



DUBAI POLICE ACADEMY

أكاديمية شرطة دبي

الأمّن والقانون

مجلة دورية مُحكّمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي
السنة الخامسة والعشرون - العدد الثاني - يوليو 2017م

استثمار أموال الزكاة دراسة فقهية مقارنة

أ.د. عبد العزيز فرج محمد موسى

عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دبي للشراكة

د. حمدي أبوالنور السيد

تطوير مسارات الحماية القضائية المؤقتة ومناطق التفرقة بين الأوامر والأحكام الوقتية

د. هدى نور

قواعد الاختصاص القضائي الدولي لدولة الإمارات العربية المتحدة في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة تحليلية)

د. عبدالله سيف علي السبوسي

ماهية مفترضات الجريمة

د. نوفل علي عبد الله الصفو

هيئة التحرير

رئيس التحرير

اللواء أ.د. محمد أحمد بن فهد

نائب رئيس التحرير

العميد د. غيث غانم السويدي

مدير التحرير

العقيد أ.د. سيف غانم السويدي

أعضاء هيئة التحرير

العميد أ.د. محمد بطي الشامسي
المقدم د. عبد الله سيف السبوسي
المقدم د. أحمد شعبان الطاير
أ.د. خالد موسى توني

سكرتير علمي وإداري

الملازم أول / محمد مصبح الكعبي

الطاقم الإداري المساعد

الرقيب / محمد عبد الله بن ماضي

التدقيق اللغوي والمراجعة

أ. ضياء الدين دفع الله بخيت

المؤلف : أكاديمية شرطة دبي

العنوان : مجلة الأمن والقانون

السنة الخامسة والعشرون

العدد الثاني - يوليو 2017م

الموضوع : مجلة الأمن والقانون

ردم : ISSN2520-5366

الإخراج والطباعة

التنفيذ والإخراج : الدليل الذهبي للدعاية والإعلان

عدد الصفحات : 444 صفحة

قياس الصفحة : 24x17

2017م

جميع الحقوق محفوظة

يُمنع نسخ هذا الإصدار أو أجزاءه بكل الطرق كالطبع والتصوير والنقل والترجمة والتسجيل المرئي والمسموع والإلكتروني إلا بإذن خطي من أكاديمية شرطة دبي.

ص.ب : 215444 أم سقيم - دبي

الإمارات العربية المتحدة

هاتف : +971 4 3163382

فاكس : +971 4 2171385

البريد الإلكتروني : journal@dubaipolice.gov.ae

col_law@dubaipolice.gov.ae :

قواعد النشر

- يشترط لنشر البحث بالمجلة ما يلي:
 - أن يكون متعلقاً بمجال الدراسات الأمنية والقانونية.
 - ألا يكون قد سبق نشره.
- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه لأي جهة أخرى للنشر حتى يصله رد المجلة بصلاحيته بحثه للنشر من عدمه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام هيئة تحرير المجلة للبحث.
- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر، وفي حالة رغبة المجلة في إعادة نشر البحث، فإن عليها أن تحصل على موافقة مكتوبة من صاحبه.
- تقدم البحوث بإحدى اللغات الآتية:
 - العربية - الإنجليزية - الفرنسية.
- على أن يرفق الكتاب بالبحث ملخصاً له بلغة غير تلك التي كتب بها، وذلك في حدود صفحة واحدة.
- لا تلتزم المجلة برد الأصل الذي يتقدم به الباحث، سواءً نشر البحث أم لم ينشر.
- إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبته لصاحبه، فإن ما يطرح بالمجلة من آراء، إنما تعبر عن وجهة نظر كاتبها، ولا تعبر عن رأي المجلة، ولا تكون المجلة مسؤولة عنها.
- تنشر المجلة موجزاً للرسائل العلمية والمؤلفات والدوريات ذات الصلة بموضوع المجلة، وذلك فيما لا يتجاوز خمس صفحات وبدون مقابل.
- تنشر المجلة أوراق مناقشات الندوات الثقافية والمؤتمرات التي تعقدها الأكاديمية في صورة ملحق بها.
- يجوز اقتباس بعض مواد المجلة بشرط الإشارة إلى المصدر.
- تقرر المجلة صلاحية المادة للنشر فيها بناءً على رأي محكمين متخصصين.



سورة آل عمران

الآية: ٢٦

كلمة مدير التحرير

سعت أكاديمية شرطة دبي منذ نشأتها الأولى إلى أن تكون رافداً رئيساً من روافد العلم والمعرفة في دولتنا الحبيبة الإمارات العربية المتحدة، وقد آمنت منذ ذلك الوقت بأنّ تدريس العلوم القانونية والشرطية وحده لن يحقق المعرفة المنشودة بكلّ وطن دون أن يتبعها بحث علمي حثيث، يسعى من خلال ما يتناوله من موضوعات بحثية إلى تقويم ما هو قائم من نظريات، وأسس، وقواعد قانونية، وشرطية؛ لمواكبة التطورات المتلاحقة في حياتنا الإنسانية، التي تنعكس أولى آثارها على التنظيم القانوني الحاكم لمجتمعنا في مختلف جوانبه، وكذلك إتاحة الفرصة لطرح الرؤى، والأفكار الحديثة، في مختلف مجالات العلوم القانونية، والشرطية بما يعزز من دور البحث العلمي في تحقيق التطور، والتقدم الاجتماعي، والتثاقف بدولة الإمارات العربية المتحدة، التي أصبحت مقصداً عالمياً في شتى المجالات.

ومن هنا كان الدور المنشود لدورية مجلة (الأمن والقانون) الصادرة عن أكاديمية شرطة دبي، التي تعد واحدة من أهم الدوريات العلمية الدولية المحكمة، والتي تعنى بنشر البحوث العلمية القانونية، والشرطية، والتي تتيح للباحثين في مختلف المجالات السابقة فرصة طرح جهودهم البحثي على نخبة من الأساتذة المتخصصين، من خلال عملية التحكيم السابقة على النشر، وكذلك توصيل أفكارهم العلمية لقارئها من المتخصصين والمسؤولين بما يعزز من إمكانية الاستفادة مما توصلت إليه هذه البحوث من نتائج وتوصيات، وينعكس بفائدة إيجابية ملموسة في المجالات القانونية، والشرطية ليس فقط في دولة الإمارات العربية المتحدة، بل أيضاً في مختلف دول الوطن العربي التي تحرص مؤسساتها التعليمية العريقة، ويحرص باحثوها على التّواصل المستمر مع هيئة تحرير المجلة، من خلال النشر، أو من خلال اقتناء إصداراتها المتعاقبة؛ لتكون ركيزة أساسية تعتمد عليها في استكمال مسيرة البحث العلمي.

وإنني لأدعو الجميع لإثراء المجلة بنشر ما توصلوا إليه من بحوث علمية، متخصصة في العلوم القانونية، والشرطية؛ تحقيقاً للفائدة المزدوجة لكل من الباحث والناشر. والله تعالى أسأل أن يهدي الجميع لما فيه التوفيق والسداد..

مدير التحرير

العقيد.أ.د. سيف غانم سيف السويدي

عميد أكاديمية شرطة دبي



الأبحاث العلمية



استثمار أموال الزكاة دراسة فقهية مقارنة

إعداد

أ.د. عبد العزيز فرج محمد موسى

استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بأكاديمية شرطة دبي

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد :

إن الله تعالى خلق الخلق لغاية عظيمة، وهي عبادته وحده لا شريك له، ومن خصائص العبادة في دين الإسلام شمولها وتعدد أنواعها وتنوع مجالاتها، فمنها عبادات بدنية كالصلاة والصيام، وعبادات قولية كالذكر وقراءة القرآن، وعبادات قلبية كالخوف والوجل والتوكل على الله، وعبادات مالية، وهذه العبادات المالية مشتملة على انفاق المال ابتغاء وجه الله تعالى، وقد أكدت النصوص الشرعية على انفاق الأموال في مصارفها المحددة شرعاً لها، خاصة الأموال الزكوية.

وقد طرح في الآونة الأخيرة في بعض المجامع والمؤتمرات الفقهية فكرة تشغيل واستثمار بعض هذه الأموال الزكوية في مشاريع استثمارية لتنميتها وثمارها وصرافها للمستحقين تلبية لاحتياجاتهم المتزايدة خاصة مع تطور النظام الاقتصادي العالمي الذي أخذ يضيق الخناق على اقتصاد كثير من الدول الإسلامية، ورغبته في منع وصول بعض الأموال إلى مستحقيها، فيبقى الفقراء والمساكين بحاجة ماسة إلى تأمين مورد مالي ثابت ودائم، وأحد حلول هذه المشكلة استثمار بعض أموال الزكاة -لاسيما مع تنوع أساليب العمل والإنتاج وظهور المشاريع الاستثمارية الضخمة التي تدر أرباحاً وفيرة على مالكيها لتؤمن للمستحقين لها مورداً مالياً ثابتاً بدلاً من استهلاكهم لهذه الأموال في مدة وجيزة .

ولم يقف الأمر عند البحث النظري؛ ذلك أن بعض جهات الزكاة قد قطعت شوطاً في هذا المجال الذي كان مثار جدل ونقاش بين الباحثين، ولدراسة هذه القضية الفقهية المعاصرة أعددت هذا البحث بعنوان (استثمار أموال الزكاة دراسة فقهية مقارنة) .

خطة البحث : تناولت هذا الموضوع في فصلين سبقتهما بتمهيد وختمتهما بخاتمة تتضمن أهم نتائج وتوصيات البحث كالتالي:

مبحث تمهيدى : تضمن بيان ماهية الزكاة ومشروعيتها وحكمها

الفصل الاول طبيعة استثمار أموال الزكاة.

وفيه مبحثين:

المبحث الأول: ماهية استثمار أموال الزكاة.

المبحث الثاني: أموال الزكاة، وسبل استثمارها.

الفصل الثاني: حكم استثمار أموال الزكاة.

المبحث الأول: حكم الاستثمار من قبل مالك المال.

المبحث الثاني: حكم استثمار أموال الزكاة من قبل المستحقين لها.

المبحث الثالث: استثمار أموال الزكاة من قبل الإمام أو نائبه

المبحث الرابع: مدى تعلق الزكاة بعين المال

المبحث التمهيدي حقيقة الزكاة

المقصود بحقيقة الزكاة بيان تعريفها لغة واصطلاحًا وذلك كالتالي : تعريف الزكاة في اللغة :-

معنى الزكاة لغة عبارة عن النماء والزيادة ومنه يقال زكاة الزرع إذا نما⁽¹⁾ فسميت الزكاة زكاة لأنها سبب في زيادة المال بالخلف في الدين والثواب في الآخرة ، قال الله تعالى : ﴿ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ ﴾⁽²⁾ وقيل أيضًا أن معناها الطهر قال تعالى : ﴿ قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى ﴾⁽³⁾ أى تطهر فإنها تطهر صاحبها من الآثام قال تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾⁽⁴⁾ .

تعريف الزكاة اصطلاحًا :-

عرف بعض فقهاء الحنفية الزكاة بأنها " تملك جزء مال عينه الشارع من مسلم فقير ، غير هاشمى ، ولا مولاه مع قطع المنفعة عن الملك من كل وجه لله تعالى.⁽⁵⁾

شرح محترزات التعريف :-

ورد في التعريف عدة قيود ومحترزات وبيانها الآتى :-

فقوله " تملك " قيد يراد به تمكين الفقير من المال بتمليكه له بدفعه إليه وتسليمه إياه كي يتمكن من التصرف فيه بالاستعمال والاستغلال والتصرف وقوله " جزء مال "

يخرج به تملك المنفعة فلا تعد زكاة فلو أسكن فقيرًا داره سنة ناويا الزكاة لا تجز به وقوله " عينه الشارع " يراد به المقدار الذى حدده الشرع وهو ربع العشر فى الأموال أو ما يقوم مقامه فى زكاة السوائم - على ما سوف نبينه - فيخرج بهذا القيد الصدقة النافلة فغير معينة لكونها تطوعا ، وكذا صدقة الفطر فهى ليست معينة لوجوبها فى الذمة .

1 المصباح المنير للفيومي، المفردات فى غريب القرآن للأصفهاني مادة، زكا.

2 سورة سبأ جزء من الآية رقم (39) .

3 سورة الأعلى الآية رقم (14) .

4 سورة التوبة جزء من الآية رقم (103)

5 بدائع الصنائع ج2 ص4 .

وقوله "من مسلم فقير" إشارة إلى أحد مصارف الزكاة فخرج به غير المسلم ،
والمسلم الغنى .

وقوله " غير هاشمي ولا مولاه " خرج به آل بيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومواليهم وقوله " مع قطع المنفقة عن الملك " المراد به ألا ينتفع المزكى وهو الدافع لها بأى وجه فلا يدفعها لأصله كأبيه وأمه وإن علا كجده ولا لفرعه كولده وإن سفل كأبناء أولاده ولا يدفعها لزوجته ولا لعبده ، لأنه بالدفع لهؤلاء لم تنقطع المنفعة عن المالك (المزكى) من كل وجه .

وقوله " لله تعالى " أن يكون دفع الزكاة بنية القربة لله تعالى يريد بفعله إرضاء الله تعالى بأداء الزكاة الواجبة عليه .

حكم الزكاة :-

والزكاة فريضة مكتوبة وجبت بإيجاب الله تعالى وهي فرض في المال وواجبة في صدقة الفطر والفرض والواجب بمعنى واحد عند الحنفية⁽⁶⁾ وهو ما ثبت بدليل قطعى الثبوت وقطعى الدلالة

سبب الفرضية :

وسبب الفرضية للزكاة في المال قوله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾⁽⁷⁾ فجعل الشارع المال سببا للوجوب ولهذا يضاف الواجب إليه فيقال زكاة المال والواجبات تضاف إلى أسبابها ، والمال سبب لوجوب الزكاة باعتبار غنى المالك لذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل - رضى الله عنه - لما أرسله إلى اليمن : أعلمهم أن الله تعالى فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد في فقرائهم⁽⁸⁾ . والغنى لا يحصل إلا بمال مقدر وذلك هو النصاب الثابت ببيان الشرع ، والنصاب يكون أيضا سببا للفرضية باعتبار صفة النماء.⁽⁹⁾

6 النياية في شرح الهداية للعييني ج3 ص6 ، أحكام القرآن لابن العربي ج2 ص576 .

7 سورة التوبة جزء من الآية رقم (103) .

8 سنن النسائي ج2 ص186 ، فتح الباري لشرح صحيح البخارى ج4 ص3 رقم 1395 .

9 الجامع لأحكام القرطبي ج8 ص52 ، بدائع الصنائع ج2 ص4 .

أدلة فرضية الزكاة

والدليل على فرضية الزكاة هو الكتاب والسنة والاجماع كالتالي:

أولاً - الكتاب :-

قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾⁽¹⁰⁾ وقوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾⁽¹¹⁾ وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ، لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾⁽¹²⁾ والحق المعلوم هو الزكاة وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴾⁽¹³⁾ قال المفسرون : المراد بالكنز هنا هو المال الذي لم تؤد زكاته .

والزكاة في القرآن الكريم تعد ثالثة الإيمان قال الله تعالى : ﴿ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ الآية ﴾⁽¹⁴⁾

ثانياً - السنة :-

والزكاة في السنة هي من جملة أركان الدين الخمس فقد وردت أحاديث كثيرة تدل على الفرضية منها :

ما روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : بنى الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلاً⁽¹⁵⁾ .

وروى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في حجة الوداع " اعبدوا ربكم وصلوا خمسكم ، وصوموا شهركم ، وحجوا بيت ربكم ، وأدوا زكاة أموالكم ، طيبة بها نفوسكم ، تدخلوا جنة ربكم "⁽¹⁶⁾

10 سورة البقرة جزء من الآية رقم (43) .

11 سورة التوبة جزء من الآية رقم (103) .

12 سورة المعارج الآية رقم (24، 25) .

13 سورة التوبة جزء من الآية رقم (34) .

14 سورة التوبة جزء من الآية رقم (11) .

15 التلخيص الحبير لتخريج أحاديث الرافعي الكبير ج2 ص186 .

16 فتح الباري لشرح صحيح البخارى ج3 ص7 .

وروى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: ما من صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي حقها إلا جعلت له يوم القيامة صفائح ، ثم أحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جنبه ، وجبهته ، وظهره في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يقضى بين الناس فيرى سبيله إما إلى الجنة ، وإما إلى نار ، وما من صاحب بقر ، ولا غنم لا يؤدي حقها إلا أوتى بها يوم القيامة تطؤه بأظلافها وتنطحه بقرونها ، ثم ذكر فيه ما ذكر في الأول . قالوا : يا رسول الله فصاحب الخيل : قال : الخيل ثلاث : لرجل أجر ، ولرجل ستر ولرجل وزر ، فأما من ربطها في عدة سبيل الله فإنه لو طوّل لها في مرج خصب أو في روضة ، كتب الله له عدد ما أكلت حسنات ، وعدد إروائها حسنات ، وإن مرت بنهر عجاج لا يريد منه السقى فشربت كتب الله عدد ما شربت حسنات ، ومن ارتبطها عدّاً وفخرّاً على المسلمين كانت له وِزراً يوم القيامة ، ومن ارتبطها تغنياً وتعففاً ، ثم لم ينس حق الله في رقابها ، وظهورها ، كانت سترّاً من النار يوم القيامة" (17).

ثالثاً :- الإجماع :

فقد أجمعت الأمة من لدن عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا على فرضية الزكاة دون تكبر من أحد يعتد به .

شروط وجوب الزكاة المتعلقة بالمال :-

المال في الواقع - مال الله تعالى فهو منشئه وخالقه ، وواهبه قال تعالى : ﴿ وَآتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ (18)

ومع أنه صاحب المال الحقيقي ومالكة إلا أنه أضاف الأموال إلى عباده تكريماً لهم وتفضلاً منه لهم ليشعرون بمسئوليتهم عما ملكهم إياه وائتمنهم عليه فأوجب عليهم أن يؤديوا زكاة أموالهم دون ارهاق وإيقاعهم في الحرج والعسر فاشتراط الشرع الحنيف عدة شروط في هذا المال الواجب فيه الزكاة هي كالتالي .

أولاً :- الملك التام :-

فإن كان المال غير مملوك فلا زكاة فيه لعدم الملك ، لأن في الزكاة تمليك والتملك في غير المملوك لا يتصور ، كذلك لا تجب الزكاة في المال الذي استولى عليه الأعداء وأحرزوه

17 فتح الباري لشرح صحيح البخارى ج3 ص11 .

18 سورة النور جزء من الآية رقم (33) .

بدارهم ، لأنهم ملكوه بالاحراز فزال الملك المسلم عنه.⁽¹⁹⁾

كما يشترط أن يكون الملك ملكاً تاماً أى أن ملكية الرقبة والمنفقة له وهو المعبر عنه بملك الرقبة واليد وخالف زمر الإمام وصاحبيه⁽²⁰⁾ بعدم اشتراط اليد لكن الراجح هو الجمهور فلا تجب الزكاة في مال الضمار وهو كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك كامال المفقود والمال الساقط في البحر أو الذى أخذه الحاكم مصادرة ، والدين المجهود إذا لم يكن للمالك بينة وحال الحول ثم صارت له بينة بأن أقر عند الناس ، وكذلك المال المدقوق في الصحراء ولا يعلم المالك مكانه أما إذا كان مدفوناً في البيت فيجب فيه الزكاة.⁽²¹⁾

واستند الإمام أبو حنيفة وصاحبيه بقول النبي صلى الله عليه وسلم " ليس في مال الضمار زكاة "⁽²²⁾ فهذه الأموال غير منتفع بها في حق مالكها لعدم يده عليها بالانتفاع ، وإذا لم يستطع مالكها الانتفاع بها لا يصير المالك لها غنيا ، ولا زكاة على غير الغنى - وسوف نفصل القول في زكاة مال الضمار عقب هذا الفصل إن شاء الله تعالى .

المراد بهذا الشرط أن يكون المال مملوكاً لصاحبه رقبة ويدرأ، أو بعبارة بعض الفقهاء " أن يكون المال بيده ، لم يتعلق به حق غيره ، وأن يتصرف فيه باختياره ، وأن تكون فوائده حاصلة له.⁽²³⁾

ويعبر عنه البعض بالتمكن⁽²⁴⁾ أى يكون النصاب متمكناً منه طوال الحول بأن يكون في يد مالكة ، عارفاً بموضعه غير ممنوع منه ، أو كان في يد غير يذنه ، ويكون ذلك الغير مصادق غير متغلب ، أو كان في حكم المتمكن من هذا المال ، ويكون ذلك إذا كان مرجوياً غير ميثوس من قبضه ، كأن يكون ضالاً ، ولم ييأس من وجدانه ، أو كان مودعاً عند فلان الذى جرده لكن للمالك بينة يرجوا حصوله عليه بها ، فإذا لم يكن هذا المال فتمكنا منه ولا مرجوياً ، لم تجب فيه الزكاة لما مضى من السنين إذا عاد عليه ويستأنف حولاً بعد قبضه.⁽²⁵⁾

19 د / يوسف القرضاوى فقه الزكاة ج1 ص127 - مؤسسة الرسالة - بيروت .

20 المبسوط ج2 ص195 ، المهذب ج1 ص158 .

21 المبسوط ج2 ص195 .

22 نصب الرأية لتخريج أحاديث الهداية ج2 ص .

23 مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى ج2 ص16 .

24 شرح الأزهار ج452 .

25 د / يوسف القرضاوى - فقه الزكاة ج1 ص130 .

ثانيًا - النماء :-

يقصد بهذا الشرط أن يكون المال الذي تؤخذ منه الزكاة ناميًا أو قابلاً للنماء ، والمقصود بالنماء⁽²⁶⁾ أن يعد المال للاستنماء - أي زيادة نمائه بالتجارة أو بالإسامة ، فاضلا عن حاجته الأصلية ، لأن معنى الزكاة النماء ولا يحصل إلا من المال النامي إذ به يتحقق الغنى ، فإذا لم يتحقق يكون المال غير ناميًا بأن يكون محتاجًا إليه حاجة أصلية كنفقته ونفقة عياله فلا زكاة فيه ، لأن أدائها لا يكون عن طيب نفس .

والإعداد للإسامة للنماء في المواشى وللتجارة في أموال التجارة ، ويجب أن تصحب نية التجارة والإسامة لفصل التجارة والإسامة ، لأن مجرد النية لا عبء بها في الأحكام لقول النبي صلى الله عليه وسلم إن الله عفى عن أمتي ما تحدثت به أنفسهم ، ما لم يتكلموا به ، أو يفعلوا "⁽²⁷⁾

وأن يدر هذا المال على صاحبه ربحا وفائدة تعود عليه - سواء كان دخلاً أو غلة أو إيرادا ، وإما أن يكون هو نفسه نماء أي زيادة وإيرادًا جديدًا - والنماء إما أن يكون حقيقى أو تقديرى ، فالنماء الحقيقى الزيادة بالتوالد والتناسل وغيرها ، والتقديرى : قابلية المال للزيادة سواء في يده أو في يد نائبه.⁽²⁸⁾

فالشرط لا يراد به أن ينمى بالفعل وإنما أن يكون من شأنه أن ينمى ويغل لأن الشرع لم يعتبر النماء بالفعل لكثرة اختلافه وعدم ضبطه.⁽²⁹⁾

ثالثًا - بلوغ النصاب :

اشتراط الفقهاء في المال الذى يجب فيه الزكاة أن يبلغ مقدارًا محددًا فإذا قل عنه فلا يجب فيه زكاة ، وهو ما يسمى بالنصاب لذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم بإعفاء الخمس من الإبل ، والأربعين من الغنم ، فليس فيهما زكاة ، وكذلك ما دون مائتى درهم فضة ، ولا دون خمسة أوسق من الحبوب والثمار والحاصلات الزراعية⁽³⁰⁾ وهذا الشرط مجمع عليه عند الفقهاء في غير الزروع والثمار والمعادن ، أما في الزرع والثمار فقد ذهب

26 د / يوسف القرضاوى - فقه الزكاة ج1 ص130 .

27 د / يوسف القرضاوى - فقه الزكاة ج1 ص139 .

28 بدائع الصنائع ج2 ص11 .

29 د / يوسف القرضاوى - فقه الزكاة ج1 ص149 .

30 بدائع الصنائع ج2 ص11 .

الإمام أبو حنيفة إلى وجوب الزكاة في كل ما تخرجه الأرض قليله وكثيره العشر.⁽³¹⁾
بينما اشترط الجمهور النصاب فيها أيضا احتجاجًا بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - " ليس فيما دون خمسة صدقة ".⁽³²⁾

رابعًا - أن يكون المال الواجب فيه الزكاة فاضلاً عن الحوائج الأصلية :-

وهذا الشرط قد أضافه بعض الفقهاء من الحنفية لأن الخارج عن الحاجة الأصلية يعد صاحبه غنيا ويحصل به الأداء عن طيب نفس ، ولأن المحتاج إليه حاجة أصلية لا يعد صاحبه غنيا ، ولا يحصل الأداء منه عن طيب النفس.⁽³³⁾

بينما استغنى عن هذا الشرط بشرط النماء ، لأن الحاجات الأصلية للإنسان تتغير وتتطور بتغير الأزمان والبيئات والأحوال ، والأولى أن تترك لتقدير أهل الرأي واجتهاد أولى الأمر.

خامسًا - السلامة من الدين :

من تمام اشتراط الملك التام للمال الواجب فيه الزكاة ومما يستتبعه أن يكون فاضلاً عن حوائجه الأصلية أن يكون النصاب سالمًا من الدين فإذا كان المالك مدينا ويستغرق النصاب فلا يتحقق الغنى للمالك ، لأن ملكه يكون ناقصًا ، لذلك فإن من عليه دين يستغرق كل ماله أو بعضه فلا زكاة عليه من مال مقابل الدين بجميع أنواع المال ماعدا الزروع والثمار ، ولا فرق بين في الدين الحال والمؤجل وهذا عند الحنفية.⁽³⁴⁾

أما عند المالكية :- قالوا أن من عليه دين ينقص النصاب وليس عنده ما يفي من مال الزكاة مما لا يحتاج في ضرورياته ، كدار السكنى ، فلا تجب عليه الزكاة في المال الذي عنده ، وهذا خاص بزكاة الذهب والفضة إذالم يكونا من معدن أو ركاز - أما الماشية فتجب زكاتها ولو مع الدين ، وكذا المعادن والركاز فتؤدى زكاتها مع الدين.⁽³⁵⁾

وعند الشافعية :- قالوا لا يشترط لوجوب الزكاة في المال الفراغ من الدين ، فمن كان

31

32 فتح الباري لشرح صحيح البخارى ج3 ص13 .

33

34 المبسوط ج2 ص195 ، ابن عابدين بحا شيته ج2 ص6 .

35 المنتقى ج2 ص124 .

عليه دين وجبت عليه الزكاة ولو كان ذلك الدين مستغرقاً النصاب ، وبصرف النظر عما إذا كان المال المزكى عيناً أو حرثاً.⁽³⁶⁾

وعند الحنابلة :- قالوا بعدم وجوب الزكاة على من عليه دين يستغرق النصاب أو ينقصه ، ولو كان الدين من غير جنس المال المزكى ، ولو كان دين خراج أو أجرة أو أرض أو حرث ، ويستوى عند الحنابلة في عدم وجوب الزكاة في الدين سواء الأموال الباطنة والظاهرة، فالباطنة هي النقود وعروض التجارة ، والظاهرة الماشية والزروع والثمار⁽³⁷⁾ فمن كان عليه دين وله مال وجبت زكاته ، فليخرج من ماله الدين أولاً ثم يزكى عن الباقي إن بلغ نصاباً، وبعبارة أخرى كما يرى البعض أن الدين يخضم عند ربط الزكاة على الأموال المنقولة للوصول إلى صافي الذمة المالية وصافي ملكية الممول ، ولا يخضم عند ربط الزكاة على إيرادات الأموال العقارية.⁽³⁸⁾

سادساً - حولان الحول :-

ومعنى هذا الشرط أن يمر على ملك المالك اثنا عشر شهراً عربياً وهذا بالنسبة للأنعام والنقود والسلع التجارية ، أما الزروع والثمار والعسل والمستخرج من المعادن والكنوز ونحوها فلا يشترط لها حولان الحول وهو ما يندرج تحت اسم " زكاة الدخل " وهذا الشرط ثابت عند الفقهاء والخلفاء الراشدين ولاشتهاره في الصحابة- رضى الله عنهم ولا انتشار العمل به - كما ذكره ابن رشد.⁽³⁹⁾

والدليل على هذا الشرط ما روى مرفوعاً عن عمر رضى الله عنهما عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال " لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ".⁽⁴⁰⁾

وهذا مجمع عليه عند فقهاء الأمصار ولم يرد فيه خلاف إلا ما روى عن ابن عباس ومعاوية وسبب الخلاف أنه لم يرد في ذلك حديث ثابت.⁽⁴¹⁾

36 المهذب ج1 ص158 ، مغنى المحتاج ج1 ص412 .

37 المغنى مع الشرح الكبير ج3 ص46 .

38 د / أحمد الحصرى - السياسة الاقتصادية والنظم المالية في الفقه الإسلامى ص595 ، مكتبة الكليات الأزهرية ، د / شوقي اسماعيل شحاته - التطبيق المعاصر للزكاة ص84 ، د / عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة ج4 ص402

39 بداية المجتهد ج2 ص261، 262 .

40 بداية المجتهد ج2 ص261، 262 .

41 المرجع السابق ج2 ص262 .

الفصل الاول طبيعة استثمار أموال الزكاة

المبحث الأول ماهية استثمار أموال الزكاة

المطلب الاول ماهية الاستثمار عند الفقهاء

أولاً: في اللغة:

الاستثمار لغة: مصدر سداسي، واصله الثمر، وقد بين ابن فارس معنى هذه المادة فقال: "الثاء والميم والراء أصل واحد، وهو شيء يتولد عن شيء متجمعاً، ثم يحمل عليه غيره استعارة، وثمر الرجل ماله: أحسن القايم عليه، ويقال في الدعاء: (ثمر الله ماله) أي: نماء.⁽⁴²⁾

ويقول ابن منظور في معنى هذه المادة: الثمر: حمل الشجر، وأنواع المال. والولد: ثمرة القلب، وفي الحديث: (إذا مات ولد العبد قال الله تعالى لملائكته: قبضتم ثمرة فؤاده؟ فيقولون: نعم)،⁽⁴³⁾ قيل للولد ثمرة: لأن الثمرة ما ينتجها الشجر، والولد ينتجها الأب، وأثمر الشجر: خرج ثمرة.. وثمر ماله نماء، يقال: ثمر الله مالك، أي: كثره، وأثمر الرجل: كثر ماله)⁽⁴⁴⁾

فمعنى مادة (ثمر) يدور حول الإنتاج والتنمية والتكثير، ويدل الفعل من هذه المادة على هذه المعنى سواء أكان معتدياً مثل (ثمر)، أم كان لازماً مثل: (أثمر القوم وثمروا ثموراً،

42 معجم المقاييس في اللغة (ثمر)، ص: 187.

43 اخرجہ الترمذی فی سنہ: کتاب الجنائز، باب فضل المصيبة إذا احتسب: 3/341 رقم: 1021 والإمام أحمد في المسند: 4/415 من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، ولفظه كما في سنن الترمذي: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (إذا مات ولد العبد، قال الله لملائكته: قبضتم ولد عبدي؟ فيقولون: نعم، فيقول: قبضتم ثمرة فؤاده؟ فيقولون: نعم، فيقول: ماذا قال عبدي؟ فيقولون: حمدك واسترجع، فيقول الله: ابنوا لعبدي بيتاً في الجنة وسموه بيت الحمد، وحسنه الألباني في صحيح سنن الترمذي: 1/299، رقم 814، وانظر مسند الإمام أحمد (طبعة الرسالة): 32/501

44 لسان العرب (ثمر): 4/106، وانظر: الصحاح (ثمر): 2/605، والقاموس المحيط (الثمر): ص458.

كثير ما لهم، وثمر ماله يثمر: كثر⁽⁴⁵⁾

ورغم كثرة ورود الفعل (ثمر) في المعاجم اللغوية المتقدمة مجرداً ومزيداً، إلا أنه لم يرد فيما اطلعت عليه - مزيداً بالسين والتاء في مادة (ثمر)،⁽⁴⁶⁾ وإنما جاء ذلك في بعض المعاجم الحديثة (استثمر المال: ثمره، الاستثمار: استخدام الأموال في الإنتاج، أما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر كسواء الأسهم والسندات).⁽⁴⁷⁾

ولما كانت زيادة السين والتاء تدل على الطلب، فإنه يمكن تعريف الاستثمار بأنه: طلب الحصول على الثمرة، واستثمار المال: طلب الحصول على الأرباح.⁽⁴⁸⁾

تانياً: ماهية الاستثمار عند الفقهاء:

لم يرد لفظ (الاستثمار) في كتب المتقدمين - حسب اطلاعي - بمعناه الاقتصادي المعاصر،⁽⁴⁹⁾ ومع ذلك فقد عبر الفقهاء عن معناه بألفاظ أخرى تدل عليه.

فقد استعمل بعض الفقهاء لفظ (الثمار) بمعنى تكثير المال وتنميته،⁽⁵⁰⁾ وهو لفظ مأخوذ من مادة (ثمر)، فهو يشترك مع لفظ (الاستثمار) في أصل اشتقاقه، ومن أمثلة التعبير بلفظ (الثمار): ما ذكره الطبري (ت: 310هـ) في تفسيره بقوله: وأصل الزكاة نماء المال وتنميته وزيادته.⁽⁵¹⁾ ومن ذلك ما ذكره المرغيناني، حيث بين سبب منع المضارب من خلط مال المضاربة⁽⁵²⁾ بمال غيره، وأنه لا يملك ذلك بمطلق العقد، ويملكه بتفويض من

45 أساس البلاغة (ثمر)، ص: 76

46 تجدر الإشارة إلى أن بعض المؤلفين في غريب الحديث أشاروا إلى المصدر المزيد بالسين والتاء (استثمار) في معرض شرح حديث وفد عبد القيس، وفيه (إنما كانت عندنا خصبة نعلفها الإبل فنسلناها)، قالوا: أي استثمارها، وقد جاء ذلك في الفائق في غريب الحديث للزمخشري (ت: 538هـ): 2/131، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير (ت: 606هـ): 5/48، وعنه أخذ ابن منظور (ت: 711هـ) في لسان العرب (نسل): 11/660

47 المعجم الوسيط (ثمر)، ص: 100، وقد رمز لهذا اللفظ بالرمز (مج)، وهو رمز للفظ الذي أقره مجمع اللغة العربية في مصر.

48 استثمار أموال الزكاة للدكتور محمد شبيب، ص: 20، ضمن أبحاث وأعمال الندوة الثالثة لقضايا الزكاة المعاصرة المنعقدة في الكويت.

49 لقد ورد هذا اللفظ في كتب بعض المتقدمين بالمعنى اللغوي الواسع، فقد ردد بعض الأصوليين عبارة (استثمار الأحكام الشرعية من أدلتها)، بمعنى استخراجها واستنباطها من أدلتها. انظر: البرهان في أصول الفقه للجويني (ت: 478هـ): 1/447، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (ت: 631هـ)، 1/23، 308، عن استئجار النبي فيها شجر.

50 معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: ص: 55.

51 تفسير الطبري: 1/257.

52 المضاربة: أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه: تسمى مضاربة، وتسمى قراضاً. المغني لابن قدامة: 7/132.

رب المال، فقال: "لأن رب المال رضى شركته لا بشركة غيره، وهو أمر عارض لا تتوقف عليه التجارة، فلا يدخل تحت مطلق العقد، ولكنه جهة في التثمين"⁽⁵³⁾

كما عبر الفقهاء عن تكثير المال بالتجارة بلفظ آخر وهو التنمية، ومن ذلك قول النووي مبيناً وجه عدم اشتراط الحول في زكاة المعدن: وإنما يعتبر الحول للتمكن من تنمية المال، وهذا نما في نفسه"⁽⁵⁴⁾

ومن الألفاظ التي عبر بها الفقهاء عن هذا المعنى: الاستنماء، ومن أمثلة ذلك قول الكاساني، "وللمضارب أن يسافر بالمال؛ لأن المقصود من هذا العقد استنماء المال، وهذا المقصود بالسفر أوفر"⁽⁵⁵⁾

كما عبر الفقهاء عن تكثير المال بالعمل فيه بلفظ (الاتجار)، ومن شواهد ذلك ما ذكره الغزالي في تعريف المال الذي تجب فيه زكاة التجارة بقوله: وهو كل ما قصد فيه الاتجار عند اكتساب الملك فيه بمعاوضة محضة"⁽⁵⁶⁾

ومما سقته من أقوال الفقهاء يتبين أنهم لم يعبروا بلفظ (الاستثمار)، وإنما عبروا بألفاظ تدل عليه، والمعنى العام لهذه الألفاظ: العمل في الأموال لتنميتها وتحقيق الأرباح فيها.

وقد وضعت الشريعة الإسلامية عدة قيود لجواز الاستثمار، فلا بد من مراعاة الأحكام الشرعية عند تنمية الأموال وتكثيرها؛ ولذا فقد عرف الاستثمار في الشريعة الإسلامية بأنه: "تنمية المال بشرط مراعاة الأحكام الشرعية في تنميته"⁽⁵⁷⁾ كما عرف الاستثمار الشرعي بأنه: استغلال المال بقصد نمائه وتحقيق ربح لصاحبه، وذلك دون مقارفة ما نهى عنه بنص صريح أو ما في حكمه، وحسب القواعد الكلية للشريعة الإسلامية.⁽⁵⁸⁾

53 الهداية شرح البداية: 3/208

54 روضة الطالبين: 2/282

55 بدائع الصنائع: 6/88

56 الوسيط: 2/1081

57 الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي للدكتورة أميرة مشهور: ص45

58 استثمارات المصارف الإسلامية الخليجية (رسالة دكتوراه) لعبد الله الهاجري: ص165

المطلب الثاني

ماهية الاستثمار عند الاقتصاديين

هناك عدة مفاهيم سائدة عن الاستثمار بحسب المجال الذي يستعمل فيه، فبينما يرد في بعض المعاجم الاقتصادية تفسير الاستثمار بأنه أي توظيف للنقود لأي أجل، ترى بعض المعاجم الأخرى أن هذا الأجل يجب أن يكون طويلاً نسبياً، أما البنوك التجارية فالاستثمار في منظورها توظيف النقود في الأوراق المالية، وهي الأسهم والسندات،⁽⁵⁹⁾ أما الشركات الصناعية والزراعية والتجارة فالاستثمار من وجهة نظرها يعبر عن ارتباط مالي بهدف تحقيق مكاسب يتوقع الحصول عليها على مدى فترة طويلة في المستقبل؛ ولذا يطلق البعض عليه مصطلح (انفاق رأسمالي) تمييزاً له عن الانفاق الجاري؛⁽⁶⁰⁾ كما يستعمل لفظ (الاستثمار) أحياناً بمعنى الارتباط المالي الخالي من المخاطرة.⁽⁶¹⁾

ورغم هذه المفاهيم المتفاوتة سعة وضيقاً، فإن الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية قد تبنت المفهوم الواسع للاستثمار، وهو: (أي توظيف للنقود لأي أجل في أي أصل، أو حق ملكية، أو ممتلكات، أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال أو تنميته، سواء بأرباح دورية، أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة، أو بمنافع غير مادية)⁽⁶²⁾

ورغم سعة هذا التعريف وما فيه من ميزات، إلا أنه لا يمكن اعتماده كمعنى للاستثمار في هذا البحث لما يلي:

- 1 - أنه تعريف شامل في مجاله وأهدافه، فهدف الاستثمار وفق هذا التعريف قد لا يكون مادياً، بل قد يكون منفعة معنوية كالرضا النفسي (1) كما جاء في شرح التعريف في الموسوعة، وهذا غير مراد عند استثمار الأموال الواجبة حقاً لله تعالى.
- 2 - أنه عبر عن الاستثمار بالتوظيف، والتوظيف لفظ يحتمل عدة معانٍ كما سيأتي، فقد لا يفيد معنى التنمية والتكثير الذي يعد الهدف الرئيس للاستثمار.

59 - السهم: الحصة التي يقدمها الشريك في شركة المساهمة، وتمثل جزءاً من رأس مال الشركة، والسند: قرض طويل الأجل تتعهد الشركة المقترضة بموجبه بأن تسدد قيمته في تواريخ محددة. انظر: الموسوعة الاقتصادية للدكتور راشد البراوي: ص 314، 316.

60 - المراد بالانفاق الرأسمالي: الانفاق على أموال يتوقع منها تحقيق عائد على مدى فترة طويلة من الزمن، أما الانفاق الجاري، ويسمى (المصروفات التشغيلية)، فالمراد به: المصروفات التي تتم من يوم إلى يوم كالأجور والمرتببات والصيانة وشراء المواد الخام، انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية (الاستثمار)، 6/15.

61 - الموسوعة العلمية والعملية، 6/28، 14.

62 - المصدر السابق: 6/16.

3 - أنه اقتصر في استثمار الأموال على النقود، والأموال الواجبة حقاً لله تعالى لا تقتصر على النقد، فقد تكون أموالاً عينية كالزروع والثمار والحيوان، فالأولى التعبير بالأموال.⁽⁶³⁾

وقد أوردت الموسوعات الاقتصادية والمراجع المتخصصة عدة تعريفات للاستثمار، ومن ذلك تعريف الاستثمار بأنه: (التوظيف المنتج لرأس المال)،⁽⁶⁴⁾ كما عرف بأنه: تكوين رأس المال الجديد الذي يتمثل في زيادة الطاقة الإنتاجية، وهو بهذه المثابة (زيادة صافية في رأس المال الحقيقي للمجتمع)،⁽⁶⁵⁾ ومن تعريفاته أيضاً: (التعامل بالأموال للحصول على الأرباح)⁽⁶⁶⁾

ومن الملاحظ على هذه التعريفات التركيز على الإنتاج والزيادة والربح، وهذا ما يدل عليه المعنى اللغوي للاستثمار، وهو حجر الزاوية في تعريف الاستثمار، لكن هذا الهدف لا يتحقق إلا ببذل الجهد في العمل في الأموال وصولاً إلى الربح؛ لذا يجب أن يشتمل تعريف الاستثمار على هذين الجانبين: الجهد المبذول، والهدف المرجو: لذا فالتعريف المختار للاستثمار: (التعامل بالأموال للحصول على الأرباح).

والاستثمار بالمعنى الاقتصادي له عدة أهداف يسعى المستثمر إلى تحقيقها، ومنها:

-المحافظة على رأس المال.

- تحقيق أكبر نسبة ممكنة من الربح، ولا خلاف في أن هذا هو الهدف الأساسي من الاستثمار.

-توفر السيولة الممكنة، بحيث يتمكن المستثمر من استرداد ماله واستعماله متى شاء وكيفما أراد.⁽⁶⁷⁾

63 استثمار أموال الزكاة لشبيب: 22

64 الموسوعة الاقتصادية للبراوي: ص41.

65 موسوعة المصطلحات الاقتصادية للدكتور حسين عمر: ص23، وانظر: موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية للدكتور عبد العزيز هيكال: ص444.

66 العملات الأجنبية: الاستثمار والتمويل لمروان عوض: ص211.

67 الاستثمار الناجح للدكتور عيد الجهني: ص11.

الفصل الثاني

حكم الاستثمار أموال الزكاة

قد يكون استثمار أموال الزكاة عن طريق مالك المال، وقد يكون عن طريق المستحقين للزكاة، وقد يكون عن طريق الإمام (الحاكم) أو من ينيبه، ونظراً لاختلاف حكم الاستثمار باختلاف المستثمر؛ وسأتناول في هذا الفصل بيان حكم الاستثمار من قبل مالك المال، أو المستحقين لها ومن قبل الإمام أو من ينيبه وذلك في المباحث الآتية:- .

المبحث الأول

حكم استثمار أموال الزكاة عن طريق مالك المال

إذا اكتملت شروط وجوب الزكاة في مال ما ، فإن رب المال قد لا يبادر بإخراجها، بل يعتمد إلى استثمارها مع ماله لصالح المستحقين، ويترتب على ذلك تأخير إخراج الزكاة؛ ولذا فإن بحث حكم الاستثمار أموال الزكاة يستدعي بالضرورة بيان الحكم الشرعي في مدى جواز تأخير إخراج الزكاة بعد وجوبها، كما يتم في هذا المبحث بحث مشاركة المستحقين لرب المال في أرباح أموال الزكاة المستثمرة، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

حكم تأخير إخراج الزكاة

اختلف الفقهاء في حكم تأخير إخراج الزكاة بعد وجوبها على قولين:

القول الأول:

أن الزكاة تجب على الفور، فلا يجوز تأخير إخراجها بعد وجوبها. وهذا هو المفتي به عند الحنفية، بل هو الثابت عن الإمام أبي حنيفة وصاحبيه،⁽⁶⁸⁾ كما أنه مذهب المالكية،⁽⁶⁹⁾

68 بدائع الصنائع: 2/3، وفتح القدير لابن الهمام: 2/114، والدر المختار للحصكفي مع حاشيته (رد المحتار) لابن عابدين: 2/13.

69 التفرغ لابن الجلاب: 1/275، والكافي لابن عبد البر: 1/303، والذخيرة: 3/139، وحاشية الدسوقي: 1/408.

والشافعية،⁽⁷⁰⁾ والحنابلة،⁽⁷¹⁾ قال الحصكفي في الدر المختار: وقيل: فوري، أي واجب على الفور، وعليه الفتوى.⁽⁷²⁾

وقال ابن الهمام: قد ثبت عن الثلاثة وجوب فورية الزكاة.⁽⁷³⁾ وفي قوانين الأحكام الشرعية: "وتأخيرها بعد وقتها مع التمكن من إخراجها سبب للضمان والعصيان."⁽⁷⁴⁾

وقال النووي الزكاة عندما يجب إخراجها على الفور، فإذا وجبت وتمكن من إخراجها لم يجز تأخيرها.⁽⁷⁵⁾

وقال ابن قدامة وتجب الزكاة على الفور، فلا يجوز تأخير إخراجها مع القدرة عليه والتمكن منه"⁽⁷⁶⁾

ونقل ابن قدامة عن الأثر، أن الإمام أحمد سئل عن الرجل يحول الحول على ماله فيؤخره عن وقت الزكاة؟ فقال: "لا، ولم يؤخر إخراجها؟" وشدد في ذلك، قيل: فابتد أي إخراجها، فجعل يخرج أولاً فأول؟ فقال لا، بل يخرجها كلها إذا حال الحول"⁽⁷⁷⁾

القول الثاني:

أن الزكاة لا تجب على الفور، وإنما تجب على التراخي، فيجوز تأخير إخراجها بعد وجوبها، وهذا منقول عن أكثر الحنفية،⁽⁷⁸⁾ وهو قول في مذهب الحنابلة،⁽⁷⁹⁾ قال الكاساني، "وقال عامة مشايخنا: إنها على سبيل التراخي، ومعنى التراخي، عندهم، أنها تجب مطلقاً عن الوقت غير معين، ففي أي وقت أدى يكون مؤدياً للواجب، ويتعين ذلك الوقت للوجوب، وإذا لم يؤد إلى آخر عمره يتضيق عليه الوجوب، بأن بقى من الوقت قدر ما يمكنه الأداء فيه، وغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه يموت فيفوت، فعند ذلك يتضيق عليه الوجوب، حتى

70 الحاوي الكبير للماوردي: 3/91، والمجموع شرح المهذب للنووي: 5/333، وروضة الطالبين: 2/204.

71 المستوعب للسامري: 3/327، المغني لابن قدامة: 4/146، والفروع: 2/542.

72 الدر الختار مع حاشية ابن عابدين: 2/13.

73 فتح القدير: 2/114.

74 قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي: ص 68.

75 المجموع شرح المهذب: 5/333.

76 المغني: 4/146.

77 المغني: 4/147.

78 بدائع الصنائع: 2/3، وفتح القدير 2/114، وحاشية ابن عابدين: 2/13.

79 الفروع: 2/542، والمبدع لابن مفلح: 2/397، والانصاف للمرداوي (مع المقنع والشرح الكبير): 7/139.

إنه لو لم يؤد فيه حتى مات يَأْتُم" (80) وجاء في الانصاف (وقيل لا يلزمه إخراجها على الفور؛ لإطلاق الأمر كالمكان). (81)

الأدلة: استدل اصحاب كل قول بعدد من الأدلة، وذلك على النحو التالي:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول بمايلي:

أولاً - القرآن الكريم:

1- قول الله تعالى: (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ) (82)

وجه الدلالة : أن هذا أمر، والأمر المطلق يقتضي الفور؛ ولذلك يستحق المؤخر للامتنال العقاب، ولذلك أخرج الله تعالى إبليس من الجنة، وسخط عليه ووبخه بامتناعه عن السجود، ولو أن رجلاً أمر عبده أن يسقيه، فأخر ذلك استحق العقوبة، ولأن جواز التأخير ينافي الوجوب؛ لكون الواجب ما يعاقب صاحبه على تركه، ولو جاز التأخير لجاز إلى غير غاية، فتنفني العقوبة بالترك. (83)

2- قول الله تعالى: (وَأْتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ) (84)

وجه الدلالة: المراد بالحق في الآية الزكاة، وهذا أمر مطلق، والأمر المطلق للفور. (85)

المناقشة:

- 1- لا يسلم أن المراد بالحق في الآية الزكاة المفروضة، بل المراد حق واجب باق غير الزكاة .
- 2- لا يسلم أن الآية محكمة، بل هي منسوخة بالزكاة المعلومة المحددة بالعشر ونصف العشر في الخارج من الأرض؛ لأن هذه الآية مكية، والزكاة إنما فرضت في السنة

80 بدائع الصنائع: 2/3.

81 الانصاف: 7/139.

82 سورة البقرة، جزء من الآية (43).

83 المغني لابن قدامة، 4/146، وانظر: روضة الناظر: 2/625.

84 سورة الأنعام، جزء من الآية 141.

85 المبدع: 2/399، وكشاف الفناع: 2/255، وقد يقال إن قوله (يوم حصاده) ظرف للإيتاء، والجواب أنه ظرف للحق لا للإيتاء. انظر: بدائع الصنائع: 2/53، وزد المسير: 3/136.

الماضية، وهذا ما اختاره ابن جرير (ت310هـ)، وحكاه عن ابن عباس- رضى الله عنهما- وغيره.⁽⁸⁶⁾

الرد على الاعتراض:

- 1 - ذكر بعض المفسرين أن هذه الآية مدنية، فتكون في الزكاة المفروضة، وتكون محكمة غير منسوخة.⁽⁸⁷⁾
- 2 - على القول بأنها مكية (وهو المشهور) فقد نقل عن أنس بن مالك وابن عباس- رضى الله عنهم- أن المراد بالحق في الآية الزكاة المفروضة المقدره بالعشر ونصف العشر.⁽⁸⁸⁾
- 3 - أن فرض العشر ونصف العشر في المدينة لا يسمى نسخاً؛ لأن حق الزكاة كان مجملاً مع وجوبه، ثم جاء بيان مقدار المخرج في المدينة، فهو من بيان المجل وليس من النسخ.⁽⁸⁹⁾

ثانياً: من السنة:

حديث عقبة بن الحارث رضى الله عنه قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم العصر، فأسرع ثم دخل البيت، فلم يلبث أن خرج، فقلت له، أو قيل له، فقال: (كنت خلفت في البيت تبراً من الصدقة، فكرهت أن أبيتة فقسمته)⁽⁹⁰⁾

والتبر: الذهب والفضة قبل أن يضربا دنانير ودراهم، وأكثر اختصاصه بالذهب، وتبييت المال: إمساكه إلى الليل.⁽⁹¹⁾

قال الحافظ ابن حجر في الفتح: "قال ابن بطال: فيه أن الخير ينبغي أن يبادر به، فإن الآفات تعرض، والموانع تمنع، والموت لا يؤمن، والتسويق غير محمود، زاد غيره: وهو

86 تفسير الطبري: 8/55، 58، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 7/99، 100.

87 الجامع لأحكام القرآن: 7/99.

88 تفسير الطبري: 8/53، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي: 7/99.

89 تفسير ابن كثير: 2/182.

90 رواه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب من أحب تعجيل الصدقة من يومها: 2/118، رقم 1363.

91 النهاية في غريب الحديث: 1/179، 170.

أخلص للذمة، وأنفى للحاجة، وأبعد عن المطل المذموم، وأرضى للرب، وأمحى للذنب،⁽⁹²⁾ وفي رواية للبخاري، (ذكرت شيئاً من تير عندنا، فكرهت أن يحسني، فأمرت بقسمته)⁽⁹³⁾، قال ابن حجر: وفهم منه ابن بطال معنى آخر، فقال: فيه أن تأخير الصدقة تحبس صاحبها يوم القيامة.⁽⁹⁴⁾

ثالثاً: المعقول:

واستدلوا بالمعقول من عدة وجوه كالتالي:

- 1 - أن الزكاة وجبت لحاجة الفقراء، وحاجتهم ناجزة، فيجب أن يكون الوجوب ناجزاً.⁽⁹⁵⁾
- 2 - أن الزكاة عبادة تتكرر، فلم يجز تأخيرها إلى وقت وجوب مثلها كالصلاة والصوم.⁽⁹⁶⁾
- 3 - أن الزكاة حق يجب صرفه إلى الآدمي توجهت المطالبة بالدفع إليه، فلم يجز له التأخير كالوديعة.⁽⁹⁷⁾
- 4 - أن الزكاة تجب وجوباً فورياً بطلب الساعي،⁽⁹⁸⁾ فكذا بطلب الله تعالى، كعين مغيصة.⁽⁹⁹⁾

أدلة القول الثاني:

أولاً: أن منطلق الأمر لا يقتضي الفور؛ ولذا يجوز للمكلف تأخير إخراج الزكاة فالمطلوب الأداء، ولم يتعرض الأمر المطلق للوقت.⁽¹⁰⁰⁾

92 فتح الباري: 3/299.

93 رواه البخاري في صحيحه: كتاب الصلاة، باب من صلى بالناس فذكر حاجة فتخطاهم: 1/291، رقم 813.

94 فتح الباري: 2/337.

95 المغني لابن قدامة: 4/147، ومغني المحتاج للشربيني: 1/413.

96 المغني: 4/147، وكشاف القناع: 2/255.

97 المهذب للشيرازي: 1/261.

98 الساعي: عامل الصدقات، بيعته الإمام ليقبضها من الناس. الزاهر للأزهري: ص 95.

99 المبدع: 2/397، وكشاف القناع: 2/255.

100 فتح القدير لابن الهمام: 2/114.

المناقشة :

أولاً: لا نسلم أن الأمر المطلق لا يقتضي الفور، بل الراجح في علم أصول الفقه أنه يقتضي الفور لأدلة منها:

- 1 - أن الله تعالى أمر بالمسارعة والمسابقة إلى مغفرته وجنته، وذلك بالمبادرة إلى امتثال أوامره، والمسارعة والمسابقة على الفور لا على التراخي.
- 2 - أن مقتضى الأمر المطلق عند أهل اللغة الفور؛ ولذا فلو قال السيد لعبده: (اسقني)، فأخر، حسن لوه وتوبيخه؛ لأنه خالف أمره، ولو كان الأمر للتراخي ما حسن ذلك منه.
- 3 - أنه لا بد من زمان للامتثال، وأولى الأزمنة عقيب الأمر؛ لأنه يكون ممثلاً يقيناً وسالماً من الخطر قطعاً.⁽¹⁰¹⁾

ثانيا- لو سلمنا أن الأمر المطلق لا يقتضي الفور، فإن الأمر بالصرف إلى الفقير معه قرينة الفور، وهي أنه لدفع حاجته، وهي معجلة، فإذا لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الإيجاب على وجه التمام.⁽¹⁰²⁾

ثالثا- لو سلمنا أن مطلق الأمر لا يقتضي الفور لاقتضاه في مسألتنا؛ إذ لو جاز التأخير ههنا لأخره بمقتضى طبعه ثقة منه أنه لا يَأْتُم بالتأخير، فيسقط عنه بالموت أو بتلف ماله أو بعجزه عن الأداء، فيتضرر الفقراء.⁽¹⁰³⁾

رابعا- استدل الجصاص بأن من عليه الزكاة إذا هلك نصابه بعد تمام الحول والتمكن من الأداء أنه لا يضمن، ولو كانت واجبة على الفور لضمن، كمن أخر صوم شهر رمضان عن وقته، فإنه يجب عليه القضاء.⁽¹⁰⁴⁾

المناقشة:

أن مسألة عدم الضمان بهلاك النصاب مبنية على المسألة محل النزاع، وهي فورية إخراج الزكاة، فيضمن عند من يقول بالفورية،⁽¹⁰⁵⁾ ويدل على ذلك أن مذهب الحنفية

101 روضة الناظر لابن قدامة: 2/625، علماً بأن إفادة الأمر المطلق للفور هو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية وبعض الحنفية كأبي الحسن الكرخي وبعض الشافعية، فيما يرى أكثر الحنفية وأكثر الشافعية أن الأمر المطلق للتراخي، انظر: كشف الأسرار للبخاري: 1/510.

102 فتح القدير لابن الهمام: 2/114، وحاشية ابن عابدين: 2/13.

103 المغني لابن قدامة، 4/146، وشرح المنتهي للبهوتي: 1/416.

104 بدائع الصنائع: 2/3، وحاشية ابن عابدين: 2/13.

105 بدائع الصنائع: 2/3.

سقوط الزكاة بهلاك النصاب بعد الحول والتمكن من الأداء، فيما لا تسقط حينئذ عند جمهور الفقهاء.⁽¹⁰⁶⁾

الترجيح :

من خلال استعراض الأقوال بأدلتها يتبين - والله أعلم - رجحان القول الأول، وهو أن الزكاة واجبة على الفور، فلا يجوز تأخير إخراجها بعد وجوبها، وذلك ما يلي:

أولاً: قوة أدلة القول الأول من القرآن والسنة والمعقول، وسلامتها من المعارضة، في مقابل ضعف أدلة القول الثاني لما ورد عليها من مناقشة، ثانياً: أن المرجح في علم أصول الفقه أن الأمر المطلق يقتضي الفور، وهذا مذهب كثير من الأصوليين كما سبق، فكذا الأمر بإخراج الزكاة يدل على وجوب إخراجها فوراً؛ لأنه أمر مطلق.⁽¹⁰⁷⁾

ثالثاً: أن النصوص الشرعية تدل على وجوب المبادرة إلى الطاعة والمسارة إلى أدائها، وهذا مما دعا إليه الإسلام، ورغب فيه، وحض عليه؛ ولذا يقول الله تعالى: (فَاسْتَيْقُوا الْخَيْرَاتِ)،⁽¹⁰⁸⁾ ويقول تعالى: (وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ)،⁽¹⁰⁹⁾ ويقول تعالى: (سَابِقُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا كَعَرْضِ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ أُعِدَّتْ لِلَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرُسُلِهِ)⁽¹¹⁰⁾ وإذا كان هذا محموداً في كل الصالحات، ففي الزكاة ونحوها من الحقوق المالية أكثر حمداً؛ خشية أن يغلبه الشح أو يمنع الهوى، أو تعرض العواض المختلفة، فتضيع حقوق الفقراء.⁽¹¹¹⁾

الضوابط الشرعية لتأخير إخراج الزكاة:

أجاز جمهور الفقهاء القائلون بفورية إخراج الزكاة تأخير إخراجها لأعذار تجمعها الضرورة والحاجة المعتبرة، ومن هذه الأعذار ما يلي:

إذا كان على رب المال مضرة في فورية الإخراج، مثل من يحول حوله قبل مجيء

106 تحفة الفقهاء للسمرقندي: 1/306، وحاشية الدسوقي: 1/410، وروضة الطالبين: 2/223، والمني: 4/144.

107 بني بعض العلماء والباحثين الخلاف في فورية إخراج الزكاة على الخلاف الأصولي في إفادة الأمر المطلق للفور أم عدم إفادته، وهذا غير دقيق؛ فأكثر أصولي الشافعية يرون أن الأمر المطلق للتراخي كما سبق، بينما فقهاؤهم أن وجوب إخراج الزكاة فوري.

108 سورة البقرة، جزء من الآية 148.

109 سورة آل عمران، الآية 21

110 فقه الزكاة د القرضاوي: 2/822.

111 فقه الزكاة د القرضاوي: 2/822.

الساعي، ويخشى إن أخرجها بنفسه أخذها الساعي منه مرة أخرى. نص عليه الإمام أحمد.⁽¹¹²⁾

إذا خشي في إخراجها ضرراً في نفسه أو مال له سواها؛ وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹¹³⁾ ولأنه إذا جاز تأخير قضاء دين الأدمي لذلك، فتأخير الزكاة أولى.⁽¹¹⁴⁾

إذا أخرجها لمصلحة، كما لو أخرها ليدفعها إلى من هو أحق بها، كذي القرابة أو ذي الحاجة الشديدة، أو ليدفعها إلى الجار أو الأصلح؛ وذلك لأنه تأخير لغرض ظاهر، وهو حيازة الفضيلة.⁽¹¹⁵⁾ واشتراط بعضهم أن يكون التأخير حينئذ يسيراً، كما أن التأخير في هذه الحالة مشروط بما إذا لم يشتد ضرر الحاضرين وفاقتهم، فإن تضرروا بالجوع لم يجز التأخير.⁽¹¹⁶⁾

إذا كان المالك فقيراً محتاجاً على زكاته، بحيث تختل كفايته ومعيشته بإخراجها، فله تأخيرها على أن تؤخذ منه عند يساره لما مضى؛ وذلك لزوال العارض.⁽¹¹⁷⁾

إذا تردد في استحقاق الحاضرين، فيؤخرها ليتروى في معرفة الأحق بالزكاة.⁽¹¹⁸⁾

إذا تعذر إخراج الزكاة فوراً، إما لغيبة المستحق، وإما لغيبة المال كما لو سافر المالك وحال الحول عليه أثناء سفره، وهكذا لو منع من التصرف في المال بسبب سرقة أو غصبه، فله تأخير إخراجها لعدم الإمكان، ولو قدر على إخراجها من غير المال المزكي لم يلزمه؛ لأن الأصل إخراج زكاة المال منه، وجواز الإخراج من غيره رخصة، فلا ينقلب تضييقاً.⁽¹¹⁹⁾

112 المغني: 4/147.

113 رواه ابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره: 2/784، رقم: 2340 والإمام أحمد في مسنده: 5/327 من حديث عباد بن الصامت رضى الله عنه، وللحديث شواهد كثيرة ذكرها الزيلعي في نصب الراية: 4/384، والحديث يعد أحد القواعد الشرعية المشهورة، وقد أورده النووي في أربعينه، ثم قال: (حديث حسن.. وله طرق يقوى بعضها ببعض)، وقد ساق ابن رجب هذه الطرق، ثم نقل عن ابن إصلاح قوله: (هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوى الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به. جامع العلوم والحكم 2/207-211، وصححه الألباني بمجموع طرقه، انظر: إرواء الغليل: 3/408، رقم 896، وسلسلة الأحاديث الصحيحة، 1/1/498، رقم 250.

114 المغني: 4/147، وشرح المنتهي، 1/416.

115 المغني: 4/147، وروضة الطالبين: 2/225، ونهاية المحتاج للرملي: 3/135.

116 روضة الطالبين: 2/225، والمبدع: 2/399، وكشاف القناع: 2/256.

117 كشاف القناع: 2/255.

118 مغني المحتاج: 1/534 ونهاية المحتاج: 3/136.

119 المدونة الكبرى لمالك: 1/245، وشرح الخرشبي، 2/534، وكشاف القناع: 2/256.

المطلب الثاني

حكم استثمار أموال الزكاة من قبل مالك المال

بعد هذا العرض لمسألة فورية إخراج الزكاة، يترجح- والله أعلم- أن استثمار أموال الزكاة من قبل مالك المال لا يجوز شرعاً؛ وذلك لما يلي :

أولاً: أن الراجح من أقوال أهل العلم وجوب إخراج الزكاة على الفور، واستثمار أموال الزكاة يفضي إلى تأخير إخراجها، لأنه يحتاج إلى وقت طويل لإدارة المال، فتنتفي الفورية، وهذا غير جائز شرعاً.⁽¹²⁰⁾

ثانياً: على الرغم مما ذكره الفقهاء من أعذار لتأخير إخراج الزكاة، فإن الاستثمار من قبل مالك المال ليس عذراً للتأخير؛ لأنه ليس من الضرورات أو الحاجات المعتبرة، كما أنه يأخذ وقتاً طويلاً قد يصل إلى الحول الثاني وما بعده، وقد اشترط الفقهاء في بعض الأعذار أن يكون التأخير يسيراً.

ثالثاً: أن جمهور الفقهاء يرون أن مالك المال يضمن ما تلف من مال الزكاة بعد الحول والتمكن من الأداء، ونظراً لما ينشأ عن الاستثمار من احتمال الخسارة؛ فإن مال الزكاة المستثمر قد يتعرض للخسارة، فيعجز المالك عن تعويضه فيضيع حق الفقراء بذلك.

رابعاً: أن الزكاة لا تجزئ عن مالك المال ولا يملكها المستحق إلا بقبضه لها، حتى إن من الفقهاء من قال: لو قال الفقير قبل أن يقبض الزكاة: اشتر لي بها ثوباً لم يجزئه ذلك، ولو اشترى الثوب فهو لرب المال دون الفقير، فالتوكيل فاسد؛ لأنه وكله في الشراء بما ليس له.⁽¹²¹⁾

وإذا لم يجز أن يوكل الفقير رب المال في الشراء قبل قبض الزكاة، فمن باب أولى لا يجوز لرب المال استثمار أموال الزكاة لصالح الفقير، ولو كان ذلك بتوكيل من الفقير إذا لم يقبض الزكاة.

خامساً: أن رب المال إذا استثمر أموال الزكاة، فإن هذه الأموال قد تريح أرباحاً طائلة، فيصيبه الطمع والجشع، وربما عدل على إخراج الزكاة طمعاً في استثمارها مع بقية ماله لصالحه، أما إخراجها فوراً فهو أقطع للطمع، وأبعد عن حظوظ النفس. ومما يجدر ذكره أنه

120 استثمار أموال الزكاة لشبيب، ص: 26، واستثمار أموال الزكاة للدكتور عيسى شقرة (ضمن أبحاث وأعمال الندوة الثالثة لقضايا الزكاة المعاصرة، ص67، وانظر مناقشات الندوة حول الموضوع، الدكتور محمد الأشقر، ص96، وأحكام الزكاة لعبد الله علوان، ص97.

121 المغني: 4/148، وكشاف القناع: 2/269.

لا فرق بين ما إذا عزل المالك الزكاة عن أمواله أو أبقاها مع بقية ماله، فالأصل أنه لا يجوز له استثمارها لما سبق، على أن بعض الباحثين أجاز لرب المال استثمار أموال الزكاة إذا عزلها عن أمواله ومنع من توصيلها للمستحقين مانع، بحيث يستثمرها إلى حين توزيعها على أن يضمن الخسارة.⁽¹²²⁾

ورغم ما في هذا الرأي من المصلحة للمستحقين، إلا أن الأولى عدم استثمار الأموال حتى في هذه الحالة؛ لأن المالك قد لا يتمكن من إخراج الزكاة فوراً عند زوال المانع بسبب تشغيلها في الاستثمار، ولما قد يترتب على الاستثمار من خسارة يعجز عن ضمانها.

المطلب الثالث

مشاركة المستحقين للمالك في أرباح أموال الزكاة المستثمرة

تبين - فيما مضى - أن استثمار أموال الزكاة من قبل رب المال لا يجوز شرعاً، لكن لو خالف رب المال واستثمر الزكاة مع بقية ماله، ثم نشأ عن ذلك أرباح، فهل تكون هذه الأرباح ملكاً لرب المال وحده، أم أن المستحقين يشاركونه في ذلك؟

يمكن بناء هذه المسألة على مسألة تعلق الزكاة بالعين أو بالذمة، وهي من أشهر المسائل في كتاب الزكاة، حيث يعود الخلاف في كثير من الفروع الفقهية إلى الخلاف في هذه المسألة.⁽¹²³⁾

وفيما يلي أعرض لهذه المسألة بإيراد أقوال أهل العلم وأدلتهم، مع الاختصار في ثمره الخلاف على بناء مسألة مشاركة المستحقين لرب المال في الأرباح على الخلاف في هذه المسألة كالتالي:

مذاهب الفقهاء في محل تعلق الزكاة: اختلف الفقهاء في محل تعلق الزكاة على قولين

القول الأول: أن الزكاة تتعلق بعين المال:

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية،⁽¹²⁴⁾ وظاهر مذهب المالكية،⁽¹²⁵⁾ وهو القول الجديد للشافعي وهو الصحيح في مذهبه،⁽¹²⁶⁾ كما أنه رواية عن الإمام أحمد، وهو ظاهر

122 استثمار أموال الزكاة لشبير، ص: 30.

123 انظر: القواعد لابن رجب: ص401، والوسيط للغزالي، 2/1053.

124 الميسوط للسرخسي: 173/3، 175، وبدائع الصنائع: 2/22، وتبين الحقائق: 1/270.

125 المنتقى للبايجي: 2/116، والذخيرة للقرافي: 3/122، والشرح الصغير للدردير: 1/647.

126 الحاوي الكبير للماوردي: 3/128، وحلية العلماء للشاشي: 3/33، وفتح الزبير للرافعي (مع المجموع) 5/551.

مذهبه. (127)

وعلى القول بتعلق الزكاة بعين المال، فقد قيل: إنها تتعلق بجميع المال، وقيل: بل تتعلق بقدر الزكاة فقط، والثاني هو ما صوبه جمع من المحققين. (128)

قال إمام الحرمين: التخصيص بقدر الزكاة هو الحق الذي قاله الجمهور، وما عداه هفوة. (129)

القول الثاني: أن الزكاة تتعلق بذمة المزكي

وهذا مذهب بعض المالكية، (130) وقديم قولي الشافعي، (131) وهو رواية عن الإمام أحمد، (132) كما أنه قول ابن حزم من الظاهرية. (133)

الأدلة: استدل لكل قول ببعض الأدلة على النحو التالي:

أدلة القول الأول: استدلوا بالكتاب والسنة:

أولا الكتاب: أن الله عز وجل قال: (وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ)، (134) وقال عز وجل: (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ (24) لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ). (135)

وجه الدلالة من الآيتين:

أن حرف الجر (من) يدل على معنى التبعية، وقد دخلت على المال، ومقتضى ذلك أن تكون الزكاة بعض المال، وهذا يدل على تعلقها به. (136)

والمجموع للنووي 5/377.

- 127 المغني: 4/140 والكافي 2/96، والفروع: 2/343، والمبدع: 2/306.
- 128 المجموع 5/278، وروضة الطالبين 2/226، والقواعد لابن رجب: ص 207.
- 129 المجموع: 5/378، وروضة الطالبين: 2/226.
- 130 الذخيرة: 3/122.
- 131 الوسيط للغزالي 2/1052، وحيلة العلماء للشاشي: 3/33، والمجموع: 5/377.
- 132 الإفصاح لابن هبيرة: 1/210، والمني: 4/140، والكافي: 2/96، والمحزر للمجد ابن تيمية: 1/219، والفروع: 2/343.
- 133 المحلي: 5/262.
- 134 سورة الذاريات، الآية 19.
- 135 سورة المعارج، الآيتان -24- 25.
- 136 سورة التوبة، جزء من الآية 103.

ثانياً السنة:

ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً رضى الله عنه إلى اليمن: (فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم)، وقال: (فيما سقت السماء والعيون أن كان عثرياً العشر، وما سقي بالنضح⁽¹³⁷⁾ نصف العشر).⁽¹³⁸⁾

وجه الاستدلال من الحديث: فقد دل الحديث أن الزكاة تختلف باختلاف أجناس المال وصفاته؛ ولذا يجب في الجيد والوسيط والرديء ما يليق به، فعلم أنها متعلقة بعينه لا بالذمة تحقّقاً لمعنى المواساة فيها.⁽¹³⁹⁾

مناقشة الدليلين:

يمكن أن يناقش ذلك بان إخراج الزكاة من جنس المال ليس مطرداً، بدليل زكاة ما دون خمس وعشرين من الإبل وزكاة عروض التجارة، ونحو ذلك.

ويجب ذلك: بأن القائلين بتعلق الزكاة بعين المال يستثنون مثل هذه المواضع، فيبقى قولهم مطرداً، وأن هذا حق طراً على المال فلم ينقل إلى الذمة ابتداء كجناية العبد المتعلقة برقبته.⁽¹⁴⁰⁾

أدلة القول الثاني:

الإجماع على جواز إخراج الزكاة من غير النصاب، ولو كانت متعلقة بعين المال لما جاز لرب المال أن يعطي الفقراء من غيرها، وذلك كحق المضارب والشريك فليس للشريك أن يعطي شريكه من غير العين التي هم فيها شركاء.⁽¹⁴¹⁾

المناقشة:

أن الأصل أن يكون الإخراج من النصاب، وإنما جاز الإخراج من غيره رخصة؛ لأن الزكاة

137 رواه بهذا اللفظ البخاري في صحيحه: كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة: 1/430 رقم 139 من حديث ابن عباس رضى الله عنه، ورواه مسلم في صحيحه بنحوه: كتاب الإيمان، بابا الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام: 1/50 رقم: 19.

138 العثري: ما يشرب بعروقه من ماء المطر، والنضح، السقي بالدوالي، مأخوذ من النواضح، وهي الإبل التي يستقى عليها. النهاية في غريب الحديث: 3/182، 5/68.

139 رواه بهذا اللفظ البخاري في صحيحه: كتاب الزكاة، باب لا تؤخذ كراتم أموال الناس في الصدقة: 2/529 رقم 1389.

140 كشف الفناع 2/180 وشرح المنتهي: 1/372.

141 المحلي لابن حزم: 5/262، ومراتب الإجماع لابن حزم: ص 37، والمجموع: 5/379.

مبنية على المسامحة والإفراق، فيتحمل فيها ما لا يحتمل في غيرها.⁽¹⁴²⁾

كما أنه لو وجبت الزكاة في عين المال لامتنع تصرف المالك فيه، ولتمكن المستحقون من إلزامه أداء الزكاة من عينه، ولظهر شيء من أحكام وجوبها في عين المال، ولسقطت الزكاة بتلف النصاب من غير تفريط كسقوط أرش الجناية⁽¹⁴³⁾ بتلف الجاني، لكنها لا تسقط بذلك، فتبين أنها متعلقة بذمة المزكي.⁽¹⁴⁴⁾

ويمكن أن يناقش ذلك بما يلي:

أن تصرف المالك في المال لم يمتنع؛ لأن الزكاة تتعلق بعين المال كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني سيأتي.

إلزام المستحقين للمالك بأدائها من عين المال مبني على أن الزكاة تتعلق بعين المال تعلق شركة، وهذا مرجوح كما سيأتي.

أحكام تعلق الزكاة بعين المال كثيرة، وهذا يظهر من خلال المسائل الفقهية المبنية على هذا القول.

أن الأرجح سقوط الزكاة بتلف المال من غير تفريط، وهو ما رجحه بعض المحققين كابن قدامة وغيره.⁽¹⁴⁵⁾

القياس:

أن الزكاة عبادة وجبت ابتداء من جهة الشرع فتتعلق بالذمة كالحج وصدقة الفطر.⁽¹⁴⁶⁾ اعترض على هذا القياس بما يلي:

لا يسلم قياس الزكاة على الحج، لأن الزكاة عبادة واردة على المال ابتداء، كما تدل عليه أدلة القول الأول؛ ولذا تجب في مال الصبي والمجنون عند جمهور الفقهاء،⁽¹⁴⁷⁾ وهذا بخلاف الحج، كما لا يسلم قياس الزكاة على صدقة الفطر؛ فصدقة الفطر لا تختلف باختلاف

142 المغني: 4/141، وفتح العزيز: 5/552، والمجموع: 5/380.

143 أرش الجناية: اسم للمال الواجب في الجناية على مادون النفس. أنيس الفقهاء للقونوي، ص: 295، والمراد هنا: الجناية التي توجب مالاً ولو كانت موحية للقصاص ابتداء: فعفي عنها إلى المال: انظر: المغني لابن قدامة: 12/35.

144 المغني: 4/140.

145 المغني: 4/144، والمختارات الجلية للسعدي، ص: 56، والشرح الممتع على زاد المستنقع لابن عثيمين: 6/47.

146 فتح العزيز: 5/551.

147 حاشية الدسوقي: 1/367، والمجموع للنووي: 5/329، والمغني لابن قدامة، 4/69، والمحلي لابن حزم: 5/201.

أجناس المال وصفاته، بل تجب صاعاً من طعام بنص الشارع، والزكاة بخلاف ذلك.⁽¹⁴⁸⁾
الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء، يتضح أن القول الراجح هو القول الأول وهو أن
الزكاة تتعلق بعين المال؛ وذلك لما يلي:
أولاً: قوة أدلة القول الأول، في مقابل ضعف أدلة القول الثاني لما ورد عليها من
مناقشة.

ثانياً: كثرة الفروع الفقهية المنقولة عن الأئمة المبنية على تعلق الزكاة بعين المال،
وهذا يدل على أن الأرجح عندهم تعلقها بعين المال لا بذمة المزكي.

المبحث الثالث

حكم استثمار أموال الزكاة من قبل الأمام أو من ينوب عنه

إذا وصلت أموال الزكاة إلى يد الأمام أو نائبه فهل يجوز له استثمارها في مشاريع ذات
ربح أم لا؟

أولاً: آراء العلماء المعاصرين في مدى حق الإمام في استثمار أموال الزكاة:
اختلف العلماء المعاصرون في حكم استثمار الإمام لأموال الزكاة على قولين:

القول الأول:

يرى بعض العلماء عدم جواز استثمار أموال الزكاة من قبل الأمام أو من ينوب
عنه.⁽¹⁴⁹⁾

القول الثاني: يرى كثير من العلماء المعاصرين جواز استثمار أموال الزكاة في مشاريع
استثمارية سواء فاضت الزكاة أولاً.⁽¹⁵⁰⁾

ثانياً: الأدلة:

يستند كل قول من القولين السابقين إلى حجج وأدلة، وفيما يلي أدلة كل فريق:

148 كشف القناع: 2/180

149 مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الثالث، ج1، ص44.

150 الاتحاد الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي د /محمد فاروق النبهان ص293.488

أولا - أدلة القائلين بعدم جواز الاستثمار.

استدل القائلون بعدم جواز استثمار أموال الزكاة بما يلي:

- 1 - استثمار أموال الزكاة في مشاريع صناعية أو زراعية أو تجارية يؤدي إلى تأخير توصيل الزكاة إلى المستحقين، إذ أن إنفاقها في تلك المشاريع يؤدي إلى انتظار الأرباح المترتبة عليها، وهذا مخالف لما عليه جمهور العلماء من أن الزكاة تجب على الفور. (151)
- 2 - إن استثمار أموال الزكاة يعرضها إلى الخسارة والضياع، لأن التجارة إما ربح وإما خسارة. (152)
- 3 - إن استثمار أموال الزكاة يعرضها إلى إنفاق أكثرها في الأعمال الإدارية. (153)
- 4 - إن استثمار أموال الزكاة يؤدي إلى عدم تملك الأفراد لها تملكياً فردياً، وهذا مخالف لما عليه جمهور الفقهاء من اشتراط التملك في أداء الزكاة، لأن الله تعالى أضاف الصدقات إلى المستحقين في آية الصدقات بلام الملك. (154)
- 5 - أن يد الأمام أو من ينوب عنه على الزكاة يد أمانة لا تصرف واستثماراً لأمانة توجب حفظها لأصحابها وعدم التصرف فيها بأي نوع من التصرفات والإستثمار نوع من التصرف. (155)

ثانيا - أدلة القائلين بجواز الاستثمار:

استدل القائلون بجواز استثمار أموال الزكاة بما يلي:

- 1 - أن النبي _ صلى الله عليه وسلم _ والخلفاء الراشدين كانوا يستثمرون أموال الصدقات من إبل وبقر وغنم، فقد كان لتلك الحيوانات أماكن خاصة للحفظ والرعي والدر والنسل، كما كان لها رعاة يرعونها ويشرفون عليها، ويؤيد ذلك ما روي عن أنس رضي الله عنه أن أناساً من عرينة اجتووا المدينة (156) فرخص لهم الرسول

151 "توظيف أموال الزكاة" للشيخ آدم شيخ عبد الله، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد3، ج1، ص354.

152 أحكام الزكاة لعبد الله علوان ص 97.

153 د/ عبد الله علوان المرجع السابق ص 97.

154 مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد3، ج1، ص388،406.

155 توظيف أموال الزكاة" للشيخ آدم، مجلة المجمع الفقه الإسلامي عدد3، ج1، ص354.

156 اجتووا المدينة : أي أصابهم الجوي، وهو مرض وداء الجوف إذا تناولوا إذا لم يوافقهم هواؤها (النهاية لأبن الأثير

صلى الله عليه وسلم أن يأتوا إبل الصدقة فشربوا من ألبانها وأبوالها، فقتلوا الراعي واستاقوا الذود فأرسل رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ فأتي بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم، وتركهم بالحرّة يعضون الحجارة".⁽¹⁵⁷⁾

2 - الاستثناس بقول من توسع في مصرف: "في سبيل الله" وجعله شاملاً لكل وجوه الخير: من بناء الحصون وعمارة المساجد، وبناء المصانع، وغير ذلك مما فيه للمسلمين كما نقله الرازي في تفسيره عن تفسير القفال عن بعض العلماء،⁽¹⁵⁸⁾ فإذا جاز صرف الزكاة في جميع وجوه الخير، جاز صرفها في إنشاء المصانع والمشاريع ذات الريع التي تعود بالنفع على المستحقين.

3 - إذا اقتضت الضرورة أو الحاجة- إنشاء المصانع الحربية من سهم " في سبيل الله" وأن يجعل هذه المصانع كالوقوف على مصالح المسلمين، ويستند هذا الرأي إلى ما ذكره النووي "إن الأمام بالخيار إن شاء سلم الفرس والسلاح والآلات إلى الغازي أو ثمن ذلك تمليكاً له فيملكه وإن شاء استأجر ذلك له، وإن شاء اشترى من سهم "في سبيل الله" أفراساً وآلات الحرب، وجعلها وقفاً في سبيل الله، ويعطيهم عند الحاجة ما يحتاجون إليه ثم يردونه إذا انقضت حاجتهم، وتختلف المصلحة في ذلك بحسب قلة المال وكثرته".⁽¹⁵⁹⁾

4 - الاستثناس بالأحاديث التي تحض على العمل والإنتاج واستثمار ما عند الإنسان من مال وجهد ومن ذلك ما روي عن أنس بن مالك قال: "أن رجلاً من الأنصار أتى النبي _صلى الله عليه وسلم_، قال: أما في بيتك شيء؟ قال: بلى جلس نلبس بعضه ونسب بعضه، وقعب نشرب فيه الماء. قال: ائتني بهما، فأخذهما رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ بيده وقال من يشتري هذين؟ فقال رجل: أنا أخذهما بدرهم، قال من يزيد على درهم؟ مرتين أو ثلاثاً. فقال رجل: أنا أخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين وأعطاهما الأنصاري، وقال: اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك، واشتر بالأخر قدوماً فائتني به، فشد رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ عوداً بيده ثم قال: اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً، فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب خمسة عشر درهماً فاشترى ببعضها ثوباً وبيع بعضها طعاماً فقال رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ هذا خير لك من أن تجيء المسالة نكتة في

وجهك يوم القيامة.⁽¹⁶⁰⁾

فإذا جاز استثمار مال الفقير المشغول بحاجاته الأصلية جاز للأمام استثمار أموال الزكاة قبل شغلها بحاجاتهم.

