البطلان في حالة عدم التدخل ، أما إذا كان تدخل النيابة العامة جوازيا فلا بطلان في حال عدم تدخلها في الدعوى.
3. ضرورة تدخل النيابة العامة للمحافظة على مصالح الأشخاص المحددين كل من عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين كون أن مصالح هؤلاء تدخل في مفهوم المصالح العامة.
4. للنيابة العامة الحق في التدخل في الخصومة القضائية القائمة بين أطرافها وذلك لتبدي رأيها في تطبيق القواعد القانونية على المسائل المطروحة عليها. وهذا التدخل قد يكون وجوبيا يفرضه عليها القانون أو اختياريا.
5. تكون النيابة العامة طرفا منضما عندما تكون هناك خصومة قائمة أمام القضاء ، ويكون تدخلها بقصد إبداء الرأي فيها لضمان حسن تطبيق القانون.
6. لا يجوز تدخل النيابة العامة في الدعاوى والطلبات المستعجلة.

(1) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 32، لسنة 44 قضائية ، مكتب فني 28 ، تاريخ الجلسة 23-2-1977 ، ج1، ص 556.

7. لا يجوز للنيابة العامة التدخل في الدعوى كطرف هجومي او خصومي ، فالنيابة العامة دورها يقتصر على الحفاظ على النظام العام وحماية مصلحة المجتمع ، فليس لها ان تطالب بحق لنفسها.
8. للنيابة العامة الطعن في الحكم القضائي في الأحوال التي يوجب القانون أو يبيح تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على ذلك.

ثانياً: التوصيات :

1. ضرورة منح المشرع الإماراتي الاختصاص للنيابة العامة في التدخل في قضايا الأحوال الشخصية بوصفها ممثلة للمصالح العام والأمنية على مصلحة القانون ، وذلك على غرار المشرع المصري الذي عهد للنيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية في حالة إذا كانت هناك دعوى مرفوعة من ذوي الشأن أمام القضاء.
2. ضرورة إضافة نص في القانون الإماراتي يوجب على رئيس المحكمة أن يرسل صورة من تقرير الرد إلى النيابة العامة حتى تتدخل في الدعوى وتبدي رأيها فيها ، وذلك كما هو الحال في القانون المصري وفقاً لنص المادة 155 من قانون المرافعات⁽¹⁾، خاصة وأنه إذا لم تتدخل النيابة العامة في الدعوى كان الحكم باطلاً لمساسه بالنظام العام ، لأن هذه الحالة تعد من حالات التدخل الوجوبي طبقاً لنص المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.
3. أهمية إنشاء نيابة مستقلة في الإمارات ملحقه بالمحاكم العليا بحيث يكون واجبا عليها التدخل في كافة الطعون أمام المحكمة العليا نظراً لأهميتها القانونية ، وذلك كما فعل المشرع المصري الذي أنشأ نيابة متخصصة للنقض وأوجب عليها التدخل في كافة الطعون أما محكمة النقض وذلك لإبداء الرأي فيها والمشاركة في إرساء المبادئ القانونية.

(1) "يجب على قلم كتاب المحكمة رفع تقرير الرد إلى رئيسها مرفقاً به بيان بما قدم من طلبات رد في الدعوى وما تم فيها وذلك كله خلال أربع وعشرين ساعة وعلى الرئيس أن يطلع القاضي المطلوب رده على التقرير فوراً ، وأن يرسل صورة منه إلى النيابة".

المصادر والمراجع

أولا : المراجع العامة :-

1. د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007.
2. د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية (معدلا بالقانون رقم 76 لسنة 2007) والقانون رقم 120 لسنة 2008) بإنشاء المحاكم الاقتصادية، 2011 .
3. د. أحمد صدقي محمود ، قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة ، إثراء للنشر والتوزيع ، ط2، 2008.
4. د. أحمد هندي . أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، 1989م ..
5. د. أسامة روي عبدالعزيز الروي ، قواعد الاجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009
6. د. بكر عبدالفتاح السرحان ، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة ، 2015.
7. د. طلعت يوسف خاطر، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والتجارية ، دار الفكر والقانون، 2010.
8. د. عاشور مبروك ، الوسيط في قانون القضاء (قوانين المرافعات) دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، 1989.
9. د. عبد الباسط جمعي ، مبادئ قانون المرافعات الجديدة والقوانين المعدلة ، دار الفكر العربي ، 1978.
10. د. علي أبو عطية هيكل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007.
11. د. علي عبد الحميد تركي ، شرح قانون الاجراءات المدنية ، دار النهضة العربية ، ط2 ، 2011.
12. د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني متضمنا قواعد الاختصاص والإجراءات في قانون المحاكم الاقتصادية ، دار النهضة العربية ، 2009.
13. د. محمد عبد الخالق عمر ، قانون المرافعات ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون طبعة.
14. د. محمود السيد عمر التحيوي ، نظام القضاء المدني ونظرية الاختصاص وفقا لقانون المرافعات المصري، مكتبة الوفاء القانونية للنشر والتوزيع ، ط1 ، 2011.
15. د. مصطفى المتولي قنديل ، الوجيز في القضاء والتقاضى ، الافاق المشرقة ناشرون ط2 ، 2015.
16. د. نبيل اسماعيل عمر وآخرون (د. احمد هندي- د. أحمد خليل) ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 1998.

17. د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات) ، دار النهضة العربية ، 2001.

ثانيا : المراجع المتخصصة :-

1. أمل بنت سالم المحرزية ، الادعاء العام واختصاصاته المدنية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ، مركز الغندور القاهرة ، 2009.
2. د.محمود مصطفى يونس ، مثل النيابة العامة في دعاوى المدنية في النظام القضائي المصري ، دار النهضة العربية ، ط2 ، 2014 .
3. د. وائل مُجَّد إبراهيم عبدالهادي ، دور النيابة العامة في تحقيق الحماية القضائية المدنية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2016.

ثالثا : المقالات :-

- 1- د.علي هادي علوان العبيدي، دور النيابة العامة في الخصومة المدنية، مجلة الفكر الشرطي (مركز بحوث الشارقة) ، مجلد 22.



دور التحكيم المؤسسي في

نسوية المنازعات المصرفية

إعداد الباحث: منصور درويش أحمد محمد الشيزاوي.

الطالب بكلية القانون – جامعة الشارقة

المقدمة

لقد كان من شأن تطور التجارة الدولية، وتبنيها للوسائل الحديثة للاتصالات، ونظام التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات، واهتمام لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بوضع قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1996، أن أقبلت المؤسسات المالية والمصرفية على استعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة في إنجاز معاملاتها، حيث لا يستغرق تنفيذ العملية المالية أكثر من ثوانٍ محدودة، مما ساعد على ازدهار وتشجيع التبادل التجاري الدولي الذي يعتمد أساساً على المصارف والمؤسسات المالية في تنفيذ نشاطه، لاسيما في مجال الاعتمادات المستندية، وخطابات الضمان، والتحويلات المصرفية الدولية.⁽¹⁾

ولقد نشأ عن هذه المعاملات المصرفية عدة منازعات، بين المصرف والعميل، أو فيما بين المصرف الذي يتعاون لتنفيذ إحدى العمليات المصرفية، وهذه المنازعات قد تؤدي إلى طلب اتخاذ إجراء وقفي ضد العميل أو ضد المصرف، بالإضافة إلى طلب الفصل في موضوع النزاع.

ومن المعلوم، أن اللجوء إلى المحاكم أو قضاء الدولة، هو الطريق الطبيعي للفصل في المنازعات المتعلقة بالمنازعات المصرفية، إلا أن التحكيم اكتسب أهمية كبيرة كوسيلة لفض تلك المنازعات، خاصة على المستوى الدولي في مجال التجارة الدولية، كونه يستند الأخذ به إلى إرادة المتعاقدين واتفاقهم على الالتزام به كوسيلة لحسم ما قد ينشأ بينهم من نزاعات تتعلق بتنفيذ عقودهم.⁽²⁾

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002،

(2) فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008، ص 14.



وبالرغم من أن التحكيم قد وجد طريقه في الكثير من المعاملات التجارية مثل عقود البيع الدولي للبضائع، وعقود الإنشاءات الدولية، وعقود نقل التكنولوجيا، إلا أنه لم يصادف هذا القبول فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن المعاملات المصرفية.

ونظراً لأن التحكيم أصبح آلية أساسية من آليات تسوية منازعات التجارة الدولية بشكل عام، ومنازعات المصارف بشكل خاص، نظراً لأن التحكيم يناسب ويراعي خصوصية وطبيعة العمليات المصرفية. ويترتب على التحكيم سرعة البت في النزاعات المصرفية وتقديم العديد من المزايا لأطرافه، وإذا كانت هذه المزايا تهم المصارف التقليدية، فإنها تقدم ميزة أفضل للمصارف الإسلامية⁽¹⁾. ولتوضيح مزايا ومراكز التحكيم في المنازعات المالية والمصرفية، سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:

- المطلب الأول: أهمية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المصرفية
- المطلب الثاني: الاتجاهات المؤيدة والمعارضة للتحكيم في المنازعات المصرفية
- المطلب الثالث: مراكز ومؤسسات التحكيم الخاصة بتسوية المنازعات المصرفية

المطلب الأول

مزايا وعيوب اللجوء إلى التحكيم المصرفي

على الرغم من أن اللجوء إلى قضاء الدولة هو الطريق الطبيعي لفض المنازعات المالية والمصرفية، إلا أن التحكيم بدأ يكتسب أهمية خاصة في حل المنازعات المصرفية، خاصة على الصعيد الدولي، كما بدأت أهميته تظهر داخلياً توفيراً للجهد والوقت والتكاليف⁽²⁾. ويتسم التحكيم في المعاملات المصرفية بمميزات عديدة نستعرضها فيما يلي:

(1) حسين شحادة، التحكيم في منازعات العمليات المصرفية، مجلة القضائية، الرياض، العدد الرابع، رجب 1433هـ، ص12.

(2) جمال عسكر، وسائل حسم المنازعات في العمليات المصرفية، ندوة (دور اتحاد البنوك في المرحلة الانتقالية للتحكيم)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 21 يونيو 2008م، ص 262.

الفرع الاول

مزايا التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المصرفية

أولاً: السرعة

تساهم سرعة حسم المنازعات المصرفية بتعزيز الفعالية في اقتضاء الحقوق المالية، وتفادي الخسارة الناتجة عن طول أمد النزاع، وتآكل الحقوق المالية المحكوم بها على المدى الطويل، نظراً لزيادة معدلات التضخم، فالبطء في إجراءات التقاضي قد يمتد إلى عدة سنوات، وهذا يستنزف مصادر المؤسسات المالية وأموالها وأوقاتها ويهدر طاقتها، وبالتالي يؤدي إلى تأخر الدائنين عن سداد ديونهم، كما أن المصرف سيتضرر نتيجة تغير أسعار صرف العملات أو الفوائد أو السلع، ولذا فإن اللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى الوصول لحل سريع.⁽¹⁾

أضف إلى ذلك أنه في التحكيم يتم نظر القضية من قبل محكم واحد، بينما في قضاء الدولة تنظر القضية من قبل أكثر من قاضي، وتتم حركة تنقلات في نفس المحكمة النازرة للقضية فيتابعها قاضٍ آخر يحتاج لفترة أخرى للإحاطة بالدعوى، وهذا في غير صالح الخصوم. وقد أكدت مواد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على ذلك في أن الحكم الصادر عن المحكم 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⁽²⁾، بالإضافة إلى أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن⁽³⁾.

وللسرعة أهميتها في العمليات المصرفية كالحساب الجاري وعمليات التمويل والاعتمادات المستندية، فطبيعة هذه العمليات قد تؤدي لإلحاق الضرر بالمصرف أو أحد عملائه، نتيجة للتغير المفاجئ في أسعار صرف العملات، أو في أسعار السلع والفوائد، وقد يتحقق الضرر نتيجة عدم الالتزام بصيغة الاعتماد، وهذا يؤدي لتحميل مصاريف إضافية وينجم عن ذلك ارتفاع في التكلفة وصعوبة في

(1) محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون،

جامعة الإمارات، كلية القانون، 10-12 مايو 2003م، ص 1137.

(2) أنظر المادة (212) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

(3) أنظر المادة (217) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

تصريف السلع والخدمات. لكن إذا لم يكن المحكمون الذين يفصلون في النزاع من ذوي التأهيل المناسب، فلن يتحقق تفادي النتائج السلبية المرتبط ببطء إجراءات القضاء العادي⁽¹⁾.

ثانياً: بساطة الاجراءات

المرونة في التحكيم يتم ترجمتها إلى بساطة إجراءات التقاضي، وخاصة في التبليغات وإدارة الجلسات وتقديم البيانات والاتصال بأطراف النزاع، على خلاف الإجراءات التي تتم أمام القضاء، وتتسم بأنها طويلة ومعقدة وتهدف إلى التقيد بحرفية النصوص الخاصة بالإجراءات على حساب موضوع النزاع.⁽²⁾ كما أن المرونة في الإجراءات تسمح للمحكم باختيار الإجراءات اللازمة لسرعة التحكيم، سواء بالنسبة لعقد الجلسات، أو سماع الشهود، أو الحصول على أدلة الإثبات، أو عدم التشدد في تقديم أصول المستندات، أو النظر في الوثائق بلغتها الأصلية أو لغة أخرى تقررها هيئة التحكيم، ولطربي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية دون التقيد بقواعد المرافعات إلا فيما يتعلق بالنظام العام، وللطرفين إخضاع الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيمي داخل الدولة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام القانون - أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة⁽³⁾.

ولا شك أن مرونة الإجراءات في التحكيم تؤدي إلى السرعة في اقتضاء الحقوق، وبالتالي الاقتصاد في النفقات، وتحقيق مكاسب مالية على المدى الطويل، وقد أعطى المشرع الإماراتي لطربي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقه في موضوع النزاع، ويعتبر استبعاد القانون واجب التطبيق سبباً لاعتبار حكم التحكيم باطلاً.

ثالثاً: المحافظة على علاقات الاطراف

التحكيم عادة نوع من التفاهم بين الطرفين عندما تختلف وجهات النظر حول التنفيذ الصحيح للعقد، فيتفقان على عرض النزاع على التحكيم، وربما تستمر العلاقة الودية بين الطرفين مستقبلاً بعد تسوية خلافهم، دون أن تتأثر باختلاف وجهات النظر، بينما في القضاء العادي قد يستخدم كلا الطرفين

(1) هاني سري الدين، أهمية التحكيم وضرورته للقطاع المصرفي، ندوة (دور اتحاد البنوك في المرحلة الانتقالية للتحكيم)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 21 يونيو 2008، ص 9.

(2) محمود سمير الشرفاوي، مرجع سابق، ص 1139.

(3) تنص الفقرة الأولى من المادة 212 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أن: (1- 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....).

أساليب كيدية، توصل الأطراف إلى مرحلة قطع العلاقات بينهم، لأنهم لا ينظرون لاستمرار العلاقة في المستقبل، بل يهتمون بتصفية حساباتهم والانتقام لأنفسهم، لذا يقال إن الأطراف يدخلون إلى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الوراء، بينما يدخلون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام⁽¹⁾. ونلاحظ أن هذه الميزة سببها اختيار الأطراف للمحكمن الذين يثقون بهم وبخبرتهم، وغالباً ما تتوصل اللجنة التحكيمية المختارة فيما بينهم إلى التوفيق بين أطراف النزاع أو التوصل للصلح وتبتيته، الأمر الذي قد يؤدي غالباً إلى تنفيذ الحكم من الخصم طواعية، أن الحكم يستمد ولايته من إرادة الخصوم بخلاف ولاية القاضي التي تستند لعنصر الإجبار.

رابعاً: السرية⁽²⁾

يحافظ التحكيم على أسرار الطرفين، فلا يطلع على تفاصيل القضية إلا المحكمون، والمحامون الذين يدافعون عن الأطراف، على خلاف ما يحصل في القضاء العادي، حيث يمكن للكافة معرفة موضوع النزاع نتيجة لعلائية الإجراءات، لذا يحرص أطراف العلاقات التجارية الدولية على اللجوء إلى مراكز التحكيم المتخصصة كغرفة التجارة الدولية في باريس، وغيرها من المراكز التي تفصل في القضية بشكل سري، ولا تنتشر هذه المراكز من الأحكام إلا مبادئها، ودون ذكر أسماء الأطراف. أما بالنسبة للمصارف فإن علانية الخصومة قد تضر بسمعة البنك والعميل، وهو ما يتفاداه نظام التحكيم، سيما التحكيم بالصلح، حيث يمكن أن تكون الجلسات سرية لا يحضرها إلا الأطراف أو ممثليهم والمحكمين ومن استدعت الضرورة حضوره، وبذلك يتمكن رجال الأعمال من إخفاء طبيعة نزاعهم وإجراءات التقاضي⁽³⁾.