5 - القياس على استثمار المستحقين للزكاة بعد قبضها ودفعها إليهم بقصد الاستثمار فإذا جاز دفعها إليهم استثمارها لتأمين كفايتهم وتحقيق إغنائهم جاز استثمارها وإنشاء مشروعات صناعية أو زراعية تدر على المستحقين ريعاً دائماً ينفق في حاجة المستحقين، ويؤمن لهم أعمالاً دائمة تتناسب مع إمكاناتهم وقدراتهم. والاستئناس بالأحاديث التي تحض على الوقوف والصدقة الجارية، ومن ذلك قوله _ صلى الله عليه وسلم: "إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو"⁽¹⁶¹⁾ فالصدقة الجارية هي الدائمة المتصلة كالوقوف المرصدة، فيدوم ثوابها للمتصدق مدة دوامها، ويعمل الناظر على تنميتها واستثمارها والتصرف فيها بما يحقق مصلحة الموقوف عليهم، فإذا جاز للناظر التصرف فيها وفق مصلحة المستحقين، جاز للأمام التصرف في أموال الزكاة واستثمارها.

6 - العمل بالاستحسان في هذه المسألة خلافاً للقياس، فهذه المسألة وإن كان الأصل فيها عدم الجواز إلا أن الحاجة إليها في هذا العصر ماسة نتيجة لاختلاف البلاد والعباد واختلاف الدول وأنظمة العيش، وأنماط الحياة⁽¹⁶²⁾ ومن وجوه المصلحة في استثمار أموال الزكاة تأمين موارد مالية ثابتة لسد حاجات المستحقين المتزايدة.

ثالثاً: مناقشة الأدلة:

1 مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز الاستثمار:

1 - أن القول بأن استثمار أموال الزكاة ينافي الفورية التي عليها الجمهور يجب عنه، بأن الفورية تتعلق بالمالك لا بالإمام، فإذا وصلت الزكاة إلى يد الأمام أو نائبه تحققت الفورية⁽¹⁶³⁾ جاز له- عند جمهور العلماء- تأخير قسمتها، واستدلوا لذلك بما روي أنس بن مالك قال: "غدوت إلى رسول الله _ صلى الله عليه وسلم _ بعبد الله بن

160 سنن أبي داود 2/120 ، سنن الترمذي (3/522) وقال: حسن

161 رواه مسلم في صحيحه 3/1255.

162 توظيف الزكاة...د/ للرفورف ص319.

163 رواه البخاري 2/138.

أبي طلحة ليحنكه فوافيته في يده الميسم ، يسم إيل الصدقة⁽¹⁶⁴⁾ فهو يدل على جواز تأخير القسمة، لأنها لو عجلت لاستغنى عن الوسم".⁽¹⁶⁵⁾

كما يجوز للإمام تأخير الزكاة عند المالك لحاجة المالك نفسه أو المستحقين، فقال المالكية: "يجوز للإمام تأخير الزكاة إلى الحول الثاني، إذا أداه إليه اجتهاده، لأن الإمام وكيل المستحقين وهو مأمور بأن يتحرى المصلحة" وقال الحنابلة "يجوز للإمام والساعي تأخيرها عند ربها لعذر قحط أو نحوه".⁽¹⁶⁶⁾

2 - القول إن الاستثمار يعرض أموال الزكاة للخسارة يجاب عنه: بأن احتمال الخسارة في التجارة لا يمنع الاتجار بالأموال، لما فيه من تنمية المال وزيادته، وقد اعتبر ابن عبد السلام الاتجار من المصالح الدنيوية التي تدعو إليها الشريعة الإسلامية، حيث قسم المصالح الدنيوية إلى قسمين أحدهما: ناجز الحصول: كمصالح المأكل والمشرب، والملابس وحياسة المباح والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب، والقسم الثاني: متوقع الحصول: كالاتجار لتحصيل الأرباح، وكذلك الاتجار في أموال اليتامى لما يتوقع فيها من الأرباح.⁽¹⁶⁷⁾ وقد دعت الشريعة الإسلامية الولاة والحكام إلى حفظ أموال الأمة واستثمارها بما يحقق النفع للمسلمين والربحية المالية والاقتصادية والتجارية.

3 - وأما القول: إن استثمار أموال الزكاة يؤدي إلى إضاعتها في الأعمال الإدارية فهو مناقض لنص الآية "إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها..."⁽¹⁶⁸⁾ فقد جعل الله تعالى للقاتمين عليها سهماً منها كما سيأتي تفصيله في تكاليف استثمار أموال الزكاة.

4 - وأما القول: إن استثمار أموال الزكاة مناف لمبدأ التمليك الذي اشترطه جمهور الفقهاء، فيجاب عنه بأن اشتراط التمليك محل نظر، فقد ذهب بعض العلماء إلى عدم اشتراطه إذا دعت الحاجة إلى ذلك، ولذا أجاز كثير من العلماء صرف الزكاة بدون تمليك فردي في كثير من الصور، كصرف الزكاة في شراء العبيد وعتقهم، وصرف الزكاة لأبناء السبيل بدون تمليك فردي للمستحق.

وعلى فرض اشتراط التمليك فإن التمليك حاصل في إنشاء المشاريع الاستثمارية،

164 فتح الباري 4/109، عمدة القاري 9/106، نيل الأوطار للشوكاني 4/177.

165 مواهب الجليل للحطاب 2/363.

166 المبدع لأبن مفلح 2/400...

167 قواعد الأحكام في مصالح الأنام 1/43.

168 توظيف أموال الزكاة في مشاريع ريع بلا تمليك فردي للمستحق" للدكتور حسن عبد الله الأمين منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 3، مجلد 1، ص 367

وهي التملك الجماعي للمستحقين، أو لبيت المال أو بيت الزكاة، وقد اعتبر الفقهاء بيت المال شخصية اعتبارية أو حكمية تملك وتملك.⁽¹⁶⁹⁾

- 5 - وأما القول: أن يد الأمام على الزكاة يد أمانة لا تصرف واستثمار، فيجاب عنه بأنه غير مسلم، فقد أجاز الفقهاء التصرف في مال الزكاة لضرورة أو حاجة، ولذا أجاز المالكية والشافعية والحنابلة بيع الزكاة للضرورة، فقال الخرشي: "إذا قلنا بنقل الزكاة إلى البلد المحتاج واحتاجت إلى كراء يكون من الفيء .. فإن لم يكن في فيء أو كان ولا أمكن نقلها.. فإنها تباع في بلد الوجوب، ويشترى بثمنها مثلها في الموضوع الذي تنقل إليها إن كان خيراً.⁽¹⁷⁰⁾ قال النووي: "لا يجوز للإمام والساعي بيع شيء من مال الزكاة من غير ضرورة، فإن وقعت الضرورة بأن يقف عليه بعض الماشية أو خاف هلاكه، أو كان في الطريق خطر، أو احتاج إلى رد جبران أو إلى مؤونة النقل، أو قبض بعض شاه وما أشبه جاز البيع ضرورة⁽¹⁷¹⁾ وقال ابن قدامة: "إذا أخذها الساعي فاحتاج إلى بيعها لمصلحة من كلفة نقلها ونحوها فله ذلك لما روي قيس بن أبي حازم أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رأى في إبل الصدقة ناقة كوما، فسأل عنها فقال المصدق: إني ارتجعتها بإبل فالرجعة أن يبيعها ويشترى بثمنها مثلها أو غيرها.⁽¹⁷²⁾

مناقشة أدلة القائلين بجواز الاستثمار:

- 1 - القول بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - والخلفاء الراشدين كانوا يستثمرون أموال الزكاة من إبل وغنم وبقر يجاب عنه : بأنه غير مسلم، لأن ما حدث كان لمجرد حفظ الحيوانات لحين توزيعها على المستحقين لا للاستثمار، وما يحصل من توالد وتناسل ودر لبن فهو طبيعي غير مقصود، فلا يدل هذا الدليل على جواز إنشاء مشاريع إنتاجية طويلة الأجل، وإنما يدل على جواز استثمار أموال الزكاة في إحدى المصارف الإسلامية لحين توزيعها أو توصيلها إلى المستحقين، فإن هذا الاستثمار للحفاظ وتحقيق النفع للمستحقين من ريعها، فلا حرج فيه لقوله - صلى الله عليه وسلم -: " من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل "⁽¹⁷³⁾.
- 2 - وأما التوسع في مصرف " في سبيل الله " حتى يشمل جميع وجوه الخير فهو غير

169 حاشية الخرشي 2/223.

170 المجموع للنووي 6/120.

171 المجموع للنووي 6/120.

172 مسند الأمام أحمد /349.

173 رواه مسلم 4/1726.

مسلم ولا معتمد، لأنه ورد في بعض كتب التفسير لفضله غير معروف، وهو قول مرجوح، والمختار عند الفقهاء والمحققين أن هذا المصنف يراد به الجهاد في سبيل الله، لا جميع وجوه الخير.⁽¹⁷⁴⁾

3 - وأما القول بأنه يجوز للإمام- إذا اقتضت الضرورة - إنشاء المصانع الحربية من سهم " في سبيل الله " فصحيح، ومن وجوه الضرورة خلو بيت المال عن الأموال التي تفي بذلك، لأن عبء تجهيز الجيوش الإسلامية وتسليحها يقع على عاتق بيت المال من فيء وخراج وجزية، فإذا عجز بيت المال عن تجهيز المجاهدين فلا مانع من تجهيزهم من الزكاة.

4 - وأما حديث المجلس فعام في الحث على الاستثمار والإنتاج، وليس خاصاً باستثمار أموال الزكاة.

5 - القياس على استثمار المستحقين للزكاة أجيب عنه: بأنه لا يصح، لأن شرط التملك متحقق في دفع الزكاة للمستحقين بقصد الاستثمار، ولا يتحقق ذلك الشرط في إنفاق الزكاة في المشاريع الاستثمارية من قبل الإمام. ويجب عن ذلك بما ذكرت عند مناقشة أدلة المانع من أن شرط التملك محل نظر، وأن التملك الجماعي حاصل في إنشاء المشاريع الاستثمارية.

6 - الاستئناس بحديث الصدقة الجارية (الوقوف) أجيب عنه بأنه لا يصح لأن من أركان الوقف أن يكون هناك واقف، وفي استثمار أموال الزكاة لا يوجد واقف، لأن أموال الزكاة قبل قبضها من قبل المستحقين ليست مملوكة لهم حقيقة حتى يقفوها، وهي ليست مملوكة للمزكين أيضاً ولا للإمام. ويجب عن ذلك بأن هذه الحالة ذات شبه بالوقف من بعض الوجوه، وليست مطابقة له من كل الوجوه وما دام الأمر كذلك فليست بحاجة لتوفر أركان الوقف وشروطه.⁽¹⁷⁵⁾

7 - القياس على استثمار أموال الأيتام أجيب عنه، بأن هذا الاستثمار خاص بالأموال الزائدة عن حاجة اليتيم الأصلية بدليل وجوب الزكاة فيها "حتى لا تأكلها الصدقة" أما أموال الزكاة فلا تزيد عن حاجات المستحقين في الغالب، وإذا زادت في قطر تنقل إلى قطر آخر كما قال الجويني:⁽¹⁷⁶⁾ " فالجويني يستبعد زيادة أموال الزكاة عن حاجات المستحقين في زمنه ويعتبره خارقاً للعادة، فكيف بزماننا الذي شح فيه كثير من الأغنياء عن إخراج ما وجب عليهم من زكاة. فلا يصح قياس استثمار أموال الزكاة

174 مجمع الأنهر 1/221، حاشية الخرشبي 2/218، المجموع 6/158، كشاف القناع 2/283، الأموال لأبي عبيد 801

175 غياث الأمم في اجتياث الظلم للجويني 183-184.

176 الخراج لأبي يوسف 141.

- المشغولة بحاجات المستحقين على استثمار أموال الأيتام الزائدة عن حاجاتهم.
- 8 - العمل بالاستحسان أو بما هو خلاف الأصل للحاجة أو الضرورة ينبغي أن يقيد بضوابط وقيود تحمي أموال الزكاة من الضياع.

الرأي المختار:

بعد عرض آراء العلماء وأدلتهم ومناقشتها يتبين لي ما يلي:

- 1 - الأصل في أموال الزكاة التي وصلت إلى يد الأمام، أو من ينوب عنه من السعادة أو المؤسسات الزكوية تعجيل تقسيمها بين المستحقين، ولا يجوز تأخيرها.
- 2 - لكن إذا دعت الضرورة أو الحاجة إلى تأخير تقسيمها فلا بأس، وتحفظ حينئذ بالطريقة التي يراها الأمام أو من ينوب عنه، بحيث تؤدي تلك الطريقة إلى عدم ضياعها، وتحقيق المنافع للمستحقين: كحفظها في مصارف إسلامية على شكل ودائع استثمارية لحين الطلب.
- 3 - ويستثنى من الأصل السابق أيضاً جواز تأخيرها للاستثمار، إذا دعت الضرورة أو الحاجة: كتأمين موارد مالية ثابتة للمستحقين وتوفير فرص عمل للعاطلين عن العمل من المستحقين فيجوز استثمارها في مشاريع إنتاجية

المبحث الرابع

مدى تعلق الزكاة بعين المال

اختلف القائلون بتعلق الزكاة بعين المال في كيفية هذا التعلق على أقوال القول الأول: أن الزكاة تتعلق بعين المال كتعلق أرش الجنابة برقبة العبد الجاني.⁽¹⁷⁷⁾ والمراد بذلك أن لرب المال أن يخرج الزكاة من غير النصاب كما يجوز للسيد فداء عبده الجاني، وللمالك أن يتصرف في النصاب كما يتصرف السيد في العبد الجاني⁽¹⁷⁸⁾ وهذا

177 إذا جنى العبد جنابة توجب المال (الأرض)، فإن هذا المال لا يتعلق بذمته ولا بذمة سيده، وإنما يتعلق برقبته، وحينئذ فالسيد مخير بين أن يفديه بأرض الجنابة، أو يسلمه إلى ولي الجنابة فيملكه. وللفقهاء في ذلك تفصيلات كثيرة. انظر حاشية ابن عابدين: 5/343، والذخيرة 12/335، وروضة الطالبين: 9/362، والمغني، 12/35.

178 كشف القناع: 2/181

مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية،⁽¹⁷⁹⁾ والمالكية،⁽¹⁸⁰⁾ وهو قول عند الشافعية،⁽¹⁸¹⁾ صححه بعضهم،⁽¹⁸²⁾ وهو قول في مذهب الحنابلة.⁽¹⁸³⁾

أدلة هذا القول :

أن الزكاة تسقط بتلف المال قبل التمكن من الأداء كما يسقط أرش الجناية بتلف الجاني.⁽¹⁸⁴⁾

القول الثاني: أن الزكاة تتعلق بعين المال تعلق شركة، فيصير المستحقون شركاء لرب المال في قدر الزكاة، وهذا قول عند الشافعية،⁽¹⁸⁵⁾ صححه بعضهم،⁽¹⁸⁶⁾ وهو قول في مذهب الحنابلة.⁽¹⁸⁷⁾

أدلة هذا القول:

قوله الله تعالى: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ).⁽¹⁸⁸⁾

وجه الدلالة: أن اللام في قوله تعالى: (للفقراء) للتمليك، فالفقراء يمتلكون مقدار الزكاة، وهذا يقتضي أن يكونوا شركاء للمالك في مقدار الزكاة.⁽¹⁸⁹⁾

المناقشة: نوقش هذه الدليل بما يلي

1 - أن كون اللام في الآية للتمليك غير مسلم، فقد ذكر بعض المفسرين والفقهاء أنها للاختصاص أو لبيان المصرف.⁽¹⁹⁰⁾

179 المسوط: 2/173، وفتح القدير: 2/153.

180 المنتقى للباحي: 2/116.

181 فتح العزيز: 5/551، والمجموع: 5/377.

182 الوجيز للغزالي: 1/89، والوسيط: 2/1053.

183 المغني: 4/59، والقواعد لابن رجب، ص 207.

184 فتح العزيز: 5/551، والمجموع: 5/377.

185 الوسيط: 2/1053، وفتح العزيز: 5/551، والمجموع: 5/377.

186 المنثور: 1/366، 2/336.

187 القواعد لابن رجب، ص 207، والانصاف: 6/375.

188 سورة التوبة، جزء من الآية 60.

189 أحكام القرآن للكبها الهراسي: 3/206.

190 أحكام القرآن لابن العربي: 2/947.

- 2 - أن التمليك الذي دلت عليه الآية لا يقتضي مشاركة الفقراء للمالك في مقدار الزكاة، ويؤيد ذلك أن إلكيا الهراسي لم جعله تمليكاً حقيقياً تترتب عليه آثاره، وعلل ذلك بقوله: "وإنما لم نجعله تمليكاً حقيقياً؛ من حيث جعل لوصف لا لعين، وكل حق جعل لموصوف، فإنما لا يملكه إلا بالتسليم.⁽¹⁹¹⁾
- 3 - أن الواجب يتبع المال في الصفة، فتؤخذ الصحيحة من الصحاح والمريضة من الأمراض.⁽¹⁹²⁾
- 4 - أن رب المال لو امتنع من إخراج الزكاة أخذها الإمام من عين المال قهراً، كما يقسم المال المشترك قهراً إذا امتنع بعض الشركات من القسمة.⁽¹⁹³⁾
- القول الثالث: أن الزكاة تتعلق بعين المال كتعلق الدين بالرهن (المرهون)، وهذا قول عند الشافعية،⁽¹⁹⁴⁾ وقول عند الحنابلة.⁽¹⁹⁵⁾

أدلة هذا القول:

- 1 - أن رب المال لو امتنع من أداء الزكاة، أو لم يوجد السن الواجبة في ماله، كان للإمام بيع بعض النصاب وشراء السن الواجبة كما يباع المرهون لقضاء الدين.⁽¹⁹⁶⁾
- اعترض على هذا القول بما يلي:
- 1 - لو كانت العين مرتهنة بالزكاة ما جاز تصرف المالك في العين قبل أداء زكاتها، كما لا يجوز تصرفه في الرهن قبل انفكاكه، فلما جاز تصرفه فيها دل على أنه لا تعلق للوجوب بها.⁽¹⁹⁷⁾
- 2 - لو كانت الزكاة تتعلق بعين المال كتعلق الدين بالرهن لما سقطت بتلف المال قبل التمكن من الأداء.⁽¹⁹⁸⁾

191 أحكام القرآن: 3/206.

192 فتح العزيز: 5/551، والمجموع 5/377، ومغني المحتاج: 1/419

193 المراجع السابقة في المواضع ذاتها.

194 الوسيط: 2/1053، وفتح العزيز: 5/551، والمجموع 5/377، وروضة الطالبين 2/226، والمنثور للزركشي، 1/366

195 القواعد لابن رجب: ص 207، والانصاف: 6/375.

196 فتح العزيز 5/551، ومغني المحتاج 1/419

197 الحاوي الكبير للماوردي، 3/128.

198 فتح العزيز 5/551، والمجموع: 5/378.

الترجيح

من خلال استعراض الأقوال بأدلتها يتبين - والله أعلم - رجحان القول الأول ، وهو أن الزكاة تتعلق بعين المال كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني، وذلك لما يلي:

أولاً: قوة دليل القول في مقابل ضعف أدلة القولين الثاني والثالث؛ وذلك لما ورد عليها من مناقشة، وهذا يبين صحة قياس تعلق الزكاة بعين المال على تعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني. في مقابل ضعف قياسه على تعلق الشركة أو تعلق الدين بالرهن.

ثانياً: أن تتبع أحكام الفروع الفقهية الماثورة في كتاب الزكاة يشهد بصحة هذا القول؛ ولذا فلا عجب أن يكون مذهب جمهور الفقهاء كما سبق.

ثمرة الخلاف في المسألة:

للخلاف في هذه المسألة فوائد كثيرة، وهذا يتضح من خلال المسائل الفقهية الكثيرة المبنية على هذه المسألة؛ إلا أنني سأقتصر على مسألة مشاركة المستحقين لرب المال في أرباح أموال الزكاة المستثمرة، حيث يمكن بناء هذه المسألة على مسألة محل تعلق الزكاة على النحو التالي:

أولاً: بناء على القول بأن الزكاة تتعلق بذمة المزكي، فإن ملك المالك لا يزول عن شيء من ماله، لأن الزكاة لم تتعلق بالمال، وإنما تعلقت بذمته، فيصح تصرفه فيه بالبيع والاستثمار وغير ذلك، والربح في حال الاستثمار له وحده كما أن الخسارة عليه؛ لأنه نماء ملكه فيكون ملكاً له وحده، ولا يشاركه المستحقون فيه.⁽¹⁹⁹⁾

ثانياً: بناء على القول بتعلق الزكاة بعين المال كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني (وهو الأرجح)، فإن المستحقين لا يشاركون رب المال في الأرباح؛ لأن من آثار هذا القول جواز تصرفه في النصاب ببيع أو غيره، ويكون النماء له وحده؛ كما أن كسب العبد الجاني وولد الأمة الجناية لا يتعلق بهما أرش الجناية.

وقد أشار بعض الفقهاء إلى ذلك، ومنه قول المرداوي تفريعاً على القول بتعلق الزكاة بعين المال كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني: فلربه إخراج زكاته من غيره، والتصرف فيه ببيع وغيره بلا إذن الساعي، وكل النماء له"⁽²⁰⁰⁾

ويقول البهوتي في شرح المنتهى تفريعاً على هذا القول: والنماء بعد وجوبها أي

199 استثمار أموال الزكاة لشبير، ص28

200 الانصاف 6/375

الزكاة (له) أي المالك، كولد الجانية لا يتعلق به أرش الجانية، فكذا نماء النصاب ونتاجه لا تتعلق به الزكاة، فلا تكون الفقراء فيه شركاء".⁽²⁰¹⁾

ويقول في كشف القناع تفرعاً على هذا القول: والنماء بعد وجوبها أي الزكاة (له) أي للمالك، لا يشاركه فيه الفقراء ككسب الجاني.⁽²⁰²⁾

ثالثاً: بناء على القول بتعلق الزكاة بعين المال تعلق شركة، فإن المستحقين يشاركون رب المال في قدر الزكاة، ومقتضى ذلك أنهم يشاركونه في نماء الزكاة وأرباحها أيضاً، وه و رأي بعض الفقهاء.⁽²⁰³⁾

إلا أن من يرى أن الزكاة تتعلق بعين المال تعلق شركة من الشافعية لا يرتبون على هذا التعلق أحكام الشركة؛ لأنهم يرون أن هذا التعلق ليس على سبيل الشركة الحقيقية؛ لأن المالك يجوز له أن يعطي من غير النصاب من غير رضا المستحقين قطعاً،⁽²⁰⁴⁾ وإذا لم تكن هذه الشركة حقيقية، لم تترتب عليها أحكام الشركة بين المالك والمستحقين؛ لذا فالظاهر أن المستحقين لا يشاركون رب المال في الأرباح بناء على هذا القول.

رابعاً: بناء على القول بتعلق الزكاة بعين المال كتعلق الدين بالرهن (المرهون)، فإن الظاهر أن الأرباح ملك لرب المال وحده؛ لأن الرهن مجرد عقد يراد به توثيق الحق، ولا يزول المرهون عن ملك الراهن، وليس للمرتهن إلا حق الاستيثاق،⁽²⁰⁵⁾ فكذلك النماء والأرباح باقية على ملك الراهن.

ونخلص مما سبق أن المستحقين لا يشاركون رب المال في أرباح أموال الزكاة المستثمرة، ويؤيد ذلك أن جمهور الفقهاء يرون أن الفقير لا يملك الزكاة إلا بقبضها،⁽²⁰⁶⁾ وغذا لم يملك الزكاة قبل القبض لم يملك أرباحها من باب أولى؛ لأن الأرباح تابعة لمال الزكاة، فتتبعها في الحكم، وهذا ما تدل عليه القاعدة الفقهية المشهورة (التابع تابع)،⁽²⁰⁷⁾ وقد صرح بعض الفقهاء بتبعية النماء للأصل في أموال الزكاة،⁽²⁰⁸⁾ وهذا ينطبق أيضاً على

201 شرح المنتهي: 1/373.

202 كشف القناع 1/181، وانظر: حاشية الروض المربع لابن قاسم: 3/183.

203 استثمار أموال الزكاة لشبير: ص29، وانظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، 1/309.

204 أحكام القرآن للكي الهراسي: 3/206، وحواشي الشرواني على تحفة المحتاج: 5/63.

205 روضة الطالبی: 4/99.

206 بدائع الصنائع 2/39، والمنتقى للبايحي 2/95، وروضة الطالبين 2/343، وكشف القناع: 2/269.

207 انظر في هذه القاعدة: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص228، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص133، ص133.

208 القواعد لابن رجب: ص171.

نتاج سائمة بهيمة الأنعام في مال الزكاة، فليس ملكاً للمستحقين، وإن كان من نماء الزكاة. وما مضى تقديره هو الأصل في نماء الزكاة، لكن لو أخرج المالك إخراجها بقصد الحصول على نماء أموال الزكاة، حيث اتخذ ذلك حيلة لزيادة أمواله من النماء فقد يقال بأن النماء يكون للمستحقين معاملة له بنقيض قصده.

وقد قرر الفقهاء في عدة مسائل في الزكاة معاملة المالك بنقيض قصده، ومن ذلك: قرر بعض الفقهاء أن إبدال النصاب بغير جنسه يقطع الحول؛ لذا فإن المالك يستأنف حولاً جديداً، لكن لو فعل فراراً من الزكاة لم تسقط عنه معاملة له بنقيض قصده. إذا أثلف المالك جزءاً من النصاب قاصداً تنقيص النصاب لإسقاط الزكاة لم تسقط عنه، بل تؤخذ منه في آخر الحول.⁽²⁰⁹⁾

الخاتمة

اهم نتائج البحث:

- 1 - وضعت الشريعة الإسلامية عدة قيود لجواز الاستثمار، فلا بد من مراعاة الأحكام الشرعية عند تنمية الأموال وتكثيرها
 - 2 - الراجح من أقوال الفقهاء أن الزكاة واجبة على الفور، فلا يجوز تأخير إخراجها بعد وجوبها ويجوز تأخير إخراجها لأعذار تجمعها الضرورة والحاجة المعتبرة.
 - 3 - أجاز بعض الفقهاء لرب المال استثمار أموال الزكاة إذا عزلها عن أمواله ومنع من توصيلها للمستحقين مانع.
 - 4 - أن استثمار أموال الزكاة من قبل الإمام أو نائبه: المراد بنائب الإمام : من يمثل ولي الأمر من الوزارات والدوائر الحكومية والجمعيات المكلفة رسمياً بقبض الزكاة وتفريقها أما الجهات التي لم تفوض رسمياً فهي وكيل عن المزكي
 - 5 - القائمون على استثمار أموال الزكاة يدخلون في وصف العاملين عليها فيعطون من الزكاة إن لم يكن لهم راتب ويكون ذلك بقدر عملهم.
- مال الزكاة المستثمر لا تجب فيه الزكاة لعدم تحقق شرط الملك فيه ولعدم الحاجة إلى اقتطاع شيء منها للزكاة لأنها من مال الزكاة، فإن كان استثماره بعد تعيين المستحقين له فلا زكاة فيه أيضاً لأنه يأخذ حكم زكاة المستغلات ولا تجب فيها الزكاة إنما في غلتها بعد حولان الحول على قبضها .

أهم توصيات البحث:

- يجب الإهتمام بأموال الوكالة خاصة الأصول العقارية واستثمارها عن طريق امشاء هيئة مستقلة عن المالكين تتولى إدارة استثمارها لصالح المستحقين لها .

بيان بأهم المراجع

1. القرآن الكريم.
2. ابن الأثير، مجد الدين، أبو السعادات، المبارك بن محمد، (ت 606هـ = 1209م)،
النهاية في غريب الحديث والأثر، ط1، 2م، تحقيق: خليل شيحا، بيروت: دار المعرفة،
1422هـ-2001م.
3. أحمد، أوصاف، (1987م)، الأهمية النسبية لطرق التمويل المختلفة في النظام
المصرفي - أدلة عملية الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية- مؤسسة آل البيت -
عمان، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - البنك الإسلامي للتنمية- جدة.
4. عطية، جمال الدين، (1988م)، تقويم مسيرة البنوك الإسلامية، بحث في ندوة: إسهام
الفكر الإسلامي في الاقتصاد المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ومركز صالح
كامل للأبحاث والدراسات التجارية الإسلامية، القاهرة.
5. العفيفي، عبد الحكيم، (2000م)، موسوعة 1000 مدينة إسلامية، ط1، مصر: مكتبة
الدار العربية للكتاب.
6. العمادي، إسماعيل عبد السلام، (2003م)، المعوقات الخارجية للمصارف الإسلامية-
دراسة تطبيقية لآثارها على البنك الإسلامي الأردني، رسالة ماجستير، غير منشورة،
جامعة اليرموك، إربد، الأردن.
7. أبو عويمر، جهاد عبد الله، (1986م)، الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، ط: بدون،
مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.
8. عيد، محمد علي، (2003م)، عرض لبعض مشكلات البنوك الإسلامية ومقترحات
لمواجهتها، بحث ضمن ندوة: قضايا معاصرة في النقود والبنوك المساهمة
في الشركات، تحرير: د. منذر قحف، ط2، جدة: البنك الإسلامي للتنمية- المعهد
الإسلامي للبحوث والتدريب.
9. أبو غدة، عبد الستار، (1996م)، الوسائل المشروعة لتقليل مخاطر المضاربة، الحلقة
الأولى، مجلة الاقتصاد الإسلامي - دبي، السنة 15، عدد 180.
10. الغرياني، الصادق عبد الرحمن، (2002م)، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، ط1، بيروت:
مؤسسة الريان.
11. الغريب، ناصر، (2002م)، مخاطر التمويل الإسلامي وأساليب التعامل معها، في:
اتحاد المصارف العربية (محرر)، إدارة الأصول ومخاطر التمويل في العمل المصرفي

- التقليدي والإسلامي، ط: بدون، ص168-198، بيروت: اتحاد المصارف العربية.
12. الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد، (ت 505هـ = 1111م)، المستصفى من علم الأصول، ط1، 2م، تحقيق وتعليق: د. محمد الأشقر، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1417هـ-1997م.
 13. ابن فارس، أبو الحسين، أحمد، (ت 395هـ = 1004م)، معجم مقاييس اللغة، ط: بدون، 6م، تحقيق وضبط: عبد السلام هارون، بيروت، دار الفكر، 1399هـ-1979م.
 14. الفاسي المالكي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، (ت 1072هـ = 1661م)، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ط1، 2م، ضبطه وصححه: عبد اللطيف عبد الرحمن، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ-2000م.
 15. ابن فرحون المالكي، القاضي برهان الدين إبراهيم، (ت 799هـ = 1396م)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ط1، 1م، دراسة وتحقيق: مأمون الجنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ-1996م.
 16. الفيروز آبادي، مجد الدين، محمد بن يعقوب، (ت 827هـ = 1414م)، القاموس المحيط، ط6، 1م، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد العرقسوسي، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1419هـ-1998م.
 17. ابن قدامة المقدسي، موفق الدين، عبد الله بن أحمد، (ت 620هـ = 1223م)، المغني، ط: بدون، 2م، اعتنى به وخرّج أحاديثه: رائد علفة، الأردن والسعودية: بيت الأفكار الدولية، 2004م.
 18. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ط1، 4م، حققه وعلق عليه: محمد حسن الشافعي، وأحمد بن جعفر، بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ-2001م.
 19. ابن قيم الجوزية، شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر، (ت 751هـ = 1350م)، زاد المعاد في هدى خير العباد، ط: بدون، 2م، تحقيق: عماد البارودي، مصر: المكتبة التوقيفية، (د.ت).
 20. الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، (ت 587هـ = 1191م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، 10م، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م.
 21. الكفوي، أبو البقاء، أيوب بن موسى، (ت 1094هـ = 1682م)، الكليات - معجم في

- المصطلحات والفروق اللغوية، ط1، 1م، قابله على نسخة خطية وأعدّه للطبع ووضع
فهارسه: د.عدنان درويش، ومحمد المصري، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1412هـ-
1992م.
22. الكوهجي، عبد الله بن الشيخ حسن، (1982م)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ط1،
حققه وراجعته: عبد الله الأنصاري، قطر: الشؤون الدينية.
23. لجنة من الأساتذة الخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين، (1996م)، تقويم
الجوانب الإدارية بالبنوك الإسلامية، ط1، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
24. لجنة من الأساتذة الخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين، (1996م)، تقويم
الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية، ط1، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
25. ابن ماجة القزويني، أبو عبد الله، محمد بن يزيد، (ت 273 هـ = 886م)، سنن ابن
ماجة، ط1، 6م، حققه وخرّج أحاديثه وعلق عليه: د.بشار عواد معروف، بيروت: دار
الجيل، 1418هـ-1998م.
26. محمد، إسماعيل حسن، (1994م)، الصعوبات التي تواجه البنوك الإسلامية
وتصورات لكيفية مواجهتها، بحث في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 8، ج3.
27. محيسن، عبد الحليم إبراهيم، (1989م)، تقييم تجربة البنوك الإسلامية دراسة
تحليلية، رسالة ماجستير، غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
28. مخلوف، محمد بن محمد، (1349هـ)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط1،
بيروت: دار الكتاب العربي.
29. المرادوي، علاء الدين، أبو الحسن، علي بن سليمان، (885 هـ = 1480م)، الإنصاف
في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط1، 12م، تحقيق:
محمد حسن الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م.
30. المرغيناني، أبو الحسين، علي بن أبي بكر، (ت 593 هـ = 1196م)، الهداية في شرح
بداية المبتدي، ط1، 2م، اعتنى بتصحيحه: طلال يوسف، بيروت: دار إحياء التراث
العربي، 1416هـ-1995م.
31. مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج، (ت 261 هـ = 874م)، صحيح مسلم، ط1،
1م، رقم كتبه و أبوابه: محمد تميم، وهيثم تميم، بيروت: دار الأرقم، 1419هـ-1999م.
32. ابن منظور الإفريقي، أبو الفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم، (ت 711 هـ = 1311م)،
لسان العرب، ط3، 16م، نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه: مكتب تحقيق التراث،

- بيروت: دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، 1413هـ-1993م.
33. المواق، أبو عبد الله، محمد بن يوسف، (ت897هـ = 1491م)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط3، 6م، دمشق: دار الفكر، 1412هـ-1992م (مطبوع بهامش مواهب الجليل).
34. ناصر، الغريب، (2002م)، مخاطر التمويل الإسلامية وأساليب التعامل معها، بحث في: إدارة الأصول ومخاطر التمويل في العمل المصرفي التقليدي والإسلامي، اتحاد المصارف العربية.
35. النسفي، نجم الدين، أبو حفص، عمر بن محمد، (ت537هـ = 1177م)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ط1، 1م، علق عليه ووضع حواشيه: محمد الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م.
36. النووي، محيي الدين، أبو زكريا، يحيى بن شرف، (ت676هـ = 1277م)، المنهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط1، 1م، بيروت: دار ابن حزم، 1432هـ-2002م.
37. تهذيب الأسماء واللغات، ط: بدون، 3م، بيروت: دار الكتب العلمية، (د.ت).
38. دوابه، أشرف محمد، (2004م)، صناديق الاستثمار في البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ط1، مصر: دار السلام، والمعهد العالمي للفكر الإسلامي.
39. الرازي، فخر الدين، محمد بن عمر، (ت606هـ = 1209م)، المحصول في علم الأصول، ط2، 6م، دراسة وتحقيق: د.طه العلواني، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1412هـ-1992م.
40. الرحيباني، مصطفى السيوطي، (ت1234هـ = 1827م)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط1، 6م، دمشق: المكتب الإسلامي، 1380هـ-1961م.
41. ابن رشد الحفيد، أبو الوليد، محمد بن أحمد، (ت595هـ = 1198م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، 1م، اعتنى به: هيثم طعيمة، صيدا: المكتبة العصرية، 1423هـ-2002م.
42. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، (ت1205هـ = 1790م)، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، 23م، تحقيق: إبراهيم التريزي، الكويت: مطبعة حكومة الكويت، 1972-1392م، (رقم 16 ضمن سلسلة التراث العربي).
43. الزحيلي، وهبة، (2000م)، تعقيبه على بحوث الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة، ج2، ع12.
44. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، (ت1099هـ = 1687م)، شرح الزرقاني

- على مختصر سيدي خليل، ط1، 8م، ضبطه وصححه وخرّج آياته: عبد السلام أمين، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ-2002م.
45. أبو زيد، محمد عبد المنعم، (2003م)، المخاطر التي تواجه استثمارات المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث في كتاب: الوقائع- دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، جامعة الشارقة - مركز البحوث والدراسات، الشارقة.
46. الزيّلعي، فخر الدين، عثمان بن علي، (ت 743هـ = 1342م)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، 6م، تحقيق: أحمد عناية، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ-2000م.
47. السالوس، علي أحمد، (2002م)، حماية الحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - رابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة، السنة 13، عدد15.
48. السرخسي، أبو بكر، محمد بن أحمد، (ت 491هـ = 1096م)، الميسوط، ط1، 15م، تحقيق: محمد حسن الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ-2001م.
49. السرطاوي، فؤاد عبد اللطيف، (1999م)، التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص، ط1، عمان: دار المسيرة.
50. سمحان، حسين محمد، (1996م)، معايير التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية، مجلة الدراسات المصرفية، السنة 4، مجلد 4، عدد2.
51. السمرقندي، علاء الدين، أحمد بن محمد، (ت 539هـ = 1144م)، تحفة الفقهاء، ط1، 3م، حقق أحاديثها وخرّجها: د.وهبة الزحيلي، ومحمد الكتاني، دمشق: دار الفكر، 1384هـ-1964م.
52. السمعي، أبو سعد، عبد الكريم بن محمد بن منصور، (ت 526هـ = 1166م)، الأنساب، قدم له: محمد حلاق، ط1، 4م، الرياض: مكتبة الرشد، وبيروت: دار إحياء التراث العربي، 1419هـ - 1999م.
53. الشامي، يحيى، (1993م)، موسوعة المدن العربية والإسلامية، ط1، بيروت: دار الفكر.
54. آل شبيب، دريد كامل، (2004م)، مبادئ الإدارة العامة، ط1، عمان: دار المناهج.
55. شبير، محمد عثمان، (1999م)، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط3، عمان: دار النفائس.

56. شحادة، موسى، تعليقه على بحث د.أوصاف أحمد، المذكور أعلاه (أحمد، أوصاف، (1987م)، الأهمية النسبية لطرق التمويل المختلفة في النظام المصرفي الإسلامي).
57. الشوكاني، محمد بن علي، (ت 1250هـ = 1834م)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط1، 3م، تحقيق: محمود زايد، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ-1985م.
58. الصاوي، أحمد، (1995م)، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد دردير، ط1، ضبطه وصححه: محمد شاهين، بيروت: دار الكتب العلمية.
59. الصيرفي، محمد، (2005م)، اقتصاديات المشروع، ط1، الإسكندرية: مؤسسة حورس.
60. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت 1252هـ = 1836م)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط: خاصة، 14م، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، قدم له وقرظه: أ.د. محمد إسماعيل، دار عالم الكتب-الرياض، 1423هـ-2003م.
61. عبد الله، محمد نور علي، (1423هـ)، تحليل مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ط: بدون، مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي، (ضمن سلسلة دعوة الحق، عدد 195).
62. الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية- مؤسسة آل البيت - عمان، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب -البنك الإسلامي للتنمية- جدة.
63. إرشيد، محمد عبد الكريم، (2001م)، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط1، عمان: دار النفائس.
64. الأمين، حسن عبد الله، (1983م)، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ط1، جدة: دار الشروق.
65. الأنصاري، أبو يحيى، زكريا، (ت 926هـ = 1519م)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط1، 9م، ضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د.محمد تامر، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ-2001م.
66. البجيرمي، سليمان بن محمد، (ت 1221هـ = 1806م)، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ط: الأخيرة، 4م، مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، (د.ت).
67. البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، (ت 256هـ = 869م)، صحيح البخاري،

- ط1، 1م، ضبط النص: محمود نصار، بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ-2001م.
68. البركتي، محمد عميم الإحسان، (2003م)، التعريفات الفقهية -معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين رحمهم الله تعالى، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.
69. البغدادي، أبو محمد، غانم بن محمد، (1308هـ)، مجمع الضمانات، ط1، مصر: المطبعة الخيرية.
70. البغدادي، إسماعيل باشا محمد أمين، (ت 1339هـ = 1920م)، هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون، ط: بدون، 2م، بيروت: دار الفكر، 1402هـ-1982م.
71. البناني، محمد بن الحسن، (ت 1194هـ = 1780م)، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط1، 8م، ضبطه وصححه وخرّج آياته: عبد السلام أمين، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ-2002م.
72. البيهقي، أبو بكر، أحمد بن الحسين، (ت 458هـ = 1065م)، السنن الكبرى، ط1، 11م، تحقيق: محمد عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م.
73. ابن جزى الغرناطي، محمد بن أحمد، (ت 741هـ = 1340م)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، ط1، 1م، تحقيق: عبد الكريم الفضيلى، صيدا: المكتبة العصرية، 1420هـ-2000م.
74. الجصاص، أبو بكر، أحمد بن علي، (ت 370هـ = 980م)، مختصر اختلاف العلماء، ط1، 5م، دراسة وتحقيق: د.عبد الله أحمد، بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1416هـ-1995م.
75. أحكام القرآن، ط: بدون، 5م، تحقيق: محمد قمحاوي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ-1985م.
76. الجمعة، علي بن محمد، (2000م)، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ط1، الرياض: مكتبة العبيكان.
77. ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل، أحمد بن علي، (ت 852هـ = 1448م)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط: بدون، 13م، قرأ أصله تصحيحاً وتحقيقاً: الشيخ عبد العزيز بن باز، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه: محب الدين الخطيب، بيروت: دار المعرفة، 1379هـ.

78. ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين، أبو العباس، أحمد بن محمد، (ت 974هـ = 1566م)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط: بدون، 4م، ضبط نصه وعلق عليه: د.محمد تامر، مصر: مكتبة الثقافة الدينية، (د.ت).
79. الخطاب، أبو عبد الله، محمد بن محمد، (ت 954هـ = 1547م)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط: خاصة، 8م، ضبطه و خرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، الرياض: دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م.
80. الحموي، أبو عبد الله، ياقوت بن عبد الله، (ت 626هـ = 1288م)، معجم البلدان، ط: بدون، 5م، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1399هـ-1979م.
81. الخرشبي، محمد بن عبد الله، (ت 1101هـ = 1689م)، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل، ط1، 10م، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ-1997م.
82. الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن محمد، (ت 977هـ = 1569م)، مغني المحتاج على معرفة ألفاظ المنهاج، ط: بدون، 5م، قدم له ورقم كتبه وأبوابه: عماد البارودي، حققه وخرج أحاديثه: طه سعد، راجعه: محمد عزت، القاهرة: المكتبة التوقيفية، (د.ت).
83. الدريني، محمد فتحي، (1994م)، الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي المقارن، بحث ضمن كتابه: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة.
84. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، (ت 1230هـ = 1814م)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، 7م، خرّج آياته وأحاديثه: محمد شاهين، بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ-1996م.

عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دبي للشراكة

إعداد

دكتور / حمدي أبوالنور السيد

أستاذ مشارك بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

وكلية الحقوق جامعة حلوان

مقدمة

تتولى الحكومات عادة مهمة إنشاء وصيانة وإعادة تأهيل البنية التحتية، كالطرق والموانئ والمطارات وشبكات الاتصالات والكهرباء، والتي يستحيل بدونها ممارسة معظم الأنشطة الاقتصادية، ويعد ذلك أحد الأنشطة الرئيسية التي تقوم بها الحكومة، لكن انخفضت نسبة الإنفاق عليه من إجمالي الناتج المحلي، خلال العقود الثلاثة الماضية، في كثير من دول العالم.

فقد أصبح الاعتماد على الإنفاق الحكومي وحده في إنجاز مشروعات تقديم الخدمات العامة والبنية التحتية وإنشاء المرافق الأساسية أمراً صعباً، ولذلك اتجهت كثير من الحكومات إلى الشراكة مع القطاع الخاص في إقامة وتشغيل معظم تلك المشروعات، وذلك بهدف إنجازها بكفاءة مهنية أعلى، وتكلفة مادية أقل، وهو ما يساعد في نهاية الأمر على تقديم خدمة أفضل، وتحقيق معدلات التنمية المطلوبة.

موضوع البحث:

تتناول في هذه البحث موضوعاً هاماً وحديثاً نسبياً، وهو الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص في إنشاء وإدارة مشروعات البنية التحتية ومشروعات الخدمات العامة، والذي يمثل توجهاً عالمياً، في السنوات الأخيرة، بعد أن حقق نجاحاً كبيراً في ذلك المجال، وكان له عظيم الأثر في التخفيف عن كاهل الدولة وميزانيتها، وفي تدعيم البنية الأساسية لها، في نفس الوقت الذي يسهم فيه في تقديم خدمة ممتازة للناس.

وتتناول هذا الموضوع من خلال دراسة تحليلية لكل من قانون المشاركة بين القطاعين العام والخاص المصري رقم 67 لسنة 2010 وقانون تنظيم الشراكة في دبي رقم 22 لسنة 2015.

أهمية موضوع البحث:

تأتي أهمية هذا الموضوع في إطار اتجاه متزايد نحو إعطاء دور أكبر للقطاع الخاص في تنفيذ وإدارة المشروعات العامة في الدولة، في مختلف المجالات، بما يساعد على تخفيف الأعباء المالية عن الحكومة، وتطور دورها من منفذ للمشروعات إلى دور الموجه والمتابع لتنفيذها، من خلال القطاع الخاص، وهو ما يساعد بلا شك في إنجاز برامج ومشروعات التنمية.

ولذلك فقد حظي موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص باهتمام كبير من قبل الحكومات والمجتمعات والمراكز البحثية، في مختلف أنحاء العالم، فقد اتضح أن عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية تعتمد على حشد وجمع كافة إمكانيات المجتمع، من موارد وخبرات، سواء في القطاع العام أو الخاص، لإنشاء وتشغيل مشروعات البنية التحتية والمشروعات الخدمية، بمختلف أنواعها.

منهج البحث:

تتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي، والذي نستخدمه في وصف نظام الشراكة، وذلك من خلال الاطلاع على ما كتب في ذلك الموضوع، ومحاولة وضع تصور عام حول مفهومها، وجوانبها المختلفة.

كما تتبع أيضاً المنهج التطبيقي، لتحديد أهم مجالات الشراكة، في كل من مصر وإمارة دبي، وصياغة آليات تساهم في ترسيخ مفهوم الشراكة بين الحكومة والقطاع الخاص.

خطة الدراسة:

تنقسم الدراسة إلى ثلاثة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: المقصود بالشراكة

المبحث الثاني: عقود الشراكة في التشريع المصري

المبحث الثالث: عقود الشراكة في التشريع المحلي لإمارة دبي

المبحث الأول المقصود بعقود الشراكة

اتجهت العديد من الحكومات، منذ ثمانينيات القرن العشرين، إلى ضرورة الاستفادة من القطاع الخاص في تمويل مشروعات البنية الأساسية،⁽¹⁾ لتخفيف العبء عن كاهلها، مع بقائها مسئولة عن تقديم الخدمات الأساسية للشعب. وقد اعتمدت تلك الحكومات في ذلك على إبرام عقود مع القطاع الخاص، أطلق عليها "عقود الشراكة".

وتعد تلك العقود من الركائز الأساسية في تدعيم اقتصاد الدول، في ظل محدودية مواردها، وزيادة عجز الموازنة العامة بها، والقصور في تقديم الخدمات العامة.

وقد نشأ نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أثر ما سمي بـ "ثنائية الفشل" الذي عانت منه النظم الاقتصادية الرأسمالية، خلال القرنين الماضيين، والذي تمثل في فشل الحكومة في القيام بوظائفها المعهودة، من تنظيم ورقابة وتحفيز، وفشل القطاع الخاص في إشباع حاجات الأفراد، وتوفير سوق متوازنة ومستدامة ومستقرة. وكان من نتيجة ذلك الفشل المزدوج حدوث سلسلة من الأزمات الاقتصادية التي عصفت بالاقتصاد العالمي، والتي أثرت بشكل كبير على برامج الدول، وبالتالي على رفاهية الأفراد وجودة الحياة، إلى جانب ما تعانیه العديد من دول العالم من تراجع في كفاءة وجودة الخدمات العامة وغيرها.⁽²⁾

وحتى نتيبن المقصود بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، نتناول تعريفها، وأهميتها، وأهم مجالاتها، والطبيعة القانونية لها، والمبادئ العامة التي تنظمها.

وذلك في مطلبين متتاليين، كما يلي:

المطلب الأول: تعريف عقد الشراكة وأهميته وأهم مجالاته

1 يقصد بالبنية الأساسية، حسب معجم أكسفورد، تلك المواد الأساسية والهياكل التنظيمية، مثل المباني والطرق والتجهيزات الكهربائية اللازمة لتشغيل مشروع معين، أو اللازمة لحياة المجتمع.

راجع: <http://www.askoxford.com>

وهذه البنية الأساسية يمكن أن تكون ذات طبيعة اقتصادية تتمثل في مشروعات تتطلب بنية هندسية طويلة الأجل، مثل أنابيب الغاز، وخطوط الاتصالات، والطرق ووسائل النقل مثل السكك الحديدية، والسدود، والمطارات، وقد تكون تلك البنية ذات طبيعة اجتماعية، وتتمثل في خدمات التعليم والصحة والإسكان وتدخّل فيها أيضاً خدمات المياه والصرف الصحي.

راجع: د. رشدي صالح عبد الفتاح "التمويل المصرفي للمشروعات"، مطبعة العشري، مصر، 2006، ص 10.

2 راجع ورقة العمل التي أعدها مجلس دبي الاقتصادي بعنوان "الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأهميتها لاقتصاد دبي"، بتاريخ الثاني من أكتوبر 2016، منشورة على موقع المجلس على شبكة الإنترنت Dubai Economic Council.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الشراكة والمبادئ العامة التي تنظمها

المطلب الأول

تعريف عقد الشراكة وأهميته وأهم مجالاته

تشمل الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بصفة عامة، مختلف أشكال الاتفاقيات التي يمكن أن تربط بين شخص عام وشخص خاص، لمدة طويلة تتراوح عادة ما بين خمسة إلى خمسين عاماً.

فهي أحد أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص، والتي يتم من خلالها وضع ترتيبات يستطيع بمقتضاها القطاع العام توفير السلع والخدمات العامة والاجتماعية، عن طريق السماح للقطاع الخاص بتقديمها، بدلاً من القطاع العام. وبشكل أكثر تحديدا فإن مفهوم الشراكة يشير إلى السيناريوهات التي بمقتضاها يكون للقطاع الخاص دور أكبر في تخطيط وتمويل وتصميم وبناء وتشغيل وصيانة الخدمات العامة.⁽³⁾

ونتناول في هذا المطلب تعريف تلك العقود وبيان أهميتها، وأهم مجالاتها، وذلك في فروع ثلاث متتالية.

الفرع الأول

تعريف عقد الشراكة

(1) في اللغة:

الشراكة أو المشاركة مأخوذة لغةً من الفعل أشرك وشرك وشارك، فيقال أشركه في الأمر أي أدخله فيه، ويقال أشرك بالله أي جعل له شريكا، ويقال شارك في كذا أي له نصيب منه، والشركة هي عقد بين اثنين أو أكثر، للقيام بعمل مشترك،⁽⁴⁾ وشاركت فلانا أي صرت شريكه، واشتركنا وتشاركنا في كذا، والاسم الشرك.⁽⁵⁾

3 Bettignies, J. and Ross, Th. "The Economics of Public-Private Partnerships", Canadian Public Policy- Analyse de Politiques, 2004, Vol. xxx, No.2

Briefing Positively Public "Overview of Public Private Partnerships in the UK", London: The UK. 2005

4 المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، 2001، ص 341.

5 لسان العرب لابن منظور (محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل)، طبعة دار صادر، ط 3، بيروت، 1414هـ، ص 448.

وعقد المشاركة هو نمط حديث من العقود التي تبرمها جهة الإدارة مع القطاع الخاص، وذلك لتأمين خدمات عامة يقدمها ذلك القطاع بدلاً من الدولة، بهدف رفع العبء عن الموازنة العامة لها.⁽⁶⁾

ويرمز لهذا العقد باللغة الإنجليزية بالحروف PPP، وهي اختصار لـ Private Public Partnership، بمعنى المشاركة بين القطاعين العام والخاص، ويطلق عليها في اللغة الفرنسية les contrats de partenariat ، أي عقود الشراكة.

(2) في الاصطلاح:

أ - الشراكة هي أحد أهم وأحدث أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص، والتي يمكن للقطاع العام من خلالها إقامة المشروعات الضخمة وتوفير السلع والخدمات العامة، من خلال مساهمة القطاع الخاص في ذلك، عن طريق ما يسمى بعقود الشراكة أو المشاركة التي يبرمها معه.

وتعرفها الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية في مصر بأنها (علاقة تعاقدية طويلة الأجل بين الجهات الإدارية بالدولة والقطاع الخاص، تهدف إلى قيام القطاع الخاص بتقديم خدمات، أو تنفيذ مشروعات كانت أجهزة الدولة منوطة بتنفيذها، وذلك دون الإخلال بدور الحكومة في النهوض بالخدمات والمشروعات العامة والإشراف عليها، ولكن فقط من خلال نظام مختلف للتعاقد وتقديم الخدمة).⁽⁷⁾

فالشراكة تقوم على تقديم الخدمات العامة، من خلال قيام الدولة بالتعاقد مع شركات القطاع الخاص، لبناء وتمويل وتشغيل البنية الأساسية لتلك الخدمات، ثم أيلولة أصول تلك البنية الأساسية إلى ملكية الدولة، في نهاية مدة التعاقد.⁽⁸⁾

وتعرفها دائرة المالية بحكومة دبي، في دراسة لها، بأنها (أحد أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص، يتم من خلالها وضع ترتيبات يستطيع بمقتضاها القطاع العام توفير السلع والخدمات العامة والاجتماعية، من خلال السماح للقطاع الخاص بتقديمها، بدلا من أن يقدمها القطاع العام بنفسه، أي بصورة مباشرة، وبشكل أكثر تحديداً فإن

6 د. لبانة مشوح "الترجمة والتنمية الفكرية - القطاع الإداري نموذجاً"، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، العدد الثالث والرابع، 2011، ص 793.

7 راجع الدراسة التي أعدتها الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، وعنوانها "الجديد عن البرنامج القومي للشراكة مع القطاع الخاص"، يونيو 2009، ص 6.

8 البرنامج القومي لشراكة القطاع العام والخاص، والذي أعدته الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، فبراير 2007، ص 9.

المفهوم يشير إلى السيناريوهات التي بمقتضاها يكون للقطاع الخاص دور أكبر في تخطيط وتمويل وتصميم وبناء وتشغيل وصيانة الخدمات العامة.⁽⁹⁾

ويعرفها البعض بأنها "أوجه التفاعل والتعاون العديدة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بتوظيف إمكانياتها البشرية والمالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية، على أساس من المشاركة والالتزام بالأهداف، وحرية الاختيار، والمسئولية المشتركة والمساءلة، من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع، ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتها، حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة، وتحقيق وضع تنافسي أفضل".⁽¹⁰⁾

ويمكن، من جانبنا أن نعرف الشراكة بأنها (شكل من أشكال التعاون تعهد فيه الدولة إلى شخص خاص بالقيام بمهمة معينة، تتمثل في إنشاء مرفق عام، عن طريق قيامه بتصميم ذلك المرفق، وتمويل إنشائه، كلياً أو جزئياً، وإنجازه، واستغلاله، ثم نقل ملكيته للدولة، أو إعادة تنظيم وصيانة واستغلال منشأة أو بنية تحتية لازمة لتقديم خدمة عامة، وذلك عن طريق عقد إداري محدد المدة يسمى بعقد الشراكة".

ومشروعات الشراكة هي إطار شكلي لعقود نافذة قانوناً مع القطاع الخاص، تتطلب ضخ استثمارات جديدة من جانبه، ومن شأن هذه العقود نقل المخاطر الرئيسية المتعلقة بالتصميم والتمويل والبناء والتشغيل إلى القطاع الخاص، مقابل سداد الدولة مقابل إتاحة الخدمة.⁽¹¹⁾

ب- أما عقد الشراكة فقد عرفه المشرع الفرنسي، في المرسوم بقانون رقم 559-2004، المعدل بالقانون رقم 179-2009،⁽¹²⁾ بأنه عقد إداري تعهد بمقتضاه الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة لأحد أشخاص القانون الخاص، خلال مدة يتم تحديدها وفقاً لطبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، للقيام بمهمة شاملة تتمثل في أعمال إنشاء أو تطوير أو صيانة أو استغلال أو إدارة مشروعات أو تقديم خدمات أو تمويل استثمار خاص بأعمال وتجهيزات لازمة لمرفق عام، وذلك مقابل مبالغ مالية تلزم بدفعها جهة الإدارة، على دفعات، طوال مدة العقد، بحيث يشترك القطاعان الحكومي والخاص في العمل معاً، لتحقيق ذلك،

9 راجع الدراسة التي أعدها إدارة الدراسات الاقتصادية والمالية، التابعة لدائرة المالية بحكومة دبي وعنوانها "الشراكة بين القطاع العام (الحكومة) والقطاع الخاص"، إبريل 2010، ص 4.

10 عفيف علاء الدين الرئيس "من الهيمنة إلى المنافسة: القطاع العام والخاص"، مقال منشور بجريدة الصباح، 2009، منشور على موقع www.alsabaah.com.

11 د. هاني عرفات صبحي حمدان "النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص - دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2017، ص 41.

12 هذا النص ألغي بموجب المرسوم رقم 899-2015.

خاصة في المشروعات الخاصة بالبنية الأساسية.⁽¹³⁾

ويعرفه البعض من الفقه الفرنسي بأنه "شكل من أشكال التعاون بين القطاع الحكومي والقطاع الخاص، بهدف تمويل وإنشاء بنية أساسية أو مرفق عام، أو تجديده، أو إدارته وصيانته".⁽¹⁴⁾

ويعرفه البعض الآخر بأنه "عقد مركب طويل الأمد، وموضوعه إنجاز مهمة من مهام المرفق العام، تأسيساً على مبدأ اقتسام المخاطر والمسؤوليات".⁽¹⁵⁾

ج- الفرق بين الشراكة مع القطاع الخاص والخصخصة:

تعد مشروعات الشراكة بمثابة علاقة تعاقدية طويلة الأجل بين الجهات الإدارية بالدولة والقطاع الخاص. ويعتمد الإطار التنفيذي لتطبيق برنامج الشراكة مع القطاع الخاص على عقد يقوم بمقتضاه القطاع الخاص بتنفيذ تلك المشروعات عن طريق قيامه بعدة أدوار، تشمل التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والإدارة والصيانة على أن تقوم الجهة الإدارية بسداد مقابل تلك الخدمات.

وطبقاً لعقود الشراكة في جمهورية مصر العربية تحتفظ الحكومة بالسيطرة الاستراتيجية على تلك الخدمات العامة، وتضمن تنفيذ مشروعات بنية أساسية جديدة، تؤول ملكيتها إلى الدولة، في نهاية فترة التعاقد، وتوزع مخاطر تلك المشروعات على الطرف الأقدر على إدارة وتحمل تلك المخاطر.

أما الخصخصة فهي بيع الأصول وأعمال الخدمة العامة إلى القطاع الخاص. وتهدف الخصخصة إلى تحسين الكفاءة الاقتصادية، من خلال الاعتماد على آليات السوق، وتخفيف الأعباء المالية للدولة التي تسببها شركات القطاع العام الخاسرة، وتطوير الأسواق المالية، وتوسيع قاعدة الملكية.⁽¹⁶⁾

13 النص الفرنسي:

Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public - de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital

Brenet F. et Melleray F. "Les contrats de partenariat de l'ordonnance de 17 juin 2004, une nouvelle espèce de contrats administratifs", Lexis Nexis, Litrec, Paris, 2005, p. 70

Salah eldin Camal "le patinerait public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit", thèse, Aix Marseille 3, 2010, p. 179

16 الصفحة الخاصة بالوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص بوزارة المالية على شبكة الإنترنت، على الرابط:

د- الفرق بين المشاركة والشراكة:

يفرق البعض بين مصطلحي المشاركة والشراكة، فيرى أن للمشاركة مفهوماً يعتمد في جوهره على تفعيل دور المجتمع المحلي في إنجاز مهام تنموية لمجتمعهم، وذلك من خلال مشاركتهم في تحديد الاحتياجات، وضبط الأهداف، دون الدخول في أعمال التمويل الذي تتحمله الحكومة المحلية أو الدولة.

أما الشراكة فهي أسلوب علمي يركز على عنصر المشاركة، ولكن من خلال وجود عناصر المخاطرة المالية بين الأطراف المشاركة في تنفيذ مشروع تنموي محدد، وعلى ذلك يظهر الفرق بين الشراكة والمشاركة، حيث أن كل مشاركة لا تستلزم شراكة، بينما كل شراكة تستلزم مشاركة.⁽¹⁷⁾

ويلاحظ أن المشرع المصري يستخدم مصطلح "المشاركة"، في القانون رقم 67 لسنة 2010، بينما يستخدم المشرع الإماراتي في إمارة دبي، في القانون رقم 22 لسنة 2015، مصطلح "الشراكة". والحقيقة أنه لا فرق بين المصطلحين، لغة أو اصطلاحاً، فهما مترادفان، والعبرة بما يعنيه المشرع عند تنظيمه لذلك النوع من العقود، وإن كنا نفضل المصطلح الذي استخدمه المشرع في دبي، وهو "الشراكة"، لأنه يعبر عن خصوصية هذه العلاقة بين القطاعين العام والخاص بشكل متميز، بعكس مصطلح "المشاركة" الذي نراه لفظاً شائعاً يطلق على كل أشكال المشاركات، سواء في المجال الاقتصادي أو غيره، وسواء بين الحكومة والقطاع الخاص أو بين هيئات تابعة للحكومة، أو هيئات تابعة للقطاع الخاص.

الفرع الثاني أهمية الشراكة ومقوماتها

أصبحت الشراكة بين القطاعين العام والخاص ظاهرة عالمية مهيمنة خلال السنوات العشر الأخيرة، نتيجة لعدم كفاية الاستثمارات الحكومية، والضغوط المتزايدة على الميزانيات الحكومية، وعدم كفاءة الخدمات التي تقدمها المؤسسات والوكالات الحكومية، ومحدودية الموارد البشرية والتكنولوجية لدى القطاع الحكومي،⁽¹⁸⁾ مما ينعكس على قدرة

www.pppcentralunit.mof.gov.eg

17 أحمد هاشم سماحة "نحو إدارة حضرية فعالة في مصر: الخوصصة في إطار مشروعات البنية الأساسية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣.

Arnstein, S. "A Leader of Citizen Participation", AIP Journal 1969, p. 215-224

18 ورقة عمل رقم 1 بعنوان "رؤية تطويرية لتعزيز الدور التنموي للشراكات بين القطاعين العام والخاص بالسودان"،

الحكومة لخلق تنمية مستدامة بمفردها.

وتتميز عقود الشراكة بأنها توفر آلية تعاقدية ومالية متوازنة لإنشاء المشروعات العملاقة، ولها أثر كبير في تحقيق التنمية الاقتصادية، دون أن تحمل الخزنة العامة أعباء مالية ضخمة، فالقطاع الخاص يقوم بإنشاء تلك المشروعات وتمويلها وإدارتها وصيانتها، طوال مدة عقد الشراكة، ثم ينقل ملكيتها في نهايته للدولة.

ولذلك أصبحت الشراكة مع القطاع الخاص مطلباً شعبياً لإقامة مشروعات البنية التحتية حول العالم، فالدول تلجأ إليها عندما بسبب عجز ميزانيتها، والحاجة إلى مشروعات ذات تكلفة عالية، والرغبة في الاستفادة من القطاع الخاص لمساندة القطاع الحكومي، والرغبة في الحفاظ على تلك المشروعات عند وجود قيود على التمويل الحكومي.⁽¹⁹⁾

أولاً: المزايا التي تحققها المشاركة بين القطاعين العام والخاص:

تحقق الشراكة مع القطاع الخاص للدولة وشريكها الخاص والمواطنين مجموعة من الفوائد، من أهمها:

(1) بالنسبة للحكومة

تساعد الشراكة على معالجة قصور التمويل الحكومي الذي لا يستطيع تغطية كل المشاريع الأساسية،⁽²⁰⁾ كما تساعد على تخفيض التكاليف المالية في مجالي إنشاء المشروعات الرأسمالية وتشغيل الخدمات وصيانتها، حيث يمكن للحكومة، في ظل الشراكة، وعن طريق دمج التصميم والتركيب في نفس العقد، توفير كثير من تكاليف كل منهما، بل وإنجازهما بصورة أفضل.⁽²¹⁾

ويضاف إلى ذلك أن الشراكة تمكن الحكومة من اقتسام المخاطر مع الشريك الخاص، والتي قد تتمثل في زيادة التكاليف، أو عدم القدرة على الوفاء بجدول أو مواعيد تسليم الخدمات، أو عدم كفاية الإيرادات لدفع التكاليف التشغيلية والرأسمالية.

وتساعد الشراكة الحكومة على تنفيذ المشروعات ذات الأولوية بسرعة، رغم ارتفاع

برنامج عمل قطاع الشراكات بالدائرة، سودان فاونديشن، مارس 2015، ص 2 وما بعدها.

19 Adopting the Public Private Partnerships Model and its role in attracting Foreign Direct Investment, White Paper from PwC and Dubai Investment Development Agency, (DUBAI FDI), January 2016.

20 حياة متولي بدوي. البحث سابق الذكر.

21 دليل الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المملكة العربية السعودية، ص 23.

تكاليفها، عن طريق الاستعانة بالقطاع الخاص في تنفيذها، والاستعانة بالخبرة الإدارية المتطورة له في إدارة البرامج المعقدة والكبيرة، والاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة التي توفرها وحداته.

ومن أهم تلك المشروعات ما يتعلق بإنشاء وتطوير بنى تحتية قوية في الدولة، مثل الكهرباء والمياه والاتصالات والطرق وغيرها، وهناك علاقة وثيقة بين تحقيق النمو الاقتصادي ووجود تلك البنى التحتية، فالنقص فيها، أو قلة كفاءتها، يعيق بلا شك تحقيق النمو الاقتصادي المأمول.

وعلى العكس إذا كانت هناك بنى تحتية قوية فإن ذلك يساعد كثيراً على خلق فرص عمل، ويشجع الاستثمارات المحلية والأجنبية، ويؤدي إلى زيادة الإنتاج، وهو ما يعنى تحقيق نمو اقتصادي حقيقي، بالإضافة إلى تحقيق تحسين المستوى المعيشي، من خلال تيسير الحصول على الخدمات الاجتماعية، مثل الصحة والتعليم.⁽²²⁾

ولذلك فإن للشراكة أهميتها الخاصة في الدول النامية، نظراً لدورها في تهيئة البيئة المادية لإقامة المشروعات العامة والخدمية، فمن الثابت أنه لا يمكن بناء اقتصاد قوي، دون توافر بنية تحتية متينة.

ولذلك تتجه مؤسسات التمويل الدولية نحو تشجيع القطاع الخاص نحو الشراكة، في ظل التوجهات الليبرالية لبرامج الإصلاح الاقتصادي، وتحث الدول على التوسع في تطبيق النماذج المختلفة لها، وخاصة في توفير الخدمات الأساسية.⁽²³⁾

فالشراكة تساعد الحكومة على تخفيض تكلفة تقديم تلك الخدمات، حيث يسمح نظامها بالتعاقد مع صاحب العطاء الأقل تكلفة والأكثر كفاءة في تقديم الخدمة. بالإضافة إلى التزام القطاع الخاص بتوفير الخدمة أو القيام بالتجهيزات في المواعيد الزمنية المتفق عليها في العقود، خوفاً من تحمل غرامات التأخير.⁽²⁴⁾

ولما كان للشراكة أثر كبير في جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، فإن ذلك بدوره يسهم في نقل التكنولوجيا الحديثة، وتنشيط سوق المال المحلي، من خلال إصدار أوراق مالية جديدة، وإنشاء صندوق للاستثمار في البنية الأساسية، بالإضافة إلى توسيع الملكية الخاصة، والتوجه نحو اقتصاديات السوق، وكل هذه العوامل تعد متغيرات حاسمة في

22 راجع: برنامج عمل قطاع الشركات بالسودان، سبقت الإشارة إليها، ص 3.

23 محمد متولي دكوري. بحثه سالف الذكر، ص 9.

24 C. Ugaz "Approaches to Basic Service Delivery: Privatization, Decentralization and Equity", paper prepared for a workshop on New Approaches to Decentralized Service Delivery, Chile, 2003, p.10

عملية التنمية.⁽²⁵⁾

(2) بالنسبة للمشروعات والخدمات المقدمة للجمهور

تساعد الشراكة على تحقيق المصلحة العامة، حيث يستفيد المواطنون كثيراً عندما تتكامل جهود وخبرات الجهات الحكومية مع جهود وأموال الشريك الخاص، لتقديم الخدمات للجمهور.

فتؤدي الشراكة إلى تحسين مستويات تلك الخدمات، أو على الأقل الحفاظ على المستويات الحالية لها، فهي يمكن أن تساهم في الإبداع في تنظيم تأدية تلك الخدمات، أو إدخال تقنيات جديدة لتحسين جودتها.

كما يمكن عن طريق الشراكة تحقيق الكفاءة المطلوبة في تنفيذ المشروعات الكبيرة، وفي تشغيلها، وذلك من خلال قيام القطاع الخاص بأنشطة مختلفة، مثل تصميم المشروع وإنشائه، ومن خلال المرونة في عملية التعاقد وشراء مستلزمات إنشائه وتشغيله، فالقطاع الخاص يتابع أعماله وأمواله بصورة أكثر فاعلية، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى رفع كفاءتها،⁽²⁶⁾ ويعود بالنفع على جمهور المنتفعين بتلك المشروعات.

(3) بالنسبة للشريك الخاص

تحقق الشراكة فوائد للشريك الخاص، حيث تمنحه فرصة للإبداع، ولتنويع أنشطته، وزيادة دخله، وظهور أسواق جديدة له، واكتساب خبرات واسعة. كما تضمن الشراكة لذلك الشريك الدخول في مشروعات طويلة الأجل تحقق له عائداً مرتفعاً، مقارنةً بغيرها من العقود التقليدية، حيث تسمح له بفرض رسوم على الخدمات التي يقدمها للأفراد، فلا يعتمد على الحكومة في ذلك الشأن.

ثانياً: مقومات الشراكة الناجحة

حتى تحقق الشراكة كل هذه المميزات لابد أن يتوافر لها من المقومات ما يجعل منها شراكة ناجحة.

25 حياة متولي بدوي. البحث سابق الذكر.

راجع أيضاً في تفصيل ذلك: ورقة عمل أعدها مجلس دبي الاقتصادي بعنوان "الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأهميتها لاقتصاد دبي"، بتاريخ الثاني من أكتوبر 2016، منشورة على صفحة المجلس على شبكة الإنترنت.

26 دليل الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المملكة العربية السعودية، ص 23، وكذلك: حياة متولي بدوي. البحث سابق الذكر.

ومن أهم تلك المقومات ما يلي:⁽²⁷⁾

- (1) التوازن النسبي لقوة الأطراف المشاركة، ووجود حد أدنى من الثقة المتبادلة بينهما.
- (2) وجود مصالح مشتركة بين الأطراف المشاركة تتحقق عن طريق العمل المشترك بينهما.
- (3) وجود صيغة تنظيمية للشراكة تحدد طبيعة العلاقات التبادلية بين الطرفين، والفوائد التي تعود على كل منهم.
- (4) مراعاة أن تأخذ عملية الشراكة بوجهات النظر المختلفة لأطرافها، وأن تراعي متطلبات فئات المجتمع المختلفة.
- (5) مراعاة أن تعمل الشراكة على زيادة الثقة بين الشركاء، وتحقيق التعاون بينهم، وتقليل التعارض أو التضارب بين مصالح كل منه.
- (6) مراعاة أن يكون للشراكة تأثير فعال في الحد من مشاكل المجتمع، وتشجيع النمو الاقتصادي، وحماية البيئة العمرانية.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الشراكة والمبادئ العامة التي تنظمها

نتناول في هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، وهل يعد من العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أم له طبيعة مختلفة. ثم نتناول أهم المبادئ العامة التي تنظم تلك العقود.

وذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لعقود الشراكة

يعد عقد الشراكة أكثر تعقيدا من عقود المقاوله المعتادة، أو عقود توريد وتركيب كل المعدات والآلات وجميع المستلزمات الخاصة بمشروع معين، فهو يشمل تصميم

Abbott, J., "Sharing the city: Community Participation in Urban Management", London: Earthscan 27
Publication, 1996, p. 55

وتمويل وتشغيل وصيانة تلك المشروعات، لفترة قد تصل إلى ثلاثين عاما، مع ضمان تسليمها في نهاية تلك الفترة، وبكفاءة تشغيلية عالية.

وهذا الدور يتم من خلال ترتيبات تعاقدية بين الحكومة والقطاع الخاص في مشروعات معينة يتم بناء عليها قيام القطاع الخاص بإمداد الحكومة بالأصول والخدمات، والتي من المعتاد أن يقدمها القطاع العام.

وهذه الترتيبات قد تشمل الصورة المبسطة لتوريد المدخلات أو صور التعاقد الخارجي المختلفة، وقد تمتد تلك الترتيبات لتشمل أيضا نقل أو المشاركة في الإدارة، أو في عملية صنع القرار، أو تبادل المعلومات والتنسيق، وقد تصل إلى قيام القطاع الخاص بتوفير السلعة بمفرده في السوق، وهو ما يطلق عليه "الخصخصة"⁽²⁸⁾

وتتعدى عملية الشراكة العلاقة التقليدية بين القطاع العام والخاص، والتي يقوم فيها الأخير بتوريد المدخلات التي يحددها القطاع العام، إلى مشاركة القطاعين العام والخاص في تحمل المخاطر وفي صنع القرار.⁽²⁹⁾

• الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة:

لا تشكل الطبيعة القانونية لعقود الشراكة مشكلة في النظام القانوني الفرنسي، حيث أنه يعتبرها من قبيل العقود الإدارية المسماة، فقد نص المشرع الفرنسي صراحة، في المادة الأولى من المرسوم رقم 559-2004، على اعتبارها من العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن عقود الأشغال والتوريد والالتزام.

ويهدف المشرع الفرنسي من ذلك إلى حل مشكلة التناقض بين مصالح الشريك الخاص في تحقيق الربح وخفض النفقات، وبين هدف الجهة الحكومية المتعاقدة في تحقيق المصلحة العامة من إبرام ذلك العقد.⁽³⁰⁾

وعلى خلاف ذلك لم يحدد المشرع المصري ونظيره في دبي، بشكل صريح، الطبيعة القانونية لعقود المشاركة، فكان لزاما على الفقه أن يقوم بهذه المهمة.

ويرى جانب كبير من الفقه - بحق - أن عقد الشراكة يعد من العقود الإدارية، باعتبار أن نظام المشاركة هو صورة حديثة لعقد الالتزام، فهذا النوع من العقود معروف في كثير من

J. Bettignies & Th. Ross "op. cit.", p. 54 28

J. Bettignies & Th. Ross, op. cit., p. 55 29

30 د. أحمد سيد أحمد محمود "التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، بحوث وأوراق عمل ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها"، والتي عقدت في مدينة شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011، ص 61.

الدول على أنها عقود التزام المرافق العامة.⁽³¹⁾

فمن المعروف أنه يشترط في العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يرتبط بمرفق عام، وأن يحتوي على سلطات استثنائية لجهة الإدارة، ولما كانت تلك الشروط متوافرة في عقد الشراكة، فإنه يعد من العقود الإدارية.⁽³²⁾

ذلك أن الجهة الإدارية هي أحد أطراف ذلك العقد بالفعل، فهو ينظم شراكة بينها وبين القطاع الخاص. كما أن الموضوع الأساسي لذلك العقد هو إنشاء أو تطوير مرفق عام وتسييره، ولذلك يكون من الصعب أن يخضع للقواعد العامة للعقود في القانون الخاص، على أساس أن في ذلك إخلال بالمصلحة العامة للمرفق، وهو ما قد يؤدي إلى توقف المرفق عن أداء الخدمة المنوط به أداؤها.⁽³³⁾

كما أن هذا النوع من العقود تتوافر فيه كافة الشروط الأخرى المطلوبة في العقود الإدارية، بالإضافة إلى أنه يتعلق بمرفق عام، فإن أحد أطرافه هو شخص من أشخاص القانون العام، كما أنه يتضمن شروطاً استثنائية غير موجودة في العقود الخاصة.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا تعارض بين طبيعة هذا العقد والتوسع في الشروط التعاقدية فيه، والتي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك لأن هناك شروط أخرى لاثية يجوز للجهة الإدارية تعديلها بإرادتها المنفردة، فالهدف من التوسع في تلك الشروط

31 راجع على سبيل المثال :

Olivier Fille Lambie "A aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA", R.D.A.I, 2001, p. 925 et s

Marc Frilet "Le projet ILMENITE a fort Dauphin Madagascar- Recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique", Article, R.D.A.I., 1999, p. 621

32 راجع:

د. عمرو جمال الدين "بعض الأبعاد القانونية لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية"، بحث مقدم إلى الدورة التدريبية التي نظمتها وزارة المالية المصرية بالاشتراك مع البنك الإسلامي، في الفترة من 20 - 24 يناير 2002، مجموعة أعمال الدورة، ص 11.

د. هاني عرفات صبحي حمدان، المرجع السابق، ص 50 وما بعدها.

د. شعبان أحمد رمضان "مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسئولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري"، دار النهضة العربية، 2016، ص 36 وما بعدها.

33 راجع في ذلك:

د. عمرو أحمد حسبو "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت"، دار النهضة العربية، 2001، ص 123.

د. محمد عبد المجيد إسماعيل "عقود الأشغال الدولية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنى سويف، 2000، ص 49.

التعاقدية هو تشجيع المستثمرين على التعاقد مع الحكومة واستثمار أموالهم بها.⁽³⁴⁾ ومما يؤيد الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك عدة صلاحيات في مواجهة المتعاقد معها، تقررها النصوص القانونية صراحة، ولا تتقرر تلك الصلاحيات إلا في العقود الإدارية.

ومن هذه الصلاحيات حق الجهة الإدارية المتعاقدة في الرقابة والإشراف على المتعاقد معها وتوجيهه، أثناء تنفيذ العقد، على خلاف الوضع في العقود الخاصة.

تقرر المادة 5 من قانون الشراكة في مصر حق الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات الرقابية المعنية في متابعة الشريك الخاص، أثناء إنشاء مشروع الشراكة وتجهيزه وتقديمه للخدمات أو المنتجات محل عقد الشراكة، والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ.

فإذا تضمن العقد إسناد التشغيل أو الاستغلال لشركة المشروع فعلى الجهة الإدارية، بالاتفاق مع الشركة، وتحت إشراف الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرفق والخدمات محل التعاقد، تشكيل لجنة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وتقييم تقارير دورية عن ذلك، وعلى شركة المشروع في هذه الحالة أن تقدم للجنة كل ما تطلبه من أوراق ومستندات، وأن تسمح لها بزيارة المواقع التي تطلب زيارتها، والتفتيش عليها في أي وقت.

كما تقرر المادة 10/9 من قانون الشراكة بدبي في ذات الشأن حق الجهة الحكومية في الإشراف على حسن تنفيذ الشريك الخاص لالتزاماته العقدية، واتخاذ التدابير اللازمة والفورية لمعالجة أي إخلال أو تقصير من جانبه، بما يضمن استمرار المشروع في تحقيق أهدافه.

وتقرر المادة 34 من القانون ذاته أن تتولى الجهة الحكومية متابعة مراحل إنشاء المشروع محل عقد الشراكة، وتجهيزه، وتقديمه لخدماته، وذلك للتأكد من قيام الشريك الخاص بتحقيق مستويات الجودة المطلوبة.

ومن هذه الصلاحيات التي لا تتقرر إلا في العقود الإدارية حق الجهة الحكومية في تعديل شروط عقد الشراكة، أو قواعد تشغيله، أو استغلاله، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، دون إخلال بحق الشركة الخاصة في التعويض، إذا ترتب على ذلك أية أضرار.

34 Cherif Khater " Le Contrat de concession de service public ou boot en droit français et égyptien- étude comparé de l'évaluation contemporaine", Paris, 2011, p. 305

وهذا ما تقرره المادة 7 من القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بعقود الشراكة في مصر، والتي تقرّر أن (للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير، وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة، ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض، بحسب الأحوال، طبقاً للأسس والقواعد التي يبينها العقد ...).

كما يقرر المشروع في قانون الشراكة في دبي، في المادة 26 منه، حق الجهة الحكومية في تعديل عقد الشراكة، أو فسخه، على أن يتضمن العقد الأحكام المنظمة لذلك، مع حق الشريك الخاص في التعويض إذا ترتب على ذلك الإضرار به. كما ينص على ذلك الحق مرة أخرى في المادة 30 منه، حيث يجيز للجنة الشراكة، بعد الحصول على موافقة المدير العام أو من يفوضه، تعديل العقد، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك.

ومن هذه الصلاحيات التي تملكها جهة الإدارة، والتي تؤكد الطبيعة الإدارية لعقد الشراكة، أن للجهة الإدارية الحق في التنفيذ المباشر لالتزامات المتعاقد معها في عقد الشراكة، بنفسها، أو عن طريق من تختاره لذلك، وذلك إذا قصر ذلك المتعاقد في أدائها، بما يضر المصلحة العامة، مع عدم التزام الإدارة المتعاقدة باللجوء للقضاء، لاقتضاء حقوقها لدى المتعاقد.⁽³⁵⁾

وفي ذلك تقرّر المادة 9 من قانون الشراكة المصري أن (للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها، أو عن طريق من تختاره لذلك، إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله، إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة، ولم تقم بإصلاح الخلل، ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه، خلال المدة المنصوص عليها في عقود المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك، دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال).

كما يقرر قانون الشراكة بدبي، في المادة 33، ذات الحق، فينص على حق الجهة الإدارية في أن تباشر بنفسها، أو من خلال طرف آخر تختاره، تنفيذ عقد الشراكة، إذا أخل الشريك الخاص إخلالاً جوهرياً بتنفيذ التزاماته، أو عجز عن تحقيق مستويات الجودة المطلوبة. ويتم ذلك بعد إخطار شركة المشروع بجوانب الإخلال والقصور في أدائها، وعدم

35 راجع في شرح هذه الصلاحيات بالتفصيل مؤلفنا "الوجيز في العقود الإدارية - دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والعماني"، كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس، 2009، ص 151 وما بعدها.

قيامها بتصويب أوضاعها خلال المهلة المحددة في الإخطار.

ومن هذه الصلاحيات التي تؤكد الطبيعة الإدارية لعقد الشراكة، أخيراً، حق للجهة الإدارية المتعاقدة في أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة، فتقرر المادة 26 من قانون الشراكة في دبي أن العقد لا بد أن يتضمن تحديد الحالات التي يجوز فيها للإدارة الإنهاء المنفرد للعقد، وتنظيم استرداد المشروع في هذه الحالة، والآثار المترتبة على ذلك.

الفرع الثاني المبادئ العامة للشراكة

تخضع الشراكة مع القطاع الخاص لعدة مبادئ رئيسية تحكمها، سواء كانت تقررها القوانين، أو يجري العمل عليها عند إبرام عقود الشراكة. وتتناول فيما يلي كلا من هذه المبادئ:

(1) مبدأ العلانية والشفافية

يجب أن تتم عملية اختيار الشريك الخاص، في عقود الشراكة، بشكل علني وشفاف، تحقيقاً لمعايير العدالة والمساواة، ولتحقيق المصلحة العامة في عملية الاختيار.

وتعنى الشفافية التنسيق بين الشركاء، من خلال رؤية واضحة للأساليب التي ينتهجها كل شريك، لتنفيذ الأهداف الموضوعية، مع التعامل بصدق ووضوح مع المتغيرات الداخلية والخارجية التي تحدث خلال فترة الشراكة.⁽³⁶⁾

ولذلك تقرر المادة 19/1 من قانون الشراكة المصري أن (يخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة، وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في هذا القانون ولائحته التنفيذية).

كما تقرر المادة 14/أ من قانون الشراكة في دبي في نص مشابه أن (تخضع عملية اختيار الشريك في المشروع لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة والإعلان عن المنافسة وتحقيق مقتضيات المصلحة العامة...).

ويقصد بالعلانية أن يتم اختيار المتعاقد في عقد الشراكة بقدر من الوضوح وعدم

36 أحمد هاشم سماحة، رسالته سألقة الذكر، ص 99.

السرية، وأن تصبح كافة الإجراءات معروفة للكافة، بهدف محاربة الرشوة والفساد.⁽³⁷⁾ وتحقيقاً لتلك العلانية يتطلب المشرع المصري، في الإعلان عن مناقصة اختيار مستشاري الطرح، أو ما يسمى بالتأهيل المسبق، أن يتم على الأقل في صحيفة يومية واسعة الانتشار، وباللغتين العربية والإنجليزية، وعند الاقتضاء في إحدى الصحف أو المطبوعات الأجنبية خارج مصر، وعلى المواقع الإلكترونية للجهة الإدارية والوحدة والهيئة العامة للاستثمار.⁽³⁸⁾

كما يتطلب المشرع في المادة 15 من قانون الشراكة في دبي أن يتم الإعلان عن المشروع وتفاصيله بشكل واضح في وسائل الإعلام المختلفة، وقبل وقت كاف من البدء في العطاء.

(2) مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص

لا شك أن مبدأ المساواة من المقومات الأساسية التي يقوم عليها أي نظام قانوني، باعتباره من المفاهيم التي لا غنى عنها لأي دولة.⁽³⁹⁾

وقد قرر ذلك المبدأ صراحة كل من القانون المصري وقانون دبي، وذلك في المادتين 19/1، 14/أ السابق ذكرهما.

ومن شأن تحقيق ذلك المبدأ أن يؤدي إلى استبعاد المستثمر غير الكفء، واختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معه، بينما في ظل المنافسة غير الحرة يفتح الباب على مصراعيه أمام الفساد، ويلحق بالمرفق العام ضرر جسيم، حيث يسند المشروع إلى شركات لا تتمتع بالكفاءة المطلوبة فنياً أو مالياً.⁽⁴⁰⁾

وجدير بالذكر أن كلاً من القانونين المذكورين يقرران مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص

37 د. عصام البهجي "عقود ال B.O.T. الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 121.

38 راجع اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشراكة، المادة 320

39 وترى المحكمة الدستورية العليا في مصر أن المساواة المقصودة هنا هي المساواة القانونية لا الفعلية، أي المساواة أمام القانون، وقالت أن تلك المساواة ليست حسابية، وإنما هي نسبية غير مطلقة أو جامدة، فيجوز التمييز وفقاً لمقاييس منطقية ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة مع الأغراض المتوخاة من ذلك، وفي حدود ضيقة.

راجع في تفصيل ذلك المستشار الدكتور محمود على أحمد مدني "دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية - دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2016، ص 200 وما بعدها.

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن حكمها في 47 لسنة 17 ق، د، جلسة 4 يناير 1997، وحكمها في القضية رقم 5 لسنة 22 ق، د، جلسة 13 فبراير 2005.

40 د. عصام البهجي. المرجع السابق، ص 120.

على مستويين.

المستوى الأول يتعلق بالمساواة فيما بين المتقدمين بالعطاءات، وذلك عن طريق فتح باب المنافسة أمام كل من يرغب في التقدم بعطاءه، حيث يخضع اختيار المتعاقد مع الإدارة لمبادئ تكافؤ الفرص والمساواة.

ويترتب على هذا المبدأ أن اختيار المتعاقد الخاص يتم في إطار من المنافسة الحرة، ومعناها فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يرغب في الاشتراك في المناقصة، ومعاملة المتنافسين كلهم على قدم المساواة.

ولأهمية هذه المنافسة الحرة فقد قامت الدول المتعاقدة في اتفاقيات الجات، في نوفمبر 1960، بإصدار قرار خاص بترتيبات المشاورات يؤدي إلى الربط بين سياسات المنافسة والتجارة الدولية، ولا يعترف بعرقلة الممارسات التي تقيد حرية المنافسة في التجارة الدولية.⁽⁴¹⁾

وأما عن المستوى الثاني، فهو تحقيق المساواة فيما بين المنتفعين بخدمات أو منتجات المشروع العام، وذلك بإلزام الشريك الخاص بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين بالمنتجات أو الخدمات التي يتيحها المشروع، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة، مع إمكانية تقدير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين الذين تتساوى مراكزهم القانونية، وذلك بعد موافقة السلطة المختصة، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، على أن يكون ذلك وفقاً لقواعد عامة مقررة سلفاً، وبشرط المساواة بين أشخاص كل فئة.⁽⁴²⁾

(3) مبدأ التفاوض التنافسي

يعني أسلوب التفاوض التنافسي دخول جهة الإدارة في مفاوضات مباشرة مع المتقدمين بالعطاءات المقبولة، بحضورهم جميعاً أو بحضور مندوبيهم، حيث تتم عملية مفاوضاتهم بشأن أسعار عطاءاتهم، ابتداء من السعر الأقل المطابق للشروط والمواصفات، فإذا قبل أي من الحاضرين النزول عن هذا السعر يتم مفاوضة الباقيين أيضاً، إذا ما رغب أي منهم النزول عن هذا السعر الأخير، وهكذا حتى يثبت السعر عند حد معين، فتتم الترسية على صاحبه.⁽⁴³⁾

41 د. لينا حسن زكي "قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار"، دار النهضة العربية، 2006، ص 8.

42 المادة 6 من قانون الشراكة المصري والمادة 29 من قانون الشراكة في دبي.

43 مال الله الحمادي " التفاوض التنافسي - الممارسة"، مقال منشور بمجلة الأيام الإلكترونية، البحرين، العدد

ويأخذ قانون الشراكة المصري، في المادة 23 منه، بهذا الأسلوب، فيقرر أن (للجهة الإدارية أن تجري حواراً تنافسياً مع المستثمرين المؤهلين الذين تقدموا بعروضهم غير الملزمة، وذلك بالاشتراك مع الوحدة المركزية للمشاركة، بناءً على موافقة مسبقة، وتحت رعاية اللجنة العليا لشئون المشاركة، بهدف الحصول على إيضاحات بشأن عناصر العطاء الفني والمالي، وتكون هذه الحوارات مع كل صاحب عطاء على حدة. ويجب أن تتم تلك الحوارات في إطار من المساواة بين المستثمرين المؤهلين، ولا يجوز إفشاء سرية ما يدور خلالها من مناقشات أو بيدي من معلومات، وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد وإجراءات إدارة هذه الحوارات).

ويرى البعض - بحق - أن هناك تناقضاً بين عقد لقاءات منفردة مع مقدمي العطاءات وبين أن تطبق قاعدة المساواة بينهم، إذ لا يستقيم عقد لقاءات منفردة مع تحقيق تلك المساواة بينهم.

ونضيف إلى ذلك أن اعتبار هذه اللقاءات سرية يشكك دائماً في تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين، حيث لا يمكن التأكد من تحقيق تلك المساواة من عدمه، عند المفاضلة بين العطاءات التي قاموا بتقديمها.

ويأخذ بذلك المبدأ أيضاً قانون الشراكة في دبي، في المادة 16/أ منه، والتي تقر أنه (يجوز للجهة الحكومية أن تعقد اجتماعات ولقاءات تمهيدية مع الشركاء المؤهلين، لمناقشة الأمور المتعلقة بمواصفات المشروع، وشروطه، وغيرها من المسائل المتعلقة به ...).

ويلاحظ أن هذا النص جاء مقتضياً، بعكس نص التشريع المصري الذي جاء أكثر تفصيلاً، وهو ما ييسر أعمال ذلك الأسلوب بشكل أفضل، وإجراءات واضحة.

(4) توزيع المخاطر

يقصد بالمخاطر تلك الأحداث التي تؤدي إلى جعل الظروف الحقيقية للمشروع تختلف عن تلك المفترضة والمبنية على توقعات تكاليف المشروع. أما توزيع المخاطر فيعني توزيع المسؤوليات عند التعامل مع عواقب كل مخاطرة على أحد أطراف العقد، أو الاتفاق على التعامل مع المخاطرة، من خلال آلية محددة تتضمن تقاسم المخاطر⁽⁴⁴⁾.

8273، الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 2011.

44 دليل الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادر عن برنامج التعاملات الإلكترونية الحكومية، بالمملكة العربية السعودية، بدون تاريخ، ص 10. منشور على الرابط التالي:

وتساهم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إتاحة الفرصة للحكومة في اقتسام مخاطر المشروع مع القطاع الخاص، لكن ذلك يتوقف على حسن تطبيق تلك الشراكة، فسوء تصميمها قد يؤدي إلى تعرض الحكومة لخطر أكبر من المخاطر، نظراً لما تنطوي عليه تلك الشراكات من ترتيبات تعاقدية طويلة الأجل.⁽⁴⁵⁾

والمبدأ الأساسي في شأن تقسيم المخاطر أنه على كل طرف من أطراف التعاقد أن يتحمل المخاطرة التي يكون أكثر قدرة على إدارتها، فعلى القطاع الخاص أن يتحمل مخاطر التصميم التفصيلي للمشروع، وتكلفة الإنشاء وتجاوزات التكلفة، وتكاليف التشغيل والتمويل. كما يتحمل الشريك أيضاً مخاطر تحديد نطاق العمل، بمعنى مدى كفاية حجم المنشأة، وتقسيمها وتخطيطها.⁽⁴⁶⁾

وعلى الحكومة أن تتحمل المخاطر التي تخضع لسيطرتها، ومنها المخاطر السياسية والتنظيمية. وهناك مخاطر أخرى يمكن للحكومة أن تؤثر فيها، ولكنها قد تتحملها وقد لا تتحملها، مثل مخاطر الطلب وسعر الصرف.

وتعد الضمانات الحكومية من أهم ما تتميز به عقود الشراكة، وهي ملزمة لها قانوناً، في حالة وقوع حدث غير مؤكد سبق تحديده بوضوح. وتمثل الضمانات الحكومية أحد أشكال الدعم الحكومي المشروعة لاستثمارات البنية التحتية، وذلك عندما تكون الحكومة في وضع يؤهلها لتوقع المخاطر والسيطرة عليها، وبالتالي التقليل من تكلفتها.

وقد تقل الحاجة إلى الضمانات، مع مرور الوقت، فمن المحتمل انتقال المزيد منها إلى القطاع الخاص، وذلك كلما ازدادت خبرة الحكومة في هذا المجال، وانخفضت أوجه عدم اليقين المحيطة باستخدام هذه الشراكة.

ويتعين على الحكومات التي تسعى إلى فرض نوع من الانضباط بشأن منح هذه الضمانات أن تراعي وضع حدود قصوى على منح تلك الضمانات. كما ينبغي عليها أن تخصص اعتمادات في موازنتها السنوية لتغطية تكلفة المدفوعات المتوقعة للوفاء بالضمانات، للعام التالي.⁽⁴⁷⁾

www.yesser.gov.sa/ar/mechanismsandregulations/regulations

45 برناردين أكيثوبي وريتشارد هيمنج وغيره شوارتز "الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص"، دراسة باللغة العربية، أصدرها صندوق النقد الدولي، ضمن سلسلة قضايا اقتصادية، رقم 40، 2007، ص 11.

46 البرنامج القومي لشراكة القطاعين العام والخاص، صادر عن الوحدة المركزية للشراكة بين القطاعين العام والخاص، بوزارة المالية، الإصدار الثاني، سبتمبر 2007، ص 16 وما بعدها.

47 برناردين أكيثوبي وآخرون، البحث سالف الذكر، ص 12، 13.

(5) الشراكة يجب أن تكون قابلة للتمويل بنكياً بالنسبة للقطاع الخاص

وتعني قابلية مشروع شراكة القطاعين العام والخاص للتمويل بنكياً أن يكون ذلك المشروع كبيراً بدرجة كافية، وجاذباً للاستثمار، ومجاله واسع، وأن يكون هيكل توزيع المخاطر فيه واضحاً وكاملاً، بما يكفي للسماح للمستثمر الخاص بأن يحصل على قروض وثقة ائتمانية للتنفيذ.

كما يجب أن يوفر هيكل العقد حوافز واضحة وجزاءات كافية لاستمرار الشريك الخاص في الأداء، خلال مدة العقد.⁽⁴⁸⁾

ويضاف إلى ذلك أن القطاع الحكومي يلتزم بتقديم وحدات الدفع المطلوبة، خلال مدة التعاقد، ولذلك يجب أن تكون لديه قدرة واضحة على تحمل قيمة المشروع ومدفوعاته. ويجب أخيراً أن يكون لدى الشريك الخاص قدرات إدارية مؤكدة، وقدرة مالية للحصول على قرض بنكي لتمويل المشروع.

(6) التزام كل من طرفي الشراكة بتعهداته

وبعني ذلك أن يتم إنجاز وتنفيذ القرارات التنموية عن طريق الشراكة، وفقاً لمنهجية وأهداف تحدد دور كل شريك، وفي ظل مناخ إداري فعال، يتعهد كل طرف فيه بالالتزام بالدور المحدد له من قبل.⁽⁴⁹⁾

ولضمان ذلك يحق للجهة الإدارية المتعاقدة فرض جزاءات على الشريك الخاص، في حالة إخلاله بأي من التزاماته، كما يحق لها أن تباشر بنفسها أو من خلال طرف آخر تختاره تنفيذ عقد الشراكة إذا أخل ذلك الشريك بتنفيذ التزاماته أو عجز عن تحقيق مستويات الجودة المطلوبة، مع حفظ حقها في التعويض عن ذلك الإخلال.⁽⁵⁰⁾

48 البرنامج القومي لشراكة القطاعين العام والخاص، صادر عن الوحدة المركزية للشراكة بين القطاعين العام والخاص، بوزارة المالية، الإصدار الثاني، سبتمبر 2007، ص 16 وما بعدها.

49 أحمد هاشم سماحة. رسالته سالفة الذكر، ص 98.

50 راجع في ذلك المادة 9 من قانون الشراكة المصري، والمادتين 26، 34 من قانون الشراكة في دبي.

المبحث الثاني

عقود الشراكة في التشريع المصري

تعتبر مصر دولة رائدة في مجال الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث أخذت بها في قطاعات مختلفة، كالتربية والتعليم، والمستشفيات، ومشروعات البنية التحتية الخاصة للنقل، فقد كان لارتفاع عدد السكان أثر كبير على البنية التحتية والاجتماعية في تلك القطاعات وغيرها.

وينظم الشراكة في مصر القانون رقم 67 لسنة 2010⁽⁵¹⁾ ولائحته التنفيذية رقم 238 لسنة 2011.

وتتناول عقود الشراكة في التشريع المصري في مطلبين، كما يلي:

المطلب الأول: الضوابط القانونية للشراكة والجهات المختصة بتنظيمها في مصر

المطلب الثاني: المراحل التي تمر بها الشراكة وأهم مشروعاتها القومية

المطلب الأول

الضوابط القانونية للشراكة والجهات المختصة

بتنظيمها في مصر

وضع القانون المنظم للشراكة في مصر مجموعة من الضوابط القانونية المنظمة لها، كما حدد جهات معينة أسند إليها تنظيم وإبرام عقود الشراكة فيها. وتتناول ذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

الضوابط القانونية العامة للشراكة في مصر

يقرر القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم الشراكة مع القطاع الخاص في مصر عدة ضوابط لتنظيم الشراكة وعقودها، منها ما يتعلق بالجهة الإدارية المتعاقدة والشريك الخاص، ومنها ما يتعلق بموضوع عقد الشراكة، ومنها ما يتعلق بمدة ذلك

51 نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بتاريخ 18 مايو 2010، في العدد رقم 19 مكرراً، السنة 53.

العقد، وبقيته، ومنها ما يتعلق بالموعد الذي يبدأ فيه الشريك الخاص في تقاضي مستحقاته المالية.

ونتناول فيما يلي أهم هذه الضوابط.

(1) فيما يتعلق بالجهة الإدارية المتعاقدة

حددت المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بالشراكة الجهات التي يحق لها إبرام عقود الشراكة، وهي الوزارات والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، والأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديددها قرار من رئيس مجلس الوزراء.

وكان مشروع القانون الذي قدمته الحكومة يضيف إلى ذلك "الأجهزة ذات الموازنة الخاصة"، إلا أن اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية رأت حذف هذه الفقرة، لأن هذا المسمى لم يرد في القانون رقم 35 لسنة 1973 المتعلق بالموازنة العامة للدولة، والتي تقرر المادة 3 منه أن (لا تشمل الموازنة العامة للدولة موازنات الهيئة العامة الاقتصادية وصناديق التمويل ذات الطابع الاقتصادي التي يصدر بتحديددها قرار من رئيس مجلس الوزراء، ويعد بشأنها موازنات مستقلة تقدم من وزير المالية إلى مجلس الوزراء، لإحالتها إلى مجلس الشعب لاعتمادها).⁽⁵²⁾

وتتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات الرقابية، وفقاً لما تقرره المادة 5 من قانون الشراكة المصري، متابعة المشروع، بداية من إنشائه وتجهيزه وحتى تقديم الخدمة أو المنتج منه، والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً.

فإذا كان عقد الشراكة يتضمن إسناد التشغيل أو الاستغلال لشركة المشروع، فعلى الجهة الإدارية، بالاتفاق مع ذلك الشريك، وتحت إشراف الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، تشكيل لجنة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وتقديم تقارير دورية في هذا الشأن.

وتلتزم شركة المشروع في هذه الحالة أن تقدم إلى اللجنة كل ما تطلبه من أوراق أو معلومات أو بيانات لازمة للقيام بعملها، وأن تسمح لها بزيارة مواقع العمل في أي وقت.

كما يحق للجهة الإدارية المتعاقدة، وفقاً لما تقرره المادة 7 من قانون الشراكة،

52 راجع تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية بمجلس الشعب الخاص بمشروع قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص، في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، الفصل التشريعي التاسع، دور الانعقاد الخامس، إبريل 2010، ص 22.

تعديل شروط بناء المشروع أو تجهيزه أو تطويره، أو غير ذلك من الأعمال، أو تعديل مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، الحق في تعديل قواعد تشغيل المشروع أو استغلاله، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة، ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال، وطبقاً للأسس والقواعد التي يبينها العقد.

ويحق أيضاً للجهة الإدارية المتعاقدة، وفقاً لما تقرره المادة 9 من القانون المشار إليه، أن تباشر بنفسها، أو عن طريق من تختاره لذلك، إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله، وذلك إذا أخل الشريك الخاص إخلالاً جوهرياً بالتزاماته في تشغيل المشروع، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة، ولم يقدّم بإصلاح الخلل، ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه، خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك، مع حق الجهة الإدارية في المطالبة بتعويضها عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال.

(2) فيما يتعلق بالشريك الخاص

حدد قانون الشراكة المصري المقصود بالشريك الخاص الذي يمكن أن يتعاقد مع الإدارة في عقد شراكة، في المادة الأولى من مواد إصداره، بأنه الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي الذي تقل نسبة مشاركة المال العام المصري في رأسماله عن عشرين بالمائة، والتحالف بين اثنين أو أكثر من الأشخاص الاعتبارية المصرية أو الأجنبية التي تقل نسبة مساهمة المال العام في عشرين بالمائة.

وعلى ذلك يمكن أن يكون ذلك الشريك فرداً أو شركة، ويمكن أن يكون مصرياً أو أجنبياً أو مشتركاً، بشرط ألا تصل مساهمة المال العام فيه عن نسبة العشرين بالمائة التي يحددها القانون، وذلك حتى لا تتحول المشاركة مع القطاع الخاص إلى مشاركة مع القطاع العام.

ويرى البعض أنه من الأفضل توسيع مفهوم القطاع الخاص، ليشمل الشركات التي يساهم فيها المال العام بنسبة تقل عن خمسين بالمائة، بما يحقق ضماناً في حيادية المرافق الاستراتيجية، نظراً لارتباطها بالأمن القومي، طالما أن القانون وضع آليات لاختيار أفضل المستثمرين ووضع آلية لمراقبة التنفيذ.⁽⁵³⁾

53 د. صافي أحمد قاسم. "الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص"، طبعة دار النهضة العربية، 2016، ص 68.

ولكننا نرى خلافاً لذلك أنه يجب عدم التوسع في مفهوم الشريك الخاص، ليشمل الشركات التي تساهم فيها الحكومة برأسمال يقارب النصف، حتى لا ينقلب الأمر إلى أن نجد أن الحكومة تتعاقد مع نفسها، فتفقد الشراكة مع القطاع الخاص معناها، وتصبح مجرد شكلية خالية من مضمونها.

ويلتزم الشريك الخاص، وفقاً لما تقرره المادة 6 من قانون الشراكة، بكفالة المساواة التامة بين المتفاعين بالمنتجات أو الخدمات التي يقدمها، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة.

واستثناء من ذلك يجوز لذلك الشريك، بعد موافقة السلطة المختصة، تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المتفاعين، وفقاً لقواعد عامة مقررة سلفاً، وبشرط المساواة بين أشخاص تلك الفئة، وبما يحقق المصلحة العامة.

كما يلتزم الشريك الخاص، وفقاً لما تقرره المادة 10، بالمحافظة على الأصول الخاصة بتشغيل المشروع وموجوداته وحقوقه وصيانتها والعناية بها، واستخدامها في الغرض الذي أعدت له.

ويلتزم أيضاً، وفقاً لما تقرره المادة 12 من قانون الشراكة المصري، بأن يعرض على الجهة الإدارية المتعاقدة ما أبرمه من اتفاقات مع المساهمين في شركة المشروع ومشروعات العقود التي يزمع إبرامها مع الغير، بقصد تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد الشراكة.

ويحق للجهة الإدارية، خلال ستين يوماً من تاريخ العرض عليها، أن تعترض على إبرام تلك العقود، في عدة حالات هي:

(أ) إذا ثبت لها أن الغير المزمع التعاقد معه سبق إفلاسه، أو أنه خاضع لإجراءات التصفية.

(ب) إذا ثبت لها أن ذلك الغير سبق الحكم عليه نهائياً، أو على من يمثله قانوناً، بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، في جريمة مخلة بالشرف.

(ج) إذا كان ذلك الغير قد تم شطبه من سجلات الموردين أو المقاولين بالجهة الإدارية المتعاقدة.

(د) إذا كانت هناك اعتبارات للأمن القومي تستلزم ذلك.

وأخيراً يلتزم الشريك الخاص، وفقاً لما تقرره المادة 13، بأن يقدم للجهة الإدارية المتعاقدة تقارير دورية عن أعمال البناء والتجهيز والتطوير والصيانة والتشغيل والاستغلال

التي يقوم بها تنفيذًا للعقد، مع ضمان توافر الاشتراطات البيئية وشروط الصحة والسلامة للعاملين بالمشروع والمنتفعين به.

(3) فيما يتعلق بموضوع عقد الشراكة

بناءً على نصي المادتين 2، 3 من قانون الشراكة المصري، يمكن تحديد الموضوعات التي يجوز أن تكون محلاً لعقد الشراكة فيما يلي:

أ- مشروعات البنية الأساسية:

ومنها مشروعات إنشاء الطرق والجسور والسدود وغيرها من المرافق العامة الأساسية، فيمكن للجهة الإدارية أن تبرم عقد شراكة تعهد فيه للشريك الخاص بتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وإتاحة خدماتها، أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه وتطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للإنتاج، وتقديم الخدمة بانتظام واطراد، طوال فترة التعاقد.

ب - تقديم الخدمات العامة:

حيث يمكن أن يكون موضوع عقد الشراكة مع الشريك الخاص هو تقديم منتج أو خدمة عامة، بداية من إنشاء المرفق الذي يقدم ذلك المنتج أو تلك الخدمة، أو تطوير ذلك المرفق، وتقديم المنتج أو الخدمة بانتظام واطراد، طوال فترة التعاقد، سواء للجهة الإدارية أو لجمهور المنتفعين.

فإذا قدم الشريك الخاص الخدمة للجهة الإدارية، فإنها تتولى تقديمها لجمهور المنتفعين، وفي هذه الحالة يأخذ المقابل المالي للشريك الخاص صورة الثمن، ولا تقوم علاقة مباشرة بين ذلك الشريك وجمهور المنتفعين.

أما إذا قدم الشريك الخاص الخدمة لجمهور المنتفعين مباشرة، وهو ما يشترط فيه موافقة مجلس الوزراء، بناءً على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة، فإنه تنشأ علاقة مباشرة بينه وبينهم، ويأخذ مستحقاته المالية منهم، في شكل رسوم تفرض على متلقي الخدمة، ويقتصر دور الدولة في هذه الحالة على مراقبة تقديم الخدمة، مع احتفاظها بحقها في تعديل تلك الرسوم، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

(4) فيما يتعلق بمدة عقد الشراكة

تختلف مدة العقد حسب موضوعه، فهي تكون مدة طويلة في عقود إنشاء البنية التحتية والإنشاءات العقارية، وتكون قصيرة عادة في العقود التي تتعلق بموضوعات تتطور باستمرار، كالتيكنولوجيا والاتصالات، وفي كل الأحوال يخضع أمر تحديد تلك المدة للتفاوض التنافسي الذي تجريه الجهة الإدارية مع المرشحين للتعاقد.

وقد أوصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري المسماة بالأونسترال بضرورة عدم تمديد مدة عقد المشاركة، إلا في الأحوال الاستثنائية التي يقرها القانون، كأن يكون التأخير في تكملة المشروع لأسباب طارئة غير متوقعة، أو يكون نتيجة لتصرف من جانب الإدارة، أو يكون مد العقد بهدف إعطاء فرصة للشريك الخاص لاسترداد التكاليف التي تحملها، نتيجة تنفيذ متطلبات الجهة الإدارية التي لم يتوقعها عند التعاقد، أو غير ذلك من أسباب تبرر مد المدة.⁽⁵⁴⁾

وقد حدد قانون الشراكة في مصر، في المادة 2 منه، مدة عقد الشراكة، فلم يجز أن تقل عن خمس سنوات، أو تزيد على ثلاثين عاما من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير.

ولم يجز القانون أن يبرم العقد لمدة تزيد على الثلاثين عاما، إلا بموافقة مجلس الوزراء، وبناء على توصية من اللجنة العليا لشئون المشاركة، إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.

لكن المشرع، في المادة 3/3، يجيز أن يتضمن عقد الشراكة تنظيماً لتجديد مدته، أي بالاتفاق بين أطرافه على مدة محددة قابلة للتجديد.

(5) فيما يتعلق بقيمة عقد الشراكة

يشترط قانون الشراكة المصري، في المادة 2، ألا تقل القيمة الإجمالية لعقد الشراكة عن مائة مليون جنيه، ولم يجز لأي سلطة أن تستثني من ذلك أي عقد.

ويرى البعض أنه إذا قلت قيمة العقد عن ذلك فإنه لا يخضع لقانون الشراكة، وإنما يخضع للقانون الذي كان يسبقه،⁽⁵⁵⁾ وهو قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

54 Legislative Recommendations, document No. A/CN.9/458/Add 7, 19 march 1999, p. 3

55 د. صافي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 20.

(6) فيما يتعلق ببدء تقاضي الشريك الخاص المقابل المالي للعقد

يشترط قانون الشراكة المصري، في المادة 2 منه، ألا يبدأ الشريك الخاص في تقاضي أية مستحقات مالية، نظير بيع المنتجات أو ما يقدمه من خدمات متفق عليها إلا بعد أن تصدر الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة.

فلا يستحق ذلك الشريك أية مستحقات إلا إذا كان بناء المنشأة المطلوبة قد اكتمل، وتم تجهيزها بالأجهزة والمعدات اللازمة، ثم تم بالفعل تقديم الخدمة للجمهور، وبمستوى الأداء المتفق عليه في العقد.

وترجع الحكمة من ذلك إلى أن مشروعات الشراكة تحتاج إلى تمويل ضخم يستطيع القطاع الخاص توفيره، بما يتميز به من مرونة، وبما يؤدي لرفع العبء عن كاهل الخزانة العامة.⁽⁵⁶⁾

الفرع الثاني

الجهات المختصة بتنظيم الشراكة في مصر

تختص بتنظيم موضوع الشراكة بين القطاعين العام والخاص في مصر، بالإضافة إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، جهتان هما اللجنة العليا لشئون المشاركة والوحدة المركزية للشراكة.

أولاً: اللجنة العليا لشئون المشاركة

(1) تشكيلها:

تشكل اللجنة العليا لشئون المشاركة، وفقاً للمادة 14 من قانون الشراكة رقم 67 لسنة 2010، برئاسة رئيس مجلس الوزراء، وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية والاستثمار والتنمية الاقتصادية والشئون القانونية والإسكان والمرافق والنقل ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة. ويتولى وزير المالية رئاسة تلك اللجنة، في حالة غياب رئيس مجلس الوزراء.

ولرئيس الوزراء أن يضم من يراه من الوزراء المعنيين إلى عضوية تلك اللجنة. كما

56 د. صافي أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 67.

ينضم لعضويتها الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه، وذلك عند النظر في المشروع واعتماده.

ويصدر بتشكيل اللجنة وبنظام العمل فيها قرار من رئيس مجلس الوزراء، بناء على اقتراح من وزير المالية.

(2) اختصاصاتها:

تختص اللجنة العليا لشئون المشاركة، وفقا لما تقرره المادتان المادة 3، 15 من قانون الشراكة، بما يلي:

- أ- رسم سياسة عامة موحدة للشراكة مع القطاع الخاص، تحدد أطرها العامة وما تهدف إليه وآلياتها والنطاق المستهدف لمشروعاتها.
- ب- الموافقة على تطبيق نظام المشاركة على مشروعات الجهات الإدارية المختلفة، ويتم ذلك بناء على طلب تلك الجهات الإدارية، وتوصية من الوحدة المركزية للمشاركة في شأن تلك المشروعات.
- ج- التوصية بقيام شركة المشروع باستغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية. ويصدر القرار بذلك من مجلس الوزراء.
- د- متابعة توفير المخصصات المالية لضمان الوفاء بالالتزامات المالية الناشئة عن تنفيذ عقود الشراكة.
- هـ- إصدار القواعد والمعايير العامة للمشاركة، واعتماد العقود النموذجية للمشاركة في القطاعات المختلفة.
- و- اعتماد توصية السلطة المختصة بالجهة الإدارية باختيار المتعاقد معها في عقد الشراكة، والموافقة على إبرام العقد.
- ز- إجراء الدراسات واقتراح وسائل توفير وتطوير أدوات السوق اللازمة لتوفير الهيكل التمويلي المناسب لمشروعات الشراكة.
- س- إعداد تقرير سنوي عن نتائج أعمالها، في موعد غايته ثلاثة أشهر من انتهاء السنة المالية، ويشتمل على ما يترتب على عقود المشاركة من أثر مالي على الموازنة العامة للدولة وعلى الدين العام، ويقدم هذا التقرير عن طريق وزير المالية إلى مجلس النواب، عند إحالة قوانين الربط المالي الخاصة بالحساب الختامي للموازنة العامة.

ثانياً: الوحدة المركزية لمشاركة القطاع الخاص

تعد هذه الوحدة هي الواجهة الأساسية للحكومة المصرية للشراكة مع القطاع الخاص، وهي ملحقة بوزارة المالية، وهي مكلفة من جانب الحكومة بالإشراف على سياسة الشراكة وتنفيذها. وتعد مركزاً للخبرة مكلفاً بمهمة تقديم ونشر سياسة الشراكة مع القطاع الخاص، وتطوير الممارسات الخاصة بتنفيذ المشروعات، وهي تلعب دوراً حيوياً في تقديم المشروعات الأولى بالتنفيذ.⁽⁵⁷⁾

(1) تشكيلها:

تعد الوحدة المركزية للمشاركة من الوحدات ذات الطابع الخاص، وفقاً لما تقرره المادة 16 من قانون الشراكة المصري، ويصدر بتشكيلها وتعيين رئيسها قرار من وزير المالية.

وهي تشكل من رئيس بدرجة رئيس قطاع، يعمل تحت الإشراف المباشر لوزير المالية، ونائب له بدرجة مدير إدارة مركزية، وثلاث إدارات مركزية يتبع كلا منها عدد مناسب من الإدارات العامة. ويعمل رئيس الوحدة تحت الإشراف المباشر لوزير المالية.⁽⁵⁸⁾

(2) اختصاصاتها:

تقوم الوحدة المركزية بدور هام وفعال في مجال إبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص، بدءاً من طرح فكرة المشروع، ثم إجراء المناقصة واختيار الشريك، وحتى رقابة تنفيذ أداء المتعاقد، طبقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد.

وهي تقوم أيضاً بدور فعال في تقديم سبل الدعم المختلفة لمشروعات الشراكة، كتقديم الخبرات الفنية والمالية، والاستشارات القانونية للجنة العليا لشئون المشاركة، وكذلك لوحدة المشاركة بالجهات الإدارية، كما تختص برسم ومتابعة إجراءات طرح وإبرام عقود الشراكة، ووضع الأطر العامة اللازمة للتنفيذ، ووضع نماذج لعقود الشراكة، وتقديم المعونة الفنية للوزارات المعنية بطرح تلك المشروعات.

ومن أهم ما تقوم به تلك الوحدة ما يلي:

57 نقلا عن: الصفحة الخاصة بالوحدة المركزية للمشاركة مع القطاع الخاص بوزارة المالية على شبكة الإنترنت، على الرابط: www.pppcentralunit.mof.gov.eg

58 المادة 11 من اللائحة التنفيذية رقم 238 لسنة 2011.

- 1 - وضع سياسة قومية وإطار لتطبيقات الشراكة.
 - 2 - وضع إرشادات عامة حول مشروعات الشراكة، ونظم التنفيذ اللازمة لها في مصر
 - 3 - مساعدة الوزارات المعنية في تحديد مشروعات الشراكة التي تعزم على القيام بها، كجزء من الخطة الخمسية للدولة، والتوصية بها لدى اللجنة العليا لشئون المشاركة، مع تقديم المساعدة الفنية والاستشارية إليها بشأن تطوير تلك المشروعات وسبل تنفيذها.
 - 4 - صياغة وإصدار نماذج مستندات المشروعات وعقود وقوانين الشراكة.
 - 5 - الرقابة على تنفيذ القطاع الخاص المتعاقد للمشروعات المتعاقد عليها، بعد التوقيع على العقد.
 - 6 - التعاون مع الوزارات المعنية والقطاع الخاص ومقدمي الخدمات وأسواق التمويل، في كل ما يخص برنامج الشراكة.
 - 7 - تحديد وحل كافة المشاكل التي قد تعوق نجاح وتطوير برامج مشروعات الشراكة.
 - 8 - العمل كمركز لبناء الكوادر والخبرات عن مشروعات الشراكة في مصر.⁽⁵⁹⁾
 - 9 - الموافقة على قيام الجهة الإدارية بنشر أي إعلان أو مستند خاص بالمشروعات تحت الطرح، بما في ذلك إعلانات إبداء الاهتمام، والدعوة للتأهيل، ومذكرة المعلومات، والدعوة للتقدم للعطاء، وتقرر ذلك المادة 18/2 من قانون الشراكة.
- ومن المهام التي تضطلع بها للوحدة المركزية أنه يقع على عاتقها التأكد من جدوى المشروع محل التعاقد، والحصول على موافقات الموازنة المتعلقة به، وأن اختيار الشريك المتعاقد قد تم في إطار من الشفافية والمنافسة الشريفة.
- وتقوم الوحدة في سبيل ذلك، ووفقا لما تقرره المادة 16 من قانون الشراكة، بإنشاء سجل الكتروني لكل مستندات مشروعات الشراكة، كما تختص بتلقي شكاوى الشريك الخاص، ودراستها، وإعداد الرأي بشأنها تمهيداً لعرضها على اللجنة العليا لشئون المشاركة.
- ولتلك الوحدة حسابات مالية مستقلة تدرج فيها المبالغ المخصصة لها من الدولة، وما تتلقاه من دعم مالي، بالإضافة إلى ما تحصله من الشريك الخاص، لقاء ما تؤديه من خدمات. وتحدد اللجنة العليا النسبة المقررة لذلك المقابل وطريقة سداذه، بحد أقصى 5%. من القيمة الإجمالية للعقد.

59 راجع الدراسة التي أعدتها الوحدة المركزية للشراكة، والتي سبقت الإشارة إليها، ص 20، 21.

وتحدد الوحدة ثمن كراسة الشروط، بالتنسيق مع الجهة الإدارية، على أساس حساب نسبة من المصاريف التقديرية لتكاليف إعداد جميع المستندات الخاصة بالمشروع، وبما لا يجاوز 25% من هذه المصاريف.⁽⁶⁰⁾

ويجوز للجهة الإدارية، بالاتفاق مع الوحدة، إجراء تعديل على كراسة الشروط، قبل الموعد النهائي لتقديم العطاءات، بشرط إتاحة مدة زمنية كافية للمستثمرين المؤهلين لأخذ تلك التعديلات في الاعتبار، عند إعداد عطاءاتهم.⁽⁶¹⁾

ويجوز للسلطة المختصة في الجهة الإدارية، وفقاً للمادة 22 من القانون، بموافقة الوحدة المركزية، أن تصدر قراراً بأن يكون تقديم العطاءات الفنية والمالية على مرحلتين يتم في الأولى تقديم عرض غير ملزم، يحتوي على الخطوط العريضة للعطاءين الفني والمالي، يليه حوار تنافسي. أما في المرحلة الثانية فيتم تقديم العطاءات النهائية التي يتم على أساسها التقييم النهائي.

وتشترك الوحدة المركزية مع الجهة الإدارية، وفقاً للمادة 23 من القانون، في إجراء حوار تنافسي مع المستثمرين المؤهلين الذين تقدموا بعروضهم غير الملزمة، كل منهم على حدة، وذلك بناء على موافقة من اللجنة العليا وتحت رقابتها، بهدف الحصول على إيضاحات بشأن عناصر العطاءين الفني والمالي، ويشترط أن تتم هذه الحوارات في إطار من المساواة بين المستثمرين المؤهلين، مع الحفاظ على سرية ما يتم من مناقشات أو يقدم من معلومات خلال الحوار.

المطلب الثاني

المراحل التي تمر بها الشراكة وأهم مشروعاتها في مصر

حددت الوحدة المركزية للشراكة في مصر عدة مراحل تمر بها عملية إبرام عقود الشراكة. وتتناول في هذا المطلب بيان تلك المراحل، مع الإشارة لأهم المشروعات التي تم تنفيذها عن طريق تلك العقود والصعوبات التي تواجهها.

وتتناول ذلك في فرعين متتاليين.

60 المادة 45/1 من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة المصري.

61 المادة 53/1 من اللائحة التنفيذية.

الفرع الأول

المراحل التي تمر بها الشراكة

قامت الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص بتحديد المراحل والإجراءات التي تتم بها مشروعات الشراكة مع القطاع الخاص. وتتمثل هذه المراحل فيما يلي:⁽⁶²⁾

المرحلة الأولى: البدء في اختيار مشروع الشراكة

وتتكون هذه المرحلة من مجموعة من الإجراءات، تتمثل في قيام الوزارة المعنية باختيار المشروع المرشح لإنجازه عن طريق الشراكة، وقيامها بإعداد ورقة المفاهيم. ثم تقوم الوحدة المركزية للشراكة بمراجعة مستندات المشروع، ثم يصدر بعد ذلك قرار من اللجنة الوزارية للشراكة عن جدوى انتقال المشروع إلى المرحلة الثانية.

المرحلة الثانية: دراسة الجدوى

يتم خلال هذه المرحلة تحليل جدوى المشروع كمشروع شراكة مع القطاع الخاص، حيث يتم الاستعانة بالخبراء في ذلك المجال لتحضير دراسة الجدوى، ثم يتم وضع النطاق النهائي للمشروع، وتحديد مستوى المنتج النهائي، ودراسة جدوى التكلفة على الدولة، وجدوى الإقبال عليه في السوق، وجدواه المالية والمؤسسية، وتقييم وتحديد مخاطره، وتحليلها، وإعداد هيكل توزيع تلك المخاطر، ثم اختيار السوق وتقييم مدى رغبة القطاع الخاص في الاستثمار في المشروع.

ويتم عمل دراسة الجدوى عن طريق الوزارات المختصة ووحدات الشراكة التابعة لها، ثم تقوم الوحدة المركزية للشراكة بمراجعتها.

المرحلة الثالثة: تقييم المخاطر في مشروع الشراكة

وتشمل هذه المرحلة عدة خطوات، تتمثل في قيام وحدة الشراكة التابع للوزارة المختصة بإعداد ما يسمى بالنموذج المالي (للعائد على النقود)، ثم قيام الوحدة المركزية

62 راجع في تفصيل هذه المراحل: الجديد عن برنامج الشراكة مع القطاع الخاص الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص، وزارة المالية، يونيو 2009، ص 32 وما بعدها.

للشراكة بمراجعة الدراسات المقدمة من الوزارة المختصة، ثم تقوم اللجنة الوزارية للشراكة بمراجعة المشروع ومقترحات الوحدة المركزية للشراكة.

ويتم خلال هذه المرحلة إجراء مفاضلة بين تنفيذ المشروع عن طريق الشراكة، أو من خلال الطرح العام المعتاد.

وتعد هذه المفاضلة جزءاً أساسياً من إجراءات الطرح، لأنها تحدد للوزارات المعنية ما إذا كان طرح المشروع للشراكة مع القطاع الخاص سيكون أفضل من طرحه من خلال الطرح العام المعتاد أم لا.

المرحلة الرابعة: إجراءات الطرح والمناقصة

وفي هذه المرحلة تتعاون الوزارة المختصة مع الوحدة المركزية للشراكة ومع القطاع الخاص، لانتهاج من إجراءات المناقصة وطرح المشروع. وتقوم اللجنة المركزية للشراكة بمراجعة الإجراءات والمستندات وتقديم الموافقات المطلوبة في حينها.

ويتم خلال هذه المرحلة إعداد مستندات التأهيل للمناقصة، وتشكيل لجنة التأهيل، واستلام المستندات من الراغبين في التقدم للعرض، وتحضير مسودة لمستندات المناقصة، وفتح غرفة للمعلومات للمؤهلين، وتشكيل لجنة فتح المظاريف ولجنة تقييم العطاءات، وإصدار مستندات المناقصة النهائية، واستلام استفسارات المؤهلين للرد عليها، وعقد اجتماعات لهذا الشأن، واستلام العطاءات النهائية من المؤهلين.

المرحلة الخامسة: اختيار العطاء الفائز

وتتم عملية اختيار العطاء الفائز بعدة خطوات، بدءاً من استلام العروض النهائية، ووصولاً إلى إصدار الإخطار الرسمي والإعلان عنه.

وتبدأ هذه العملية بفتح المظاريف الفنية، وتقييم العروض المقدمة فيها، وإجراء حوار تنافسي بين المتقدمين بالعطاءات، ثم الإعلان عن نتائج تقييم تلك العروض.

ثم بعد ذلك تفتح المظاريف المالية، ويتم تقييم العروض المقدمة فيها، ثم مراجعة النموذج المالي للمقارنة، والمقدم من الوحدة المركزية للشراكة التابعة للوزارة المختصة. وفي النهاية يتم اختيار صاحب العطاء الفائز وإعلانه.

المرحلة السادسة: التوقيع على العقد والإقفال المالي

بعد اختيار صاحب العطاء الفائز، وإعلانه، وبعد الانتهاء من التفاوض معه على عقد الشراكة، والتأكد من أن كافة الالتزامات قد تم تنفيذها من قبل الدولة والقطاع الخاص، تقوم الوزارة المختصة بإبرام ذلك العقد معه، كما تقوم بتوقيع كافة عقود التمويل مع الممولين.

ويجب أن يتضمن عقد الشراكة، وفقا لما تقرره المادة 34 من القانون المصري، عدة بنود، من أهمها:

- 1 - طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات موضوع العقد، والتي يجب على الشريك الخاص تنفيذها.
- 2 - ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقعه، وأحكام نقل الملكية في نهاية العقد.
- 3 - الالتزامات المالية المتبادلة بين طرفي العقد، وعلاقتها بطريقة التمويل.
- 4 - سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقدمها المشروع، وأسس وقواعد تحديدها وتعديلها بالزيادة أو النقصان، وكيفية معالجة معدلات التضخم وتغير سعر الفائدة، إن كان لذلك مقتضى.
- 5 - وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية للمشروع واستغلاله وصيانتته.
- 6 - تنظيم حق الحكومة في تعديل التزامات شركة المشروع، والتعويض عن ذلك.
- 7 - تحديد أسس توزيع المخاطر بين الشركاء، سواء كانت بسبب تعديل القوانين، أو بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو غير ذلك من أسباب.
- 8 - مدة العقد وحالات الإنهاء المبكر، وحقوق الأطراف في هذه الحالات.
- 9 - الحالات التي يحق فيها للإدارة الإنهاء المنفرد للعقد، وما يترتب على ذلك من آثار.
- 10 - تنظيم قواعد استرداد المرفق، في نهاية مدة التعاقد، أو في حالات الإنهاء المبكر أو المنفرد للعقد.

المرحلة السابعة: متابعة أداء ما بعد التعاقد

توضح هذه المرحلة الإجراءات الواجب إتباعها من قبل الوزارات المختصة، للرقابة

على تنفيذ القطاع الخاص للأعمال المتعاقد عليها، خلال مرحلتي البناء والتشغيل، وحتى نهاية التعاقد.

فتقوم الوزارة بتحضير خطة لمتابعة الأداء، وإنشاء لجان للرقابة على الأداء، ثم تمارس هذه الرقابة خلال مرحلتي الإنشاء والتشغيل.

كما تقوم الوزارة ببحث طلبات مراجعة أو إعادة التفاوض على العقد، والإشراف على أي نزاع أثناء التنفيذ، وتستمر في إشرافها على المشروع حتى نهاية مدة العقد ونقل ملكيته.

الفرع الثاني

أهم مشروعات الشراكة في مصر والصعوبات التي تواجهها

رغم وجود عدد لا بأس به من تطبيقات الشراكة في مصر، إلا أنها مازالت لا تترقى لما هو مأمول، وتواجهها العديد من الصعوبات، خاصة في ظل الظروف الاقتصادية السيئة التي تمر بها، والتي تحتم ضرورة الاستعانة بالقطاع الخاص لإعادة تدعيم البنية الأساسية، والمساعدة في تقديم الخدمات للناس، ورفع المعاناة عنهم في ذلك الشأن.

أولاً: الصعوبات التي تواجه الشراكة في مصر

يمكن القول بأن هناك بعض الصعوبات التي تواجه دعم وجذب ومشاركة الاستثمار الخاص في مشروعات الخدمة العامة، أو مشروعات البنية التحتية، وتحد من تلك المشاركة.

ويمكن إجمال هذه الصعوبات في ثلاثة أمور رئيسية:

(1) قصور التنظيم التشريعي في بعض الجوانب رغم أهميتها

ومن هذه الجوانب ما يلي:

أ- عدم تنظيم القانون لكيفية اختيار المستثمر، وتحديد أفضل العروض المقدمة، وعدم وضع أسس تقييم للمشروعات تتفق مع طبيعتها، من النواحي المالية والفنية والتشغيلية، مما يفتح الباب للمحسوبية وغيرها من أوجه الفساد.

ب- في محاولة لمعالجة التشريعات التي تعيق الاستثمار الخاص، في مجال المرافق

العامّة ومشروعات البنية الأساسية، أصدر المشرع قوانين خاصة لتنظيم الاستثمار الخاص، في بعض القطاعات الاقتصادية الخدمية، كقطاع الكهرباء والاتصالات وغيرها، وهو ما أدى إلى تعددية تشريعية غير مبررة، كما أدى إلى مزيد من التعارض بين التشريعات واللوائح السارية.⁽⁶³⁾

(2) الصعوبات المتعلقة بالإطار المؤسسي

وتتمثل أهم هذه الصعوبات فيما يلي:

أ- عدم وجود رؤية استراتيجية موحدة على المستوى المركزي، عند تنظيم الشراكة في تمويل وتشغيل تلك النوعية من المشروعات، وذلك بالإضافة إلى تعدد الجهات المسؤولة عن تنظيم تلك المشاركة، وتعدد الموافقات والتراخيص اللازمة بشكل مبالغ فيه.

ب- افتقار العديد من القطاعات الاقتصادية المعنية إلى الخبرة الفنية والمالية والقانونية اللازمة لطرح تلك المشروعات على المستثمرين، وتنظيم الشراكة. كما تفتقر هذه القطاعات لوجود التخطيط الاستراتيجي لاحتياجاتها وأولوياتها، وجدوى هذه المشروعات من النواحي الاجتماعية والاقتصادية.⁽⁶⁴⁾

ج- ضعف قاعدة المعلومات، حيث تتأثر درجة الشراكة بمدى توافر أو عدم توافر قواعد البيانات، ومدى صحة ودقة هذه البيانات، بالإضافة إلى إمكانية الحصول عليها، حيث يؤدي ذلك مزيد من التنسيق بين الأطراف.⁽⁶⁵⁾

ويقترح البعض أن تقوم الدولة بإنشاء جهاز متخصص يضطلع بتنظيم الشراكة مع القطاع الخاص، يكون من مهامه وضع سياسة عامة لتوحيد الرؤية الاستراتيجية للدولة في ذلك الشأن، بالإضافة إلى إعداد الآليات والكوادر الفنية والمالية والإدارية المتخصصة في تنظيم الشراكة، وتطوير ودعم الإصلاح الهيكلي للمرافق العامة الاقتصادية والمؤسسات المالية.⁽⁶⁶⁾

63 حياة متولى بدوي. بحثها سالف الذكر.

64 حياة متولى بدوي. بحثها سالف الذكر.

65 Baud I.S.A. "Collective an Action, Enablement, and Partnerships, Issues in Urban Development", Vrije University, Netherlands, 2000, p. 14

66 حياة متولى بدوي. بحثها سالف الذكر.

(3) ضعف الثقة والتوجس لدى أفراد الشعب حول التوجه نحو الشراكة

تواجه الشراكة رفضاً شعبياً من البعض، لاختلاط مفهومها مع الخصخصة، والتي انتقدتها الكثيرون، بسبب سوء تطبيقها، كما أن البعض الآخر يعتقد أن تلك الشراكة تعد تهرباً من الحكومة من التزاماتها، وإعطاء الفرصة للقطاع الخاص للتحكم في تقديم الخدمات العامة والأساسية للناس.

والسبب في ذلك هو ضعف الوعي العام لدى أفراد الشعب، والذي يتضح ذلك فيما يلي:

أ- ضعف الوعي العام لدى الناس بأهمية ومزايا الشراكة، وما لها من آثار إيجابية على التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وخاصة في ظل الظروف الاقتصادية السيئة التي تعاني منها الدولة، والتي ازدادت حدتها في السنوات الأخيرة.

ب- اعتقاد الكثيرين أن الشراكة تقتصر فقط على الخصخصة، وهي ذات سمعة سيئة شعبياً، رغم أن هناك farkاً بين مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة وسياسة الخصخصة التي تنتهجها بعض الدول في الوقت الحاضر.

وللتغلب على تلك المشكلة يتعين عمل برنامج تعليمي ودعائي متكامل للتوعية العامة عن الشراكة، ينشر ثقافة عامة لدى الأفراد والمعنيين عنها، بما يجعلهم أكثر تقبلاً وتأييداً لها. مع الوضع في الاعتبار العمل على توعية الأطراف المشاركة والجهات المعنية بالفرص والتهديدات الرئيسية للشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص.

ثانياً: أهم تطبيقات الشراكة في مصر

يعتمد برنامج الشراكة في مصر على إبرام عقد مع القطاع الخاص يقوم بمقتضاه بتقديم خدمات عامة، أو إنشاء أو تجديد بنية أساسية، وما يتطلبه ذلك من تصميم وتمويل وإنشاء وتشغيل وإدارة وصيانة، على أن تقوم الجهة الإدارية أو متلقي الخدمة أو كلاهما معاً بسداد مقابل تلك الخدمات.

ويتم بموجب هذا العقد تحديد متطلبات المشروع من قبل الوزارات المختصة، على أن يقوم القطاع الخاص بتقديم المواصفات اللازمة للوصول إلى هذه المتطلبات.

وتحتفظ الحكومة في عقد الشراكة بالسيطرة الاستراتيجية على الخدمات المطلوبة فيه، كما تضمن تنفيذ مشاريع بنية تحتية جديدة، تؤول ملكيتها إلى الدولة، في نهاية مدة

التعاقد، كما توزع مخاطر المشروع على الطرف الأقدر على إدارة وتحمل تلك المخاطر.⁽⁶⁷⁾ بدأت وزارة الاستثمار في مصر، منذ عام 2006، في تبنى استراتيجية شاملة لتشجيع المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية، مثل المياه والنقل والصحة والتعليم، تتضمن وضع إطار تشريعي ومؤسسي يهدف إلى تيسير سبل تنفيذ تلك المشروعات، عن طريق الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

وقد قامت وزارتا الاستثمار والمالية بإنشاء وحدة مشتركة بمقر وزارة المالية للشراكة، بهدف تقديم الدعم لتلك المشروعات، من خلال الخبرات والمساعدات الفنية ووضع الأطر العامة اللازمة للتنفيذ، ووضع أنماط ونماذج العقود، وتقديم المعونة والاستشارات الفنية للوزارات المعنية بطرح مشروعات البنية الأساسية.

وقد شارك القطاع الخاص في أربعة مجالات رئيسية للبنية الأساسية، وهي الاتصالات، والنقل، والمياه والصرف الصحي، والطاقة، حيث تم تنفيذ عدد كبير من المشروعات بإجمالي تكلفة استثمارية بلغت 15.352 مليار دولار.

(1) في مجال الإسكان

بدأً من أكتوبر عام 2005 تبنت وزارة الإسكان والمحافظات تنفيذ المشروع القومي للإسكان، لإنشاء خمسمائة ألف وحدة سكنية، خلال ست سنوات، من خلال سبعة محاور، من أهمها تنفيذ وحدات سكنية بمساحة ثلاثة وستين متراً مربعاً، وذلك لمحدودي الدخل.

وقد شارك القطاع الخاص بقدر أكبر في إنتاج تلك الوحدات السكنية، فقدمت الحكومة مساحات مختلفة في ثلاثة عشر مدينة،⁽⁶⁸⁾ لبناء ثلاثمائة ألف وحدة سكنية من إجمالي العدد المذكور. وقد تم التعاقد مع بعض الشركات بإنشاء الوحدات السكنية، طبقاً للمخطط العام المعتمد، وطبقاً لبنود التعاقد، على ألا تقل نسبة الإسكان القومي عن خمسين بالمائة من المساحة المبنية، وتنفيذ المرافق الداخلية للمشروع

ومن أهم مميزات الشراكة في هذا المجال أنه أتاح للدولة الاستفادة من السيولة المتوفرة لدي شركات القطاع الخاص، وكذلك الاستفادة من التصميمات المختلفة للمباني ومن الخدمات المقدمة للمستفيدين، والاستفادة من طاقات القطاع الخاص لزيادة معدل

67 راجع الدراسة التي أعدها الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، والتي سبقت الإشارة إليها، ص 7.

68 هذه المدن هي 6 أكتوبر، والشيخ زايد، والشروق، وبدر، والعبور، والعاشر من رمضان، وبرج العرب الجديدة، والسادات، وبنى سويف الجديدة، والمنيا الجديدة، وقنا الجديدة، وأسيوط الجديدة، وأسوان الجديدة.

إنتاج الوحدات السكنية، وسهولة التوزيع الجغرافي لتنفيذ الأعمال، حيث تم تنفيذ الأعمال بواسطة المقاولين الموجودين في المحافظة ذاتها.⁽⁶⁹⁾

بالإضافة إلى ذلك، أطلقت وزارة الإسكان مشروعاً للإسكان الاجتماعي، بدأ تنفيذه بالفعل خلال العام المالي 2013 - 2014، في أماكن متفرقة، سواء علي داخل المحافظات، أو في نطاق مدن المجتمعات العمرانية الجديدة.

وقد وافق مجلس الوزراء، في أغسطس من العام الماضي 2016، على تنفيذ وحدات المشروع بالمحافظات، من خلال الشركات الاستثمارية، نظير تخصيص قطع أراضي بالمدن الجديدة لهذه الشركات، لإقامة مشروعات استثمارية، وفقاً للضوابط التالية:

أ- يتم التعامل مع الشركات التي أثبتت جدية في تعاملها، في معاملات سابقة، حيث يخصص لها قطعة أرض، بنشاط استثماري، توازي في قيمتها تنفيذ عدد العمارات التي سيتم تنفيذها وتسليمها، بحيث تكون مساحة الأرض المخصصة للإسكان الاجتماعي بنسبة لا تقل عن ثلاثين بالمائة من المساحة للمشروع الاستثماري، ويتم تنفيذ وحدات الإسكان الاجتماعي كاملة التشطيب.

ب- يتم تنفيذ المشروع في مدة لا تزيد عن سنتين، ويتم تسليم الوحدات لصندوق الإسكان الاجتماعي، ليقوم بتوزيعها، طبقاً للشروط والقواعد المعتمدة في هذا الشأن.

(2) مشروع الشراكة مع القطاع الخاص لبناء المدارس

ويعد هذا المشروع أحد المشروعات النموذجية الرائدة، حيث قامت من خلاله الهيئة العامة للأبنية التعليمية، بمساعدة فنية من الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص، بدعوة القطاع الخاص للدخول في عمليات شراكة مع القطاع العام، لتصميم وبناء ما يزيد على ثلاثمائة وأربعين مدرسة جديدة في ثمانية عشر محافظة، مقسمة على سبع مجموعات جغرافية، وتجهيزها وصيانتها وتمويلها وإمدادها بالخدمات غير التعليمية، ومنها أعمال الصيانة، والنظافة، ومكافحة الأوبئة، وخدمات الأمن، وذلك لمدة خمسة عشر عاماً، وذلك من خلال مناقصة عالمية تنافسية.

وقد جرى طرح المناقصات الخاصة بهذا المشروع وفقاً للقانون رقم 89 لسنة

69 المهندسة نفيسة محمود هاشم "الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتطوير قطاع الإسكان في جمهورية مصر العربية"، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الإسكان العربي الرابع، تحت عنوان "تفعيل الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، المنعقد على هامش الدورة الـ 33 لمجلس وزراء الإسكان والتعمير العرب، الرياض، المملكة العربية السعودية، في الفترة من 22-20 ديسمبر 2016.

1998، بحيث تم طرح كل مجموعة من المجموعات الجغرافية السبع منفصلة، بما يسمح لشركات القطاع الخاص بالاشتراك في المناقصة الخاصة بمجموعة أو أكثر حسبما يترأى لها.

وقد قامت الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص بتعيين عدد من المستشارين في مجالات مختلفة، لتقديم المساعدة وتيسير عملية إبرام العقود، وتم التعاقد مع مؤسسة التمويل الدولية ((IFC كاستشاري رئيسي للمشروع، بينما تم التعاقد مع وايت اند كيس كاستشاري قانوني للمشروع.

وقد قامت لجنة التأهيل بإجراء تقييم تفصيلي لطلبات المشاركة المبدئية للتقدم بالعطاءات وقامت بإعداد قائمة مختصرة للشركات المؤهلة لتنفيذ المشروع، والتي ضمت ست شركات.

وفي النهاية، فهذه كلها مشروعات عظيمة وتعود بالخير على المجتمع، ونتمنى أن تستمر مسيرة الشراكة بشكل أفضل وأسرع، وأن تركز على المشروعات التي تمس حاجات الناس مباشرة، فتخفف من معاناتهم، وتحقق لهم معيشة أفضل، وتدعم استقرار المجتمع وتطلعه نحو الأفضل.

المبحث الثالث

عقود الشراكة في قانون الشراكة لحكومة دبي

توجهت دبي إلى الشراكة بكل قوة، فأصدرت القانون رقم 22 لسنة 2015، ليكون إطاراً عاماً لها خلال المرحلة القادمة، ويحدد المراحل التي تمر بها تلك الشراكة، وحقوق والتزامات الشريك الخاص. وقد بدأت دبي بالفعل في تطبيق الشراكة بشأن مجموعة من المشروعات الضخمة.

ونستعرض فيما يلي هذه النقاط في مطلبين متتاليين كما يلي:

المطلب الأول: التوجه إلى الشراكة في دبي وأهم مشروعاتها

المطلب الثاني: المراحل التي تمر بها عملية الشراكة وحقوق والتزامات الشريك

الخاص

المطلب الأول

التوجه إلى الشراكة في دبي وأهم مشروعاتها

توجهت إمارة دبي منذ سنوات قليلة لتنفيذ بعض مشروعاتها العملاقة عن طريق الشراكة مع القطاع الخاص، وأصدرت قانوناً منظماً لها، هو القانون رقم 22 لسنة 2015، لوضع الأطر القانونية إبرام تلك العقود.

وتتناول في هذا المطلب ذلك التوجه المحمود للشراكة في دبي، والقانون المنظم لها، مع الإشارة إلى أهم المشروعات التي تنفذ عن طريقها، ومعايير وشروط اعتمادها. وذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

التوجه إلى الشراكة في دبي

نجحت دبي في تحويل نفسها إلى مركز تجاري خارج المنافسة في الشرق الأوسط، فقد جعلت من نفسها بيئة ترحب بالاستثمارات من جميع أنحاء العالم، وذلك بما أنفقته على البنية الأساسية فيها، وما حققتة من بيئة مناسبة للعمل، وأماكن مناسبة للسكنى، وشبكة قوية من الطرق تيسر التواصل بينها وبين غيرها من المدن، بالإضافة إلى وضع خطط لتطوير وتنمية قطاعات معينة مثل السياحة والطيران والتجارة.

وتعزز دبي على زيادة عدد زائريها إلى نحو عشرين مليون زائر، وبناء خمس وثلاثين غرفة فندقية جديدة، بحلول عام 2020، بالإضافة إلى زيادة عدد سكانها، وكل هذا يتطلب مزيداً من الجهد ومزيداً من الإنفاق على البنية التحتية لجعل دبي مركزاً لجذب المستثمرين والسائحين في المنطقة.⁽⁷⁰⁾

وحتى عام 2010 كانت دبي تعتمد في ذلك على الميزانية العامة للدولة، سواء مباشرة عن طريق المنح الحكومية، أو عن طريق الاقتراض مع ضمان الحكومة. وهو ما أثر على اقتصاد الإمارة، وما تنشئه من بنية تحتية، خاصة عندما ضعفت قدرتها على إعادة تمويل القروض، خلال الأزمة المالية، والتي أدت إلى وجود عجز في الميزانية العامة، وانخفاض في الإيرادات، بسبب الركود الاقتصادي العالمي.

Adopting the Public Private Partnerships Model and its role in attracting Foreign Direct Investment, White Paper from PwC and Dubai Investment Development Agency, (DUBAI FDI), January 2016, p. 3

ورغم الأزمة العالمية، خصصت دبي، في ظل خطة الإنفاق المقترحة لعام 2015، ثلاثة عشر بالمائة من الميزانية للإنفاق على البنية التحتية.

وقد بدأت دول مجلس التعاون الخليجي في التعامل مع الآثار الاقتصادية والاجتماعية لانخفاض أسعار النفط، والذي ظهرت آثاره المالية من خلال العجز في الميزانية في كثير من الدول. فقد أعلنت قطر حدوث أول عجز في ميزانيتها منذ خمسة عشر عاماً، بنسبة 4.9% من الناتج المحلي الإجمالي، وتوقع أن يستمر هذا العجز خلال 2017، بنسبة 3.7% من الناتج المحلي.⁽⁷¹⁾

ولذلك تتجه دول مجلس التعاون الخليجي إلى دراسة حلول وآليات المالية معينة لمواجهة هذه المشاكل، كخفض الدعم، وفرض ضرائب.

ومن أهم هذه الحلول التوجه إلى الشراكة مع القطاع الخاص المعروف بـ PPP، ولذلك وعلى مستوى دولة الإمارات أصدرت حكومة دبي قانون الشراكة رقم 22 لسنة 2015، والذي يهدف إلى زيادة استثمارات القطاع الخاص في البنية التحتية وتشجيع زيادة الاستثمار الأجنبي المباشر.

أولاً: توجه دبي نحو الشراكة وإصدار قانون الشراكة رقم 22 لسنة 2015:

يقوم اقتصاد دبي على أساس التنوع الاقتصادي، فهو لا يعتمد على النفط فقط، وإنما يعتمد على تطوير وتنمية العديد من القطاعات، وخاصة القطاعات الخدمية، كالنقل والسياحة والتجارة والاتصالات.

وقد اهتمت حكومة دبي اهتماماً كبيراً بتطوير البنية التحتية، سواء في مجال الطرق أو الجسور أو الأنفاق أو غير ذلك من المشروعات التي ساهمت في تقديم صورة مشرقة للإماره كمدينة عصرية، وفي ترسيخ مكائتها على خريطة العالم.

وقد أخذت دبي توجهاً واضحاً في مجال الشراكة، لاسيما في إطار خطتها الاستراتيجية لعام 2021، وفي إطار المبادرات التي أطلقتها الحكومة خلال الأعوام القليلة الماضية، مثل "الابتكار"، و"الاقتصاد الإسلامي"، و"المدينة الذكية"، و"الحكومة الذكية"، وغيرها، حيث ينطوي كل منها على دور كبير للقطاع الخاص بالمشاركة وتوظيف خبراته وطاقاته وإمكاناته لدعم عملية التنمية. وتعد كل من هيئة الطرق والمواصلات، وبلدية دبي في مقدمة الجهات

Adopting the Public Private Partnerships Model and its role in attracting Foreign Direct Investment, op. cit., p. 4 71

الحكومية التي تبنت نهج الشراكة، وشرعت في تنفيذ العديد من المشروعات الناجحة.⁽⁷²⁾ وقد أصدر حاكم دبي سمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم القانون رقم 22 لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي،⁽⁷³⁾ ليكون الخطوة الأولى نحو اقتصاد يعتمد على مبدأ الشراكة، ويشجع القطاع الخاص على المشاركة في المشاريع التنموية، وزيادة استثماراته فيها، ويتيح للحكومة تنفيذ مشاريعها الاستراتيجية بكفاءة عالية، والاستفادة من طاقات وخبرات ذلك القطاع الخاص.

ويعرف هذا القانون، في المادة 2، الشراكة بأنها علاقة تعاقدية تجمع بين القطاعين العام والخاص، تنشأ وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه وعقد الشراكة، وتهدف إلى تنفيذ المشروع كلياً أو جزئياً، لضمان جودة الخدمات أو تنمية إيرادات الجهة الحكومية أو أي أمر آخر عن طريق الاستفادة من كفاءة القطاع الخاص وإمكاناته المالية والفنية وغيرها).

ويحدد القانون المذكور شروط الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما يحدد السلطة المختصة باعتماد المشاريع، وهي دائرة المالية في دبي.⁽⁷⁴⁾

72 راجع ورقة العمل التي أعدها مجلس دبي الاقتصادي بعنوان "الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأهميتها لاقتصاد دبي"، سبقت الإشارة إليها.

والجدير بالذكر أن حاكم إمارة دبي قد أصدر القانون رقم 3 لسنة 2017، والذي تضمن نقل مهام وصلاحيات "مجلس دبي الاقتصادي" التي نص عليها القانون رقم 28 لسنة 2007 إلى دائرة التنمية الاقتصادية، لتحل الدائرة محل المجلس، بما له من حقوق وما عليه من التزامات.

73 نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية، العدد 390، السنة 49، بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

74 دائرة الرقابة المالية هي أعلى هيئة للرقابة المالية في دبي، وقد تأسست بمقتضى القانون رقم 1 لعام 1995 والمعدل بالقانون رقم 5 لعام 2000، والذي تم تعديله بعد ذلك بالقانون رقم 3 لعام 2007 والذي يعزز من استقلالية الدائرة؛ ويجعلها منها قناة مباشرة لتقديم التقارير المالية إلى حاكم دبي.

وتختص الدائرة بصفة عامة بالرقابة المالية على كافة الدوائر الحكومية والمؤسسات العامة والشركات التي تساهم فيها الحكومة بنسبة تزيد على 25%، والجهات التي تقدم الحكومة إعانة مالية لها، والجهات الأخرى التي يوجه حاكم دبي بإجراء رقابة مالية عليها.

ويحدد القانون رقم 1 لسنة 2016 اختصاصات دائرة المالية بشيء من التفصيل، وهي تشمل إعداد السياسة المالية العامة للحكومة، في ضوء الأهداف الاستراتيجية المعتمدة للإمارة، وإعداد الموازنة العامة والموازنة الملحقة والخطة المالية متوسطة الأجل، بالتعاون والتنسيق مع الجهات الحكومية والجهات التي تتلقى دعماً من الحكومة، وبما يتفق مع السياسات والمعايير المعتمدة من اللجنة العليا للسياسة المالية، ومتابعة تنفيذ الموازنة العامة والموازنة الملحقة المعتمدين، ووضع الخطط اللازمة لتوفير السيولة المالية، وتحويل مبالغ الاعتمادات المقررة للجهات المعنية.

بالإضافة إلى اختصاص دائرة المالية بمراجعة الموازنات المستقلة، ورفع التوصيات اللازمة بشأنها إلى اللجنة العليا، إضافة إلى وضع القواعد المنظمة لتحصيل الإيرادات العامة، وصرف النفقات العامة والحسابات المصرفية الخاصة بالجهات الحكومية، ووضع السياسات والإجراءات الخاصة بإدارة أصول الجهات الحكومية المادية والمعنوية، كحقوق الملكية الفكرية والأليات والمعدات والأجهزة والمستلزمات والأدوات، وإعداد الحساب الختامي العام في نهاية كل سنة مالية، ورفعها إلى الحاكم لاعتماده.

(1) أهداف قانون الشراكة بدي:

يحقق ذلك القانون عدة فوائد، من أهمها أنه يساعد الإمارة على تنفيذ مشاريع استراتيجية بشكل فعال وبكفاءة، وهو كذلك يمكنها من الاستفادة من خبرات القطاع الخاص المالية والإدارية والفنية والتكنولوجية، ويمكن الأفراد من الحصول على خدمات أفضل، بتكلفة أقل، ويؤدي إلى زيادة الإنتاج وتحسين جودة الخدمات العامة، ونقل المعرفة والخبرة من القطاع الخاص إلى القطاع العام، بالإضافة إلى إسهامه في تدريب وتأهيل موظفي الإمارة العاملين في مجالات الإدارة وتشغيل مشروعات الشراكة.⁽⁷⁵⁾

كما يهدف القانون الجديد - كما تقرر المادة 3 منه - إلى تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في المشاريع التنموية، وزيادة الاستثمار في مجالاتها المختلفة بما يخدم التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الإمارة، وكذلك إلى تمكين الحكومة من تنفيذ مشاريعها الاستراتيجية بكفاءة وفعالية، والاستفادة من الطاقات والخبرات المالية والإدارية والتنظيمية والفنية والتكنولوجية المتوفرة لدى القطاع الخاص، بما يمكّن أفراد المجتمع من الحصول على أفضل الخدمات وبأقل التكاليف.

ويهدف القانون إلى تحسين جودة الخدمات العامة المقدمة للناس، ونقل المعرفة والخبرة من القطاع الخاص إلى القطاع العام، وتخفيف الأعباء التمويلية عن الموازنة العامة للدولة، وإلى خلق قدرة تنافسية أعلى للمشاريع في الأسواق المحلية والإقليمية والعالمية.⁽⁷⁶⁾

ويهدف القانون كذلك إلى توفير قدرة تنافسية أعلى للمشاريع في الأسواق المحلية والإقليمية والعالمية، وتعزيز مبادئ الحوكمة عند إدارة النشاط الاقتصادي وتفعيل إجراءات إدارة الموارد المالية.

ومن المتوقع أن تحقق مشروعات الشراكة في دبي نجاحاً كبيراً، وذلك لعدة أسباب، من أهمها وجود رغبة حقيقية لدى الحكومة على إبرام شراكات ناجحة مع القطاع الخاص، ووجود بنية تحتية قوية وحديثة، ووجود شركات عالمية ذات خبرة يمكن أن تتجه للشراكة مع الحكومة، بالإضافة إلى وجود أكثر من مؤسسة تمويلية، وطنية وأجنبية يمكنها أن تساهم في تمويل تلك المشروعات.

Adopting the Public Private Partnerships Model and its role in attracting Foreign Direct Investment, op. cit., p. 2 75

راجع ورقة العمل التي أعدها مجلس دبي الاقتصادي بعنوان "الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأهميتها لاقتصاد دبي"، سبقت الإشارة إليها. 76

(2) أساليب الشراكة وفقاً لقانون الشراكة بدبي:

حددت حكومة دبي، حصراً، أربعة أساليب للشراكة مع القطاع الخاص، وهي:

الأسلوب الأول:

ويتمثل في أن يقوم الشريك الخاص بإنشاء المشروع، وتمويله، ويتملكه، وينتفع به تجارياً، لمدة زمنية متفق عليها مع الحكومة في عقد الشراكة، وفي نهاية تلك المدة يقوم بالتنازل عن ذلك المشروع، ويقوم بنقل ملكيته بالكامل للجهة الحكومية.

الأسلوب الثاني:

ويتمثل في قيام الشريك الخاص بإنشاء المشروع، وتمويله، والانتفاع به تجارياً، وتشغيله لمدة زمنية متفق عليها مع الحكومة في عقد الشراكة، يقوم في نهايتها بالتنازل عن حق الانتفاع به للجهة الحكومية.

الأسلوب الثالث:

ويتمثل في أن يقوم الشريك الخاص بإنشاء المشروع، والتنازل عن ملكيته للجهة الحكومية، مع احتفاظه بحق الانتفاع به تجارياً، وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة.

الأسلوب الرابع:

ويتمثل في أن تقوم الجهة الحكومية بنقل منفعة المشروع إلى الشريك، لتمكينه من الانتفاع به تجارياً، وتشغيله للمدة المتفق عليها في عقد الشراكة. إلا أنه تحقيقاً للمرونة أجاز دليل الشراكة للحكومة اعتماد أي أسلوب آخر من أساليب الشراكة المتعارف عليها دولياً، وذلك بناء على توصية من الجهة الحكومية المعنية ودائرة المالية للمشروع المقترح، وإقراره من اللجنة العليا للسياسة المالية⁽⁷⁷⁾ للعمل به، بما في ذلك صيانة المشاريع القائمة، أو توسيعها، أو تأهيلها.

77 اللجنة العليا للسياسة المالية هي لجنة مشكلة وفقاً للمرسوم رقم 24 لسنة 2007، والمعدل بالمرسوم رقم 15 لسنة 2014، والذي يقرر أن يستبدل بنص المادة (1) من المرسوم رقم (24) لسنة 2007 النص التالي: (تشكل في إمارة دبي لجنة دائمة تُسمى (اللجنة العليا للسياسة المالية في إمارة دبي) برئاسة سمو الشيخ أحمد بن سعيد آل مكتوم، وعضوية كل من: المدير العام لديوان صاحب السمو حاكم دبي، محمد إبراهيم الشيباني نائباً للرئيس، والمدير العام للدائرة المالية عبدالرحمن صالح آل صالح عضواً، والعضو المنتدب والرئيس التنفيذي لهيئة كهرباء ومياه دبي سعيد محمد الطاير عضواً، ومحافظ مركز دبي المالي العالمي عيسى عبدالفتاح كاظم عضواً).

ويفصل القانون رقم 1 لسنة 2016 الذي أصدره حاكم دبي اختصاصات اللجنة العليا للسياسة المالية في دبي بما يشمل مناقشة وإقرار السياسة المالية العامة للحكومة ورفعها إلى المجلس التنفيذي لاعتمادها، ومناقشة الموازنة العامة والموازنة الخاصة بالجهات التي تتلقى دعماً سنوياً من الحكومة، والموافقة عليها وعرضها على سمو رئيس المجلس التنفيذي أو من يفوضه، لإقرارها ورفعها إلى صاحب السمو حاكم دبي لاعتمادها، والموافقة على الموازنات المستقلة، بناء على توصية دائرة المالية، واعتماد قواعد إدارة الدين العام، وإقرار أدوات الدين المرفوعة إليها من الدائرة، واعتماد وسائل تمويل عجز الموازنة العامة بناء على توصية دائرة المالية).

الفرع الثاني

أهم مشروعات الشراكة في دبي ومعايير وشروط اعتمادها

يحدد قانون الشراكة في دبي ودليل الشراكة الذي أصدرته حكومة دبي مجموعة من المعايير والشروط التي يتم بمقتضاها اختيار المشروعات التي يطبق بشأنها نظام الشراكة. وقد قامت دبي بالفعل بتطبيق هذا النظام في مجموعة من المشروعات العملاقة. ونتناول في هذا الفرع تلك المعايير والشروط وأهم مشروعات الشراكة في دبي.

أولاً: معايير اعتماد مشروعات الشراكة

حددت حكومة دبي في دليل الشراكة خمسة معايير يتعين أن تتحقق بالمشروع، لكي يدرج ضمن الشراكة، وهي:

(1) الأولوية للإمارة

بمعنى أنه إذا كان المشروع يمكن تنفيذه عن طريق حكومة دبي وحدها، أو أية جهة حكومية أخرى، فإن الأولوية تكون لها في تنفيذه، ولا يعرض للشراكة مع القطاع الخاص. كما يتعين أن يقدم الشريك الخاص توقيتات زمنية لتنفيذ المشروع المقترح أسرع من التوقيتات التي يمكن أن تنفذ فيها الحكومة ذلك المشروع، وإلا كانت الأولوية للحكومة. ويتعين أيضاً ألا توجد أي موانع تنظيمية أو تشريعية تمنع من عقد اتفاق شراكة مع الشريك الخاص.

(2) الجدوى الاقتصادية

يقصد بكلمة الجدوى بالنسبة للمشاريع الاقتصادية الفائدة أو العائد المتوقع حدوثه من المشروع، والذي قد يكون مادياً، أي ربحاً مالياً يعود على صاحب المشروع، وقد يكون اجتماعياً، وهو الفائدة التي ستعود على المجتمع من هذا المشروع، كإشباع حاجة لدى المجتمع، أو المساهمة في حل مشكلة البطالة بتشغيل عدد من العمال، أو تلبية احتياجات السوق المحلية من سلعة أو خدمة معينة.⁽⁷⁸⁾

أما دراسة الجدوى الاقتصادية فيقصد بأنها "عملية جمع المعلومات والبيانات عن مشروع مقترح، ومن ثم تحليلها من النواحي المالية والاقتصادية والفنية، إضافة إلى تحليل

78 د. أحمد عبد الرحيم زردق، د. محمد سعيد بسيوني "مبادئ دراسات الجدوى الاقتصادية"، كلية التجارة، جامعة بنها، 2011، ص 5.

حساسية، وذلك لمعرفة مدى جناح هذا المشروع، في ظل الوضع السائد في السوق، وبالتالي تقدير استمرار أو وقف المشروع".⁽⁷⁹⁾

وعلى ذلك فإن إعداد دراسة جدوى لأي مشروع تتطلب الأخذ بعين الاعتبار عدة متطلبات، تتمثل في تحديد أهداف صاحب المشروع وشخصيته، ودراسة السوق، والدراسة الفنية والتنفيذية والمالية للمشروع، ثم اتخاذ القرار النهائي بشأنه.⁽⁸⁰⁾

ويوجب دليل الشراكة بالنسبة للمشروعات المقترحة للشراكة أن تجتاز كل متطلبات دراسات الجدوى الاقتصادية، بكافة عناصرها.

(3) التنافسية

حيث يتعين أن تعمل الحكومة على توافر بيئة تنافسية حقيقية بين الشركاء المحتملين، وذلك للوصول إلى أفضل المواصفات وأقل الأسعار، وهو ما يؤدي بدوره إلى انخفاض التكلفة الإجمالية، وانخفاض حجم المخاطر المتوقعة للمشروع.

ولتحقيق ذلك يجب وضع معايير لتسهيل قياس وتسعير المخرجات أو النواتج النهائية يمكن عن طريقها تحديد أفضل المتقدمين للمشاركة، تمهيداً لإرساء العطاء عليه، وإبرام العقد معه.

(4) الممارسات العالمية

يوجب دليل الشراكة أن تختار الحكومة الشريك الخاص القادر على رفع مستوى الخدمة وجودتها، بالمقارنة بما يمكن أن توفره حكومة دبي، اعتماداً على مواردها المالية.

وعلى الجهة الحكومية صاحبة المشروع المقترح أن تقدم تحليلاً تفصيلياً لاحتياجاتها، في مجال الأصول والخدمات، وتقدم حججاً قوية تؤكد ملاءمة طرح المشروع للشراكة، مع ضرورة تلقيها الموافقات الرسمية على ذلك قبل طرح ذلك المشروع للشراكة، وأن تكون هناك منافسة فعلية أو متوقعة لمثل هذه الأصول أو الخدمات.

(5) حجم الاستثمار الرأسمالي

يقصد بالاستثمار قيام شخص طبيعي أو معنوي، في بلد غير بلده، باستخدام خبراته أو جهوده أو أمواله في القيام بمشروعات اقتصادية، سواء كان بمفرده أو بالمشاركة مع شخص طبيعي أو معنوي، محلي أو أجنبي، أو مع الدولة، أو مع مواطنيها في إنشاء مشروع

79 موزة الحرmy "إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشاريع الصغيرة"، صادر عن دائرة التنمية الاقتصادية بحكومة رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص 4.

80 موزة الحرmy، المرجع السابق، ص 4 وما بعدها.

أو مشروعات مشتركة.⁽⁸¹⁾

أما الاستثمار الرأسمالي فيقصد به استثمار الأموال في أصول تستخدمها المؤسسة لفترات زمنية طويلة، ولذلك فإن نجاح المؤسسات في المستقبل يتوقف على سلامة قرارات الاستثمار التي تتخذ في الوقت الحاضر.