خامساً: الخبرة والتخصص

تنمو الأعمال المصرفية بشكل متسارع، وخاصة لجهة الصيرفة الإلكترونية، ومثل هذا التطور لا يستطيع مواكبته إلا قلة من المصرفيين، أما القضاة فيندر فيهم التخصص بالمجال المصرفي أو فروعته، نظراً للفنية الدقيقة للأعمال المصرفية أو حدايتها، كما في عمليات القطاع الأجنبي أو الودائع أو الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، أو طريقة احتساب الفوائد المدينة أو الدائنة، لذا

(1) حسين شحادة، مرجع سابق، ص 14.

(2) هاني سري الدين، مرجع سابق، ص 11.

(3) محمد سليم العوا، التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، كلية القانون، 10-12 مايو 2003م، ص 19.

فإنه في حال عرض النزاع على القضاة فإنهم سيحيلون النزاع إلى خبير متخصص، بينما لو تم اللجوء إلى التحكيم، فإنه يمكن اختيار محكم في أو متخصص يملك مهارة إبداء الرأي الفني وحل المشكلة، اعتماداً على قواعد عرفية خاصة بمهنته، كما في النزاع في قضايا الاعتمادات المصرفية، كما أن المحكم المتخصص يواكب التقنيات والتطورات المصرفية والتشريعات الوطنية والدولية⁽¹⁾.

ومما لا شك أن اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود يؤدي لحسمها بسهولة ويسر وبأقصر وقت ممكن، بينما لو عرضت على القضاء سينالها نصيب من بطء وتعقيد الإجراءات وطلب الخبرة الفنية والطعن بالأحكام الصادرة، ويساعد في هذا إعداد جداول بالمحكّمين المتخصصين، مما يسهل عملية اختيار المحكم المتخصص في العمليات المالية والمصرفية.

سادساً: نهائية حكم التحكيم وإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي

يلاحظ أن طرق الطعن تتكرر في الأحكام القضائية، وهذا يطيل أمد نظر النزاع، بينما أحكام التحكيم في معظم القوانين الحديثة لا تقبل الطعن، وحتى لو لم يكن هذا النص موجوداً، فإنه يمكن للأطراف الاتفاق على عدم جواز الطعن فيها.

وقد أكد قانون الإجراءات المدنية الإماراتي في المادة (217) على أن أحكام التحكيم تصدر مبرمة غير خاضعة لأي أي طريق من طرق الطعن، ومع ذلك يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً لأحكام المادة (216) من ذات القانون. وهذا لا يعد قيداً على نهائية حكم التحكيم، لأن الأسباب المذكورة في المادة (216) المتعلقة بحالات بطلان إجراءات التحكيم، أو أن رفع هذه الدعوى تتعلق بصلاحيات هيئة واختصاصات و ضمانات التقاضي ومراعاة النظام العام في مقر التحكيم أو بلد تنفيذ الحكم، فإن لم يتم مراعاة ذلك فإن الحكم لا يكون جديراً بالتنفيذ ولا حائزاً لحجية الحكم المقضي⁽²⁾.

وفي هذا يرى الباحث أنه لم تعد هناك حاجة للجدل الفقهي حول اعتبار التحكيم نظاماً شبيهاً بالقضاء واستعراض النظريات المتعلقة بطبيعة التحكيم، لأن المشرع الإماراتي أعطى لقرارات التحكيم قوة لم تعطى للحكم القضائي، وتجلى ذلك بعدم قابليتها للطعن باستثناء البطلان - الذي لا يعد طريقاً للطعن، وهذا ما يحسم الخلاف لصالح النظرية القضائية للتحكيم، حيث أصبحت قرارات التحكيم نتيجة لما تقوم به من تطبيق لعادات وأعراف التجارة الدولية مصدراً مستقلاً لقضاء التحكيم

(1) حمزة الحداد، التحكيم في المنازعات المصرفية، ندوة (التحكيم في القضايا المصرفية وأثره على تسوية المنازعات)، عمان،

21 مارس 2000م، ص 43.

(2) محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 1141.

التجاري الدولي، ومصدراً رئيسياً من مصادر القانون أمام المحكمين التجاريين الدوليين، بل تلجأ أحياناً لاستبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق وفقاً لإرادة المتعاقدين.

والجدير بالذكر أنه يمكن وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958م تنفيذ الأحكام الأجنبية خارج البلد الذي صدرت فيه، وقد حازت هذه الاتفاقية على قبول عالمي إذا انضم إليها حوالي 110 دولة، ويمكن تنفيذ هذه الأحكام من خلال الاتفاقية الأوروبية للتحكيم الموقعة في جنيف عام 1961م، واتفاقية واشنطن الموقعة في أكتوبر 1966م المتعلقة بحسم منازعات الاستثمار بين الدول مواطني الدول الأخرى، والتي نشأ عنها مركز دولي للتحكيم التجاري لحسم منازعات الاستثمار⁽¹⁾. حيث يمكن من خلال هذه الاتفاقيات السابقة التغلب على صعوبات تنفيذ حكم قضائي في بلد آخر غير الذي صدر فيه، باللجوء إلى التحكيم وتنفيذ الحكم الذي صدر فيه في غير بلد صدوره.

الفرع الثاني

عيوب التحكيم

وبالرغم من مزايا التحكيم التي أوردناها آنفاً، إلا أن البعض قد انتقد التحكيم وذكر أنه لا يخلو من الضرر بالمتخصصين، وذلك لعدة أسباب:⁽²⁾

1. لأن الخصوم سيوكلون الأمر إلى المحكمين في التصرف في حقهم على غير حد معلوم، فهو من هذه الوجهة أشد خطراً من الصلح، لأنهم يكونون على علم مقدماً بقيمة ما هو متنازل عنه.
2. إن نزول الدول عن اختصاص قضائها الوطني بشأن العقود الدولية التي تبرمها المصارف عادة، وتحكم فيها مركز تحكيم أجنبي، بمثابة اعتبار ضمني بعدم حيده قضائها، أو على الأقل عدم قدرة وكفاءة قضائها على حل تلك المنازعات.
3. نظراً لعدم تمتع المحكم بسلطات القاضي، فإنه يجد نفسه ملزماً باللجوء إلى القضاء الوطني للحصول على حجز أو أي قرار مستعجل يصدر عن القضاء لصفته الملزمة، حيث لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم مكتب إدارتها وذلك بعد الاطلاع على

(1) عبد العزيز بن سعد، تسوية المنازعات المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1429هـ، ص

(2) أنظر: حمزة الحداد، مرجع سابق، ص 46. هاني سري الدين، مرجع سابق، ص 17.

الحكم ووثيقة التحكيم والتثبت من أنه لا يوجد مانع من تنفيذه⁽¹⁾، وتختص هذه المحكمة بتصحيح الأخطاء المادية في حكم المحكمين بناء على طلب ذوي الشأن بالطرق المقررة لتصحيح الأحكام. 4. مع أن التحكيم في الغالب يساعد على اختيار محكمين من ذوي الخبرة، إلا أنه قد يؤدي أيضاً لتولي أشخاص تنقصهم الكفاءة أو الخبرة التخصصية في القضية، نتيجة لاختيار الأطراف لمحكميهم لاعتبارات مرتبطة بالعلاقات الشخصية، خوفاً من عدم الحياد، في حين يتولى أمر قضاء الدولة قضاة محترفين، وמתرسون بدراسة القضايا وتحقيقها.⁽²⁾

وترتيباً على ما تقدم من دراسة المزايا التي يقدمها نظام التحكيم في النزاعات المصرفية ومقارنتها مع المساوي التي يتضمنها التحكيم، يتضح أنه يمكن التغلب على هذه المساوي، وهي لا تعد ذات شأن بالمقارنة مع المزايا التي يقدمها التحكيم من سرعة ومرونة وسرية وخبرات لدى المحكمين، قد لا تتوفر في القضاة، وكذلك ضمان حياد المحكم خشية من انحياز القاضي لقوانين أو مواطني بلده، وتلافي الأحقاد بين الخصوم، والحصول على حكم نهائي وقابل للتنفيذ دولياً، ومراعاة خصوصية العمليات المصرفية ومنازعاتها. وعلى الرغم من الانتقادات وغيرها، فإن التحكيم أصبح من مظاهر العصر وضروراته، ولم تقف هذه الانتقادات عن رواج الاتفاق على التحكيم، واتساع أغراضه، خصوصاً في المعاملات المالية والتجارية، نظراً لأهميته الكبيرة في المعاملات، لاسيما ما كان منها متميزاً بطابع التخصص أو الصفة الدولية، وهذه الانتقادات لا تكاد تذكر بجانب الفوائد والمزايا الجلييلة التي يقدمها التحكيم، وإلا لما نصت عليه مختلف قوانين العالم.

المطلب الثاني

الاتجاهات المؤيدة والمعارضة للتحكيم في المنازعات المصرفية

إن ظهور أسلوب التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المصرفية صادف رفضاً من قبل البعض على أساس حجج وأسانيد يرون من خلالها عدم صلاحية هذه الوسيلة لحسم المنازعات المصرفية، وشمل الرفض أيضاً المصارف نفسها، وهي أحد أطراف النزاع، حيث رفضت بعض المصارف اللجوء إلى

(1) أنظر المادة (215) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

(2) عبد العزيز بن سعد، مرجع سابق، ص 55.

التحكيم بسبب وجود ما أخذ عديدة عليه ترفع نسبة المخاطر القانونية والقضائية، والتي تعد من مخاطر العمل المالي والمصرفي.⁽¹⁾

وعلى الرغم من أن أسلوب التحكيم وجد له القبول الكبير في الكثير من المعاملات التجارية كعقد البيع الدولي للبضائع وعقود الإنشاءات الدولية، وعقود نقل التكنولوجيا، إلا أنه لم يصادف هذا القبول بالنسبة للمنازعات الناشئة عن المعاملات المصرفية، حيث تلجأ المصارف إلى القضاء لحسم منازعاتها، وفيما يلي نستعرض الاتجاهات المعارضة والمؤيدة للتحكيم في المنازعات المصرفية:

الفرع الأول

الاتجاهات المعارضة للتحكيم في المنازعات المصرفية

يرى البعض⁽²⁾ أنه لعدم وجود أعراف وقواعد مصرفية مقبولة عالمياً تواترت على تطبيقها الأحكام القضائية في معظم أنحاء العالم، حتى أصبح قانون المعاملات البنكية كما لو كان قانوناً موحداً عالمياً، والذي سهل اللجوء للقضاء. وعلى سبيل المثال إن إبرام عقود القروض الدولية التي تتم بين المشروعات أو يكون أحد أطرافها لتقديم قرض مشترك يتضمن العقد شرط لإحالة النزاعات على القضاء لإحدى الدول حسب ما اتفق عليه الطرفين، كأن يكون القضاء الإنجليزي مثلاً، وكذلك اختيار القانون الإنجليزي لحسم النزاع، وسبب ذلك يعود لأن عرض المنازعات المصرفية على هيئة تحكيمية يكون غالباً غير مستحب لرجال المصارف، إذ أن لديهم القناعة بأن محاكم الدولة أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة المنازعات والفصل بما طبقاً للقانون الواجب التطبيق أو لاتفاق المتعاقدين.⁽³⁾

ويرى بعض المعارضين للتحكيم في المنازعات المصرفية أنه نظراً لعدم وجود محكمين معروفين عالمياً في مجال العمليات المصرفية الدولية، يضاف لذلك أن النظام التحكيمي مكلف من الناحية المالية على عكس القضاء، كما أن هناك خشية لدى الأطراف المتنازعة من تطبيق التحكيم على منازعاتهم، لأنه قد يؤدي إلى الابتعاد عن تطبيق القانون وتحل مبادئ العدالة محله، حيث أن مراكز وهيئات التحكيم تحاول بطبيعتها التوفيق والصلح بين المصالح المتعارضة، وهذا قد يؤدي إلى ضياع حقوق المصارف

(1) مصطفى ناطق صالح، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعات المصرفية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الخامس عشر، العدد الثالث والخمسون، أبريل 2017م، ص 38.

(2) نجيب عبده، التحكيم في المنازعات المصرفية، مجلة القضائية، وزارة العدل اليمنية، العدد الثالث، يونيو 2013م، ص 41.

(3) محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 1146.

والمؤسسات المالية الدائنة، أضف لذلك عدم وجود سوابق تحكيمية بالتعامل المصرفي يمكن لهيئة التحكيم الرجوع إليها.⁽¹⁾

ويضاف لأسانيد المعارضين أيضاً حالة التأخر أو عدم قيام أحد أطراف النزاع باختيار المحكم المفرد والتوافق عليه أو اختيار محكمه عندما يتعدد المحكمون، وهذا بالتالي يؤدي لضياح الوقت ويضيع مزايا التحكيم بالسرعة في حسم المنازعة، وبالتالي يكون حسب هذا الرأي القضاء هو الأقدر لحسم المنازعات المصرفية كون أن القاضي لا يتم اختياره من قبل المتنازعين.⁽²⁾

ومن المشكلات أيضاً التي يستعرضها المعارضون للتحكيم في المنازعات المالية والمصرفية، هو عدم قدرة هيئات التحكيم في اتخاذ الإجراءات الوقتية (التحفظية) والتي يكون لها دور كبير في المنازعات المصرفية، وعمليات المصارف.

ويتضح مما سبق أن هذا الاتجاه المعارض، ينظر للتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المصرفية (الداخلية والدولية) بعين الريبة والشك وعدم الثقة، حيث يفضل أن يكون لقضاء الدولة الكلمة العليا في الفصل في تلك الأنواع من المنازعات.

الفرع الثاني

الاتجاهات المؤيدة للتحكيم في المنازعات المصرفية

على الرغم من وجود الآراء التي ترفض التحكيم لحسم المنازعات المصرفية، ظهر اتجاه آخر مضاد للأول يذهب ويرد على الاتجاه الراض بالتحكيم في المنازعات المصرفية، وله حججه وأسانيد في ذلك، ولقد رد على الكثير من حجج الراضين للتحكيم في حسم المنازعات المصرفية، لأن الموقف التقليدي الراض للتحكيم لا يمكن أن يبقى مستمراً في ظل التطورات التي يشهدها ولا يزال القطاع المصرفي، كظهور وانتشار المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، والتعامل المصرفي الإلكتروني، فهذه الأنواع تتميز بخصائص فنية تخصصية إلى حد بعيد، ولم تتكون بعد الأعراف والقواعد محلياً أو دولياً التي يمكن

(1) حسين شحادة، مرجع سابق، ص 27.

(2) عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال العمليات المصرفية، مركز حقوق عين شمس، القاهرة، 2009، ص 63.

أن يستند إليها لحسم المنازعات التي تنشأ عنه بصورة متوازنة أو مقبولة، تحقق مصالح المصارف، ولا تضيع مصالح العملاء في نفس الوقت.⁽¹⁾

وعليه فإنه من وجه نظر هذا الاتجاه أن اللجوء للقضاء ليس طريقاً مقبولاً لفض المنازعات المصرفية بأشكالها المختلفة، كون العلاقة بين أطرافها تقوم على السرعة والسرية، ولا تتحمل بطء إجراءات التقاضي أمام المحاكم وعلاقتها التي تضر الطرفين وتسيء إلى سمعتهما. وعليه فالمصرف سينحاز للتحكيم كطريق مثالي، لأن القضايا التي تترجم إلى زمن يستغرقه نظرها والفصل بها، والزمن بالنسبة للمصرف هو نقود، لأنه يتحول لديه لعوائد استثمار يحصل عليها ويعود بالباقي لعملائه ومساهميها، فليس من المعقول أن تقوم المصارف بإقامة دعواها أمام المحكمة وطريق التحكيم متاح بمزاياه المتعددة لإنجاز المهمة من قبل محكمين ذوي خبرة وكفاءة.

أضف لذلك احتياج المنازعات المصرفية لخبرة وتخصص المحكم فيها، لا كما ادعى أصحاب الاتجاه الرافض إلى أنه لا أهمية لمسألة تخصص وخبرة المحكم، نظراً لما يقدمه هذا التخصص من فوائد تتمثل بتعميق مفاهيم التحكيم المهنية في مجال المعاملات المالية المصرفية المتميزة بالدقة والتفصيل، وحشد كل الطاقات لفائدة هذا القطاع، نظراً للنمو المتسارع للمؤسسات المالية والمصرفية التقليدية والإسلامية، فعلى سبيل المثال: يعد شرط التخصص لحسم المنازعات المصرفية مسألة إلزامية لدى لجنة حسم المنازعات المصرفية في لجنة تسوية المنازعات بالسعودية التابعة لمؤسسة النقد العربي السعودي، والتي تأسست بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 8/829 في 1407/7/7 هـ.⁽²⁾

ومن كل ما تقدم يمكن الرد على حجج المعارضين للتحكيم في المنازعات المصرفية باعتماد أسلوب التحكيم المؤسسي تحت مظلة المراكز والمؤسسات التحكيمية المتنوعة، لأن هذه المؤسسات والمراكز التحكيمية هي الأقدر على تجاوز الكثير من الصعوبات والمشكلات عند اللجوء للتحكيم، حيث من الممكن إنشاء لجنة تحكيمية داخل هذه المراكز يجمع أعضاؤها بين الصفة القضائية والمصرفية وبين القطاع العام والخاص، وأن يكون رئيس اللجنة برئاسة قاضي له خبرة في القضايا التجارية والمصرفية، بالإضافة إلى أشخاص لهم خبرة مصرفية قانونية والمشهود لهم بالأخلاق وحسن السيرة والسلوك، ولا بد

(1) أنظر: عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 64. فلاح موسى الزهراني، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول

مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010م، ص 71.