ويوجب دليل الشراكة الصادر من حكومة دبي ألا يقل حجم الاستثمارات المطلوبة في المشروعات المزمع طرحها للشراكة عن مستوى معين، ويتم تقدير ذلك بقرار من الجهة المختصة، حيث أن درجة تعقيد هذه المشاريع والنفقات اللازمة للقيام بها، من خلال إجراءات تنفيذ مكلفة، لا يمكن تبريرها إلا في مشروعات كبيرة الحجم.

ثانياً: شروط اعتماد المشروعات المقترحة للشراكة

أقر قانون الشراكة في إمارة دبي رقم (22) لسنة 2015 عدة شروط لاعتماد المشاريع المقترحة للشراكة وهي:

(1) الشرط القانوني

ويعني أن تتوافر في المشروع عدة شروط حددتها المادة 6 من ذلك القانون. وهذه الشروط هي:

- أ مدى تحقيق المشروع لمصلحة الحكومة والمنفعة العامة لأفراد المجتمع.
- ب الجدوى الاقتصادية للمشروع، ومدى تأثيره الإيجابي على خطط التنمية المعتمدة للإمارة.
- ج حجم المخاطر التي يمكن أن تنجم عن تنفيذ المشروع بواسطة الشراكة، وعلى وجه الخصوص في المجال البيئي.
- د حجم الاستثمار الرأسمالي والخبرات الفنية التي من شأنها المساهمة بفعالية في تحسين أداء المرافق العامة، وضمان جودة الخدمات.
- ه أفضل الممارسات العالمية في مجال تنفيذ المشاريع بواسطة الشراكة.
- و أولوية المشروع، وأثره التشغيلي، ومدى تلبية احتياجات المطلوبة في الإمارة.

81 د. حاتم فارس الطعان "الاستثمار أهدافه ودوافعه"، كلية الإدارة والاقتصاد جامعة بغداد، 2006، ص 5.

(2) معيار التكلفة المالية التي تتحملها الجهة الحكومية المعنية بالمشروع

ويعني أنه لاختيار مشروع معين وتنفيذه عن طريق الشراكة فإنه ينظر إليه من حيث التكلفة المالية التي تتحملها الجهة الحكومية المعنية بالمشروع، وما إذا كان يحقق إيراداً أو وفراً مالياً.

فتقرر المادة 8/أ من قانون الشراكة أنه إذا كانت التكلفة المالية التي تتحملها الجهة الحكومية لا تزيد عن مائتي مليون درهم، فإن سلطة الاعتماد تتمثل في مدير عام الجهة الحكومية المعنية بالمشروع أو من يفوضه، ويشترط في هذه الحالة موافقة مدير عام الجهة الحكومية أو من يفوضه.

أما إذا كانت التكلفة المالية التي تتحملها الجهة الحكومية تزيد عن مائتي مليون درهم، وبحد أقصى خمسمائة مليون درهم، فإن سلطة الاعتماد تتمثل في دائرة المالية بموافقة خطية منها، ويشترط توصية الجهة الحكومية، وتقديم نتائج دراسة الجدوى المالية بالمشروع المقترح للشراكة إلى دائرة المالية، بالإضافة إلى رفع توصيات حول المشروع من دائرة المالية إلى اللجنة العليا للسياسة المالية.

أما إذا كانت التكلفة المالية التي تتحملها الجهة الحكومية تزيد عن خمسمائة مليون درهم فإن سلطة الاعتماد تتمثل في اللجنة العليا للسياسة المالية، ويشترط توصية الجهة الحكومية، وتقديم نتائج دراسة الجدوى المالية بالمشروع المقترح للشراكة إلى دائرة المالية، وترفع توصيات حول المشروع من دائرة المالية إلى اللجنة العليا للسياسة المالية.

(3) معيار العائد الاقتصادي والاجتماعي من المشروع

تشرط المادة 5 من قانون دبي للشراكة، لإبرام عقد الشراكة أن يكون المشروع ذا جدوى اقتصادية ومالية وافية واجتماعية.

كما تشرط المادة ذاتها ألا يرتب عقد الشراكة دفعات مالية على الجهة الحكومية دون أن تكون مخصصات تلك الدفعات مرصودة في موازنة هذه الجهة..

ثالثاً: أهم مشروعات الشراكة في دبي

يبلغ عدد المشروعات بصفة عامة في إمارة دبي نحو أربعة آلاف مشروع، بتكلفة تبلغ أكثر من تريليون درهم، وذلك وفقاً للدراسات التفصيلية لشركة «بي إن سي» المتخصصة في الأبحاث وتتبع المشروعات.

(1) مشروع "واحة الاتحاد"

يعتبر مشروع "واحة الاتحاد" الذي طرحته هيئة الطرق والمواصلات بدبي، من أوائل المشاريع التي يتم تنفيذها بموجب قانون الشراكة الجديد بين القطاعين العام والخاص، وهو مشروع متعدد الاستخدامات سيتم إنشاؤه فوق محطة مترو ميدان الاتحاد بدبي.

وهذا المشروع هو عبارة عن مشروع سكني موجه نحو وسائل النقل الجماعي، ويتم عن طريق تطوير محطة واحة الاتحاد، وفق أرقى المعايير العالمية، لتصميم مجتمعات النقل الموجه، وتقديم خدمات لشبكة مواصلات عالية الكفاءة، مما يسهل نقل الناس والبضائع، وإنتاج قيمة مضافة لكل استثمار حكومي خاص بتطوير وسائل النقل.

وتركز عملية التطوير المخطط لها على تنمية نوعية جيدة موجهة للمشاة والشوارع والمناظر الطبيعية والمباني، وسيثمر المشروع عن خلق مرافق مدنية ومجتمعية نابضة بالحياة لا تدعم الركاب فقط، وإنما توفر مكاناً ممتعاً للمقيمين والزوار على حد سواء.⁽⁸²⁾

(2) مشروع توسعة الخط الأحمر لمترو دبي

الخط الأحمر لمترو دبي هو أحد خطوط قطارات الركاب التابعة لشبكة مترو دبي، وقد تم افتتاح الجزء الأول منه في التاسع من سبتمبر 2009، وهو مكون من سبع محطات، ومن المتوقع أن يكتمل بناء الباقي في فبراير من العام القادم.

ويعد مشروع توسعة هذا الخط الأحمر من أضخم المشاريع، من حيث القيمة الاستثمارية في قطاع النقل، حيث سيضم تسعا وعشرين محطة، ويصل إلى موقع معرض إكسبو 2020، ويمتد إلى حدود جبل علي مع أبوظبي، بزيادة حوالي اثني عشر كيلومتراً، وبقيمة نحو عشرة مليارات درهم.⁽⁸³⁾

وقد اختارت هيئة الطرق والمواصلات في دبي التحالف المنفذ للمشروع من خلال مناقصة عالمية شارك فيها عشرة تحالفات تضم كبرى الشركات المتخصصة في مجال تنفيذ أنظمة المترو من مختلف دول العالم، وقد انتهى الأمر بترسية عقد المشروع على تحالف «إكسبولينك» وقد اعتمد حاكم دبي ترسيه عقد المشروع على تحالف اكسبولينك، بقيادة شركة أليستوم الفرنسية، وأكسيونا الإسبانية، وجولرماك التركية، وتالس الفرنسية،

82 نقلا عن موقع هيئة الطرق والمواصلات في دبي RTA، على الرابط التالي:

<https://www.rta.ae/wps/portal/rta/ae/about-rta/rta-agencies/rail/unionoasisproject>

83 نقلاً عن الحديث الذي أدلى به أفين غيداوني، الرئيس التنفيذي لشركة «بي إن سي» للأبحاث واستشارات البناء، في حديث له مع جريدة الاتحاد الإماراتية، بتاريخ 22 فبراير 2017. وراجع أيضاً موسوعة ويكيبيديا على شبكة الإنترنت، بتاريخ 10 مايو 2017.

وذلك بتكلفة تتعدى العشرة مليارات درهم.⁽⁸⁴⁾

(3) إنشاء إستاد محمد بن راشد في دبي

تدرس هيئة طرق ومواصلات دبي إنشاء إستاد محمد بن راشد في دبي، بأسلوب الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وذلك بحثاً عن مصادر تمويل خارج الوزارة لذلك المشروع. وقد تلقت تلك الهيئة عرضين من مطوري الملاعب الدولية.

وكانت الهيئة قد اختارت شركة دار الهندسة والاستشاري المعماري العالمي بيركنز بلس ويل لتنفيذ المشروع.

وتبلغ تكلفة هذا الإستاد المزمع إنشاؤه نحو ثلاثة مليارات درهم، ويقع في موقع نادي دبي الرياضي، بمنطقة العوير، ويتسع لنحو ستمائة ألف متفرج، وهو أول ملعب في العالم مرتفع عن الأرض، ويتخذ شكل نصف كرة، كما يتميز بأنه مكيف الهواء، ومتوافق مع مواصفات إستادات الاتحاد الدولي لكرة القدم "فيفا".

ويضم الملعب مبانٍ رياضية وقاعة تدريب رياضي ومواقف تتسع لخمسة آلاف مركبة، ومتحفاً رياضياً، ومرافق للمؤتمرات والمعارض، وقاعة متعددة الأغراض.⁽⁸⁵⁾

(4) مشروع تطوير أحد أكبر المواقف الآلية للسيارات في العالم داخل الحرم الحالي لمحاكم دبي

وقعت محاكم دبي وبارك لاين⁽⁸⁶⁾ على أول مشروع في إطار التعاون بين القطاعين العام والخاص، بعد صدور قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص في نوفمبر 2015، ويهدف ذلك المشروع إلى تطوير أحد أكبر المواقف الآلية للسيارات في العالم، داخل الحرم الحالي لمحاكم دبي، ويشمل مشروع محكمة دبي العليا تطوير بناء جديد للمحكمة العليا يأوي أكثر من خمسين قاض، بالإضافة إلى مساحة كبيرة جداً للمكاتب.

ومن المتوقع أن يكتمل المشروع خلال ثلاثين شهراً. وسيكون مبنى المحكمة العليا في دبي أول مبنى حكومي مع موقف سيارات آلي، وبالتالي سيقدم مساحة لركن السيارات لزوار محاكم دبي وموظفيها.⁽⁸⁷⁾

84 صحيفة الإمارات اليوم، العدد بتاريخ 30 يونيو 2016.

85 نقلا عن صحيفة أرقام الإلكترونية الإماراتية، في 2017-4-13، على الموقع الإلكتروني:

uae.argaam.com/article/articledetail/639505

86 بارك لاين هي شركة ذات غرض خاص، أسستها شركة NPG، وهي شركة من شركات KBW للاستثمار ومطوري البنى التحتية ITNL، وهي شركة تابعة لـ IL&FS لشبكات النقل المحدودة في الهند.

87 نقلا عن صحيفة entrepreneur العربية، على موقعها الإلكتروني على شبكة الإنترنت. entrepreneuralarabiya

وفي النهاية، فهذه هي بعض مشروعات الشراكة في دبي، والتي ولدت عملاقة، وتتمنى أن تبقى كذلك، لتكون نموذجاً يحتذى به، في تعاون مشترك وبناء بين القطاعين العام والخاص، يعود بالخير على المجتمع.

المطلب الثاني

المراحل التي تمر بها عملية الشراكة وحقوق والتزامات الشريك الخاص

تمر عملية إبرام عقود الشراكة في دبي بعدة مراحل، بداية من تحديد المشروع المقترح تنفيذه عن طريقها، وانتهاء بإبرام العقد، والرقابة على الأداء أثناء تنفيذه. ويتمتع الشريك الخاص خلال تنفيذ عقده بمجموعة من الحقوق، ويقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات القانونية والعقدية. وتتناول فيما يلي هاتين النقطتين في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

المراحل التي تمر بها عملية الشراكة

تتمثل دورة الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الإمارة في خمس مراحل:

المرحلة الأولى: اقتراح مشروعات الشراكة

تتولى دائرة المالية، وفقاً للمادة 9، وضع السياسة العامة لتنظيم مشروعات الشراكة ورفعها للجنة العليا لاعتمادها.

ويتم اقتراح المشروعات التي يمكن أن تكون محلاً للشراكة، وفقاً لما تقرره المادة 12 من قانون الشراكة في دبي، من جانب الجهة الحكومية صاحبة المشروع، أو من جانب القطاع الخاص.

المرحلة الثانية: الموافقة على طرح المشروعات للشراكة

يتم اعتماد مشروعات الشراكة، وفقاً للمادة 8، من جانب المدير العام أو من يفوضه إذا كان عقد الشراكة يحقق إيرادا أو وفرا ماليا، أو كانت التكلفة الإجمالية التي ستتحملها الجهة الحكومية في الشراكة لا تزيد على مائتي مليون درهم.

أما إذا تجاوزت التكلفة هذا المبلغ وحتى خمسمائة مليون درهم فإن اعتماد المشروع يكون من اختصاص دائرة المالية. فإذا تجاوزت ذلك المبلغ فإن الاعتماد يكون من اللجنة العليا للشراكة.

ويجوز لكل من الدائرة واللجنة العليا تفويض صلاحياتها في هذا الشأن لمدير عام الجهة الحكومية المعنية بعقد الشراكة، بشرط أن يكون التفويض مكتوبا ومحددا.

وفي الحالتين الأخيرتين تصدر الموافقة من الدائرة أو اللجنة بناء على توصية من الجهة الحكومية، واعتمادا على الدراسات المتعلقة بالجدوى وضمان مستوى الخدمات وجودة أصول المرفق وصيانتها وغير ذلك من ضوابط يقررها القانون والقرارات الصادرة بناء عليه.

المرحلة الثالثة: إجراءات الطرح والترسية واختيار الشريك

تقوم الجهة الحكومية، وفقاً للمادة 19 من قانون الشراكة بدبي، بعملية طرح المشروع للشراكة، بعد اعتماد السلطة المختصة للمشروع، وذلك بتوجيه الدعوة إلى الشركاء المؤهلين للحصول على دفتر شروط ومواصفات المشروع المزمع طرحه للشراكة، على أن يمنح المدعوون الوقت الكافي لتمكينهم من تقديم العروض، وفقاً لدفتر شروط ومواصفات المشروع.

ويتعين لقبول أي عرض، وفقاً للمادة 20، أن يكون مستوفيا لكافة الشروط والمواصفات المحددة في دفتر الشروط والمواصفات الخاص بالمشروع، سواء في الجوانب الفنية أو المالية، ويستبعد كل عرض لا يكون مستوفيا لهذه الشروط والمواصفات.

ويشكل أسلوب الطرح حجر الزاوية في عملية اختيار الشريك الخاص، ويلعب دوراً محورياً في نجاح أو فشل مشروع الشراكة، ولا تقتصر أهمية عملية الطرح على مشروعات الشراكة فقط، بل تتعداها لأي مشروعات تقوم بها الحكومة عبر الطرح التقليدي. لقد دلت الممارسات الدولية على أن هناك أكثر من أسلوب للطرح فيما يخص مشروعات الشراكة. وتماشياً مع اتفاقية المشتريات الحكومية الصادرة عن منظمة التجارة العالمية،

أصدر الاتحاد الأوروبي قواعد للطرح مدعمة من خلال ثلاثة أساليب هي:

1 - الأسلوب المفتوح Open Procedure

ومن خلاله تتم مناقشة متطلبات تقديم العروض مع المشاركين بعد تأهيلهم، ومن ثم يتم إصدار دفتر الشروط، وبالإمكان إصدار بعض التوضيحات فيما بعد، ولكن التعاطي مع المشاركين يتوقف عند تقديم العروض، ولا يتم أي تفاوض بعد ذلك، فيقوم العارض الفائز بتوقيع عقد الشراكة، بناء على العرض الذي تقدم به، ويتم اعتماد هذه الطريقة في الطرح لعقود الامتياز.

2 - أسلوب الطرح التفاوضي Negotiated Procedure

وهو أسلوب معتمد في طرح المشاريع المعقدة، حيث يتقدم العارضون بحلول مختلفة للخدمة المطلوبة، ولا يمكن تحديد طريقة تقييم العروض بسهولة مسبقاً، مما يتطلب مناقشة العروض مع المشاركين، بعد تقديم عروضهم، ولكن هذه الإيضاحات لا تترتب عليها تعديلات جذرية على أسس العرض المقدم أصلاً، وتفترض أن المفاوضات المفصلة تشمل كل العارضين، فتعكس هذه الطريقة في الطرح نوعاً من القواعد الموضوعية بموجب اتفاقية المشتريات الحكومية الصادرة عن منظمة التجارة الدولية التي تسمح بالتفاوض، ولكن نطاق الإيضاحات قد توسع مع تطبيق هذا الأسلوب.

3 - أسلوب الحوار التنافسي Competitive Dialogue

يتم في هذا الأسلوب عمل حوار مع المشاركين الذين تم تأهيلهم، بهدف مناقشة شكل عقد الشراكة والمخرجات التقنية لمشروع الشراكة، ويتم وضع دفتر الشروط بناء على نتائج هذا الحوار.

ويمكن للجهة الحكومية إجراء حوار مع مقدمي العروض، بعد إصدار دفتر الشروط، وذلك لمعالجة أي مشاكل قد تظهر في عقد الشراكة، وتدعو إلى تعديل متطلبات المشروع، وذلك قبل تقديم العروض.

وقد اعتمد قانون الشراكة في دبي هذه الطريقة، حيث يقرر مناقشة متطلبات تقديم العروض مع المشاركين بعد تأهيلهم، ومن ثم يتم إصدار دفتر الشروط.

وبعد تقديم العروض تتولى لجنة الشراكة⁽⁸⁸⁾، وفقاً للمادة 22، مهمة دراستها

88 لجنة الشراكة، وفقاً لما تقرره المادة 11 من قانون دبي للشراكة، هي لجنة داخلية تشكل لدى الجهة الحكومية التي تبرم عقد الشراكة، ويتم تسمية أعضائها بقرار من المدير العام، ويمكنها الاستعانة بمن تراه مناسباً من ذوي الخبرة والاختصاص. ويجب أن تضم هذه اللجنة في عضويتها ممثلاً عن دائرة المالية يتم تسميته من قبل مديرها العام، في حال كانت التكلفة الإجمالية التي سوف تتحملها الجهة الحكومية عن عقد الشراكة تزيد على مائتي مليون درهم. ويناط بهذه اللجنة القيام بكافة المهام المنصوص عليها في هذا القانون، والقرارات الصادرة بموجبه.

وتقييمها، فنيا وماليا وقانونيا، ثم تحدد العروض المقبولة والمستبعدة، وتمنح كلا منها درجة للتقييم، وفقا للأسس والإجراءات المحددة بدفتر وشروط ومواصفات المشروع.

ثم تقوم لجنة الشراكة، وفقا للمادة 23، بدعوة مقدمي العروض أو ممثليهم القانونيين لحضور جلسة فتح المظاريف، وتقوم بإرساء المشروع على صاحب العرض الأجدى فنيا وماليا من بين العروض المقدمة، وذلك بعد أعمال معايير الوزن النسبي لعناصر العطاء المالية والفنية المبينة في دفتر الشروط والمواصفات.

وتخضع عملية اختيار الشريك الخاص، وفقا لما تقرره المادة 14/أ من قانون الشراكة، لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة والإعلان عن المناقصة وتحقيق مقتضيات المصلحة العامة.

ويجوز للجهة الحكومية، على سبيل الاستثناء، وفقا لما تقرره الفقرة ج، التعاقد مباشرة مع شركة المشروع في حال كان المشروع مبتكرا من قبل هذه الشركة.

ويتعين أن يتوافر في الشريك، وفقا لما تقرره الفقرة ب من المادة ذاتها، المعايير والضوابط والاشتراطات المالية والفنية المعتمدة والقدرة والكفاءة في مجال عمله وتخصصه.

المرحلة الرابعة: التعاقد

بعد إرساء العطاء على الشريك الخاص تقوم الجهة الإدارية بإبرام عقد الشراكة. ويتقرر المادة 26 من قانون دبي للشراكة ضرورة أن يتضمن ذلك العقد الأحكام الأساسية التي تنظم الشراكة، والالتزامات المتبادلة بين أطرافه، ومن أهمها:

- 1 - طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أدائها وتنفيذها.
- 2 - ملكية أصول المشروع وحقوق الملكية الفكرية فيه، والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم موقع العمل وأحكام نقل ملكية ذلك المشروع بعد انتهائه.
- 3 - الالتزامات المالية والفنية لطرفي العقد ووسائل تمويل المشروع.
- 4 - القواعد المتعلقة بسعر بيع المنتج أو الخدمة التي يقدمها المشروع، وأسس وقواعد تحديدها ووسائل تعديلها.
- 5 - تنظيم حق الدولة في فسخ العقد أو تعديله، ومدى التزامات الشريك الخاص بهذه التعديلات، وحقه في التعويض في هذه الحالة، وتحديد الحالات التي يجوز فيها للدولة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

- 6 - تحديد أسس توزيع المخاطر المتعلقة بمشروع الشراكة، في حالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة أو وجود صعوبات مادية، وكيفية تحديد التعويض في كل حالة منها.
 - 7 - مدة العقد وحالات الإنهاء المبكر له كلياً أو جزئياً.
 - 8 - تنظيم عملية استرداد المشروع، سواء في نهاية العقد، أو في حالات الإنهاء المنفرد، أو حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي.
 - 9 - مواصفات المنتج النهائي الذي يقدمه المشروع، أو مستوى الخدمة التي يقدمها، ويشمل ذلك مؤشرات الأداء ومعايير السلامة وحماية البيئة وغيرها من المعايير الأخرى.
- ويبرم عقد الشراكة، كما تقرر المادة 27، لمدة يتفق عليها الطرفان، بشرط ألا تزيد على ثلاثين عاماً من تاريخ توقيع العقد أو التاريخ الذي تحدده لجنة الشراكة.
- ويجوز للجنة العليا الموافقة على إبرام عقد لمدة تزيد على ذلك، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وبناء على توصية من لجنة الشراكة.

المرحلة الخامسة: الرقابة على الأداء

- بعد إبرام العقد يجيز قانون الشراكة لحكومة دبي رقم (22) لسنة 2015، في المادة 25/أ منه، للجهة الحكومية المعنية بالمشروع أن تشارك الشريك الخاص في تأسيس شركة المشروع، على أن تكون في شكل شركة ذات مسئولية محدودة.
- كذلك تجيز المادة ذاتها للشريك الخاص أن ينفذ عقد الشراكة دون حاجة لتأسيس شركة المشروع، ويعامل الشريك معاملة الشركة بموافقة دائرة المالية، بعد توصية الجهة الحكومية المعنية في حالة امتلاك صاحب العرض الفائز القدرة على تنفيذ المشروع المقترح، نظراً لإمكانياته المالية والفنية المتوفرة، وقيامه بتوفير الضمانات المالية الكافية.
- وتقوم الجهة الحكومية، وفقاً للمادة 10/9، بالإشراف على حسن تنفيذ الشريك الخاص لالتزاماته العقدية، واتخاذ التدابير اللازمة والفورية لمعالجة أي إخلال أو تقصير من جانبه، بما يضمن استمرار المشروع في تحقيق أهدافه.
- وتتولى الجهة الحكومية، وفقاً للمادة 34، متابعة مراحل إنشاء المشروع محل عقد الشراكة، وتجهيزه، وتقديمه لخدماته، وذلك للتأكد من قيام الشريك الخاص بتحقيق مستويات الجودة المطلوبة.
- ويحق للجهة الحكومية، من أجل القيام بذلك، أن تقوم بتعيين مندوبين لها لمراقبة ذلك

أثناء التنفيذ، ويجب على تلك الجهة أن تقدم تقارير دورية عن سير العمل إلى لجنة الشراكة. وتتولى دائرة الرقابة المالية، وفقاً للمادة 13، القيام بمهام الرقابة على تنفيذ عقد الشراكة، بما يتفق مع القانون والقرارات الصادرة بناءً عليه، وبما يتفق مع شروط عقد الشراكة، أو القوانين السارية.

الفرع الثاني حقوق والتزامات الشريك الخاص

يتمتع الشريك الخاص في عقد الشراكة بمجموعة من الحقوق يقرها له قانون الشراكة بدئي، كما يقع عليه في مقابل ذلك مجموعة من الالتزامات.

أولاً: حقوق الشريك الخاص

يقرر قانون دبي للشراكة رقم 22 لسنة 2015 عدة حقوق و ضمانات للشريك الخاص تتمثل في:

(1) حق الشريك الخاص في المقابل المالي للعقد

يحق للشريك الخاص في عقد الشراكة المطالبة بتقاضي المقابل المالي للمشروع، سواء كان ذلك في صورة بدلات أو رسوم أو تعرفات أو ثمن، أو أية مبالغ مالية أخرى، نظير من يقدمه من أعمال أو خدمات متفق عليها بموجب عقد الشراكة. ويشترط القانون في المادة 28 لذلك أن تصدر الجهة الحكومية شهادة خطية بقبول مستوى جودة الأعمال أو الخدمات المتاحة، وذلك وفقاً لمستوى الأداء المتفق عليه في العقد.

كما تلتزم الجهة الحكومية بمنح المتعاقد معها التراخيص والتصاريح والموافقات اللازمة له لتنفيذ التزاماته، وذلك وفقاً للتوقيتات المتفق عليها.

كما يتعين على تلك الجهة أن تقوم بالتنسيق مع الجهات التمويلية، في حال احتياج الشريك الخاص للتمويل.

(2) حق الشريك الخاص في المطالبة بالتعويض

يحق للشريك الخاص مطالبة الجهة الحكومية المتعاقدة بتعديل عقد الشراكة، إذا كانت هناك في ظروف طارئة تبرر ذلك.

كما يجوز، وفقاً لما تقرره المادة 31 من قانون الشراكة في دبي، للجهة الإدارية تعديل عقد الشراكة، في حالة الظروف الطارئة، وفي هذه الحالة يحق للشريك الخاص المطالبة بالتعويض العادل، إذا تسبب ذلك التعديل في إحداث أضرار مالية له.

(3) حق الشريك الخاص في التظلم

يجوز للشريك الخاص، وفقاً للمادة 37، أن يتقدم بتظلم مكتوب إلى الدائرة من أي قرار أو إجراء اتخذته الجهة الحكومية المتعاقدة بشأنه، بموجب قانون الشراكة أو القرارات الصادرة بناء عليه أو بموجب عقد الشراكة، وبشروط تقديم هذا التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار أو الإجراء، مع ضرورة تقديم الوثائق والمستندات التي تعزز ذلك التظلم. ويتعين على الدائرة أن تقوم بدراسة التظلم المقدم إليها، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه إليها، وإصدار قرار بشأنه.

(4) حق الشركاء المؤهلين في طلب الاجتماع مع الجهة الحكومية

يلزم القانون في المادة 15 الجهة الحكومية، قبل الدخول في العطاء، بأن تقوم بما يسمى بإجراءات تأهيل للشركات التي يمكن أن تدخل معها في الشراكة.

وبحسب القانون في المادة 16، للجهة الحكومية عقد لقاءات تمهيدية مع الشركاء المؤهلين، وذلك لمناقشة كل ما يتعلق بمواصفات المشروع وشروطه التمهيدية وغيرها من المسائل الأخرى المتعلقة به.

ويحق للشريك المؤهل في هذه الحالة أن يشترط على الجهة الحكومية ألا تنشر أية بيانات متعلقة بتوقعاته الاقتصادية أو المالية المتعلقة بالمشروع، وذلك حفاظاً على سريتها.

ويقصد بهذا الالتزام اعتبار كل ما علمته الحكومة من معلومات أثناء التفاوض كأن لم تعلمها، فتلتزم بعد إفشائها للغير، وبعد استغلالها لحسابها.⁽⁸⁹⁾

ويعد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التزاماً تبادلياً بالنسبة لطرفي عملية التفاوض، كما أنه التزام بتحقيق نتيجة بمعنى أنه لا يكفي مجرد بذل الجهد لمنع إفشاء الأسرار، وإنما يجب أن يمتنع كل طرف بالفعل عن ذلك وإلا كان مسئولاً.⁽⁹⁰⁾

89 Le Tourneau PH. "La responsabilité civile", Dalloz, 3e. éd., 1982, p. 70

90 د. بلحاج العربي "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري"، دار وائل للنشر، الأردن، 2010، ص 76.

ثانياً: التزامات الشريك الخاص

يلزم قانون دبي للشراكة، في المادة 32 منه، الشريك الخاص بالعديد من الالتزامات من أهمها ما يلي:

(1) التزام الشريك الخاص بتنفيذ العقد بنفسه

يلتزم الشريك الخاص بتنفيذ عقد الشراكة بنفسه، ذلك أن المشرع في المادة 14، يأخذ بعين الاعتبار شخصية هذا الشريك، فيشترط فيه معايير وضوابط واشتراطات مالية وفنية محددة، إلى جانب اشتراط القدرة على تنفيذ المشروع وكفاءته في ذلك. كما أنه في المادة 32/8 يلزمه بعدم التعاقد مع آخرين من الباطن إلا بعد موافقة جهة الإدارة، وبشرط ألا يخل ذلك بالالتزامات شركة المشروع التي يقررها القانون، والقرارات الصادرة بموجبه، وكذلك بنود العقد المبرم معه.

ويرى البعض أن هذا الالتزام يعد التزاماً عاماً في العقود الإدارية، لكونها تخضع للقواعد العامة التي تشير إلى أن التزام المتعاقد مع جهة الإدارة يعد التزاماً شخصياً، وهو ما يعني أن عليه أن ينفذه بنفسه دون غيره.⁽⁹¹⁾

ويرى البعض الآخر أن أساس هذا الالتزام في خصوص عقد الشراكة هو اتصال محل العقد بالمرفق العام، فالشريك الخاص يسيطر على ذلك المرفق العام، وبالتالي يكون من المنطقي ألا يسند الالتزام بتنفيذ العقد إلى غيره، حفاظاً على ذلك المرفق.⁽⁹²⁾

وبناء على هذا الالتزام من جانب الشريك الخاص فإنه إذا تنازل عن العقد للغير لتنفيذ التزاماته في مواجهة الإدارة فإن ذلك يعد من قبيل الإخلال بفكرة الاعتبار الشخصي التي يقوم عليها العقود الإدارية بصفة عامة، ومن بينها عقد الشراكة.

ويرى البعض أن هذا التنازل يعد صحيحاً إذا حصل الشريك الخاص على موافقة مسبقة من الجهة الإدارية، والتي قد تكون موافقة صريحة أو ضمنية وسواء كان التنازل جزئياً أو كلياً.⁽⁹³⁾

ونحن نؤيد هذا الرأي، فالإدارة في هذه الحالة قد تنازلت بمحض إرادتها عن فكرة

91 نوفان العقيل العجرامة "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT وتطبيقاتها في النظام القانوني الأردني"، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، المجلد 40، الملحق 1، 2013، ص 1059.

92 راجع:

Gaston Jèze "Les principes généraux du droit administratif – Le fonctionnement des services publics"; Dalloz, Tome 3, 2011, p

93 راجع في ذلك العميد الدكتور سليمان الطماوي "الأسس العامة للعقود الإدارية"، دار الفكر العربي، ط 4، 1984، ص 400 وما بعدها.

الاعتبار الشخصي التي وجدت من أجل احترام اختيارها للمتعاقد معها، وما توافر فيه صفات تؤهله لتنفيذ العقد بالشكل المطلوب، فإذا هي وجدت أن المتنازل إليه سيقوم بهذه المهمة على خير وجه، فقبلت التنازل له من جانب المتعاقد الأصلي، فإن هذا القبول يصحح ذلك التنازل.

فإذا أراد الشريك الخاص فقط أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن، فإن عليه ألا يقوم بذلك أيضاً إلا بعد الحصول على موافقة خطية مسبقة من الجهة الحكومية على ذلك، ويشترط في هذه الحالة ألا يخل ذلك التعاقد من الباطن بالتزامات هذا الشريك التي يقرها قانون الشراكة، والقرارات الصادرة بمقتضاه، وما يقره عقد الشراكة المبرم بينه وبين الجهة الحكومية.

(2) التزام الشريك الخاص بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة

يعد التزام الشريك الخاص بتنفيذ التزاماته المتفق عليها في العقود الإدارية، ومن بينها عقد الشراكة، التزاماً جوهرياً، يتعين عليه الوفاء به. ويترتب على عدم التزامه باحترام مواعيد التنفيذ أنه يحق للجهة الإدارية أن توقع عليه جزاءات مالية، كالتعويض أو الغرامات التأخيرية، وقد يؤدي الأمر إلى فسخ الإدارة للعقد.

ولا يعفي المتعاقد مع الإدارة من مثل تلك الجزاءات إلا إذا كان تأخره في التنفيذ يرجع إلى أسباب معينة تبرره، كحدوث ظروف طارئة،⁽⁹⁴⁾ أو غير ذلك من أسباب تقدرها الإدارة.

(3) التزامات أخرى

يلتزم الشريك الخاص بالأداء يقوم بحل شركة المشروع، أو تصفيتها، أو تغيير شكلها القانوني، أو تخفيض رأس مالها، أو التنازل للغير عنها، إلا بعد الحصول على موافقة لجنة الشراكة المسبقة على ذلك.

كما يلتزم الشريك كذلك بالأداء يقوم ببيع ما قد يمتلكه، وفقاً لشروط عقد الشراكة، من المنشآت والأصول والأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة للمشروع، ويُسْتثنى من ذلك البيع الذي يتم بهدف تنفيذ برنامج الإحلال والتجديد، وفقاً للشروط المبينة في عقد الشراكة، وبعد الحصول على موافقة لجنة الشراكة المسبقة على ذلك.

94 يقصد بهذه الظروف تلك التي تطرأ بعد التعاقد، ولم تكن في الحسبان عند التعاقد، وليس للجهة الإدارية المتعاقدة بد فيها، ولا يملك المتعاقد لها دعواً وتجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مرهقاً، بحيث تهدده بخسارة فادحة، تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً.

راجع مؤلفنا في "الشامل في القانون الإداري الإماراتي"، مطبعة الفلاح دبي، 2013، ص 376.

ويلتزم الشريك الخاص أيضا بنقل المعرفة والخبرة التي لديه إلى الجهة الحكومية المتعاقدة معه، وتدريب وتأهيل موظفيها، وذلك وفقاً لما يتم الاتفاق عليه في هذا الشأن. كما يلتزم أخيراً بتقديم تقارير دورية للجهة الحكومية المتعاقدة عن كافة ما يقوم به من أعمال أثناء تنفيذ العقد، من بناء للمشروع، وتجهيز، وتطوير وتشغيل، وصيانة، وإدارة، وغير ذلك من أمور أخرى تطلبها تلك الجهة.

خاتمة

تناولنا في هذه الدراسة الموجزة موضوعاً هاماً على الصعيدين العلمي والعملي، وهو توجه كثير من الحكومات، في السنوات الأخيرة، إلى الشراكة مع بين القطاع الخاص، لتنفيذ مشروعات عامة وأساسية، كمشروعات البنية التحتية، أو تقديم خدمات عامة يقع على عاتق الحكومة أدائها، فيؤديها القطاع الخاص بدلاً منها.

وقد قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في الأول منها تحديد المقصود بالشراكة وبعقود الشراكة، ووضحنا أهميتها، وحددنا طبيعتها القانونية، وما تخضع له من مبادئ وأهداف، ثم وأشرنا إلى أهم مجالاتها والصور المختلفة لعقودها.

أما في المبحث الثاني فتناولنا عقود الشراكة في التشريع المصري، فأشرنا إلى الوحدات الإدارية المختصة بتنظيمها، وكيفية تنظيم القانون لها، وحددنا المراحل التي تمر بها، والمبادئ القانونية التي تحكمها، وما تواجهه من صعوبات.

أما في المبحث الثالث والأخير فقد تناولنا الشراكة في دبي، في ظل القانون الجديد الذي صدر بشأنها، والمراحل التي حددها ذلك القانون لعملية الشراكة، والمعايير التي بموجبها يدرج المشروع ضمن الشراكة، ووضحنا حقوق والتزامات الشريك الخاص في عقد الشراكة، ثم عرجنا إلى أهم مشروعات الشراكة في دبي.

أولاً: النتائج

وفي نهاية هذه الدراسة الموجزة نخلص إلى عدة نتائج هي:

- (1) أن الشراكة هي أحد أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص، يستطيع بمقتضاها القطاع العام توفير السلع والخدمات العامة والاجتماعية، عن طريق السماح للقطاع الخاص بتقديمها، بدلاً من القطاع العام، عن طريق ما يسمى بعقود الشراكة أو المشاركة التي يبرمها معه..
- (2) تدخل الشراكة مع القطاع الخاص في مجالات متعددة، من أهمها مشروعات البنية التحتية والخدمات العامة.
- (3) للشراكة أهميتها الخاصة في الدول النامية، نظراً لدورها في تهيئة البيئة المادية لإقامة المشروعات العامة والخدمية، فمن الثابت أنه لا يمكن بناء اقتصاد قوي، دون توافر بنية تحتية متينة.
- (4) يعد عقد الشراكة من العقود الإدارية، باعتبار أن نظام المشاركة هو صورة حديثة

لعقد الالتزام، فهذا النوع من العقود معروف في كثير من الدول على أنها عقود التزام المرافق العامة.

(5) تخضع الشراكة مع القطاع الخاص لعدة مبادئ رئيسية تحكمها، من أهمها مبدأ العلانية والشفافية، ومبدأ التفاوض التنافسي بين المتقدمين لها، ومبدأ المساواة فيما بينهم، وفيما بين المنتفعين من مشروعاتها، ومبدأ توزيع المخاطر بين الشركاء.

ثانياً: التوصيات

وإذا كان لنا أن نقدم توصيات في هذا الشأن، فإننا نوصي بما يلي:

(1) القيام بحملات توعية واسعة، سواء في وسائل الإعلام أو المنتديات العامة أو المؤسسات التعليمية، لنشر ثقافة الشراكة بين أفراد المجتمع، وما يمكن أن تقدمه من مكاسب للدولة وللمجتمع، وخاصة في مجال الخدمات العامة.

(2) إعادة صياغة المناهج الدراسية في الجامعات، من أجل إعداد كوادر بشرية متخصصة في الشراكة، بالإضافة إلى عمل كذلك دورات تدريبية للعاملين بالمؤسسات الحكومية، وذلك لإعدادهم علمياً، بما يؤهلهم للعمل في مجال عقود الشراكة مع القطاع الخاص.

(3) العمل على دعم شركات القطاع الخاص، وخاصة الوطنية منها، عن طريق إرساء مفاهيم معينة مثل الشفافية والمحاسبة، وذلك من أجل تعزيز قدرتها التنافسية واكتساب ثقة المجتمع بها.

(4) دراسة التجارب الناجحة للدول التي طبقت نظام الشراكة، وتقييمها، وتحديد كيفية الاستفادة منها.

(5) تفعيل النظام الرقابي على مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وأطرافها، بما يضمن الالتزام بما جاء بالعقود المبرمة لذلك الغرض، وما تتطلبه القوانين واللوائح المنظمة للشراكة.

(6) وضع تصور عام لعملية الشراكة، بحيث تتوافق مع تطورات معدل الطلب على الخدمة المقدمة، في ضوء الزيادة المستمرة للسكان في مصر.

(7) ونقترح على المشرع الإماراتي أن يصدر قانوناً اتحادياً خاصاً بالشراكة يضع إطاراً شاملاً للشراكة، ويحدد المبادئ التي تقوم عليها، والأهداف المراد تحقيقها، بما لا يتعارض مع وجود قوانين شراكة محلية، كما هو الحال في إمارة دبي، وهو ما يحقق

بلا شك فائدة كبيرة على مستوى تدعيم البنية الأساسية للدولة، وعلى اقتصادها، ورفاهية ما تقدمه من خدمات للناس.

وفي ختام هذه الدراسة نشد على عضد القائمين على الشراكة، ونؤيدهم، وندعوهم إلى جعل المصلحة العامة نبراسهم، في أي عمل يقومون به، وخاصة عند إبرام عقود الشراكة، ففيها طوق نجاة، وخاصة عندما يكون الاقتصاد متعسراً، ويكون من الصعب على الحكومة أن تؤسس لدولة ذات بنية أساسية قوية، وأن تلبّي الاحتياجات الضرورية للناس. والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

مراجع البحث

أولاً: المراجع العربية

(1) كتب عامة ومتخصصة:

1. د. أحمد عبد الرحيم زردق، د. محمد سعيد بسيوني "مبادئ دراسات الجدوى الاقتصادية"، كلية التجارة، جامعة بنها، 2011.
2. د. أحمد على سليم البهنساوي، د. محمد عبد العزيز عبد الحميد "آليات تطبيق منهج الشراكة في التنمية الإقليمية والحضرية"، جامعة الأزهر، مصر.
3. د. إيهاب الدسوقي "التخصصية والإصلاح الاقتصادي في الدول النامية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 122.
4. برناردين أكيثوبي وريتشارد هيمنغ وغيرد شوارتز "الاستثمار العام والشراكة بين القطاعين العام والخاص"، دراسة باللغة العربية، أصدرها صندوق النقد الدولي، ضمن سلسلة قضايا اقتصادية، رقم 40، 2007.
5. د. بلحاج العربي "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري"، دار وائل للنشر، الأردن، 2010، ص 76.
6. حاتم فارس الطعان "الاستثمار أهدافه ودوافعه"، كلية الإدارة والاقتصاد جامعة بغداد، 2006.
7. د. حمدي أبوالنور السيد "الوجيز في العقود الإدارية - دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والعماني"، كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس، 2009.
8. د. رشدي صالح عبد الفتاح "التمويل المصرفي للمشروعات"، مطبعة العشري، مصر، 2006.
9. د. شعبان أحمد رمضان "مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسئولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري"، دار النهضة العربية، 2016.
10. د. صافي أحمد قاسم "الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص"، طبعة دار النهضة العربية، 2016.
11. د. عصام البهجي "عقود ال B.O.T. الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
12. د. عمرو أحمد حسبو "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام

- البوت"، دار النهضة العربية، 2001.
13. د. محمد عبد المجيد إسماعيل "عقود الأشغال الدولية"، رسالة دكتوراهن كلية الحقوق جامعة بنى سويف، 2000.
14. د. لينا حسن زكي "قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار"، دار النهضة العربية، 2006.
15. المستشار الدكتور محمود على أحمد مدني "دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية – دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2016.
16. د. هاني عرفات صبحي حمدان " النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص – دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 2017.

(2) بحوث ورسائل علمية ومقالات:

1. د. أحمد سيد أحمد محمود "التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، بحوث وأوراق عمل ندوة الإطار القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها"، والتي عقدت في مدينة شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2011.
2. د. أحمد هاشم سماحة "نحو إدارة حضرية فعالة في مصر: الخصخصة في إطار مشروعات البنية الأساسية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2003.
3. حياة متولى بدوى "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، بحث منشور على موقع محاماة نت www.mohamah.net ، بتاريخ 20/1/2016.
4. عفيف علاء الدين الريس "من الهيمنة إلى المنافسة: القطاع العام والخاص"، مقال منشور بجريدة الصباح، 2009، منشور على موقع www.alsabaah.com
5. د. عمرو جمال الدين "بعض الأبعاد القانونية لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية"، بحث مقدم إلى الدورة التدريبية التي نظمتها وزارة المالية المصرية بالاشتراك مع البنك الإسلامي، في الفترة من 20 – 24 يناير 2002، مجموعة أعمال الدورة.
6. د. لبانة مشوح "الترجمة والتنمية الفكرية – القطاع الإداري نموذجاً"، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، العدد الثالث والرابع، 2011.
7. محمد متولي دكروري "دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية"، صادر عن وزارة المالية، بدون تاريخ.

8. موزة الحرmy "إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشاريع الصغيرة"، صادر عن دائرة التنمية الاقتصادية بحكومة رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 2009.
9. نفيسة محمود هاشم "الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتطوير قطاع الإسكان في جمهورية مصر العربية"، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الإسكان العربي الرابع، تحت عنوان "تفعيل الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، المنعقد على هامش الدورة الـ 33 لمجلس وزراء الإسكان والتعمير العرب، الرياض، المملكة العربية السعودية، في الفترة من 22-20 ديسمبر 2016.
10. نوفان العقيل العجارمة "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT وتطبيقاتها في النظام القانوني الأردني"، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، المجلد 40، الملحق 1، 2013.

(3) دراسات وبرامج حكومية:

- 1) البرنامج القومي لشراكة القطاع العام والخاص، والذي أعدته الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، فبراير 2007.
- 2) البرنامج القومي لشراكة القطاعين العام والخاص، صادر عن الوحدة المركزية للشراكة بين القطاعين العام والخاص، بوزارة المالية، الإصدار الثاني، سبتمبر 2007.
- 3) برنامج عمل قطاع الشراكات بالدائرة، ورقة رقم 1 بعنوان "رؤية تطويرية لتعزيز الدور التنموي للشراكات بين القطاعين العام والخاص بالسودان"، السودان فاونديشن، مارس 2015، ص 2 وما بعدها.
- 4) تقرير "هاندشايك"، مؤسسة التمويل الدولية، الشراكات بين القطاعين العام والخاص في قطاع التعليم، يناير 2013.
- 5) تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشئون الاقتصادية بمجلس الشعب الخاص بمشروع قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، الفصل التشريعي التاسع، دور الانعقاد الخامس، إبريل 2010.
- 6) الجديد عن برنامج الشراكة مع القطاع الخاص الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص، وزارة المالية، يونية 2009.
- 7) الدراسة التي أعدتها إدارة الدراسات الاقتصادية والمالية، التابعة لدائرة المالية بحكومة دبي وعنوانها "الشراكة بين القطاع العام (الحكومة) والقطاع الخاص"،

إبريل 2010.

(8) الدراسة التي أعدها الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص التابعة لوزارة المالية المصرية، وعنوانها "الجديد عن البرنامج القومي للشراكة مع القطاع الخاص"، يونيو 2009.

(9) دليل الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادر عن برنامج التعاملات الإلكترونية الحكومية، بالمملكة العربية السعودية، بدون تاريخ.

(10) ورقة العمل التي أعدها مجلس دبي الاقتصادي بعنوان "الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأهميتها لاقتصاد دبي"، بتاريخ الثاني من أكتوبر 2016.

(4) معاجم لغوية:

(1) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، 2001.

(2) لسان العرب لابن منظور (محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل)، طبعة دار صادر، ط 3، بيروت، 1414هـ.

ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Abbott, J., "Sharing the city: Community Participation in Urban Management", London: Earthscan Publication, 1996.
2. Adopting the Public Private Partnerships Model and its role in attracting Foreign Direct Investment, White Paper from PwC and Dubai Investment Development Agency, (DUBAI FDI), January 2016.
3. Arnstein, S. "A Leader of Citizen Participation", AIP Journal 1969.
4. Baud I.S. "Collective an Action, Enablement, and Partnerships", Issues in Urban Development", University, Netherlands, 2000.
5. Bettignies, J. and Ross, Th. "The Economics of Public-Private Partnerships", Canadian Public Policy- Analyse de Politiques, 2004.
6. Brenet F. et Melleray F. "Les contrats de partenariat de l'ordonnance de 17 juin 2004, une nouvelle espèce de contrats administratifs", Lexis Nexis, Litrec, Paris, 2005.

7. Briefing Positively Public "Overview of Public Private Partnerships in the UK", London, UK. 2005.
8. C. Ugaz "Approaches to Basic Service Delivery: Privatization, Decentralization and Equity", paper prepared for a workshop on New Approaches to Decentralized Service Delivery, Chile, 2003.
9. Cherif Khater "Le Contrat de concession de service public ou boot en droit français et égyptien- étude comparé de l'évaluation contemporaine, Paris, 2011.
10. Jèze Gaston "Les principes généraux du droit administratif – Le fonctionnement des services publics"; Dalloz, Tome 3, 2011.
11. Le Tourneau PH. "La responsabilité civile", Dalloz, 3e. éd., 1982.
12. Marc Frilet "Le projet ILMENITE a fort Dauphin Madagascar"; Recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique, Article, R.D.A.I., 1999.
13. Olivier Fille Lambie "A aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA", R.D.A.I., 2001.
14. Salah eldin Camal "le patinerait public prive et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit", thèse, Aix Marseille 3, 2010.

ثالثاً: مواقع الكترونية

- 1) www.alsabaah.com .
- 2) [www.pppcentralunit.mof.gov.egwww.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed Abdel Aziz/Research's/008](http://www.pppcentralunit.mof.gov.egwww.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed%20Abdel%20Aziz/Research's/008).
- 3) www.yesser.gov.sa/ar/mechanismsandregulations/regulations.
- 4) www.mohamah.netwww.pppcentralunit.mof.gov.eg/http://elaph.com/Web/Economics/2015/10/1044749.html#sthash.itl0PM2f.dpuf

- 5) http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/2a4494804e3529f-1887da87a9dd66321/Handshake_Issue8_WEB.pdf?MOD=AJPERES
- 6) uae.argaam.com/article/articledetail/639505
- 7) entrepreneuralarabiya.comhttp://www.askoxford.com

رابعاً: صحف الكترونية وورقية:

- 1 - صحيفة الإمارات اليوم
- 2 - صحيفة إيلاف الإلكتروني، بتاريخ 5 أكتوبر 2015.
<http://elaph.com/Web/Economics/2015/10/1044749.html#sthash.itIOPM2f.dpuf>
- 3 - صحيفة أرقام الإلكترونية الإماراتية، في 13-4-2017، على الموقع الإلكتروني:
uae.argaam.com/article/articledetail/639505
- 4 - صحيفة entrepreneur العربية، على موقعها الإلكتروني على شبكة الإنترنت-entrepreneuralarabiya.com، في 10 مايو 2016.

**تطوير مسارات الحماية القضائية
المؤقتة ومناطق التفرقة
بين الأوامر والأحكام الوقتية**

إعداد

د. هدى نور

قسم المرافعات المدنية والتجارية

كلية الحقوق جامعة حلوان

مقدمة

يتساند القضاء الوقتي والمستعجل والقضاء الموضوعي في تقديم الحماية القضائية تكريساً لحق اللجوء للقضاء باعتباره من الحقوق الدستورية الأساسية، هذه الحماية القضائية يقدمها القضاء المستعجل بأمر أو حكم وقتي يحقق الحماية العاجلة، بينما يقدمها القضاء الموضوعي بحكم موضوعي يحقق الحماية الكاملة والنهائية، وهذا النوع هدفه النهائي تحقيق فعالية الحماية القضائية.

فنظام القضاء الوقتي لا يوجد تعارض بين مسار الدعوى الوقتية والدعوى الموضوعية فيجمع الخصوم بينهما على الترتيب الذي يروونه محققاً للفائدة، فيظل الحق في اللجوء للقضاء الموضوعي قبل أو أثناء أو بعد الحصول على الإجراء الوقتي أو الحكم المستعجل قائماً.

ويمنح الأمر الوقتي بالنظر إلى إمكانية صدور قضاء موضوعي في المستقبل، ومن ثم يساعد في تحقيق الدعوى الموضوعية لهدفها، فإذا فصل القضاء في الدعوى الموضوعية بحكم نهائي تصبح الدعوى الوقتية غير ذات موضوع، ويصبح الحكم الوقتي غير موجود.

ولا يلزم أن يتبع صدور الحكم الوقتي رفع الدعوى الموضوعية، ولم يرتب المشرع جزاء سقوط الحكم المستعجل إذا لم ترفع دعوى موضوعية،⁽¹⁾ ومن ثم لا تعتبر الإجراءات الوقتية من قبيل الإجراءات السابقة على الموضوع.

والحكم المستعجل قد يحقق الحماية التي يتغيها القرار الصادر في الموضوع ولكن بصفة مؤقتة، وهذا قد يغني عن رفع الدعوى الموضوعية من الناحية العملية والواقعية إذا اقتنع ذوي الشأن بالحل الذي قدمه الحكم الوقتي، وقد يتراضى الأطراف عقب إثبات الواقعة أمام هذا القضاء، فيحسم النزاع دون أن يصدر حكماً في الموضوع، وهذا جعل القضاء الوقتي منذ صدوره معبراً عن العدالة الناجزة في غالبية الأحوال.⁽²⁾

غير أن ميزة رضاء الأطراف عن النتيجة التي ينتهي إليها الحكم الوقتي لم تعد قائمة، وصار تعدد مسارات التقاضي سبباً لتكدس الدعاوى، إذ يجمع الخصوم بين إجراءات القضاء الوقتي والمستعجل وبين القضاء الموضوعي طلباً للحماية التي ينشدها دون جدوى، فتقل فرص الحماية وتنزوي العدالة رغم التكلفة العالية التي يتكبدها الخصوم، والنفقات الباهظة التي تتحملها الدولة لإدارة مرفق العدالة .

1 كما هو الحال مثلاً في الحجز التحفظي الذي يسقط بعدم رفع دعوى صحة الحجز خلال الثمانية أيام التالية لصدوره، د. وجدي راغب، سالف الإشارة، ص194، والمراجع المشار إليها فيه.

2 كما هو الحال عندما يبادر المدين بالوفاء بعد توقيع الحجز التحفظي فينقض الحجز دون حكم في الموضوع.

لذلك تعتبر الحماية القضائية الوقتية أوجب صور الحماية القضائية بالمراجعة والتطوير بحكم جوهر وظيفتها وغاياتها، فهذا الفرع القضائي الرفيع القدر يعنى بمصالح الخصوم التي لا تحتمل تأخيراً، الأمر الذي يجعل الحماية الوقتية تعاني أكثر من فروع الحماية القضائية من أزمة حقيقية هي البطء وعدم الفاعلية، لدرجة أوجدت في نفوس المتقاضين بأساً من بلوغ العدل أمام هذا القضاء.⁽³⁾

1 - أهمية الموضوع وضرورة تطوير مسارات القضاء الوتقي والمستعجل:

القضاء الوتقي والمستعجل كان وما زال ضرورياً لتقديم الحماية العاجلة للمصالح المشروعة وتحقيق اعتبارات أمن المجتمع ودواعي الاستقرار، ومن الضروري بمكان المسارعة في معالجة الخلل الأساسي وتراكمات الواقع التي أصبحت تستدعي استحضار موجبات الإصلاح التشريعي لمعالجة الإشكاليات القانونية، وتحسين بيئة العمل القضائي عامة، وفي مجال القضاء الوتقي بصفة خاصة، وهو موضوع هذا البحث.

وما يضع القضاء الوتقي والمستعجل في مصر وغيرها من الأنظمة القضائية في العالم العربي، وأيضاً على المستوى الدولي في مقدمة أولويات التطوير هو حاجة النظام القضائي ووظيفة القضاء بصفة عامة لذلك، لأهميته العملية التي جعلت له، عند صدوره، كياناً مستقلاً مؤثراً في استقرار الأوضاع وضابطاً لحركة المجتمع، وقد حان الوقت لمراجعة موضوعات اختصاصه وإدخال موضوعات لم تكن فيه ومراجعة مناطق التفرقة بين الأوامر والأحكام الوقتية، وذلك إستجابة لظواهر الاستعجال التي تدور معه وجوداً وعدمياً وتستوجب تدخله،⁽⁴⁾ فالمجتمع بحاجة لإسهامات التشريع لتطوير المنهج القضائي في تناول مشكلات الحياة الواقعية، أو بالأحرى مشكلات تطبيق القانون في الحياة العملية.⁽⁵⁾

3 طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال في فن التوفيق بين المصالح المتعارضة في التنفيذ القضائي، 2009، دار الجامعة الجديدة، ص3.

4 نظريات علم الاجتماع القضائي تؤكد أن الأفكار ليست وحدها هي مصدر التطوير، وإنما إشكاليات الحياة الواقعية هي نقطة البداية، والحاجة الملحة لتطوير وظيفة القضاء ليقوم بدور إيجابي ويقود حركة المجتمع أخذاً بمعطيات علم الاجتماع القانوني وفقه القانون الاجتماعي "Sociological Jurisprudence"، فقد عنى أرسطو منذ القرن الرابع قبل الميلاد في كتابه الأخلاق والسياسة بالدراسة الاجتماعية للقانون، وأيضاً بن خلدون مؤسس علم الاجتماع القضائي، وندعو المشرع للاهتمام بالعلوم المساعدة لبناء وترسيخ فلسفة العمل القضائي كعلم صياغة التشريع وإصدار الأحكام، ودراسة الأثر الاجتماعي للتشريعات والأحكام القضائية، وعلم الاجتماع القانوني، وفقه القانون الاجتماعي دراسة وافية مستنيرة تدفع لتطوير المجتمع، فلم تعد هذه العلوم قاصرة على علم الفلسفة أو الاجتماع وإنما يتعين أن تنتقل لكليات الحقوق والدراسات البيئية والقانونية المتخصصة.

5 إذا كان مطلق الشرع يشير إلى القانون الإلهي الذي يعبر عن الكمال والدوام ويستجيب للفطرة السليمة، فإن غايات التشريع هي تمثل تلك الفطرة لتحقيق الأمن، وتبين القصور وعدم الشمول بما يستلزم أن يجري عليه التغيير والتعديل، د. مصطفى محمد حسنين، المدخل إلى علم الاجتماع القانوني، مكتبة القاهرة الحديثة، 1964، د. على عبد الواحد علم الاجتماع القضائي، المسؤولية والجزاء، ط2، السيد ياسين، المشكلات الأساسية لعلم

فأهمية القضاء الوقتي والمستعجل تتأني من اتصاله بمشكلات المجتمع وتطوراته، وتتجلى في قدرته على رصد التغيرات الاجتماعية ومواكبة التطور الحاصل في المجتمع والتصدي للمشكلات بحلول وقتية عاجلة مقنعة تسهم في تغيير الواقع للأفضل وبسرعة مستعينةً بآلياته ووسائله من سرعة صدور الأحكام وقوة نفاذها المعجل ووقتية أثرها بما يحمل إمكانية العودة دائماً لهذا القضاء كلما اقتضت الظروف.

عندما استحدث المشرع نظام القضاء الوقتي والمستعجل حرص مستلهماً غاية الكمال على الاهتمام بالعموميات تاركاً التفصيل للتطبيق العملي، فجاءت أحكام القضاء لتفصل الدقائق والفرعيات، ولا يمكن إنكار أثر نهج هذا القضاء وأسلوبه المتبع في نظر دعاوى الوقتية المستعجلة والفصل فيها في خلق كيان متميز لهذا الفرع القضائي الهام.

وما يواجهه تيسير إجراءات التقاضي من تحديات يتطلب تصحيح صورة القضاء الوقتي وتبني فلسفة تشريعية تستجيب لمقاصد التشريع في تطوير منظومة العدالة، ويأتي في مقدمة الأولويات العاجلة ضرورة مراجعة الأسس التي يقوم عليها قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة.

فهذا الفرع القضائي النشط يمنح مساعدة عاجلة مؤقتة ويقدم حلولاً عاجلة، ويتميز بمصطلحات ومفاهيم مرنة تعبر عن خصوصية وتمثل نقاط قوة هذا الفرع من فروع النظام القضائي الذي يتعامل مع وقائع ملموسة وظواهر مادية ويضع حلولاً واقعية تواجه أوضاعاً قصيرة المدى ولكن تبني على اعتبارات طويلة المدى، فتحقق الغاية من تعدد مسارات العمل القضائي، وقد رصدت السوابق القضائية نجاحها في وضع تصور مستقبلي خلق حينها واقعاً أفضل للمتقاضين.⁽⁶⁾

الاجتماع القانوني، المجلة الاجتماعية القانونية، المجلد الخامس، 2، مايو، 1968، ص 164.

6 المشكلات التي ظهرت في الحاضر نتجت عن عدم أخذ المستقبل بعين الاعتبار، وعدم إدراك أن التفكير قصير النظر الذي يهتم بالنتائج اللحظية دون النتائج البعيدة للقرارات والتصرفات يتجاهل مخاطر المستقبل ويتطلب على المستوى التشريعي إعادة النظر في المؤشرات والتبعات البيئية الاجتماعية التي تتجاهلها معظم التعديلات التشريعية الحالية. وقد نشطت في السنوات الأخيرة أنشطة الاستبصار لدراسة المستقبلات من أجل الأجيال القادمة، وإنشئت معاهد للاختراعات الاجتماعية في اليابان لتطوير الابتكار الاجتماعي ومكتبات دولية للمستقبلات في النمسا تثير قضايا الأخلاق الجبلية والآثار المجتمعية للتقنيات الجديدة، وتهتم بوضع أطر للمستقبل وتمكين الأفراد من المشاركة في صنع المستقبل، وفي أستراليا نشطت دراسة المستقبلات لاستكشاف التفكير المستقبلي في التعليم والتخطيط والقيادة، وأنشئت مؤسسة الاستبصار الدولية، ودورية للمستقبلات ومعهد للاستبصار، وفيدرالية عالمية للدراسات المستقبلية، ونوه إلى أن دراسة المستقبلات علماً واعدت لتطوير العلوم الاجتماعية والقانونية وندعو لوضع مشروع للمستقبلات للتعليم والأكاديميات، وتعميم دراسة "علم المستقبلات القضائية والقانونية" بكلية الدراسات البيئية بالجامعة، راجع ورقة عمل قدمت ضمن فعاليات أقيمت في يوليو 2003 بمدينة سان فرانسيسكو بعنوان "هل وزاراتكم مستعدة للمستقبل؟" تمت ترجمته ضمن أعمال وحدة الدراسات المستقبلية بمكتبة الإسكندرية، 2016، راجع أيضاً حول هذا الموضوع:

إن قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة قوة قادرة على توجيه التغيرات الاجتماعية، ومعالجتها من خلال خلق توازنات واقعية في كل دعوى، لتخرج من تجريد القاعدة القانونية إلى تشخيص الحالات الواقعية مقررة حلولاً فردية تؤثر في النسق القانوني بما للقرارات القضائية من قدرة على خلق سوابق قضائية تحتذى، وإيماناً بأن تغيير نظرة القضاء لرفاهية الفرد في الحصول على أحكام قابلة لإعمال أثر واقعي إيجابي وحقيقي يغير طريقة نظر الفرد للقضاء.

وهذا يتحقق من خلال حرص القضاء الوقتي على توفير الجهد والوقت، وما أوحونا اليوم لتوفير هذا الوقت والجهد المهدر، فلن يجدي تنفيذ قرارات مهما بلغت حكمتها بعد وقوع الضرر فعلياً، فالعدالة القابلة للتطبيق هي أهم أدوات ضبط الممارسات الاجتماعية، وهذه هي أصل رسالة القضاء والتي كانت سبباً ظهوره.

ومع ذلك قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة لم يعد يشغل ذات الأهمية مقارنة بتأثيره على الحياة والممارسات الاجتماعية، ومازال مناطق التفرقة بين الأوامر والأحكام الوقتية محل خلط في القرارات القضائية، وفي مسلك المتقاضين.

2 - ضرورة تأكيد وتدعيم دور رسالة قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة:

القضاء رسالة، وبرفعته وعلو مكانته تقاس مكانة الدولة ومعيار تقدمها، وأثر كفاءة مرفق القضاء تظهر جلية في إرساء قواعد العدالة واستقرار الأمن، لأن القوانين مهما بلغت دقتها لا تستطيع أن تحقق العدالة الواقعية إلا إذا توافر على تطبيقها قضاء يبتغي فهم وإدراك مراميها وفرض أحكامها وسلطانها على الكافة، فتتحقق ثقة المجتمع في القضاء.

والقضاة في عملهم القضائي يتبعون منهجية علمية للوصول إلى القرار أو الحكم القضائي الذي يصدر في ظل احترام القانون مستوحياً العدالة التي يعمل القاضي على تحقيقها في كل ما يقوم به، ويتحري فيما يقدمه من حلول تحقق التوازن بين احترام القاضي للقانون وحرصه على توفير العدالة، وهذا لا يعنى تعارض القانون مع العدالة، وإنما يعبر عن حقيقة مهمة القضاة في نقل النص من جموده التشريعي إلى صورته الحية التي تعبر عن هدف القانون وغايته وهي الوصول للعدالة مستعيناً في ذلك بمنهجية علمية قانونية وفنية منطقية تساعده على تحقيق العدالة والقدرة على وضع حد للخصومات ومنع تأبيدها، وقضاء الأمور الوقتية المستعجلة يحظى بمرونة تكوينية تمكنه من التعامل مع المشكلات العاجلة التي لا يمكن تجنبها.⁽⁷⁾

7 الأوضاع والممارسات الحالية التي يعاني منها المجتمع على اختلاف أوضاعه ومستوياته نتجت عن النمو الاقتصادي غير المقيد أو المقنن ونمط التجارة والأعمال الذي يعتمد على استغلال الموارد لتحقيق أهداف

وأحكام القضاء الوقتي والمستعجل وإن لم تحسم الحقوق إلا أنها تضمن استقرار المراكز القانونية بما تقدمه من حلول، وهذا لا يتحقق إلا بقضاه لديهم القدرة على بلورة المفاهيم الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية واتخاذ قرارات قضائية تبنى على منهج التقدير المستقبلي، وتسعي للموازنة الواقعية فيما يقدمونه من حلول وقتية تنفذ إلى جوهر المشكلات التي تتطلب الحل، فيصف النماذج الواقعية من منظور القانون وفلسفته.⁽⁸⁾

وهذا تطلب أن يصاغ تشريع القضاء الوقتي، حينئذ، وفقاً لقواعد معيارية تحتمل تأويلات محددة، والمشرع حين صاغ نظام القضاء الوقتي وضع نصاً وحيداً تاركاً للقضاء نسج الأحكام من واقع الحال، وكان القضاء دوره خلافاً، ووزن بنظرة نفذت إلى ما وراء ظاهرة القاعدة القانونية وصلتها ببناء المجتمع، واستشرف المستقبل بتصور صاغه لإعطاء وزناً حقيقياً لتفسير وفهم أصل وجوده وهو حالة الاستعجال التي لم تختلف حولها النظريات القانونية.

فالملاحظ أن أحكام القضاء الوقتي والمستعجل في فترة مضت كانت قادرة على إعادة صياغة البناء الاجتماعي واحتواء التغيرات، بينما أفرز الواقع المتغير أحكاماً كثيرة متعارضة ومتناقضة ومتكررة وبعضها على نماذج غير وافية، ولا تقدم الحماية القضائية التي تحد من استغلال الغير لفرط حسن النية أو لنقص الخبرة، فلم تعد تنال رضا واستحسان الخاضعين لأحكامه أو استشعار أنه يحقق مصالحهم الأساسية، فوظيفة القضاء لا تتحقق بأحكام بطيئة لا تنفذ لعمق المشكلة فتحلها.

وإدراكاً للتطور الحاصل يتبين أنه لم يعد ممكناً أن يترك النص، كما هو الحال، إطاراً مفتوحاً لإنشاء المعنى والمغزى والنية إلى حد قد يصل في التطبيق إلى الإعراض عن تطبيق النص القانوني أو تجاوزه، مما قد يعيق تقديم العدالة التي ينشدها الفرد، ويتغيهاها المشرع من وراء التشريع.⁽⁹⁾

شخصية أو محدودة، والتركيز على المستوى المادي دون أن تحدد مبادئ عليا ترشده، واستعادة الدولة لهيبتها ممثلة في فضاءها العادل المنجز يستدعي حماية البيئة المجتمعية وأفرادها من سوء الاستغلال والنظر إلى الطبقات الضعيفة باعتبار أنها تشغل مكانة وجودية أعلى من مجرد الاستخدام، ولا تعامل بوصفها مجرد موارد.

8 العمل القضائي والثقافة القانونية قادرة على أن تقود بوعي عملية التطوير الاجتماعي وهو ما حدث بالنسبة لبعض القضايا الهامة كالمرأة والبيئة، ونقطة الانطلاق المنظم تكون بدعم القدرة على ابتكار الحلول، ونسجل حاجة المجتمع للدراسة الاجتماعية النوعية للقانون، وتدعيم دراسات علم الاجتماع القانوني والقضائي.

9 مواجهة فقد الثقة تكون بتطوير حقيقي يعتمد على مواجهة المشكلات والقضايا بحلول مبدعة، فيستلهم القضاة نموذج الصانع المصري الذي أبدع عندما واجه تعقد التكنولوجيا ونقص الإمكانيات وواجه عقبات التشغيل بحلول بسيطة منجزة وملائمة، إيماناً بأن الفعل المبدع هو أساس خلق وإيجاد المستقبل وهذا يتحقق عندما يكون السلام الداخلي للقاضي متوافقاً مع مساره المهني، وهذه الحقيقة تعبر عن احتياج لتدعيم دور القاضي من خلال العناية بالتصورات المستقبلية واتساق منظومة العلاقات المجتمعية الفاعلة لتصل للقمة مع متخذي القرار، فإيجابية العلاقة بين الفرد ومجتمعه تتطلب القدرة على إحداث تأثير، والتعرف على المستقبل ومواكبته تشريعياً، وانطلاقاً من حقيقة أن القضاء هو محط الآمال في تحقيق العدل، وبغير رصد تحقق العدل على أرض

وقد اعتمد المشرع في صياغته للقواعد المنظمة لهذا الفرع القضائي على ما وصل إليه التنظيم التشريعي المقارن حينئذ، ووضع قاعدة عامة تبرز المشكلة الأساسية وتعالجها بعمومية، وجرى تنظيم القضاء المستعجل دولياً على نحو متشابه في معايير اختصاصه والقيود التي تحكمه.⁽¹⁰⁾

فصورة التنظيم القانوني للقضاء الوقتي والمستعجل لا تختلف كثيراً بين الدول، إذ تضم غالبية التشريعات قواعد متقاربة، وذلك لاعتبارين هامين الأول أن صورة التنظيم القانوني للمنازعات الوقتية والمستعجلة تركز على مراعاة احتياجات الأفراد ومقتضيات الحياة، والثاني أنه يعتمد على التصورات والتطبيقات القضائية لأن المسائل الاقتصادية والاجتماعية دائمة التغيير مما يتعدى إخضاعها لتنظيم القانون وبشكل مسبق، وإن ظلت محكمة بالقاعدة والحكمة من النص.

وما نعانیه من بقاء التفاضل تعانیه غالبية الأنظمة القضائية الأخرى، ونحن اليوم لسنا بحاجة لتتبع الدراسة القانونية المقارنة، وإنما للعودة للمنهج الذي يجمع بين طرائق الملاحظة الاستنباطية والاستقرائية ومنهج القياس العقلي لوصف مضمون التجارب القانونية التي مارسها المجتمع في الفترات السابقة للوصول مما هو كائن بالفعل إلى ما يجب أن يكون .

3 - الخلل بين الأوامر والأحكام والحاجة لدمج بعض مسارات القضاء الوقتي :

نظام القضاء الوقتي والمستعجل تتميز قواعده بالمرونة لارتباطه بالظواهر الاجتماعية وتطورها،⁽¹¹⁾ وقد أصبح في حاجة لتشريع مستقل يبلور صورة القضاء الوقتي

الواقع يكون الحديث عن القيم المتفرقة عنه محض خيال، ويكفي أن الله مع القاضي ما لم يجر وإلا تخلى عنه ولزمه الشيطان، راجع تفصيلاً: مستشار دكتور حسن السيد بسيوني، تقاليد ومنهجية العمل القضائي، مطابع الدار الهندسية، 2010/2011 .

10 في فرنسا صدر المرسوم الملكي عام 1685 ينظم قواعد المرافعات ومن بينها المسائل المستعجلة، وخص لرئيس الدائرة المدنية أو من ينوب عنه في حالة غياب الرئيس الحكم مؤقتاً في الأمور المستعجلة، وكان اختصاصه بدور حول الإخلاء والتنفيذ على المنقولات، وبصدور قانون المرافعات الجديد عام 1806 نظم اختصاص القضاء المستعجل وأدخل في اختصاصه كافة المواد المستعجلة وإشكالات التنفيذ مهما بلغت قيمتها، ونظمه المشرع اللبناني بالمرسوم الصادر بتاريخ 3/2/1930، وعهد به لرئيس المحكمة الابتدائية، راجع: محمد طلال الحمص، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية، دار اليسر، 1996، ص 45.

11 لسنا بصدد دراسة المورفولوجيا الاجتماعية "دراسة دلالة الأشكال والصيغ الاجتماعية وأثر أنماط الهجرة على توزيع السكان" على النحو الذي عالجه "بن خلدون"، وإن كنا في حاجة لاستحضار منهجه لمعالجة مشكلات القانون من الناحية العملية ومعالجة الظواهر القانونية بروح رجل الاجتماع لا لحاجتنا لإثبات مقدمته الضرورية من ضرورة وجود القانون في المجتمع كظاهرة حتمية، ولا ندعو فقط للاهتمام بعلم الاجتماع القانوني ولكن لنطبقه ونستلهم غاياته.

وعلى غرار علم الاجتماع الجنائي الذي عنى بحالة الجاني ووضع ومحاولة حل مشكلات الإجرام لحماية المجتمع

ومنهجه، ويبرز تفرده بنظام قانوني مستقل يتناول المنهج الفلسفي الذي يستند إليه القضاء الوقتي والمستعجل.

فتشنت نظام الأحكام والأوامر الوقتية بين جهات قضائية عدة صار مناقضاً لغايات القضاء الوقتي التي تتطلب وضوح الاختصاص، وسرعة التدخل بيد ليست صارمة كيد المشرع والقاضي الجنائي، أو حاسمة ونهائية كيد المشرع والقاضي المدني، وإنما بإجراءات ميسرة ومعبرة عن مصالح من تسن لهم، ويد سريعة فاعلة معالجة، ترد ظلم وعدوان البعض على البعض، ووقائية ترد يد عن أخرى تمانعها من اقتضاء مصالحها وحاجاتها المشروعة غصب وأنفة، فيقيه مصارع المنازعة التي قد تصل إلى حد الفوضى والتقاتل كما في منازعات الحيازة والمال الشائع مثلاً.

وإذا كان إقرار الحق والمسئولية والجزاء هي محاور ووظيفة التشريع، فإن التشريع الذي ينظم القضاء الوقتي والمستعجل يعني بوجود الحق ولكن يكتفي برجحانه، ويهتم بالضرر الموجب للمسئولية ولكن لا يقررها، وتشغل فكرة الخطر من وقوع الضرر المقام الأول، فيرجح القاضي ويوازن بين مصالح الخصوم، ويأمر بالإجراء الذي يقي من الضرر، فلا يقف عند الخطأ أو علاقة السببية ولا يحسم المسئولية في أساسها ولا ينشغل إلا باحتمال وقوع الضرر فيبعده، وتغل يده عند وقوعه فعلاً.

أما الجزاء فلا يتجاوز الغرامة الإجرائية، فضلاً عما يأمر به من إجراءات هي في ذاتها رادعة أو تحقق هذا الهدف كالطرد أو رد الحيازة أو نزع المال مؤقتاً من يد الشركاء وتسليمه للحارس.

ويهتم بالمصلحة بحسبان أن حفظ المصالح هو هدف هذا القضاء، ففي رعاية مصالح الأفراد صلاح أحوالهم وأحوال المجتمع بأسره، وتحقيق الأمن بتحقيق المنعة ومن ثم الاستقرار على نحو قد لا يحققه فرع آخر حتى الجنائي، وبأدوات تيسر له ذلك، كتدبير النفقات وحماية الحيازة وطرد الغاصب، وحفظ المال، والاستجابة لاحتياجات الأفراد ودفع الحرج والمشقة عنهم كإزالة الأعمال الجديدة، أو إيداع المال في خزائن أو البضائع في صوامع، أو الأطفال في دار رعاية لحين، وفي هذا تحسين لحال الأفراد والمجتمع مما يقتضيه تطور الأحوال على الوجه الواقعي الأمثل.

وهذا الدور الوقائي الوقتي العاجل تتفق فيه مسارات القضاء الوقتي أمام قاضي الأمور الوقتية وهو قاضي المحكمة الجزئية أو رئيس المحكمة الكلية، وقاضي الأمور الوقتية

من الجريمة في شتى صورها وبشتى الطرق الوقائية والعقابية والعلاجية، يأتي علم الاجتماع القضائي ليعبر عن ويفسر السلوك المجتمعي الذي يظهر في الممارسات الاجتماعية ودور القضاء في رصده ومعالجته باستحضار المثل العليا والقيم، وقياس الآثار الاجتماعية للتشريعات والأحكام، وأثر العوامل الاجتماعية على ممارسة العدالة وتطبيقها في المجتمع.

والمستعجلة وهو قاضي المحكمة الجزئية، أو المحكمة الكلية إذا رفعت الدعوى الوقتية بطريق التبعية، وهذا التعدد في مسارات القضاء الوقتي قصد به التيسير، غير أن التطور الاجتماعي الحاصل أصبح يستوجب تطوراً تشريعياً مماثلاً ينظم أوضاعاً قانونية جديدة للقضاء الوقتي صياغةً ووظيفةً، ليأخذ بيد المجتمع لصورة أقرب للعدالة الواقعية التي تشبع الحاجات المشروعة، لا لتقر الأوضاع الخاطئة وتكرسها، فبغيب العدالة الواقعية تخور النفوس وتتكاسل الأذرع وتكل عن العمل وتشح عن العطاء، وتراخي القضاء في حسم التداعي وقطع التنازع يجسد معاني غياب العدالة وتداعياتها.⁽¹²⁾

فسبب الإشكالية اليوم أن شكل المجتمع أصبح أوسع نطاقاً من شكل النظام القانوني في الدولة وصورته، ولا يكفي لمواجهة ذلك مجرد تعديل التشريع، فالقانون يحتاج مجرد تعديل إذا كانت حلقاته متصلة اتصالاً مستمراً، بينما يحتاج تغيير وابتداع وخلق قوانين جديدة كلية إذا سقط الأساس الذي شب القانون على قاعدته، مما يستدعي ربط تطور القانون بتطور أو تبدل نسيج المجتمع .

والقضاء الوقتي والمستعجل عندما يقدم العون والمساعدة للأفراد على قدم المساواة، يعبر عن التطور في سيطرة علاقات القانون الخاص ونمط العلاقات العقدية وتقديم الخدمات العامة في غير إلزام واتساع مجال أنشطة الدولة تزامناً مع تزايد نشاط الأفراد،⁽¹³⁾ وهذا يتطلب إيجاد تنظيم قانوني تفصيلي مكتمل يحل المشكلات ويتفادى الصعوبات، فلم تعد القواعد المعيارية "Legal norms" كافية وصولاً للعدالة الواقعية.⁽¹⁴⁾

فهذا الفرع القضائي الهام يواجه مشكلات ذات مردود اجتماعي، وتقف النصوص الحالية حائلاً دون النهوض بأوضاعه وتعوق السير في اتجاه العدالة الواقعية، وقد تجلب صراعاً يحدث في نفس القاضي ويوخز ضميره لعدم تمكنه من مد مظلة العدالة، كما يحدث

12 وهو ما عبر عنه العلامة بن خلدون في بحثه عن تطور القوانين وملازمتها للتغيير الاجتماعي بقوله "اعلم أن الدولة تنتقل في أطوار مختلفة وحالات متجددة ويكتسب القائمون بها في كل طور خلقاً من أحوال ذلك الطور، الإشارة السالفة، د. مصطفى محمد حسنين، علم الاجتماع القضائي، عكاظ للنشر والتوزيع، ط1، 1982.

13 ما يواجه المجتمع يجعلنا نستلهم من الفقيه هوريو الأساس المثالي والواقعي معاً، فقد استطاع أن يدرس بنجاح علم الاجتماع القانوني وفلسفه القانون دون أن يخلط بينهما، ونحن بدورنا نطالب بفصلهما في مجال دراسة القانون، بإفراد قسم مستقل لعلم الاجتماع القانوني والقضائي ويعني بفقه القانون الاجتماعي بكليات الحقوق لحاجة المجتمع الماسة لدراساته وأبحاثه في ظل المتغيرات الحالية .

14 من الضروري الارتكاز على قوة النصوص وتطورها المعبر عن تطور المجتمع في صورته المثلي، وصياغة التطور القانوني النابع من المجتمع ذاته ليعبر المشرع عن هذا التطور الواقعي بمثالية واقعية، وهذا أمر يتعلق بالسياسة التشريعية وعلاقتها بعلم الاجتماع، ويحتاج لأبحاث وندوات متخصصة في مجال القانون لإحياء هذه العلوم الهامة، راجع أعمال الندوة التي عقدها وحدة بحوث السلوك الإجرامي بالمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية قديماً في عام 1962 حول علم الاجتماع القانوني والسياسة الجنائية وكانت محل اهتمام حينئذ لمواجهة مشكلات الأسرة الاجتماعية والقانونية، و نادى بإنشاء معاهد لعلوم الاجتماع القضائي على غرار المعهد الذي أنشئ بالإسكندرية عام 1948، والأفضل أن يكون للدراسات العليا، ولعل موضعه المناسب في كلية الدراسات البيئية وهو الاتجاه الذي تبنته جامعة حلوان .

النزاع بين المتقاضين ويتفاقم يوماً بعد يوم، وأصبح كثيراً ممن يشتغلون بالأعمال التجارية يناؤن بأنفسهم عن الوقوع في أتون العدالة البطيئة حبيسة النصوص الجامدة القديمة .

4 - إشكالية البحث والدراسات السابقة:

يواجه قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة من العقبات والإشكاليات ما يدعو إلى تناولها بالبحث والدراسة، إذ يلحظ المتتبع وجود فجوة بين مؤلفات متعاصرة زخرت بأحكام رائدة صدرت في ذلك الوقت وكانت نبزاً، وبين واقع حالي يشهد قلة المراجع الحديثة ، وأحكام القضاء باتت تصدر في غالبيتها في صورة نماذج تكاد تخلو من التسبب، ومن الفاعلية القانونية التي ينشدها المتقاضون، ومن الثراء الفكري والفهمي الذي ينشده الباحثون.

فعدم حداثة موضوع قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة لا يدعو للتردد في تناوله بالبحث والدراسة، نظراً لحاجته الماسة للتطوير والتحديث في ذاته وأيضاً لضرورة إعطائه الأولوية والاستعانة به لمواكبة التطورات ومواجهة الحاجة الملحة لتيسير سبل التقاضي باعتباره أداة فاعلة للوصول لحلول عملية عاجلة تحقق العدالة وتنشر الأمن المجتمعي.

5 - منهج وخطة البحث:

نكرس هذه الدراسة لصور القضاء الوقتي والمستعجل في النظام القانوني المصري والذي لا يختلف عنه كثيراً في الدول العربية، وسنتبع منهجاً تحليلياً للنصوص القانونية المنظمة واستقرائياً يستشرف بنظرة مستقبلية آفاقاً جديدة تثرى جوهر فكرة القضاء المستعجل في إسعاف الخصوم بأحكام تصدر على وجه السرعة وقابلة للتنفيذ المعجل فور صدورهما، وتتم بإجراءات مختصرة لحين صدور حكم موضوعي أو تغير الظروف دون أن تكسب أو تهدر حقاً، أو يقدم الحماية للحجة أو الدليل فيكون للقضاء المستعجل شأن وحجية أمام القضاء الموضوعي.⁽¹⁵⁾

وقد اقتضت الأهمية القانونية والعملية للقضاء المستعجل والحاجة الماسة لدعمه وتطويره التصدي في هذا البحث لدراسة القضاء الوقتي بالمعنى العام الذي يشمل كافة صور الحماية الوقتية والمستعجلة،⁽¹⁶⁾ وقد قسمنا هذا البحث لمبحثين نتناول في المبحث

15 وإذا أخذنا في الاعتبار تأثير العوامل البيئية على تطور القضاء الوقتي والمستعجل لأدركنا سبب نمو وثورات الأحكام الصادرة من محاكم الإسكندرية وبورسعيد باعتبارها تحمل حركة تجارية واسعة لوجود موانئ هامة بها، وهذا ما ينتظر المدن التجارية الجديدة.

16 رغم ندرة المراجع المتخصصة التي تحوى أحكاماً حديثة تواجه المستجدات التي أسفر عنها واقع التعاملات اليوم، ومن المراجع العامة: د. مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية والنظام القضائي، د. أحمد أبو الوفا،

الأول صور الحماية المؤقتة ومناطق التفرقة بين الأوامر الوقتية والأحكام الوقتية، في المطلب الأول موضوعه تعدد صور الحماية المؤقتة، ويتفرع إلى فرعين، الفرع الأول يتصدى لحصر الأوامر على عرائض، و الفرع الثاني يتناول مناطق اختصاص قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة.

والمطلب الثاني يبحث مناطق التفرقة بين الأمر الوقتي والحكم الوقتي في فرعين، الفرع الأول يبحث توافر أو افتراض حالة الاستعجال، أما الثاني فيبحث في وجوب عدم المساس بأصل الحق ورجحان وجود الحق، وموضوع المبحث الثاني هو تمييز إجراءات وسلطات قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة، وقسمناه بدوره إلى مطلبين خصصنا المطلب الأول لخصوصية إجراءات وشروط نظر الدعاوى الوقتية، والمطلب الثاني لتمييز سلطات قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة وتتصدى لاختلاف نطاق السلطة الإجرائية لقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة في الفرع الأول، ولنطاق السلطة التقديرية في الفرع الثاني، ثم نعقبه بخاتمة البحث والتوصيات.

المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1976، ص342، ومن المراجع المتخصصة: د.حسن عكوش، القضاء المستعجل في الفقه و القضاء، 1975، مكتبة القاهرة الحديثة، ص8، د. سيد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة، ط1، ص1.

المبحث الأول

صور الحماية المؤقتة ومناطق التفرقة

بين الأوامر الوقتية والقضاء الوقتي

6 - رغم أن السرعة هي سمة أحكام القضاء بصفة عامة، إلا أنها كانت دافعاً ومبرراً لوجود القضاء الوقتي واستقلاله بفرع قضائي متخصص نوعياً، فقد أدرك المشرع في حينه أهمية الوقت وأثر فواته على استقرار الأوضاع والتعاملات الاقتصادية، فسرعة حل النزاع تقدم ميزة لوجستية وتجعل القضاء الوقتي والمستعجل يتميز عن القضاء الموضوعي لأهمية الوقت الذي حرص على توفيره في هذا التنظيم المتميز بحسب إجراءاته ومواعيده، رغم أنه في ذلك الزمن لم يكن للوقت ذات الأثر الذي يخلفه في الوقت الحالي.⁽¹⁷⁾

ومع ذلك صار هذا الفرع القضائي الهام يعاني من مشكلة بطء التقاضي والتراكم المذهل للدعاوى ومحدودية فاعلية الإجراءات القضائية الوقتية وقصورها عن تقديم الحماية اللازمة، حال كون البطء في إصدار الأحكام الوقتية وتنفيذها ليس فقط مضيعة لأهمية الوقت وهو جوهر الحماية الوقتية، ومعتلاً لمصالح المتقاضين وإنما مضيعة لمعنى العدالة ذاتها، بحيث أصبح شائعاً أنه لا يقضى في النزاع إلا وقد تغير وجه الحكم فيه، فيكون غير منتج في كثير من الحالات .

فضلاً عن غلبة حالات الحكم بعدم الاختصاص نتيجة اختفاء حالة الاستعجال بوقوع الضرر في نطاق معاملات كلها تتطلع إلى السرعة، الأمر الذي يحتم تطوير القضاء الوقتي والمستعجل.

ولبحث سبل هذا التطوير علينا البدء بحصر الأوامر على عرائض، ثم تحديد مناطق التفرقة بين الأمر الوقتي والحكم الوقتي، وبحث مدى اعتبار توافر أو افتراض حالة الاستعجال، وعدم المساس بأصل الحق ورجحان وجوده مناطاً للتفرقة بين سياقات الأوامر الوقتية .

17 وتظر أهمية الوقت أيضاً في إجراءات التنفيذ الجبري من خلال تحديد مواعيد قصيرة، كميعاد الحضور في دعوى التظلم من وصف الحكم في المادة "291" مرافعات - ثلاثة أيام- ، وميعاد رفع دعوى المنازعة في اقتدار الكفيل بالمادة "295" مرافعات-ثلاثة أيام من تاريخ الإعلان- وموعد الاعتراض على قائمة شروط البيع م "422" مرافعات -ثلاثة أيام- .

المطلب الأول

تعدد صور الحماية المؤقتة

7 - الإجراءات الوقتية تتحد أهدافها وتتعدد صورها وتختلف إجراءاتها ومساراتها:

موضوع وغاية الإجراءات الوقتية هي الوقاية من خطر يهدد المصلحة التي يحميها القانون متى كانت متنازعةً عليها، وذلك خلال الفترة اللازمة لتحقيقها عن طريق القضاء الموضوعي وشموله بالتنفيذ، وأيضاً الحماية من الخطر الناشئ عن تأخير القرار الصادر في الموضوع، أو من خطر وقوع ما يمس المصالح التي يحميها القانون خلال الفترة اللازمة لإتمام الحماية القضائية الموضوعية مما يجعل تحقيقها مستحيلاً أو ناقصاً إذا ما تحول الخطر إلى ضرر قد يتعذر تداركه،⁽¹⁸⁾ فإن هذا ينطبق بوضوح على جانب من الحماية التي يقدمها القضاء الوقتي والمستعجل كما هو الحال في منازعات الحياة المدنية، حيث يكون موضوع وغاية الدعوى واستراتيجية الفصل فيها يهدف إلى إبقاء الحال على ما هو عليه، وذلك بسبب النزاع حول المصلحة التي يحميها القانون وهي الملكية .

وقد حمى المشرع من الضرر الناجم عن تأخير القرار القضائي حال عدم وجود نزاع حقيقي بصورة أخرى غير صور الحماية الوقتية ، فمثلاً عند وجود مديونية حالة ومحددة يطالب بها الدائن فهو لا يلجأ لطلب الحماية الوقتية وإنما ينشد وجوباً صورة أخرى للحماية متبعاً طريق استصدار أمر الأداء بأمر عريضة وفقاً للمواد من "201" وحتى "210"، ويتم تحديد جلسة لنظر المطالبة أمام القضاء الموضوعي إذا تعذر استصدار أمر بالأداء على عريضة. كما يملك القضاء الموضوعي تقديم الحماية الوقتية للدائن في صورة الطلبات العارضة الوقتية لحين الفصل في الموضوع .

8 - وقد عبر الفقه منذ فترة طويلة عن الحاجة لدراسة خاصة لنظرية القضاء الوقتي، ورأي بنظرة تستشرف آفاق المستقبل أن هذا القضاء يفتقر لدراسة خاصة تصيغ قواعده العامة وتجمع تطبيقاته المتنوعة، وهو عين ما نستشعر به اليوم من حاجة النظام القضائي لنظرية أو نظام نوعي متخصص للقضاء المستعجل، سنحاول رسم معالمه وأبعاده والفلسفة التي يستند إليها.⁽¹⁹⁾

18 د. وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي، مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع1، 15، يناير 1973، ص 176 والمراجع العديدة المشار إليها فيه. أمينة النمر، مناطق الاختصاص والحكم في الدعوى المستعجلة، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1967، ص137، محمد علي راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، دار الفكر العربي، ط4، ص37.

19 د. وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي، مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين

وتتناول في الفرع الأول حصر الأوامر على عرائض، وفي الفرع الثاني مناطق اختصاص قضاء الأمور الوقتية :

الفرع الأول نطاق الأوامر على عرائض

9 - حدد المشرع موضوع الأوامر على عرائض على خلاف الأوامر والأحكام المستعجلة:

عهد المشرع وفقاً لنص المادة "194" بالاختصاص الولائي بإصدار الأوامر الوقتية والأمر باتخاذ التدابير والإجراءات التي يراها عند البت في الطلبات التي يصدر بشأنها أوامر على عرائض لقاضي الأمور الوقتية في المحكمة الابتدائية، وهو رئيسها أو من يندب لذلك من قضااتها، أو قاضي محكمة المواد الجزئية، أو يصدرها القاضي أو رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى إن كان الطلب متعلقاً بدعوى موضوعية منظورة فعلاً أمام القضاء،⁽²⁰⁾ ومن ثم يتنوع الاختصاص بإصدار الأوامر على عرائض على الوجه الآتي:

1 - إذا كانت متعلقة بدعوى منظورة أمام القضاء يكون للطالب الخيار بين تقديم العريضة إلى قاضي الأمور الوقتية أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى، ويصدر الأمر على العريضة في هذه الحالة من القاضي الذي تقدم إليه العريضة، ومثال ذلك الأمر بتقصير المواعيد أو بالإعلان في غير الأوقات المسموح بها قانوناً.

2 - بالنسبة للأوامر على العرائض التي لا تتعلق بالتنفيذ ولا تكون متعلقة بدعوى منظورة، فيكون الاختصاص بها لقاضي الأمور الوقتية وحده.

والمشرع حصر الحالات التي يجوز فيها طلب استصدار أمر ولائي في المادة "194" مرافعات والمعدلة بالقانون رقم "23" لسنة 1992 بنصها على أنه: "في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى"، ومن ثم قيدت سلطة القاضي في إصدار الأمر على عريضة بحيث لا يكون له أن يصدر هذا الأمر في غير

شمس، ع1، س15، يناير 1973، ص 176 والمراجع العديدة المشار إليها فيه.

20 قد يتقرر اختصاص قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية وذلك بصرف النظر عن قيمة النزاع- كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للدائن الذي يريد أن يأخذ اختصاصاً على عقارات مدينه طبقاً لنص المادة "1089" مدني تقرر أن العريضة ترفع في هذه الحالة إلى رئيس المحكمة الابتدائية، وكذلك لو كان الإجراء المطلوب متعلقاً بنزاع غير مقدر القيمة فإنه يقدم أيضاً إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية، أما الاختصاص المحلي فيكون للمحكمة التي يراد اتخاذ الإجراء في دائرتها أو التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه.

الحالات التي يرد فيها نص في القانون يجيز له إصداره،⁽²¹⁾ ومن ثم الأوامر على عرائض على خلاف الأوامر والأحكام الوقتية والمستعجلة محددة و تخضع لحصر.

10 - خصوصية الحماية التي تقدمها الأوامر على عرائض واختلافها عن الإجراءات الوقتية الصادرة من قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة :

كافة الأوامر الوقتية تقدم حماية مؤقتة ولا تحوز حجية، وبالتالي يمكن العدول عنها أو تعديلها، ويمكن رفع دعوى موضوعية دون تعارض بينهما، فلا تقيد الإجراءات الوقتية قاضي الموضوع لأنها تمنح بالنظر إلى ما يدلى به ظاهر الأوراق من حق محتمل يتطلب حماية وقتية، فلا تكسب حقاً ولا تهدره فإذا فصل في الدعوى الموضوعية نهائياً لا يقبل طلب الأمر بإجراء وقتي يتعلق بذات الحق.

وتتفق في ذلك الإجراءات الوقتية الصادرة من قاضي الأمور الوقتية وفقاً للمادة "194"، مع تلك الصادرة من المحاكم المستعجلة وفقاً للمادة "45"، وأيضاً تتفق غاية الاختصاص الولائي بإصدار الأوامر الوقتية والأمر باتخاذ التدابير التي يراها كفيلة بصيانة مصالح الأطراف وحمايتهم على أساس الملاءمة وتقدير الظروف الملائمة للواقعة، وهي ذات الملاءمة التي يراعيها القاضي عند البت في الطلبات الوقتية التي يصدر بشأنها أحكام وأوامر يصدرها قاضي الأمور الوقتية في المحكمة بغير مواجهة.

وفي جميع الأحوال يصدر الأمر أو التدبير أو الحكم الوقتي مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون أي كان النظام القانوني الذي يحكمه، وذلك بمقتضى المادة "288" مرافعات،⁽²²⁾ فتنفذ الأوامر الوقتية على عرائض دون انتظار انقضاء ميعاد التظلم أو صدور حكم فيه، وأيضاً تصدر الأوامر والأحكام الوقتية من قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة مشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون.

ومن ثم تتفق الإجراءات الوقتية في شمولها بالنفذ المعجل تقديراً لاعتبارات السرعة

21 كانت الصياغة السابقة "في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر"، وقد صدر المنشور رقم "1" لسنة 1992 فتفتيش قضائي بضرورة عدم إصدار أوامر على عرائض إلا في الحالات التي نص عليها القانون، وبشرط اختصاص القاضي وطيفياً ومحلياً وقد صدر حكم محكمة النقض مؤكداً هذا الحظر بمناسبة الأمر الصادر بتسييل خطابات ضمان رقم 1975 لسنة 66 ق جلسة 12/12/1996 س 47، ج 2، ص 514، وذهبت في هذا الحكم إلى أن سلطة المحكمة مرهونة بوجود نص قانوني يجيز للخصم الحق في استصدار أمر على عريضة بحسابه استثناء لا يجرى إلا في نطاقه دون ما توسع في التفسير، وإذ لم يرد في القانون نص خاص ببيع وقف بتسييل خطاب الضمان عن طريق الأمر على عريضة، فلا يجدي الإرتكان للمادة "14" من قانون التحكيم سنداً للقضاء بتسييل خطابي الضمان وإيداع قيمتهما أمانه لدى البنك المطعون عليه.

22 نبيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني في المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ص 175، مشاراً إليه في: طلعت دويدار، سالف الإشارة، ص 52.

التي دفعت لطلب إصدارها، وطلباً للفاعلية التي دعت للإستجابة لها، ومن ثم لا تعد ميزة النفاذ المعجل معياراً للمفاضلة بين تلك الإجراءات الوقتية على تنوعها واختلاف الجهة القضائية التي تصدرها.

11 - الاختلاف بين الأحكام الوقتية والأوامر الوقتية على عرائض:

الحماية الوقتية التي يقدمها نظام الأوامر على عرائض تتم بدون مواجهة على خلاف الأوامر والأحكام الوقتية التي يصدرها القضاء الوقتي، ولا تخضع لقواعد الإثبات أو لطرق الطعن ولكن يجوز التظلم منها، ولا يلزم ذكر الأسباب التي بنى عليها الأمر باستثناء حالة صدور أمر على عريضة مخالف لأمر سابق، فيجب عندئذ ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلاً طبقاً للمادة "195" مرافعات.⁽²³⁾

وتصدر الأوامر على عرائض بمقتضى السلطة الولائية للمحكمة، وليست بمقتضى سلطتها القضائية كالأحكام الوقتية، ولا تستنفذ الأوامر الوقتية بنظام الأوامر على عرائض ولاية من أصدرها، فيجوز العودة لطلب إصدارها إذا رفضت، وإن كان مصيرها مؤقتاً زمنياً ووظيفياً، فتسقط إن لم تنفذ خلال ثلاثين يوماً، أما قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة فيصدر أحكاماً تستنفذ ولايته طالما بقي الحال على ما هو عليه، وتظل أحكامه قائمة ولو لم تنفذ، وتظل نافذة حتى يصدر حكم نهائي موضوعي، أو حكم وقتي آخر يعدله أو يلغيه.

ولعل الاختلاف الأساسي بينهما أن نظام الأوامر على عرائض لا يشترط فيها ما يجب أن يتوافر في القضاء الوقتي من وجوب توافر حالة الاستعجال، وحتى هذا الاختلاف ينفيه بعض الفقه ويرى أن عدم اشتراط المشرع وجوب توافر حالة الاستعجال في الأوامر على عرائض لا يعنى نفيها، ويدلل على ذلك بأن الأمر بالحجز التحفظي يعتمد على السرعة بل والمباغته، ولكون السرعة شرطاً ملحوظاً في هذه الدعوى شملها المشرع بالنفاذ المعجل ضمن الحالات التي نصت عليها المادة "288"، والتي يجمع بينها السرعة وليس فكرة التأقيت فقط، باعتبار أن فكرة التأقيت لاتبرر في ذاتها منح قوة النفاذ المعجل وجوباً بقوة القانون، وحتى لو توارت فكرة الاستعجال خلف التأقيت فإنها تظهر واضحة في وجوب النفاذ المعجل للأحكام الصادرة في التظلم من الأوامر على عرائض.⁽²⁴⁾

23 من حالات استصدار الأمر على عريضة وفقاً للقانون رقم 23 لسنة 1992 الإذن بإجراء الإعلان أو التنفيذ في غير المواعيد المحددة "م" 7 مرافعات"، والأمر بانقاص ميعاد المسافة أو بمد المواعيد العادية "م" 17" مرافعات، والأمر بإعلان ورقة أو عدم إعلانها "م" 18"، والأمر بانقاص مواعيد الحضور "م" 66"، والأمر بإعطاء الصورة التنفيذية الأولى في حالة امتناع قلم الكتاب عن إعطائها "م" 182".

24 كانت إجراءات الحجز التحفظي من اختصاص قاضي الأمور الوقتية قبل انتقالها لقاضي التنفيذ، ولكن يصدرها باعتباره قاضياً للأمور الوقتية، طلعت دويدار، سالف الإشارة، ص 63، وما أشار فيها من مراجع .

12 - خضوع الأوامر على عرائض للتظلم وخضوع الأحكام الوقتية للطعن بالاستئناف أياً كانت المحكمة التي أصدرته وفقاً لنص المادة "220" مرافعات:

اختصاص قاضي الأمور الوقتية بإصدار أوامر على العرائض يتشابه مع اختصاص قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة كما أسلفنا، ولكن محدودية قوة نفاذ واستمرارية الأوامر على عرائض في مقابل استمرارية بقاء الأوامر والأحكام الوقتية قائمة ما لم يصدر حكم موضوعي أو حكم مستعجل يلغيها يشكل فارقاً هاماً بينهما.

كما أن قاضي الأمور المستعجلة حكمه واجب التسبب وتراعى فيه قواعد إصدار الأحكام، فيصدر أحكامه بعد طرح النزاع وبحضور الخصوم بعد إعلانهم قانوناً، وسماع أقوالهم ومناقشتها، وبحث ظاهر المستندات، بينما قاضي الأمور الوقتية اختصاصه ولائي فينظر في الطلب بناء على عريضة تقدم من أحد الخصوم في غيبة الآخر ودون إعلانه، ويصدر أمره دون تسبب.

وهذا ينعكس على طرق الاعتراض علي القرار، فيتم التظلم من الأوامر على عرائض، بينما القرار الصادر من القاضي الوقتي والمستعجل سواء سمي حكماً أو أمراً هو حكم لا يخضع لأحكام السقوط، وإنما يطعن عليه .

فالطعن بالاستئناف جائز في كافة الأحكام المستعجلة أياً كانت قيمتها، وأياً كانت المحكمة التي أصدرته وفقاً لنص المادة "220" مرافعات، أي سواء كانت صادرة من قاضي الأمور المستعجلة أو القاضي الجزئي بصفته المستعجلة، أو من محكمة الموضوع الجزئية أو الكلية عند رفع الدعوى المستعجلة أمامها بطريق التبعية للدعوى الموضوعية، واستثناء من قاعدة أن الأحكام غير المنهية للخصومة كلها لا يجوز الطعن عليها على استقلال، يجوز الطعن فوراً في الأحكام الوقتية، وفي جميع الأحوال، وأياً كانت قيمة الدعوى وفقاً لحكم المادة "212" مرافعات، وحتى لو كان الحكم في الموضوع يدخل في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة، فيستأنف الحكم المستعجل رغم كون الحكم الذي سيصدر في الموضوع لا يجوز استئنافه، وميعاد استئناف الأحكام المستعجلة خمسة عشر يوماً أياً كانت المحكمة التي أصدرتها، ويفصل فيه على وجه السرعة تقديراً لحالة الاستعجال.⁽²⁵⁾

وهذه السلطة القضائية التي يتمتع بها قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة تستجيب لاعتبارات المنطق القانوني الذي يستوجب خضوع الإجراءات القضائية للمبادئ القضائية

25 مالم ينص القانون على غير ذلك كالحكم في دعوى قصر الحجز يكون نهائياً رغم وقتيته م304، أما الطعن بالنقض كطريق غير عادي أجازته المشرع في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في حالات محددة حصرتها المادة "248" مرافعات، والمادة "249" أجازت كاستثناء من الأصل للخصوم الطعن بالنقض في أي حكم انتهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي، وذلك للحيلولة دون تضارب الأحكام، هذا بخلاف حق النيابة العامة في الطعن وفقاً للمادة "250". أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير طعن فيها، 1993، ص278، بند 103، محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ص1180 وما بعدها.

القواعد المخاصمية وقواعد إصدار الأحكام، وتتفق مع الاعتبارات الواقعية التي تتطلب إشباعاً لغريزة العدالة في نفوس المتقاضين وتقديم حماية فعالة قد تستمر نافذة رغم طابعها المؤقت .

فالقضاء بصفة عامة وظيفته تقديم الحماية القانونية عندما تطرأ عقبات أو عوارض تهدد سير النظام القانوني أو فاعليته فيحلها، وهذا يحقق هدف حماية المصالح الخاصة للأفراد والمصالح العامة للدولة وأجهزتها، وهدف أبعد وأسمى هو تحقيق فاعلية القانون. ولما كان الأصل أن عمل القضاء لا يستدعى إلا عند حدوث عارض يستدعي تدخل القضاء لتحقيق غاياته وهي الحماية القانونية أياً كانت صورة تدخله وتوقيت ذلك، وعند الحاجة لحماية قانونية عاجلة للحقوق والمصالح من خطر التأخير يتدخل القضاء الوقتي والمستعجل بإصدار حكم أو تدبير وقتي يمنع وقوع الضرر الذي يهدد هذه الحقوق وتلك المصالح.

فامتداد المدى الزمني لفاعلية الأوامر والتدابير والإجراءات الوقتية لازمه أن تصدر بأحكام قضائية، فوقتية الأحكام والتدابير الوقتية والمستعجلة وصف يعني عدم مساسه بأصل الحق، وأنه لا يحوز حجية الأمر المقضي، ولكن لا يقصد به أنها تطبق لفترة محددة، وإنما يستمر نفاذها دون تحديد مدى زمني، وتظل سارية رغم صفتها المؤقتة، مع احتمال أن تتغير عند انفصالها عن الصفة المستعجلة التي دعت لإصدارها، أو بتعديلها وفقاً لما آلت إليه الظروف الواقعية.⁽²⁶⁾

13 - تعدد صور الحماية القضائية المؤقتة يتعارض مع اعتبارات التخصص ومقتضيات الاختصاص النوعي ولا تتكامل:

اتجه المشرع لتصنيف الأوامر والتدابير الوقتية والمستعجلة وفقاً لشكلها الإجرائي رغم أن الاختلاف في الإجراءات والتدابير الوقتية والمستعجلة لا يكمن في طبيعتها وإنما في صورها، وصورة القضاء الولائي كما ذهب بعض الفقه تعد من أكثر مناطق المرافعات غموضاً، مما دعا البعض إلى تحديده بطريق الاستبعاد بالقول بأن كل ما يباشره القضاء من نشاط غير قضائي يعتبر ولائياً.⁽²⁷⁾

26 د. عبد الكريم، فقه المرافعات الدولية، دار النهضة، ص 262، وتصنف صور الحماية تبعاً لتعدد وتنوع العوارض فإذا كان العارض هو تجهيل للمراكز القانونية أو إنكار لوجود الحق أو قدره فيتدخل القضاء الموضوعي، وإذا كان عدم تنفيذ الحق التنفيذي فيتدخل قضاء التنفيذ، أو مسألة دستورية فيتدخل القضاء الدستوري ليحسم المسألة.

27 د. عبد الباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، ص 643، بند 140، ومن الناحية العملية الإجراءات الوقتية بنظام الأوامر على عرائض توقع في كثير من الأحيان في خلط في قواعد الاختصاص، وصار مصيرها الرفض في غالبية الأحوال، وفي حال صدورها يتراخى تنفيذها وقد يتعذر أصلاً.

وفي إسناد الأوامر الوقتية للقضاء بأمر ولائي ما يخلق تعارضاً مع الأوامر الوقتية التي تصدر من القضاء الوقتي والمستعجل في المسائل التي يتفقا فيها في موضوع الحماية دون هدف أو حكمة من هذا الازدواج، ويظل الشكل الإجرائي هو وسيلة التفرقة بينهما دون تحقيق غايات متباينة، أو تكامل بينهما، بل يبعد الشكل الإجرائي بين الأوامر الوقتية والقضاء الوقتي بلا مبرر موضوعي.⁽²⁸⁾

يضاف إلى ذلك أن بعض الإجراءات الوقتية تتطلب من الفحص والمواجهة ما تقصر عنه إجراءات الأمر على عريضة، فضلاً عن توارى جانب من مبررات وجوده بإنشاء قضاء التنفيذ المتخصص نوعياً وآلت إليه بكثير من المسائل كطلب الحجز التحفظي، فضلاً عن إنشاء قضاء الأحوال الشخصية المتخصص نوعياً وعهد إليه بجانب كبير من اختصاص قاضي الأمور الوقتية.⁽²⁹⁾

ووجود قضاء وقتي متخصص نوعياً فرضته المادة "45" يقتضي أن يعهد إليه بنظر الطلبات الوقتية والمنازعات المستعجلة اتساقاً مع هذا الاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام والذي يفترض ألا ينظر غير المنازعات الوقتية، ولا ينظر غيره هذا النوع من المنازعات.

14 - ضرورة إسناد كافة الأمور الوقتية إلى القضاء الوقتي اتساقاً مع أهدافه وغاياته :

إسناد الأمور الوقتية إلى القضاء الوقتي يؤيده سببين:

الأول: هو غاية الإجراءات القضائية ودورها هو تحقيق هدف القانون وغاية العدالة، والثاني: وحدة تكوين الإجراءات الوقتية والمستعجلة تستوجب الجمع بينها بنظرية عامة تحكمه وتنظيم شامل يحقق فعالية واكتمال العمل القضائي الوقتي ليكون أكثر

28 د. وجدى راغب النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة، عين شمس، 1974، ص 64، راجع د. والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة، القاهرة، 1959، ص 382.

29 كالنفقة الوقتية والمنع والموافقة على السفر والولاية التعليمية على الصغير، كما أن إجراءات الحجز التحفظي من صور الحماية الوقتية يختص بها قاضي التنفيذ بأمر على عريضة بناء على بحث سطحي لظاهر الأوراق، أو جرى تحقيقاً مختصراً عند عدم كفاية المستندات م "319"، ولا يؤكد الحق بل يتقيد بعدم المساس به، ودوره الموازنة بين مراكز الخصوم وترجيح من يراه جديراً بالحماية القضائية، أمينة النمر، مناطق الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1967، ص 137، محمد على راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، دار الفكر العربي، ط 4، ص 37. وفي حالات أخرى خاصة كما في الحجز على السفينة جعله المشرع بالمادة "59" من قانون التجارة البحرية بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو من يقوم مقامه بوصفه قاضياً للأمر الوقتية، ويجوز لذات القاضي بمقتضى المادة "63" من هذا القانون رفع الحجز عن السفينة إذا قدم ضمان شخصي أو عيني آخر يكفي للوفاء بالدين، وهذا أيضاً يعتبر إجراءً مستعجلاً راعي فيه المشرع مصلحة الاستغلال البحري ومصلحة الدائنين الآخرين بديون بحرية، ومراعاة مصلحة الغير في الرحلة البحرية، راجع هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، ج 1، السفينة، ص 120.

إحاطة بالظواهر المجتمعية والقدرة على تحقيق الحماية المنشودة، الأمر الذي ينبغي معه تأصيل القواعد المنظمة لعمل القضاء الوقتي على نحو أكثر فعالية مما نظّمته نصوص قانون المرافعات الحالي بأن تجتمع كاملة في يد قضاء واحد متخصص نوعياً و بإجراءات ميسرة،⁽³⁰⁾ فتعدد وتنوع صور الإجراءات الوقتية وتوزعها بين ثلاثة جهات قضائية رغم وحدة تكوين الإجراءات الوقتية والمستعجلة يستوجب الجمع بينها وتوحيد جهة الاختصاص بالدعوى الوقتية والمستعجلة وإجراءات نظرها على تفصيل سنراه لاحقاً.

الفرع الثاني

مناطق التفرقة بين الأمر الوقتي والحكم الوقتي

15 -اتفاق اختصاص القضاء الموضوعي والمستعجل وقاضي الأمور الوقتية بنظر الطلب الوقتي واختلافهم بشأن شرط الاستعجال:

يجتمع اختصاص القضاء الموضوعي بإصدار أحكام وأوامر وقتية بالتبعية لموضوع الدعوى، وقضاء الأمور الوقتية باعتباره مختصاً نوعياً بإصدارها، وقاضي الأمور الوقتية بنظام الأوامر على عرائض، ولكن لا تلازم بين وقتية الطلب وحالة الاستعجال، فيصدرون أوامر وأحكاماً وقتية لا تمس أصل الحق، ويستقل القضاء الوقتي باشتراط توافر حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة "45"، فلا يختص القضاء المستعجل بنظر المنازعة التي تفتقر إلى ركن الاستعجال.⁽³¹⁾

وتنوع صور الحماية القضائية وتعددتها يفترض أن يهدف إلى مضاعفة الحماية الواجبة لحقوق ومصالح المتقاضين، وهذا بدوره يفترض أن تتكامل من أجل تحقيق أهداف وغايات العدالة، ومع ذلك يعرف النظام القضائي أنظمة تتعدد ولا تتكامل فنجد الاختصاص القضائي الموضوعي أي الاختصاص بفض المنازعات وتقرير الحقوق الموضوعية نزولاً على حكم القانون وإلزام المدين بأدائها وذلك من خلال إجراءات الدعوى القضائية الموضوعية، ونجد الدعوى القضائية الوقتية المستعجلة أمام القضاء الوقتي، وأيضاً الدعوى الوقتية أمام القضاء الموضوعي، والأوامر الوقتية أمام قاضي الأمور الوقتية بنظام الأوامر على عرائض .

وقد نظم المشرع القضاء المستعجل عندما أدرك أن التقدم الاقتصادي واتساع نطاق التعاملات وما ينجم عنها من خلافات وتهديد للمصالح يتطلب سرعة التصدي لها

30 د. وجدى راغب، رسالة، ص4، محمد راتب، نصر الدين كامل، قضاء الأمور المستعجلة، ط5، ج1، ص206.

31 الحكم في الدعوى رقم 2315 لسنة 2013، محكمة القاهرة للأمور المستعجلة بتاريخ 23/9/2013.

ووضع الحلول الوقتية الملائمة والملزمة في الوقت ذاته بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة واحترام الحقوق الظاهرة وصيانة مصالح الأطراف،⁽³²⁾ وقد نجح القضاء المستعجل -حينئذ- في تقديم المساندة العاجلة بأحكام متميزة بل ومبدعة في كثير من الحالات، على نحو جعل الأطراف يستشعرون في كثير من الحالات أن الالتجاء للقضاء الموضوعي لم يعد لازماً خاصة في ظل الوقت والإجراءات الطويلة التي يستغرقها.

16 - السرعة على أهميتها ليست فقط ما يميز القضاء المستعجل، وإنما يتميز بما يقدمه من حلول مدركة للمخاطر الاقتصادية والاجتماعية والمتحسبة للخطر المحدق:

ميزة القضاء المستعجل لا تعتمد فقط على قصر المواعيد والخضوع لبعض القواعد الخاصة والاستثناءات مراعاة لظروف الاستعجال،⁽³³⁾ وإنما يتميز بتحقيق اقتصاديات التقاضي باعتبار أن الوقت يقابله تكلفة مادية، وجوهر القضاء المستعجل - كما ينبغي أن يكون- ليس مجرد تقصير المواعيد، وإلا لغنى القضاء الموضوعي عنه إذا ما قصرت مواعيده، أو لاكتفي المشرع بالأوامر الوقتية بنظام الأوامر على عرائض.

فالتصورات المبدعة لصور الحماية العاجلة لما لا يحتمل التأخير، واتخاذ تدابير تستشرف المستقبل وتزيح الخطر الداهم الذي لا تسعفه الإجراءات المطولة ولا يحتمل الانتظار حتى يعرض على قضاء الموضوع هي غاية وجود هذا القضاء الوقتي .

وذلك باعتبار أن القضاء المستعجل لا يعالج فقط ببطء التقاضي، وما نشأته لعيب في القضاء الموضوعي أو لعدم قدرته على تحقيق غاياته في تدارك المخاطر التي تهدد حقوق ومصالح الأطراف، وإلا لاكتفي المشرع بإمكانية تقديم الطلبات الوقتية العارضة أمام قاضي الموضوع. فالسرعة والقدرة على تقديم حلول مدركة للمخاطر الاجتماعية والاقتصادية والمتحسبة للخطر المحدق هي ما يميز القضاء المستعجل ويبرر وجوده واستقلالته .

وإن كانت إجراءات القضاء الوقتي صارت تطول بصورة تؤثر في جدوى الحكم الصادر لمرور فترة طويلة، فما أكثر المصالح المعطلة التي تعج بها ملفات الدعاوى وتتصل

32 يرجع تنظيمه لأول مرة في قانون المرافعات الصادر عام 1883 بمقتضى المادة "25"، ثم جاء اختصاص القاضي الجزئي بالحكم في الأمور المستعجلة في المادة "28" من قانون المرافعات القديم ضمن الباب الأول من الكتاب الأول من هذا القانون تحت عنوان "الأصول المتعلقة باختصاص المحاكم بالنسبة لأنواع القضايا وأهميتها".

33 كعدم إلزام المدعي بإيداع مذكرة بدفاعة مرفقاً بها المستندات في قلم الكتاب قبل الجلسة المحددة كما هي القاعدة في الدعاوى العادية طبقاً للقواعد المقررة بقانون المرافعات، والأمر في حالات الضرورة بانقاص ميعاد الحضور من ساعة إلى ساعة، ويعلن أمر إنقاص ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة إلى المعلن إليه مع الورقة المعلنة، والنيابة العامة لا تمثل في الدعاوى المستعجلة.

بمعاملات في غاية الأهمية والدقة وتتطلب السرعة والعدالة، بينما تأتي قرارات بعض القضاة شديدة البطء خاوية من الحلول الناجعة غير المنصفة في ذاتها أو في أثرها، غير محققة لمصالح المتضررين والمنكوبين والمظلومين.

وإنما تأتي أهمية وميزة القضاء الوقتي والمستعجل في قدرته على معالجة مواطن الخطر، وغلغلق منابع الضرر قبل تفجرها في وجه الأفراد من المتعاملين وأصحاب الحاجات، وهذا يستدعي تأكيد استقلاليته كقضاء نوعي تتوافر له القدرة على سرعة التدخل بالحماية ومواكبة التطورات والتغيرات التي تتطلب طرقاً جديدة وملائمة للحفاظ على الحقوق والمصالح وحفاظاً على الأدلة، واتخاذ إجراءات مؤقتة لحماية وصون حقوق ومصالح المتقاضين من أخطار تهددها إذا ما تركت بدون تلك الحماية .

وتنوع صور الحماية الوقتية وتعدد مساراتها بين القضاء الوقتي والموضوعي لا يجب أن يصرف النظر عن غاية وجود القضاء الوقتي والمستعجل وبما يجاوز تلك الحماية الوقتية، وهو تحقيق الأمن والاستقرار المجتمعي، وهو ما يملكه القضاء الوقتي والمستعجل إذا ما أتيح له ذلك بتطوير هذا المرفق الهام، وتجميع مسارات الدعاوى الوقتية أمام هذا القضاء .

إن فعالية الحماية القضائية الوقتية والمستعجلة التي يفترض أن يمنحها القضاء الوقتي تتبدى في تقديم حلول عاجلة تتفادى ليس فقط خطورة ترقب الحكم الموضوعي الذي قد يؤدي تأخره إلى ضياع الحقوق أو الضمانات التي تحميها، وإنما تفادى خطر وقوع الضرر المحدق، ومن ثم السرعة هي سبب تخصص القضاء الوقتي وعنوانه، والفاعلية هي حكمة وجود كافة صور الإجراءات الوقتية سواء أمام هذا القضاء الوقتي المتخصص، أو أمام الجهات القضائية الأخرى التي أناط بها المشرع استصدار هذه الأوامر والأحكام الوقتية.

17 - الموازنة بين المصالح المتعارضة هي جوهر الحماية القضائية الوقتية على اختلاف صورها:

تعتمد الحماية الوقتية في جوهرها على الموازنة بين المراكز الواقعية للخصوم، وهذه الموازنة تكون أكثر وضوحاً أمام قضاء الأمور الوقتية، فيرعي مصلحة رافع الدعوى تارة، ومصالح المرفوع عليه الدعوى تارة أخرى غير عابئ بكون المدعي هو من رفع الدعوى، مستهدفاً الأثر الواقعي لحكمه ومرتكزاً على سلطته الواسعة، ومستخدماً سلطته في تحويل الطلبات، ومتوخياً الهدف من وجود هذا القضاء وهو تحقيق الحماية الوقتية العاجلة، وهذا ما ينفرد به القضاء الوقتي ويحدد غايات وجوده .

لذلك تؤدي الحماية الوقتية دوراً وقائياً في تحقيق الأمن والاستقرار قد يفوق الدور العلاجي الذي يمارسه القضاء الموضوعي أهمية وقد يغني عنه، لذا يصعب الاستغناء عن هذا الدور الوقائي لصور الحماية القضائية،⁽³⁴⁾ والقيام بهذا الدور اقتضى منح القاضي ليس فقط سلطة التحقق من شروط اختصاصه، وفروض تطبيق القاعدة القانونية،⁽³⁵⁾ وإنما منحه سلطة واسعة في تقدير ملاءمة الإجراء المطلوب، مستعيناً بالظروف الواقعية والقانونية المحيطة بالواقعة، وتداعيات القرار الذي سيصدره على المدين أو المدعي عليه، فيستشرف المستقبل من معطيات الواقع.⁽³⁶⁾

هذا الدور الذي يقوم به القضاء الوقتي من اليسير تفهمه والقيام به أمام القضاء الوقتي المتخصص نوعياً، بينما تقصر صلاحيات قاضي الأمور الوقتية عن ذلك، فهو يقبل الأمر على عريضة أو يرفضه وهذا هو الغالب لعدم قدرته على إجراء هذه الموازنة في غياب الخصوم .

18 - وقتية الطلب ليست مناطق التفرقة بين الأمر الوقتي والحكم الوقتي:

يستند الطلب الوقتي إلى وقائع قابلة للتغيير والتعديل، ويهدف إلى تحديد مراكز الخصوم تحديداً مؤقتاً دون الفصل في أصل الحق أو المساس به، لذلك لا يجوز للخصم الذي يطلب نفقة مؤقتة من قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة أن يطلب منه الحكم له بالدين، ولا لمن يستشكل في التنفيذ أن يطلب بطلان الإجراءات، ولا للمدعي في دعوى تعيين حارس قضائي أن يطلب الحكم له بملكية المال المطلوب وضعه تحت الحراسة.

34 من صور الحماية الوقتية الوقائية نظام الحجز التحفظي الذي يجمع بين الاستعجال ووجود خطر من التأخير بما يبرر الحماية الوقائية خشية فقدان الضمان العام، فيوازن بين الحفاظ على حقوق الدائن حتى لو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط، وفي الوقت ذاته لا يحرم المدين من سلطاته كمالك، ورغم أنه لا يشترط لتوقيعه أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي ومن ثم يجوز لصاحب الحق توقيعه ولو لم يكن حقه مقدراً طالما كان الحق محقق الوجود وحال الأداء، أما إذا كان الحق محتملاً فيمكن لصاحبه اتخاذ إجراءات تحفظية أخرى كجرد الأموال أو وضع الأختام، أو الأمر بالاختصاص الذي يخول للدائن الحق في الاختصاص بعقار أو أكثر من العقارات المملوكة لمدينه ضماناً لدينه، وذلك طبقاً للمادة "1085" مدني، طلعت دويدار، سالف الإشارة، ص 8

35 فلا يكون ملزماً ببحث عنصر الاستعجال عندما يكون مفترضاً بنص القانون كما في الدعاوى المستعجلة بنص القانون كدعوى لحراسة وسماع شاهد وإثبات الحالة، وافترض المشرع تحقق الاستعجال بقوة القانون في بعض الفروض أثره إعفاء الدائن من إثباته كما أعفى القاضي من تقدير وجوده، كما في الحجز التحفظي أمام قاضي التنفيذ بحسابه قاضياً للأمور المستعجلة، وعملاً بالمادة "316" الحجز التحفظي على منقولات التاجر إذا كان دائته حاملاً لكميالية أو سند إذني، والمادة "317" الجز التحفظي على منقولات المستأجر، والمادة "318" في الحجز التحفظي الاستحقاق للمنفول لدى حائزه، طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ص 212.

36 نبيل اسماعيل عمر، التقدير القضائي المستقبلي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ط 1، 1999، ص 13.

والطلب الوقتي قد يختص به قاضي الموضوع دون قاضي الأمور المستعجلة إما لعدم توافر الاستعجال رغم أنه وقتي، وإما لأن الفصل فيه يقتضي بحثاً موضوعياً لا يتفق وطبيعة اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، كدعوى استرداد الحيازة يختص بنظرها قاضي الموضوع عند انتفاء شروط اختصاص القضاء الوقتي وهو شرط الاستعجال، وتعتبر دعوى وقتية والحكم الذي يصدره القاضي هو حكم وقتي لا يفصل في أصل الحق.

فوقتية الطلب تعني عدم مساسه بالموضوع، وتتفق في وقتية الطلب كافة الإجراءات الوقتية أياً كانت الجهة التي تصدرها، وذلك لأن طلب البت في أصل الموضوع يفقد الطلب الوقتي أساس وجوده،

وقد استعان المشرع بالإجراءات الوقتية وشملها بالنفاذ المعجل وقرنها بدواعي الاستعجال وصفة التأقيت من خلال مفهوم وظيفي للقضاء الوقتي محوره فكرة الاستعجال التي تتوهج وضوحاً في تطلبها كشرط لاختصاص القضاء الوقتي، وتتوارى خلف فكرة التأقيت في كافة الإجراءات الوقتية الأخرى على اختلاف الجهة القضائية المختصة بإصدارها، وهذا يدعو للتساؤل عن حكمة تعددها.

المطلب الثاني

شروط اختصاص قضاء الأمور المستعجلة

19 -حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق هما شرطي الاختصاص والحكم في الدعوى الوقتية المستعجلة:

أوضحنا أن الحكم الوقتي تتعدد مصادره، فقد يصدر من قاضي الأمور الوقتية بأمر على عريضة، أو من قاضي الموضوع كطلب عارض، أو من قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة عملاً بالمادة "45"، وكل منها له إجراءات وقواعد مغايرة من حيث الاختصاص وشكل الإجراءات وسيرها ومراحلها ونهايتها.

واختلاف الإشكال وطبيعتها هذا لا يحول دون وحدتها في فكرة الوقتية وعدم المساس بأصل الحق والحجية والنفاذ المعجل والقوة التنفيذية، ووحدها في هدف الحماية من خطر التأخير الذي يهدد المصلحة القانونية حتى عندما لا يشترط الاستعجال صراحة كما في الحجز التحفظي، أو حتى عندما افترضه بنص كسماع شاهد وإثبات الحالة أو عندما اشترط وجود نزاع كما في الحراسة، وهذه الغاية تفرض وجود نظاماً قانونياً موحد يجمعها.⁽³⁷⁾

37 وقتية الطلب شرط أساسي لإصدار الأمر الوقتي والاستعجال شرط اختصاص القضاء الوقتي، كذلك تصدر أوامر وقتية من محكمة النقض أو الاستئناف فيما يتعلق بوقف التنفيذ مثلاً، ومن قاضي التنفيذ كالحجز التحفظي

ويتحدد اختصاص القضاء الوقتي والمستعجل نوعياً بنظر كافة الدعاوى الوقتية والتحفظية التي يتوافر فيها الشروط التي حددتها المادة "45"، مرافعات من ضرورة توافر الاستعجال لثبوت اختصاص القاضي، والتقييد بعدم المساس بأصل الحق.

وستتناول فيما يلي دراسة شروط اختصاص قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة، للوقوف على ضوابط حالة استعجال كمناطق لاختصاص القضاء الوقتي في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني عدم المساس بأصل الحق ورجحان وجوده .

الفرع الأول

حالة الاستعجال كمناطق لاختصاص القضاء المستعجل

20 - حالة الاستعجال تعبر عن سرعة الحصول على الحماية التي تبررها أسباباً واقعية، أما خطر وقوع الضرر فيتعلق بموضوع الحماية ذاتها:

اشتراطت المادة "45" مرافعات ضرورة توافر الاستعجال لثبوت الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة، وهذا التقييد خرج عنه في دعاوى معينة نص عليها.

وإصدار الأحكام والأوامر الوقتية والعاجلة دافعها هو الخطر الذي يستوجب سرعة التدخل، ويكون الخطر ملجئاً أو وشيكاً عندما يهدد بوقوع الضرر في أية لحظة، ويشترط أن توجد أسبابه بالفعل عند طلب اتخاذ هذه التدابير، أو إصدار تلك الأوامر والأحكام، وأن يستمر لحين صدورها.⁽³⁸⁾

والمشرع لم يحدد أوصاف الخطر كمناطق لتوافر حالة الاستعجال في المادة "45"، واكتفى بوصف عام يتحقق به اختصاص القضاء المستعجل في كل حالة يقدر فيها القاضي وجود حالة استعجال،

أما في الدعاوى التي قررها المشرع بنصوص خاصة فقد وضع لها أوصافاً ومعايير مختلفة تتحقق بها صورة الاستعجال، هذه الأوصاف تحدد صورة الاستعجال في تلك الدعاوى لتوجيه القاضي للحالات التي يحكم فيها بالإجراء أو تلك التي يرفضها، لذلك نجد وصف المشرع لحالة الاستعجال في دعوى إثبات الحالة غير دعوى سماع شاهد، وهما يختلفان عن وصف الاستعجال في دعوى الحراسة رغم اختصاص القضاء المستعجل بهم جميعاً اختصاصاً نوعياً بنص القانون .

وإشكال التنفيذ، راجع د. وجدى ص261.

38 د. وجدى راغب، سالف الإشارة ص237، ويرى الحكم بالحراسة والحجز التحفظي تدابير ونزاهما أحكاماً وقتية .

والخطر قد يكون خطراً عاجلاً كما في دعاوى حفظ الأدلة كأن يكون الشاهد مسناً أو يعاني مرضاً خطيراً يهدد بوفاته أو يوشك على سفر طويل، أو يتهدد الواقعة خطر أن يتغير معالمها أو تضيع.⁽³⁹⁾

بينما لم يشترط المشرع أن يكون الخطر عاجلاً في الحجز التحفظي في المادة "316"، واكتفى بوجود حالة استعجال وخطر يهددان الضمان العام دون أن يصف الخطر ذاته بكونه "خطر عاجل"، رغم أنه لا يكفي في الحجز التحفظي وجود الخطر العام الذي يواجه الدائن وهو إمكانية فقد الدائن لحقه، فهذا متصور بالنسبة لأي دائن، وإنما يلزم توافر ظروف واقعية تدل على أن خطر فقد الضمان صار احتمالاً قوياً وشيك الوقوع، كأن تقوم دلائل على أن المدين يتأهب للفرار أو لإخفاء أمواله أو تهريبها أو التصرف فيها، أو تقوم دلائل على اختلال أعماله أو تصرفاته المالية .

وفكرة الاستعجال في ذاتها تعبر عن الرغبة في سرعة الحصول على الحماية التي تبررها أسباب واقعية كالحاجة الفورية والمصلحة استرداد العين مثلاً، أما الخطر فيتعلق بموضوع الحماية ذاتها والدافع إليها كاستغلال المستأجر للعين على نحو يعرضها للخطر، ولكن هذا لا يعنى أن الجمع بين الاستعجال والخطر يعد وصفاً للخطر بأنه عاجل.⁽⁴⁰⁾

فما يتسق مع وظيفة القضاء المستعجل ويرتبط بمسماه هو وجود حالة استعجال ملجئة لطلب الحماية تتعلق بمصلحة طالبها في تلافي خطر وقوع الضرر، ولكن الجمع بين الاستعجال والخطر لا يعد وصفاً للخطر بأنه عاجل، فهما شرطان مستقلان، وما يثير اللبس أن المشرع اشترط أن يكون الخطر عاجلاً في بعض الحالات .

ويظل لتوافر أوصاف الخطر أثره في تحديد الإجراء أو التدبير المطلوب ومدى فعاليته أو ملاءمته لمواجهة هذا الخطر، إذ تختلف صورة الحماية تبعاً لصورة خطر الضرر الذي يهدد مصلحة من يطلب تلك الحماية.

والاختلاف بين الحالتين ليس نظرياً بحثاً، وإنما يتعلق بسلطة القاضي في تقدير حالة الاستعجال، فلا يشترط وجود خطر عاجل في الدعاوى التي تخضع لحكم المادة "45"،

39 وهي تختلف في ذلك عن الدعاوى الوقائية الموضوعية التي يختص بها قاضي الموضوع وفقاً لقيمة الحق الثابت بها، ولا يشترط فيها الاستعجال وتوافر الخطر على استقلال كدعوى تحقيق الخطوط لحماية حامل المحرر من خطر إنكار توقيعه أو خطه عند المطالبة بالحق الثابت في المحرر، أو دعوى التزوير الأصلية "م459 إثبات" لحماية حامل المحرر من خطر الاحتجاج على حامل المحرر من خطر الاحتجاج عليه بالمحرر المزور لمطالبته بالحق الثابت فيه، ويجمعها الفقه الفرنسي تحت فكرة دعاوى التحقيق المتعلقة بمنازعات مستقبلية . فلا يختص بها القضاء المستعجل لانتفاء فكرة الاستعجال من ناحية، ولأن موضوعها يتطلب أن يكون الحكم فيها موضوعياً ويحتج به على قاضي الموضوع بشأن صحة المحرر أو تزويره .

40 وجدى راغب، ص238، ويرى أن طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض تدبير وقائي يحكم به لدفع خطر تنفيذ الحكم، ويراه خطر عاجل بطبيعته بالنظر لما يتمتع به الحكم من قوة تنفيذية .

فهذا وصف للواقعة التي أوجدت حالة الاستعجال، ويحكم بعدم الاختصاص عند انتفاء حالة الاستعجال، بينما في الحالات التي تطلب المشرع فيها توافر الخطر كوصف مستقل عن الاستعجال، وفي الحالات التي وصف الخطر بأنه عاجل يرفض القاضي الدعوى إذا لم يتحقق وجوده .

يؤكد ذلك أنه في حالات أخرى تطلب المشرع في خصوصية المادة "251" وجود ضرر جسيم يتعذر تداركه، أي وجود خطر وقوع ضرر جسيم لا يمكن إصلاحه إذا لم يتدخل القضاء،⁽⁴¹⁾ وهذا معيار استثنائي تطلبه المشرع في هذا الفرض، فيرفض القاضي الدعوى إذا لم يتحقق.⁽⁴²⁾

فتتحقق الحماية بإصدار أمر باتخاذ إجراء يمنع الضرر قبل وقوعه كلما أبانت ظروف الدعوى ووقائعها ثبوت خطر تحقق ضرر وشيك يصعب أو يتعذر تداركه.⁽⁴³⁾

ووجود خطر وشيك أو حال على نحو ينبئ بضرر محقق ينتظر وقوعه في أية لحظة يفترض كونه خطراً حقيقياً وليس متوهماً، فإذا زال الخطر الذي كان يوشك أن يوقع الضرر انتفي شرط الاستعجال ومن ثم اختصاص القضاء المستعجل، ومن ناحية أخرى يحدد وصف الخطر تقدير ملاءمة الإجراء.

فالإجراءات والتدابير الوقتية تكون لازمة كلما أبانت ظروف الدعوى وجود خطر يهدد بوقوع ضرر، كما لو وجدت ظروف تهدد بضياع الحق أو فوات المصلحة المشروعة، كلياً أو جزئياً، أو زوال دليل، وكون الضرر وشيكاً لا يعنى بالضرورة أن يكون دائماً ضرراً جسيماً، وهذا يتفق مع الاعتبارات الواقعية التي تستلزم أن يكون تدخل القضاء بإجراءات عاجلة في طبيعتها وملائمة.⁽⁴⁴⁾

41 خطر الضرر الذي لا يمكن إصلاحه أو تداركه تتحقق إذا وقع تهديد بنشر صور أو إذاعة أسرار لأن إذاعتها أو نشرها لا يمكن إصلاحه أو الرجوع فيه، أو خطر وقوع ضرر جسيم يهدد السمعة التجارية أو خطر الإفلاس، بحيث لا يصبح كافياً لإزالة الضرر تقديم بديل مساو لإشباع المصلحة، أو تعويضه، وهذا يعبر عن جسامته الضرر وتعذر تداركه، وأيضاً من صور خطر الضرر الذي لا يمكن إزالته خطر إساءة علاقة الثقة بين البنك وعميله، أو استخدام الناخب بيانات سرية أو عائلية في حملته الانتخابية أو معلومات سياسية، وكذلك وجود ظروف بيئية أو مهنية من شأنها أن تؤثر في صحة أو سلامة العاملين أو السكان وتهدد بوقوع أو تفشي الأمراض راجع: د. وجدى راغب، سالف الإشارة، ص240.

42 من أمثلة الإجراءات العاجلة منع الجار من إحداث ضوضاء مستمرة أو ليلاً، أما صور الضرر الذي يتعذر إصلاحه وإن لم يكن جسيماً فوات برامج أو مسابقات هامة، أو استخدام اسم تجاري أو مهني يختلط باسم آخر، أو حرمان المستأجر من تركيب الدش وقد صدر حكم القضاء المستعجل بالتمكين من تركيبه، راجع حكم محكمة القاهرة للأموال المستعجلة، جلسة 24/2/1961، المجموعة الرسمية، ج60، ص820.

43 أما مجرد إمكانية وقوع ضرر في المستقبل تكون مواجهته بالوسائل القضائية الأخرى كأحكام الإلزام في المستقبل، والأحكام التقديرية التي تحوز حجية وتخول طالب الحماية اقتضاء حقه في المستقبل وإزالة الاعتداء الذي حدث، عبد المنعم الشرفاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة، القاهرة، 1947، ص196.

44 ضرورة توسيع اختصاص القضاء المستعجل لمسايرة تطور الحياة الاقتصادية مطلباً قديماً، وصار ملحاً

وقصر تحقق شرط الاستعجال على وجود حالة خطر وقوع ضرر لا يمكن إزالته أو إصلاحه يتنافي مع فكرة الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل،⁽⁴⁵⁾ فالضرر الوشيك ولو كان ممكناً إصلاحه يعبر عن حالة استعجال تنأى عن بطء إجراءات التقاضي العادية، ويعتبر سبباً للاختصاص العاجل لقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة، وعدم تطلب جسامه الضرر الذي يهدد الحقوق والمصالح المشروعة هو بالفعل وفي حقيقته ضبطاً لاختصاص القضاء الوقتي والمستعجل ليتسع لكافة حالات الاستعجال، وتمكيناً له من أداء دوره، وفي الوقت ذاته يتيح له تقدير ملاءمة الإجراء المطلوب الأمر به لتحقيق الحماية العاجلة الفعالة.

والحقيقة أن التأخير في تقديم الحماية القضائية العاجلة يهدد في ذاته بوقوع ضرر نهائي، وتداركه يتطلب عدم التراخي في إصدار القرار الوقتي حتى لا تفوت فرصة أو قيمة الحماية القانونية العاجلة بسبب تأخرها، وتخير الإجراء العاجل الذي يحول دون وقوعه، وإلا كان القضاء المستعجل متنكباً عن أداء مهمته، لأن التراخي أو التقاعس في تقديم الحماية العاجلة لحين تحقق الخطر وحدث الضرر بالفعل يحول دون إصدار القرار الوقتي، ويعتبر نكولاً عن الحكم في الدعوى يثير مسؤولية القاضي عن إنكار العدالة .

21 - رأينا: وقوع الضرر بالفعل أثره من الناحية الإجرائية ينبغي أن يكون إحالة الدعوى للمحكمة الموضوعية المختصة :

عند وقوع الضرر بالفعل أثره من الناحية الإجرائية ينبغي أن يكون في هذا الفرض إحالة الدعوى للمحكمة الموضوعية المختصة، وفي هذا تيسير على المتقاضين وعدم تحملهم أثر التراخي أو التقاعس، فلا يكتفي القاضي بالحكم بعدم الاختصاص، وتحميل المدعي خطر التأخير في منح الحماية العاجلة.⁽⁴⁶⁾

فالمصلحة التي يخشى عليها من فوات الوقت وخطر التأخير في حمايتها هي الجديرة بالحماية الوقتية العاجلة، وأثر وجودها يضيف بظلاله على صورة الإجراء أو القرار الذي يقضي به قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة.⁽⁴⁷⁾

دأمانة النمر، رسالة، ص 47، محمد على رشدي، ص 45، بند 31، محمد وعبد الوهاب العشماوي، ج 1، ص 255، بند 216.

45 د. وجدى راغب، سالف الإشارة، ص 250.

46 د. وجدى راغب، ص 246، 248.

47 وقد اعتبر بعض الفقه هذه الخشية من فوات الوقت درجة من درجات الاستعجال، وذلك باختلاف درجة الاستعجال وهل هي عادية أم حادة، أم أن الخطر عاجلاً ولكن يكفي لدفعه إجراءات التقاضي العادية، راجع: راتب ونصر الدين ج 1، ص 1015.

وبعبارة أخرى خشية فوات الوقت تعد خطراً آخر غير خطر وقوع ضرر وشيك، و تعبر عن أهمية الوقت كقيمة اقتصادية وهو معيار يقيس حاجة ذوي الشأن للحماية العاجلة، وتعتبر قاعدة عامة تواجه الحالات القائمة وتستوعب كافة صور الاستعجال، وتغني عن استخدام تعبير الاستعجال في وصف مسمى هذا القضاء وشروطاً لاختصاصه.⁽⁴⁸⁾

وخشية فوات الوقت وفقاً للمادة "730" مدني تعد شرطاً لصدور الحكم بالحراسة تتطلب المشرع ضرورة توافرها فصارت ركناً واجب تحقيقه،⁽⁴⁹⁾ فيلزم توافر خطر التأخير في منح الحماية للحكم بفرض الحراسة، ومن ثم لا يكفي مجرد توافر خطر وقوع الضرر باعتباره مناط توافر حالة الاستعجال التي ينعقد بها اختصاص القضاء المستعجل بصفة عامة.⁽⁵⁰⁾

22 - كفاية الإجراءات وملاءمتها تعنى أن الخطر الذي يواجه بهذا الإجراء أو التدبير لا تجدي معه إلا هذه الوسيلة، فتتحقق فعالية الحماية العاجلة:

المشرع في المادة "45" مرافعات عندما لم يضع تعريفاً للاستعجال، واكتفي باشتراط توافر حالة الاستعجال لثبوت اختصاص القضاء المستعجل،⁽⁵¹⁾ ومنح القاضي سلطة تقدير وقائع الدعوى وتقدير ما إذا كانت مصلحة المدعي مهددة فعلاً بخطر يتحقق معه حالة الاستعجال التي تبرر قبول الدعوى، وسلطة تقدير صورة الحماية التي تتطلبها، فيصدر الأمر أو الإجراء الذي يلائمها.⁽⁵²⁾

48 الاستعجال غير الحكم على وجه السرعة على نحو ما تطلبه المشرع في بعض الدعاوى، كدعوى الشفاعة "م 943 مدني" حتى لا يظل مصير العقار معلقاً ويحجم الأفراد عن التعاملات العقارية، ودعوى شهر الإعسار "م 250 مدني" حفاظاً على حقوق الدائنين، ودعوى صحة جرد التركة رعاية لحقوق ذوي الشأن المادة "890/3" من القانون المدني، ودعوى العامل لإلزام رب العمل بدفع الاشتراكات للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية "م 120" من قانون التأمينات الاجتماعية، ونظر الدعوى على وجه الاستعجال أو على وجه السرعة لا يغير من طبيعتها الموضوعية، ولا يخضعها لإجراءات خاصة، ولا يحول دون رفع دعوى وقتية بشأنها. د. نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 406.

49 وهو كذلك أيضاً في الحجز التحفظي عندما يتمثل الخطر في خشية الدائن فقد ضمان حقه، ومن ثم استحالة حصوله عليه كاملاً، وفوات فرصة حمايته وهذا يجسد معنى خطر التأخير، وكذلك وقف التنفيذ من محكمة النقض وفقاً للمادة 251 إذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، أي استحالة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ. والاستحالة هنا لا يقصد بها الاستحالة المطلقة من الناحية المادية أو الواقعية، فمثلاً إخلاء عقار أو هدمه أو إخلاء محل تجاري يمكن مادياً إعادة بنائه أو إيجاد مكان غيره، ولكن هذه مسألة صعبة ومرهقة ولن يكون مماثلاً له، ولن يمحو ما حدث للمحكوم عليه.

50 د. وجدى، ص 251، عبد الحكيم فراج، ص 234، استئناف القاهرة 11/1/1986، المحاماة 48، ص 150.

51 د. معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 26.

52 د. الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة، 2000، ص 186، أبو هيف، المرافعات، ص 744، بند 1053، رمزي سيف، الوسيط، 250، بند 205، عبد الباسط جميعي، ص 154، نقض 27/2/1979، مج 30، ع 80، نقض 12/5/1972، مج 24، ص 740، جلسة 27/3/1077 نقض مدني، د. عمالية، مجلة إدارة

23- استقلال القاضي بتقدير توافر شرط الاستعجال كمسألة واقعية ورقابة النقض علي ملاءمة الاجراء لحالة الاستعجال الواقعية التي تبينها القاضي من أوراق الدعوى:

الاستعجال مسألة قانونية يخالطها واقع، فوجود حالة الاستعجال مسألة واقعية، أما الإجراء الملائم لحالة الاستعجال فهي مسألة قانونية، غير أن اشتراط توافر حالة الاستعجال كمناطق للاختصاص النوعي للقضاء الوتقي والمستعجل يرتب أثراً هاماً هو أن الخطأ في تقدير توافر حالة الاستعجال، أو في تقدير استمرارها يخضع لرقابة النقض بحسابه خطأ في الاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام، أما الخطأ في تقدير وقتية الإجراء المطلوب أو في عدم مساسه بأصل الحق سبباً للطعن على الحكم بالبطلان وفقاً للقواعد العامة للطعن بالنقض.

فوجود الاستعجال هو الذي يبرر الحكم بإجراء لا يكون من شأنه المساس بأصل الحق، وهذه الأحكام نوعاً قائماً بذاته متميزاً بطبيعته عن سائر الأحكام، ويعتبر حكم القضاء المستعجل في مسألة اختصاصه حكماً صادراً في مسألة اختصاص مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض وفقاً لنص المادة العاشرة من قانون إنشاء محكمة النقض.⁽⁵³⁾

وقاضي الأمور المستعجلة يتعرف على حاجة المدعى وأساسها، ويتخذ إجراءً وقتياً عاجلاً يحمي به الطرف الذي تنبئ ظاهر الأوراق عن أنه جدير بهذه الحماية.⁽⁵⁴⁾

وشرط الاستعجال شرط وجود واستمرار، فالاستعجال ضابط ظرفي قوامه خشية فوات الوقت، وهذا يستدعي الحماية القضائية الوقتية، والاعتماد على شرط الاستعجال للاختصاص يخلق اشكالية أن وصف الاستعجال معرّضاً للزوال وضابط الاستعجال يقوم على ظروف متغيرة تتطلب تدخلاً عاجلاً،

وجوهر الاستعجال هو خشية فوات الوقت ويتحقق كل حالة يطلب فيها منع ضرر محقق قد يتعذر إصلاحه إذا حدث، كإثبات حالة مادية قد تتغير أو تزول مع الزمن، أو

قضايا الحكومة، 1977، ع4، ص89.

53 وقد حكم بأنه إذا كان مبنى الدفع بعدم قبول الطعن أن الحكم المطعون فيه صادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عن حكم محكمة جزئية، قاضي الأمور المستعجلة، في غير الحالات المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون إنشاء محكمة النقض، لأن الحكم صادر في مسألة اختصاص القضاء المستعجل ومن ثم هو ليس من قبيل الاختصاص بحسب نوع القضية الذي تعنيه المادة سالفة الذكر كان الدفع على غير أساس، نقض مدني، 15/1/1948، المحيط في القضاء المستعجل لمحمود عاصم، ج1/رقم 7، ص35، مشاراً إليه في المرجع السالف ص93.

54 لذلك قضي بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى لانعدام الاستعجال في حالة طلب إعادة التيار الكهربائي عند وجود نزاع بخصوص تنفيذ عقد الاشتراك، أو عند وجود نزاع بخصوص نزع أجزاء مثبتة بحائط منزل لتوصيل أسلاك التليفون إذا بنى طلب رافعها على مجرد الحق في الملكية ومعارضته في وضعها بغير اتفاق سابق، وذلك على خلاف الوضع إذا بنى الطلب على كون وضعها يسبب خللاً في أبنية المنزل أو يهدد بانهاره، أو يقلق السكان أو يعرضهم للخطر، محمد على راتب، ج1، ص27.

المحافظة على أموال متنازع عليها تتأثر حقوق أصحابها أو من له مصلحة فيها من استمرار تركها في يد الحائز، بينما يختلف مظهر الاستعجال وصورته تبعاً لطبيعة الحالة المعروضة عليه، فمثلاً دعوى تسليم أرض بناء على الملكية هي بطبيعتها دعوى موضوعية، فإذا كان طلب التسليم مقترناً بالطرد للغصب كانت دعوى مستعجلة، ولكن صورة الاستعجال تتحقق في هذه الحالة إذا طلب المدعي طرد المستأجر وتسليم الأرض للغصب لانتهاه عقد الإيجار.⁽⁵⁵⁾

أما أثناء سريان عقد الإيجار فتكون صورة الاستعجال هي وجود خشية تخريب العين أو إتلافها، أو تكون صورة الاستعجال هي الخوف من تغير المعالم المطلوب إثباتها كلها أو بعضها مع مضي الوقت، ومفاد ذلك أنه يستدل على حالة الاستعجال من صورة الضرر الذي يهدد المدعي ووقائعه، وليس من طبيعة الإجراء الذي يطالب به الخصوم، وإنما يبحث في أوراق الدعوى بحثاً عن ما يستشف منه توافر الاستعجال ويتحسس في خصوص الإجراء المطلوب إمكانية الاستجابة للطلب أو أو تحويله لمواجهة هذا الخطر ودرؤه.⁽⁵⁶⁾

فإذا زالت ظروف الاستعجال امتنع تدخل القضاء المستعجل، فاشتراط بقاء الاستعجال شرط ابتداء وشرط بقاء للاختصاص يصبح مع تأخر نظر الدعوى محكوماً برفض الدعوى في غالبية الحالات أو منح إجراء لا يناسب حالة الاستعجال في تطورها .

وهذا أدى إلى الخروج عن قاعدة العامة في تحديد الاختصاص بالوقت الذي رفعت فيه الدعوى، فلا يتقيد قاضي الأمور المستعجلة في تقديره لأسباب الاستعجال التي تحدد اختصاصه بنظر الدعوى بوقت رفعها فقط، بل بما تحقق منها وظل حتى وقت الفصل في الدعوى، ومن ثم يلزم أن تستمر حالة الاستعجال من وقت رفع الدعوى حتى صدور الحكم، بل وحتى وقت نظر الطعن على الحكم، فتقضي المحكمة بعدم الاختصاص عند زوال حالة الاستعجال أثناء نظر الدعوى طالما أضحت وقت الفصل فيها مفتقرة إلى ركن الاستعجال، كما تقضي بذلك المحكمة التي تنظر الطعن .

والتوفيق بين اعتباري أن القضاء المستعجل غايته دفع الخطر الداهم الذي يلزم

55 حكم بأنه متى كانت محكمة الأمور المستعجلة قد استخلصت من ظاهر نصوص عقد الاشتراك والأوراق المقدمة في الدعوى أن قيمة استهلاك المطعون عليه الشهري للكهرباء قد قفزت إلى مبلغ باهظ في الفترة الأخيرة، وهو أضعاف ما كان يدفعه قبل ذلك، مما رجحت معه احتمال صحة قوله بأن ذلك الارتفاع راجع إلى خلل في العداد، وكان العقد قد نص في أحد بنوده على أنه في حالة وجود خلل في العداد يؤخذ متوسط الاستهلاك في الأشهر الثلاثة السابقة فقط، وهو ما يقل كثيراً عن المبلغ الذي طالبت به الطاعنة المطعون عليه، وقطعت عنه التيار الكهربائي لامتناعه عن دفعه، وكان الإجراء المقضي به، وهو إعادة توصيل التيار الكهربائي إلى محل المطعون عليه، وحق الطاعنة في اقتضاء ما يحتمل أن يكون لها في ذمته من مقابل استهلاك التيار بعد أن تبين حقيقته لدى محكمة الموضوع، فإن الحكم لا يكون متجاوزاً اختصاصه فيما قضى به من إجراء أو ماساً بأصل الحق، الطعن رقم 0117 لسنة 24 مكتب فنى 09 صفحة رقم 368، بتاريخ 10-04-1958.

56 جلسة 7/11/1961، طعن رقم 127 لسنة 47 ق.

درؤه بسرعة، وبين وجوب استمرار حالة الاستعجال بحيث إذا انتفى الاستعجال وقت رفع الدعوى أو أثناء نظرها لا يكون لتدخله محل يقتضي سرعة الفصل في الدعوى .

فإذا طعن في الحكم الصادر من القضاء المستعجل تبحث محكمة ثاني درجة عن ركن الاستعجال وتقدر وجوده وقت نظر الطعن وليس وقت صدور الحكم المطعون فيه، فتوافر حالة الاستعجال وقت رفع الدعوى سبب انعقاد اختصاص محكمة أول درجة، واستمراره سبب تأييد الإجراء المحكوم به أو تعديله.⁽⁵⁷⁾

24 - مبررات تركيز صور الأوامر والأحكام الوقتية أمام القضاء الوقتي والمستعجل :

1 - القضاء الوقتي والمستعجل نشأ استجابة لاعتبارات واقعية وقانونية :

رغم تعدد وتنوع صور القضاء الوقتي إلا أن المشرع لم يضع نظرية عامة للقضاء الوقتي تصيغ غاية القضاء الوقتي ودوره في تنظيم مكنم يحد طبيعة نشاطه والنطاق الذي ينضوي تحته، رغم اتساع فكرة الحماية القانونية الوقتية وتعدد وتنوع وسائلها بما يستدعي استقلاله كجهة قضاء نوعي متميز على نحو ما اتجه إليه المشرع المصري في دعاوى الأحوال الشخصية بالقانونين رقمي 1 لسنة 2000، و10 لسنة 2004، ثم قانون المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008.

هذا التعدد في الاختصاص أدى إلى عدم وضوح استقلاله كفرع قضائي متميز في مرحلة مبكرة، رغم أن المشرع المصري نظم القضاء الوقتي والمستعجل ضمن إجراءات التداوي أمام المحاكم، بينما نظمها القانون الفرنسي والألماني ضمن إجراءات التنفيذ، ونرى وجوب استقلالها عن كل من إجراءات التقاضي أو إجراءات التنفيذ، وتنظيمها على استقلال وعلى نحو متكامل ومتميز وتبنى نظاماً للإجراءات المختصرة والإجراءات الوقتية والتدابير التحفظية والقرارات والأحكام المستعجلة، وهذا يقترب مما نحا إليه القانون الإيطالي.⁽⁵⁸⁾

فالقاضي المستعجل شأنه شأن رجل الإسعاف في مجال العمل الطبي، لا يدخل في اختصاصه تشخيص مرض أو وصف علاج، وإنما تقتصر مهمته على اتخاذ التدابير الوقائية حتى لا يتفاقم الأمر ويستفحل الخطر إذا لم يتم إسعافه فتتعدم جدوى العلاج أو تقل فائدته.

فيمكن المدعي من الحصول على الحماية الوقتية اللازمة في ذاتها، أو ما يكون

57 نقض 9/7/1989، طعن 684 لسنة 4 ق، محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ط 1957، ص 256.

58 د.وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي، ص 167، ص 173.

لزاماً لجعل الحماية الموضوعية أكثر فعالية، وبالتالي يضمن تحقيق الحماية القضائية على أكمل وجه.

وهذه الاعتبارات التي دعت المشرع لتنظيم القضاء الوقتي والمستعجل تحتم تطويره تمكيناً له من أداء دوره المنوط به، والذي لم يعد قادراً على أدائه بصورته الحالية .

2 - القضاء الوقتي والمستعجل يتميز غاية وبنياً ودوراً وكياناً: (59)

الأصل أن تعريف العمل القضائي يكون بتحديد عناصره المختلفة، أما تعريف الوظيفة القضائية فيفيد في بيان فكره العمل وأساسه،⁽⁶⁰⁾ والقضاء الوقتي والمستعجل يجمع في مسماه بين تعريف وظيفته والتعريف بطبيعة عمله، إذ يستمد مسماه ووظيفته من طبيعة مهمته ودوره وغايته التي تتميز عن صور الحماية الأخرى، وهو دور قضائي عاجل وقتي وقائي وتقديرى.

فالقضاء الوقتي والمستعجل بما يقدمه من حماية يؤدي دوراً قضائياً بحتاً، وليس ولائياً كالأوامر على عرائض، ولا يقتصر على أعمال الإدارة القضائية وإن كان جانباً من عمله فيه إدارة قضائية، كما يؤدي دوراً وقائياً هاماً، وقد يؤدي دوراً علاجياً أيضاً، وهذه حماية مميزة و دور هام قد يفوق في بعض الأحيان دور القضاء الموضوعي في تحقيق الأمن القضائي .

فهذا الدور الوقائي والعلاجي يتفرد به القضاء الوقتي والمستعجل لغاية يستهدفها هي تقديم صور الحماية التي تتلاءم مع الحاجات والمصالح المشروعة للمتقاضين، ويقدم لها وقاية من خطر واقعي أو يقدم معالجة وقتية عاجلة، وهذا يستتبع بالضرورة اختلاف الوسائل التي يستخدمها القاضي المستعجل وتفرداها عن وسائل وأدوات القضاء الموضوعي .

ولتحقيق الاتساق بين غاياته وواقع تنظيمه ورفع التناقض الذي يشهده الواقع العملي ورغم أن الاستعجال يظل هو جوهر القضاء الوقتي ومسامه إلا أن أدوات القضاء الوقتي والمستعجل ليست فقط السرعة، وإلا لوجب إلغاؤه بعد أن أصبح بطيئاً، وإنما المرونة وتحقيق الحماية بفاعلية.

لذلك لا نشايح النظر إليه على أن سبب وجوده هو تفادي عيوب إجراءات التقاضي العادية لأنه يخضع لذات الإجراءات كقاعدة، أو اعتباره مجرد وسيلة إجرائية لحماية الحق الموضوعي، أو بدلاً يمنح جزاءً قانونياً احتياطياً يضمن تحقيق الجزاء الأصلي في

59 د. وجدى راغب، ص270، النظرية العامة للعمل القضائي، ص359.

60 د. وجدى راغب، سالف الإشارة، ص263، ويرى أن العمل القضائي يستمد طبيعته من وظيفته وليس العكس.

25 - القضاء الوقتي والمستعجل يحمي المصالح العاجلة من الخطر المحدق بإجراءات تتسم بالسرعة ولديه أدوات للحماية الوقتية :

يتدخل القضاء الوقتي والمستعجل ليمنع خطراً محدقاً أو ضرراً وشيكاً ، فإذا وجد القاضي أن الخطر غير قائم حكم بعدم اختصاصه لانتفاء حالة الاستعجال، أما إذا ما خلص إلى أن الإجراء المطلوب اتخاذه غير كاف له أن يحكم بإجراء آخر لمنع الضرر وصيانة الحقوق والمصالح العاجلة، فأهمية وتميز القضاء المستعجل تتأني من أنه يتمتع بالمرونة التي تمكنه من الأمر بالإجراء المطلوب لتحقيق الحماية من الخطر الذي يهدد مصالح الأطراف.⁽⁶²⁾

فالقضاء المستعجل يهدف لتحقيق استقرار الأوضاع وتقديم الحماية العاجلة لمن ينشدها، وهذا يتجه مباشرة لتحقيق تماسك المجتمع وتقدمه، ويعلي من شعوره بالأمن والسكينة وهي غاية الفكر القضائي ومنتهاى وظيفة القضاء عامة، فاعتبارات الاستقرار والأمن هي ذاتها غاية العدالة داخل أي مجتمع.

وهذا ليس أمراً هيناً باعتبار أن ظهور القضاء كان النقلة النوعية للإنسان من مجتمع الغاب إلى رحاب الرقي والتقدم ارتكازاً على منطلقات الأمان والطمأنينة، ورغم أن القضاء المستعجل لا يهدف لتحقيق اليقين القانوني كإجراءات القضائية، ولا يسعى لفرض الجزاء القانوني كإجراءات التنفيذ.

ومع ذلك يظل هذان الاعتباران مناطاً لصحته وبقائه، فيزول إذا ما تبين مجافاته للحقائق الموضوعية، ويفقد قيمته الواقعية إذا لم يجد سبيلاً لتنفيذه، وإلا فما قيمة حكم طرد للغضب لا ينفذ، أو أمر بنفقة وقتية لا يجد للتنفيذ سبيلاً.

وتميز القضاء الوقتي والمستعجل يتجلى في تحرى العدالة على وجه السرعة والنأي عن التراخي الذي قد يعصف بحقوق ومصالح المتقاضين، فيتميز بقصر الآجال الإجرائية والمواعيد وتفادى أسباب الكيد والتحايل ، بما يحول دون إطالة أمد التقاضي أو إساءة

61 إذ يُرى أن إجراءات التقاضي تعد تطبيقاً لفكرة الجزاء الموضوعي للاعتداء على الحق، وأن الإجراءات الوقتية تعد تطبيقاً لجزاء احتياطي للاعتداء على مركز موضوعي انتقالي في خدمة الجزاء الأصلي تلافياً لعيوب الإجراءات المتعلقة بالحق الأصلي، د. وجدي راغب، المرجع السالف، والمراجع المشار إليها فيه، راجع حول هذه المسألة د. رمزي سيف قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة، 1970، ص566، د. والي، الوسيط، سالف الإشارة ، ص125.

62 د. محمد على راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ج1، ط6، دار الكتب، القاهرة، ص297، د. وجدي راغب، سالف الإشارة، ص193.

استعمال الضمانات القضائية.

وهذه الميزة التشريعية تلائم المنازعات والطلبات المستعجلة، ولكن على الجانب الآخر نجد واقعياً أن ما يحدث في غالبية الحالات هو الحكم برفض الدعوى أو الحكم بعدم الاختصاص، ويحدث خلطاً في مسألة التكييف، ورغم أن هذه المسألة يمكن معالجتها بطريق الطعن، إلا أن الأمر يتطلب معالجته بالتدخل التشريعي وتعديل المنظومة التشريعية للقضاء الوقتي والمستعجل برمتها.

فالقضاء المستعجل بنظرة موضوعية مستقبلية هو أهم فروع القضاء لأنه يختص بتقديم الحماية العاجلة وعلى وجه السرعة، وتزداد أهمية القضاء المستعجل لكفاءته بحسب تنظيمه على معالجة الخلل في منظومة العدالة أو على الأقل في جانب هام منها، ولقدرته على مواكبة تطور العلاقات وتشعبها، والاستجابة للتطورات وتكريس السرعة في الإجراءات دون الخروج عن المبادئ والضمانات القضائية .

فيقدم الخصوم طلباتهم أمام القضاء الوقتي والمستعجل مدعومة بالأدلة، وكفالة حق الدفاع كاملاً، ويدقق القاضي في دراسة وفحص ما يقدمونه ويصدر قضاؤه وفقاً للقانون، ويقدم حماية وقتية عاجلة وفعالة لمراكز الأطراف المحاطة بخطر محقق لا يمكن تأخير البت فيه لتفادي أن يتحول الخطر المحقق لضرر فعلي، دون أن يمس بأصل الحق ودون أية إجراءات استثنائية تخرج عما هو متبع أمام القضاء العادي وما يكفله من ضمانات، ويصدر الأوامر الوقتية التي تقوم على فكرة الولاية الدائمة والتكميلية.

26 - غايات القضاء العاجل والوقتى توجب تشكل وفقاً لمقتضياتها واستقلاله بنظرية عامة للقضاء الوقتى:

أسلفنا أن الحماية العاجلة هي حكمة وجود وأساس القضاء الوقتي والمستعجل، ولا يكون منطقياً أو متسقاً مع غاياته تأخر منح هذه الحماية أو تفتيتها أو تعددها على نحو يضيع الفائدة من ورائها، فالاستعجال فكرة تهيمن على مفهومه وإجراءاته وصورة أوامره وأحكامه، بل وتشكل وحدته النظرية.

ويظل آثار كونه قضاءً وقتياً لا يمس الحقوق الموضوعية ولا يقطع التقادم وتنفيذ أحكامه معجلاً فور صدورهما حتى إذا طعن عليها تشكل في مجموعها مقتضيات القضاء العاجل ومحقة لغاياته .

وفي اختلاف طبيعة وآثار العمل الولائى عن العمل القضائى ما يحول دون ضمهما معاً تحت فكرة العمل القضائى الوقتى على الرغم من أن كل منهما يعتبر من وظائف

القضاء، فالقضاء الوقتي والمستعجل كعمل قضائي يختلف عن الأوامر الوقتية الولائية التي تصدر من قاضي الأمور الوقتية، وهما أيضاً يختلفان عن الأحكام الوقتية التي تصدر من القضاء الموضوعي بالتبعية.

وقد نادى الفقه المصري والأجنبي منذ فترة طويلة مضت بوحدة الإجراءات الوقتية، ولم تساندها إرادة المشرع حينئذ، ولعل ذلك مرجعه أنها أتت من منطلقات فقهية وآراء نظرية لم تتبلور، ولم تتبع من واقع عملي يدعو إليها حثيثاً كما هو الحال اليوم.⁽⁶³⁾

27 - ملاءمة نظام القضاء الوقتي لاستقلاله بنظر الطلبات الوقتية :

1 - عدم وجود ميعاد لرفع الدعوى المستعجلة أو لسقوط الحق فيها:

لم يحدد المشرع ميعاداً لرفع الدعاوى الوقتية والمستعجلة، وإنما جعل المدى الزمني لرفعها ممتداً وقائماً ببقاء الاستعجال، فإذا توافرت حالة الاستعجال يظل الحق في رفع الدعوى قائماً ولو تراخي المدعي في رفع دعواه، فلا يسقط الحق في إقامة الدعوى طالما استمرت حالة الاستعجال، ولا يشترط لكونها مستعجلة أن ترفع فور حدوث الاعتداء، واستخلاص ما إذا كان التأخير في رفع الدعوى قصد منه التنازل عن الحماية الوقتية أم لأسباب أدت إلى التراخي في طلب الحماية القضائية يخضع لتقدير القاضي.