(2) زيد حنش عبد الله، التحكيم الدولي الخاص - طبيعة التحكيم في المنازعات المصرفية وصفته، بحث منشور في مجلة

البحوث القضائية، المكتب الفني للمحكمة العليا اليمنية، العدد الثالث، أبريل 2008م، ص 57.

كذلك من إعداد شروط التحكيم بشكل جيد، ومتناسك، وتضمن العقود مثل هذه الشروط لحل أي نزاع يظهر بين الطرفين.

أما بالنسبة للحجة القائلة بأن المعاملات المصرفية تحتاج لإجراءات تحفظية لا تملك هيئات التحكيم القيام بها، فإن هناك من الإجراءات ما يحق لأطراف التحكيم تحويل هيئة التحكيم للقيام بها كالطلب إلى هيئة التحكيم الحجز على خطابات الضمان، أو الأمر بعدم تسجيلها، أما إجراءات الجبر أو الإجراءات التي تحتاج للقضاء للقيام بها كتوقيع الحجز القضائي، أو فرض الحراسة القضائية، فالكثير من التشريعات التحكيمية تنص على أتم الاتفاق على التحكيم لا يمنع أطراف النزاع من اللجوء للقضاء للأمر بهذه الإجراءات⁽¹⁾.

أما بالنسبة لتنفيذ القرار التحكيمي، فمن الممكن أخذ الضمانات المصرفية من الطرفين المتنازعين لغرض تنفيذ القرار التحكيمي بشكل طوعي واختياري، وكذلك اعتبرت بعض التشريعات ومن التشريع الإماراتي القرار التحكيمي على المحكوم عليه وإجباره على التنفيذ من خلال وضع اسمه على القائمة السوداء لجميع المصارف كعقوبة على عدم التنفيذ، وباعتبار أن المصرف المركزي يشرف على كل المصارف ويلزمها بتنفيذ القرارات التحكيمية في حال خسارتها، كما يلزمها بعدم التعامل مع هؤلاء العملاء، وعليه دعا البعض لإيجاد هيئة عامة تابعة للمصرف المركزي بالدول أو بين المصارف والعملاء من جهة على أن تمنح هذه الهيئة صلاحيات قضائية من حيث إيقاع الحجز الاحتياطي وتنفيذ قراراتها التحكيمية كقرارات قضائية⁽²⁾.

ونجد أن المادة (18) من القانون المصري رقم 48 لسنة 1977 والخاص بإنشاء بنك فيصل الإسلامي قد نصت على أن: (إن المنازعات التي تنشأ بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد فإنه يتم الفصل فيها نهائياً بواسطة هيئة من المحكمين...)، وعليه نجد هنا أن أسلوب التحكيم الإجمالي على أطراف النزاع، مما يعني أن المؤسسات المصرفية والمالية يمكن أن تضع لها اتفاقاً للتحكيم

(1) أنظر الفقرة المادة (3/216) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة (1495) من قانون التحكيم المصري.

(2) أنظر المادة (1/216) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والتي تنص على أن: (1- لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم مكتب إدارتها وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم والتثبت من أنه لا يوجد مانع من تنفيذه وتختص هذه المحكمة بتصحيح الأخطاء المادية في حكم المحكمين بناء على طلب ذوي الشأن بالطرق المقررة لتصحيح الأحكام)

خاص بها، وإجراءات تحكيمية معينة للسير عليها عند ظهور أي نزاع من جانب العملاء، مما يعطي ذلك نقطة إيجابية مهمة في اللجوء للتحكيم في مثل هذه المنازعات⁽¹⁾.

ولقد استخدم التحكيم في القطاع المصرفي بشكل واسع في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1986م عندما أدرج بنك أمريكا شروط تحكيم ملزمة في جميع وثائقه المصرفية، وتبعته في ذلك معظم المصارف الأمريكية الأخرى، ومنذ عام 1992م قرر بنك أمريكا جعل التحكيم هو الوسيلة التي يتفق عليها عملائه حتى في المعاملات الفردية الخاصة، وبشقي أنواع الحسابات الشخصية، كما توجت دعوات مناصري التحكيم في المنازعات المصرفية بإقامة الندوات والمؤتمرات كداعم أساسي ومهم لهذا الاتجاه، ومن بينها ندوة اتحاد بنوك مصر بعنوان "التحكيم كبديل للتقاضي" عام 1996م حيث دعت الندوة إلى اللجوء للتحكيم بدل القضاء نظراً لمزاياه المهمة، وأوصت الندوة منح هيئات التحكيم صلاحية الأمر بالتدابير التحفظية اللازمة للمنازعات المصرفية، وعلى أن يوضع شرط التحكيم في عقود فتح الحساب الجاري وخطابات الضمان، والاعتمادات المستندية⁽²⁾.

ونجد من خلال ما سبق أن الأخذ بالاتجاه المؤيد للتحكيم في حسم المنازعات المصرفية متوقف على الأخذ بالشروط والأسس التي جاء بها هذا الاتجاه حتى يكون نظام التحكيم بهذا المجال ثابت ومتماسك بأرضية صلبة يكتب لها النجاح في حسم هذه المنازعات الخاصة بالمصارف.

المطلب الثالث

مراكز ومؤسسات التحكيم الخاصة بحسم المنازعات المصرفية

إن التطور الذي وصل إليه التحكيم أدى لإيجاد العديد من المراكز التحكيمية في أرجاء العالم وإلى نشوء العديد من القواعد التحكيمية على اختلاف أنواع المنازعات، ومادنا بصدد التحكيم في المنازعات المصرفية، وعلى الرغم من جواز التجاء هذه المؤسسات إلى أية قواعد أو مراكز تمارس التحكيم، إلا أنه ظهر في الآونة الأخيرة التحكيم المتخصص وهو ما نعني به التحكيم المصرفي⁽³⁾. ونظراً للمزايا التي يتمتع بها اللجوء للتحكيم المؤسسي عند حسم المنازعات المصرفية، حيث يوفر أجهزة فنية وطاقات بشرية قادرة على متابعة القضية بالكامل، مع وجود شفافية تعيين المحكمين، من خلال المركز إذا كلف بذلك، حيث يتم الاختيار من بين الأقدر والأكثر خبرة في ذلك، وأيضاً حفظ

(1) محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 1148.

(2) عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 73.

(3) حسين شحادة، مرجع سابق، ص 34.

الملفات بأرشفيف المؤسسة لعدة سنوات، وتوفر هذه المراكز القدرة على إصدار القرارات الوقتية أو التمهيدية عند بدء إجراءات التحكيم.⁽¹⁾ وعليه سنركز في هذا المطلب على المراكز التحكيمية التي تهتم بالدرجة الأولى بالمنازعات المصرفية والمالية، وذلك كالآتي:

أولاً: التحكيم لدى اتحاد المصارف العربية

أقر اتحاد المصارف العربية في لبنان، نظام خاص للوساطة والتحكيم لدى هذا الاتحاد منذ عام 1980م، مع ضرورة توافر الشرطين الآتيين:⁽²⁾

1. أن يكون أحد أطراف النزاع على الأقل عضواً في الاتحاد.

2. أن يكون هناك اتفاق تحكيمي بين الطرفين على الإحالة لقواعد هذا الاتحاد.

وتضمنت قواعد المركز كونه من أنظمة التحكيم المؤسسي المتخصص بالمنازعات المصرفية، مجموعة من القواعد الخاصة بطلب التحكيم وتقديمه من أحد الطرفين للأمانة العامة للاتحاد، ولا بد من الرد عليه من المدعى عليه بعد أن يتم تبليغه به، ويرد عليه خلال 30 يوماً من تاريخ قيام الأمانة العامة بتبليغه وهذه المدة قابلة للتמיד مرة واحدة بـ20 يوماً فقط، وبموافقة الأمانة العامة للاتحاد، ولا بد أن يتضمن الرد دفاع المدعى عليه واسم المحكم الذي يختاره وإن لم يقدم المدعى عليه طلب خلال تلك المدة تستمر إجراءات التحكيم بناءً على طلب المدعي.⁽³⁾

أما بالنسبة لما جاء به الاتحاد من قواعد تخص اختيار المحكم، ففي حالة المحكم المفرد يمنح الطرفان مدة 30 يوماً للاختيار وإلا تولى الاختيار مجلس إدارة الاتحاد، أو اللجنة التي يختارها المجلس للنظر في الأمور المتعلقة بالتحكيم، وعند عدم اتفاق الأطراف على التعيين، يتم نظر النزاع من قبل ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكمه، أما المحكم الثالث يعين من مجلس الإدارة أو اللجنة كرئيس لهيئة التحكيم، ويمكن أن تطبق كل قواعد الرد والتنحي هنا تجاه أي محكم تتوافر فيه أية شكوك حول حيده أو ثقته، ويتم ذلك من خلال طلب استدعاء يقدم للأمانة العامة وتقوم برفعه لمجلس الإدارة، وتفصل فيه بقرار مسبب غير قابل للطعن، أما من حيث الإجراءات فتتم حسب الاتفاق ما بين الطرفين أو عند عدم وجود الاتفاق تطبق إجراءات الاتحاد، وعلى المحكم أو هيئة التحكيم إصدار الحكم خلال ستة أشهر

(1) هاني سري الدين، مرجع سابق، ص 29.

(2) جمال عسكر، مرجع سابق، ص 265.

(3) محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص 29.

من توقيع وثيقة مهمة هيئة التحكيم، ويجوز التمديد لهذا الموعد بقرار من مجلس الإدارة أو اللجنة بناءً على طلب مسبق من هيئة التحكيم، إلا أنه لا يجوز التمديد لأكثر من ثلاث مرات. ونجد مما سبق أن قواعد وإجراءات اتحاد المصارف العربية متوافقة إلى حد كبير مع قواعد التحكيم المعروفة دولياً.⁽¹⁾

ثانياً: المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي

وهو عبارة عن مؤسسة دولية مستقلة لا تهدف إلى الربح، تم تأسيسه بتضافر جهود كل من البنك الإسلامي للتنمية، والمجلس العام للبنوك الإسلامية، والمؤسسات المالية الإسلامية، ويقع مقر المركز في إمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، حيث تم الاتفاق والتوقيع على اتفاقية مقر المركز بطهران في عام 2005م، وبدأ نشاطه الفعلي في عام 2007م.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى مشاركة أكثر من 56 مصرفاً ومؤسسة مالية من دول الشرق الأوسط والخليج العربي والعالم بتأسيسه، ويبلغ حجم القضايا التي ينظرها المركز ما بين 3-4% من إجمالي القضايا التي تعرض في المراكز الأجنبية، ويهدف المركز إلى تنظيم الفصل في النزاعات المالية والمصرفية التي تنشأ بين المؤسسات المالية والتجارية، أو بينها وبين عملائها، أما عن صيغة شرط ومشاركة التحكيم الخاصة بالمركز فهي كالآتي:⁽³⁾

- بالنسبة للشرط: إذا نشأ خلاف بين الطرفين (الأطراف) حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية (العقد) يحال النزاع إلى هيئة تحكيم تفصل في النزاع بحكم ملزم ونهائي طبقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في نظام المركز.

(1) وثيقة المهمة: هي وثيقة تعدها هيئة التحكيم تتضمن أسماء كل الأطراف وألقابهم وصفاتهم وعناوينهم، وكذلك عناوين الأطراف الذين يرسل إليهم التبليغ، وعرض مختصر لمطالب الأطراف ولائحة الأمور المتنازع عليها ما لم ترى المحكمة أنه من غير الملائم إجراء ذلك، وكذلك تتضمن أسماء وألقاب وصفات المحكمين، ومكان التحكيم، وأمور تتعلق بالقواعد الإجرائية، وإن أمكن الإشارة للسلطة الممنوحة للمحكمة، ولا بد من توقيع الوثيقة من قبل الأطراف ومن المحكمة، وقد أخذت بهذا الإجراء المادة (18) من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لعام 1998م. أنظر: هاني سري الدين، مرجع سابق، ص 31.

(2) زيد حنش عبد الله، التحكيم الدولي الخاص - طبيعة التحكيم في المنازعات المصرفية وصفته، بحث منشور في مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني للمحكمة العليا اليمنية، العدد الثالث، أبريل 2008م، ص 139.

(3) عبد الستار الخويلدي، المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم - رؤية شرعية معاصرة لفض المنازعات في مجال الصناعة المالية، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية، دبي، 2009م، ص 15.

- صيغة المشاركة: إذا نشب بين الطرفين خلاف أو نزاع بسبب (يذكر بإيجاز مضمون الخلاف وطبيعته) وتسوية لهذا النزاع يوافق الطرفان بموجب هذا الشرط على أن يحال النزاع إلى التحكيم للبت فيه بشكل ملزم ونهائي طبقاً لقواعد وإجراءات المركز.

ولقد اشترطت المادة (10) من قواعد المركز على أن: "يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو القضاء أو من ذوي الخبرة العالية، والاطلاع الواسع في التجارة والصناعة ومن الملمين بأحكام الشريعة الإسلامية، وأن يكون متمتعاً بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة والاستقلال في الرأي". ويلاحظ أن قواعد المركز وخاصة المادة (11) منها أكدت على أن على المحكمين الالتزام بالقانون المختار من قبل أطراف النزاع وعند عدم تحديده فإن مهمة هيئة التحكيم تنهض لغرض اختيار القانون الأكثر التصاقاً بالعقد محل النزاع مسترشدة بمكان انعقاد العقد، ومكان تنفيذه، وجنسية المتعاقدين، وموطنهما، وفي كل الأحوال على هيئة التحكيم استبعاد أية قواعد قانونية تتعارض وتخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وللهيئة أن تختار من المذاهب الإسلامية وآراء المجامع الفقهية واجتهادات هيئات الرقابة الشرعية⁽¹⁾ في المؤسسات المالية الإسلامية ما تراه مناسباً لموضوع النزاع.

بالإضافة لما سبق يتمتع المركز بمرونة في إجراءاته، حيث إن أسلوب التحكيم يتأثر بالقانون الوطني ومن الممكن إجراء التحكيم - على الرغم من وجود مقره في دبي - في أي مكان بالعالم حسب ما تراه هيئة التحكيم مناسباً لذلك (المادتين 3 و 6 من لائحة الإجراءات)، ويهتم المركز بإعداد خطط أساسية كالبرامج التدريبية لغرض تأهيل المحكمين في مجال فض المنازعات المالية، عبر برنامج تدريبي عال المستوى، وبالنسبة للغة التحكيم فيعطي المركز مرونة في اختيار اللغة، حيث أن الأصل فيها هي اللغة العربية⁽²⁾، إلا أن ذلك لا يمنع من اختيار أية لغة أخرى، مع ضرورة مراعاة أن لغة القرار التحكيمي لا بد أن تكون باللغة العربية⁽³⁾.

(1) هيئة الرقابة الشرعية: هي الهيئة الشرعية للمصرف التي تقوم بوضع وإقرار الصيغ التي يعمل بها المصرف ومراجعة معاملاته وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. أنظر: خالد أمين، العمليات المصرفية الإسلامية، دار وائل، عمان، 2008، ص 114.

(2) نصت المادة (212) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أن: (4..- ويجب أن يصدر حكم المحكم في دولة الإمارات العربية المتحدة وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي. ... 6- ويجوز الحكم باللغة العربية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك وعندئذ يتعين أن ترفق به عند إيداعه ترجمة رسمية....).

(3) عبد الستار الخويلدي، مرجع سابق، ص 18.

ونظراً لما يوليه المركز من اهتمام بصياغة القرار الذي قد يحتوي على مصطلحات فقهية، قد يصعب في كثير من الأحيان ترجمتها قد تؤدي إلى تغيير معناها الحقيقي، ولا بد أن يصدر القرار خلال مدة لا تزيد عن ستة أشهر من يوم إحالة الملف لهيئة التحكيم⁽¹⁾.

ثالثاً: غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية

صدر المرسوم رقم 30 لسنة 2009 بشأن غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية، حيث عقد الاختصاص لهذه الغرفة بموجب المادة (9) منها بالفصل في المنازعات الآتية - والتي ينعقد الاختصاص بنظرها في الأصل لمحاكم البحرين أو لأية هيئة ذات اختصاص قضائي فيها متى زادت قيمة المطالبة عن 500 ألف دينار - وهي:⁽²⁾

1. المنازعات بين المؤسسات المالية المرخص لها بموجب أحكام قانون مصرف البحرين المركزي أو بينها وبين غيرها من المؤسسات والشركات الأخرى والأفراد.

2. المنازعات التجارية الدولية.

والجدير بالذكر أن إنشاء هذه الغرفة وافتتاحها رسمياً في عام 2010م تم إلغاء المرسوم رقم 9 لسنة 1993 والخاص بإنشاء مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي من قواعد الغرفة، وهذا بالنتيجة يؤدي لانتقال نوع التحكيم في البحرين من التحكيم الاختياري القائم على أساس حرية واختيار الأطراف المتنازعة إلى التحكيم القضائي وهو في الأصل تحكيم إجباري، وعليه توفر غرفة البحرين هيئة مختلفة مؤلفة من قضاة ومحكمين واختصاصاتها تنقسم إلى نوعين:

- الأول: محدد ومقرر بحكم القانون ومتعلق بقيمة المنازعات التي يجوز عرضها على الغرفة.

- الثاني: المنازعات التي تعرض عليها باتفاق الأطراف.

وعلى الرغم من اقتراب تسوية المنازعات في الغرفة لأسلوب المحكمة القضائية أكثر منه للتحكيم، إلا أن قواعد الغرفة أعطت الحرية لأطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المادة 11) وإذا لم يحدد طبق القانون البحريني وكذلك حرية الأطراف في اختيار اللغة أو اللغات المستخدمة في إجراءات التحكيم (المادة 12)، كما نصت المادة (31) من القواعد على الإجراءات

(1) عبد الستار الخويلدي، مرجع سابق، ص 19.

(2) فلاح موسى الزهراني، مرجع سابق، ص 74.

الوقتية والتحفظية، حيث يندب بقرار من المجلس الأعلى للقضاء قاضي يختص بإصدار القرارات اللازمة للسير في إجراءات تسوية النزاع.⁽¹⁾

ونجد مما سبق أن طبيعة التحكيم في غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية هو قضائي، وأن المحكم يكون محكماً بالقضاء، وهي لا تدخل ضمن الحريات الكاملة التي يدخل فيها التحكيم التجاري، وأن الطرفين عندما يتفقون عليها فكأنما اختاروا محكمة، وليس تحكيمياً تجارياً بشأن المنازعات المالية والمصرفية.

رابعاً: مركز دبي المالي العالمي

أنشئ المركز في عام 2004 وهو عبارة عن سوق مالية حرة بداخلها أهم وأكبر المؤسسات المالية في المنطقة، ولقد عدلت قواعده في الآونة الأخيرة بموجب القانون رقم 1 لسنة 2008 وابتدأ العمل بها في شهر سبتمبر 2009، حيث أعطي الحق للأطراف خارج نطاق مركز دبي المالي العالمي في أية عقود سواء لها علاقة بالمركز أم لا، من أن يختاروا المركز مكاناً للتحكيم، ومع إعطاء حرية في عقد جلسات التحكيم في أي مكان يراه المركز مناسباً (المادة 27)، وأخذ المركز بالسرية في نظر النزاع وإجراءات التحكيم بموجب المادة (14) منه، ومسألة اختيار المحكمين كمفرد أو أكثر من واحد (هيئة تحكيمية) بشرط أن يكون عددهم وتراً (المادة 16).⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن قواعد المركز تتضمن (44) مادة قانونية وهي مشابهة إلى حد ما بالقواعد التحكيمية الدولية بما تضمنته من اتفاق التحكيم ومروراً ببدء إجراءات التحكيم ونظر النزاع، ووصولاً بصدور حكم التحكيم وتنفيذه، وتمارس محكمة مركز دبي المالي العالمي الناطقة باللغة الإنجليزية دوراً رقائياً ومساعداً لسير التحكيم.⁽³⁾

خامساً: هيئات التحكيم بالمصارف المركزية

تلعب المصارف المركزية لدى عدد من الدول دوراً مهماً في إنشاء هيئات ولجان للوساطة والتحكيم لحسم المنازعات المصرفية، ففي مصر نصت المادة (38) من قانون البنوك والائتمان المصري رقم 163 لسنة 1957 وتعديلاته على أن: (يجوز للبنوك أن تكون فيما بينها اتحاداً أو أكثر على أن يعتمد نظامه

(1) فلاح موسى الزهراني، مرجع سابق، ص 76.

(2) هاني سري الدين، مرجع سابق، ص 52.

(3) هاني سري الدين، مرجع سابق، ص 54.

مجلس إدارة البنك المركزي (...)، وحددت المادة وظائف هذا الاتحاد، ومن بينها الاتفاق على نظم وإجراءات موحدة لحسم المنازعات المصرفية.⁽¹⁾

وترتيباً على ما تقدم، وعلى الرغم من تعدد هيئات ومراكز التحكيم في العمليات والمعاملات المصرفية والمالية في الوطن العربي، مثل: مركز دبي المالي العالمي، وغرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية، والمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي وهيئات التحكيم بالمصارف المركزية، وما تتمتع به تلك المراكز من مرونة في إجراءاتها، إلا أنه ولتجاوز عدد من الصعوبات بخصوص صلاحية وسلطات المحكمين، يجب إخضاع المؤسسة التحكيمية للمصرف المركزي في كل دولة، كما يجب إدارتها كمؤسسة قضائية أسوة بمحكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس في عام 1923م، بالإضافة إلى أعمال الرقابة والتفتيش القضائي على أعمال المحكمين.

المراجع

1. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
2. فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008م.
3. حسين شحادة، التحكيم في منازعات العمليات المصرفية، مجلة القضائية، الرياض، العدد الرابع، رجب 1433هـ.
4. جمال عسكر، وسائل حسم المنازعات في العمليات المصرفية، ندوة (دور اتحاد البنوك في المرحلة الانتقالية للتحكيم)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 21 يونيو 2008م.
5. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في المعاملات المصرفية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، كلية القانون، 10-12 مايو 2003م.
6. هاني سري الدين، أهمية التحكيم وضرورته للقطاع المصرفي، ندوة (دور اتحاد البنوك في المرحلة الانتقالية للتحكيم)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 21 يونيو 2008م.
7. محمد سليم العوا، التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، كلية القانون، 10-12 مايو 2003م.

(1) فلاح موسى الزهراني، مرجع سابق، ص 79.

8. حمزة الحداد، التحكيم في المنازعات المصرفية، ندوة (التحكيم في القضايا المصرفية وأثره على تسوية المنازعات)، عمان، 21 مارس 2000م.
9. عبد العزيز بن سعد، تسوية المنازعات المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1429هـ، ص 53.
10. مصطفى ناطق صالح، دور التحكيم التجاري في حسم المنازعات المصرفية، مجلة الراشدين للحقوق، المجلد الخامس عشر، العدد الثالث والخمسون، أبريل 2017م.
11. نجيب عبده، التحكيم في المنازعات المصرفية، المجلة القضائية، وزارة العدل اليمنية، العدد الثالث، يونيو 2013م.
12. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال العمليات المصرفية، مركز حقوق عين شمس، القاهرة، 2009م.
13. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 64. فلاح موسى الزهراني، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010م.
14. زيد حنش عبد الله، التحكيم الدولي الخاص - طبيعة التحكيم في المنازعات المصرفية وصفته، بحث منشور في مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني للمحكمة العليا اليمنية، العدد الثالث، أبريل 2008م.
15. زيد حنش عبد الله، التحكيم الدولي الخاص - طبيعة التحكيم في المنازعات المصرفية وصفته، بحث منشور في مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني للمحكمة العليا اليمنية، العدد الثالث، أبريل 2008م.
16. عبد الستار الخويلدي، المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم - رؤية شرعية معاصرة لفض المنازعات في مجال الصناعة المالية، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية، دبي، 2009م.

دور المحكمين في الإثبات

وما يرد عليه من قيود

إعداد الباحثة: عائشة سيف علي المسلماني النقبلي.

الطالبة ماجستير القانون الخاص

بكلية القانون – جامعة الشارقة

المقدمة

أصبح التحكيم الآن هو الوسيلة المثلى التي يتجه إليها الأفراد والدول لحسم المنازعات التي قد تنشأ بينهم. كما يعتبر التحكيم طريقاً غير تقليدي لفض المنازعات، ولا يقتصر دوره على فض المنازعات، إلى جانب قضاء الدولة، وإنما أصبح ينافس قضاء الدولة في حكم المنازعات على المستويين الداخلي والخارجي.

ويلاحظ أنه على الرغم من وفرة الأبحاث والدراسات التي تناولت التحكيم إلا أنها لم تتناول بالتفصيل موضوع هام، ألا وهو دور المحكم في الإثبات وفقاً للقانون الإماراتي. ولذا فقد كان الدافع وراء اختيار هذا الموضوع هو أن الفقه الحديث قد تناول سلطات المحكم بشكل عام دون تخصيص دراسة مفصلة لسلطاته في عملية الإثبات على الرغم من الأهمية الكبرى لهذا الموضوع، خاصة وأن موضوع الإثبات أمام المحكمين يثير الكثير من المشكلات، واختلاف الحلول القضائية في تحديد دور المحكم في عملية الإثبات.

ويقصد بالخصومة التحكيمية بشكل عام مجموعة الإجراءات التحكيمية المتتابعة التي يساهم فيها أطراف التحكيم وممثلهم، وهيئة التحكيم، وأعوانها بغرض الحصول على الحكم في الموضوع. وتلك الخصومة تمر بمراحل تبدأ بالطلب التحكيمي، مروراً بمرحلة الإثبات، والمرافعة، ووصولاً إلى الحكم في الموضوع، ولا شك أن من أهم هذه المراحل وأخطرها، مرحلة الإثبات، والإثبات بمعناه القانوني هو إقامة البرهان على حقيقة واقعة يؤكدتها في الخصومة أحد طرفيها وينكرها الطرف الآخر مع تمكن كل خصم من الحصول على الدليل من خصمه أو الغير. ومن ثم يكون الإثبات هو سلاح الخصوم في معركة الخصومة التحكيمية.

ويهدف الإثبات إلى اقناع المحكم أو هيئة التحكيم بصحة الواقعة التي يرد عليها ، ويتحقق هذا الهدف إذا توافرت لدى المحكم عناصر إقناع كافية بصحة الواقعة.

وبناء على ذلك تسعى الدراسة إلى تسليط الضوء على القواعد الإجرائية العامة للإثبات والتي تدور حول سلطة تنظيم إجراءات الإثبات أمام المحكمين، ودورهم في الإثبات وما يرد عليه من قيود.

- مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في عدم وجود تنظيم تشريعي يحكم مسألة استخدام أدلة الإثبات أمام هيئة التحكيم، ولذا تسعى الدراسة لوضع قواعد تعالج كيفية طرح أدلة الإثبات أمام هيئة التحكيم ومدى إمكانية الاستعانة بكافة الأدلة المحددة في قانون الإثبات والمستخدم أمام القضاء العادي ، وكذلك بيان مدى السلطات التي يتمتع بها المحكم إزاء هذه الأدلة، والقيود التي ترد عليها. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال يدور حول مدى السلطات والاختصاصات التي يتمتع بها المحكم، وهل تتشابه مع سلطات القاضي؟

فإذا كان للمحكم سلطات في اتخاذ إجراءات الإثبات ، فهل يقوم باتخاذها بشكل مطلق أم أن عليه قيود يجب مراعاتها وهو بصدد ذلك؟ وهل هناك مبادئ أساسية يجب على المحكم مراعاتها عند النظر في النزاع المعروض عليه والفصل فيه؟.

- أهمية الدراسة:

ترجع أهمية هذه الدراسة إلى أن الإثبات ليس ركنا من أركان الحق. فالحق يوجد متى توافرت الشروط اللازمة لنشوئه، وبغض النظر عن وسيله إثباته، غير أنه من الناحية العملية فإن الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء. لذلك يعتبر الإثبات أداة ضرورية ووسيلة عملية دفعت الأنظمة القانونية المختلفة إلى تنظيم قواعده.

والإثبات كأداة ضرورية تعول عليها هيئة التحكيم في التحقق من الوقائع القانونية ، ووسيلة عملية يعتمد عليها الأطراف في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، حتى أنه ليصح القول بأن كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي أو تحكيمي يقتضي حتما وجود نظام الإثبات .

وتسعى الدراسة إلى إيجاد حلول وقواعد عملية تبين كيفية اللجوء لأدلة الإثبات ومدى سلطات المحكم إزاءها خاصة في ظل الفراغ التشريعي في هذا الشأن، وندرة الدراسات القانونية التي تجمع بين مجالي التحكيم والإثبات خاصة في القانون الإماراتي.

- أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى البحث في دور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود وفقا للقانون الإماراتي، وبالتالي تحقيق الأهداف التالية:

1- إيجاد حلول وقواعد عملية تبين كيفية اللجوء لأدلة الإثبات ومدى سلطات المحكم إزاءها خاصة في ظل الفراغ التشريعي.

2 - بيان القواعد الإجرائية العامة للإثبات أمام المحكمين من سلطة تنظيم إجراءات الإثبات أمام المحكمين ، ودور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود.

- منهج الدراسة:

تعتمد الدراسة لموضوع دور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود وفقا للقانون الإماراتي على المنهج التحليلي ، إذ يتم تحليل نصوص قانوني الإثبات والإجراءات المدنية من أجل الوصول للقواعد التفصيلية التي تحكم إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم، كما تعتمد الدراسة على المنهج المقارن من خلال النظر في القوانين المقارنة حيثما اقتضى الأمر، كالقانون "المصري" ، وذلك من أجل الوصول إلى أفضل النتائج فيما يتعلق بدور المحكمين في الإثبات والقيود التي ترد عليه.

- تقسيم الدراسة:

بناء على ما تقدم ، سوف تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، وذلك على النحو التالي:
المبحث الأول: مبدأ حياد المحكم وأثره على إجراءات الإثبات.
المبحث الثاني: سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليها من قيود.

المبحث الأول

مبدأ حياد المحكم وأثره على إجراءات الإثبات

لا يقتصر دور المحكم على الفصل في النزاع المعروض أمامه بناء على الأدلة المقدمة من قبل أطراف خصومة التحكيم ، كما أن المحكم لا يملك السلطة المطلقة في إدارة الدعوى بل يكون مقيدا بقيود، ومنها التزامه بمبدأ الحياد. وحياد المحكم معناه تجرده في عمله من أي مصلحة ذاتية له أو لغيره. وإذا كان من أهم خصائص العمل القضائي هو التزام القاضي بمبدأ الحياد بين المتخاصمين حتى يستطيع أن يمسك بميزان العدالة ويحقق المساواة بين الطرفين، فكذلك الحال بالنسبة للمحكم الذي يجب أن يتوافر فيه الحياد⁽¹⁾.

(1) د. منير يوسف حامد المناصير ، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، ص122.

ومعنى ذلك ضرورة ظهور المحكم بمظهر الحياد والنزاهة أثناء أدائه لعمله⁽¹⁾. فيجب أن تتوفر في المحكم ضمانات تتحقق معها استقلاله عن الخصوم وضمان حيده تجاههم⁽²⁾ بالشكل الذي يضمن نجاح التحكيم.

وبناء على ما تقدم، فسوف نسلط الضوء في مطلبين متتاليين على مبدأ حياد المحكم، و النتائج المترتبة عليه بشأن إجراءات الإثبات، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف مبدأ حياد المحكم.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على حياد المحكم بشأن إجراءات الإثبات.

المطلب الأول

تعريف مبدأ حياد المحكم

يعرف مبدأ حياد المحكم بأن لا تكون للمحكم أثناء أداء مهمته مصلحة شخصية قد يميل إلى تحقيقها وتؤثر عليه في تقديره للدعوى على نحو أو آخر على حساب التطبيق الموضوعي المجرد لإرادة القانون⁽³⁾، فالحياد معناه أن يتجرد المحكم من أية ضغوط داخلية تفرضها عليه مشاعره سواء كانت ضغوطاً معنوية أو ضغوطاً مادية تخرج به عن التطبيق القانوني السليم⁽⁴⁾. فمبدأ حياد المحكم لا يقصد به فقط عدم تحيز المحكم لأحد أطراف خصومة التحكيم على حساب الطرف الآخر، وإنما يقصد به أيضاً أن يقوم المحكم بتكوين عقيدته بناء على ما يقدمه الخصوم من أدلة إثبات بالطرق التي حددها القانون. وبناء على ما انتهى إليه تقديره لهذه الأدلة، وفقاً للقواعد التي ينص عليها القانون، يقوم المحكم بالفصل في النزاع المعروف أمامه. والمحكم يمتنع عن القيام بجمع أدلة الإثبات بنفسه⁽⁵⁾. وهذا المبدأ يجعل التحكيم ميزان عدل ترجح أحد كفتيه على الأخرى بقوة ما يلقيه أحد الأطراف من أدلة قانونية في خصومة التحكيم⁽⁶⁾.

وباعتبار أن شعور المحكم وميله العاطفي والذهني هي من المسائل التي ترتبط بحياده، فقد توجد ظروف في الدعوى تؤثر على حياد المحكم وتجعله يحكم بميل لصالح أحد الأطراف على حساب الطرف

(1) د. بكر عبد الفتاح سرحان، قانون الإجراءات المدنية، ص 64، د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، ص 230.

(2) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، ص 277.

(3) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني ص 218.

(4) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم، ص 95.

(5) د. أسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني الإماراتي، ص 54.

(6) د. فايز أحمد عبدالرحمن، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص 11.