2 - المحاكم المستعجلة تختص بنظر الدعوى المستعجلة أيّاً كانت قيمتها:

المحاكم المستعجلة اختصاصها نوعياً بنظر الدعاوى المستعجلة أيّاً كانت قيمتها، كما تختص المحاكم الابتدائية بنظر الدعاوى المستعجلة المرفوعة إليها بطريق التبعية أيّاً كانت قيمتها، والفارق الجوهرى بين اختصاص القضاء الموضوعي بنظر الطلب الوقتي وبين اختصاص القضاء المستعجل بنظره هو أن الاستعجال شرط لازم لاختصاص القضاء المستعجل بنظر هذا الطلب الوقتي، أما القضاء الموضوعي ينظر هذا الطلب الوقتي ولو لم تكن هناك حالة استعجال.⁽⁶⁴⁾

فطلب وقف الأعمال الجديدة أو استرداد الحياة أو النفقة الوقتية هو طلب وقتي سواء صدر من قاضي الموضوع في دعوى وقتية أو صدر من قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة بحسبانه إجراءً مستعجلاً، وطلب الحراسة وقتي لا يمس أصل الحق ويختص

63 د. وجدى راغب، ص 179.

64 قاضي الموضوع توصلًا للقضاء في دعاوى الحياة يحيل الدعوى إلى التحقيق أو يندب خبراء أو يوجه اليمين الحاسمة أو غير ذلك من وسائل الإثبات للفصل في النزاع حول الحياة إذا كان ظاهر المستندات غير كاف للكشف عنها، أما القاضي المستعجل فإنه يأخذ بظاهر المستندات أمامه، ونادراً ما يأمر باتخاذ إجراءات الإثبات.

القضاء العادي بنظره بالتبعية للدعوى الموضوعية، بينما يختص القضاء المستعجل بنظره في جميع الأحوال بنص القانون، ولكن لا يقبل تعيين حارس إلا إذا كان هناك خطر عاجل على التفصيل الذي حدده المشرع .

28 - تطوير مرفق القضاء الوقتي بما يلاءم تخصص القضاء الوقتي والمستعجل ضرورة مُلحة:

مما لاشك فيه أن تطور الظروف الاقتصادية قد أثر على دور القضاء الوقتي والمستعجل، فظهر جلياً خطورة بقاء إجراءاته، وازدادت أهمية تطوير صور الحماية القانونية التي يمنحها، وتدعيم نطاق سلطات القاضي في تقدير ملاءمة الإجراء، وفي منح الحماية القانونية وتحقيق الأمن الذي يستجيب لمتطلبات النظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي.⁽⁶⁵⁾

ونرى أنه من الضروري إفراد صورة قائمة بذاتها متميزة ومستقلة للحماية القضائية الوقتية والمستعجلة وفق نظام قانوني مستقل يبين شروطها وآثارها وتطبيقاتها وصورها المختلفة،⁽⁶⁶⁾ ليجمع قانون القضاء الوقتي والمستعجل كافة الصور المتباينة والأشكال المتعددة للحماية المؤقتة مجتمعة حول فكرة واحدة هي الحماية الوقتية، وذلك لمواجهة الإشكاليات العملية بما يحقق الغاية من وجود الحماية الوقتية.

29 - وهذا التصور ليس غريباً عن الفكر القانوني، إذ اتبعه المشرع بالفعل فيما أصدره من قوانين خاصة، ومن ذلك قانون المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008، وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، وذلك عندما قصرت المادة 3/2 من قانون المحاكم الاقتصادية الاختصاص بإصدار الأوامر الوقتية على قاضي الأمور المستعجلة دون رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى، وأيضاً المحكمة المختصة في المادة "9" من قانون التحكيم.⁽⁶⁷⁾

30 - هذا التصور المقترح في قواعد الاختصاص يعبر عن نهج يتعين أن يسلكه المشرع رغبة في التطوير وتحقيق معنى الاستعجال، وهذا يتطلب جعل الخيار الذي منحه المادة "194" للمتقاضين يصبح لقاضي الأمور المستعجلة، ثم لرئيس الهيئة التي تنظر الدعوى الموضوعية حال رفعها.

65 محكمة مصر للأمر المستعجلة 21/9/1952، مجلة المحاماة، س24، ص225.

66 د. وجدى راغب، سالف الإشارة، ص275، وإن رأي أن ذلك يعد تطبيقاً لقاعدة استبعاد القواعد العادية بسبب الاستعجال.

67 د. أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية "دراسة في بعض جوانب الخلفية الاقتصادية للقانون، 2009، ط نادى القضاة، تصدير أستاذنا الدكتور فتحي والي، ص5.

31 - وهذا التعديل يأتي ضمن منظومة مكتملة للقضاء الوقتي والمستعجل تضم الإجراءات الوقتية والأوامر جميعها، وأيضاً تضم إجراءات تنفيذها، فالقرار الوقتي يولد لينفذ فور صدوره، والتراخي في تنفيذه يجعله غير ذي موضوع.⁽⁶⁸⁾

فالحكم الوقتي يصبح خالياً من أية قيمة قانونية أو واقعية إذا لم ينفذ، لأن غاية الإجراء الوقتي هي الوصول للحماية الفعلية بتنفيذه، فالقرار الوقتي يتضمن تديباً معيناً داخلياً في تكوينه ويفقد مضمونه إذا لم ينفذ، لذلك يصدر مشمولاً بالنفاذ المعجل، وهو يختلف في ذلك عن الحكم الموضوعي الذي قد لا ينفذ أصلاً إذا كان يهدف إلى مجرد تقرير أو تأكيد الحق، وبظل قائماً ولو لم ينفذ مرتكباً على حجته.

32 - ننادى بمنح القاضي المستعجل سلطة إصدار أوامر الأداء وفق تنظيم محدد ومحدث:

إن الوظيفة الأساسية للقضاء هي فض المنازعات وتقديم الحماية القانونية للأفراد بغية تحقيق العدالة والأمن القضائي والسكينة العامة، ومرفق القضاء هو أداة تحقيق ذلك وتنفيذه من خلال وظائف متعددة يقوم بها القضاة.

و أوامر قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة تتوافر فيها صفة العمل القضائي، باعتبار أنها ترفع إليه بطريق الدعوى وتتبع أمامه القواعد المخاصمية ويصدر أحكاماً وإن لم تحز الحجية النهائية التي تتمتع بها الأحكام القضائية التي تصدر في المنازعات الموضوعية .

وعندما نظم المشرع أوامر الأداء بالمادة "201" مرافعات وما بعدها لاعتبارات خاصة جعل الاختصاص بها وجوبياً للقاضي المختص وهو قاضي المحكمة الجزئية أو رئيس المحكمة الابتدائية وهو أيضاً قاضي الأمور الوقتية بها،⁽⁶⁹⁾ وحدد لها طريق الأمر على عريضة وليس الدعوى القضائية، على الرغم من أن أوامر الأداء تعد أعمالاً قضائية لأنها تفصل في خصومة للمطالبة بحق موضوعي بعد التكليف بالوفاء، وتصدر دون تسبب خروجاً على أحكام العمل القضائي.⁽⁷⁰⁾

لذلك اعتبرها بعض الفقه أوامر ولائية استثنائية تخضع لقواعد الأحكام القضائية بإرادة المشرع كاستثناء من النظام القانوني للأوامر على عرائض، ومن نظام الأحكام

68 الأمر على عريضة يسقط إذا لم ينفذ خلال 30 يوم، بينما تصدر الأحكام المستعجلة مشمولة بالنفاذ المعجل وتتطلب التنفيذ الفوري.

69 د. عبد الباسط جمعي، الاستئناف المباشر لأوامر الأداء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص 3، ع 2.

70 د. وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، ص 622، وما بعدها، واعتبره البعض حكماً لكن يصدر في غيبة الخصوم، عبد الباسط جمعي، سلطة القاضي الولائية، بند 117.

القضائية. (71)

والأهم من هذا أنه إذا رفض القاضي طلب الدائن عند تخلف الشروط الموضوعية قرّن ذلك بتحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة، ويكون قضائه هذا قطعياً، أما إذا رفض لعدم الاختصاص أو لعدم استيفاء الشكل المطلوب أو أية إجراءات فلا يكون قطعياً .

ويكون أمر الأداء باطلاً ويجوز التظلم منه بطريق التظلم من الأوامر على عرائض إذا حكم بعدم اختصاصه على سبيل الخطأ وحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة على الرغم من توافر شروط إصدار أمر الأداء. (72)

ويلاحظ أنه عند تخلف شروط إصدار أمر الأداء وتحديد جلسة لنظره أمام المحكمة فإن هذا يضع صاحب الحق الثابت بورقة تجارية أو دين نقدي ثابت كتابة وحال ومحدد أو بمنقول معين في مركز أسوأ من صاحب الحق العادي الذي يلجأ للمحكمة المختصة مباشرة .

ونظام أوامر الأداء بأوضاعه الحالية يعد من أكثر الموضوعات القضائية إشكالية من حيث طبيعته وفلسفة تنظيمه وقواعده، وأيضاً تكييفه وتنفيذ أحكامه، ليس لخروجه عن القواعد المستقرة فقط، وإنما لأنه من الناحية العملية يندر الأمر بالأداء، ومن ثم أصبح عقبة وسبب للتأخير في وجه صاحب الحق الذي وضع له المشرع هذا النظام تيسيراً عليه.

وقد صار نظام أوامر الأداء بأوضاعه الحالية سبباً لمزيد من تراكم دعاوى أمام المحكمة المختصة التي وضع المشرع هذا النظام تخفيفاً للعبء عليها، وأيضاً على المتعاملين في المسائل التجارية والديون الثابتة، ورغم ذلك نظام أوامر الأداء يعد معضلة قانونية وعائق من الناحية الواقعية على النقيض من الغاية التي توخاها المشرع من هذا النظام، وذلك لعدم قدرة هذا النظام بأوضاعه الحالية على تحقيقها.

وهذا ما يبرح لدينا جعل الاختصاص بها لقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة وفق التصور الذي عرضناه، وما نادى به يتفق مع الاتجاه نحو تطوير منهج الاختصاص النوعي على النحو الذي اتبعه المشرع عندما أوجد نظام المحاكم الاقتصادية وحدد اختصاصها بحزمة من القوانين خروجاً عما هو متبع أمام المحاكم المدنية والتجارية وفقاً لحكم

71 د. أمينة النمر، أوامر الأداء في مصر والدول العربية والأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1989، ص 39 وما بعدها، وتعرض سيادتها في ص 56 تفصيلاً للرأي القائل بأن أمر الأداء هو أمر على عريضة صادر في مطالبة قضائية، أيضاً د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، ص 384 .

72 الأستاذ فتحي عبد الصبور، أوامر الأداء طبيعتها وطرق الطعن فيها، مجلة المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية، ص 60، ع 3، ص 1200، وأيضاً مقاله، البطلان وأوامر الأداء، ذات المرجع، ص 61، ع 2 .

المادتين "42، 43" مرافعات.

وجعل المشرع الاختصاص بسلطة إصدار أوامر الأداء بمقتضى المادة الثالثة من قانون المحاكم الاقتصادية للدوائر الابتدائية، وعهد لها أيضاً بالفصل في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية وفقاً لنص المادة السابعة، فتنظر كافة منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الموضوعية والوقتية والأوامر على عرائض وأوامر الأداء، ويتم التظلم منها أمام الدوائر الابتدائية على ألا يكون من بين أعضائها من أصدر القرار أو الأمر المتظلم منه، ويطعن عليها أمام الدوائر الاستئنافية بالمحكمة،⁽⁷³⁾ كما تختص الدوائر الابتدائية - بهيئة استئنافية- بنظر الطعون على الأحكام المستعجلة التي تصدر من المحكمة الاقتصادية وفقاً للمادة الثالثة، وبنظر التظلمات من الأوامر على عرائض وأوامر الأداء .

33 - ننادى بنقل سلطة فرض الغرامة التهديدية إلى القاضي المستعجل وفق تنظيم محدد ومحدّث:

نظم المشرع الغرامة التهديدية بنص المادة "213" من القانون المدني، ونرى أنها تخاطب في حقيقتها وغاياتها قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة وليس قاضي الموضوع، وهذا بحكم موضوعه وهدفه.

خاصة أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يقيد المحكمة عند تقدير التعويض، ولا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بعد أن يحدد القاضي نهائياً قيمة التعويض.⁽⁷⁴⁾

ويرى بعض الفقه على ذلك أن الحكم الوقتي لا يرتب حجية الأمر الوقتي قياساً على الحكم بالغرامة التهديدية،⁽⁷⁵⁾ ونرى أن إصدار هذا الحكم بالغرامة التهديدية أولى بالقضاء الوقتي تحقيقاً لأهدافه وتماشياً مع حجية أحكام القضاء الموضوعي وقوتها في النفاذ، فضلاً عن الوقت والجهد للحصول على غرامة تهديدية يفوت الحكمة منها ولا يقدم حماية حقيقية بعدم قابليته للتنفيذ فهدفه وحكمته تهديد المدين والتغلب على عناده أو الضغط

73 وهذا تأكيد لمنهج توحيد جهة الاختصاص بالأوامر الوقتية وتجميعها في يد واحدة، واستشهاداً بإقرار المشرع لهذا الاتجاه واتباعه، وليس تزكية لقانون المحاكم الاقتصادية برمته، فقد خلق تعارضاً وتناقضاً وازدواجية ولم تسر العدالة قدماً بل تأخرت بفعل هذا التناقض، ويات تطوير أحكام هذا لقانون ضرورة، وهذا ما توقعناه عند صدوره، راجع مؤلفنا في المحاكم الاقتصادية، دار النهضة، 2008، أيضاً: المستشار مرسي رضوان، إطلالة على الاختصاص الجنائي للمحاكم الاقتصادية، مجلة محكمة النقض، العدد الخامس، فبراير 2009، ص10.

74 د. محمد على رشدي ص146، ويرى بعض الفقه إمكان توقيع حجز تحفظي بحكم الغرامة لأن مبلغ الدين غير معين المقدار، د. راتب ونصر الدين، ص89، بند 1، ولكن بالنظر إلى وجوب رفع دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام سيكون عديم الأثر القانوني بعد الباسط جميعي، نظام التنفيذ، ص161، بند 185، أمينة النمر، أحكام التنفيذ، ص223، د. والي، التنفيذ الجبري، ص112، بند 81.

75 د. وجدى راغب، سالف الإشارة، ص229.

عليه لدفعه لتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً اختيارياً فكيف تتحقق فكرة الإكراه و الإكراه غير المباشر أو التهديد حسب مسماهما القانوني للدائن بالحصول على حكم -إذا قبلت دعواه شكلاً وموضوعاً- بعد سنوات غير قابل للتنفيذ!

فهذه الحماية العلاجية للإخلال السابق على رفع الدعوى أو الوقائية للإخلال مستقبلاً لا تتحقق بحال من الأحوال، ولا يرتب أثر الأحكام القضائية الوقائية لأنه لا يحوز حجية، ولا يرقى للقرارات الوقتية من حيث أثرها في التنفيذ الفوري، وليس صحيحاً -في هذا الفرض- أن القاعدة القانونية تحقق بما تنص عليه من جزاء أثراً نفسياً تهديدياً، فإذا انتفى معنى التهديد وصورته انتفت القاعدة القانونية أو على الأقل الحكمة من وجودها، وإذا كان الفقه الراجح يراه وقتياً في أثره وإن لم يطالب بإخضاعه لاختصاص القاضي المستعجل،⁽⁷⁶⁾ فإننا نرى وجوب تعديل أحكام الغرامة التهديدية لتدخل ضمن الأحكام الوقتية الواجبة التنفيذ الفوري، وتنفذ بكفالة، وتظل قائمة لحين صدور حكم موضوعي نهائي بالتعويض.

34 - مقتضيات تطوير القضاء المستعجل تستوجب تنظيمه كجهة قضائية مستقلة تضم دوائر متخصصة:

بالرجوع للقاعدة العامة التي أطلقتها المادة "45" مرافعات نجد أن المشرع أورد القضاء المستعجل في باب الاختصاص النوعي، وكان منظماً بالمادة "49" والتي أصبحت "45" في القانون الحالي ضمن الفصل الذي أفرده للاختصاص النوعي أيضاً، ومن ثم هو من صميم للاختصاص النوعي ومتمم له،⁽⁷⁷⁾ ولما كان مؤدى مفهوم الاختصاص النوعي وتعلقه بالنظام يتطلب ألا ينظر هذا النوع من الدعاوى غير القضاء الوقتي والمستعجل، فإن هذا يتطلب اعتباره جهة قضائية مستقلة باعتبار أن الاختصاص المتعلق بالاختصاص الوظيفي يجب أن يكون لجهة قضائية مختصة.

ونطمح أن يتحول اختصاص القضاء الوقتي والمستعجل من اختصاص نوعي إلى اختصاص ولائي يستقل به القضاء المستعجل دون غيره، ويتم تخصيص دوائر نوعية داخل الاختصاص الولائي للقضاء الوقتي، وهذا التخصص يستند إلى عدة اعتبارات الأول اعتبارات مواكبة التطورات، والثاني أن الاختصاص النوعي يفترض توزيع المنازعات بين

76 السنهوري، الوسيط ج2، ص815، بند452، إسماعيل غانم، ص29، بند19، ويعتبره البعض حكماً من نوع خاص، أبو الوفا، نظرية الأحكام، رسالة، ص41، بند33، واعتبرته بعض أحكام القضاء مجرد إجراء في الخصومة الأصلية ولا يعد حكماً وقتياً، ولا يجوز الطعن عليه استقلالاً نقض مدني، جلسة 22/11/1951، المحاماة، ص32، ص942، ونحن نتساءل ما هدف هذا الإجراء وما هي قيمته.

77 د. أحمد مسلم، الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة، مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول، ص30، مارس 1960، ص89.

المحاكم وفقاً لنوعها، وإذا بالقضاء المستعجل موزع بين الأمور الوقتية من ناحية والقضاء الموضوعي من ناحية ثانية والقضاء المستعجل من ناحية ثالثة وفقاً للتفصيل الذي حدده المشرع.

35 - اصطلاح الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل لا يستقيم إلا باعتباره جهة قضائية مستقلة:

المنازعات المستعجلة لم تقسم حسب أهميتها أو قيمتها،⁽⁷⁸⁾ وإنما تعتمد على طبيعة المنازعة ذاتها، ويتحدد الاختصاص بنظرها بحسب تركيزها مكاناً، حيث وضع المشرع معياراً إضافياً هو معيار الاختصاص المكاني، وهذا التركيز المكاني الذي خص به الدعاوى الوقتية والمستعجلة جعلها لا تقتصر على الاختصاص المحلي كالدعاوى الموضوعية، وإنما فرق المشرع بين الدعاوى التي ترفع في مقر المحكمة الابتدائية أي في المدينة التي بها المحكمة، أما خارج دائرة المدينة فتختص بها محكمة الأمور المستعجلة أو المحكمة الجزئية أو محكمة الموضوع.

غير أن المشرع لم يتماشى مع متطلبات هذا التخصص النوعي، ولم يجعل دعامة هذا القضاء وجود محاكم خاصة به في جميع الأحوال، ولم ينظم إجراءات خاصة للقضاء المستعجل وإنما تباشره أية محكمة تنظر الدعوى أو المنازعة المستعجلة، وتعددت الجهات التي تنظر المسائل الوقتية.

وأتجه إلى تخصيص بعض الدوائر لتحكم دون غيرها في المنازعات المستعجلة، وفي الوقت ذاته أدى تكدس الدعاوى إلى محو ميزة السرعة، وفقدت إجراءات نظر المنازعات المستعجلة تميزها، وهذا يستوجب تخصيص محاكم مستقلة وفق تنظيم متميز ومتكامل لمواجهة مشكلة تعدد وازدواج الاختصاص بالمنازعات المستعجلة تحقيقاً لهدف السرعة والفاعلية.

وقد رصد الفقه هذه المشكلة في فترة سابقة عندما فطن إلى التعارض بين الاختصاص النوعي والوظيفي للقضاء المستعجل وبين منح ذات الاختصاص لمحاكم أخرى، ولكن اعتبر أن تكليف المحكمة الجزئية بهذا القضاء، واستئناف أحكامها أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بعيد عن الاختصاص النوعي الذي يفترض نوعين من المحاكم في درجة قضائية واحدة يتوزع بينهما الاختصاص بمنازعات معينة وفق نوع الدعوى أو قيمتها.⁽⁷⁹⁾

78 أحمد مسلم، المرجع السالف، ص 92.

79 أحمد مسلم، المرجع السالف، ص 92.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه بدلاً من إعمال مقتضيات هذا التمييز لكيان القضاء المستعجل عارضه تأثراً بازدواج اختصاص المحكمة الجزئية بالمنازعات العادية والمستعجلة، فأنكر الاختصاص النوعي للقضاء الوقتي والمستعجل بدلاً من المطالبة باستقلاله بنظر هذه المنازعات.

فمحاولة حل إشكالية التناقض في دور القاضي في حالة ازدواج اختصاص المحكمة الجزئية بالمنازعات العادية والمستعجلة مما يضيع تمييز وغاية القضاء الوقتي والمستعجل ويفقده كيانه وذاتيته بإنكار طبيعته وتصنيفه يكون بتركيز هذا القضاء ومنحه ولاية الفصل في الدعاوى الوقتية والمستعجلة.

فالقضاء المستعجل نوع قائم بذاته من القضاء، بل هو نوع أكبر من أن يندرج في المدلول الضيق لعبارة الاختصاص النوعي الذي يفيد أصلاً توزيع الاختصاص بين المحاكم الكلية والجزئية ليستقل كجهة قضاء ولائي، ومسألة توزيع الاختصاص تعنى بها قواعد الاختصاص النوعي، أما دراسة الاختصاصات أو الوظائف لأية طبقة من طبقات المحاكم وإن كانت وثيقة الصلة بها إلا أنها تتميز عنها فنياً، ومقتضى هذا أن يستقل القضاء الوقتي والمستعجل فنياً ووظيفياً بكافة الدعاوى المستعجلة كجهة قضاء ولائي، ليظهر فن القضاء وإبداعه في تقديم الحلول العاجلة، ويهب لنجدة ذوي الحاجات العاجلة.

و اتساقاً مع قصد المشرع حين أوجد القضاء الوقتي والمستعجل، والذي هدف إلى تخصيص قضاءً خاصاً بالمنازعات المستعجلة، يتعين إفراد جهة قضائية مستقلة اختصاصها يشمل كافة المنازعات التي تدخل في اختصاصها محلياً ومكانياً مهما كان نوعها أو قيمتها فتتنظرها محكمة باعتبارها محكمة للقضاء الوقتي والمستعجل تنظر في منازعاته كلها لتوحيد اختصاص قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة، فوحدة موضوع الأوامر الوقتية التي يختص بها في ذات الوقت قاضي الأمور الوقتية وقاضي الأمور المستعجلة توجب انفراد اختصاص القضاء الوقتي والمستعجل بها، أما الأوامر المتعلقة بدعوى مرفوعة بالفعل أمام محكمة الموضوع فيختص بها رئيس الدائرة المرفوعة أمامها الدعوى فيما يمكن أن يكون محلاً لأمر على عريضة، وهذا مؤداه إلغاء نظام الأوامر على عرائض كاختصاص لقاضي الأمور الوقتية على استقلال فيستقل بها قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة، ويقتصر اختصاص المحكمة التي تنظر الموضوع على نظر الأوامر الوقتية المتعلقة بالدعوى المنظورة أمامها، ويكون قرارها بالقبول أو الرفض نهائياً، وعند قبول الطلب الوقتي تلتزم المحكمة بأن تفصل في الدعوى الموضوعية على وجه السرعة في مدة لا تتجاوز ستة أشهر تحقيقاً لاستقرار الأوضاع القانونية.

الفرع الثاني

وجوب عدم المساس بأصل الحق ورجحان وجود الحق

36 - معنى عدم المساس بأصل الحق:

يتحقق اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالحكم في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت وفقاً للمادة "45" من قانون المرافعات بقيام حالة استعجال يخشى معها من طول الوقت الذي تستلزمه إجراءات التقاضي لدى محكمة الموضوع على نحو ما أوضحناه، ويشترط أن يكون إجراءً وقتياً لا يتضمن فصلاً في أصل الحق ولا يمس به، وهذا الشرط يتعلق بأثر الإجراء أو الأمر المحكوم به .

وأصل الحق هو كل ما يتعلق به وجوداً ونفياً، فيمس صحته أو يؤثر فيه أو يغير من الآثار التي رتبها القانون أو قصدها المتعاقدان، الأمر الذي يجعل عدم المساس بأصل الحق شرطاً للاختصاص وقيداً على سلطاته في ذات الوقت، وهذا القيد يسري أيضاً على قاضي الموضوع عند تصديبه لمسألة وقتية قبل الفصل في الموضوع رغم اختصاصه بالفصل في موضوع النزاع، الأمر الذي يشير إلى ارتباط مسألة عدم المساس بالحكمة من وجود الأحكام والأوامر الوقتية والنظام القانوني الذي تخضع له.

37 - عدم وجود منازعة جدية حول أصل الحق شرطاً لقبول لاستمرار نظر الدعوى المستعجلة:

ينصرف معنى القيد الذي أورده المشرع في المادة "45" على اختصاص قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة غير وجود حالة الاستعجال وهو وجوب عدم المساس بأصل الحق فيما يقضي به من إجراء إلى عدم القطع بوجود الحق أو نفيه، وهذا القيد يفرض على القاضي ألا يقر بوجود الحق أو ينفيه صراحة، وألا يدل الأمر الذي يقضي به على نفي الحق أو تأكيده .

ودليل ذلك ومعياره هو وجود منازعة جدية حول أصل الحق، وتحقق جدية النزاع كلما أسفر الخلاف بين الخصوم عن التشكيك في وجود أو صحة أصل الحق المقصود حمايته بالإجراء المطلوب، فيتصدى القاضي لتقدير مبلغ الجد في المنازعة، وبكفي أن يكون الحق المدعى بوجوده له ظل من الصواب من ظاهر المستندات، فإذا استبان له أن المنازعة جدية بحيث لم يعد أصل الحق واضحاً بذاته وضوحاً يستأهل حماية القضاء

المستعجل حكم بعدم الاختصاص تراكماً لمحكمة الموضوع الفصل فيه.⁽⁸⁰⁾

ونرى أن عدم المساس بأصل الحق قيد يتعلق بأثر ما يحكم به، ولا يقيد سلطته في بحث المنازعة حول وجود الحق الذي تستند إليه الدعوى، فإذا تبين له أن الحكم في الإجراء المؤقت يتضمن الفصل ضمناً في هذه المسائل، أو كانت الحماية التي سيقدمها للمدعي ستؤثر في الحقوق التي تقوم عليها امتنع عليه إصداره، ومن ثم تنصرف مواضع عدم المساس بأصل الحق إلى طبيعة الطلبات التي تعرض على القاضي.

ويمتد قيد عدم المساس لتسبب الحكم الوقتي والمستعجل فلا يستند القاضي المستعجل في أسباب الحكم إلى ثبوت الحق أو نفيه، وإنما يقتصر على الترجيح بين الاحتمالات دون أن يقطع برأي في أصل الحق، وإلا فإن حكمه يكون مبنياً على أساس موضوعي يتجاوز حدود اختصاصه.

فلا تثريب على القاضي المستعجل إذا استند لتبرير حكمه في الإجراء المؤقت إلى شهادة مكتوبة يقرر الموقع عليها وقائع معينة، ولا تثور مخالفة القانون إذا ما أخذ بشهادة شاهد وهي خالية من ضمانات اليمين و المناقشة و المواجهة، إذ هذا لا يعدو أن يكون إقامة قضاء بإجراء مؤقت على ما يبدو أنه ظاهر الرجحان.⁽⁸¹⁾

وفي سبيل تحديد المراكز الواقعية للخصوم يمكن أن يأمر مثلاً بتعيين خبير لإجراء جرد في حضور الأطراف لإحصاء الخدمات التي تمت فعلياً أو حجم الإنجازات وتقدم الأعمال، أو ندب خبير لمعاينة أعمال هدم عقار مجاور لعقار المدعي لتقدير حالة الاستعجال والخطر الذي يتهدد المدعي أو المدعى عليه،⁽⁸²⁾ والأمر بتدابير وحلول سريعة لدفع الخطر.⁽⁸³⁾

وبحكم القضاء المستعجل بعدم الاختصاص عند عدم ملاءمة الإجراء إذا كان واجب تنفيذه في الخارج، لوجود صعوبة في تنفيذ الإجراء المطلوب في دولة أخرى غير دولة القاضي فضلاً عن أن التأخير في تنفيذ التدبير المستعجل واقعياً يضيع فائدته، ومن ثم تنتفي من الناحيتين القانونية والمنطقية غاية القضاء المستعجل، إذ يصعب عملاً تصور صدور أمر وقتي في دولة وتنفيذه في دولة أخرى لطول الإجراءات وبطئها، مما لا يتلاءم مع مفترضات

80 الطعن رقم 0780 لسنة 44 مكتب فنى 30 صفحة رقم 689 ، بتاريخ 20-06-1979 .

81 الطعن رقم 0372 لسنة 27 مكتب فنى 13 صفحة رقم 303 بتاريخ 14-03-1962 .

82 بشأن القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية، تعليق على حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية الصادر في 18/3/1950 في الدعوى رقم 2063/1949، واستئناف الإسكندرية 12/3، 1951، رقم 8 س6 منشور في مجلة الحقوق، القاهرة، 1950، س4، ع1.2 ص147.

83 أبو هيف، المرافعات المدنية، القاهرة، 1931، ص724.

الضرورة و ظروف الاستعجال،⁽⁸⁴⁾ وأيضاً أعمال السيادة تحيطها اعتبارات سياسية، والأعمال والقرارات السيادية لا تخضع لرقابة القضاء الوقتي، ومع ذلك تثار إشكالية في تحديد ما يدخل ضمن أعمال السيادة.

وقد تباينت مواقف القضاء المستعجل في الآونة الأخيرة،⁽⁸⁵⁾ ويفترض أن القاضي المستعجل عند بحث الدعوى موضوعها من أعمال السيادة يقضى بعدم اختصاصه، ولا يتصدى للحكم في الدعوى.⁽⁸⁶⁾

كما يتمتع على القاضي المستعجل الفصل في الدعاوى المستعجلة المطلوب اتخاذ إجراء وقتي يتعلق بمسألة أو منازعة إدارية، أو بقرار إداري،⁽⁸⁷⁾ أما الهيئات الخاصة فلا

84 المشرع الفرنسي استخدم عبارة يجوز "م1415 مدي، بينما استخدم المشرع المصري عبارة "يختص"، ومع ذلك هذه الصياغة الأمرة لا تحول دون الخروج عليها بمنح الأطراف مكتنة الخضوع الاختياري في الحالات التي يكون فيها ضابط اختصاص المحاكم المصرية هو ضابط الجنسية وحده، راجع التفرقة بين النظام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي، د. أحمد عبد الكريم، فقه المرافعات الدولية، دار النهضة، ص285، ويرى أن القول بعدم تعلق الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام لأنه ينبع من طبيعة الاختصاص الدولي ذاته ومقتضيات العلاقة القانونية الدولية محل النزاع فيه مجافاة "جزئية" لحقيقة الواقع، ويرى أن دور الإرادة هنا دور محدود يقتصر على جلب الاختصاص للمحاكم المصرية، ولا يعمل به في الاتجاه العكسي فلا يجوز للأطراف الاتفاق على سلب هذا الاختصاص، وإخراج المنازعة من اختصاص المحاكم المصرية لصالح محكمة أجنبية، وفكرة الاختصاص هي مظهر من مظاهر النظام العام الإجرائي يختلف استخدامها، فتعتبر حليف وحام للقاعدة القانونية الوطنية، وفي مجال تنازع القوانين تعمل كرقيب على القاعدة القانونية الأجنبية، وعقد الاختصاص طبقاً للمادة "32" مرافعات للقضاء الوطني على أساس معيار قبول الأطراف لولاية القضاء المصري يجعل للإرادة دوراً في مجال الاختصاص القضائي ولكن لا يمتد للحالات التي تستعصي على اختصاص القضاء المستعجل بسبب انتفاء شروط الاختصاص.

85 اعتبرت محكمة القاهرة للأمر المستعجل الدعوى المستعجلة باعتبار تركيا داعمة للإرهاب من أعمال السيادة وحكمت بعدم اختصاص نوعياً، راجع حكمها الصادر بتاريخ 28/9/2015 في الدعوى رقم 367 لسنة 2015 مستعجل القاهرة. وأيضاً حكمها الصادر بتاريخ 25/10/2015 في الدعوى رقم 2776 لسنة 2015 باعتبار منظمة هيومان رايتس منظمة غير مرغوب فيها لانتهاكها المعايير الدولية لحقوق الإنسان بعدم اختصاص نوعياً وإن اعتبرت أن إصدار قرار أو وقف تنفيذ ذلك القرار يدخل في اختصاص القضاء الإداري بمجلس الدولة وأحالتها لمحكمة القضاء الإداري لعدم الاختصاص ولائياً، وأبقت الفصل في المصروفات، أما في الدعوى رقم 1827 لسنة 2015 أصدرت محكمة القاهرة للأمر المستعجل حكماً بجلسة 22/10/2015 بقبول طلب الحكم بصفة مستعجلة بحظر نشاط حركة بداية بمصر وأي جماعة تنتمي إليهم وصدر حكم محكمة القاهرة للأمر المستعجل بجلسة 31/5/2015 بعدم اختصاص نوعياً بطلب اعتبار حماس منظمة إرهابية. وحكم محكمة القاهرة للأمر المستعجل -د.3" بجلسة 23/9/2013 في الدعوى رقم 2315 لسنة 2013 بحظر أنشطة تنظيم الإخوان المسلمين وجماعة الإخوان المسلمين.

86 الديناصوري وعكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ص105.

87 وقد قيل، وبحق، أن السلطة القضائية فضلاً عن أنها تشكل أحد جوانب السيادة فإنها تعتبر حامياً لمصالح المتقاضين الخاصة، والجهاز القضائي وقواعد الاختصاص القضائي ليست فقط طريقاً لتأكيد سيادة الدولة و وسيلة دفاع ضد اعتداءات السيادة الأخرى، وإنما هو في المقام الأول وسيلة حسن إدارة مرفق العدالة وحماية المصالح الخاصة للمتقاضين د. أحمد عبد الكريم، فقه المرافعات الدولية، دار النهضة، ص285، العشماوي، مرافع ات، ص280، نقض 21/5/1953، مج4، ص1051، 1051، 6/5/1954، مج5، ص843، والى، التنفيذ الجبري، ص683، أما الحجوز الإدارية وإجراءاتها فليست من قبيل الأوامر الإدارية وترتبها على ذلك إذا كانت إجراءات الحجز الإداري قد شابها بطلان جوهرى تعتبر مجرد عقبة مادية تحول دون المحجوز لديه وبين ماله، ويملك القضاء المستعجل إزالتها، وقد ذهبت محكمة النقض قديماً إلى أن الكتب الدورية التي يصدرها مدير المصلحة لا تعدو كونها مجرد

يعد قرارها إدارياً وبخضع لاختصاص القضاء المستعجل.⁽⁸⁸⁾

38 - وجوب الحكم بعدم الاختصاص والإحالة إذا كان الحكم في الدعوى يتطلب فضلاً في أصل الحق:

إذا ما عرض على القضاء المستعجل ما يخرج عن ولاية القضاء العادي حكم بعدم الاختصاص وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة عملاً بنص المادة "110" من قانون المرافعات وهو نص عام لا يقتصر على حالات محددة، وفي الوقت ذاته لا يوجد من الناحيتين القانونية والعملية ما يحول دون الحكم بعدم الاختصاص من محكمة الأمور الوقتية والمستعجلة ولو كانت طبقتها جزئية لمحكمة الموضوع الجزئية أو الكلية⁽⁸⁹⁾.⁽⁹⁰⁾

ويتعين الإحالة عند تعلق الدعوى بأصل الحق، باعتبار أن القضاء الموضوعي هو

تعليمات صادرة إلى أقسام المصلحة بما يجب اتباعه، وعليه لا تعتبر قرار إداري يتمتع بحصانة أمام المحاكم العادية، فإذا خالف القضاء المستعجل هذا النظر واعتبر هذه التعليمات قراراً إدارياً، ورتب على ذلك عدم اختصاصه بنظر دعوى إثبات الحالة المترتبة على إزالة التعدي الذي وقع من رجال مصلحة خفر السواحل بناء على تعليمات مدير المصلحة في حالة وقوع تعدي على أملاكها، فإنه يكون قد خالف قواعد الاختصاص الولائي، نقض مدني 14/3/1963، طعن رقم 318، س 28 ق.

88 حكم بأن للقاضي المستعجل أن يأمر مؤقتاً بعودة طالب في مدرسة خاصة لمواصلة الدراسة بعد فصله منها تعسفاً، ولا يحول دون هذا الاختصاص خضوع المدرسة لإشراف وزارة التربية والتعليم لأن ذلك لا يجعل منها هيئة إدارية تملك حق إصدار قرارات إدارية، وإنما تظل هيئة خاصة تسأل عن أعمالها أمام القضاء العادي، محكمة مصر للأمور المستعجلة 9/2/1952، مجلة المحاماة، س 33، ص 1727، نقض 10/3/1955، المحاماة، س 36، ص 252، نقض 16/2/1972، مج 22، ص 195.

89 فإذا تجرد من أركانه الأساسية وشابه عيب جوهرى جسيم يفقده صفته كحكم ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره فلا يستنفذ القاضي سلطته ولا يرتب الحكم حجية الأمر المقضي ولا يرد عليه تصحيح لأن المدعوم لا يمكن رأب صدعه، طعن رقم 408 لسنة 50 ق جلسة 6/11/1983، وقد حكم بانعدام الحكم الصادر في الدعوى رقم 24277 لسنة 68 ق من محكمة القضاء الإداري لصدوره عن جهة لا ولاية لها في إصداره وبات منعدماً بعدما صدر متجاوزاً السياج الفاصل بين جهتي القضاء العادي والإداري، بما يتيح للمستشكل إقامة الإشكال أمام قاضي التنفيذ بما يكشف عن حجيته المدعومة طعن رقم 2254 لسنة 54 ق جلسة 25/3/1992.

90 وقد انتهت محكمة القضاء المستعجل إلى أنه رغم توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس أو التعرض لأصل الحق تمثل في الخطر الداهم الذي اجتاحت ربوع الوطن وتكدير أمن المواطن وسلمه وانتهام أعضاؤه في قضايا جنائية ودرءاً للمفاسد وتحصين للبلاد من الخطر، الحكم في الدعوى رقم 2315 لسنة 2013 مستعجل القاهرة في مادة مستعجلة بحظر أنشطة تنظيم الإخوان في مصر لحين صدور أحكام قضائية باتة بشأن ما نسب إلى الجماعة وأعضائها مع إضافة المصروفات على عاتق الخزنة العامة بجلسة 10/ 2013، وتعرض المحكمة المستعجلة لمسألة موضوعية بطبيعتها يعد معدوماً، ولجهة القضاء العادي بما لها من ولاية عامة أن تتحقق من أن الحكم لمعرض عليها والذي أصدرته جهة أخرى قد صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الجهة، ويعد الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع. وكان الطاعن قد أقام إشكال بوقف تنفيذ الحكم رقم 24277 لسنة 68 ق الصادر في 24/6/2014 من محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى طعنًا على قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1141 لسنة 2013 الصادر بتنفيذاً لحكم محكمة القاهرة للأمور المستعجلة في الدعوى رقم 2315 لسنة 2013 بغية جعله عملاً من أعمال تنفيذ الحكم واعتبرت أن أعمال اللجنة وليدة هذا الحكم، ومن ثم تتحصن قراراتها بهذا الحكم ويكون اعتبارها عملاً إدارياً قد جاء مخالفاً للقانون على نحو ينفي اختصاص القضاء الإداري.

القضاء المختص إذا كانت الدعوى في حقيقتها دعوى موضوعية لأن المطلوب فيها ليس مجرد إجراء وقتي، بل هو طلب موضوعي يقتضي الفصل في أصل الحق. وقد أرست محكمة النقض معياراً واضحاً ودقيقاً للتفرقة بين فرضين:

الأول: هو الحكم بعدم الاختصاص فقط، وذلك عندما ينطوي الإجراء الوقتي المطلوب على مساس بأصل الحق، وتطبيقاً لذلك حكم بأنه إذا كان البين من الأوراق أن الدعوى رفعت أمام محكمة الجيزة للأمور المستعجلة بطلب الحكم بصفة مستعجلة بطرد الطاعن من العين المؤجرة تأسيساً على إساءة استعماله لها مما يهدد سلامة المبنى و يعرض الأرواح للخطر، وتتوافر معه حالة الاستعمال و كان الحكم الصادر من محكمة الأمور المستعجلة بعد أن عدد الحالات التي يختص فيها القضاء المستعجل بالفصل في طلب طرد المستأجرين من العين المؤجرة، و بيّن أن منها حالة النص في عقد الإيجار على الشرط الفاسخ الصريح، وهو استعمال المستأجر للعين المؤجرة بغرض مخل بالآداب، أو إحداث المستأجر تغييراً مؤثراً في كيان العين المؤجرة أو في الغرض الأصلي من استعمالها بغرض الإضرار بالمؤجر، خلص إلى عدم اختصاصه استناداً إلى أن عقد الإيجار لم يتضمن النص على الشرط الفاسخ الصريح، فضلاً عن وجود نزاع جدي في حصول المخالفة المنسوبة إلى المستأجر.

و كان البين من ذلك أن القاضي المستعجل حكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع لما استبان له من أن الإجراء المطلوب يمس أصل الحق، وليس لانطوئه على فصل في أصل الحق، مما يعتبر معه حكمه منهيّاً للنزاع المطروح عليه بحيث لا يبقى من بعد ما يصح إحالته لمحكمة الموضوع.⁽⁹¹⁾

والثاني: هو الحكم بعدم الاختصاص والإحالة، وذلك عندما يكون الطلب يتضمن فضلاً في أصل الحق أي عندما يكون طلباً موضوعياً وليس وقتياً، أي يكون عدم اختصاص القاضي المستعجل راجعاً إلى اختصاص محكمة الموضوع بالطلبات موضوع الدعوى، فعندما يقضى بعدم اختصاصه يقرن حكمه هذا بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع.

فإذا تبين أن الإجراء المطلوب ليس عاجلاً، أو يمس أصل الحق حكم بعدم اختصاصه بنظر الطلب، ويعتبر حكمه هذا منهيّاً للنزاع المطروح عليه بحيث لا يبقى منه ما تصح إحالته لمحكمة الموضوع، أما إذا تبين أن المطلوب منه بحسب الطلبات الأصلية أو المعدلة فصل في أصل الحق فيتعين عليه أن يتخلى عن الفصل في الدعوى ويحكم بعدم اختصاصه بنظرها ويحيلها لمحكمة الموضوع المختصة بالطلب المعروض عملاً بالمادتين "109

110" من قانون المرافعات.⁽⁹²⁾

كما حكم بأنه إذا كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني لأن الحكم بعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر النزاع هو في حقيقته حكم برفض الدعوى ومن ثم لا يجوز إحالتها لمحكمة الموضوع دفاع جوهرية، والفصل فيها بالرفض يكون معيباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بعدم قبول الدعوى وليس برفضها.⁽⁹³⁾

ووفقاً لهذه التفرقة الدقيقة التي وضعتها محكمة النقض إذا كان الإجراء المطلوب يمس بأصل الحق حكم بعدم اختصاصه بنظر الطلب و يعتبر حكمه هذا منهيماً للنزاع المطروح عليه بحيث لا يبقى منه ما يصح إحالته لمحكمة الموضوع، أما إذا تبين أن الإجراء المطلوب ينطوي على فصل في أصل الحق وليس فقط يمس بأصل الحق يصح إحالته لمحكمة الموضوع.⁽⁹⁴⁾

وفي ذلك قالت محكمة النقض أنه إذا تبين للقضاء المستعجل أن المطلوب منه حسب الطلبات الأصلية أو المعدلة طلب موضوعي يتطلب الفصل في أصل الحق تعين عليه الحكم بعدم اختصاصه والإحالة إلى محكمة الموضوع المختصة عملاً بالمادتين "109 و110" مرافعات.⁽⁹⁵⁾

ويكون الفرض أن الطلب الموضوعي رفع على سبيل الخطأ للمحكمة المستعجلة، وأن محكمة الموضوع هي المختصة وحدها بالفصل فيه ويتوجب والحال كذلك على

92 الطعن رقم 332 لسنة 51 ق جلسة 3/2/1985، وتطبيقاً لذلك حكم بأنه إذا كان البين من الأوراق أن الدعوى رفعت ابتداءً بطليين هما الطرد والتسليم وكان الطالبان مؤسسين على ملكية المطعون ضدها للأطيان موضوع النزاع وغضب الطاعن لهما، فإنهما بهذه المثابة طلبان موضوعيان رفعا خطأ إلى محكمة الأمور المستعجلة، ويكون الحكم إذ قضى بعدم اختصاصه بنظرهما والإحالة قد أصاب صحيح القانون، الطعن رقم 772 لسنة 43 ق، جلسة 22/6/1977، الطعن رقم 0212 لسنة 40 مكتب فنى 34 صفحة رقم 409، بتاريخ 06-02-1983.

93 الطعن رقم 0032 لسنة 05، جلسة 19/12/1935، مجموعة عمر، ج1، رقم 998.

94 الطعن رقم 1678 لسنة 52، جلسة 27/0/1989، مكتب فنى 40، ص، رقم 857، وقد حكم قبل صدور القانون رقم "76" لسنة 2007 الذي قصر منازعات التنفيذ على قاضي التنفيذ- بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المحاكم العادية تختص بنظر الدعوى الخاصة بطلان إجراءات الحجز الإدارية أو إلغائها أو وقف إجراءات البيع، وأن لقاضي الأمور المستعجلة إذا طلب منه الحكم بعدم الاعتداد بحجز وقع على خلاف القانون أن يرجع إلى حكم القانون للتحقق مما إذا كان الحجز قد رفع وفقاً له مستوفياً لأركانه الجوهرية أو رفع مخالفاً له فاقداً هذه الأركان فيعتبر عقبة مادية تعترض حق صاحب المال المحجوز عليه الذي له أن يلجأ لقاضي الأمور المستعجلة للتخلص منها طالباً عدم الاعتداد بالحجز، وليس في ذلك مساس بأصل الحق و من ثم فلا تكون المحكمة الجزئية المختصة به طبقاً لما تقضى به المادتين "27، 72" من قانون الحجز الإداري رقم "308" لسنة 1955. إذ أن الاختصاص المنصوص عليه في المادتين المذكورتين مشروط بأن تكون المنازعة تتعلق بأصل الحق أو بصحة الحجز لا أن تكون مجرد طلب وقتي لا يمس الحق مما يختص به قاضي الأمور المستعجلة.

95 نقض 20/6/1979، المكتب الفني، س30، ق 689.

المحكمة المستعجلة أن تحكم بعدم الاختصاص والإحالة إعمالاً لصحيح القانون.⁽⁹⁶⁾

39 - أما عند الحكم بعدم الاختصاص لافتقار الدعوى المستعجلة لحد شروطها كشرط الاستعجال أو عدم المساس بالموضوع، فإن الحكم بعدم الاختصاص في هذا الفرض لا يقتدر بالإحالة إلى محكمة الموضوع باعتبار أنه بالحكم بعدم الاختصاص نوعياً في هذا الفرض تنتهي الخصومة المستعجلة ويعتبر حكمه برفض الدعوى لعدم توافر شرائطها منهياً للنزاع المطروح أمامه،⁽⁹⁷⁾ ولا يبقى أمام القاضي المستعجل ما يجوز إحالته لمحكمة الموضوع إعمالاً لحكم المادة "110" مرافعات.

وقالت محكمة النقض في ذلك أنه إذا كان المدعي قد أقام دعواه أمام المحكمة الجزئية طالباً بالحكم بصفة مستعجلة بطرد المدعي من الأرض وتسليمها له، فقضت المحكمة في مادة مستعجلة بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظرها مؤسسة قضائها على أن الأمر بطرد المدعي عليه ينطوي على مساس بأصل الحق.⁽⁹⁸⁾

فبهذا القضاء تنتهي الدعوى، ويكون الحكم بما أمر به من إحالة النزاع إلى محكمة الموضوع قد أخطأ في تطبيق القانون وخالفه. وانتهت محكمة النقض إلى أن محكمة الاستئناف كان عليها إزاء الواضح من حكم المحكمة الجزئية المستعجلة وحكم المحكمة الابتدائية أن تقصر قضائها على إلغاء الحكم المستأنف وتعتبر الدعوى منتهية بحكم المحكمة الجزئية المستعجلة.⁽⁹⁹⁾

96 نقض 22/6/1977-1470-28. وقبل تعديل قانون المرافعات ذهبت محكمة النقض إلى أن م 135 مرافعات تقتصر الإحالة على الجهات التي تتبع جهة قضائية واحدة ولا يمتد إلى المسائل التي يكون مرجع عدم الاختصاص فيها انتفاء الولاية القضائية إلا بنص خاص، طعن رقم 87 لسنة 25، بتاريخ 30/4/1960، مكتب فني 11، ص 65.

97 يرى د. فتحي والي أنه عند تخلف شرط الاستعجال يحكم برفض الدعوى ولا يكون هناك محل للإحالة، مبادئ القانون المدني، ط 75، ص 275. وإن كان يخالف ما استقر عليه الفقه من اعتبار شرط الاستعجال شرط لاختصاص القضاء المستعجل، وتخلفه سبباً للحكم بعدم الاختصاص وليس رفض الدعوى.

98 نقض 21/12/1977-1841-28، 20/6/1979-30-689، 22/6/1977-28-1470، فطلب فسخ العلاقة الإيجارية عند التأجير من الباطن مثلاً وخلو العقد من الشرط الفاسخ هو طلب موضوعي لا يختص به القضاء المستعجل، ويتعين عليه عند القضاء بعدم اختصاصه إحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع، وإلا كان معيباً بمخالفة القانون. وقضى بأنه متى كان قاضي الأمور المستعجلة قد قضى بطرد المستأجر الذي انتهى عقده من العين المؤجرة، وكان المستأجر قد أثار منازعة قوامها استئجار العين بعقد جديد من وكيل المالك، ورأي القاضي وهو بسبيل تقرير اختصاصه بالنظر في دعوى الطرد أن هذه المنازعة غير جدية لما ظهر من أن عقد التجديد صدر من شخص ليست له صفة الوكالة عن المالك، ومن ثم تكن يده ليست إلا يد غاصب، فإن النعي على الحكم بأنه مس أصلاً الحق بالفصل في نزاع موضوعي بحث لا ولاية له بالبت فيه يكون على غير أساس، نقض 21/12/1977-1841-28.

99 الحكم الصادر في 20/10/1955 راتب ص 38، كما قضى بأنه متى كان قاضي الأمور المستعجلة قد قضى بطرد المستأجر من الفندق المؤجر له، وأقام قضائه على توافر شرط الاستعجال وبناء على أن حيازة الفندق قد أصبحت بلا سند قانوني بعد أن قضت محكمة الموضوع بفسخ عقد الإيجار المبرم بين الطرفين، فليس فيما قضى

وعلى العكس قضت محكمة النقض قديماً متى كان الثابت أنه كان بيد الطاعن عقد إيجار انتهت مدته وقام المطعون عليه بتجديده لمدة سنة أخرى، ولم يبين أنه اتخذ أي إجراء لإنهائه بعد انقضاء هذه السنة ثم سافر بعدها، وتمسك الطاعن بتجديد العقد تجديداً متتابعاً حتى صار محكوماً بالقانون رقم 121 لسنة 1947 المنظم للعلاقة بين المؤجر والمستأجر، فإن هذا الدفاع دفاع جدي يتعين معه على القضاء المستعجل الحكم بعدم اختصاصه لمساس الفصل في طلب الطرد بالحق المتنازع عليه.⁽¹⁰⁰⁾

40 - الصفة الوقتية للأوامر والأحكام المستعجلة هي الوجه الآخر لعدم المساس بالموضوع:

عدم المساس بالموضوع يعنى أن يكون الإجراء أمراً ووقتياً أو تدبير لا يفصل في موضوع الحق أو المركز القانوني للخصوم، والصفة الوقتية للأمر أو القرار دلائلها عدم التعمق في صفة الخصوم، أو حقيقة مراكزهم القانونية، فتقدير القاضي المستعجل هو تقدير وقتي عاجل مستنداً إلى ما يبدو أنه وجه الصواب.⁽¹⁰¹⁾

ومع ذلك حكم بأنه لا ولاية للقضاء المستعجل في الفصل في دعوى منع التعرض لأن الحكم فيها لا يعتبر إجراءً ووقتياً لأنه يمس حتماً موضوع النزاع، إذ يجب للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد التي تخول المدعى رفع الدعوى المذكورة وحقوق المتعرض للعقار موضوع النزاع، بحيث لا يبقى بعد الفصل فيها نزاع موضوعي بين الطرفين في خصوص وضع اليد يصح عرضه على القضاء.⁽¹⁰²⁾

فالحكم الوقتي إلى تحديد مراكز الخصوم تحديداً مؤقتاً ووضع الحلول التي تستقر معها العلاقات القانونية وتخير صور الحماية العاجلة والكافية دون الفصل في الموضوع أو المساس بأصل الحق موضوع الدعوى.

به مجاوزة لاختصاص القضاء المستعجل، الحكم الصادر في 22/3/1951، وقضى بأنه متى كان قاضي الأمور المستعجلة قد قضى بأن دعوى طرد المستأجر الذي انتهى عقده من المطنح المؤجر له تدخل في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وإذ قضى بأن المنازعة بالاعتداد بامتداد عقد الإيجار عملاً بالمرسوم رقم 97 لسنة 1945 غير جدية لما ظهر له من أن عقد الإيجار ينصب في جوهره على آلات وأدوات مما لا يسري عليه هذا القانون الخاص بالأمكنة، فلا يكون متجاوزاً اختصاصه، الحكم الصادر في 15/1/1948 مج. عمر ج. 5، ص 525 .

100 الحكم الصادر في 22/11/1951 .

101 وقد حكم بأنه إذا كان قد قضى بنذب خبير تكون مأموريته الانتقال بصحبة أحد المساهمين إلى المركز الرئيسي للشركة وتحرير محضر يثبت فيه إيداع الشركة أو عدم إيداعها صوراً من تقرير مجلس الإدارة في مركز الشركة لا يعدو أن يكون إجراءً ووقتياً عاجلاً يقتضيه قيام النزاع الأصلي بين الطرفين مما يملكه قاضي الأمور المستعجلة، الطعن رقم 1270 لسنة 22 مكتب فنى 05 صفحة رقم 1000، بتاريخ 24-06-1954.

102 الطعن رقم 360 لسنة 22 مكتب فنى 06 صفحة رقم 652، بتاريخ 10-02-1955.

وعندما لا يكون وجه الحق فيهما واضحاً وإنما يثير منازعة جدية في أصل الحق ينتفي اختصاص القضاء المستعجل،⁽¹⁰³⁾ وعدم وضوح وكفاية المستندات، أو عدم معاونة الخصوم له بإمداده بالمستندات اللازمة يعرقله.⁽¹⁰⁴⁾

هذا ويحق للخصم الدفع بعدم اختصاص القضاء المستعجل نوعياً لتخلف شرط عدم المساس بالموضوع في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يتعين على القاضي المستعجل أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه بحسبان أن اختصاصه نوعياً يتعلق بالنظام العام، فإذا طرحت أمام القضاء المستعجل دعوى تحتوى على عدة طلبات بعدها يدخل في ولايته والبعض الآخر يخرج عنها فإنه يختص بالحكم في الشق الداخل في اختصاصه دون الشق الآخر.

والضرر الذي يقع على الخصوم من جراء الحكم الوقتي لا يعد مساساً بأصل الحق، كما هو الحال عند الحكم بطرد المستأجر أو نزع الأموال من يد أصحابها وتعيين حارس عليها حتى لو تعذر إصلاح هذا الضرر أو تلافيه عند صدور حكم في الموضوع، فلا يعتبر مساساً بحق الخصم مادام الفصل في هذه المنازعة يدخل في اختصاص القضاء المستعجل.⁽¹⁰⁵⁾

41 - الاستجابة للطلب الوقتي ترتكن لاحتمال وجود الحق واحتمال الاعتداء عليه واحتمال حدوث ضرر كشرط لقبوله:

إذا كان قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة يبحث ظاهر الأوراق ولا يجري بحثاً موضوعياً، فإنه يرفض الدعوى إذا لم يكن ما قدم من مستندات ظاهر الدلالة على احتمال

103 نقض مدني، جلسة 19/12/1935، الطعن رقم 132، س 5، محمود عمر، ج 1، ص 998، ق 310، وراجع التطبيقات القضائية في الطعن رقم 372 لسنة 27 ق جلسة 14/3/1962، الطعن رقم 127 لسنة 27 ق جلسة 18/11/1961، الطعن رقم 21 لسنة 17 ق جلسة 26/2/1948، فحالة الاستعجال كما أسلفنا هي حالة ظرفية واقعية مركبة تنشأ من عنصري خشية فوات الوقت والخطر الناتج عن التأخير، وتستشف من الظروف المحيطة بالحق أو المركز القانوني المراد حمايته، وفوات الوقت والتأخير في منح الحماية يؤدي إلى وقوع الضرر الفعلي، محكمة الأمور المستعجلة، القاهرة، 19/4/1990.

104 الطعن رقم 1021 لسنة 49 ق، جلسة 14/12/1982. ومع ذلك يختص استثناءً بنظر بعض الطلبات الموضوعية والمحددة على سبيل الحصر وهي: 1- الطرد في حالة وجود شرط فاسخ صريح في العقد، 2- التظلم من أوامر تقدير رسوم ومصروفات الحكم المستعجل، 3- التظلم من أوامر تقدير أتعاب الخبراء والحراس في الدعوى المستعجلة، 4- المعارضة في أوامر تقدير أتعاب الخبراء والحراس، 5- إثبات التصالح بين الخصوم في الدعوى الوقتية، 6- محو العبارات الخارجة أو الجارحة من محضر الجلسة. ولا يختص القضاء المستعجل بكل ما يتعلق بالحق وجوداً وعملاً كدعوى تثبيت الملكية، أو بالفصل في دعوى التزوير الفرعية أو الأصلية لأن الفصل فيها يقتضى الحكم بصحة السند أو برده و بطلانه، الطعن رقم 1021 لسنة 49 ق جلسة 14/12/1982.

105 عملاً بنص المادة "488/2" مرافعات يجوز الترخيص للمدين بإبداع المعروض في مكان يعينه القاضي أو وضعه تحت الحراسة إذا كان المعروض شيئاً غير المقصود ورفض العرض، د. أمينة النمر، ص 89.

وجود حق موضوعي ليس محل نزاعاً جدياً.⁽¹⁰⁶⁾

فالدعاوى الوقتية والمستعجلة هي وسيلة تحفظ واحتياط لذلك تتطلب توافر احتمال وجود الحق محل الحماية، واحتمال وجود اعتداء علي الحق موضوع الحماية، واحتمال حدوث ضرر للحق أو المركز القانوني محل الحماية القانونية، وإلا رفضت الدعوى، ورجحان الحق يتحقق بتوافر أمرين يدلان على وجوده هما أن توجد قاعدة قانونية تحمي الحق أو المصلحة التي يطلب المدعي حمايتها،⁽¹⁰⁷⁾ فيتأكد القاضي من وجودها حتى لو كانت محللاً للنزاع بين الخصوم.⁽¹⁰⁸⁾

وهذا يبين الاختلاف بين الدعوى الموضوعية على الدعوى الوقتية، فعلى حين يشترط توافر الحق يقيناً في الدعوى الموضوعية، يكفي في الدعوى الوقتية احتمال وجود الحق، فيصدر قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة حكمه على أساس ظاهر احتمال وجود الحق، دون أن تحجب اعتبارات السرعة قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة عن البحث والدراسة اللازمة،⁽¹⁰⁹⁾ ويكفي أن تعطى وقائع الدعوى احتمالاً لوجود الحق محل الحماية باعتبار أن المدعي في الدعوى الوقتية لا يلتزم بإثبات الواقعة القانونية سبب الحق.⁽¹¹⁰⁾

وما يحدث عملاً أن تؤثر المحكمة الحكم بعدم اختصاصها ووصف الطلب بأنه يمس الحق، دون أن تبين ما إذا كان سبب عدم الاختصاص أن الطلب الوقتي يجاوز الحماية الوقتية الواجبة له، أم لعدم تبين رجحان وجود الحق.

والحكم بعدم الاختصاص في هذا الفرض يخرج الدعوى عن طبيعتها المستعجلة، ويتعين الحكم إذا كان المدعي جدير بالحماية القضائية الوقتية بناء على اعتبارات قانونية هي ترجيح وجود الحق أو المركز القانوني، وبناء على اعتبارات واقعية هي الترجيح بين مصالح الخصوم عند المفاضلة بينها بناء على اعتبارات الملائمة.⁽¹¹¹⁾

106 د/عبد الكريم، فقه المرافعات الدولية ص261.

107 والي، سالف الإشارة، ص127، فمثلاً إذا طلب الدائن القضاء له بنفقة وقتية من المدين، يجب أن يكون الحق الذي يستند إليه الدائن في طلب النفقة يحميه القانون، فإذا كان لا يتمتع بحماية القانون انتفت شروط نظر الدعوى الوقتية، فمن يرفع دعوى بدين غير مشروع ليس له الحق في حماية وقتية، لأنه يشترط لقبول الدعوى الوقتية والموضوعية أن يكون الحق محل الدعوى يحميه القانون، وتستقل الدعوى الوقتية باشتراط أن يكون مرجح وجوده.

108 حكم محكمة القاهرة الابتدائية في 8/10/1962، مج8، ص434-61.

109 نقض 14/3/1962، مج14، ص303-48.

110 محكمة الأمور المستعجلة، القاهرة، 19/4/1990، نقض 19/12/1935، مجموعة مر، 13/3/1958، مج9، ص216-28، حكم محكمة مصر الكلية، 22/2/1939، الحاماة، 58-101-21، ومشاراً إليه في: محمد علي راتب، ص51.

111 المرجع السالف، ص95، محمد حامد فهمي، المرافعات، بند140، ص152.

المبحث الثاني

تميز قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة

42 - تتعدد إجراءات رفع الدعاوى الوقتية والمستعجلة، وتتميز قواعد نظر الدعاوى الوقتية والمستعجلة بإجراءات ومواعيد مغايرة لتلك المتبع أمام المحاكم التي تنظر الدعاوى الموضوعية، كما تتحدد آجال قصيرة لنظر الدعوى المستعجلة، وتتميز سلطات قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة عن قاضي الموضوع عند نظر الدعوى الوقتية،⁽¹¹²⁾ وهذا ما يجعل الفصل في الدعاوى الوقتية والمستعجل عسراً بالنسبة لقاضي الموضوع. وسنركز في المطلب الأول على خصوصية إجراءات وقواعد نظر الدعاوى الوقتية والمستعجلة، وفي المطلب الثاني على تميز سلطات قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة.

المطلب الأول

خصوصية إجراءات وشروط قبول نظر الدعاوى الوقتية والمستعجلة

يتم رفع الدعوى الوقتية والمستعجلة بإجراءات رفع الدعوى وفقاً للقواعد العامة، كما يتم رفعها كطلب عارض أمام محكمة الموضوع، فضلاً عن الأوامر على عرائض أمام قاضي الأمور الوقتية التي نوهنا عنها آنفاً، وتخضع الدعاوى الوقتية لأوصاف وشروط خاصة لنظرها، سنعرض في الفرع الأول لإجراءات رفع الدعاوى الوقتية والمستعجلة وفي

112 كذلك يختص قاضي التنفيذ بنظر دعاوى التنفيذ بحكم ولايته العامة طبقاً لنص المادة "275" مرافعات، بصفته قاضياً للأمور المستعجلة، فيحكمه في نظرها التحقق من شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، أما المنازعات التي يختص بها بنص خاص في القانون وليس بحكم ولايته العامة فيكون الاستعجال مفترض، وبمقارنة سلطة قاضي التنفيذ في الحاليتين نجد أنه في الحكم مثلاً في دعوى عدم الاعتداد بحجز ما للمدين لدى الغير يصدر حكماً وقتياً لا يتعدى بعثه الأوجه الشكلية والأركان الأساسية للحجز، وصورة وأثر الاستعجال في هذه الدعوى هو التحقق من وجود ضرر يلحق بالمحجوز عليه من حبس ماله ومنعه عنه وعدم تمكنه من الانتفاع به واستغلاله ولو كان غنياً، وبصفة خاصة إذا كان المركز المالي للحاجز ضعيفاً لا يمكن معه الرجوع بتعويض الأضرار التي قد تترتب على الحجز، فإذا كان مال المحجوز عليه معطلاً أصلاً بحيث لا يفيد الحكم المستعجل في تمكين المحجوز عليه من استغلاله انتفي الاستعجال، وأما عدم المساس بأصل الحق فيتحقق من ظاهر المستندات إذا كان الحجز الموقع باطلاً وذلك عند عدم مراعاة الأوضاع الشكلية اللازمة لصحته، أو إذا فقد ركناً من الأركان الأساسية التي استلزمها القانون. ومقارنة بسلطته في بحث الإشكال حيث تمتد إلى فحص مستندات الطرفين وتحقيق دفاعهما للوصول إلى أرجحية أي الطرفين إيقاف التنفيذ أو استمراره، وللتوضيح إذا كان الإشكال مرفوعاً ممن يعتبر الحكم حجة عليه يتعين أن يكون مبنياً على سبب لاحق على صدور الحكم وإلا حكم برفضه وإلا يكون قد تعرض لحجية الحكم المستشكل في تنفيذه، ومتى كان الإشكال ماساً بالموضوع تعين رفضه. وترتيباً على الاختصاص النوعي لا يملك قاضي التنفيذ الحكم بعدم الاختصاص إلا إذا كانت الدعوى المتعلقة بالتنفيذ خارجة عن اختصاصه بنص خاص كدعوى صحة الحجز التحفظي، وكدعوى تصحيح وتفسير الحكم المنفذ التي تخرج من اختصاصه بنص المادتين "191، 192".

الفرع الثاني لشروط قبول نظرها :

الفرع الأول

إجراءات رفع الدعاوى الوقتية والمستعجلة

43 - تعدد إجراءات رفع الدعاوى الوقتية والمستعجلة :

يتم رفع الدعوى الوقتية والمستعجلة بإجراءات رفع الدعوى وفقاً للقواعد العامة، فيتم إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة تتوافر فيها كافة البيانات والشروط الأساسية وإلا كانت غير مقبولة وفقاً للقواعد العامة في الدعاوى.⁽¹¹³⁾

وقد ترفع الدعوى الوقتية والمستعجلة كطلب عارض، حيث أجاز المشرع إقامة الدعوى المستعجلة كطلب عارض، سواء في دعوى مستعجلة مرفوعة بالفعل أمام قاضي الأمور المستعجلة، أم في دعوى موضوعية سواء أكانت جزئية أو كلية، فيبدي شفاهة في الجلسة كطلب عارض في مواجهة الخصوم، أو يقدم بصحيفة دعوى أو بإعلان أو بمذكرة يطلع عليها الخصم أو تعلن إليه، وذلك على النحو الذي حددته المواد من "123" وحتى "127" مرافعات.

وأيضاً يقدم الطلب الوقتي أمام قاضي الموضوع بطريق التبعية للدعوى، فيبدي الطلب الوقتي والمستعجل في صحيفة الدعوى عند رفع الدعوى الموضوعية، أو يقدم في مرحلة تالية لرفع الدعوى، و تتبع في شأنه القواعد المقررة لتقديم الطلبات العارضة، إذ أن الاعتبارات التي من أجلها سمح المشرع بتقديم طلبات عارضة أمام المحكمة التي تنظر الطلب الأصلي هي اعتبارات تعلق على تلك التي شرعت من أجلها قواعد الاختصاص المحلي.⁽¹¹⁴⁾

وتختص المحاكم الابتدائية بنظر الدعاوى المستعجلة المرفوعة إليها بطريق التبعية أي كانت قيمتها، أما الطلبات الوقتية والمستعجلة أمام المحكمة الجزئية فتتقيد بالإحالة التي حددتها المادة "46" بصدد الطلبات العارضة التي ترفع أمام المحكمة الجزئية كمحكمة موضوع بما يزيد عن اختصاصها القيمي، وهذا يوجد مغايرة في الحكم، فيملك

113 طبقاً لنص المادة "63" مرافعات تقيد الدعوى وتسلم صور صحيفتها إلى قلم المحضرين لإعلانها طبقاً للمادة "67" مرافعات، ويجوز تسليمها للمدعي لإعلانها وردها لقلم الكتاب ماعدا إشكالات التنفيذ طبقاً لنص المادة "67/3"، وتبدي الإشكالات أمام المحضر النسبة للمنازعات الوقتية في التنفيذ. فمنازعات التنفيذ كانت تخضع لاختصاص القضاء المستعجل وأصبحت من اختصاص قاضي التنفيذ منذ صدور القانون رقم 76 لسنة 2007 "الطعن رقم 667 لسنة 63 ق، جلسة 4/11/2000 .

114 الإشارة السالفة، ص72.

القاضي الجزئي نظر الطلب المستعجل أياً كانت قيمته في المحكمة المستعجلة، بينما لا يملك ذلك ذات القاضي الجزئي في المحكمة الجزئية التي تنظر الموضوع .

44 - أثر ازدواج اختصاص المحاكم الجزئية على قبول الدعوى الوقتية والمستعجلة:

أضاف المشرع للدعاوى الوقتية اختصاص مكاني في المادة "45" مرافعات بأن يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، أما في خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون هذا الاختصاص للمحكمة الجزئية، وهذه حالة استثنائية اختص بها المنازعات الوقتية والمستعجلة مراعاة لحالة الاستعجال وتيسيراً على المتقاضين، فتنظر المنازعات المستعجلة الواقعة في دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية أمام قاض يندب في مقر المحكمة الابتدائية لنظر الأمور المستعجلة، ويتعين تخصيص دوائر نوعية .

أما المنازعات المستعجلة الواقعة خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فينعتد الاختصاص بنظرها للمحاكم الجزئية بحسبانها محاكم مستعجلة، ومقتضى هذا الاختصاص المكاني أن الدوائر التي تجمع بين صفتي محكمة الموضوع والمحكمة المستعجلة تختص نوعياً بالدعاوى المستعجلة التي ترفع أمام قاضي الأمور المستعجلة المنتدب في مقر المحكمة الابتدائية ويكون المطلوب هو الحكم بصفة مستعجلة باعتباره يختص بالأمور المستعجلة فقط، وإن جرى العمل على تخصيص دوائر للدعاوى الوقتية والمستعجلة، أو أياماً محددة لنظر تلك الدعاوى.

والمحاكم الجزئية خارج دائرة المدينة لها صفة مزدوجة، فإذا رفعت دعوى مستعجلة وتخلف شرط الاستعجال، أو كان الطلب ليس وقتياً حكم بعدم الاختصاص، بينما تكون الدعوى وإن خرجت عن اختصاصه كقاض للأمور الوقتية والمستعجلة إلا أنها لا تتجاوز اختصاصه كقاض جزئي عادي، ومع ذلك يتكبد المدعي مشقة إعادة رفعها من جديد كدعوى موضوعية. (115)

115 المادة "59" فرقت بين إشكالات التنفيذ الوقتية فتختص بها محكمة التنفيذ التي يجري في دائرتها التنفيذ، وبين حجز المنقول لدى المدين فتختص المحكمة التي يقع المنقول في دائرتها، وفي حجز ما للمدين لدى الغير تختص محكمة موطن المحجوز لديه، وبالنسبة للعقار تختص المحكمة التي يقع العقار في دائرتها، أو أحداها عند تعددها فيجوز الدفع بعدم الاختصاص أمام القضاء المستعجل النوعي والوظيفي يتعلق بالنظام العام فيجوز إيدأؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، كما هو الحال عند تخلف شرط الاستعجال أو عدم المساس بأصل الحق، أو كانت تتعلق بعقد أو قرار إداري أو عملاً يخرج عن نطاق رقابة القضاء. أما الدفع بعدم الاختصاص المحلي فلا يتعلق بالنظام العام، ويجوز للخصوم الاتفاق على مخالفته، ويسقط بالتنازل عنه صراحة أو ضمناً، ويعتبر الكلام في الموضوع قرينة على التنازل عنه، وإبداء أي دفع شكلي آخر كالإحالة والدفع

ونرى أن القاضي وقد تبين أن الإجراء المطلوب هو حكم في أصل الحق فيقبل الدفع بعدم الاختصاص، ولكن يفصل في الدعوى بالإجراءات العادية مادامت تدخل في اختصاصه كقاضي للأمر الجزئية، ويخطر الأطراف بذلك مع الوضع في الاعتبار العقوبات الإدارية والتنظيمية التي تواجه قيامه بذلك، بأن تنتقل إلى الجدول الموضوعي وتنتظر في اليوم المحدد لنظرها.

وفي الأخذ بفكرة استقلال الاختصاص النوعي للقضاء الوقتي تفادى هذه الإشكالية التي تعطل نظر الدعاوى الوقتية.

وبترتب على رفع الدعوى الوقتية والمستعجلة نزع الاختصاص من سائر المحاكم المستعجلة، فإذا رفعت دعوى ثانية بذات الطلب أو جزء منه بين نفس الخصوم أثناء نظرها أحواله من هذه المحكمة إلى تلك التي رفعت إليها أولاً حتى ولو كانت المحكمة الثانية هي المختصة به في الأصل باعتبارها محكمة مستعجلة تختص نوعياً بنظره، ذلك لتلافي تكرار رفع الدعوى وهو ما يحول دونه جمع كافة الدعاوى أمام ذات المحكمة المحكمة، وهو اتجاه تبناه المشرع في دعاوى الأسرة وواجب إعماله.

وبالنسبة لمحكمة الموضوع عندما يرفع ذات الطلب الوقتي أمام القضاء الموضوعي والمستعجل في ذات الوقت فنرى وجوب تخلي القضاء الموضوعي عن نظره لصالح القضاء المستعجل المعروف عليه الدعوى بالفعل احتراماً لقواعد الاختصاص النوعي ولاتقاء الحكمة من اضطلاع بنظرها، وقد تكبد المدعي بالفعل مشقة رفع الدعوى أمام القضاء الوقتي والمستعجل المختص.⁽¹¹⁶⁾

بالبلان قبل التمسك بالدفع بعدم الاختصاص يسقطه، وكذلك إبداء أي دفع موضوعي وذلك إعمالاً لحكم المادة "108" مرافعات، ويتعين على الخصم أن يتمسك به، ولا تملك المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ولا يعتبر طلب التأجيل للاستعداد وتقديم المستندات مسقطاً للحق في التمسك بالدفع بعدم الاختصاص. ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 28/4/1974، وحكمها الصادر في 26/3/1978 في الطعن رقم 1213، 1216، 1218 لسنة 18 ق، وحكمها الصادر في 26/3/1978، طعن رقم 23 لسنة 19 ق إلى أن المادة "110" لاتغل يد القضاء الإداري عن عدم الالتزام بالإحالة، فإذا رأت أنها غير مختصة وجب عليها الحكم بعدم الاختصاص دون الإحالة إلى المحكمة الأولى التي استنفذت ولايتها بحكمها القطعي بعدم الاختصاص، ثم عدلت عن هذا الاتجاه، وأقرت أنه إزاء صراحة المادة "110"، أضحى من الممتنع على المحكمة المحال إليها الدعوى أن تعاود بحث الاختصاص، وأن الاعتبارات التي اقتضت أخذ المشرع بهذا النظر تسمو على ما يتطلبه التنظيم القضائي من عدم تسليط قضاء محكمة على قضاء محكمة أخرى، حكم المحكمة الإدارية العليا في 26/6/1981، طعن رقم 1417 لسنة 26 ق، وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أن القانون رقم 71 لسنة 1975 قد أنشأ محكمة عسكرية تختص ببعض المنازعات الإدارية، فإذا كانت المنازعة داخلية في اختصاصها وجب على القضاء الإداري أن يحكم بعدم اختصاصه بنظرها وإحالتها إليها، الطعن رقم 359 لسنة 24 ق، جلسة 25/1/1981.

116 أما إذا رفعت الدعوى بطلب موضوعي أمام القاضي المستعجل على سبيل الخطأ فإنها تحدث أيضاً أثرها في قطع التقادم باعتبارها دعوى موضوعية رفعت أمام محكمة غير مختصة قياساً من باب أولى على ما استقر عليه القضاء الإداري من أن الطلب أو التظلم الذي يقدمه الموظف متمسكاً بحقه وطالباً أداءه يقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقادم، وقد حكم بأن ويحدث إعلان صحيفة دعوى إثبات الحالة أثره في شأن قطع التقادم، راجع الحكم الصادر في 2/5/1950، مجموعة المكتب الفني بمجلس الدولة، 4-673. وفي ذلك قالت محكمة

ولا يعد سبق الفصل في موضوع الطلب قيداً على قبول الدعوى المستعجلة، ولا يعد هذا شرطاً لقبول الدعوى الوقتية والمستعجلة لأن الحماية تمنح بالقدر الكافي وفقاً لاعتبارات الملاءمة، وتظل إمكانية العودة للقضاء قائمة إذا تغيرت الظروف دون أن يقف سبق الفصل في الموضوع حائلاً دون ذلك.

رغم أنه يعتبر بالنسبة للدعاوى الموضوعية شرطاً من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها كأثر لمبدأ حجية الشيء المحكوم به، وهذا ما يسبغ على ولاية القضاء الوقتي صفة الولاية التكميلية والتصحيحية.

45 - إجراءات رفع الدعوى المستعجلة تتم بأجال قصيرة :

تخضع الدعوى المستعجلة لإجراءات تتم بأجال قصيرة، وتعتبر الدعوى مرفوعة ومنتجة لكافة آثارها القانونية من تاريخ إيداعها قلم كتاب المحكمة وليس من تاريخ إعلانها للمدعى عليه، والمادة "70" حددت ميعاد إعلان الدعوى، وهو ميعاد يسرى على كافة الدعاوى العادية والمستعجلة قصد منه تحقيق التوازن بين مصلحة المدعي والمدعي عليه حتى لا تترك الدعوى منتجة لآثارها مدة طويلة.

وتعلن صحيفة الدعوى إلى المدعي عليه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وإلا جاز اعتبارها كأن لم تكن، وفي هذا تتفق الدعوى المستعجلة مع الدعاوى الموضوعية، ونرى وجوب خفض هذه المدة طلباً للسرعة التي يقوم عليها هذا القضاء.⁽¹¹⁷⁾

أما خصوصية مواعيد التكليف بالحضور في الدعاوى الوقتية فقد أجاز القانون أن يفصل بين تاريخ إعلان صحيفة الدعوى المستعجلة أياً كانت المحكمة التي تنظرها وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها 24 ساعة فقط لتمكين المعلن إليه من الحضور، ويضاف إليه ميعاد مسافة، وهو ما نطالب بحذفه بالنسبة للدعاوى الموضوعية، وفي الدعاوى الوقتية من باب أولى توافقاً مع أهدافها .

النقض إذا رفع واضح اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طلباً لإزالة السد لتمكينه من ري أرضه فإن هذا الطلب يعتبر في مرماه ومعناه طلباً بمنع التعرض بقطع مدة وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها، ولا محل للدفع بأن التكليف بالحضور أمام المحكمة المستعجلة لا يقطع التقادم ولا ينتج معنى الطلب المقدم بالحق المراد اقتضاؤه حين يكون المدعي قد رفع أمام هذا القاضي طلباً خاصاً بمنع التعرض نقض 13/12/1945. وقد حكم بأن رفع دعوى مستعجلة بوقف تنفيذ قرار فصل عامل لا يقطع التقادم بالنسبة لأصل الحق في دعوى التعويض، نقض -18/12/1976 المكتب الفني 1783-27، مشاراً إليه في: راتب، سالف الإشارة، ص 9189. ارجع تفصيلاً: مسلم، سالف الإشارة ص 109.

117 وذلك طبقاً لنص المادة "69" مرافعات وهذه المادة كانت في القانون رقم 100 لسنة 1962 تعديلاً للمادة رقم "77" من قانون المرافعات الملغي، وأصبحت المادة "68" في الحالي دون تغيير في الصياغة يمس المدة، ولا يترتب علي مخالفته البطلان، ونرى وجوب المبادرة بتعديلها .

هذا ويجوز تخفيض ميعاد الحضور عن الأربع وعشرين ساعة المقررة للحضور في الدعاوى المستعجلة، كما يجوز عمل التكليف بالحضور في أيام العطلات الرسمية أو في غير الساعات التي يجوز فيها الإعلان، أو في منزل القاضي على أن يحدد تحديداً نائياً للجهاالة، أو في ساعة معينة بإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية، وذلك في حالات الاستعجال الشديد عند وجود ضرورة قصوى أو خطر جسيم يستدعي الفصل في النزاع فوراً والأمر بالإجراء الوقتي دون تأخير.

وقاضي الأمور الوقتية إذا قدر وجود ضرورة ملجئة يكلف أحد المحضرين بالقيام بالإعلان على أن يعلن الخصم لشخصه، ولا يجوز تقصير هذا الموعد بغير إذن قاضي الأمور الوقتية ويعلن مع صحيفة الدعوى.⁽¹¹⁸⁾

ونوه إلى وجوب إعطاء قاضي الأمور المستعجلة هذه السلطة، فضلاً عن وجوب تغيير الطريقة التي يمكن بمقتضاها إعلان الدعوى المستعجلة بإجراءات أكثر فاعلية كالإيميل والبريد السريع وما إلى ذلك، وهذا مسألة صارت ملحة لتفادي التعطيل، وتدعو المشرع للمسارعة بتنظيمها تشريعياً.⁽¹¹⁹⁾

أما قواعد الغياب تختلف أمام القضاء المستعجل، فغياب المدعي عليه لا يمنع المحكمة من الفصل في الدعوى بعد التحقق من صحة إعلانه، فلا ينطبق حكم المادة "84" مرافعات على الدعاوى المستعجلة، ويمكن أن يفصل في الدعوى طبقاً لحكم المادة "82"

118 راتب، سالف الإشارة، ص62، توافر البيانات اللازم توافرها في صحيفة الدعوى المستعجلة فقد حددتها المادة "63" وهي ذات بيانات الدعوى العادية، وكذا بيانات إعلان صحيفة الدعوى التي أوردتها المادة "9"، بالإضافة إلى ضرورة توقيع محام على صحيفة الدعوى طبقاً لنص المادة رقم "58" من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 والتي تنص على أنه لا يجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقربين أمامها على الأقل، وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المشتغلين وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى خمسين جنهماً، ويقع باطلاً كل إجراء يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة. وقد قصد المشرع أن تعد الدعاوى بمعرفة محام متخصص ومقبول للمرافعة أمام هذه المحكمة إلى ترفع أمامها الدعوى، ولا يكفي توقيع صاحب الشأن أي الأصيل، ولا يغني عن تطلب هذا الإجراء، ولا يكفي ختم مكتب المحامي، ولا تكفي الإشارة إلى اتخاذ مكتب هذا للمحامي موطناً مختاراً، ولا يجوز للمحامي تحت التمدين أن يوقع باسمه صحف الدعاوى أو يتراجع أمام المحاكم المستعجلة وذلك طبقاً لنص المادة "26" من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983. وهذا البطلان من النظام العام يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها. مع ملاحظة أنه يجوز تصحيح هذا الإجراء الباطل وذلك بتوقيعها من محام بعد رفعها وأثناء نظرها شريطة أن يتم خلال الأجل المحدد لرفع الدعوى كما لو كان طعناً فيتعين أن يتم التصحيح خلال الأجل "م33"، وفي ذات مرحلة التقاضي، لأنه بخروج النزاع من ولاية المحكمة بالفصل فيه لا يتأتى تصحيح الإجراء الباطل، وعلى أن يجري التصحيح على صحيفة الدعوى بشرط ألا تكون باطلة لسبب آخر كما لو كان إعادة الإعلان باطلاً.

119 محمد كمال عبد العزيز، مرجع سالف، ص 66، عز الدين الديناصوري وحامد عكاظ، ص338. وفقاً لنص المادة السابعة مرافعات لا يجوز إجراء الإعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة الخامسة مساءً ولا في أيام العطلات الرسمية إلا في حالة الضرورة، وإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية، ويترتب البطلان على مخالفة هذه المواعيد، أما في الدعاوى المستعجلة فيجوز تكليف الخصوم بالحضور أمام المحكمة أو في منزل القاضي أو في أي مكان آخر، يتفق عليه في ساعة معينة أو في نفس الساعة الحاصل فيها الإعلان.

مرافعات في الجلسة الأولى بناء على طلب المدعي عليه رغم تغيب المدعي أو المدعين أو تغيب بعضهم عند تعددهم، وفي هذا تتفق دعاوى الموضوعية والمستعجلة.⁽¹²⁰⁾

ونرى أن اعتبارات السرعة التي تحيط بالطلبات الوقتية تتطلب الخروج عن الأصل أنه لا يجوز تقديم طلبات عارضة أمام محكمة ثاني درجة طبقاً لنص المادتين "236، 235" مرافعات احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، وعدم الاقتصار على التدخل الإنضمامي باعتبار أنه لا يطالب بحق ذاتي لنفسه ولا يطرح طلباً جديداً،⁽¹²¹⁾ وذلك تماشياً مع طبيعة الاستعجال والصفة الوقتية لتقديم طلبات جديدة، ربطاً بأهدافه كما فعل مع محاكم الأحوال الشخصية رقم 10 لسنة 2004.⁽¹²²⁾

الفرع الثاني

خصوصية شروط قبول نظر الدعاوى الوقتية والمستعجلة

46 - وجوب توافر أركان الدعاوى في الدعوى الوقتية والمستعجلة:

يجب أن يتوفر في الدعوى الوقتية والمستعجلة شروط وأركان الدعوى من أهلية التقاضي، وتوافر الصفة، وثبوت المصلحة المشروعة، ووجود الحق، ذولكن رصدت أحكام القضاء أوصافاً خاصة لشروط الصفة والأهلية والمصلحة:

47 - أوصاف المصلحة في الدعاوى الوقتية والمستعجلة:

توافر المصلحة شرط ضروري في كافة الدعاوى يتعلق بالنظام العام، فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتحكم بعدم قبول الدعوى عند انتفاء شرط المصلحة.

ووفقاً لما أجازته المادة الثالثة مرافعات من كفاية المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند

120 تسري قواعد الحضور الواردة بنصوص المواد من "72" وحتى "81" من قانون المرافعات والتي تحكم الدعاوى الموضوعية، راتب ، سالف الإشارة ص49، د. أمينة النمر، قانون المرافعات، المكتبة القانونية، 1992، ص386.

121 د. راتب، ص74 ، وعكس ذلك د. الصاوي، الإشارة السالفة .

122 ويجوز للقاضي الوقتي أن يأمر بإدخال بقية المستأجرين الموقعين على عقد الإيجار ليستمع إلى دفاعهم في دعوى الطرد، ولتستوفي الدعوى أوضاعها مستعجل مصر 30/10/1952، المحاماة، 33، 8-13، مشاراً إليه، راتب، ص68.

النزاع فيه يكتفى في الدعاوى الوقتية والمستعجلة بالمصلحة المحتملة، والتي تتمثل في وجود تهديد بالاعتداء على الحق يستوجب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله، أو المصلحة المستقبلية التي تتحقق متى استبان أن فوات الوقت يؤدي إلى فوات الفرصة ووقوع الضرر أو زوال الدليل.⁽¹²³⁾

فبيحث القاضي المستعجل وجود شرط المصلحة كمناطق لقبول الدعوى، فإذا انتفى شرط المصلحة أصلاً كانت الدعوى الوقتية غير مقبولة شأنها في ذلك شأن الدعوى الموضوعية، ونلاحظ أيضاً خصوصية البحث عن وجود شرط المصلحة، فيكتفي القاضي في بحثه بتبين وجود المصلحة من ظاهر الأوراق، دون أن يتعمق في بحث شرط المصلحة في الدعوى، وذلك على عكس قاضي الموضوع.

أما أوصاف المصلحة المعتبرة في الدعاوى الوقتية والمستعجلة فيتعين أن تكون شخصية ومباشرة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، ويجري بعض الفقه تفرقة بين المصلحة الإجرائية والمصلحة الموضوعية، وينكر اشتراط توافر المصلحة في الدعوى الوقتية والمستعجلة استناداً إلى أن شرط المصلحة يعبر عن الحقيقة ولا يمكن أن يكون المقصود بالمصلحة في هذا النص المصلحة في الدعوى أي الحاجة إلى الحماية القضائية لأن هذه الحاجة يجب أن تكون قائمة وحالة وإلا لانتفى المبرر لقبول الدعوى، وإنما ينصرف هذا النص إلى المصلحة الموضوعية المادية أو الأدبية موضوع الحماية القضائية.

وقد استند هذا الرأي إلى الاختلاف بين الدعوى التحفظية والوقتية، إذ يرى أنه فيما يتعلق بالدعاوى التحفظية تكفي المصلحة المحتملة، أما الدعاوى الوقتية فيلزم توافر المصلحة القائمة ولا تكفي المصلحة المحتملة شأنها في ذلك شأن الدعوى الموضوعية، ويتساءل كيف ترفع دعوى نفقة بناء على مصلحة محتملة، ويرى أن هذا يعكس أثر التفرقة بين الدعاوى التحفظية والوقتية.⁽¹²⁴⁾

والحقيقية أن هذا التصور فضلاً عن كونه ينكر التفرقة التي أجراها المشرع بين المصلحة القائمة وهي شرط ضروري لرفع الدعوى الموضوعية، وبين المصلحة المحتملة والتي تعتبر شرطاً كافياً لرفع الدعاوى التحفظية والوقتية، قد وقع في لبس بين هدف الدعوى أو الغرض منها وبين المصلحة أدى إلى لبس آخر أن هذه المصلحة قد تكون حالة إذا كانت قد تعرضت لاعتداء ويطلب من القضاء إزالة الضرر، ولكنها قد تكون محتملة

123 د. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، ص55.

124 وهذا اللبس بين هدف الدعوى أو الغرض منها وبين المصلحة أدى إلى لبس آخر عبر عنه بقول: "فهذه المصلحة قد تكون حالة إذا كانت قد تعرضت لاعتداء ويطلب من القضاء إزالة الضرر، ولكنها قد تكون محتملة إذا كان الضرر مازال محتملاً لم يقع بعد، ويطلب من القضاء الحيلولة دون وقوعه، وفي الحالتين يكون للمدعي مصلحة قائمة في قبول دعواه، د. وجدى راغب، الإشارة السالفة، ص218.

إذا كان الضرر مازال محتملاً لم يقع بعد، ويطلب من القضاء الحيلولة دون وقوعه، وفي الحالتين يكون للمدعي مصلحة قائمة في قبول دعواه.

فالمشرع وصفها وحدها بالغاية والهدف من رفعها بأنها الدعاوى التي الغرض منها دفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، وذلك لتحقيق الاستقرار القانوني والواقعي وبث الثقة والطمأنينة في نفوس ذوي الشأن وإزالة الخوف والخشية الحالة من الضرر المحتمل.

وقد تعامل القضاء الوقتي بمرونة لتوافر المصلحة، والحكمة من ذلك أن القضاء المستعجل يقدم لحماية الوقتية اللازمة لحماية الأوضاع الظاهرة واستقرار الأوضاع، فتقبل دعوى إثبات الحالة من الزوج لإثبات حالة إصابة زوجته نتيجة خطأ الطبيب.⁽¹²⁵⁾

وهذا يعزز مطالبنا بتوحيد جهة القضاء المستعجل واستقلاله بنظر كافة المنازعات المستعجلة والوقتية بطبيعتها.

48 - وجوب توافر شرط الصفة في الدعاوى الوقتية لتعلقه بالنظام العام:

يجب توافر الصفة في الدعوى لأنه شرط يتعلق بالنظام العام أيضاً، فيحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة، يثبت القضاء الوقتي والمستعجل من توافر الصفة، وهذا البحث الظاهري الذي أجراه القاضي المستعجل إذا أدى إلى ثبوت انعدام الصفة للمدعي أو المدعي عليه يقضى بعدم قبول الدعوى.

وكما تعامل القضاء الوقتي بمرونة في اشتراطات أو صورة المصلحة، توخياً لتقديم الحماية الوقتية اللازمة، أيضاً قد تبرر ظروف الدعوى ودواعي الاستعجال التغاضي عن شرط الصفة، كما لو رفع المشتري على الوكيل بالعمولة أو الوسيط دعوى إثبات حالة البضائع لأن البائع الأصلي مقيم بالخارج، ويتربط على اختصاصه استحالة اتخاذ الإجراء التحفظي المستعجل بشأن الصفقة في الوقت المناسب، وذلك على خلاف الدعوى الموضوعية فلا تكون للوسيط أو الوكيل بالعمولة صفة ويحكم بعدم قبولها لرفعها على غير ذي صفة، فلم يشترط أن يكون رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق المراد حمايته بالإجراء المستعجل أو من يقوم مقامه قانوناً.⁽¹²⁶⁾

125 هذا ما لم يكن موضوع الدعوى هو المنازعة في الصفة فلا يحاج رافعها بانعدام صفته، ويكون ثبوت صفته أو انعدامها في هذه الدعوى متوقفاً على نتيجة الفصل في المنازعة ذاتها، كما لو رفع صاحب المال دعوى بهدف إلغاء الحراسة باعتبار أن الحراسة لا تشمل الأعيان محل الدعوى، فإذا دفع الحارس بانتفاء الصفة فإن الأمر يتوقف على نتيجة المنازعة، إذ أنه ليس لغير الحارس صفة تمثيل المال في الحدود التي عين فيها.

126 وقد اعتبرت محكمة الاستئناف القاهرة أن المصلحة المباشرة هي الصفة حكم محكمة استئناف القاهرة، جلسة

ونرى وجوب الحكم عند انتفاء أوصاف المصلحة المعتبرة في الدعاوى المستعجلة بغرامة مالية للحد من إساءة استعمال حق التقاضي للإضرار بالغير ولتخفيف تكديس الدعاوى أمام القضاء بغير مقتضي، ولعل الاعتبارات التي تدعو لوجوب تكريس القضاء المستعجل لحماية المصالح الاقتصادية والقانونية توجب الاكتفاء بالمصلحة الاقتصادية تماماً كالقضاء الإداري الذي يملك نظر الدعاوى اكتفاءً بالمصلحة الاقتصادية وذلك وفقاً لقانونه، إذ تتوافر للقضاء المستعجل وفقاً لاختصاصه الحكمة من الاكتفاء بالمصلحة الاقتصادية وهو أولى بذلك، وإن ظلت الحاجة لصدور تشريع يؤكد هذه المسألة أمر واجب.⁽¹²⁷⁾

49 - وجوب توافر الأهلية الإجرائية :

أما خصوصية شرط توافر الأهلية فلا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوافر للخصوم الأهلية التامة للتقاضي،⁽¹²⁸⁾ فيجوز لناقص الأهلية والمفلس والمحجوز عليه بالنسبة للمال المحجوز طلب اتخاذ أو استصدار أمر بالتدابير التحفظية الوقتية والمستعجلة، وذلك لطبيعة الاستعجال وما يقتضيه من إجراءات سريعة لدرء الخطر بإجراءات لا تمس أصل الحق،⁽¹²⁹⁾ وتقدم مجرد حماية وقائية تمنع وقوع الضرر.⁽¹³⁰⁾

15/5/1984 مستعجل القاهرة.

127 وقد قضت محكمة كفر الشيخ الابتدائية في دعوى ضد مدير عام الشركة المصرية لمشروعات السكك الحديدية بطلب ندم أحد خبراء وزارة العدل للانتقال لمعاينة المبني محل لنزاع على الطبيعة وإثبات حالته وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة، واستدلت المحكمة على توافر الاستعجال من تاريخ قيد الصحيفة في 1/ 2/2010 بينما أشار المدعي في الصحيفة إلى أن الضرر بدأ من تاريخ إجراء المزاد في 29/7/2009، وأنه كان يتعين عليه إقامة دعواه منذ هذا التاريخ ويعد سكوته دليلاً على انتفاء الاستعجال والخطر الداهم كركن لاختصاص القضاء المستعجل الأمر الذي تكون معه المحكمة غير مختصة نوعياً بنظر الدعوى، وإذ فصلت في اختصاصها بنظر الدعوى فلا مجال لبحث الدفيعين المتعلقين بصفة الشركة المدعية كون بحث مسألة الاختصاص تستغرق بحث الصفة، ومن ثم تلنفت المحكمة عن هذين الدفيعين، وقد استجابت المحكمة للدفع بانتفاء شرط الاستعجال وأضافت إليه أن الطلب الذي بنيت عليه الدعوى فيه مساس بأصل الحق واستندت في ذلك لنص المادة "45" الطعن رقم 772 لسنة 43 ق، جلسة 22/6/1977، في الدعوى رقم 172 لسنة 2010 مدني مستعجل كفر الشيخ بتاريخ 8/6/2011، ودفع المدعي عليه بعدم اختصاص المحكمة نوعياً لانتفاء شرط الاستعجال، وعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وعلى غير ذي صفة، وإذ حجزت الدعوى للحكم لجلسة 18/1/2011 استبان للمحكمة أن الصفة في الخصومة تنعقد لرئيس مجلس إدارة الشركة المصرية لمشروعات السكك الحديدية، فأعدت الدعوى للمرافعة عملاً بنص المادة "115" مرافعات بجلسة 12/4/2011 لإدخال صاحب الصفة وحجزت الدعوى لجلسة 31/5/2011 ثم مد أجل الحكم لجلسة 8/6/2011.

128 الطعن رقم 69 لسنة 48 ق، جلسة 26/3/1981، لذلك يجوز لمدير الشركة بغير ترخيص من مجلس الإدارة، ويجوز لناقص الأهلية أن يلجأ للقضاء المستعجل طالباً الحكم بالإجراءات الوقتية كالحصول على مسكن مستقل لإساءة الوصي التعامل معه، وكذلك يجوز للغير أن يرفع الدعوى المستعجلة دون توافر أهلية التقاضي في المدعي أو على أي من المدعي عليهم. فيجوز للقاصر المأذون له بالإدارة أن يرفع الدعوى بدون إذن الولي، كما يجوز له عند وقوع خلاف مع القيم أو الوصي أو الولي أن يلجأ لقاضي الأمور المستعجلة لحمايته وحفظ حقوقه.

129 أنظر أكثر تفصيلاً: د. ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، النهضة العربية، ص 145)

130 لناقص الأهلية القيام بها والمفلس والمحجوز عليه بالنسبة للمال المحجوز، وأيضاً الوصي والقيم والسنديك

المطلب الثاني

تميز سلطات قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة

50 - أقر المشرع وجود اختصاص مشترك بنظر المنازعات الوقتية والمستعجلة، فيختص قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة بنظرها، كما تختص محكمة الموضوع الجزئية أو الابتدائية بالأمور الوقتية إذا رفعت لها بطريق التبعية للموضوع .

ويفترض أن هذا التعدد مرجعه ذلك إلى أن السرعة هي الاعتبار الأول مراعاةً لظروف طالب الإجراء، لذلك أجاز المشرع لقاضي الموضوع نظرها بالتبعية للدعوى الموضوعية بحسبانه الطريق الأسرع والأسرع ما دامت الدعوى منظورة بالفعل، وهذا يتطلب الوقوف عند نطاق السلطة الإجرائية للقاضي عند نظر الإجراءات الوقتية لتبين مدى اختلافها بين القاضي المستعجل وقاضي الموضوع، وهذا موضوع الفرع الأول، كما يتطلب الوقوف عند نطاق السلطة التقديرية للقاضي فيما يتعلق بتخير الأمر أو الإجراء أو التدبير الملائم للنزاع عند نظر الإجراءات الوقتية لتبين مدى اختلافها بين القاضي المستعجل وقاضي الموضوع وهذا هو موضوع الفرع الثاني.

الفرع الأول

اختلاف نطاق السلطة الإجرائية لقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة

51 - لصاحب الشأن الخيار بين رفع دعواه المستعجلة أمام القضاء المستعجل، أو أن يرفعها أمام محكمة الموضوع بصفة تبعية للدعوى الموضوعية، ولكن ليس له أن يرفعها إلى هذا وذاك في نفس الوقت. فالمشرع أجاز لمحكمة الموضوع نظر الدعاوى المستعجلة إذا رفعت إليها بطريق التبعية للدعوى الأصلية، وليس على استقلال لاتتفاء الحكمة في هذه الحالة، فمثلاً تنظر محكمة الموضوع طلب الحراسة أثناء نظر النزاع حول الملكية ولكن لا تختص به على استقلال، وكذلك تنظر طلب النفقة الوقتية تبعاً لدعوى الحساب.

ومدير التركة والحارس، والشريك على الشيوخ، وإذا قام بها شخص لحساب الغير دون أن يكون ملتزماً بذلك اعتبر فضولياً "م 195 مدني، ويرى البعض أنه يجوز لصاحب الحق الاحتمالي اتخاذ الإجراءات التحفظية في الحدود التي تناسب قوة هذا الحق كجرد الأموال ووضع الأختام، ولكن لا يجوز له توقيع الحجز التحفظي لعدم وجود حق محقق الوجود، و للدائن أن يقوم بالأعمال التحفظية على أموال مدينه، وفقاً للمادة 274 مدني، راجع د. إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام ج2، ص283، د. وجدى راغب، ص217.

ويثور التساؤل عن الوضع القانوني إذا رفع المدعي دعواه المستعجلة أمام القضاء المستعجل، ثم رفعها ثانية أمام محكمة الموضوع بصفة تبعية للدعوى الموضوعية طلباً للسرعة، أو رفع المدعي عليه دعواه الوقتية أمام القضاء المستعجل كما لو رفع دعوى حراسة مثلاً، بينما رفعها المدعي أمام محكمة الموضوع بالتبعية وفي ذات الوقت، فيكون طلب الحراسة ذاته مرفوعاً إلى هذا وذلك في نفس الوقت.

فهل يحكم بعدم الاختصاص عند ثبوت وجود ذات الطلب أمام محكمة أخرى رغم اختصاصها أيضاً بنظره، وفي هذا الفرض هل يحكم قاضي الموضوع بعدم الاختصاص باعتبار أن قاضي الأمور المستعجلة هو صاحب الاختصاص الأصيل بنظر هذه الدعوى، أم أن المحكمة التي رفعت إليها الدعوى ثانية تحيلها للمحكمة الأولى، وما جدوى الإحالة إذا كان هو ذات الطلب بعينه وليس طلباً مرتبباً أو إضافياً.

فالإحالة طبقاً لحكم المادة "112" مرافعات عند وجود ارتباط بين دعويين أو لقيام ذات النزاع أمام محكمتين يفترض وجود دعوى مرفوعة بالفعل أمام محكمة أخرى طبقاً لقواعد الاختصاص، وهذا لا ينطبق على الدعوى الموضوعية التي ترفع أمام محكمة الموضوع ويرفع الشق المستعجل أمام القضاء المستعجل، لأننا أمام دعويين مختلفتين موضوعاً وسبباً إحداها دعوى موضوعية بطلب موضوعي والأخرى مستعجلة بطلب إجراء وقتي.

فلا يجوز لقاضي الأمور الوقتية إحالة الدعوى الوقتية لقاضي الموضوع الذي ينظر النزاع، وإلا كان امتناعاً من القاضي المستعجل عن الفصل في الخصومة، ومن ثم إنكاراً للعدالة ونكولاً عن أداء العدالة،⁽¹³¹⁾ وربما دعوى الحراسة لها شأن خاص باعتبار أنها تدخل في الاختصاص النوعي بنص القانون للقضاء الوقتي، وإن لم يمنع المشرع القضاء الموضوعي من نظرها ولكن بطريق التبعية، ولا ينظرها على استقلال فيحكم بعدم الاختصاص. أما الدعوى الوقتية الأخرى فيسبب ازدواج نظرها في ذات الوقت بين القضاء الموضوعي والوقتية إشكالية عملية.

ونرى وجوب إحالة الدعوى الوقتية من محكمة الموضوع إلى المحكمة المستعجلة عند وجود ذات الطلب أمام المحكمتين حتى ولو رفعت أولاً لمحكمة الموضوع، وذلك تغليباً لاعتبارات الاختصاص النوعي، على اعتبار للمحكمة التي قطعت شوطاً في الدعوى، مع وجود احتمال الطعن على الحكم الصادر في الدفع بالإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمام محكمتين والذي يقبل الاستئناف في جميع الأحوال إعمالاً لحكم المادة "220"

131 أمينة النمر، ص90، محمد على رشدي، قاضي الأمور المستعجلة، ط1، ص802

مرافعات،⁽¹³²⁾ وهذا الخلط والإزدواجية يستوجب التدخل التشريعي كما أسلفنا.

52 - قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة مكلف ببحث طلبات الخصوم بداءة توصلًا لتحديد اختصاصه:

قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة مكلف ببحث طلبات الخصوم بداءة توصلًا لتحديد اختصاصه،⁽¹³³⁾ ولا يبيادر بالحكم بعدم اختصاصه تأسيساً على أن الفصل في هذا النزاع يخرج عن ولاية القضاء المستعجل وإلا كان مشوباً بالقصور.⁽¹³⁴⁾

ويرى بعض الفقه أن سلطة المحكمة تنحصر وجود الاستعجال كشرط للاختصاص بنظر الدعوى، وأن عدم المساس بأصل الحق هو مناط قبول الطلب، ومادامت الدعوى مستعجلة تكون محكمة الأمور الوقتية والمستعجلة مختصة بها وملزمة بالفصل فيها حتماً، فإما أن تجيب الطلب أو ترفضه إذا تجاوز سلطاتها أو لأنه غير جدير بالإجابة، أو تأمر بإجراء أكثر ملاءمة .

ونرى أن اختصاص القضاء الوقتي والمستعجل يدور وجوداً وعدمًا، وسلطته الإجرائية تنحصر في التثبت من وجود الاستعجال، ولا يملك الحكم بعدم الاختصاص إذا توافر هذا الشرط، أما إذا لم يتطابق طلب المدعي مع حدود سلطة القضاء المستعجل في عدم المساس بأصل الحق، فلا يعتبر سبباً لعدم الاختصاص وإلا كان خلطاً بين الاختصاص بالدعوى وبين الالتزام بالحكم في موضوعها، ويجعل من التطابق بين الطلب وسلطة المحكمة على موضوع النزاع شرطاً آخر للاختصاص، ويضيع ميزة هامة للقضاء الوقتي والمستعجل مقارنة بقاضي الموضوع، وهي سلطة تحويل الطلبات.

فقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة مكلف توصلًا لإصدار الحكم الوقتي أن يبحث مستندات الطرفين بالقدر اللازم لإصدار حكمه،⁽¹³⁵⁾ غير أن تشابك واتصال وقائع الدعوى

132 راتب، سالف الإشارة، ص103.

133 وقد حكم في دعوى طرد مستعجلة لعدم تجديد عقد إيجار رغم إنذاره بعدم رغبته في التجديد قبل انتهاء مدة التعاقد وفقاً لشروط العقد، كان لزاماً بحث موضوع الحق ذاته، إذ أن المدعي قد أحيل له الحق في العقار من المالك السابق المؤجر للمدعي عليه وأعلن بذلك من المالك الأصلي، ومن ثم يصبح بقاء المستأجر بعد انتهاء العقد ضرراً على المدعي وتكون يده غضب، ولم تعوّل المحكمة على دفع المدعي عليه بتزوير عقد الإيجار وطلب التحفظ عليه واعتبرته محاولة لحسر الاختصاص عن المحكمة، وأجابت المدعي لطلب الطرد وتسليم العين باعتباره أثراً من آثار الطرد. الدعوى رقم 817 لسنة 2009 مستعجل القاهرة الحكم الصادر في 28/3/2009 من محكمة القاهرة للأمور المستعجلة.

134 أكدت محكمة النقض أن لقاضي الأمور المستعجلة قانوناً في حالة النزاع على جدية عقد الإيجار بين المستأجر والحارس تقدير الجدية تقديراً مؤقتاً من ظاهر المستندات دون المساس بالموضوع، صادر في 10/1955/2.

135 وكذلك قاضي التنفيذ باعتباره قاضياً للأمور المستعجلة، الطعن رقم 202 لسنة 20 ق جلسة 10/1/1982 .

بالمستندات قد يحول دون اختصاص القضاء المستعجل إذا كان الفصل في النزاع الذي يتسم بالجدية يعتمد على الفحص الدقيق المتأني للوثائق والمتصلة اتصالاً مباشراً بوقائع الدعوى، فمثلاً إذا طعن أمامه بالإنكار أو التزوير فلا يملك تحقيق الطعن توصلًا لإثبات صحة السند أو تزويره، وإنما يتطرق لبحث جدية الطعن ولزومه للفصل في الدعوى، ويقرر ما إذا كان هذا الطعن مقصوداً به منع اختصاصه أم أنه طعنًا جدياً و لازماً، وحتى في هذا الفرض قد يستبعد المستند دون أن يبحث موضوعه، ويبحث عن حل مؤقت كلما أمكن ذلك إذا توافر الاستعجال، ويحكم بإجراء لا ينطوي على مساس بالموضوع.

فقد يحدث أن يثير الخصم طلب موضوعي يلبسه الخصوم ثوب دعوى مستعجلة كدعوى إثبات حالة مداد السند هل هو معاصر لمداد التوقيع للتدليل على أن السند لاحق للتوقيع وهذا في حقيقته تحقيق طعن في التزوير لا محل لرفعه أمام القضاء المستعجل، وإنما يختص به قاضي الموضوع بحسابه إجراءات تحقيق خطوط في صدد دعوى التزوير.

وقاضي الأمور المستعجلة في سبيل إصدار حكمه في بعض الحالات التي تثير مسائل معقدة، لا يكون الحل هو الحكم بعدم الاختصاص والنكول عن تقديم الحماية الوقتية اللازمة، فيجوز له أن يصدر أحكاماً تمهيدية أو تحضيرية القصد منها بحث اختصاصه وليس الفصل في وقائع مادية أو حقوق متنازع عليها، فإذا كان حق الملكية الذي يطلب حمايته بالإجراء الوقتي يستند لواقعة مادية كوضع اليد فإن تحقيق هذه الواقعة فيه تدليل على أصل الحق ويخرج عن اختصاص القضاء المستعجل.⁽¹³⁶⁾

وقضت محكمة النقض قديماً أنه متى كان الحكم قد أقام قضاءه باختصاصه بطرد الطاعن من العين المؤجرة على ما استخلصه من ظاهر المستندات أن عقد الإيجار انتهت مدته بلا حاجة إلى تنبيه، وأن الطاعن قد اشترك قبل أي ادعاء منه بالتجديد في مزيدة للتأجير عن المدة التالية لانتهاء عقده ولم تقبل المطعون ضدها إرساء المزداد عليه تكون يده من غير سند وبمثابة غصب يبرر اختصاص القضاء المستعجل بإزالتها، ويكون إدعاء الطاعن بتجديد العقد غير جدي وليس في هذا مساس بأصل الحق.⁽¹³⁷⁾

136 وقضت محكمة النقض قديماً بأنه متى كان الحكم وهو بسبيل تقرير اختصاصه باتخاذ إجراء وقتياً عاجلاً له أن يتحسس جدية النزاع لا ليفصل في الموضوع ذاته بل ليفصل فيما يبدو له من النظرة الأولى وجه الصواب في الإجراء المطلوب، وإذا كان الحكم قد أقام قضاؤه على ما استظهره من أن الطاعن يعتبر بموجب ورقة التعهد متنازلاً عن عقد الإيجار الذي يرتكن عليه بعد أن ردت إليه المطعون عليها المبلغ الذي سبق أن دفعه لها، وتصح يد الطاعن بغير سند من لحظة عرض المبلغ عرضاً حقيقياً مقترناً بالإيداع، فإن ما قرره الحكم ليس فيه مساس بالحق بل يفيد أن النزاع الذي أثاره الطاعن يتمسكه بقيام عقد الإيجار استناداً لعدم تحقق الشرط المدون بورقة التعهد غير جدي، هذا الحكم صدر بتاريخ 5/6/1952.

137 قضت بأنه متى كانت محكمة الأمور المستعجلة قد استخلصت من ظاهر نصوص عقد اشتراك التيار الكهربائي والمستندات المقدمة أن قيمة الاستهلاك الشهري قد تضاعفت وقفزت إلى مبلغ باهظ في الفترة الأخيرة، مما رجح معه وجود خلل في العداد، وكان العقد ينص على أنه في حالة وجود خلل في العداد يؤخذ متوسط استهلاك الثلاثة أشهر السابقة فقط، وهو ما يقل كثيراً عن المبلغ الذي طالبت به وقطعت عنه التيار لامتناعه عن دفعه، وكان

ونرى في تأييد قضاء النقص لهذه الأحكام الوقتية قضاءً مستنيراً، ونموذجاً يحتذى للحماية الوقتية التي تحقق الأمن والسكينة وتوازن بين مصالح الخصوم، وتضع حداً لمنازعات أكثر تعقيداً قد تنشأ إذا لم يصدر الحكم المستعجل في سرعة وبحلول فاعلة.

53 - يلتزم القاضي بإصدار الأمر إذا توافرت شروط اختصاصه، ولا يملك الامتناع لاعتبارات الملائمة:

قاضي الأمور المستعجلة يحكم بما يلائم حالة الاستعجال ووضعاً في اعتباره ومقدراً أثر الحكم في تحقيق الحماية المنشودة، وبما يحول دون ضياع الحق أو استفحال المنازعات، فضلاً عن أن وقتية الحكم تكون في مداه الزمني وليس في أثره، فيستمر قائماً ومحدثاً أثره رغم صفته الوقتية، غير مانع من تلمس الحكم الحاسم من محكمة الموضوع أو برفع دعوى مستعجلة جديدة.

ولعل مرد الحرج الذي تقع فيه المحكمة فتؤثر الحكم بعدم الاختصاص هو الربط بين فساد ادعاء المدعي أو عدم سلامة مركزه القانوني و بين اختصاص القضاء الوقتي والمستعجل، وشعور القضاة بمحدودية الأثر ردهم عن مد مظلة الحماية وخلق قناعة بعدم الجدوى، وصار قاصراً عن تقديم الحماية المطلوبة وهذا ما يركي ضرورة أن يصبح أيضاً هو " قاضي الضرورة" والقضاء العاجل .

وفي بعض الحالات يمنح القاضي بنص القانون بعض السلطات الموضوعية كما هو الحال في بعض المنازعات الموضوعية وفقاً لحكم المادة "13" من القانون رقم 78 لسنة 1974 بشأن استخدام المصاعد الكهربائية وتوزيع النفقات غير الدورية لإصلاح المصعد بين المالك والمستأجرين، وهذا القضاء الوقتي ذو أثر ممتد وليس مؤقت ينتهي أثره بصور حكم في الموضوع، كما هو الحال في دعوى الحراسة والنفقة الوقتية.⁽¹³⁸⁾

ويلتزم القاضي بالحكم في الطلبات المعروضة عليه بمجرد ثبوت سلطته على الدعوى أي توافر شروط اختصاصه، فإطلاق سلطته لا يعنى التجاوز وأيضاً لا يجيز امتناعه عن الفصل في الدعوى بالقبول أو الرفض أو بعدم الاختصاص⁽¹³⁹⁾، وإلا وجبت مخاصمته

الإجراء المقضي به هو إعادة التيار، فلا يمس حق الطاعنة في اقتضاء ما يحتمل أن يكون لها مقابل استخدام التيار الكهربائي أمام محكمة الموضوع، ولا يعد ما قضى به ماساً بأصل الحق، هذا الحكم صدر بتاريخ 17/12/1953.

138 لظعن رقم 131 لسنة 19 جلسة 29/11/1951، مكتب فني 3 ج 1، رقم 129، الدعوى رقم 997 لسنة 2009 تنفيذ موضوعي القاهرة جلسة 8/2/2010، الظعن رقم 332 لسنة 51 ق، جلسة 3/2/1985، مشاراً إليه في أحكام وآراء في القضاء المستعجل للمستشار مصطفى هرجه، ط 91/92، ص 9، مسلم ص 17.

139 يلتزم قاضي الموضوع بطلبات ودفع الخصوم وطبقاً للمادة 241/5 مرافعات يعد الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه سهواً منه سبباً لانتماش إعادة النظر فتعاد الدعوى ليستدرك القاضي ما وقع فيه من سهو.

باعتباره منكرًا للعدالة.

خطر وقوع الضرر هو أساس تقدير ملاءمة الإجراء المحكوم به، وبقدر تحقق الخطر تتحدد ملاءمة الإجراء، ويرى البعض أنه من الحالات التي تبرر الحكم بعدم الاختصاص عدم الملاءمة للفصل في الدعوى، في مواجهة شخص ليس لديه ما يمكن التنفيذ عليه، أو عند تعلق الدعوى بعقار في الخارج، أو أنه لم يقصد سوى اللدد والكيد، أو عند عدم وجود فائدة أو فائدة تافهة بالمقارنة بالأضرار، والدعاوى المتعلقة بمعاملات مالية تهدف إلى تحقيق نوع من الضغط الاقتصادي والتضييق على رعايا الدول الأخرى.⁽¹⁴⁰⁾

إذ تقتصر الملائمة على تخير نوع أو صورة الإجراء فقط، فيقدر القاضي ملاءمة الإجراء الوقتي المطلوب، أما إذا تبين له أن أصل الحق غير واضح على نحو لا يستأهل حماية القضاء المستعجل فيحكم بعدم الاختصاص، دون التغلغل في المنازعة حول أصل الحق.⁽¹⁴¹⁾

وخشية فوات الوقت تفرض تحديد نوع الإجراء أو التدبير الوقتي العاجل للملائم لظروف الاستعجال لدرء الخطر، عندما يؤدي التأخير إلى إمكان وقوع الضرر، فإذا كان الضرر غير محتمل الوقوع بدرجة كبيرة، زال الخطر وانتفى الاستعجال لأن الخشية من وقوع الضرر ليست حالة، فإذا وقع الضرر بالفعل تسقط أسباب الحماية الوقتية، ويحل اختصاص القضاء الموضوعي.⁽¹⁴²⁾

54 - الأعمال الولائية المتعلقة باتخاذ تدابير وإجراءات وقائية وتحفظية تستند لاعتبارات الملاءمة وإصدار أوامر تذل عقبات مادية :

قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة يكون على دراية واسعة بشروط اختصاصه وبالحكمة ذاتها من تخصيص هذا القضاء وتكريسه لحماية المصالح الاقتصادية والقانونية حتى يستطيع أن يقدم حلولاً عاجلة تنسم بالفاعلية لأهمية الوقت في المسائل الوقتية

كما لو حكم في دعوى الملكية بالريع بناء على ثبوت الملكية، أو في دعوى المطالبة بالدين بالفوائد بناء على ثبوت المديونية، أو بتعويض أكثر مما طلبه المضرور بناء على ثبوت الضرر الفعلي، أما تعمد القاضي ذلك فيعتبر سبباً للظلم وذلك إذا ما بينت المحكمة وجهة نظرها وأظهرت أنها قضت به مدركة حقيقة ما قدم لها من طلبات وعالمة أنها بقضائها هذا إنما تقضي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، نقض جلسة 27/5/1976، مجموعة المكتب الفني، ص 27، ص 1211 ج.

140 د. عبد الكريم، سالف الإشارة، ص 306، 312.

141 نقض 14/3/1962، طعن 372 لسنة 27 ق.

142 الطعون أرقام 832، 791، 838 لسنة 72 ق، جلسة 22/3/2005، راجع تفصيلاً: الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة، 2000، ص 186.

والتي تتطلب جميعها السرعة، وتنشد الاستقرار فإن هذا يتطلب تركيز الاهتمام بالقضاء المستعجل باعتباره ركيزة أساسية للحماية القانونية.

والأعمال الولائية المتعلقة باتخاذ تدابير وإجراءات وقائية وتحفظية تتم وفقاً للقانون، وتستند لاعتبارات الملاءمة فهي مسألة يلتقي عندها الاختصاص الولائي لقاضي الأمور الوقتية، والاختصاص القضائي لقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة، فالأخير عمله قضائي يفصل في المسائل الوقتية والمستعجلة، فيصدر أحكاماً وأوامر وقتية كما يصدر بمقتضى سلطته القضائية تدابير وإجراءات وقائية وتحفظية، كما يمنح صور الحماية الولائية، فضلاً عن الأعمال الإدارية والتنظيمية التي تتعلق بإدارة العمل القضائي وتنظيم سير الخصومة أمام تلك المحكمة .

55 - الدعاوى بنص القانون يجب أن تخضع للقواعد العامة:

لا نرى خصوصية لهذه الدعوى سوى أن تكون حالة الاستعجال في هذه الدعوى مفترضة بتوافر العلة وهي خشية تغير معالم الواقعة، دون أن يعني هذا غل يد القضاء عن تبين حقيقة الواقعة والتثبت من توافر الحكمة من رفعها، بأن تكون الواقعة متغيرة المعالم مع مضي الزمن فإن كانت المعالم قد زالت فعلاً أو كانت من المعالم الثابتة التي لا تزول بمرور الوقت ولا يترتب على مضي الزمن تفويت مصلحة أو حق نتيجة لذلك، ينتفي في هذه الحالة الهدف من رفعها، وتخرج الدعوى من مجال اختصاص القضاء المستعجل ويحكم بعدم قبول الدعوى عند انتفاء حالة الاستعجال،⁽¹⁴³⁾ ويمكن رفع دعوى إثبات الحالة أمام القاضي الموضوعي لاحقاً، أو طلب إثبات الحالة عند رفع الدعوى الموضوعية كطلب فيها، وليس بدعوى موضوعية مستقلة.⁽¹⁴⁴⁾

143 جلسة 16/2/1998، الطعن رقم 6959 لسنة 63 ق، مكتب فني 49 ج، ص 165.

144 م 316/2 مرافعات نظمت حجز التحفظي كوسيلة للدائن للمحافظة على حقه من خطر فقدان الضمان العام لحقه الشخصي، وأضافت حالات خاصة يفترض فيها وجود الخطر، لذلك يعفي طالب الحجز من إثباته ولا يخضع لتقدير القاضي كحالة : 1- الحجز التحفظي لحامل الكمبيالة والسند الإذني متى كان المدين تاجراً وله توقيع على الكمبيالة أو السند ، ويتمثل الخطر في احتمال سوء الحالة المادية للمدين . 2- وحالة الحجز لتحفظي لمؤجر العقار في مواجهة المستأجر الأصلي أو من الباطن على المنقولات والثمار الموجودة بالعين والتي يشملها حق الامتياز للمؤجر بمقتضى المادة "317" مدني، ويتمثل الخطر في احتمال نقل المنقولات من العين وفقد الامتياز عليها، بل وأجاز توقيع هذا الحجز خلال 30 يوم من نقلها دون رضائه، ويرى أستاذنا فتحي والي، أن حق التتبع هذا يحول الحجز التحفظي إلى حجز استحقاق، التنفيذ ص 525، بند 331. 3- وحالة الحجز الاستحقاق لمالك المنقول تحت يد الحائز، ويتمثل الخطر في احتمال تهريب الحائز للمنقول وامتناعه عن رده هو ما يثير هذا الخطر. 4- حجز ما للمدين لدى الغير وهو حجز تحفظي لحين استيفاء شروط التنفيذ. ويتمثل الخطر في انقضاء دين المحجوز لديه فيفقد الدائن إمكانية استرداد حقه. دعوى سماع شاهد ودعوى إثبات الحالة بمقتضى المادتين 133، 134 يتمثل الخطر في خشية ضياع معالم الواقعة خشية مبررة لوجود خطر عدم بقاء الدليل.

56 - وجوب إعادة النظر في فكرة النظام العام الإجرائي في أساسها ونطاقها:

ليست كافة الأوامر التي يفرضها القانون تتعلق بالنظام العام بالضرورة، وإما يتوقف الأمر على الاعتبارات التي تستند إليها، فالاعتبارات التي يقوم عليها فرض أمر ما بقوة القانون حماية مصلحة أحد الخصوم، كالمحكوم له في النفاذ المعجل بقوة القانون لحصول على حماية تنفيذية معجلة، ولكونه فرض لمصلحة الخصوم يجوز التنازل عنه أو اتفاق الخصوم على عدم تنفيذ الحكم معجلاً، ولكن على النقيض لايجوز للخصوم الاتفاق على تنفيذ الحكم معجلاً لأن هذا مقتضاه منح الحكم قوة تنفيذية لحكم ليست له.⁽¹⁴⁵⁾

ويظل دور القاضي متجلياً لإقامة حكم العدالة، وفرض حلول قضائية تبنى على معرفة حقيقة المشكلة وأبعادها الاجتماعية هو الدور الأهم، وهذا يتطلب تمرن القاضي وتمرسه على صفاء الذهن وتدريبه على التحليل تأسياً بمن سبقوه حصافة ومنطقاً وحرفية في الانتقال من المبادئ الكلية إلى المسائل الجزئية، فعدم فاعلية القضاء الوقتي والمستعجل في تحقيق الاستقرار الاجتماعي يفقده أهم ميزاتهِ ويهدر حكمة وجوده، والحالات المستعجلة لحصر شأنها شأن المصالح اللانهائية التي يمكن أن يحميها، فيهرع الأفراد للقضاء المستعجل يدفعهم الخوف والحرص على حقوقهم ومصالحهم المشروعة إلى طلب حمايتها مؤقتاً إلى أن يفصل في موضوع النزاع نهائياً.

وصور الحماية الوقتية على تعددها وتنوعها تهدف إلى تحقيق استقرار الأوضاع والأمن الاجتماعي والاقتصادي، وتؤدي هدفاً غير مباشر كوظيفية تأمينية في بعض الفروض بتحقيق الحماية من تأخر القرار القضائي، وتغادي ما قد يحدث أثناء نظر الدعوى من مساس بالمصالح التي يحميها القانون، فيضمن المتقاضين تحقيق الحماية القضائية الكاملة.

57 - إمكانية الطعن على جميع الأحكام الوقتية :

الأصل أن الحجية تفرض نفاذ تأكيد القضاء لوجود حق أو مركز قانوني معين بما يحول دون المساس به في أية إجراءات قضائية لاحقة أو معاصرة، وتمتع الحكم بالحجية تعني منع ذات الخصوم من العودة لمناقشة المسألة التي فصل فيها في أي دعوى أخرى، والأحكام الموضوعية تعتبر قطعية لأنها تفصل نهائياً في الحقوق والمراكز القانونية سواء كانت أحكام إلزام أو أحكام تفريرية أو منشئة، وتستنفذ ولاية المحكمة التي أصدرتها،

145 فتحي والي، سالف الإشارة، ص 61.

فلا يجوز لها أن تعدل عنها أو تعدلها،⁽¹⁴⁶⁾ فيتحصن الحكم القضائي الذي أكد وجود أو نفي الحق أو المركز القانوني محل الدعوى أو الطلب القضائي،⁽¹⁴⁷⁾ واستنفاد الولاية يتعلق بالنظام العام حتى لا تصدر أحكاماً متعارضة.⁽¹⁴⁸⁾

وهذا لا يتحقق بالنسبة للحكم الوقتي والمستعجل، لأن الأحكام والتدابير الوقتية لا تستنفذ ولاية أو سلطة قاضي الأمور المستعجلة، أو قاضي الموضوع إذا فصل في الطلب المستعجل،⁽¹⁴⁹⁾ وهذا يعني أنه إذا تغيرت الظروف جاز رفع الدعوى من جديد، كما يعني أنه يسقط بصدور حكم في الموضوع، ويعني ثالثاً أنه لا يقيد محكمة الموضوع،

ومع ذلك هذه الحجية المؤقتة لا تحول دون تنفيذ الحكم الصادر فور صدوره، حتى برغم الطعن عليه، ودون إمكانية وقف هذا التنفيذ، ويضع الحكم المستعجل طرفي الخصومة في وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجية الأمر المقضي بالنسبة لذات الظروف التي أوجبه ولذات الموضوع الذي كان محل بحث، فإذا طرأ تغيير مادي أو قانوني في مراكز الخصوم أو ظروف الدعوى سقطت حجية الحكم السابق، وساغ للقاضي أن يفصل في النزاع بما يواجهه الحالة الطارئة الجديدة دون يعد ذلك فصلاً في نزاع خلافاً لحكم سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي على النحو الذي قصده المادة "249" من قانون المرافعات.

وتخضع أحكام القضاء الوقتي والمستعجل لطرق ومواعيد للطعن مغايرة للأحكام الموضوعية، والقاضي يوضح في حكمه أن هذا الحكم صادر في مسألة مستعجلة، فطبقاً لنص المادة "178" مرافعات "يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادرًا في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة، فالأحكام الوقتية والمستعجلة تصدر مشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون لأنها تصدر في مسألة مستعجلة.

58 - وجوب حظر الطعن على الأحكام الوقتية كقاعدة:

ندعو المشرع إلى حظر استئناف الأحكام والأوامر الوقتية والمستعجلة الحضورية

146 يرى جانب من الفقه أن القاضي بإصداره حكماً قطعياً في مسألة يسقط حقه في الفصل فيها ثانية لسبق مباشرته لهذا الحق، د. وجدى راغب، العمل القضائي، ص 218، ماهر زغلول، أعمال القاضي، ص 359، بينما يرى جانب آخر أن السقوط جزاء يرتبط بالعمل الإجرائي ولا يتصور السقوط بالنسبة لأعمال القاضي، د. فتحي والي، الوسيط، ص 420.

147 المادة 481/1.2 من قانون المرافعات الفرنسي نصت على استنفاد ولاية القاضي وحددت ضوابطه، بينما لم ينظمه المشرع المصري صراحة.

148 د. ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، 1993، ص 16 وما بعدها.

149 محمود هاشم، استنفاد ولاية القاضي المدني، مجلة المحاماة، ع 5.6، ص 61، 1981، ص 80.

إلا في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم، مع التحميل بغرامة رادعة وجوبية عند عدم تقديم ما يثبت جدية أسباب الطعن، وفي الوقت ذاته مصادرة الكفالة الجوازية عند ثبوت الغش. ونرى إمكانية الطعن على الأحكام والأوامر والتدابير الوقتية والمستعجلة الصادرة من محكمة أول درجة بالمعارضة فقط في حالة الأحكام الغيابية، ولا توقف المعارضة إجراءات التنفيذ ما لم يأمر القاضي بذلك ولأسباب يقدرها.

59 - أثر الاختصاص المشترك بين القضاء الوقتي والموضوعي على فرص الطعن:

الحكم المستعجل الصادر بصفة أصلية أو تبعية من المحكمة الجزئية يطعن عليه أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية، أما الحكم المستعجل الصادر من محكمة ابتدائية يطعن عليه أمام محكمة الاستئناف، وأيضاً على اختصاص قاضي التنفيذ باعتبار أن الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء الوقتي في دائرتها، وفي المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والمستندات يكون الاختصاص للمحكمة التي يجري التنفيذ في دائرتها.

وهذا الاختصاص المشترك قصد به تيسير صعوبة الانتقال، وإنما تبدو المفارقة إذا كانت دعوى الموضوع معروضة أمام محكمة ابتدائية ورفع الطلب المستعجل تبعاً لها - كطلب عارض سواء من جانب المدعي أو المدعى عليه - ففي هذه الحالة ينظر الطلب المستعجل أمام محكمة كلية مع أنه أصلاً من اختصاص القاضي الجزئي - ثم يستأنف حكمه إلى محكمة الاستئناف العليا، مع أنه كان ينبغي التزاماً بالأصل أن ينظر الاستئناف أمام المحكمة الكلية، وقد يصل الأمر إلى حد الطعن بالنقض في حكم محكمة الاستئناف العليا الصادر في هذا الطلب المستعجل، ولكن هذه كلها نتائج للاختصاص المشترك بالمسائل المستعجلة.⁽¹⁵⁰⁾

150 القضاء الوقتي أمام المحاكم الاقتصادية قضاءً نوعياً يختص بأوامر الأداء والأوامر على عرائض والأوامر الوقتية في المسائل التي تختص بها المحكمة الاقتصادية، ويتقيد بالمادة "45" مرافعات والضوابط المستقرة بشأن القضاء الوقتي، وتنص المادة الثالثة على أنه: "تعين الجمعية العامة للمحكمة الاقتصادية في بداية كل عام قضائي، قاضياً أو أكثر من قضائها بدرجة رئيس بالمحاكم الابتدائية من الفئة "أ" على الأقل ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت والتي تختص بها تلك المحكمة، ويصدر القاضي المشار إليه في الفقرة الأولى الأوامر على عرائض والأوامر الوقتية وذلك في المسائل التي تختص بها المحكمة الاقتصادية. كما يصدر وأياً كانت قيمة الحق محل الطلب أوامر الأداء في تلك المسائل، وفي حالة امتناعه يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام إحدى الدوائر الابتدائية أو الاستئنافية بحسب الأحوال، وهذه مسألة تثير الخلط حيث يتم تحديد جلسة في كثير من الأوامر على عرائض خلطاً أو تهرباً من البت في الأمر على عريضة، وبطبيعة الحال يتثبت أولاً مما إذا كانت المسألة المعروضة تدخل أصلاً في اختصاص المحاكم الاقتصادية ضمن القوانين المنصوص عليها بالمادة السادسة من قانون المحاكم الاقتصادية وإلا حكم بعدم الاختصاص نوعياً بنظرها دون المضي في بحث توافر ركني الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

ووفقاً لنص المادة "3/2" من قانون المحاكم الاقتصادية فإن صدور الأوامر على عرائض والأوامر الوقتية من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بشرط أن تكون أصلاً مما يدخل في اختصاصه وفقاً لما حددته المادة السادسة من هذا القانون.⁽¹⁵¹⁾

ونرى وجوب قصر الطعن بالنقض على حالة تناقض الأحكام فقط، وذلك لتحقيق الفاعلية واستقرار الأوضاع التي ترتبها الإجراءات الوقتية والمستعجلة.

والاكتفاء بطريق التظلم من الأحكام والأوامر الوقتية الحضورية ويكون قرارها نهائياً، وذلك بحسبانها أوامر وقتية تزول بالفصل في الموضوع، وذلك لتفادي التأخير غير المبرر دون أن ينتقص من عدالة الدعوى.

وفي الوقت ذاته تظل إمكانية العودة للقضاء المستعجل قائمة، بحيث يعود الخصم صاحب المصلحة لذات المحكمة التي تعهدت الدعوى من البداية إذا ما تغيرت الظروف، وذلك بطلب للعدول عن الأمر المستعجل عند زوال السبب الذي بني عليه، أو تعديله إذا تغيرت الأسباب التي دعت إلى إصداره، أو جددت وقائع تستدعي الحد من آثار الأمر أو وقف تنفيذه، وهذا هو حال التنظيم بأوضاعه الحالية، على أن يتم ذلك من خلال مجرد تكليف بالحضور وليس بإجراءات الدعوى العادية كما هو الوضع الحالي .

والحكم بعدم الاختصاص تنتهي به الخصومة أمام القضاء المستعجل، فلا يبقى منها ما يجوز إحالته لمحكمة الموضوع، أما إذا ما انتهت إلى أنها دعوى موضوعية أو أن الحكم فيها ينطوي على مساس بالموضوع يتم إحالتها إلى المحكمة المختصة، أو نظرها إذا كانت تدخل في اختصاصها النوعي والمحلي مع التنبيه على الخصوم وأن تبين في حكمها الأسباب التي بنيت حكمها باعتبار الطلب طلباً موضوعياً، ويعتبر تصديها للفصل فيه لا يعد من قبيل الحكم بما لم يطلبها الخصوم لأنها تحكم في طلب طرح عليها بالفعل، ولكن بعد

151 ومنها ذات المسائل التي حددتها المادة "179" من قانون حقوق الملكية الفكرية رقم "82" لسنة 2002 من أنه " لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بناء على طلب ذوي الشأن وبمقتضى أمر يصدر على عريضة أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التالية أو غيرها من الإجراءات التحفظية المناسبة وذلك عند الاعتداء على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون ومنها إجراء وصف تفصيلي للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي، ووقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو عرضه أو نسخه، وتوقيع الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج أو استمرار نسخه، وإثبات واقعة التعدي على الحق محل الحماية، وحصر إيرادات الناتج عن استغلاله وتوقيع الحجز على هذا الإيراد، رغم أن قاضي الأمور الوقتية بصلاحياته ووقته يصعب عليه الاستجابة لهذه الطلبات .

ولما كان نص المادة "3/2" التي عهدت صراحة لقاضي الأمور الوقتية تعتبر نصاً خاصاً يقيد العام، وأحدث تشريعياً، ووفقاً لما نصت عليه المادة الأولى من مواد إصدار قانون المحاكم الاقتصادية رقم "120" لسنة 2008 لا يسري في شأنه أي حكم يخالف أحكامه، ومن ثم يثير تعارضاً فيما يتعلق بالاختصاص، وهذا يتطلب تعديل تشريعي لأهمية قواعد الاختصاص وأنها مما لا يحتمل اللبس، فضلاً عن انحسار صلاحيات قاضي الأمور الوقتية عن هذه المسائل واقعيًا وقانونياً. فوفقاً لنص المادة "179" سالفة الإشارة يسرى على إجراءاتها والتظلم منها القواعد العامة للأوامر على عرائض التي نظم المشرع إجراءاتها بالمواد من "194"، وحتى "200"، بينما يسرى على الأوامر الوقتية والمستعجلة أحكام الطعن أمام الدوائر الابتدائية والاستئنافية وفقاً لما حددته المادة "3/2".

إسباغ التكيف الصحيح عليه ما لم يعترض الخصوم.⁽¹⁵²⁾

فالإجراءات الوقتية تكفي في ذاتها لتحقيق الحماية المستمرة رغم طبيعتها المؤقتة، ولا تسقط بمرور الوقت أو بعدم التنفيذ، ويمكن الطعن عليها على استقلال وفور صدورها، للقضاء الوقتي والمستعجل وظيفة مساعدة كوسيلة تحفظ واحتياط لا تفقده ذاتيته واستقلاله ولا تقصر غاياته على ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية لأهدافها، فالحماية الوقتية والمستعجلة تتمتع باستقلال ولها أثرها المباشر حتى لو ساهمت في صدور الحكم الموضوعي كما في دعاوى الأدلة، لأنها تحقق في ذاتها الحماية المنشودة ولو لم يلجأ المحكوم له للقضاء الموضوعي.

60 - القضاء المستعجل قضاءً نوعياً متميزاً تجمع أمامه الطلبات والدعاوى الوقتية لتحقيق الحماية العاجلة :

على الرغم من استقلال القضاء الوقتي والمستعجل عن القضاء الموضوعي، فإنها يصطفان معاً تحت ولاية القضاء العادي، فضلاً عن اشتراكهما في الاختصاص بإصدار الأحكام الوقتية، إذ لا يقتصر الاختصاص بنظر الدعاوى الوقتية والمستعجلة على القضاء المستعجل وإنما يشاركه في ذلك القضاء الموضوعي عندما ترفع إليه الدعوى الوقتية أو يقدم له الطلب الوقتي مع الدعوى الموضوعية التي ترفع للفصل في الحقوق أو المراكز القانونية للخصوم أو بطلب عارض أثناء نظرها .

وهذا الاختصاص المشترك يعتبر من السمات الأساسية لتنظيم القضائي الحالي، إلا أننا نرى أنه قد طرأ ما يستوجب خروج الدعاوى والطلبات الوقتية الأصلية من اختصاص القضاء الموضوعي، و تخصيص محاكم وقضاة مستقل بهذا الصرح القضائي المتميز.

وهذا الاستقلال للقضاء الوقتي والمستعجل ييسر تقديم الحماية الفعالة التي ينشدها المتعاملون، ويعبر عن الأهمية والخصوصية التي يتسم بها القضاء المستعجل ولها ما يبررها، فيستقل القضاء الوقتي والمستعجل بكافة الدعاوى الأصلية الوقتية والمستعجلة تحقيقاً لسرعة وفاعلية الحماية وتفادياً لزدواج الاختصاص كما هو الحال في دعاوى الحراسة والحيازة والنفقة الوقتية.⁽¹⁵³⁾

152 هذا الحكم صدر بتاريخ 15/1/1948.

153 مساس قاضي الأمور المستعجلة بموضوع الحق يجعل حكمه صادراً في مسألة تخرج عن اختصاص له فيه فيبطله، أو يكون تزييداً منه لا أثر له، وفي كلتا الحالتين يبقى موضوع الحق محفوظاً سليماً يتنازل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص الطعن رقم 102 لسنة 5 ق جلسة 7/5/1936، مح مكتب فني العام الأول، ج 1، ص 1102.

ومن الصور الهامة التي تجعل القضاء المستعجل قضاءً متخصصاً ما ورد بالمادة "14" من القانون رقم 11 لسنة 1940 بشأن بيع ورهن المحل التجاري جعلت من سلطة قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة التي يوجد بدائرتها المحل الإذن بأن يباع بالمزاد العلني مقومات المحل التجاري كلها أو بعضها التي يتناولها امتياز البائع أو الراهن عند عدم الوفاء بباقي الثمن، أو بالدين في تاريخ استحقاقه بناء على عريضة من البائع أو الدائن المرتهن.⁽¹⁵⁴⁾

وهذا يستدعى ضرورة تخصيص دوائر نوعية لصور المنازعات الوقتية،⁽¹⁵⁵⁾ تمرست على معالجة طلب البائع الترخيص له ببيع المنقولات إذا كانت قابلة للتلف أو تقلب الأسعار ولم يتسلمها المشتري في الميعاد، أو طلب المشتري الترخيص له بشراء بضائع بديلة عن البضائع المباعة إذا تأخر البائع في تسليمها في الميعاد، أو طلب وضع البضائع

154 () وفي حكم هام تصدى لهذه المسألة أوضح أنه لا يجوز مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضائه باختصاص قاضي الأمور الوقتية بالبيع على سند من المادة "78" من قانون التجارة بالتساند مع المادة "45" من قانون المرافعات، ذهب إلى أنه ولما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة بأن الأصل في تحديد الاختصاص أنه من المسائل التي ينظمها قانون المرافعات فإنه يتعين الرجوع إلى أحكامه لبيان الجهة المختصة، وذلك فيما عدا الحالات التي وردت بشأنها نصوص في قوانين أخرى رأى المشرع أن يخص بها دعاوى معينة خروجا على القواعد العامة التي ينظمها قانون المرافعات، فيجب الرجوع إلى تلك القوانين طالما بقيت سارية ولم تلغ بمقتضى نص خاص مثلها أو بنص صريح في القانون العام، لما كان ذلك وكان النص في المادة "14" من القانون رقم "11" لسنة 1940 الخاص ببيع ورهن المحل التجاري على أنه عند عدم الوفاء بباقي الثمن أو بالدين في تاريخ استحقاقه ولو كان يعقد عرفي يجوز للبائع أو الدائن المرتهن بعد ثمانية أيام من تاريخ التنبيه على مدينه والحائز للمحل التجاري بالوفاء تنبيهاً رسمياً أن يقدم عريضة لقاضي الأمور المستعجلة في المحكمة التي يوجد بدائرتها المحل بطلب الإذن بأن يباع بالمزاد العلني مقومات المحل التجاري كلها أو بعضها التي يتناولها امتياز البائع أو الراهن.

وهذا يدل على أن المشرع أجاز للدائن المرتهن عند حلول ميعاد استحقاق الدين دون سداد وبعد التنبيه على المدين بذلك أن يتقدم بعد ثمانية أيام من اتخاذ هذا الإجراء بطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الواقع بدائرتها المحل المرهون للحصول على إذن ببيع مقومات المحل التجاري المرهون، لما كان ذلك وكان قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في 7 مايو سنة 1968 والقوانين الصادرة المعدلة لبعض نصوصه لم يرد بها ما يتضمن إلغاء المادة سالفة الذكر، كما أن القانون التجاري قد صدر سنة 1883 أي قبل صدور القانون رقم 11 لسنة 1940 ومن ثم فلا محل لإعمال أحكامه. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى على أنه بإعمال حكم المادة "78" من القانون التجاري يتساند مع حكم المادة "45" من قانون المرافعات يختص قاضي الأمور الوقتية بإصدار الإذن ببيع المحل التجاري المرهون رسمياً فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيق المواد 14 من القانون "1" لسنة 1940، م "45" من قانون المرافعات، م43 من قانون التجارة 17 لسنة 1999، الطعن رقم 3108 لسنة 57 ق جلسة 23 / 1 / 1995 س 46 ج 1 ص 230.

وتشغل ذات الأهمية التطبيقات العملية والحالات الخاصة لقضاء المستعجل البحري كالسفن والمشاركات والقضاء المستعجل التجاري، والحجز على الأسهم والسندات والحجز على الطائرات وبيع البضائع، وقانون الشهر العقاري "محو التأشير أو التسجيل 18 ق شهر عقاري رقم 114 لسنة 1946. والمنازعات المتفرعة من عقود الإيجار، محكمة مصر للأمور المستعجلة 19/1/1933، المحاماة 13، ص762، 20/4/1955، المحاماة، ص36، ص111، فضلاً عن منازعات التنفيذ المستعجلة التي يستقل بها قاضي التنفيذ كالحمد من الأثر الكلي للحجز م303، 304 والإذن للمحجوز عليه بقبض دينه رغم الحجز م351، 327.

155 محمد حامد فهمي، ص415، بند 371، الصاوي، الإشارة السالفة، ص289، ص426 ويرى سيادته أن المحاكم المستعجلة نوع من المحاكم المتخصصة، راجع عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، 1921، ص340.

في مخازن أو ثلاجات لحين تسليمها، أو معاينة حالة البضائع وإثبات ما بها من عطب أو تلف. ودوائر لايجاراوات الترميمات عندما تكون العين في حاجة إلى ترميمات ضرورية ويرفض المستأجر إدخال المؤجر لإجرائها فيرفع المؤجر دعوى بطلب تمكينه من الدخول في العين لإجراء الترميمات اللازمة، أو يطلب إخلاء العين المؤجرة مؤقتاً أو من جزء منها لحين إجراء الترميمات، وما إلى غير ذلك من المنازعات المستعجلة التي يطلب فيها المدعي إجراء وقتي يتبين فيه توافر الاستعجال.

ولا يقل عن ذلك أهمية صور المنازعات بين المستخدمين كالخادم والمخدوم وبين المالك وحارس المنزل أو البواب، وكافة صور الاستخدام والعمالة المؤقتة، أو بين العامل أو المستخدم وبين رب العمل مما لا يخضع لأحكام قانون العمل .

الفرع الثاني

اختلاف نطاق السلطة التقديرية

لقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة

61 - قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة له سلطة تقديرية في تحديد وتخير مضمون القرار وقتي فلا يتقيد بالتحديد الوارد في طلب المدعي، إذ يدخل في سلطته تقدير ما يلزم لتحقيق الحماية الوقتية للحق المحتمل الوجود، والموازنة بين مصلحة المدعي في الحماية المطلوبة وبين مركز المدعي عليه، ليضمن تحقيق الحماية الموضوعية على أكمل وجه.⁽¹⁵⁶⁾

ودور قاضي الأمور الوقتية لا يختلف عن قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة في تقدير الموازنة بين مصالح الأطراف وفقاً للمستندات المقدمة، وفي تقديره لصحة الإجراء وملاءمته، غير أن قاضي الأمور الوقتية يعتمد على حس العدالة لديه لعدم سماع الأطراف وعدم وجود مواجهة بين الطرفين، وما يقدم إليه من مستندات قد لا يكون كافياً، وهذا سبب رفض غالبية الطلبات على عرائض مما أفقدها جدواها عملاً، ليقدّم للعمل نموذجاً صارخاً لمناقضة الإجراءات لغاياتها .

وقانون الأحوال شخصية رقم 10 لسنة 2004 خطأ خطوة هامة عندما غير من صلاحيات قاضي الأمور الوقتية وطالبه باستدعاء الخصوم إعمالاً لمبدأ المواجهة وسماعهم ومناقشتهم، وذلك لضمان عدالة قراره، مع تحديد مواعيد وأجال قصيرة حرصاً على السرعة المنشودة في الأحكام الوقتية .

وتظل أهمية وتميز قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة تتجلى في إصداره حكماً وقتياً بإجراءات عاجلة تنفذ إلى صميم النزاع وتمس مراكز الخصوم الواقعية، مما يضع المتنازعين في مركز من حيث الواقع قد لا يحتاج بعده إلى الالتجاء للقضاء الموضوعي لتكون الحماية الوقتية التي منحها القضاء المستعجل حماية نهائية في واقع الأمر، فتقل المنازعات ويتحقق الاستقرار المنشود.

62 - استقلال قضاء الامور الوقتية بسلطة الأمر بتدابير تحفظية واحترافية مؤقتة أونهائية:

تتنوع وتتعدد أشكال وصور الإجراءات والتدابير الوقتية التي تقدم للأطراف، وتشهد اختلافاً في اتساعها وتنوعها،⁽¹⁵⁷⁾ وأيضاً في الجهة التي تصدرها على نحو ما أسلفنا، وصور الأوامر والتدابير التحفظية والوقتية والمستعجلة ترتبط بأهدافها وتدور حول أحكام وقتية تحدد مراكز الخصوم تحديداً مؤقتاً، وتدابير وقتية لحماية أصل الحق، وإجراءات تحفظية للمحافظة على وسائل حماية الحق مستقبلاً، أو الاحتياط لحق يخشى زوال الدليل عليه.

ويري بعض الفقه أن الإجراءات الوقتية أوسع مدى من الإجراءات التحفظية، وأقصر مدى من الحكم الوقتي، والمشرع استعمل لفظ حكم وليس إجراءات، وأن الأمر بإجراءات يفترض فيها الطابع التحفظي لحماية حق أو مصلحة قانونية مهددة، لوجود خطر محقق بالحق أو المال كجرد التركة ووضع أختام عليها، وبطبيعة الحال تختلف التدابير والأحكام الوقتية التي تستهدف إبعاد خطر الضرر، عن الإجراءات التحفظية التي تهدف الحفاظ على الدليل أو تقديم الحماية والصون جوهراً وأثراً، وإن كانا يشكلمان في مجموعهما نطاق الخيارات والسلطات التي يحقق القضاء الوقتي من خلالها غاياته.⁽¹⁵⁸⁾

فالإجراءات التحفظية تقدم مجرد حماية وقائية تمنع وقوع الضرر ومنها إجراءات سماع شاهد، وإثبات الحالة أو إجراء المعاينة، وتعيين خبير، وتعيين حارس، وإنهاء الحراسة، ومن أوسع السلطات التي يتمتع بها قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة وتعكس اعتبارات الملاءمة سلطة الأمر بالتدابير التحفظية والاحترافية.

والتدابير التحفظية تعد نوعاً من التدابير الوقتية تماماً كما تعد الأعمال التحفظية بالمعنى الضيق نوعاً من الأعمال القانونية، والغالب أن يستخدم تعبير التدابير التحفظية

157 يعرف العمل على المستوى الدولي تحقيقاً للهدف نظام المحكم المستعجل في إطار نظام غرفة التجارة الدولية، وتشهد أنظمة الدول الأوروبية تقدماً في هذا الخصوص.

158 د. إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام، د. وجدى راغب، ص 217، هناك تدابير تحفظية يقوم بها الأفراد ولا تخضع لرقابة مسبقة من القضاء، وعلى من يتضرر منها أن يلجأ للقضاء كقيد الرهن، والإجراءات القاطعة للتقدم.

والأعمال التحفظية كمترادفين،⁽¹⁵⁹⁾ وقد استخدم قانون المرافعات تعبير الإجراءات التحفظية.⁽¹⁶⁰⁾

واستخدم القانون المدني تعبير "الاحتياطات المستعجلة" في المادة "881"،⁽¹⁶¹⁾ بينما استخدم تعبير "الوسائل التحفظية" في المواد "830"، "885"، واستخدم لفظ "التدابير" في المادة "828".

ويرى الرأي السالف أن الأدق استخدام تعبير الإجراءات التحفظية لبيان الشكل الإجرائي الذي يتم به النشاط التحفظي للقضاء، أما العمل النهائي الذي تتجه له هذه الإجراءات فهي التدابير التحفظية وتعد بدورها نوعاً من التدابير الوقتية.

والتدابير الوقتية تعتمد على القوة التنفيذية الفورية لتقديم الحماية وتضمن فعالية الإجراءات، كضم الصغير مراعاة لصغر سنه أو مستوى تعليمه وحالته الصحية والنفسية وظروفه التربوية ومكان الإجراء الذي يوجد في دائرته الصغير وأمواله، ويجتهد القاضي في اختيار أكثر التدابير الملائمة لحالته، وأيضاً عند تخير أكثر الإجراءات الملائمة لنوع وحالة البضائع بيعها أو إيداعها في صوامع أو ثلاجات أو مخازن، وتعد التدابير التحفظية نوعاً من "الإجراءات التحفظية أو الوقتية" التي أشار إليها المشرع في المواد 896، 873، 124

159 حيث كتب يقول: "يمكن صياغة فكرة عامة للعمل القانوني التحفظي بالمعنى الواسع تشمل الأعمال التحفظية للقضاء ولكن هذا لا يحول دون التمييز بينهما كنوعين من الأعمال التحفظية، لذا نؤثر إطلاق تعبير تدابير على تلك التي يقوم بها القضاء، راجع دإسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام، ج2 ص283، والتدابير الاحترازية والإجراءات العاجلة تحقق الإشباع الفوري لمصلحة الطالب وتتضمن تحقيق مصلحة أو حماية للحق ولو مؤقتاً كإثبات واقعة الاعتداء على حق المؤلف لحين رفع أو الفصل في الدعوى، أو وقف نشر مصنف يدعى تقليده أو نسخه لحين الفصل في الدعوى، ووقف التعامل مؤقتاً، وإجراء إصلاحات عاجلة، وبيع البضاعة أو إيداعها في مخازن أو ثلاجات، وصرف نفقة أو تعويض مؤقت للمقاول في عقود الإنشاءات لحين حسم الخلاف حول قدر مستحقته لدى رب العمل أو عند امتناع رب العمل عن صرف مستحقات المقاول للخلاف حول ميعاد التسليم أو مطابقة الأعمال، خاصة أن إجراءات الدعوى تتطلب وقتاً مما يهدد المقاول بأضرار جسيمة فيمكنه طلب تعويض مؤقت، وهذا الإجراء يسير لأن الاختلاف حول قدر الحق وليس حول وجوده.

والتدابير النهائية كالصريح ببيع الثمار أو المزروعات والأزهار المعرضة للتلف أو المنقولات القابلة للعطب أو المعرضة لانخفاض سعرها، ووضع البضائع في صوامع أو ثلاجات أو مخازن لحمايتها من التلف، ووضع البيتيم في دار رعاية، أو في مدرسة داخلية، وقد تصل لبيع أو شراء منقولات بدلاً من تلك المباعة التي لم تسلم، والترخيص للمستأجر بالقيام بالترميمات الضرورية.

160 في المواد "287,873,949,896,1005"، وقد اكتفت هذه المواد بذكر عبارة الإجراءات التحفظية دون تحديد أو وصف لها، باستثناء المادة "896" التي أعطت أمثلة بقولها: "يأمر بالإجراءات التحفظية أو الوقتية التي يراها لازمة للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد وبوجه خاص الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه من تلقاء نفسه والأمر بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة للاستعمال اليومي وتقدير نفقة وقتية"، وفيما يتعلق بإجراءات تصفية التركات حددت المادة "949" الإجراءات التحفظية والوقتية بقولها: "وبوجه خاص الأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين .

161 وإن أعطت لها مثلاً بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أيضاً.

949 مرافعات،⁽¹⁶²⁾ وتشمل التدابير التحفظية وتهدف إلى المحافظة على الحالة الواقعية، والمحافظة على الوسائل اللازمة للحفاظ على الحق كالحجز التحفظي والحراسة، وسماع شاهد وإثبات الحالة، وهي لا تستجيب مباشرة لمصالح طالبيها وإنما تعد لها في المستقبل، وتحقق أثراً أبعد يتمثل في صون الحق وضمان نجاح إجراءات التقاضي والتنفيذ التي تعقبها كالحجز التحفظي مثلاً، وأيضاً الحراسة.

وللتدابير الوقتية غاية وقائية من خطر يهدد مصلحة أو حق من يطلبه، أو من ضرر محتمل قد يقع، أما التدابير المعجلة فتهدف إلى استدعاء الحق بطريقة مبكرة وإن كانت مؤقتة كالنفقة الوقتية مثلاً، وتحقق مصلحة فورية لطالبيها وتقدم حماية بديلة عاجلة .

والتدابير التحفظية والوقتية تلبى وتؤمن مصالح الأطراف عاجلاً ووقتياً حتى يبين الحق أو زوال الخطر فيتم العدول عن الإجراء أو تغييره، وتختلف صورتها باختلاف طبيعة المصالح التي تحميها، ولا تستند لحق يقيني وإنما لمصلحة مشروعة يتهدها ضرر من التأخير أو خطر، وتتعدد غاياتها من الحماية الوقائية و المحافظة على الحق، أو إنشاء مركز احتياطي يستمر حتى يتغير الوضع واقعياً أو بصدور حكم قضائي وتنفيذه.

وأياً كانت وجهة الاختلاف الفقهي ومحاولات التنظير لصور الحماية التي يمنحها القضاء الوقتي والمستعجل والتي قد تؤثر سلباً على القضاء الوقتي الذي تأتي طبيعته على التقييد في أطر نظرية ضيقة، فالقضاء يبدع حلولاً غير مألوفة أو غير تقليدية تلائم الحالة المعروضة والظروف المحيطة بالدعوى ووقائعها، استهدافاً لغاية وقائية هي حماية الحق أو المركز القانوني من ضرر محتمل، ووظيفته ليست جزائية تستهدف إزالة ضرر تحقق وإنما تحقيق الحماية الوقائية وتلافي حدوث الضرر. وهذه الصفة الوقتية للحماية ليست لأنها مكتملة أو تابعة وإنما تنبع من طبيعتها التي ترد على وقائع متغيرة أو قابلة للتغيير، فاعتبارات المرونة التي تدخل في تكوينها تبرر وقتيتها، فتكفل الإجراءات الوقتية الحماية العملية الواقعية العلاجية والوقائية والتأمينية العاجلة للمصلحة القانونية في وقت لا تيسر فيه الحماية القضائية الموضوعية أو التنفيذية.⁽¹⁶³⁾

162 د.عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ، 1923، رقم 113، ص 80.

163 وقتية التدبير تنصرف لفاعليته بشقيها السلبي والإيجابي، فلا تمس أصل الحق أو لا تمس الموضوع، ولا تتمتع بحجية مطلقة ولا تقيّد محكمة الموضوع، ويظل المركز القانوني الذي يمنحه هذا الحكم مركز وقتي وإن طال كمركز الحارس لا يقيد محكمة الموضوع فيما يتعلق بالملكية، والحاجز تحفظياً فلا يحدث تغييراً نهائياً في المراكز الموضوعية لذوي الشأن، ومن الناحية الإيجابية يفيد القوة التنفيذية الفورية أو ما يعرف بالنفاذ المعجل، وهذا الأثر الوقتي للحكم أو التدبير يمثل الوجه الآخر لشرط عدم المساس بالحكم بالحراسة محمد حامد فهمي، المرافعات، 1940، ص 153، رقم 142، محمد وعبد الوهاب العسماوي، ج 1، ص 175 .

63 - سلطة القاضي المستعجل في تغيير الإجراء المطلوب أو تعديده إلى غيره مما يراه أكثر موافقة للقانون ولظروف الحال وفقاً لضوابط موضوعية:

إن إطلاق يد القضاء الموضوعي على الدعوى تجعله غير مقيد إلا بطلبات الخصوم، أما قاضي الأمور المستعجلة وإن تقيّد بالاشتراطات التي حددها المادة "45" إلا أنه جوهر عمله يعتمد على التقدير والموازنة والترجيح بين مراكز ومصالح الخصوم، فيقرر ما يحقق تلك المصلحة.⁽¹⁶⁴⁾

وكانت غالبية الأحكام فيما مضي وأسبابها بمثابة الخطوط الرئيسية الموصلة لحل كثيراً من المسائل المعقدة التي يقوم قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة بدراستها ويوفّر إلى إيجاد حل وقتي قد يصبح الخصوم في وضع يصبح معه بدء الدعوى أو الاستمرار فيها غير منتج لهم، وقد يهدى الحل الخصوم لطريق الصواب فيوفر جل وقت الخصوم ويزيح بعض العبء عن القضاء. وصرار الغالب مؤخراً أنه من بين عشرات أو مئات الأحكام التي تقضي بعدم الاختصاص يصدر حكماً بقبول إجراء، ويتركز على الحيابة، ربما لوجود نصوص تفصيلية محكمة، رغم أن المنازعات المستعجلة لا تنحصر في الحيابة.

ويقصد بسلطة قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة في تحوير الطلبات سلطته في تحيّر الإجراء الذي يكفل الحماية للمدعي التي ينشدها،⁽¹⁶⁵⁾ ومع تسليمنا بسلطة قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة في تحوير الطلبات، فإن ما يبررها هو تكليف القضاء المستعجل بالأمر بما يكفل الحماية المفيدة أيّاً كانت صورتها بحكم مؤقت وأن كان وقتياً أو تحفظياً في طبيعته، إلا أنه ليس بالضرورة إجراءً مؤقتاً في مداه الزمني، لأنه ليس محدود بمدى زمني محدد.

وأحكام القضاء أرسّت ضمناً معالم تلك الولاية العامة لقاضي الأمور الوقتية بمعنى الشمول وتحقيق غايات الحماية الوقتية، فيحكم بعدم الاختصاص أو بالإحالة، أو بالأمر باتخاذ الإجراء الملائم ولو لم يكن ذاته ما طلبه الخصوم وإن كان محققاً لذات الغاية التي ينشدها من دعواه، وهذا يتضح من اتجاه محكمة النقض في هذه المسألة الهامة.⁽¹⁶⁶⁾

164 ويرى البعض أنه تفويض له في الأمر بما يحقق مصالح الخصوم وهذا التفويض يستمد من ظروف الحال، أو أنه طلباً احتياطياً مفهوماً ضمناً من الطلب الأصلي أحمد مسلم، سالف الإشارة، رقم 13 ص 114.

165 فعندما يطلب منه تعيين حارس لتسلم الأجرة لوجود نزاع حول استلام الأجرة، فله أن يأمر بالزام المستأجرين بإيداع الإيجار خزينة المحكمة لحين الفصل في النزاع الموضوعي بدلاً من تعيين حارس خاصة إذا كانت قيمة الإيجار لا تتحمل مصاريف الحراسة، ولم يقبل القيام بالحراسة بغير أجر، على سبيل المثال الحكم الصادر في 16/12/1939، مجلة المحاماة ع 20، ص 1001.

166 حيث أوضحت أنه: "إذا كان يبين من الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه أن الدعوى رفعت على أنها إشكال في التنفيذ فيما يتعلق ببيع الأشياء المحجوز عليها، وأن محكمة الدرجة الأولى قضت بقبول هذا الإشكال شكلاً لرفعه بعد الحجز وقبل اليوم المحدد للبيع، وأيدت محكمة ثاني درجة هذا القضاء، فتكون الدعوى على أساس هذا الوصف من المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات الواجبة التنفيذ التي يختص القاضي المستعجل

64 - تقييد القضاء المستعجل في تحوير الطلبات بالأكثر ضرراً للمدعى عليه:

فالمعتبر أن قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة يوازن بين مراكز الخصوم لإجابة المدعى لطلبه أو رفضه وإصدار الحكم، فيتلمس مدى الضرر الذي قد يصيب المدعى من مضي الوقت، والضرر الذي قد يلحق بالمدعى عليه من جراء الإجراء الحكم بالإجراء المطلوب .

فإذا كان المدعي غير جدير بالحماية العاجلة التي طلبها أو أن هذه الحماية لا محل للعجلة بشأنها فلا يحكم بالإجراء المطلوب، فالمنازعات المستعجلة بطبيعتها لا يمتزج فيها الاختصاص بالموضوع فشرط الاستعجال ضابطاً للاختصاص، أما وقتية الإجراء فليست أثراً ولا شرطاً لاختصاص القضاء المستعجل، وإنما شرطاً للحكم بالإجراء.⁽¹⁶⁷⁾

فتحسم مسألة الاختصاص بنظر الدعوى عند ثبوت توافر حالة الاستعجال بالمعنى المتقدم، وتبدأ مرحلة بحث الإجراء المطلوب الحكم به، وإصدار حكماً يتلاءم مع ظروف الدعوى وحتى لو رتب ضرراً للمدعي عليه، أما الدعوى التي نص عليها باعتبار أن الاستعجال مسألة مفترضة، فلا يحكم بعدم الاختصاص وإنما برفض الطلب الوقتي أو قبوله.

وسلطة القاضي المستعجل مقيدة بمدى زمني، وبمدى موضوعي معياره ألا يمس الإجراء أصل الحق، والإجراء قد يكون بطبيعته وتكوينه مؤقت، وقد يكون نهائي ولكن مؤقت في مداه الزمني، والقيود التشريعي على سلطة قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة بأن يحكم بصفة مؤقتة، هو قيد على سلطته في الحكم من ناحية، ووصف لقوة الحكم الصادر وحجيته من ناحية أخرى، ولكن لا يتقيد القاضي بأن يكون الإجراء مؤقت.

فلم يشترط المشرع وقتية الإجراء ذاته بدليل أن الطرد هو حكم مستمر ما لم يلغي، وكذلك هدم جدار أو تمكين طالب من دخول الاختبار تحت مسمي قيده في كشوف الممتحنين، أو التمكين من تمثيل رواية أو منع عرضها، أو سفر زوجة لمؤتمر أو خلافه، فهذه الإجراءات يتعذر مادياً محوها أو محو أثرها، وكذلك تمتد سلطته للحكم بتدابير وإجراءات

بالحكم فيها بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق قبل التعديل - ولهذا لا يقضي بعدم الاختصاص بنظرها، كما لا يصدر حكماً فاصلاً في الموضوع وإنما يأمر بما يراه من إجراء وقتي كفيل بحماية صاحب الحق حسب ظاهر الأوراق، ولا يمنع من ذلك أن المستشكل لم يطلب في إشكاله الحكم بإجراء وقتي، وإنما طلب الحكم بعدم الاعتداد بالحجز الموقع ضده وإلغاء ما ترتب عليه من آثار وأعتبره كأن لم يكن، نقض 25/12/1952، مشاراً إليه في راتب، 89.

167 أجمع الفقه على أن الاستعجال وعدم المساس شرطي للاختصاص كان محل نظر شديد، والآن أصبح محل رفض شديد: راجع الاتجاه الذي يجمع بينهما: محمد حامد فهمي، المرافعات، رقم 140، ص 152، وما بعدها، رمزي سيف، الوسيط، رقم 239، ص 269 وما بعدها، عبد المنعم الشرفاوي، رقم 183، ص 347، أحمد أبو الوفا رقم 236، ص 410، محمد على راتب، رقم 5، ص 3، محمد على رشدي، رقم 28، ص 45، نقض قديم 10/1/1948، المحيط، ج 1، رقم 7، ص 35، وراجع الرأيا لآخر: د. أحمد مسلم، سالف الإشارة، رقم 8، ص 2.