الأخر، ومن هذه الظروف التي تؤثر على نفسية المحكم سبق إبداء رأيه في ذات النزاع كخبير أو مستشار قانوني أو فني، أو أن تجمع صلة قرابة أو مصاهرة أو عداوة أو مودة مع أحد الخصوم. وتجدد في هذا الشأن ملاحظة أن مسألة حياد المحكم لا تخضع لفكرة الثقة الشخصية التي قد تجمعها بأحد أطراف خصومة التحكيم، طالما أنها لم تؤثر مباشرة في نفسيته. ومن الأمور التي قد تؤثر على حياد المحكم أيضا الديانة أو العقيدة أو الجنسية، لذا حرصت هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدولي على تأكيد أهمية اختيار المحكم الواحد أو رئيس الهيئة من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف، وذلك خوفا من عدم حياده. ومسألة توافر حياد المحكم من عدمه تختلف من حالة إلى أخرى حتى لو توافرت نفس الظروف التي تحيط بالمحكم.

وحياد المحكم من المسائل النفسية المتعلقة به فيصعب إقامة الدليل على عدم وجودها، ولكن ذلك ليس مستحيلا فيمكن معرفة توافر حياد المحكم من عدمه من خلال تتبع مسلك المحكم خلال نظر خصومة التحكيم وإقامة الدليل على انحيازه لصالح أحد الطرفين حينما يقوم مثلا بإعطاء أحد الخصمين فرص أكبر للدفاع عن حقه تفوق بمراحل الفرصة التي منحت لخصمه، أو حينما يسمع شهود أحد الطرفين ولا يسمع شهود الطرف الآخر⁽¹⁾. وقد قضي تطبيقا لذلك بأنه "ولئن كان من المقرر أن اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، يوجب على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وذلك سواء كان التحكيم تحكيما عاديا أو تحكيما مع التفويض بالصلح، وتعتبر حيادة المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، إلا أن الأصل في المحكم أنه محايد ومستقل مادام قد قبل القيام بمهمته، وعلى من يدعي عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله أن يتمسك بذلك ويثبته طالما أنه قد علم بالعيب قبل صدور حكم التحكيم، وليس له بعد صدوره أن يرفع دعوى بطلانه استنادا إلى عدم توفر أيهما في المحكم، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وأقام قضاءه برفض دفاع الطاعنة الوارد بالنعي على دعامة حاصلها أنها علمت بالوقائع التي تستند عليها في نفي الحيادة عن المحكمين وذلك قبل صدور حكم التحكيم، ولم تبد ثمة اعتراض بشأنها أمام هيئة التحكيم، ومن ثم لا يقبل منها الاستناد عليها لطلب بطلانه"⁽²⁾.

(1) د. أسامة روبي عبدالعزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، ص 110111-.

(2) محكمة النقض المصرية، مدني، الطعن رقم 240، لسنة 74 قضائية، تاريخ الجلسة 20109-2، مكتب فني 61، ص 212.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على حياد المحكم بشأن إجراءات الإثبات

مبدأ الحياد يعتبر من أهم ركائز نظام الإثبات المقيد ، فلا يستطيع القاضي ومن ثم المحكم أن يكون عقيدته ويصدر حكمه إلا بناء على الوقائع والأدلة التي عرضت عليه بمعرفة الخصوم⁽¹⁾، وذلك يفرض على المحكم ألا يحكم بعلمه الشخصي. كما أن تطبيق مبدأ الحياد يرتبط بمبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع، بحيث يتعين على المحكم أن يتيح لأطراف خصومة التحكيم العلم بالأدلة المقدمة من الطرف الآخر ، كما يلزم المحكم بتسبيب حكمه. وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

مدى التزام المحكم بعدم الحكم بعلمه الشخصي

على الرغم من حرص الأطراف على توافر الخبرة في شخص المحكم الذي سيقوم بالفصل في النزاع⁽²⁾ إلا أن المحكم لا يستطيع أن يبني حكمه على معلوماته الشخصية ، فلا يؤسس حكمه على وقائع أو أدلة خارج نطاق المناقشة ، بمعنى أنه يمتنع عليه أن يستند على دليل معين يعلمه شخصياً دون أن يقدمه أحد الخصوم. فالمحكم يقتصر في تأسيسه لحكمه على ما يقدمه أطراف خصومة التحكيم من أدلة إثبات لحقوقهم في النزاع المطروح عليه، وما يبيده الأطراف أمامه من أقوال وأفعال. فيحكم في الطلبات والدفع على أساس الأدلة المقدمة من قبل الخصوم فقط وبحسب قيمة كل دليل⁽³⁾.

وهذه القاعدة تكمل في الواقع القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للمحكم أن يغير موضوع وسبب الطلب المقدم له. حيث أن المحكم عندما يقوم بالحكم بعلمه الشخصي فمعنى ذلك أنه قد أدخل في اعتباره وقائع وأدلة لم يتمسك بها الخصوم وأنه قد قام بعمل من أعمال الخصوم وغير موضوع وسبب الطلب، بحيث انه إذا لم يؤسس حكمه على الأقوال التي سمعها والمستندات التي قدمها إليه الخصوم يكون

(1) د. يوسف عبيدات، شرح أحكام الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في ضوء قانون الإثبات الإماراتي، ص20،

د.علي أبو عطية هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، ص46.

(2) د.أسامة الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، مرجع

سابق، ص91.

(3) د.أسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني الإماراتي، ص55 ، د.أسامة الروبي، الوسيط في

شرح قانون الإثبات العماني، ص55، أ.السيد عبدالوهاب عرفه، الإثبات في المواد المدنية، ص2526- ، د.عبدالرزاق

أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء2، ص31.

قد حكم بعلمه الشخصي⁽¹⁾. فالمحكم كالقاضي لا يجوز أن يحكم بعلمه الشخصي لأن ذلك يعتبر إخلالا ليس فقط بمبدأ مواجهة واحترام حقوق الدفاع ومنها حق العلم ، وإنما يخل كذلك بمبدأ الحياد الذي يقتضي أن يلتزم المحكم بمحدود ولايته كما حددها اتفاق التحكيم⁽²⁾.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه " وحيث أن الطاعن ينعي على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد قدر بدل السكن ب400 درهم، وبدل المواصلات ب300 درهم شهريا دون أن يكون لهذا التقدير أصل ثابت بالأوراق بل أنه استنادا إلى العلم الشخصي للمحكمة الذي هو غير جائز وهو تقدير جزائي يعيب الحكم. وحيث أن هذا النعي في محله ذلك أن دور القاضي يقوم على مبدأ الحياد حيث أنه يتلقى الأدلة التي يدلي بها الخصوم ثم يتولى تقدير قيمتها في الإثبات وليس له أن يساهم في جمع الأدلة أو أن يقيم قضاءه على دليل تحراه بنفسه بعيدا عن الخصوم - ولا يعد من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي - أن يكون ما حصله قد استقاه من خبرته بالشئون العامة التي يفترض في الكافة الإلمام بها إلا إذا كان ما قدره من قبيل المعلومات الشخصية المخطور على القاضي أن يبني حكمه عليها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد حدد بدلي السكن والمواصلات ب400 درهم، 300 درهم شهريا دون أن يكشف عن المصدر الذي استقى منه معلوماته في هذا التحديد الذي لا يكفي فيه قوله (كان وفق الشائع المعروف - وهو الحد المعقول) وهو ما يعتبر من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي الذي تمسك به الطاعن في نعيه ، والذي لا يجوز أن يقوم عليه حكمه الذي يجب أن يبني على الجزم واليقين لا على الاستنتاج والتخمين. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وحدد بدلي السكن والمواصلات للطاعن العامل دون مراعاة الظروف الملازمة لحال كل عامل على حدة التي هي من الأمور الشخصية التي لا يفترض في الكافة الإلمام بها فإن الحكم يكون معيبا بمخالفة القانون ومخالفة قواعد الإثبات والقصور في التسيب بما يوجب نقضه في هذا الخصوص"⁽³⁾.

ولا يجوز للمحكم أن يبني حكمه على معلومات سواء كانت عامة أو شخصية إلا بعد أن يطلع عليها أطراف خصومة التحكيم ويتم مناقشتها والرد عليها وذلك تطبيقا لمبدأ المواجهة. فقد يكون للمحكم

(1) د.علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص46.

(2) د.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، ص212.

(3) المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 275 لسنة17 قضائية ، مدني، جلسة 12/24/

1995، مكتب فني16، رقم الجزء3، ص1339.

معلومات شخصية استمدتها من معاصرته للنزاع⁽¹⁾ أو من خبرته الفنية، فعليه أن يواجه أطراف الخصومة بما قبل أن يبي حكمه عليها. مما يعني أنه لا حرج في أن يستخدم المحكم معلوماته الشخصية طالما حقق مبدأ المواجهة⁽²⁾.

الفرع الثاني

تطبيق مبدأ الحياد و العلم بالأدلة المقدمة من الطرفين

يترتب على تطبيق مبدأ الحياد أن يتاح لكل طرف من أطراف خصومة التحكيم العلم بالأدلة المقدمة من الطرف الآخر طالما أن الحكم مؤسس على الأدلة المقدمة من الخصوم دون تدخل من المحكم. وبالتالي لا يستطيع المحكم أن يبي حكمه على دليل مقدم من أحد أطراف الخصومة التحكيمية دون أن يواجه به الطرف الآخر وهذا ما يعرف بمبدأ مجابهة الخصم بالدليل⁽³⁾ أو مبدأ حضورية الأدلة، أو مبدأ المواجهة. فلا يستطيع المحكم تطبيقاً لمبدأ الحياد أن يستند في حكمه على دليل مقدم في نزاع آخر ولو كان بين أطراف خصومة التحكيم أنفسهم⁽⁴⁾.

ويتقيد المحكم بطلبات الخصوم فلا يحكم بغير هذه الطلبات، أو يتجاوز حدودها بأن يقوم بتغيير مضمونها، أو أن يستحدث طلبات جديدة لم يقد الأطراف بعرضها عليه، فيقضي بأكثر مما طلب منه حتى لو كان ذلك مرتبطاً بالطلب أو مكمل له، أو كان الطالب حسب وقائع الدعوى ومستنداتها يستحقه مادام لم يطلبه، فحكم التحكيم يجب أن يقتصر فقط على ما تنصرف إرادة المتحكمن إلى عرضه على هيئة التحكيم⁽⁵⁾. وقد قضي تطبيقاً لذلك بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالنقض لا يقبل في حالة الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه إلا إذا كانت المحكمة قد بينت في حكمها المطعون فيه وجهة نظرها فيما حكمت به وأظهرت فيه أنها قضت بما قضت به مدركة حقيقة ما قدم لها من الطلبات وعلمت أنها بقضائها هذا المطعون فيه تقضي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ومع

(1) فالمحكم قد لا يتم اختياره إلا لسبب ما يحوزه من معلومات شخصية أو خبرة تؤهله للقيام بالمهمة المسندة إليه، كما قد

يتم اختياره بسبب معاصرته لمراحل النزاع المختلفة، مما يسهل عليه مهمة الفصل في النزاع.

(2) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص 404-405، د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 47.

(3) د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ص 31.

(4) د. أسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني الإماراتي، مرجع سابق، ص 57-58.

(5) د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 49.

ذلك أصدرت على القضاء مسببة إياه في هذا الخصوص. أما إذا لم يبد من الحكم أنه يقصد تجاوز طلبات المطعون عليهم وأن يحكم بأكثر مما طلبوه في سبيل الطعن عليه إنما يكون بالتماس إعادة النظر⁽¹⁾

الفرع الثالث

التزام المحكم بتسبب الحكم وفقاً لمبدأ الحياد

يتعين على المحكم تسبب حكم التحكيم وإلا ترتب على عدم التسبب بطلان الحكم⁽²⁾، وهذا ما توجبه المادة (5/212) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي بنصها على أنه " ويصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وتجب كتابته مع الرأي المخالف ويجب أن يشتمل بوجه خاص على صورة من الاتفاق على التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه وتوقيعات المحكمين وإذا رفض واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعت أغلبية المحكمين". وبناء على ذلك يلتزم المحكم بتسبب حكمه، فبين الأدلة والوقائع التي استند إليها في الحكم . و يترتب على عدم بيان الأسانيد الواقعية بيانا وافيا الفصور في التسبب وبطلان الحكم. ويؤسس ذلك على أن التسبب من الضمانات الهامة التي تبين مدى التزام المحكم بتطبيق مبدأ الحياد⁽³⁾. كذلك يعد تسبب أحكام المحكمين ضروريا حتى تتمكن المحكمة في مقام بطلان الحكم من بسط رقابتها على الحكم وصحته ، حيث يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسباب تبين مصادر الأدلة التي كونت منها هيئة التحكيم عقيدتها وأن يكون لها مصدرها الصحيح من الأوراق⁽⁴⁾.

المبحث الثاني

سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات وما يرد عليها من قيود

المحكم كالقاضي لا يملك سلطة تقديرية مطلقة في إدارة الدعوى وتوجيهها بكافة الطرق والوسائل دون أن يكون مقيدا بإتباع قواعد معينة ، ولكن هل يقتصر دوره في الدعوى التحكيمية على الفصل في النزاع بناء على الطلبات المقدمة والأدلة التي يستند عليها الخصوم؟. وهل للمحكم الحرية في إدارة الدعوى

(1) محكمة النقض المصرية، نقض مدني، الطعن رقم 641، جلسة 1-3-1979، مجموعة النقض، ص 30، ع 1، ص 682.

(2) د. منير يوسف حامد المناصير ، مرجع سابق، ص 237.

(3) د.أسامة الروبي، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، مرجع سابق، ص 59.

(4) د.محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، ص 437.

وتقدير الأدلة المطروحة بالدعوى؟ وهل هناك مبادئ أساسية يجب على المحكم مراعاتها عند النظر في النزاع المعروض عليه والفصل فيه؟.

للإجابة على التساؤلات السابقة، سوف نعرض في مطلبين متتاليين لسلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات، ثم القيود الواردة على سلطة المحكم في هذا الشأن، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات .

المطلب الثاني: القيود الواردة على سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات الإثبات.

المطلب الأول

سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات

لا يقتصر دور المحكم على مراقبة توافر الشروط المطلوبة قانوناً في الدليل محل الإثبات، أو تقديره للأدلة التي تطرح عليه، ولكنه يملك كذلك اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات الإثبات. فللمحكم سلطة اتخاذ إجراء من تلك الإجراءات، أو رفضه، أو العدول عنه، إضافة إلى سلطته في تقدير أدلة الإثبات المختلفة.

الفرع الأول

سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات

هيئة التحكيم شأنها شأن قضاء الدولة في ممارستها لهذه السلطة، فقد تتخذ إجراءات الإثبات بناء على حكم يصدر بإجرائها سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الخصوم. ويرجع السبب في ذلك أن المحكم عندما يصدر حكماً في النزاع المعروض أمامه فإن هذا الأمر يتطلب منه أن يكون عقيدته ويقتنع بالحكم الذي يهدف للوصول لحل هذه المنازعة، حيث أن الوصول للحكم قد يتطلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات. ومثال ذلك حالة تبين هيئة التحكيم أن المستندات التي قدمها الخصوم غير كافية، فلها من أجل تكوين عقيدتها أن تتخذ ما تراه مناسباً من إجراءات الإثبات للفصل في خصومة التحكيم، وذلك مع مراعاة ما اتفق عليه الأطراف أو ما وردت بشأنه نصوص قانونية خاصة⁽¹⁾.
والأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات جوازي بالنسبة لهيئة التحكيم وذلك بحسب ما يترأى لها من ظروف الدعوى. فإذا كانت الأدلة المقدمة كافية لتكوين عقيدتها والحكم فيها، فيكون لها ألا تجيب الخصوم إلى طلبهم ولا يحق للخصوم أن يعيبوا عليها موقفها، وذلك لأن لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في

(1) د.عاشور مبروك، التحكيم، ص288، د.مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، ص690.

إجابة طلب الخصوم أو عدم إجابته⁽¹⁾، ومن ثم يجب على هيئة التحكيم أن تبين في حكمها الأسباب التي اعتمدت عليها في عدم إجابتها للطلب.

والثابت أن لهيئة التحكيم السلطة في اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات ولكن هذه السلطة ليست مطلقة وإنما مقيدة بقيود بعضها مستمد من طبيعة الأشياء، والبعض يفرضه المشرع والبعض الآخر يفرضه مدى ملائمة هذا الإجراء للنزاع. فالقيد المستمد من طبيعة الأشياء يقتضي أن تكون الواقعة المراد اثباتها محددة وممكنة الحصول ومتنازعا فيها. أما القيد الذي يفرضه المشرع وذلك حرصا على سير عمل التحكيم وتحقيقا لمصلحة عليا تتعلق بالنظام العام فيتمثل في النص صراحة على أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها وغير مخالفة للنظام العام. أما ملائمة الإجراء لطبيعة النزاع فيتم بناءه على تقدير موضوعي، وفي ضوء المسائل التي يثيرها النزاع فتمكن من الموازنة بين الاحتفاظ بالجوهر القضائي وبين اختيار القواعد الملائمة لطبيعة النزاع، وتضع في الاعتبار أن العدالة لا تعني عدالة الإجراء ذاته ولكنها تعني أيضا ملائمة الإجراء للنزاع المطروح في كافة جوانبه، فعلى سبيل المثال قد تكون المرافعة الشفوية أمرا لازما في نزاع وقد يكتفي بتقديم المستندات في نزاع آخر دون الحاجة لإجراء مرافعة أو سماع شهود⁽²⁾.

الفرع الثاني

سلطة هيئة التحكيم في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات

تملك محكمة الموضوع العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات ولكن بشرط أن تبين أسباب العدول في المحضر، ويمكن لها أيضا أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين الأسباب في الحكم. والسبب في ذلك أنه لا يوجد أبغض على نفس القاضي والمحكم من حمله على تنفيذ إجراء لم يعد له ضرورة، فمن العبث وتضييع الوقت والجهد الإصرار على تنفيذ إجراء اتضح للمحكمة أنه غير منتج ومفيد⁽³⁾. وقد قضي تطبيقا لذلك بأن "للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن

(1) وتطبيقا لهذه القاعدة وفيما يخص إعمالها أمام القضاء فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن "الأحكام بنذب الخبراء أو رفض ندمهم ليست من الأحكام القطعية الفاصلة في جملة موضوع النزاع أو جزء منه، وإنما هي من قبيل الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع التي يجوز للمحكمة التي أصدرتها العدول عنها أو عدم إعمالها أو الالتفات عنها إذا استبان لها من عدم المقتضى أو عدم القانونية متى لم تتضمن قضاء قطعيًا" المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 365، لسنة 17 قضائية، تاريخ الجلسة 9-3-1997، مكتب في 19، رقم الجزء 1، ص 189.

(2) د.علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 56-58.

(3) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 82.

تبين أسباب العدول بالمحضر و يجوز ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها " يدل على أن المشرع إنما قصد من الإكتفاء ببيان أسباب العدول بمحضر الجلسة - خلافاً لما أوجبه في حالة عدم الأخذ بنتيجة الإجراء من تبين أسباب ذلك في الحكم إلى مراعاة جانب التيسير مما مؤداه أن إبداء سبب العدول عن الإجراء بأسباب الحكم يكون أكثر تحقيقاً لمراد المشرع"⁽¹⁾ .

وقياساً على ما سبق يملك المحكم العدول عن إجراء الإثبات الذي سبق له الأمر به إذا وجد ما تتضمنه أوراق الدعوى وظروفها كافية لتكوين عقيدته. ومن الأمثلة على ذلك أن يعدل المحكم عن تنفيذ قرار باستجواب أحد أطراف خصومة التحكيم استناداً إلى ما قرره في الدعوى حيث لم يعد هناك جدوى من إجراء الاستجواب، أو عدوله عن مسألة إلزام أحد الأطراف بتقديم ورقة تحت يده .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن "مؤدى نص المادتين 554، من قانون الإثبات أن استجواب الخصوم طريق من طرق تحقيق الدعوى شرع لاستجلاء بعض عناصر ووقائع المنازعة المرددة في الخصومة توصلًا إلى معرفة وجه الحق فيها، وليس وسيلة للتحقق من صحة الادعاء بحصول التصرف، وهو لا يجوز قوة الأمر المقضي طالما خلت أسبابه من حسم مسألة متنازع عليها بين الخصوم وصدر بالبناء على حكم الاستجواب ومن ثم يجوز للمحكمة أن تعدل عنه إذا ما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في موضوع النزاع، كما لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه"⁽²⁾. كما قضت محكمة النقض المصرية بأن " لمحكمة الموضوع أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات على أن تبين أسباب هذا العدول متى رأت أنها أصبحت غير منتجة ، بعد أن وجدت فيما استجد في الدعوى بعد صدور الحكم بهذا الإجراء ما يكفي لتكوين عقديتها اعتباراً بأن من العبث و ضياع الجهد والوقت الإصرار على تنفيذ إجراء اتضح أنه غير مجد و هو ما تستقل به محكمة الموضوع ، إلا أنه إذا كانت المحكمة هي التي أمرت باتخاذ الإجراءات من نفسها فهي تملك العدول عنه دون ذكر أسباب العدول ، إذ لا يتصور - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يمس العدول في هذه الحالة أي حق للخصوم مما لا يلزم ذكر أي تبرير له "⁽³⁾.

(1) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 762 لسنة 45 مكتب فني 30 صفحة رقم 48 بتاريخ 7-4-1979.

(2) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 793 لسنة 26 قضائية، مدني جزئي، جلسة 2005/5/8.

(3) محكمة النقض المصرية: الطعن رقم 144 لسنة 45 مكتب فني 29 صفحة رقم 1850 بتاريخ 6-12-1978. وفي نفس المعنى فقد قضت ذات المحكمة بأنه " متى كان الحكم السابق - في ذات الدعوى - قد رأى تقدير الأجرة على أساس أجرة المثل في أكتوبر سنة 1952 مخفضاً بنسبة 15% حتى آخر يونيه سنة 1958 و قضى بنسب خبير لبحث ذلك ، ثم رأى الحكم المطعون فيه أن أجرة شهر يونيه سنة 1958 ثابتة و واضحة من أوراق الدعوى فقضى بالعدول

وعدول هيئة التحكيم عن إجراء الإثبات الذي أمرت به قد يكون صراحة أو ضمناً ، كأن تذكر الهيئة في مدونات الحكم أنها وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها ، مع ملاحظة أن عدم الإفصاح صراحة عن ذلك في محضر الجلسة أو في مدونات الحكم عن أسباب العدول لا يعيب الحكم⁽¹⁾ . وقد يكون عدول هيئة التحكيم عن إجراء الإثبات الذي أمرت به⁽²⁾ مقيداً . فيكون مقيداً من ناحية أولى بأن يكون الأمر باتخاذ إجراء الإثبات متضمناً قضاء قطعياً في مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدمه ، فمثلاً: إذا فصلت هيئة التحكيم في حكمها الذي أمرت فيه بالإحالة إلى التحقيق في أمر جواز إثبات موضوع التحقيق بالمعينة فإنها لا تملك العدول عن هذا الحكم لأنه يتضمن قضاء قطعياً بجواز الإثبات بهذا الطريق. والعدول مقيد من ناحية أخرى بأنه قاصر على ما سبق وأمرت به هيئة التحكيم من إجراءات ، فلا يتعداها⁽³⁾ .

الفرع الثالث

سلطة هيئة التحكيم في رفض اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات

يملك المحكم سلطة تقدير مدى الحاجة إلى اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو عدم الحاجة إلى اتخاذه، فالمحكم يستطيع أن يرفض اتخاذ إجراء الإثبات الذي يطلبه أطراف خصومة التحكيم إذا تبين له عدم أهمية هذا الإجراء وأن الهدف منه فقط مجرد الإطالة في الإجراءات حتى انقضاء ميعاد التحكيم⁽⁴⁾ . فلا تلتزم هيئة التحكيم -على غرار المحكمة في القضاء العادي- بسماع جميع الشهود المطلوبين ، ويظل من حقها رفض سماع الشهود الذين تهدف شهادتهم إلى إثبات وقائع غير منتجة في الدعوى. ويمارس المحكمون حقهم هذا بحرص شديد حتى لا يتعرض حكم التحكيم للطعن عليه لإخلاله بحق الدفاع. ومن أمثلة ذلك، إذا رفضت هيئة التحكيم ندب خبير حيث وجدت في وقائع الدعوى والأوراق

=

عما حكم به ندب خبير لبيان أجرة المثل ، و ذلك عملاً بالحق المخول للمحكمة بمقتضى المادة 165 مرافعات ، و من ثم فقد أضحى قضاء الحكم السابق في خصوص بيان أجرة المثل غير قائم ، و لا يكون الحكم المطعون فيه قد فصل في نزاع على خلاف حكم آخر حائز لقوة الشيء المقضي فيه. الطعن رقم 454 لسنة 36 مكتب فني 22 صفحة رقم 743 بتاريخ 10-6-1971.

(1) د.علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص61.

(2) وإذا كان قضاء الدولة يملك العدول عن إجراءات الإثبات، أو عدم الأخذ بنتيجة الإجراء ، فمن باب أولى إجازتها لقضاء التحكيم الذي يمتاز بالمرونة والسهولة واليسر ، د.عاشور مبروك مرجع سابق ، ص291.

(3) د.علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص6162-.

(4) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ص252.

والمستندات عناصر تكفي لتكوين عقيدتها دون الرجوع إلى الخبرة أو قدرت هيئة التحكيم أن الخبرة غير منتجة في الدعوى، أو عدم إيجابتها لطلب الإحالة إلى التحقيق بالشهود متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي إستندت إليها كافية لتكوين عقيدتها⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأنه " وإن كان محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة الدعوى إلى التحقيق ، لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، إلا أنها ملزمة إذا رفضت هذا الطلب أن تبين في حكمها ما يسوغ رفضه . و إذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه إستند في رفض طلب الطاعنين إحالة الدعوى إلى التحقيق. لإثبات صورية عقد البيع الصادر إلى المطعون عليه الخامس من باقي المطعون عليهم إلى قوله " أن المستأنفين - الطاعنين - و قد قرروا أمام محكمة أول درجة أنه ليس لديهم شهود على الصورية ، فلا يكون هناك جدوى من إحالة الدعوى إلى التحقيق ، لأن قولهم هذا تظمن إليه المحكمة ، دون قولهم الجديد الذى أبدوه في الاستئناف " و كان هذا الذى قرره الحكم لا يصلح سنداً لرفض طلب الإحالة إلى التحقيق، لأن قول الطاعنين أمام محكمة أول درجة بعدم وجود شهود لديهم على الصورية ، لا ينفى توصيلهم بعد ذلك إلى هؤلاء الشهود و من ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور، بما يوجب نقضه"⁽²⁾.

ولكن يثور التساؤل حول ما إذا ما حظر الأطراف على هيئة التحكيم اللجوء إلى وسيلة الخبرة بصفة مطلقة، بينما أصبحت من حيث الواقع هي السبيل الوحيد لتمكين الهيئة من التصدي للنزاع والفصل فيه ؟ وفي هذه الحالة تحاول هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف الحصول على موافقة من الأطراف على إنتدابها لأهل الخبرة ، أما في حال فشلها في تلك المحاولة فيتعين عليها إصدار قرار بإنهاء الإجراءات لعدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم. أما إذا استمر الحال كما هو عليه حتى انقضى الأجل المحدد للتحكيم فإن الخصومة تنقضي وذلك لانقضاء المدة⁽³⁾.

(1) د.علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص59.

(2) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 609 ، لسنة 41، مكتب في 27، صفحة رقم 1108، بتاريخ 13/5/1976. وفي نفس الحكم فقد قضت ذات المحكمة أن " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إحالة الدعوى إلى التحقيق ليس حقاً للخصوم في كل حال ، و إنما هو حق للمحكمة و لها رفض ما يطلبه الخصوم في شأنه إذا وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها بما يغنى عن إجراء التحقيق " . الطعن رقم 93 ، لسنة 38 ، مكتب في 24، صفحة رقم 599، بتاريخ 1973/4/3.

(3) د.عاشور مبروك، مرجع سابق، ص290.

الفرع الرابع

سلطة هيئة التحكيم في تقديرها لأدلة الإثبات

يقصد بتقدير أدلة الإثبات العملية الذهنية التي تنتهي باقتناع المحكم أو عدم اقتناعه بوجود الوقائع التي يدعيها أو يحتج بها الخصوم. وسلطة المحكم في تقدير أدلة الإثبات هي نفسها السلطة التي يتمتع بها القاضي، فقد يكون له دور رقابي أو دور تقديري. فدور المحكم في أدلة الإثبات القانوني تختلف عن دوره في أدلة الإثبات الأخرى.

فأدلة الإثبات القانوني كالكتابة أو اليمين الحاسمة أو الإقرار يكون دور المحكم فيها دورا رقابيا ، بحيث يراقب مدى توافر الشروط المطلوبة في الإجراء أو الدليل الي استند إليه الخصم لإثبات ادعائه دون أن يمارس المحكم دورا تقديريا إزاءه أو أن يقضي وفق ما يقتنع به. على أن تقدير المحكم لتوافر الدليل القانوني لا يعني التعسف وإنما يعني استعمال المنطق والإحساس وخبرة الحياة من أجل تقدير توافر الدليل أو تقدير قيمته وفاعليته في الإقناع. فعلى سبيل المثال: اليمين الحاسمة يقتصر فيها دور المحكم على مراقبة الخصوم في استعمالهم لهذا الحق، وعدم التعسف في استعماله دون تقدير ، فالمحكم لا يستطيع أن يرفض توجيهها متى كانت اليمين مستوفية للشروط المطلوبة قانونا ، أما في حالة رفض الطلب فيجب على المحكم أن يبين أسباب الرفض. أما الدليل الكتابي أو المحررات العرفية إذا كانت مستوفية للشروط المطلوب توافرها قانونا ، تكون لها حجية ملزمة للمحكم كدليل للواقعة المتنازع عليها، فيقتصر فيها دور المحكم على مراقبه المحررات من حيث صحتها.

أما أدلة الإثبات الأخرى فلا يقف دور المحكم بشأنها على مراقبة الدليل وإنما يمارس سلطة تقديرية على دليل الإثبات، أي يكون للمحكم السلطة المطلقة في تقدير الدليل الذي يقدم له لكي لا يبني حكمه إلا على الدليل الذي يطمئن إليه وجدانه وشعوره وبالتالي يوازن بين تلك الأدلة مراعيًا عدم الإخلال بدفاع جوهرى من شأنه لو صح لتغير الرأي في الدعوى. فمثلا يملك المحكم الحرية في استنباط القرائن التي يقتنع بها وتؤثر على وجدانه ويبني حكمه عليها طالما أن المحكم اعتبر القرينة دليلا تؤدي عقلا ومنطقا إلى ثبوت الواقعة المرتبة للأثر القانوني، وسلطة المحكم في إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده ، وكذلك سلطته في الأخذ بتقرير الخبر للأسباب الواردة متى اطمأن إليه⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن " تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها ومنها تقارير المعاينة والخبرة - من سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى أقامت قضاءها على

(1) د.علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص64-67.

أسباب سائغة لها معينها في الأوراق وتكفي لحملة. مثال: بشأن انتهاك الحكم سائغا إلى إمكان رفع الضرر اللاحق ببنائة الطاعن الناجم عن إقامة الجدار داخل الأرض المؤجرة للطاعن من البلدية دون إزالته"، وأن من المقرر أن لمحكمة الموضوع سلطة فهم وتحصيل الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها ومنها تقارير المعاينة والخبرة وأنها تقضى في طلبات الخصوم حسبما يتراءى لها وجه الحق فيها ولا معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاها على أسباب سائغة لها معينها في الأوراق وتكفي لحكمه" (1).

المطلب الثاني

القيود الواردة على سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات الإثبات

انتهينا إلى أن المحكم يملك اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات الإثبات، فله سلطة اتخاذ إجراء من تلك الإجراءات، أو رفضه، أو العدول عنه، إضافة إلى سلطته في تقدير أدلة الإثبات، إلا أن هذه السلطة يرد عليها عدة قيود، تتمثل في ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضي في مجال الإثبات، وضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ جميع إجراءات الإثبات، وكذلك ضرورة اللجوء للقضاء عند الحاجة لإلزام الخصوم، وذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول : ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضي في مجال الإثبات .

تهدف المبادئ الأساسية للتقاضي التي يتبناها التشريع الإماراتي إلى حسن سير القضاء وسلامة أداء الوظيفة القضائية، وكذلك حصول الأفراد على حقوقهم في ظل قضاء يتميز ببساطة إجراءاته وقله نفقاته (2). وهيئة التحكيم تلتزم بنفس المبادئ التي تلتزم بها محاكم الدولة وذلك خلال إدارتها لوسائل الإثبات في الدعوى التحكيمية (3). حيث أنه من الواجب مراعاة هذه المبادئ والالتزام بها دون حاجة إلى النص عليها أو اتفاق الأطراف على مراعاتها، فهي مفترض ضروري لإقامة العدالة (4). ولا يجوز إعفاء المحكم من مراعاة هذه الضمانات، فلو تم انتهاك أحد هذه الضمانات من قبل المحكم، يكون الإجراء الذي تم انتهاك المبدأ بشأنه باطلا مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم إذا كان الإجراء مؤثرا في الحكم (5).

(1) المحكمة الاتحادية العليا-المحكمة المدنية والتجارية- طعن رقم 404، مكتب فني 22، تاريخ الجلسة 2000/4/4

، قضائية 21، صفحة رقم 502، الجزء 2.

(2) د. مصطفى المتولي قنديل، الوجيز في القضاء والتقاضي، ص 37.

(3) د. عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 297.

(4) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص 397.

(5) المرجع السابق، ص 397-398.

وباعتبار أن خصومة التحكيم اتفاقية النشأة وهي تتطلب المرونة والسرعة والمواءمة ، فهئية التحكيم لا تتقيد بتطبيق المبادئ حرفيا وإنما تكون العبرة بالجواهر والمضمون. فقد يتم إعفاء المحكم أو يتحلل جزئيا من هذا الالتزام أثناء إجراءات الإثبات. فعلى سبيل المثال يتم استبعاد بعض المبادئ كمبدأ علانية الجلسات والمبادئ التي ترتبط بتنظيم مرفق القضاء كمبدأ المجانية، أما المبادئ الأخرى فيجب أن يلتزم المحكم بتطبيقها خلال إجراءات الإثبات، كمبدأ المساواة والحياد وكذلك مبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع⁽¹⁾، حيث تعتبر من الضمانات الأساسية التي يجب على المحكم احترامها. ولو انتهك المحكم ضمانات من هذه الضمانات أثناء مباشرته لإجراء من إجراءات الخصومة فيعتبر هذا الإجراء باطلا ويؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، خاصة إذا كان الإجراء يؤثر على الحكم التحكيم. ونعرض بإيجاز فيما يلي لهذه المبادئ:

أولا: مبدأ المساواة بين الخصوم:

يقصد بمبدأ المساواة بين الخصوم كفالة حق التقاضي للجميع دون تمييز بين المتقاضين، وأن يكون لكل شخص حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي⁽²⁾. ويعتبر مبدأ المساواة من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي ، حيث يؤدي إلى تحقق ثقة الناس بالقضاء ويصبح موضع طمأنينة لهم. وحتى تتحقق المساواة بين الخصوم لا بد من أن يكون لكل مواطن الحق في اللجوء للقضاء ، واحترام حقه في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وعدم التمييز بين المتقاضين. وهذا ما تبنته الشريعة الإسلامية الغراء، حيث جاء قوله تعالى مخاطبا نبيه محمدًا - ﷺ - (إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله)⁽³⁾، ويقول الرسول - ﷺ - (لا فضل لعربي على أعجمي إلى بالتقوى)، وأن أسامة بن زيد عندما جاء للرسول - ﷺ - يشفع في عدم تطبيق حد السرقة على امرأة من بني مخزوم مراعاة لحسبها ونسبها، أتشفع في حد من حدود الله يا أسامة؟ إنما هلك من قبلكم، كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها⁽⁴⁾. وذلك يعني عدم التفرقة بين الناس لأصل أو حسب أو عقيدة عند الحكم بينهم⁽⁵⁾.

(1) د.علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص70.

(2) د.أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، ص18.

(3) سورة النساء، الآية 105 .

(4) صحيح مسلم للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم، دار ابن رجب ، ص896 . صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري بشرح فتح الباري للإمام الحافظ ابن حجر العسقلاني ، ج12، ص72 وما يليها.

(5) د.أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص51-52.

وفيما يتعلق بتطبيق المبدأ أمام هيئة التحكيم، فيتعين على الهيئة أن تمنح فرص متساوية للخصوم لإبداء دفاعهم وطلباتهم وتحمياً لكل منهم فرصة متكافئة كاملة لعرض دعواه. فعلى سبيل المثال: لا يمكن لهيئة التحكيم أن تمنح أحد الأطراف ميعاداً لتقديم مذكرة دفاعه وتعطي الطرف الآخر ميعاداً أقصر أو أطول، أو أن تسمح لأحد الأطراف بالمرافعة الشفوية أمامها وتمنع الطرف الآخر من ذلك وتكتفي بالمذكرات المكتوبة التي يقدمها، أو أن تعطي أحدهم الحق في الاطلاع على تقرير الخبير أو على المستندات وتمنع الآخر من ذلك، ولا أن تتصل بأحد الطرفين أو تقابله في غيبة الطرف الآخر⁽¹⁾. ومن الجدير بالملاحظة أن التزام هيئة التحكيم بتحقيق المساواة هو أمر يتعلق بالمسائل الإجرائية للخصوم أثناء إدارتها لمسائل الإثبات بحيث لا تفضل خصم على آخر أو أن تراعي مصالح أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر⁽²⁾.

ثانياً: مبدأ المجانية :

يعد مبدأ المجانية نتيجة مباشرة لمبدأ المساواة، على اعتبار أن مبدأ المساواة من الضمانات الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي، وذلك لأن القضاء حق مكفول للناس كافة دون تمييز بينهم وفقاً لمكانتهم الاجتماعية أو إمكانياتهم بما يستوجب توفير هذا الحق للجميع دون تفرقة⁽³⁾. ويقصد بمبدأ مجانية القضاء أن مرتبات القضاة لا يدفعها الخصوم وإنما ميزانية الدولة هي التي تتحملها⁽⁴⁾. ولكن ذلك لا يعني إعفاء الخصوم من دفع رسوم مقابل اللجوء للقضاء، حيث يدفعها المدعي عند رفع الدعوى، ويتحملها الخصم المحكوم عليه سواء كان المدعي أو المدعي عليه، ويرجع السبب في ذلك للتقليل من النزاعات والدعاوى الكيدية التي قد ترفع من الخصوم، كما أن هذه الرسوم تنفق لتحسين أداء مرفق القضاء⁽⁵⁾. وحرصاً من المشرع على عدم منع الأشخاص غير القادرين مالياً من اللجوء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم فقد كفل لهم القانون الحق بالمطالبة بحقوقهم أمام القضاء عن طريق الإعفاء من الرسوم القضائية.

- (1) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص 400، سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الاجتماعية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص 633.
- (2) د. عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 298.
- (3) د. مصطفى المتولي قنديل، مرجع سابق، ص 45.
- (4) د. أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص 23.
- (5) د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص 65.

وفيما يتعلق بتطبيق المبدأ أمام هيئة التحكيم ، فإن مبدأ المجانية الذي يرتبط بتنظيم مرفق القضاء هو من المبادئ التي يعنى منها المحكم أو يتحلل جزئياً منها أثناء القيام بإجراءات الإثبات⁽¹⁾ ، حيث أن من حق المحكم الذي اتم عملية التحكيم أن يطالب بمصاريفه وأتعابه ، إلا إذا قبل هذا العمل من غير مقابل. وتشمل المصاريف نفقات السفر إذا تطلب النزاع ذلك ونفقات الإقامة ونفقات كاتب محاضر الجلسات ونفقات الانتقال لإيداع الأحكام بمكتب إدارة الدعوى. أما الأتعاب فهي تعويض مقابل ما يبذله المحكم من عناء وصعوبات عند نظر النزاع وقيمة الدعوى ومركزه الاجتماعي والمالي. ويحق للمحكم الحصول على الأتعاب حتى لو تم التحكيم في مادة لا يصح فيها التحكيم نتيجة الجهد والوقت الذي بذله في هذه المهمة⁽²⁾. وتوجد حالات لا يحق له فيها أن يطلب أتعابه كأن يططل حكم التحكيم لإهماله أو خطئه، لأنه يكون بذلك قد تسبب في ضياع وقت وجهد الخصوم دون جدوى. وعلى العكس فإنه يستحق أتعاباً إذا أبطل الحكم لسبب يخرج عن إرادته أو لا يعلمه وليس من واجبه أن يتحقق من توافره. فعلى سبيل المثال لا يستحق المحكم أتعاباً إذا حكم ببطالان حكم التحكيم لصدوره على قاصر متى كانت ظروف الحال ومظهر الخصم تقطع بأنه لا يجاوز سن الرشد، خاصة إذا لم يتطلب منه تقديم شهادة ميلاده. ويجوز للخصوم تفويض المحكم في تقدير أتعابه ، حيث يتم تحديد الأتعاب بعد الحكم في الموضوع وعند تقدير مصاريف الدعوى وتحديد الخصم الذي يكلف بها. ويمكن للخصوم منح المحكم سلطة تعيين النصيب الذي يتحمله كل خصم من الخصوم ، أو الخصم الذي يتحملها وحده. ويخضع تقدير المحكم لأتعابه إلى رقابة المحكمة التي تملك تعديله، ويتم تحديد المحكمة التي تنظر الخصومة في طلب التعديل وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص المحلي والنوعي. وقد يتم الاتفاق على تحديد الأتعاب مقدماً وقبل النزاع ، والنصيب الذي يدفعه كل خصم، فيلتزم بها كل منهم ولا يملكون تعديله إلا لأسباب واقعية جديدة، كأن يطلب من المحكم الفصل في نزاع آخر لم يتم الاتفاق عليه ، أو بذل جهد في الحكم لم يكن متوقفاً وقت تحديد الأتعاب ، أو تنحى المحكم عن الفصل في شق من النزاع ، أو إذا كان قد تم حسم باقي النزاع بصلح مباشر بين الخصوم. أما في الحالة التي ينقضي فيها التحكيم قبل نظر الخصومة ، فلا يستحق المحكم أية أتعاب ، إلا إذا طرح ملف الدعوى مقدماً لدراسته وبذل المحكم فيه جهد ووقت⁽³⁾.

(1) د.عاشور مبروك، مرجع سابق، ص297.

(2) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص217.

(3) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص217-219.

ثالثاً: مبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع:

من المبادئ التي يلتزم بها المحكم في مجال الإثبات هو مبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع. ويتحقق هذا المبدأ بتمكين كل خصم من الخصوم بالعلم بما يقدمه الخصم الآخر من وسائل دفاع وحجج، ويكون في وقت كافي لتمكين الخصم من الرد على ما قدمه الخصم الآخر⁽¹⁾. ومن الأمور الأساسية أيضاً في إجراءات التحكيم احترام وضمان حق الدفاع لكل طرف من أطراف النزاع، وأن تتم معاملتهم معاملة متساوية دون تفریق بينهم⁽²⁾.

ويجب أن يراعى مبدأ المواجهة أثناء إجراءات التحكيم بحيث لا ينظر المحكم في النزاع إلا في مواجهة بين الطرفين، تماماً كما يحدث أمام قضاء الدولة. واحترام مبدأ المواجهة لا يقتصر على جلسات المرافعة بل أيضاً جلسات التحقيق وعند اتخاذ إجراءات الإثبات التي تتم أمام هيئة التحكيم أو أمام أحد أعضائها⁽³⁾، وعلى الخصم أن يعلن خصمه بالطلبات الموجهة إليه، بحيث لا يمكن للخصم أن يقدم طلبات جديدة أو أن ينقص في الطلبات الأولى في الجلسة التي يتخلف فيها الخصم الآخر⁽⁴⁾، فيجب على كل خصم الاطلاع على الأدلة والمستندات المقدمة من كل خصم وإتاحة الفرصة لهم لمناقشتها والرد عليها وذلك حسب ظروف كل طرف في الخصومة. أما ما يتعلق بوسائل الدفاع والمستندات التي قدمت دون أن يتم تبليغ الطرف الآخر فلا تأخذها هيئة التحكيم في حكمها. ويعتبر مبدأ المواجهة صورة من صور الحق في الدفاع، وهو شرط لممارسته وبغير هذا الحق لا تتوافر للأطراف خصومة عادلة⁽⁵⁾.

ويظل التقيد بمبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع قائماً طوال فترة الإثبات قبل جميع الأطراف حتى لو كان أحد الأطراف غائبا، فتقوم هيئة التحكيم بإخطار الخصم الغائب بكافة إجراءات الإثبات حتى يتسنى له فرصة التعليق عليها، فلو حكمت هيئة التحكيم بطلبات خصمه دون إخطاره يعد ذلك إخلالاً باحترام حقوق الدفاع والذي يترتب عليه بطلان الحكم⁽⁶⁾.

وقد قضي تطبيقاً لذلك بأن " المحكم ولئن كان بحسب الأصل لا يتقيد بإجراءات المرافعات المتبعة في الدعاوى أمام المحاكم إلا أنه يلتزم بإتباع الإجراءات الواردة في باب التحكيم وما يتفق عليه

(1) د.علي بركات، خصومة التحكيم، ص303.

(2) د.فوزي مجد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص171.

(3) د.فتححي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مرجع سابق، ص401.

(4) د.أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص74.

(5) د.فتححي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص426.

(6) د.علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص71.

الخصوم من إجراءات معينة كما يلتزم باحترام حقوق الدفاع وذلك بتمكين كل خصم من الإدلاء بما يعن له من طلبات ودفاع وتمكينه من إثبات ما يدعيه ونفي ما يثبتته خصمه واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم ومنها إخبارهم بتاريخ الجلسة المحددة للمرافعة وإبداء كافة أوجه دفاعهم ودفعهم وتقديم ما لديهم من مستندات أو لاتخاذ إجراءات الإثبات، بما مؤداه بطلان حكم المحكم بسبب مخالفة قواعد المرافعات إذا ما خرج عن القواعد الأساسية لإجراءات التقاضي التي تحقق مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم أو مخالفته الإجراءات المتفق عليها بينهم في هذا الخصوص، فلا يجوز له أن يفصل في النزاع المطروح عليه إلا بعد إخطار الخصوم وتمكينهم من الاطلاع على الأوراق والمستندات التي يقدمها الخصم الآخر ومنح الخصوم آجالاً كافية لإعداد دفاعهم والرد على الأقوال والمستندات، وكتابة الحكم بعد المداولة التي تستلزم إحاطة كل محكم بآراء غيره من المحكمين وإجراء الحوار بشأنها ومناقشتها، كما أوجبت المادة 213 من ذات القانون في التحكيم الذي يجري عن طريق المحكمة إيداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن " دعوى بطلان حكم المحكم - وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة وما تشير إليه المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية - إنما توجه إلى حكم المحكم بوصفه عملاً قانونياً وتنصب على خطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير وأن العيوب التي يجوز لمدعى البطلان التمسك بها قد أوردتها المادة المشار إليها على سبيل الحصر بحيث لا يقاس عليها وهي تتعلق إما بالاتفاق على التحكيم أو بخصومة التحكيم ؛ والعيوب التي تتعلق بالاتفاق على التحكيم أو بخصومة التحكيم ؛ والعيوب التي تتعلق بالاتفاق على التحكيم وتكون سبباً في بطلان حكم المحكم هي صدور الحكم بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود الوثيقة أو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام ، أما تلك التي تتعلق بخصومة التحكيم وتكون سبباً كذلك في بطلان حكم المحكم فقد حددتها المادة المشار إليها في حالات صدور حكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدوره من بعضهم دون أن يكونوا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين أو عدم تحقق مبدأ المواجهة في الخصومة أو الإخلال بحق الدفاع أو وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ؛ مما مفاده أن كل منازعة يثيرها أحد طرفي التحكيم طعناً في الحكم الصادر من المحكم وتكون غير متعلقة

(1) المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 32، لسنة 23 قضائية، تاريخ الجلسة 2003/6/8، مكتب فني 25، رقم الجزء 3، رقم الصفحة 1476.

بالحالات السابقة أو تكون متعلقة بتقدير المحكم للنزاع أو عدم صحة أو كفاية أسباب حكمه تكون غير مقبولة بمعنى أن محكمة الموضوع عند نظر طلب التصديق على حكم المحكمين فليس لها أن تعرض له من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون ، باعتبار أن حكم المحكمين بعد استيفائه الشروط السابقة يكون بمثابة حكم حائز لقوة الأمر المقضي".⁽¹⁾

رابعا: مبدأ العلانية:

تعتبر علانية الجلسات من المبادئ المهمة التي يقوم عليها التنظيم القضائي ، وذلك لإتاحة الفرصة لمن يشاء من التحقق من نزاهة القضاء في أدائه لوظيفته ، ولتمكين المتقاضين من مراقبة أعمال المحاكم ولبث الاطمئنان في نفوسهم، كما تحث القضاة على العناية بأعمالهم⁽²⁾.

ويقصد بمبدأ علانية المحاكمة أن تتم المرافعة في الدعوى في جلسات علنية بحيث يسمح فيها للكافة بالحضور ، كما يسمح بنشر وإذاعة المناقشات والمرافعات التي تتم في الدعوى في الصحف ووسائل الإعلام المختلفة. كما يجب على القاضي أن يصدر الحكم في جلسة علنية ويسمح لأي شخص حتى لو لم تكن له صلة بالدعوى بالاطلاع على الأحكام والحصول على صورة من نسخة الحكم الأصلية وفقا لما يضعه القانون من ضوابط⁽³⁾.

والأصل أن تكون جلسات المحاكم علنية كما بينت ذلك المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية، التي تنص على أنه (تكون المرافعة علنية إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجراءها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة). ولكن يتضح من النص السابق أن هذا الأصل يرد عليه عدة استثناءات، حيث أجاز المشرع أن يتم نظر الدعوى في جلسات سرية إذا اقتضى ذلك المحافظة على النظام العام أو الآداب ، أو المحافظة على أسرار تحص الأمن القومي للدولة، كالأسرار العسكرية، أو المحافظة على الحياء العام، أو على حرمة الحياة الخاصة للأسرة. ولكن من الجدير

(1) المحكمة الاتحادية العليا، مدنيا لأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 22 لسنة 22 قضائية ، تاريخ الجلسة 3-3-2002، مكتب فني 24، رقم الجزء 1، ص 539؛ وانظر كذلك في ذات المعنى: المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 165 لسنة 18 قضائية، تاريخ الجلسة 30-11-1996، مكتب فني 17، رقم الجزء 3، ص 974.

(2) د. مصطفى المتولي قنديل، مرجع سابق، ص 61.

(3) د. أسامة الروبي، قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص 25.

بالملاحظة أنه يجب دائماً أن يتم النطق بالحكم في جلسة علنية ، سواء تم نظر الدعوى في جلسات علنية أو سرية، ويرجع السبب في ذلك للحرص على اطلاع الرأي العام على الحكم⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه "من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . أن محضر جلسة النطق بالحكم الذي يتعين أن يثبت به منطوق الحكم والهيئة التي نطقت به هو المرجع الأساسي الذي يعتمد عليه في مراقبة مدى تقييد الحكم بالقواعد العامة في إصدار الأحكام من حيث معرفة الهيئة التي حضرت جلسة النطق بالحكم وما إذا كانت هي التي سمعت المرافعة في الدعوى وتداولت فيه ووقعت على مسودته، وكذلك معرفة مدى سرية أو علانية الجلسة، وذلك للتحقق من مدى صحة الحكم أو بطلانه، حتى إذا ما خلت أوراق الدعوى من تحرير هذا المحضر كان الحكم باطلاً بطلاناً تتصدى له محكمة الطعن من تلقاء نفسها باعتباره متعلقاً بالنظام العام"⁽²⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هل الجلسات التي تتم أمام هيئة التحكيم تكون علنية كما هو

الحال أمام القضاء ؟

والحقيقة أن التحكيم يتميز بالسرية والخصوصية كون أن المعلومات والبيانات المتعلقة بالنزاع المعروف أمام هيئة التحكيم لا يطلع عليها أحد وإنما تكون حصرية بين الأطراف مما يضمن لهم مواصلة علاقتهم الطيبة حتى بعد تسوية النزاعات، وذلك على عكس القضاء الذي يطبق فيه مبدأ العلانية⁽³⁾. فالسرية هي أحد الأسباب التي تدفع الأشخاص لفض نزاعاتهم عن طريق التحكيم. وعلى سبيل المثال: يحرص التجار على حفظ أسرار التجارة والصناعة وعدم إفشائها لأقصى درجة ممكنة وهذا الهدف لا يتحقق إلا عن طريق التحكيم ، لذلك يفضله التجار على القضاء⁽⁴⁾. فالأصل في التحكيم سرية الجلسات فلا يحضرها سوى هيئة التحكيم و الخصوم وممثليهم والأشخاص الذين ترى الهيئة ضرورة حضورهم لحسن سير التحكيم كالشهود أو الخبراء وغيرهم، أما غيرهم من الأشخاص فلا يجوز لهم حضور جلسة التحكيم إلا بموافقة أطراف التحكيم⁽⁵⁾. وكون التحكيم اتفاقي المنشأ فيستطيع الخصوم الحفاظ على سرية النزاع

(1) د.أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص100.

(2) المحكمة الاتحادية العليا (الأحكام المدنية والتجارية)، طعن رقم 29، لسنة 23 قضائية، تاريخ الجلسة 6/19/2002، مكتب فني 24، رقم الجزء 3، رقم الصفحة 1469.

(3) د.أمير فرج يوسف، الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، ص295.

(4) د.هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، ص66.

(5) منشور على الموقع الإلكتروني <http://tahkeem.ac/ar/arbitration/why-arbitration>، 2018/1/22.

والمسائل التي تتصل به من خلال منع جميع الأشخاص غير المعنيين من حضور جلسات التحكيم التي يعقدها المحكمون⁽¹⁾.

الفرع الثاني

ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ جميع إجراءات الإثبات

نصت المادة 2083/ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي بعد تعديلها بالمرسوم رقم 30 لسنة 2005، على أنه "إذا تعدد المحكمون وجب أن يتولوا مجتمعين إجراءات التحقيق وأن يوقع كل منهم على المحاضر". ففي حالة تعدد المحكمين فيجب أن يشارك الجميع في اتخاذ إجراءات الإثبات، فلا ينفرد أحدهم عن باقي المحكمين للبحث عن أدلة الإثبات دون علم الآخرين. وقد برر الفقه هذه القاعدة بأنه حول هذه القاعدة، فاتجه الرأي الأول إلى وجوب مشاركة جميع المحكمين في إجراءات الإثبات وذلك للنظر في النزاع كهيئة تحكيم⁽²⁾، أما الرأي الثاني فقد اتجه إلى أن المشرع أراد من القاعدة التصدي للواقع العملي الذي يعتبر المحكم كمثل للخصوم وأن ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات هي ضمان لعدم التحيز فيما لو قام أحد المحكمين بالانفراد لاتخاذ إجراء، وبالتالي تعدد هذه القاعدة بمثابة احترام لحقوق الدفاع. ونرى أنه على الرغم من تعدد الآراء إلا أنها متفقة في مضمونها وتعد في مجملها أساساً سليماً لمبدأ ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات⁽³⁾.

ومبدأ ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ جميع إجراءات الإثبات ليس مطلقاً وإنما أجاز القانون للمحكمين الخروج عليه في عدة حالات، وذلك على التفصيل التالي:

1- الحالة الأولى: إذا كان اتفاق التحكيم يخول لأحد أعضاء هيئة التحكيم القيام بإجراءات

الإثبات:

يكون مصدر سلطات المحكمين في حالة إجازة الخصوم لها في اتفاق التحكيم أن تندب أحد أعضائها لاتخاذ أحد إجراءات الإثبات هو إرادة الخصوم، وبالتالي فهي لا تشكل أية مشكلة، والعلّة من ذلك أن إجراءات الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من أن يتم تطبيق إرادة الخصوم سواء كان المحكم مقيداً بقواعد القانون أو غير مقيد بها⁽⁴⁾.

(1) د. بكر عبدالفتاح سرحان، قانون التحكيم الإماراتي، ص35.

(2) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص256.

(3) انظر في عرض هذا الرأي في الفقه الفرنسي، د. علي بركات، مرجع سابق، ص 376 - 377.

(4) د. علي بركات، مرجع سابق، ص377.

2- الحالة الثانية: إجماع المحكمين على نذب أحدهم لاتخاذ إجراء معين بعد إثبات نذبه في

محضر الجلسة:

خروج هيئة التحكيم عن مبدأ ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات وإجماعهم على نذب أحدهم للقيام بإجراء معين مقيد بالألا يكون اتفاق الخصوم يستوجب اتخاذ إجراءات الإثبات بمعرفة هيئة التحكيم مجتمعة، فشنان هذا الاتفاق يجعل ما قام به أحد أعضاء هيئة التحكيم بمفرده أولو تم بإجماع آرائهم باطلا وبالتالي يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن المادة انتهت إلى ضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات إلا أنها لم تعالج حالة إجماع المحكمين على نذب أحدهم للقيام بإجراءات الإثبات. وذلك على خلاف بعض القوانين الأخرى كالقانون المصري الذي أشار إلى هذه الحالة صراحة في المادة 837 مرفعات مصري التي تنص على أن "يتولى المحكمون مجتمعون إجراءات التحقيق. ما لم يكونوا قد ندبوا واحدا منهم لإجراء معين وأثبتوا نذبه في محضر الجلسة " ففي هذه الحالة يجب على المحكم الذي اتفق المحكمون على نذبه أن يعرض نتيجة عمله على هيئة التحكيم وذلك قبل أن تصدر حكمها وإلا اعتبر الحكم باطلا، وأن انفراد أحد المحكمين باتخاذ إجراءات التحقيق لا يشكل في ذاته مخالفة لمبدأ المواجهة متى كان كل خصم قادرا على مناقشة أدلة الإثبات التي تم جمعها.

وفي تقديري أنه يجب على المشرع الإماراتي أن يضيف مادة مماثلة للمادة 837 مرفعات مصري، تسمح لهيئة التحكيم بأن تندب أحدهم للقيام بإجراء معين، خاصة وأن حكم التحكيم لن يصدر إلا بعد أن يقوم الشخص الذي تم نذبه بعرض نتائج أعماله على جميع أعضاء هيئة التحكيم. مع مراعاة أن ذلك كله مشروط بأن لا يستوجب اتفاق الخصوم اتخاذ إجراءات الإثبات بمعرفة هيئة التحكيم مجتمعة، بحيث لو اتخذ أحد أعضاء هيئة التحكيم إجراء من إجراءات الإثبات بمفرده ولو بإجماع باقي المحكمين يعد الحكم باطلا. كما

الفرع الثالث

عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة إلزام الخصوم

نظرا لأن هيئة التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم الذي يرمه الأطراف المتعاقدة فإنها لا تملك سلطة الأمر التي يجوزها قضاء الدولة، ولا تستطيع نقلها للغير، فمن المسلمات أن فاقد الشيء لا يعطيه. فإذا كان القاضي يملك، في حالة امتناع أحد الخصوم عن تقديم مستند تحت يده، سلطة إجباره

(1) د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص76.

على تقديمه، أو إنزال العقوبة عليه مثل الإكراه المالي كالغرامة أو الإكراه البدني كالحبس على من يخل بنظام الجلسة أو على من لا يمثل لأمره، فإن المحكم لا يستطيع اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات يتطلب بحسب طبيعته وجود سلطة الإلزام، كإجبار شاهد على الحضور أمامه أو إجبار الغير الذي لا يكون طرفاً في الخصومة على تقديم مستند تحت يده يخدم سير خصومة التحكيم أو أن يحكم بالإكراه المالي أو البدني كالحبس لأنها تمثل عقوبة فلا يملك القضاء بها إلا قضاء الدولة، والمحكم لا يمثل قضاء الدولة. ففي هذه الحالات لا تمتلك هيئة التحكيم شيء سوى اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على مساعدته مع توقف سير خصومة التحكيم إذا كان الحكم فيها متوقفاً على اتخاذ هذه الإجراءات، وإلا استمرت في نظر الدعوى مع طلب المساعدة⁽¹⁾. فعلى سبيل المثال: إذا رأى المحكم أنه لا يمكنه الفصل في النزاع بدون الاطلاع على المحررات التي يحوزها أحد الخصوم فلا مناص في هذه الحالة من اللجوء إلى القضاء لإجبار هذا الخصم على تقديم المحررات الموجودة تحت يده.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة دور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود، حيث عرضت في البداية لمبدأ حياد المحكم وأثره على إجراءات الإثبات، والنتائج المترتبة على حياد المحكم بشأن إجراءات الإثبات. كما تناولت الدراسة سلطات المحكمين في اتخاذ إجراءات الإثبات أو العدول عما أمرت به أو رفض إجراء من إجراءات الإثبات، وكذلك سلطة هيئة التحكيم في تقديرها لأدلة الإثبات. ثم تعرضت بعد ذلك للقيود الواردة على سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات الإثبات كضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضي في مجال الإثبات، وضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ جميع إجراءات الإثبات، وعدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة إلزام الخصوم.

وقد توصلت الدراسة بشأن دور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود، إلى عدد من النتائج والتوصيات، على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

1- لا يقصد بمبدأ حياد المحكم عدم تحيز المحكم لأحد أطراف خصومة التحكيم على حساب الطرف الآخر فقط، وإنما يقصد به أيضاً أن يقوم المحكم بتكوين عقيدته بناء على ما يقدمه الخصوم من

(1) د. عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 294-295.

أدلة إثبات بالطرق التي حددها القانون، وبناء على ما انتهى إليه تقديره لهذه الأدلة ، وفقا للقواعد التي ينص عليها القانون ، يقوم المحكم بالفصل في النزاع المعروض أمامه.

2- لا يجوز للمحكم أن يبني حكمه على معلوماته الشخصية ، فلا يؤسس حكمه على وقائع أو أدلة خارج نطاق المناقشة ، بمعنى أنه يمتنع على المحكم أن يستند على دليل معين يعلمه شخصا دون أن يقدمه أحد الخصوم. فالمحكم يقتصر في تأسيسه لحكمه على ما يقدمه أطراف خصومة التحكيم من أدلة إثبات لحقوقهم في النزاع المطروح عليه ، وما يبيده الأطراف أمامه من أقوال وأفعال. فيحكم في الطلبات والدفع على أساس الأدلة المقدمة من قبل الخصوم فقط وبحسب قيمة كل دليل.

3- يترتب على تطبيق مبدأ الحياد أن يتاح لكل طرف من أطراف خصومة التحكيم العلم بالأدلة المقدمة من الطرف الآخر طالما أن المحكم مؤسس على الأدلة المقدمة من الخصوم دون تدخل من المحكم. وبالتالي لا يستطيع المحكم أن يبني حكمه على دليل مقدم من أحد أطراف الخصومة التحكيمية دون أن يواجه به الطرف الآخر وهذا ما يعرف بمبدأ مجابهة الخصم بالدليل.

4- يجب على المحكم أن يلتزم بتسبيب حكمه ، فبين الأدلة والوقائع التي استند إليها في الحكم . و يترتب على عدم بيان الأسانيد الواقعية بيانا وافيا القصور في التسبيب وبطلان الحكم. ويؤسس ذلك على أن التسبيب من الضمانات الهامة التي تبين مدى التزام المحكم بتطبيق مبدأ الحياد.

5- لا يقتصر دور المحكم على مراقبة توافر الشروط المطلوبة قانونا في الدليل محل الإثبات، أو تقديره للأدلة التي تطرح عليه ، ولكنه يملك كذلك اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات الإثبات. فللمحكم سلطة اتخاذ إجراء من تلك الإجراءات، أو رفضه، أو العدول عنه ، إضافة إلى سلطته في تقدير أدلة الإثبات المختلفة.

6- يقصد بتقدير أدلة الإثبات تلك العملية الذهنية التي تنتهي باقتناع المحكم أو عدم اقتناعه بوجود الوقائع التي يدعيها أو ينتج بها الخصوم. وسلطة المحكم في تقدير أدلة الإثبات هي نفسها السلطة التي يتمتع بها القاضي، فقد يكون له دور رقابي أو دور تقديري. فدور المحكم في أدلة الإثبات القانوني تختلف عن دوره في أدلة الإثبات الأخرى.

ثانيا : التوصيات :

1- أهمية وضع قانون خاص بالتحكيم مستقل عن قانون الإجراءات المدنية.
2- ضرورة وضع قواعد خاصة تعالج دور المحكمين في الإثبات ، ومدى السلطات التي يتمتع بها المحكم إزاء الأدلة المحددة في قانون الإثبات.

3- أهمية أن يضيف المشرع الإماراتي فيما يتعلق بضرورة اشتراك جميع المحكمين في اتخاذ جميع إجراءات الإثبات، مادة مماثلة للمادة 837 مرافعات مصري ،تسمح لهيئة التحكيم بأن تندب أحد أعضائها

للقيام بإجراء معين من إجراءات الإثبات، شريطة ألا ينعقد اتفاق الخصوم على اتخاذ إجراءات الإثبات بمعرفة هيئة التحكيم مجتمعة .

المصادر والمراجع

أولاً: مراجع في الفقه الإسلامي:

- 1- الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، دار ابن رجب، ط1، 2002م .
- 2- الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بشرح فتح الباري للإمام الحافظ ابن حجر العسقلاني، ج12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1988م.

ثانياً: المراجع القانونية:

(أ) مراجع قانونية عامة:

- 1- د. أحمد أبو الوفا:
 - التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5.
 - المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
 - التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3.
- 2- د. أحمد السيد صاوي:
 - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2011.
 - التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- 3- د. أسامة الروبي:
 - الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2010.
 - مبادئ وإجراءات الإثبات المدني في النظام القانوني الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2014.
 - قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- 4- أ. السيد عبد الوهاب عرفه، الإثبات في المواد المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2009م.
- 5- د. أمير فوج يوسف، الشرح والتعليق على قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المكتب الجامعي الحديث، 2014 .
- 6- د. بكر عبدالفتاح السرحان:
 - قانون التحكيم الإماراتي، مكتبة الجامعة، ط1، 2012.

- قانون الإجراءات المدنية، مكتبة الجامعة، ط1، 2013م.
- 7- د.عاشور مبروك، التحكيم، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2010م.
- 8- د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2009م.
- 9- د.فايز أحمد عبد الرحمن، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- 10- د.فتحي والي:
- الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 .
- التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2014م.
- 12- د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 13- د.محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.
- 14- أ.د.محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- 15- د.مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون دار نشر، الجزء الأول، ط1، 1998م.
- 16- مصطفى المتولي قنديل، الوجيز في القضاء والتقاضي، الآفاق المشرقة ناشرون، عمان، ط2، 2015م.
- 17- د.هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م.
- 18- د.وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2001م.
- 19- د.يوسف عبيدات، شرح أحكام الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012م.

(ب) مراجع قانونية متخصصة:

- 1- د. أسامة الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- 2- د. سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الإجتماعية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مصر، العدد الثاني، الجزء الثاني، السنة الثامنة، 2016م.
- 3- د.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة.
- 4- د.علي أبو عطية هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 5- د.علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، جامعة القاهرة، 1996م.

6-د. منير يوسف المناصير، سلطة المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2014م.

(ج) مواقع على شبكة الانترنت:

الموقع الإلكتروني: <http://tahkeem.ae/ar/arbitration/why-arbitration>