وقتية وتحفظية أثرها غير محدود ويتعذر مادياً محوها أو محو أثرها الواقعي رغم أنها من الناحية القانونية لا تحوز حجية مطلقة أو نهائية .

وقد قضت محكمة مصر المستعجلة بأن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالقضاء بالإجراءات التحفظية لا يقف عند حد الطلبات الواردة في الدعوى، بل له أن يعدل فيها أو يتعدها إلى غيرها مما يراه أكثر موافقة للقانون ولظروف الحال، على ألا تكون أكثر ضرراً للمدعى عليه، وإلا اعتبر قاضياً بما لم يطلبه الخصوم.⁽¹⁶⁸⁾

فيجب ألا يكون الإجراء أكثر شدة مما طلبه المدعي أو أكثر ضرراً على المدعي عليه مما طلبه المدعي، فإذا طلب المدعي استلام العين المؤجرة نفاذاً للعقد فيندرج تحته وينطوي في معناه تسليمها إليه بصفة وديع أو حارس، وهذا يحقق فائدة أنها صفة أقل مما طالب به، ويظل بمقتضاها خاضعاً لرقابة القضاء في إدارته، فلا يملك التصرف في غير الحدود التي رسمها له، أما الحكم بتسليمها له إنفاذاً للعقد فيستفاد منه ضمناً القطع الضمني في الحق الموضوعي.⁽¹⁶⁹⁾

فمهمة القاضي المستعجل تتجلى في إصدار حكم وقتي يرد به عدواناً بادياً للوهلة الأولى أو مقاومة من أحد الخصوم للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق، أو يتخذ إجراء عاجلاً يصون به الحق أو دليلاً من أدلته.

ويخرج عن سلطة القاضي الوقتي تحوير الطلب الوقتي إلى موضوعي،⁽¹⁷⁰⁾ فليس للقاضي الوقتي أن يمنح حماية موضوعية، أو أن يتطرق إلى غير شروط الدعوى الوقتية وإلا يعتبر تجاوزاً،⁽¹⁷¹⁾ وإنما له أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما يراه أقرب تحقيقاً للعدالة وأكثر صلاحية لتحقيق الحماية لحقوق المتنازعين والموازنة بينها.⁽¹⁷²⁾

وقد حكم بأنه إذا اقترن طلب وقتي بآخر موضوعي كطلب رفع الأختام عن المسكن والمكاتب وتسليمها، واحتياطياً تسليم الأوراق، واستبان للقاضي أن الاستعجال يتوافر في طلب استلام المسكن فقط، أما استلام المكاتب يعتبر الانتفاع بها ملحاً بانتفاعه بالمحلج الذي لم يطلب فتحه، وارتأى أن مصلحته في المكاتب هي في تسلّم ما بداخلها من أوراق،

168 موسوعة التطبيقات العملية للمدونات القضائية، الجزء الثاني، في القضاء المستعجل، طبعة نادي القضاة، 2014، ص4.

169 الطعن رقم 117 لسنة 24 ق جلسة 10/4/1958، مج، ص268، قاعدة 41.

170 حكم 21/12/1977، طعن رقم 295، س42 ق.

171 ويمتنع عليه عند إصدار الحكم الوقتي أن يبني حكمه على أساس ثبوت الحق الموضوعي، ذلك أن الدعوى الموضوعية توجد لمجرد احتمال وجود هذا الحق، وتجاوز بحث الاحتمال إلى بحث وجود الحق، رمزي سيف، ص251، أبو الوفا، ص411.

172 الطعن رقم 295 لسنة 43 ق جلسة 21/12/1977، ص1841.

واستبدل طلب فتح المكاتب بتسليمه ما بها من أوراق وهو موضوع طلبه الاحتياطي.⁽¹⁷³⁾ هذه النماذج تدفعنا أن نسجل أن العبارات التقليدية التي سادت أحكام القضاء المستعجل، وبصفة خاصة في الآونة الأخيرة حالت - بغير قصد - دون انطلاق إبداعات القضاء المستعجل في تمثيل صور الحماية والتحويل لثفادي الامتناع عن تقديم الحماية، رغم أن اعتبارات الفن والمنطق القانوني تتطلب بل تستوجب عدم ترك مصالح الخصوم والأمن والاستقرار الاجتماعي في خطر يهددها، فتجلى قدرة القضاء المبدع في مواجهة الأوضاع المستجدة وإيجاد حلولاً لها.

65 - استجابة القاضي لطلبات الخصوم محاطة باعتبارات الموازنة والترجيح بين مصالحهم :

لا يفرض على من يتلمس من القضاء حماية عاجلة أن يلتزم نوعاً معيناً من الطلبات، فطبيعة المنازعات وظروفها المتنوعة بغير حد تفرض تنوع الطلب القضائي، ونص المادة "45" الذي يخاطب قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة بعدم المساس بأصل الحق لا يحد حق للمدعي في طلب ما يري فيه حماية لحقه.

واستجابة قاضي الأمور المستعجلة لطلبات الخصوم هو أمر لاحق على توافر الاختصاص، وتمليه الموازنة بين الظروف والترجيح بين مراكز الخصوم، وملاءمة الطلب في ذاته وللحماية المنشودة من المدعي والحماية الواجبة، فإذا قدرت جدارة المدعي بالحماية انتقلت إلى ملاءمة الطلب، و حكمت بما طلبه حكماً مؤقتاً لا يمس بأصل الحق.

أما إذا قدرت أرجحية مركز المدعي عليه أو رأت أن الإجراء المطلوب أبعد مما تقتضيه الحماية الواجبة حكمت به جزئياً أو بغيره مما يعد أكثر ملاءمة، غير مقيدة في ذلك بطلبات الخصوم، فيحقق الحماية العاجلة الملائمة التي تعتبر مفهومة ضمناً من طلباتهم.⁽¹⁷⁴⁾

ونرى اليوم قريباً جداً ما رآه من قبلنا الفقه المبدع حتماً بعيداً عندما قال "ولا نستبعد أن يأتي يوماً يفوض فيه المدعي قضاء الأمور المستعجلة في الحكم له بالحماية التي يراها مناسبة لحماية مركزه القانوني على الأقل بصفة احتياطية إذا رأي هذا القضاء عدم إجابته لطلبه الأصلي، وحينئذ تتعاون المحكمة مع الخصوم في تلمس الحماية المناسبة

173 مستعجل مصر 3/12/19032، المحاماة، ع15، ص122، راتب ص90.

174 الشراوي، المرافعات، ج1، رقم 188، ص364، محمد على راتب، رقم 102، ص83.

لظروف الاستعجال والحكم بها".⁽¹⁷⁵⁾

66 - فرض قاضي الأمور الوقتية كفالة توازن بين مصالح الخصوم أمر يستوجب تحقيقه في الأوامر الوقتية:

لقاضي الأمور الوقتية والمستعجلة أن يأمر بكفالة مناسبة وبصفة خاصة في الحالات التي تنذر بوقوع ضرر جسيم للمدعي أو المدعي عليه نتيجة للحكم الوقتي، وفقاً لنص المادة "288" النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها، وللأوامر الصادرة على عرائض، وذلك مالم ينص الحكم أو الأمر على تقديم كفالة .

وأيضاً في دعوى وقف الأعمال الجديدة التي تستند لنص المادة "962" مدني، وذلك لضمان التعويض في حالة الأمر بوقف الأعمال الجديدة إذا تبين أنه ما كان يجب وقفها، أو إذا تبين أنه ما كان يتعين الأمر باستمرارها.⁽¹⁷⁶⁾

وفي تقديرنا أن التوسع في فرض الكفالة خاصة النقدية يحقق فاعلية الأحكام، ويوازن بين مصالح الخصوم، ويحد من حالات الكيد والتلاعب، ويتيح التنفيذ العكسي عند إلغاء الحكم.⁽¹⁷⁷⁾

67 - وظيفة القضاء الوقتي تحدد أسس تكوين حكمه:

القضاء الوقتي يحقق وظيفة الحماية القضائية شأنه في ذلك شأن القضاء

175 مسلم، سالف الإشارة، رقم 9، ص 107.

176 د. الصاوي الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة، 2000، ص 186، إذ يرفع هذه الدعوى الحائز أو المالك الذي يتضرر من العمل الذي لو تم لأصبح تعرضاً لحيازته للعقار أو لحق مقرر له وترفع على من شرع في العمل وتهدف إلى منع إتمام العمل الذي لم يتم وما زال في دور التنفيذ حتى لا يحرم من حماية القانون لحين وقوع الاعتداء فعلاً، وهذا صميم اختصاص القضاء المستعجل عند وجود خشية لأسباب معقولة تهدد حيازته بشرط ألا تكون قد تمت، أما الأعمال التي تتم بالفعل تكون محلاً لدعوى منع التعرض.

177 فلا ولاية للقاضي المستعجل في نظر دعوى تسليم العين المؤجرة عند وجود نزاع جدى حول مبلغ التأمين عند لما يترتب على الحكم بالتسليم مع وجود هذا النزاع من فصل ضمني في حقوق الأطراف ، ووجود الشرط الفاسخ يجعل القضاء المستعجل مختصاً بدعوى الطرد، فحكم الصادر في الدعوى رقم 639 لسنة 2015 مستعجل الجيزة بالطرده لتحقيق الشرط الفاسخ الصريح للتخلف عن سداد القيمة الإيجارية وإلزام المدعي عليه بالمصرفات وأنعاب الحمامة، وأيضاً حكم محكمة الجيزة الابتدائية بالطرده لوجود الشرط الفاسخ الصريح في عقد إيجار مؤرخ 1/4/2013 والمحرر في ظل القانون رقم 4 لسنة 1996 للامتناع عن سداد الأجرة وإنذار المدعي عليه بالفسخ للتأخر في سداد القيمة الإيجارية واستندت المحكمة للمواد 147، 158، 558 من القانون وأن الفسخ صورة من صور المسؤولية العقدية، الدائرة الثانية مستعجل الجيزة في الدعوى رقم 639 لسنة 2015 في 30/3/2015.

الموضوعي، وتتم باتباع إجراءات الخصومة القضائية، غير أن صورة هذه الحماية ومداهها وقتياً، فالحماية الوقتية تتناسب مع المشكلات الواقعية العاجلة والوقتية، وهذا يضيف على دور القاضي الوقتي أهمية ويتطلب منحه صلاحيات وإمكانات لتجاوزها، فالعدالة هي وسيلته في البحث عن حل للنزاع، وتظل تلازمه في مرحلة فحص وتأسيس الحكم، فيستوحي القاضي العدالة ويعمل على تحقيقها فيما يصل إليه من حلول، ويحرص على احترام وتطبيق القانون مستوحياً العدالة، وإعمال المنطق القانوني في إطار منهجية محددة. ويمارس القاضي في سبيل ذلك نشاطاً فكرياً له طبيعة فنية علمية منطقية يستدل به على حكم القانون، تكفل إقناع الخصوم والغير بعدالة حكمه، وتتيح للمحكمة الأعلى مراقبة سلامته، ويتحقق به الاستقرار القانوني.

68 - هذا النشاط العقلي والوجداني يوصل القاضي للحل الواجب الاتباع ويبين الأسس التي اتبعها لتكوين فهمه وإدراكه وتصوره لوقائع الدعوى، متبعاً وسائل استدلالية وقانونية، ويركز قواه الفكرية فينصرف كلياً لتفهم وقائع الدعوى، والقاضي في البحث عن معقولية الحلول مستخدماً وسائل التصور والإدراك مستعيناً بالمبادئ العامة، دون أن يتقيد بطريقة معينة للبرهنة ويتخير الوسيلة الاستدلالية من معطيات ووقائع الدعوى فيكون تسجيلاً لها واستنتاجاً لظاهر الأوراق.

مستخدماً المنطق القانوني والاستدلال بالطريقة الغائية، وهي تعتمد على البدء بتحديد هدف أو غاية معينة ثم تحديد الإجراءات أو الوقائع اللازمة لإدراكه، فمثلاً في منازعات الإيجار تكون الغاية هي حل مشكلات الملاك والمستأجرين، والطلبات تمتد من الإخلاء إلى المطالبة بالأجرة أو تحديدها عند المنازعة حول قدرها، ويكون ملائماً استخدام طريقة الاستدلال المركب والذي يكون في صورة متصلة، فيبرز المقدمات من معطيات النظام القانوني ويوصل مقدمات الوقائع بمقدمات القانون للوصول إلى حل،⁽¹⁷⁸⁾ وما يصل

178 كما هو الحال عند وقوع حادث نتيجة لهبوط الطريق بسبب هبوب عاصفة فيؤسس المضرور دعواه على الخطأ المرفق وتندفع الإدارة بالقوة القاهرة فكلاهما يكون مقدمة كبرى لقياسه فيبحث في وقائع الدعوى كمقدمة صغرى وتحقق مسؤولية الإدارة في الحاليين على أساس الخطأ المرفق "المسؤولية التقصيرية" أو على أساس المخاطر. ومثال آخر عند وقوع حادثة سقوط حجر جرانيت من رافعة مؤمن عليها والسائق تابع لشركة نقل وأهمال في القيادة، فتكون المقدمات الكبرى للقياس هي مسؤولية الشركة التابعة عن أعمال تابعها، ومسؤولية حارس الأشياء بالنسبة لمالك الرافعة والمسؤولية التعاقدية بالنسبة لشركة التأمين والمسؤولية التقصيرية بالنسبة للسائق ووقائع الدعوى تكون المقدمة الصغرى ليصل إلى نتيجة أحقية المضرور أو عدم أحقيته ووفقاً لأي قاعدة. وقد يتضمن عدة قضايا متضمنة في المقدمة الصغرى بينها روابط منطقية في صورة شرطية، وخطورة هذا الاستدلال الوقوع في مغالطة المقدمات الكاذبة أو افتراض المقدمة على خلاف الحقيقة ويكون الاستدلال فاسداً. الاستدلال الجدلي فيعتمد على المجادلة بين الخصوم وترجيح القاضي بينهم، والاستدلال الرياضي هو روح العمل القانوني والقضائي في التفكير الإنساني الواعي الحذر عند مواجهة مشكلة، ولأن القانون لا يصاغ في صورة مبادئ وليس غاية في ذاته، وإنما يكفل تحقيق العدالة وحماية مصالح الأفراد، لذلك لا يناسب طريقة الاستدلال الرياضي عمل القاضي. والاستدلال بالتمثيل أو المشابهة يكون بمطابقة واقعة خاصة على واقعة خاصة أخرى لوجود تماثل أو تشابه في الواقعتين أحدهما معروفة نتائجها والأخرى غير معروفة ويكون لهذا

إليه من حلول يستند إلى الحقائق القانونية،⁽¹⁷⁹⁾ وقد يعتمد القاضي الوقتي على الاستدلال بطريقة التحليل، وهي عملية عقلية في جوهرها تتم بتحديد العناصر⁽¹⁸⁰⁾،⁽¹⁸¹⁾.

الاستدلال قيمة واقعية بقدر الاسترشاد بأوجه تشابه عميقة وجوهرية وليست ظاهرية أو سطحية، ويكون أكثر دقة عند تماثل السبب القانوني .

وقد اعتنق مجلس الدولة أسلوب الاستدلال بالتمثيل في مجال المساواة أم القانون أو التكاليف العامة بحيث أنه إذا تماثلت الوقائع فإنها تؤدي إلى ذات النتائج من أجل الوصول إلى المساواة في المعاملة القانونية لذات الوقائع والمراكز المتماثلة. أما الاستدلال بالمخالفة عند وجود تضاد فيؤدي إلى تغيير الرابطة بالتقابل أو التضاد فتختفي القاعدة المفسرة في مجال التطبيق بواسطة البرهنة المخالفة فيوجد القاضي سبب قانوني بالمخالفة للقاعدة الموجودة، كما لو وجد نص يقضي بملكية المال المستخدم لرب العمل قبل مضي مدة معينة وبالاستدلال بالمخالفة تؤول للعامل بانقضاء تلك المدة، أو استحقاق المكافأة بعد ستة أشهر وبالاستدلال بالمخالفة لا يستحقها قبل مضي تلك المدة وهذه تكون النتيجة الوحيدة والمعقولة. والتقابل أو التضاد الذي يستدعي الاستدلال بالمخالفة قد يكون تضاد تام بأن يختلفا كماً وكيفاً أو مجرد تضاد عندما يختلفان كيفاً، أو تضاد بسيط أو مجرد تداخل عندما يختلفان كماً ويتحدان كيفاً.

179 أما الاختيار بين الاستدلال بالمماثلة والاستدلال بالمخالفة فيرجع إلى مدى اتفاق وقائع ومعطيات الدعوى مع نصوص القانون والقواعد التي تمثل مقدمات كبرى. وفي مجال الجنائي يلجأ القاضي إلى عمليتين هامتين هما التحليل ثم التركيب فيبدأ باستقراء الأدلة، والتحقق من صحتها لأن الأصل هو البراءة، ثم استقرار العناصر الواقعية واستخلاص الصورة النهائية لوقائع الدعوى ثم تركيبها على القاعدة القانونية للوصول إلى النتيجة التي رتبها النص أو عدم تحققها، والتركيب عملية عقلية مستقلة عن عملية التحليل التي ردت الواقعة إلى عناصرها الأساسية، ولاحقة عليها للتأكد من صحة النتائج التي انتهى إليها التحليل وهل تؤدي إلى ذات المركب الكلي الذي أوردته القاعدة القانونية، وهذا التحليل يعتمد على سلامة الحس القضائي، فالقاضي يكون ملماً بأحوال المجتمع وعاداته .

180 في الأعمال القابلة للانفصال يحلل القاضي العمل ليفصل بين العمل العقدي والعمل المبنى على إرادة منفردة، أو يفصل العمل الدبلوماسي أو السبدي عن العمل الإداري القابل للطعن عليه، أو العمل القضائي والولائي أو التوثيقي أو الصلح للنظر في إمكانية وطريقة الطعن عليه..فمثلاً تصديق المحكمة على الصلح لا يعد فصلاً في النزاع ويقتصر على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق لا يعتبر قضاء يحوز الحجية نقض جلسة 10/12/1981، طعن رقم 899 لسنة 43 ق، ونحن نعارض ذلك إذا كان مؤداه إمكانية العدول عن الاتفاق رغم صدوره في صورة حكم لتعارضه مع حكم المادة "533" مدني التي تقضي بأن ينحسم النزاع بالصلح ويترتب عليه انقضاء الحقوق في الادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين نزولاً نهائياً، فينحسم النزاع ذاته بما لا يجوز معه تجديد النزاع أو الاستمرار فيه أو إقامة دعوى به، وإنما أيضاً عدم حجية التقارير أو الأساس الذي يستند إليه الصلح أو ترتيب نتائج أبعد كنبوت مسئولية من تنازل عن حقه لخصمه، أو للنظر في ارتباط التصرف أو قابليته للتجزئة أو استقلالية بعض الشروط العقدية وإخضاعها لنظام مغاير كشرط التحكيم أو التأمين . أو انفصال عقد الرهن وعقد القرض عند بطلان عقد الرهن المتضمن قرضاً أو عدم قابليتهما للتجزئة والقول ببطلان أو عدم بطلان الرهن دون القرض (وهذا تحليلاً أو انطلاقاً من قاعدة أرسنها المادة 143 مدني من قابلية العقد للتجزئة والبطلان الجزئي والمادة 144 من تحول العقد الباطل لآخر تتوافر فيه مقومات صحته.

181 والمبادئ العامة والنظريات القانونية تسهم في تكوين فهم وإدراك القاضي وترشده للحل، فالمبادئ تتسم بالجمود والثبات تجد أساسها في الطبيعة الإنسانية، تقف على حدود القانون وتعبير عن المنطق، وقد يتناولها المشرع بالصياغة في صورة قواعد قانونية كمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق. والمبادئ نسبية كانت أم مطلقة ترشد القاضي كقناة يمر خلالها الوقائع فيأخذ منها المنطق ومنها مبادئ عامة التطبيق كالمثليات لا تهلك واليقين لا يزول والأصل براءة الذمة لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال بمثله دره المفاصد أولى من جلب المنافع والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والغرم بالغرم، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، ومبدأ الموازنة بين التكلفة والفائدة ابتدعه القضاء الإداري .

أما النظريات فتساهم بدور فعال في الوصول للحلول، وكثيراً ما ابتدع القضاء نظريات تستند إلى المبادئ العامة للقانون استلهمها من الوقائع والظروف في محاولة للبحث عن حل، والنظريات لها طابع شمولي موحد كنظرية الأعمال أو الأوضاع الظاهرة، نظرية الموظف الفعلي ونظرية البطلان ونظرية مسئولية الدولة عن أعمالها

69 - ويامر القاضي بذات المراحل المنطقية لإصدار الحكم الوقتي والمستعجل، فيبدأ بمرحلة البحث والإلمام الجيد بالحالة المعروضة، والتعرف على الطلبات والدفع وجديتها، ثم مطالعة المستندات والعناية بدلالة المستندات في ظاهرها، وأخيراً الوصول لقرار مطبقاً لنصوص القانون ومستوحياً العدالة ويوفق بين احترام القانون وتوفير العدالة.

ويفترض أن احترام القانون يستتبع توفير العدالة في أثرها الواقعي بحسبان أن العدالة هي هدف القانون وتظل العدالة في صدر منهج البحث عن حل ، وقد يكون هذا الحل ظاهراً فلا يحتاج لوسائل المعقولة والبناء الفني لتكوين قناعته بالحل، وقد يحتاج إلى الالتجاء لوسائل منطقية لتحصيل الفهم والإدراك والرجوع للقرائن واستخدام أسس البناء الفني المنطقي والقانوني ليصل إلى حل، وإلباسه ثوب العمل القضائي، معتمداً على البصيرة باستشراف المعاني الأخلاقية، في منطوق الحكم بما يسمح بتبرير الحل وبناء الحكم بمنطق إقناعي يعكس المعقولة .

وقد يستعين بمقدمة واحدة وهو ما يعرف بالقياس الأحادي مستمدة من وقائع الدعوى ومعطياتها، وأسلوب البناء الروائي يحرره من تعقيدات المنطق فيسرد الوقائع يتبعها باستنتاجات متعاقبة يستدل عليها من طلبات الخصوم ثم يذكر الحل الذي توصل إليه ، كما في دعوى إثبات الحالة وسماع شاهد، فيعرض الوقائع وأقوال الشهود والنتيجة التي خلص إليها ويتبع السير الفكري العادي ويكتسب الحكم صبغة تحريرية تتسم

المشروعة تأسيساً على نظرية المخاطر، ومسئولية الإدارة عن امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية.

وبين المبادئ والنظريات أفكار علمية تكون إدراك القاضي وتصوره كفكرة المرفق العام، والتي تحولت بعد تطور قضائي طويل إلى نظرية المرفق العام أدى تعميمها إلى خلق نظرية، وفكرة شركة الواقع. والقاضي في خلق الفكرة يتحاشى التجريد، وإنما يستخدمها ويطبقها على الحالة الواقعية ويوظفها لإيجاد حل كصورة للإبداع وجودة العمل القضائي.

ودور القاضي في استخدام الحيل القانونية كنظرية الشخصية المعنوية والموظف الفعلي وشركة الواقع والوكالة الظاهرة والشخصية الاعتبارية أثناء التصفية ، بعضها صاغه المشرع بعد ذلك بنصوص قانونية، وخلق من الوسائل الفنية كالشروط الاستثنائية والتي تميز بين العقد الإداري والمدني، والتفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقي أو الأعمال القابلة للانفصال بأن يفصل بين القرار الإداري والعمل السابق عليه أو العمل التمهيدي ليخضعه لحكم مختلف. وهذه الحيل تكتيك قانوني يمكنه من الوصول لحل ملائم لوقائع الدعوى القرائن تعتمد على استنباط أمور معلومة من أخرى مجهولة ، وبلجاً القاضي إلى القرائن عندما تكون الرؤية والاستنتاجات غير متماسكة أو غامضة كاعتبار السكوت مدة معينة بمثابة رفض واعتبار العربون قرينة على إمكانية العدول عن البيع وعدم الرد على دفاع الخصم مع قدرته على ذلك قرينة على صحته، استلام الناقل أو المرسل إليه البضاعة دون تحفظ عليها قرينة على استلامها بحالة جيدة، بقاء المستأجر في العين رغم انتهاء عقد الإيجار قرينة على قبول المؤجر تجديد العقد، الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، وتسجيل العلامة التجارية قرينة على ملكيتها، وهي قرائن موضوعية تترك لقاضي الموضوع بما له من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة، وإن كانت بعضها قابلة لإثبات العكس والآخر قرائن قاطعة ، ولا يستبدلها بمشاعر فإن القاضي يقاوم شعور إنساني بالميل للضعفاء لأن المحاكم ليست ملاجئ إحسان وعطاء مسلك القاضي في توفير الطمأنينة بأن يسوى بين المتقاضين في مجلسه وعدله ويحترم مبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع فلا يسمع الدعوى في غياب الخصم ويتثبت من صحة إعلانه يستقر الشعور بالعدالة لديهم وتتعدل كفتي الميزان فلا يياس ضعيف من عدله. ولا يميل فؤاده حياً أو كرهاً لأحد الخصوم، د. أحمد السرياقوسى، المنطق الصوري، دار الكتب الجامعية، الإسكندرية، ص13.

بالبساطة ويضطر القاضي للإسراف في ذكر الوقائع والمستندات التي تبرر بذاتها النتيجة التي توصل إليها، والقاضي يختار بينهما تبعاً لظروف الدعوى.

70 - القاضي الوقتي لا يلتزم بقوالب جامدة أو حلول مسبقة وإنما يراعي خصوصية كل دعوى ويكون أكثر يقظة مراعيًا البواعث الأخلاقية، والخلفيات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والضرورات التي أمثلتها، فيعمل على ملاءمة النتائج التي يتوصل إليها، وإذا كان المشرع لا يحدد للقاضي وسائل إدراكه وتصوره للقضايا، إلا أنه يبدأ بوقائع القضية وما تثيره من بديهيات ومسلمات تؤدي إلى نتائج تتصل بالحكم الذي يصل إليه وتبرره كعملية رياضية منطقية تعتمد على منهج القاضي في الفهم والإدراك والتصور الضروري لحسن أدائه لمهمته،⁽¹⁸²⁾ ويتعرف على إرادة المشرع من وراء النصوص وتفسيرها وفقاً لهذه الإرادة واضحاً في اعتباره المصلحة التي يحميها المشرع وغاية التشريع.⁽¹⁸³⁾

والقاضي يباشر مهمة تحديد وإثبات وقائع الدعوى، وينصرف المنطق القضائي المتعلق بالقانون إلى رجحان وجود الحق القانوني، و تفسير القانون للوصول إلى الحل في ضوء المصلحة المراد حمايتها توصلًا إلى إرادة المشرع بصورة متجددة متطورة تتكيف مع ظروف المجتمع، والمنطق القضائي الذي يستعين به في تقدير وقائع الدعوى يكون وفقاً للعقل والمنطق، وإلا كان تحكماً غير مقبول.⁽¹⁸⁴⁾

71 - ضرورة التقييد بضوابط التسبب فيما يتعلق بالتكييف القانوني لمدلول الوقائع :

سلامة اقتناع القاضي بالأدلة هي مسألة يركز فيها على ضميره ووجدانه، ومع ذلك هناك حدين لسلامة هذا الاقتناع الأول هو حد إجرائي يتمثل في الضمانات الإجرائية التي أوجبها القانون، فيلتزم القاضي بالأدلة القضائية ومشروعية مصدرها كمحاضر الاستدلال أو

182 يوجد اختلاف بين المنهج القانوني والمنطق القانوني، إذ يعتمد تحليل المنهج القانوني على مجموعة من الأفكار التي تتعلق بمصادر القانون وغيرها، أما المنطق القانوني فهو أسلوب فكري وأداة تطبيق المنهج القانوني على حالات واقعية معينة، فالمنهج القانوني يحرك النشاط القانوني فيكون الخلفية التي يتحرك القاضي بمقتضى المنطق القانوني على ضوءها، بينما يعين المنهج القانوني في تحديد القاعدة القانونية شكلاً ومضموناً، والمنطق القانوني يساهم في إيجاد الحل القانوني لحالة واقعية أو مشكلة معينة.

183 المنطق القضائي يختلف عن المنطق القانوني المجرد، فالمنطق القضائي بطبيعته وموضوعه ومجاله يتميز عن المنطق المجرد، لأنه يبحث عن حل واقعي بمناسبة دعوى مطروحة وليس بصورة عامة أو نظرية، ويتصل المنطق القضائي بالواقع والقانون معاً، فبدرك ظروف الدعوى ويتفهم ملبساتها والخلفيات المجتمعية فلا يحكم بقواعد مجردة ساكنة وإنما ينزلها إلى التطبيق على وقائع أو أشخاص بعينهم فيترسم طريقه القانوني وفقاً للوقائع الثابتة أمامه والأدلة المقدمة ويجد حلاً في حدود الإجراءات والقواعد والأحكام القانونية .

184 نقض جلسة 12/6/1939، مجموعة القواعد، ج4، بند 405، ص575، جلسة 2/1/1978، ج3، ص24.

التحقيق، وأن تكون طرحت للمناقشة والمجادلة بين الخصوم، ولا يكفي للتسبب تقرير أن الواقعة ثابتة من التحقيقات وشهادة الشهود دون بيان مضمون الدليل ووجه الاستدلال به، ويشير إلى الأدلة ذات الأثر أي الأدلة المنتجة، والرد على دفاع الجوهري وهو يكون كذلك إذا كان مؤثراً في التطبيق القانوني على واقعة الدعوى، والإخلال بضابط استقرار العناصر الواقعية يجعل التسبب مشوباً بالقصور.

أما الثاني فهو حد موضوعي يتمثل في الاستناد لأدلة حقيقية لها مصدر حقيقي في الأوراق، وتكون الأدلة مقبولة ليس في ذاتها وإنما يتعين أن تكون مقبولة عقلاً ومنطقاً وصالحة لأن تؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها الحكم، والإخلال بذلك يجعل التسبب مشوباً بالفساد في الاستدلال، فوضع الحكم بصيغة مبهمة أو غامضة يتعارض مع حكمة التسبب، ويكفي أن تكون الأدلة في مجموعها مؤدية إلى ما قصده الحكم ومنتجة في قناعة المحكمة، ما لم تكن الأدلة مستمدة من إجراءات باطلة.⁽¹⁸⁵⁾

والتكييف القانوني للوقائع عند وجود نص يحدد خصائص واشتراطات الواقعة يلزم القاضي أن يبين توافرها في الواقعة المعروضة عليه أو انتفائها، ثم يرتب أثر ذلك سواء كانت مسألة موضوعية كشرط الحياة مثلاً، وفي هذه المرحلة عليه تفادي نوعين من التجاوز الأول الاهتمام بالتحليل وتدقيق جميع العناصر الواقعية والتشتت بالوقائع غير المفيدة والثاني التعجل في استنباط العناصر الأساسية قبل الأوان وإجراء انتقاء ضيق لها والاعتماد على وقائع معينة على حساب وقائع أخرى، فهذا يعيبه الإخلال بالتوازن بين وقائع الدعوى قبل أن يزن كل منها، فتخير القاضي للوقائع لا يكون عشوائياً، وإنما تستمد الوقائع جوهريتها من كونها تمثل خرقاً أو تطابقاً مع نصوص القانون، إذ تتحدد أهمية الوقائع وفقاً لعلاقتها بالقاعدة القانونية، فتكون الوقائع اللازمة لتحقيق مفترضات القاعدة القانونية هي الوقائع الجوهرية التي ينتجها، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة تحديد الأدلة التي تلائمها.

72 - التسبب الكافي يظهر قيمة أحكام القضاء كمصدر من مصادر القانون:

الأحكام يجب أن تكون مبنية على أسباب واضحة تنم عن تحصيل المحكمة فهم

185 اقتناع القاضي يستند إلى المنطق الذي يقوم على الاستقرار بملاحظة الوقائع والاستنباط يصل إليه من خلال حوار جدلي لإثبات الأدلة المطروحة، والاستدلال الجدلي نطاقه محدود أما الاستدلال الاستقرائي فنطاقه أوسع ويأتي الاستدلال الاستنباطي للوصول لنتائج معينة في ضوء الوقائع الثابتة أكبر، والاستدلال القياسي يجعل القاعدة القانونية مقدمة كبرى والوقائع المنتجة الثابتة مقدمة صغرى وتتحدد النتيجة باستنباط العلاقة بين المقدمة الكبرى والصغرى، وقد يستعين بسلسلة من الاستدلالات القياسية ليصل إلى القياس النهائي، الإشارة السالفة، ص75.

الواقع في الدعوى مما له سند من الأوراق والبيانات المقدمة لها، وأن الحقيقة التي استخلصتها واقتنعت بها قد قام دليلها الذي يتطلبه القانون ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليه قضاؤه،⁽¹⁸⁶⁾ واستنباط الصورة النهائية للواقعة، فلاستدلال يكون لدى القاضي اقتناعاً مبدئياً بأدلة الدعوى ويتحدد اقتناعه النهائي بها في ضوء مجموع الأدلة والعناصر الواقعية التي شهدت بها الأدلة، وتراقبها المحكمة الأعلى في منطقتها القضائي المتعلق بالوقائع والأدلة.⁽¹⁸⁷⁾

73 - إذن العناصر الأساسية التي يجب أن يستظهرها القاضي هي الوقائع التي تؤثر في التكييف القانوني لحالة الاستعجال، وهذا يعد كثيراً عما شاع استخدامه في الأحكام من عبارات لتبرير رفض الدعوى أن "أوراق الدعوى بحالتها لا تسمح للمحكمة بتكوين رأي"، أو أنه "لا يبين من أوراق القضية"، وهذا في حقيقته تبرير لقصور البحث وعدم اكتمال ملف الدعوى استيفاء لاختصاصه .

فإذا كانت مرحلة بناء الحكم هي المرحلة الأخيرة في مراحل العمل القضائي والتي تبدأ بعد تكوين قناعته بمعطيات الدعوى من الناحيتين الواقعية والقانونية، فالجهد الذي بذله للوصول إلى حل قانوني وواقعي يتطلب جهداً مماثل في تبريره لإقناع الخصوم بعدالته وملاءمة ما انتهى إليه.

74 - الحكم الوقتي والمستعجل يحوز حجية مؤقتة:

بصدور حكم القضاء تنتهي الخصومة، ويتمتع الحكم بحجية الأمر المقضي ويعتبر الحكم عنواناً للحقيقة بما يتضمنه من تحديد للعدالة الواقعية، وتتمتع الأحكام الوقتية بحجية وقتية وهذا لا يعنى عدم احترام أحكام القضاء الوقتي، إذ يظل الحكم المستعجل قائماً حتى ينفذ الحكم الموضوعي النهائي أو يصبح ممكناً تنفيذه،⁽¹⁸⁸⁾ ويجوز طلب العدول عن الحكم المستعجل أو تغييره كلياً أو جزئياً باعتبار أن الحكم المستعجل يصدر لمواجهة

186 وشكل ومضمون الحكم يتضمن الحكم ثلاثة أجزاء الوقائع والتسبيب والمنطوق، أما الوقائع فتشتمل على اسم المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ صدوره أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطنهم وحضورهم أو غيابهم وممثلهم، وخلاصة ما قدموه من طلبات ودفع وحجج قانونية، والثاني: أسباب وحيثيات الحكم وهي الأدلة الواقعية والقانونية، وتكون من الواضح بحيث تحمل الدليل على أن المحكمة بحثت النزاع بحثاً كافياً من الناحيتين الواقعية والقانونية لأن قصور أسباب الحكم أو تناقضها يبطله، و الأسباب يجب أن تكفي لحمل المنطوق، ويمكن الإحالة لأسباب حكم سبق صدوره بين الخصوم وأودع ملف الدعوى وأصبح من أوراقها وعنصراً من عناصر الإثبات فيها كالحكم الصادر بالطرده للغصب يمكن الاستناد إليه لطلب الإيجار أو الريع أو التعويض، والثالث منطوق الحكم، طعن رقم 413، 44 ق جلسة 5/4/1978، س.29.

187 طعن رقم 7، لسنة 51 ق، جلسة 16/12/1982.

188 باستثناء الإجراءات الوقتية التي ترتبط بدعوى موضوعية وحدد لها المشرع أجلاً كدعوى صحة الحجز التي ترفع خلال ثمانية أيام من تاريخ الحجز وإلا اعتبر الحجز التحفظي كأن لم يكن.

حالة أو ظروف واقعية تواجه المدعي، فيتغير الحكم لمواجهة الظروف التي طرأت أو استجدت، أو لظروف كانت قائمة قبل الحكم ولكن لم تطرح على القاضي،⁽¹⁸⁹⁾ ومن ثم طالما لم تطرأ ظروف جديدة يظل الحكم قائماً وتظل فاعليته ممتدة ولا يجوز العدول عنه أو تغييره من قبل القضاء المستعجل أو إثارة ذات النزاع أمامه من جديد، إذ يستند القاضي المستعجل سلطته بصور الحكم بشرط بقاء ذات الظروف قائمة.⁽¹⁹⁰⁾

فالأحكام الوقتية والمستعجلة أحكاماً غير قطعية ومع ذلك تتمتع بالحجية باعتبارها عملاً قضائياً، ولكنها حجية مؤقتة بالنظر لطبيعة الأحكام الوقتية والمستعجلة لأنه يجوز الرجوع فيها أو تغييرها أو العدول عنها، وتظل قائمة وتحوز الحجية ما لم تتغير الظروف.⁽¹⁹¹⁾

والأحكام المستعجلة تحوز الحجية أصلاً نتيجة خضوعها للتحقيق القضائي وتمتع العمل بالحجية قرينة على الصحة، ولا ترتبط فقط بطبيعة العمل وصفته، وإنما بهدفه وبخضوعه لإجراءات مخاصمية وتحقيق قضائي وصدوره في صورة حكم لذلك لا تحوز الأوامر الوقتية أية حجية، بينما تحوز الأحكام الوقتية الحجية، والتدابير بطبيعتها تكون وقتية ولو امتدت لبعض الوقت .

وقد أكدت محكمة النقض حجية الحكم الوقتي ورتبت على ذلك أنه لا يجوز إثارة النزاع من جديد متى كانت مراكز الخصوم والظروف التي انتهت بصور حكم هي بعينها لم يطرأ عليها تغيير، باعتبار أن الحكم وضع الخصوم في حالة ثابتة واجبة الاحترام بمقتضى الحجية بالنسبة لذات الظروف وذات الموضوع الذي كان محل البحث في الحكم، وما دام لم يحصل تغيير مادي أو قانوني في مركز الطرفين يسوغ إجراءً مؤقتاً لحالة جديدة طارئة، أو كان موجودة ولم يبنى عليها الحكم الوقتي، ولم تعرض على القاضي.⁽¹⁹²⁾

ويظل الحكم الوقتي يتمتع بحجية الأمر المقضي، فإذا تغيرت الظروف كان للخصوم

189 راتب ونصر الدين، ج1، ص213، رقم 79.

190 د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ص523، بند 237 .

191 إجراءات الإثبات غير قطعية ولكنها غير مستعجلة ويجوز لقاضي الموضوع عدم الأخذ بنتيجتها لأنها لا تقيد محكمة الموضوع، أما الحكم الصادر في مسألة أولية يكون قطعياً، ويشترط لتوافر الحجية للحكم الصادر في مسألة أولية:-1 أن تكون المسألة قد أثيرت أمام المحكمة -2 أن تكون صالحة لأن تكون بذاتها محلاً لدعوى أصلية.-3 أن تكون داخلة في اختصاص هذه المحكمة وإلا أوقفت الدعوى وأحيلت هذه المسألة للمحكمة المختصة...-4 أن تكون لازمة للفصل في الموضوع، فإذا رفعت دعوى مثلاً للمطالبة بالثمار أو الربع أمام المحكمة الجزئية وأثيرت مسألة الملكية وكانت تجاوز اختصاص هذه المحكمة، فأحيلت للمحكمة الابتدائية كان حكماً إجرائياً يتعلق بالاختصاص ويجوز الحجية، راجع حول عرض هذه المسألة د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ص523، بند 237 .

192 نقض 22/12/1985، طعن رقم 1759 لسنة 51 ق.

العودة للقضاء،⁽¹⁹³⁾ ويسقط بصدور الحكم الموضوعي، وإمكانية الطعن على الأحكام لا يحول دون تمتعها بالحجية، فيظل للحكم الحجية وتزول بإلغائه.

75 - الحكم الوقتي والمستعجل يحوز الحجية أمام قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة :

الحكم الوقتي والمستعجل وإن كان وقتياً ولا حجية له أمام محكمة الموضوع،⁽¹⁹⁴⁾ غير أنه يتمتع بحجية أمام القضاء المستعجل ذاته، الأمر الذي يتمتع معه إثارة نفس النزاع موضوعاً وسبباً وخصوصاً أمام القضاء المستعجل ثانية، مالم يحدث تغيير في المركز القانوني أو الواقعي للخصوم بعد صدور الحكم.⁽¹⁹⁵⁾

وقد استقر القضاء على أن حجية الحكم الوقتي تكون بالنسبة لنفس الظروف التي أوجبتهم ولذات الموضوع الذي كان محل البحث في الحكم السابق صدوره فإن طرأ تغيير مادي أو قانوني في مراكز الخصوم أو في إجراءات الطلب وملابساته سقطت حجية الحكم السابق وساغ للقاضي أن يفصل في النزاع بما يواجهه الحالة الطارئة الجديدة دون أن يعد ذلك فصلاً في نزاع خلافاً لحكم سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي على النحو الذي قصده المادة "249" من قانون المرافعات، والمادة "101" إثبات.⁽¹⁹⁶⁾

والحكم الصادر في دعوى سماع شاهد أو إثبات الحالة أمام القضاء الوقتي والمستعجل يقيد محكمة الموضوع ، ومع ذلك وطبقاً للمادة "97" للخصم أن يطلب من محكمة الموضوع سماع شهود نفي عند التمسك بالشهادة التي تمت أمام القاضي المستعجل، وهذا يؤثر على الحجية التي يفترض تمتع الحكم بها، ويجعل الدعوى ذاتها محدودة القيمة.⁽¹⁹⁷⁾

193 د. أحمد أبو الوفا، الإشارة السالفة، والطعن على الحكم أثره وقف الحجية التي تلازمه، فلا تتقيد بها محكمة الطعن ولكون لها وفي حدود ما يقره لها المساس بالحكم تعديلاً وإلغاءً، وخارج إجراءات الطعن يستمر للحكم الحجية ولكنها حجية موقوفة لحين رفض الطعن فتتأيد الحجية، أو قبول الطعن فتزول الحجية نهائياً.

194 حجية الحكم الجنائي بنص المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية، والمادة 102 من قانون الإثبات أن للحكم الصادر في الدعوى الجنائية حجية أمان المحاكم المدنية إذا كان الحكم الجنائي قد فصل فصلاً لازماً في أمر يتعلق بوقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، وذلك لاتصال الحجية بالنظام العام، وحتى لا تكون الأحكام معرضة في أي وقت لإعادة النظر فيما فصلت فيه، ومتمى فصلت المحكمة الجنائية في مسائل يتمتع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها، وتتقيد بما انتهى إليه الحكم وإلا كان حكمها مخالفاً لحجية حكم جنائي سابق له، نقض جلسة 26/11/1995، طعن رقم 3395 لسنة 64 ق، والقاضي المدني بتقيد بالحكم الجنائي فيما فصل فيه وكان الفصل فيه ضرورياً للحكم الجنائي.

195 د. راتب، ص 84.

196 الطعن رقم 2482 لسنة 55 ق، جلسة 29 / 2 / 1996 س 47 ج 1 ص 397 .

197 م/96 إثبات تنص على أن قاضي الأمور المستعجلة يحكم بسماع شاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود، والمادة 97 تنص على أنه لا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه

76 - حجية الأحكام الوقتية وحجية وظيفية شرط بقائها استمرار الأوضاع دون تغيير:

حجية الحكم الوقتي هي حجية وظيفية تستمر بلا توقف إلا عند صدور حكم وقتي آخر عند تغير الظروف، أو بصدور حكم موضوعي نهائي وينفذ، فمركز الخصوم في الدعاوى المستعجلة يتحدد وبصفة نهائية بصدور حكم نهائي في الموضوع، فتنتهي مصلحة الخصم في بقاء الحكم الوقتي، لأن المدعي لا يحصل بالحكم الوقتي على ميزة أو منفعة، وإنما يتمتع بالحماية اللازمة وبصدور حكم يفصل في حقيقة مركزه القانوني الموضوعي لم يعد في حاجة لحماية قانونية وقتية.

وصدور الحكم الموضوعي أثره في سقوط الحكم الوقتي عند تنفيذ هذا الحكم الموضوعي، فقد حكم بأن الحكم الموضوعي الصادر بإثبات العلاقة الإيجابية عن عين النزاع طعن عليه بالاستئناف وحدد لنظره جلسة قبل صدور الحكم المطعون فيه ولم يفصل فيه بعد، ومن ثم لا محل لقول الحكم المطعون فيه أن مراكز الخصوم قد تغيرت بصدور الحكم الموضوعي.⁽¹⁹⁸⁾

كما حكم بأنه من المقرر أن تكون الحجية للحكم من تاريخ صدوره ولو كان قابلاً للطعن عليه، إلا أن هذه الحجية مؤقتة تتوقف بمجرد الطعن بالاستئناف وتظل موقوفة إلى أن يقضى في الاستئناف، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجيته، وإذا ألغته المحكمة الاستئنافية زالت عنه هذه الحجية، ويترتب على وقف حجية الحكم نتيجة للطعن عليه بالاستئناف أن المحكمة التي يرفع إليها نزاع فصل فيه هذا الحكم لا تتقيد بهذه الحجية طالما لم يقض برفض الاستئناف قبل أن يصدر حكمها في الدعوي. ومن ثم تظل حجية الحكم الوقتي قائمة، ويظل الحكم الصادر برفض الإشكال في تنفيذه قائماً أيضاً.⁽¹⁹⁹⁾

77 - بقاء الحكم المستعجل لا يتعارض مع الصفة الوقتية للحكم:

إن تغير الظروف مسألة عامة بالنسبة للأحكام الوقتية، والأوامر على عرائض يجوز دائماً العدول عنها "195/2"، ومع ذلك هناك بعض القرارات الوقتية لا يجوز العدول عنها كالأمر بوقف التنفيذ،⁽²⁰⁰⁾ في حين بعض الأحكام الموضوعية تتغير بتغير الظروف كالحكم

للقضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود .

198 الحكم في الدعوى رقم 9098 لسنة 1980 مدني كلي شمال القاهرة، جلسة 27/3/1982.

199 الطعن رقم 2482 لسنة 55 ق تاريخ 29/2/1996، مكتب فني 47، الجزء 1، ص 395 .

200 قد يبرر ذلك بخروج النزاع برمته من ولاية المحكمة، ويفسر البعض تغيير الأمر الوقتي بأنه يعتبر سحب للإذن السابق أو رفض مؤخر للإذن به ومن ثم يعتبر قرار تكميلي، ونرى في هذا بعد عن الحقيقية، كما لا نؤيد أن الحجية ترتبط بمضمون القرار لا بطبيعته أو شكله أي سواء صدر في صورة حكم موضوعي أو أمر أداء، ويرجع حجية

بالتعويض للضرر إذا تفاقم الضرر، أو عند شفاء المضرور،⁽²⁰¹⁾ وأيضاً الحكم النهائي بالنفقة الواجبة يعد حكماً قطعياً في الموضوع يفصل في أصل الحق، ولكنه يقوم على أساس متغير ومشروط بعدم تغير الظروف،⁽²⁰²⁾ والحجبة قد تمتد للغير وفقاً للتمثيل الحكمي للخصومة.⁽²⁰³⁾

وقد أقرت المادة "101" من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 تعلق الحجبة بالنظام العام⁽²⁰⁴⁾، وفي سبيل تحقيق اليقين القانوني للحماية التي يمنحها القضاء أسبغ المشرع الحجبة على العمل القضائي.⁽²⁰⁶⁾

الحكم الوقتي لاستنفاد القاضي المستعجل سلطته في ظل الظروف التي صدر فيها، ويبرر ذلك بأن محاولة إعادة الإجراءات الوقتية غير جائز في ظل الظروف عينها، ولكن لا يرتب الحكم الوقتي حجة لأنه لا يضمن استقراراً للمركز الذي قرره فيجوز التخلص منه عن طريق الدعوى الموضوعية، ويعتبر الاستنفاد مسألة داخلية في الإجراءات بينما الحجبة تعبر عن الأثر القانوني للحكم القضائي تعمل خارج الإجراءات لضمان استقرار الحماية القضائية التي منحها الحكم، راجع تفصيلاً: د. جدى راغب، سالف الإشارة، ص 228.

201 الجمعية العمومية لمحكمة النقض 2/25/1956، مجموعة الأحكام، ص 7، ص 30.

202 ويرى البعض أنها تدخل في معنى الحكم الشرطي .

203 د.الصاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجة الشيء المحكوم فيه، رسالة، القاهرة، 1971، ص 143، بند 91، د.محمد عبد الخالق عمر، عناصر الدفع بحجة الشيء المقضي فيه في القانون الإنجليزي، بيروت، 1971، ص 14، بند 12، مشاركاً إليه في د. جدى راغب، سالف الإشارة، ص 228، د.هبة بدر الحجبة المتعدية للأحكام القضائية، ط 2013، الدار المحمدية للطباعة، ص 4، وترى أن المشرع خلط بين قوة الأمر المقضي وحجة الأمر المقضي وأنه في المادة "101" إثبات أورد الأولى ويقصد الثانية. كما ترى -ص- 102 أن امتداد أثر الحكم القضائي للغير هو تطبيق لفكرة التمثيل الحكمي في الخصومة كالحكم الصادر لصالح المدين أو الدائن المتضامن أو الكفيل، والحكم الصادر بمسئولية المؤمن له يكون حجة في مواجهة شركة التأمين رغم أنها ليست من الخلف الخاص أو العام، وهذا التمثيل الحكمي كان مفترض بنص المادة رقم 296 مدني وذلك فيما ينفع فقط وليس فيما يضر، وأيضاً بالقانون رقم 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية حتى ولو لم تختص شركة التأمين في الدعوى، و ألغى بنص المادة الثالثة من القانون رقم 72 لسنة 1972 بشأن التأمين الإجباري عن المسؤولية الناشئة عن حوادث المركبات ونصت المادة الثامنة على أن تؤدي شركة التأمين مبلغ التأمين المحدد عن الحوادث المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون إلى المستحق أو ورثته وذلك دون حاجة إلى اللجوء للقضاء في هذا الخصوص ويكون مبلغ التأمين الذي تؤديه شركة التأمين قدره أربعون ألف جنيه في حالات الوفاة والعجز الكلي المستديم... وقد اعتبرت أن الحكم في مواجهة المؤمن له يكون حجة في مواجهة شركة التأمين واستدلت على ذلك بأن مفاد هذه المادة بحكم اللزوم المنطقي أن الحكم الصادر بتحقيق مسؤولية المؤمن له لا بد أن يحتج به على شركة التأمين مادامت الشركة تلتزم بصرف مبلغ التأمين بمجرد إبلاغها بوقوع الحادث دون حاجة لاستصدار حكم وتلتزم من باب أولى بدفع التأمين في حالة استصدار حكم، راجع تفصّل حول أثر الأحكام بالنسبة للغير، د. أحمد الصاوي دار النهضة، د. هبة ص 110 وترى أن الحكم الصادر بتقرير إخلال المدعي بالالتزامات العقدية يعد أساساً مشتركاً لدعوى الفسخ ودعوى التعويض وتعد تطبيقاً لفكرة التعدي الموضوعي للحجة، أيضاً الحكم بتقرير الملكية حجة في دعوى التسليم ودعوى المطالبة بالريع، ودعوى التعويض عن الغصب وليس مجرد تطبيقاً للأثر الإيجابي للحجة.

204 وهو ذات المعنى في القانون الفرنسي طبقاً لنص المادة "1351" مدني، والمادة 480 مرافعات، د. أحمد الصاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجة الشيء المحكوم فيه، رسالة، القاهرة، 1971، ص 7، د. أحمد ماهرزغول، أعمال القاضي التي تحوز حجة الأمر المقضي وضوابط حجيتها، 1999، ص 53.

205 الطعن رقم 772 لسنة 68 ق، جلسة 22/4/2003.

206 عبر عنها القانون الروماني بقاعدة عدم تكرر الدعوى في ذات الشيء، وعملاً كانت تعبر عن حجة رأي القاضي، وأصبح الدفع بالأمر المقضي هو أداة اليقين القانوني، وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة

وعندما تكون صورة الحماية القضائية حماية وقتية أو مستعجلة عند وجود حالة استعجال أو خطر التأخير تمتد حجية الأحكام الوقتية والمستعجلة للأسباب والمنطوق متى كانت الأسباب ترتبط بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً،⁽²⁰⁷⁾ فمثلاً في دعاوى الحيابة وضع المشرع تنظيمياً خاصاً بغية تحقيق الاستقرار وتفاذي تفاقم الأوضاع، وأناط بالنيابة العامة تمكين الحائز من الاستمرار في حيابة العقار كإجراء تحفظي لحين تدخل القضاء المستعجل،⁽²⁰⁸⁾ وقد وضع المشرع شروطاً لصورة الاستعجال التي تستدعي تدخل النيابة وفقاً لأحكام القانون رقم 23 لسنة 1992 وإلا كان قرارها باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، وقرار النيابة يحوز حجية مالم يتم التظلم منه أمام القضاء الوقتي.⁽²⁰⁹⁾

78 - غاية المشرع من إسناد حماية الحيابة للقضاء الوقتي نوعياً عملاً بنص المادة "44" مكرر مرافعات:

يختص القضاء المستعجل بنظر التظلم من قرار النيابة العامة وجوباً وفقاً لنص المادة "44 مكرر" مرافعات، وسلطته تمتد إلى تأييد أو تعديل أو إلغاء الحكم الوقتي، أو وقف تنفيذ هذا القرار المتظلم منه بناء على طلب المتظلم، ويقدم طلب وقف التنفيذ إلى قاضي الأمور المستعجلة بنظر التظلم،⁽²¹⁰⁾ ويكون التظلم مقبول شكلاً إذا تم إيداعه خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه بقرار النيابة.⁽²¹¹⁾

المعارف، 1974، ص 179.

- 207 نقض مدني، الطعن رقم 315 لسنة 59 ق جلسة 20/7/1992 .
- 208 محكمة مصر للأمور المستعجلة 8/1/1978، مجلة المحاماة، ص 58، ع 3، 4، ص 60، قرار النيابة العامة في القضية رقم 26075 لسنة 2011 إداري مدينة نصر أول والمقيدة برقم 244 لسنة 2011.
- 209 اشترط أن: -1 أن تكون المنازعة التي يصدر بشأنها قرار النيابة العامة من منازعات الحيابة-2 أن يصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل بعد سماع أقوال الطرفين وتحقيق الواقعة أو بندب أحد رجال الضبطية القضائية، أو تكليف أحد رجال الشرطة به أو بإجراء منه، ويجوز أن تكتفي بمحاضر الاستدلالات . -3 أن يكون القرار مسبباً تسببياً كافياً مع بيان تاريخ ومكان صدوره وصفة من أصدره، وعرض وقائع النزاع وطلبات الأطراف، وملخص أوجه دفاعهم، وطلباتهم، وأسانيد القرار الصادر، أن ينصب لتسبب على مقاطع النزاع، وأن يتضمن ما يطمئن إليه مطالعه إلى أن مصدر القرار لم يصدره إلا بعد الاطلاع على الأوراق والإلمام بما تضمنته من طلبات ودفع، وإنه استخلص ما انتهى إليه من واقع الأوراق والأدلة المقدمة فيها، الطعن رقم 1805 لسنة 49 ق جلسة 19/4/1983. وراجع الأستاذ محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، ص 356.
- 210 نقض 30/6/1987، طعن رقم 1126 س 53 ق، عز الدين الديناصوري وحامد عكا، ص 652.
- 211 في الدعوى رقم 287 لسنة 2015 بالتظلم من قرار المحامي العام لنيابات شمال سوهاج الصادر بتاريخ 9/8/2015 في المحضر رقم 2866 لسنة 2015 إداري طما بتمكين المدعى عليهم من مسكن الزوجية ومنع تعرض كل منهما للآخر والغير لهما، وطلب اعتباره كأن لم يكن تدخلت زوجة المدعي الثانية في الدعوى هجوماً، وحكمت محكمة طما الجزئية بتاريخ 29/11/2015 بقبول التظلم شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد القرار المتظلم منه لما استبان لها من أن قرار التمكين صدر لصالح زوجة المتظلم الأولى وأم طفلته صحيحاً، وألزمتم المتظلم بالمصروفات وأتعاب المحاماة.

ويختص قاضي الأمور المستعجلة بنظر التظلم من قرار النيابة العامة سواء كان النزاع على الحيابة مدني أو جنائي، ودور النيابة يقتصر على رد الاعتداء غير المشروع ولو لم يشكل جريمة، ودون النظر لصفة واضح اليد، وعند وجود ما يشكل جرم جنائي تحرك النيابة العامة إجراءات الدعوى الجنائية بشأن الواقعة .

والتظلم من قرار النيابة يختص به نوعياً قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة ويرفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ويخضع في نظره للإجراءات التي تخضع لها دعاوى المستعجلة، وله بناء على طلب المتظلم وقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل في التظلم إما بتأييد القرار المتظلم منع أو بتعديله أو بإلغائه. أما استئناف حكم قاضي الأمور المستعجلة في التظلم من قرار الحيابة فيكون أمام الدائرة الاستئنافية بالطرق المعتادة خلال الميعاد المقرر باعتباره حكماً مستعجلاً ولا يجوز الطعن على قرار المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بطريق النقض إلا بالشروط التي حددتها المادة "249" مرافعات. وحالة الاستعجال تكون مفترضة بإسناد الاختصاص إليه وجوباً بنص القانون، ومع ذلك يتحقق القاضي من توافر حالة الاستعجال للبت في صحة قرار النيابة⁽²¹²⁾ (213).

إذ تضيع الحماية المنشودة التي أناط به المشرع تقديمها بصورة عاجلة ووقتية للمتنازعين حول الحيابة⁽²¹⁴⁾ ودعاوى الحيابة تحقق الحماية الوقتية لحين الفصل في دعوى الحق، ومع ذلك يرى البعض أنها لا تعتبر دعاوى وقتية لأنها تحمي الحيابة كهدف في ذاتها، ومن ثم ينقصها ما يميز الدعوى الوقتية من كونها أداة لخدمة الدعوى الموضوعية، ولذلك ذهب إلى أن دعوى الحيابة كأي دعوى موضوعية توجد دعوى وقتية لمساعدتها، وأنه توجد دعوى حيابة مستعجلة تختص بها المحكمة المستعجلة ولكنها تعتبر دعوى مساعدة لدعوى الحيابة الموضوعية، وأن حماية الحيابة تكون دعوى موضوعية إذا توافرت شرائطها القانونية، بينما تكون مستعجلة إذا توافرت فيها شروط الدعوى الوقتية.⁽²¹⁵⁾

212 يجوز الاستدلال على واقعة وضع اليد من أي تحقيق قضائي أو إداري أو شهادة شاهد حتى ولم يؤد اليمين أمام المحكمة الطعن رقم 1776 لسنة 50 ق جلسة 21/11/1984، نقض مدني جلسة 15/6/1950، طعن 119 لسنة 8 ق، نقض مدني جلسة 18/6/1992 طعن رقم 243 لسنة 58 ق.

213 الطعن رقم 1088 لسنة 48 ق جلسة 14/5/1984، ومن قضاء النقض " أنه لا يجوز لمالك المبنى أو أحد شاغليه التعرض للحائز الفعلي للمصعد بمنعه من استعماله لأية طريقة بدعوى عدم قيامه بدفع ما يخصه في أعباء تشغيل أو إصلاح أو صيانة المصعد، ذلك أن القانونيين رقمي 41 لسنة 1977، 136 لسنة 1981 في شأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر واللائحة التنفيذية للقانون الأخير وضعت الأحكام الخاصة بتوزيع تلك الأعباء على شاغلي العين وكيفية تحصيلها، ورصدت المادة (109) من القانون رقم (119) لسنة 2008 بإصدار قانون البناء الموحد عقوبة جنائية لكل شاغل يتخلف عن أداء اشتراك الصيانة أو الالتزامات المالية المقررة.

214 ذهبت محكمة النقض في حكم قديم لها الصادر في 18/1/1966، مح 17/147/20 إلى اختصاص قضاء الأمور

215 المستعجلة بنظر دعوى استرداد الحيابة إذا توافر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، محكمة الأمور المستعجلة 12/10/1977، المحلماة، س، 58، ع، 1، ص، 86، وقاضي التنفيذ هو قاض للأمور الوقتية والمستعجلة

وفكرة أن الدعوى الوقتية أداة لخدمة الدعوى الموضوعية تجعل صورة القضاء الوقتي بعيدة عن غاياتها، وترتب نتائج غير منطقية وتتنافى مع جوهر الحماية التي تقدمها الدعوى الوقتية، فدعاوى الحيازة تحمي الحيازة في ذاتها ولا تحمي الحق لأسباب تبرر ذلك، وتظل وقتية سواء نظرها القضاء الوقتي والمستعجل إذا توافر شرط الاستعجال أو نظرها القضاء الموضوعي .

وخصوصية صورة الاستعجال في دعاوى استرداد الحيازة هي وجود خطر ضياع العين التي سلبت حيازتها من المدعي،⁽²¹⁶⁾ ولا يتبع القاضي المستعجل في هذا المقام توافر الركن المعنوي أي نية اكتساب الحق محل الحيازة، ولا يلزم توافر نية الاستعمال وفقاً لأحكام القانون المدني، أو استيفاء الحيازة لشرائط صحتها من ظهور وهودء،⁽²¹⁷⁾ والحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة له حجية مؤقتة مرهونة ببقاء المراكز القانونية،⁽²¹⁸⁾ وتواجه تنفيذ قرارات النيابة إشكالية لأن قابلية قرارات الحيازة للتنفيذ الجبري فور صدورهما باعتبارهما سند تنفيذي يذيل بالصيغة التنفيذية محل جدل،⁽²¹⁹⁾ واختصاص قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة بنظر الدعوى المستعجلة بتوافر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وفقاً لنص المادة "45" ينسحب لدعاوى الحيازة، فيحكم بوقف الأعمال دون الإزالة إذا توافرت حالة الاستعجال، وإلا حكم بعدم الاختصاص، أما دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض فلا يختص بهما لانطوائهما على مساس بأصل الحق،⁽²²⁰⁾ فدعاوى

والمشروع عهد إليه بنظر نوعين من إشكالات التنفيذ هما الإشكال الوقتي والموضوعي .

216 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني بند 6، ص 451.

217 التعليق على قانون المرافعات الديناصورى، ط 1998، ج 9، ص 567، وقد حكم باستمرار حيازة المشكو في حقه ومنع تعرض الشاكي له وذلك باعتباره الحائز الفعلي والحالي للعين محل النزاع حيازة هادئة ظاهرة ومستقرة بشهادة الجيران الملاصقين والتحريرات والمعايينة. نقض مدني جلسة 8/2/1973، مج 8، ص 31، رقم 176، جلسة 7/6/1981، مج 32، رقم 314، ص 1754.

218 الدعوى رقم 922 لسنة 2012 مستعجل القاهرة بتاريخ 28/7/2012، وراجع في هذا الموضوع تفصيلاً: محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات ط 95، ص 363.

219 ويرى البعض أن الشرطة هي التي تتولى تنفيذها ولا يتم الاستعانة بالمحضرين، أصدر مساعد وزير العدل الكتاب الدوري رقم 6 لسنة 1992 بتاريخ 2/11/1992 مؤيداً، ولا يجوز الاستشكال فيها لعدم خضوعها لإجراءات التنفيذ الجبري اختصاص النيابة العامة طبقاً للفقرة الخامسة من المادة 18 مكرراً ثالثاً من القانون 100 لسنة 1985 بتعديل مواد الأحوال الشخصية على ما يلي: "وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية حتى تفصل المحكمة فيها". ويعتبر مسكن الزوجية يشمل مسكن الحضانة بحسبان أن معظم المنازعات التي تثار حول المسكن بين الزوجين إنما تكون بعد الطلاق، وكون التظلم منها دون التقيد بميعاد ويتم لرئيس مصدر القرار، وبالتالي يخضع لاختصاص اختياري للنيابة في مقابل الاختصاص الإجباري لها وفقاً للمادة "44" مكرر مرافعات التي توجب صدور قرار النيابة وجوباً دون التظلم لرئيس مصدره، وإنما للمحكمة المستعجلة خلال مدة محددة.

220 المصلحة المحتملة فتتخصص في الدعوى الوقتية والمستعجلة، د. أحمد السيد صاوي، سالف الإشارة، ص 232، عبد المنعم الشرفاوي، نظرية المصلحة، 1991، ص 118، نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1999، ص 300، وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات"، 1999، ص 178.

الحيازة الثلاثة وهي وقف الأعمال الجديدة التي نظمها المشرع بالمادة "962" مدني،⁽²²¹⁾ ومنع التعرض بالمادة "961"، واسترداد الحيازة م "958"، "959" تقوم لحماية الحيازة مؤقتاً على الافتراض وضعته المادة "964" مدني أن "من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك،⁽²²²⁾ وتهدف الحفاظ على الأمن والنظام العام وعدم شيوع الفوضى في المجتمع.

ويختص القضاء المستعجل بالحماية الوقتية العاجلة للحيازة غير المتنازع عليها نزاعاً جدياً لرد العدوان الظاهر عليها حتى يفصل في موضوع الحيازة من محكمة الموضوع المختصة،⁽²²³⁾ وضع لتجنب القصور في سبل حماية الحيازة عن طريق النيابة العامة تجنباً لما آل إليه القضاء المستعجل من بطء بحيث لم يعد قادراً على التدخل لتحقيق هذه الحماية بالسرعة الواجبة التي تتفق وحساسية منازعات الحيازة الوقتية.

79 - قاضي الأمور المستعجلة يتعين أن يكون هو قاضي الحيازة:

قاضي الأمور المستعجلة هو القاضي الأصيل للحيازة، ووفقاً لحكم المادة "44" مرافعات لا يجوز أن يجمع المدعي في الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو

221 ينتقد الفقه اتجاه محكمة النقض بعدم اختصاص القضاء المستعجل بدعوى منع التعرض لمساسه بالحق موضوع النزاع بالتحقق من توافر شروط وضع اليد وحقوق المتعرض على العقار محل النزاع راجع حكمها الصادر في 24/6/1954، الطعن رقم 127 لسنة 22 ق، وذلك تأسيساً على الخلط بين الحماية الوقتية للحيازة الظاهرة غير المتنازع عليها نزاعاً جدياً وهو أمر يكفله القضاء المستعجل بحكم وقتي على ضوء البحث الظاهري للحيازة وبين الحماية الموضوعية للحيازة عندما تكون محل نزاع جدي، أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، ص 180، أحمد السيد صاوي، سالف الإشارة، ص 275.

222 توافر شروط الحيازة مسألة قانونية تخضع لرقابة النقض، طعن 29/12/1996، الطعن رقم 8070 لسنة 63 ق، وتجري التعليمات الداخلية للنيابة الصادرة من النائب العام بالكتاب الدوري رقم 15 لسنة 1992 في 1/10/1992 على أن يصدر القرار في الحيازة من المحامي العام المختص بعد أن يستطلع رأي المحامي العام الأول في المنازعات الهامة، وأوجب الكتاب الدوري رقم 6 لسنة 1992 الصادر في 2/11/1992 على قلم المحضرين إعلان القارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة في منازعات الحيازة المدنية والجنائية إلى ذوي الشأن خلال المواعيد المقررة وفقاً لأحكام قانون المرافعات، والكتاب الدوري رقم 6 بذات التاريخ بتذييل قرار النيابة بالصيغة التنفيذية وترسل صورة إلى قلم المحضرين ليتولى التنفيذ، وصدر كتاب دوري من النائب العام رقم 25 في 1/11/1992، ولا يجوز وقف تنفيذ قرار النيابة إلا بأمر من قاضي الأمور المستعجلة، ولا يطعن فيه إلا مع الحكم المستعجل تفادياً لتنعيس المسائل المستعجلة، عكس ذلك والي، ص 111، راجع الشرقاوي، المستحدث في قانون المرافعات وفقاً للقانون رقم 23 لسنة 1992، ص 24، صادر عن مركز الدراسات القانونية، حقوق القاهرة، 1993.

223 راجع الحكم الصادر في 12/10/1977 من محكمة مصر للأمر المستعجلة، منشوراً في مجلة المحاماة، ع 1، ص 58، ص 86.

نفيه"، وهذا ما دعا الفقه إلى القول بأن سلطة قاضي الحيازة تشبه سلطة قاضي الأمور المستعجلة، فكليهما يتمتع عليه أن يؤسس حكمه على أسباب تتعلق بالحق،⁽²²⁴⁾ ويتعين إسناد هذا الاختصاص للقضاء المستعجل في دائرة متخصصة بالحيازة وليست كجهة تظلم من قرارات النيابة لخروجه عن القواعد العامة.

80 - حجية اتفاقات الصلح أمام القضاء المستعجل وعدم جواز الطعن عليها يجعلها تؤدي دوراً فاعلاً:

الأحكام الصادرة بإثبات اتفاقات الخصوم على الصلح تأخذ ثوب الحكم، ولا يجوز الطعن عليها، وتؤدي دوراً في غاية الأهمية، إذ تحقق السرعة والفاعلية المطلوبة لاتفاقات الصلح والوساطة.⁽²²⁵⁾

81 - ارتباط فاعلية الإجراءات الوقتية والمستعجلة بفاعلية تنفيذها:

قد تواجه الإجراءات الوقتية خطر التأخير في إجراءات التنفيذ، أو تعذر التنفيذ أصلاً، رغم أن الربط بين القرار الوقتي وتنفيذه مسألة عملية وهامة ويخدم هدف القضاء الوقتي من خلال وحدة الإجراءات الوقتية وسرعتها، بحيث يعد تنفيذ الأمر أو الحكم الوقتي مرحلة

224 وفرض الغرامة كجزاء وفقاً للمادة "110/1"، إسماعيل عبد الحميد، إحالة الدعوى بين جهتي القضاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س16، ع1، ص37، أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، ج11969، ص258، انتهت الهيئة العليا لتوحيد المبادئ بمجلس الدولة في حكمها الصادر في 6/6/1992 في الطعن رقم 3803 لسنة 1085 إلى ضرورة الالتزام بالفصل في الدعاوى المحالة إليها من جهة القضاء العادي طبقاً للمادة "110" مرافعات حتى ولو كانت تخرج عن الاختصاص المحدد قانوناً لمجلس الدولة، وهذه الإحالة تلزم المحكمة في حدود السبب الذي بنيت عليه، ومن ثم يمكن للمحكمة المحالة إليها الدعوى للاختصاص المحلي مثلاً أن تحكم بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي، راجع د. الصاوي، ص333.

225 القضاء الوقتي عمل قضائي لا يرتبط بالضرورة بمفهوم المنازعة، أو بهدف حسم المنازعات وإن ارتبط بفكرة الخصومة والمواجهة وضرورة الحضور، وفي الوقت ذاته القضاء الموضوعي قد لا يرتبط بالضرورة بفكرة المنازعة كما في دعاوى الطلاق وطلاق الزوج، في إحدى الدعاوى كان المدعي قد أذّر المستأجر رسمياً بالفسخ لتأخره في سداد الأجرة وأشارت المحكمة إلى أن الخصوم لم يطعنا بثمة مطعن على العقد المحرر في ظل القانون رقم 4 لسنة 1996 الذي يخضع لأحكام القانون المدني، ويحكمه قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وفقاً للمادة 147/1، ودفع بعدم تنفيذ العقد وفقاً للمواد "157/1"، و"158" و"558" الحكم الصادر من محكمة الجيزة الابتدائية في الدعوى رقم 639 لسنة 2015 مستعجل الجيزة بتاريخ 30/3/2015، غير منشور هذا الفسخ يعتبر صورة من صور المسؤولية العقدية يتمثل في حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد والأصل أن يقع بحكم قضائي وهو ما يعرف بالفسخ القضائي، وقد يقع بالاتفاق وهو ما يعرف بالفسخ الاتفاقي، وهذا الفسخ الاتفاقي هو اتفاق طرفي العقد على أن يقع الفسخ بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون الحاجة إلى الالتجاء للقضاء، وإذا اقتضت الضرورة اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بالفسخ كان الحكم كاشفاً لحالة الفسخ التي وقعت من قبل بإعلان الدائن رغبته بذلك إلى المدين عند تحقق الشرط الفاسخ، واستجابت المحكمة لطلب المدعي بتسليم العين المؤجرة وذلك كأثر من آثار القضاء بالتردد، راجع محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني، 1980، ج1، ص455.

من مراحل إصداره كأجزاء في وحدة واحدة هي الحماية العاجلة، بينما علاقة الاستمرار التي تربط القرار الوقتي بتنفيذه في إجراءات واحدة لا توجد في التنفيذ القضائي حيث يعد السند التنفيذي شرطاً وسبباً ومقدمة للتنفيذ وليست إجراء من إجراءاته.

وقد عبر المشرع عن ضرورة الإسراع في تنفيذه تحقيقاً لحكمة وجوده عندما شمله بالنفاذ المعجل بغير كفالة، لذلك تظل إمكانية وسرعة تنفيذ الأحكام والأوامر الوقتية هي فقط التي يمكن أن تحقق غاياته وتنفذ دوره إنفاذاً، لذلك فإن فاقضاء الوقتي لا يجب أن ينتهي دوره بإصدار الحكم أو الأمر أو التدبير، وإنما يتعين أن يمتد إلى تنفيذه.

وهذا يتحقق بمنح القضاء الوقتي سلطة الأمر بالتنفيذ، وهذا يستدعي استقلال الإجراءات الوقتية بنظام تنفيذي يحكمها في ظل اختصاص نوعي للقضاء الوقتي والمستعجل يضم دوائر متخصصة لتنفيذ الأحكام، ومتابعة هذا التنفيذ وتذليل عقباته تحقيقاً لفاعليته.

النفاذ المعجل ضروري لأن الانتظار حتى يصير الحكم سنداً تنفيذياً يمكن التنفيذ بمقتضاه جبراً فيصادف الحكم واقعاً مغايراً ولا يصبح له محلاً لفوات الأوان ويصبح ورقة تقدم حماية لم يعد لها محلاً. وكفل المشرع وسائل تضمن تحقيق الحكم لفاعليته أثناء نظر الدعوى، وبعد صدوره وجعل نفاذه عاجلاً بغير كفالة يدفعها المحكوم له ما لم ينص الحكم على غير ذلك وفقاً للمادة "288"، وإمكانية تنفيذه جبراً بمسودة الحكم دون انتظار الصورة التنفيذية وبغير إعلان "م286"، وجرى العمل على أن يطلب المدعي ذلك في صحيفة دعواه.

ويعتبر التنفيذ المعجل استكمالاً للحماية الحقيقية والوقائية، والحكم الوقتي يقتصر بتنفيذ القرار الوقتي بتتابع بغير انقطاع،⁽²²⁶⁾ فالحماية القضائية العادية تكتمل أحياناً بمجرد صدور الحكم، كالحكم التقريري، أما الحماية القضائية المستعجلة فجوهرها القوة التنفيذية الفورية حتى تتحقق المصلحة التي ترمي التدابير المستعجلة إليها، ودرء الخطر المحدق وبذلك تحقق الوظيفة الوقائية للتدابير المستعجلة.

82 - فرض الكفالات ضماناً للمنفذ ضده عند إلغاء الأحكام المستعجلة:

طبقاً للمادة "288" النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في مواد مستعجلة أي كانت المحكمة التي أصدرته ما لم ينص في الحكم أو الأمر على تقديم كفالة، وينفذ الحكم المستعجل تنفيذاً معجلاً عملاً بنص المادة "288" لكي يحقق الإجراء

الوقتي هدفه في توقي ما قد يحدث للحق الموضوعي من ضرر وشيك الوقوع.⁽²²⁷⁾

ويجوز للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أن تأمر بناء على طلب ذوي الشأن وقف النفاذ المعجل للحكم إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ، وكانت أسباب الطعن يرجح معها إلغاؤه وهو ما تطلبته المادة "292/1" من قانون المرافعات، فلا يوقف تنفيذ الحكم المستعجل سوى قضاء محكمة الدرجة الثانية بإيقاف تنفيذه.⁽²²⁸⁾

والمادة "249" مرافعات أجازت الطعن بالنقض في الأحكام الإنتهائية أياً كانت المحكمة التي أصدرتها إذا صدرت بالمخالفة لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي.

فالحكم المستعجل حكم قلق معرض للزوال عند اللجوء للقضاء للحصول على حماية موضوعية دائمة بالفصل في أصل الحق أو المركز القانوني محل النزاع، وقد يتضمن الحكم الوقتي ذاته مدة لنفاذه كأن ينتهي التدبير الوقتي عندما يتم التنظيم النهائي للوصاية، وقد يقرر تمديده، وفي هذه الحالة يكون التخاصم والتداعي عبثاً إجرائياً، لذلك قد يعدل أو يلغى بعد شموله بالأمر بالتنفيذ. لذلك يصعب تنفيذ الحكم الأجنبي لأنه قد يضع السلطات الوطنية في مأزق إما أن يبقى على التنفيذ، وهذا غير معقول لأنه يكون بلا سند، أو يعدل الأمر بالتنفيذ، وهذا أيضاً غير مانع ويتنافى مع الاستقرار المنشود للعلاقات والمراكز القانونية، خاصة عند تعارضه مع حكم أو أمر وطني سابق وفقاً لحكم المادة "298/4".⁽²²⁹⁾

227 راتب، ج1، ص172.

228 في الدعوى رقم 82 لسنة 1983 تنفيذ الوابلي بطلب وقف تنفيذ الحكم رقم 790 لسنة 1972 مستأنف مستعجل القاهرة بطرد ورثة المستأجر من العين المؤجرة بالعقد المؤرخ 23/12/1966، والذي حصل على الحكم رقم 9098 لسنة 1980 مدني كلي شمال بإثبات العلاقة الإيجارية بينه وبين الطاعنين ومازال يشغلها ودفعت الطاعنة بعدم جواز نظر الدعوى التي أقامها لسبق الفصل فيها، الدعويين رقمي 1257 لسنة 1972 تنفيذ الوابلي، 111، 121، لسنة 1982 تنفيذ الوابلي واستئنافها رقم 102 لسنة 1983 مستأنف شمال القاهرة الذي قضي برفض الإشكالات المرفوعة عن الحكم رقم 790 لسنة 1972 مع استمرار التنفيذ، بتاريخ 25/1/1984 حكمت محكمة أول درجة بوقف تنفيذ الحكم المستشكل في تنفيذه فاستأنفت الطاعنة بالاستئناف رقم 64 لسنة 1984 مستأنف مستعجل شمال القاهرة، بتاريخ 30/6/1985 قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، فطعن الطاعنة بالنقض وقدمت النيابة مذكرة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه ، والحكم المطعون فيه صادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية، وكان الحكم الصادر في الدعوى رقم 1257 لسنة 1972 تنفيذ الوابلي بطلب وقف تنفيذ الحكم رقم 790 لسنة 1972 مستأنف مستعجل القاهرة وقضى فيها برفض دعواه مع الاستمرار في التنفيذ، وقضى في الدعويين رقمي 111، 121، لسنة 1982 تنفيذ الوابلي واستئنافهما رقم 102 لسنة 1983 مستأنف مستعجل شمال القاهرة برفض الدعويين مع الاستمرار في تنفيذ الحكم المستشكل في تنفيذه رقم 790 لسنة 1972 وهذه الأحكام النهائية لها حجية في مواجهة الطاعنين ومنهم المستأجر من الباطن، ولا يجوز إثارة المسألة مرة أخرى أمام القضاء المستعجل لعدم تغير الظروف والمراكز القانونية للخصوم، وإذ خالف الحكم المطعون عليه هذا النظر وقضى بوقف تنفيذ الحكم رقم 790 لسنة 1972 مستعجل مستأنف القاهرة يكون قد خالف حجية الأحكام السابقة.

229 د. عبد الكريم، سالف الإشارة، ص820، ومحكمة القاهرة الابتدائية رفضت في 16/12/1952 الأمر بتنفيذ حكم

● تطوير مسارات الحماية القضائية المؤقتة ومناطق التفرقة بين الأوامر والأحكام الوقتية

وعدم قبول تنفيذ الأحكام المستعجلة الصادرة في الخارج يفقدها فعاليتها خارج نطاقها الداخلي.⁽²³⁰⁾

أجنبي مستعجل بنفقة وقتية صادر في إنجلترا، باعتباره حكماً قلعاً للمحكمة التي أصدرته الحق في إلغائه أو تغييره، وأضافت أنه حال صدور حكم مماثل من محكمة مصرية لن يعتد به في إنجلترا إلا بدعوى ترفع أمام المحاكم الإنجليزية بمراعاة شرط التبادل والمعاملة بالمثل.

230 نقض مدني 17/4/1995، طعن 1290، س 58، ق، مج 1995، س 46، ص 937.

الخاتمة

مقصد القضاء وقتي والمستعجل حفظ الأموال والمصالح، وهذا من مقاصد التشريع التي تجسدها أبعاد ونطاق وظيفة القضاء وقتي والمستعجل،⁽²³¹⁾ فالقضاء وقتي والمستعجل ينشغل بالوقاية والعلاج، ولا يعنيه الخطأ في جانب من يطلب الحماية منه أو فيمن توجه إليه الحماية وإنما يعنيه وجود تهديد بوقوع ضرر يمس بمصالح الأطراف ويتدخل بناء على طلبهم، ويأتي مردود ذلك على المجتمع تلقائياً وإيجابياً كلما كان تدخله بالحماية فعالاً.

فإذا كانت الحقيقة الأولى التي تكشفها لدى المجتمعات أن المعاملات واقتضاء الحاجات يصاحبه بحكم الطبيعة البشرية وتفاوت صورة القوة تعدى وممانعة رد الحقوق غضب وأنفة، والتنازع المفضي إلى الهدرج قد يصل إلى الاقتتال يخلق أسباب الجرائم المختلفة التي لا تستقيم الحياة الاجتماعية معها، ويعنى بتقديم حلولاً واقعية وعملية تستند لمعايير وقيم وتساهم على المدى ويقدر فعاليتها في إشباع الحاجات وسد أسباب الجرائم أو بعضها، وفي هذا حفظ للمال وللمصالح العليا للوطن، والتدابير الوقائية والاحترازية.

وإعانات عند البحث عن حل لدى القضاة، والوصول لحل يرفع العنت عن المتقاضين يستوجب تعديل مسار القضاء وقتي، فالعناية بمصالح الأفراد هي سبيل النهوض بالمجتمع، فإذا تحقق ذلك وبقدر تحققه يتلقف المتقاضين والمجتمع ثماره ونتائجه رضا وأمن اجتماعي ونهوضاً وازدهاراً.

وملاحظة المعنى الاجتماعي العام للعدالة الواقعية وما تخلقه من رضا مجتمعي، فمفقوء العين لا يشفي قلبه المال ولكن يشفيه أن يجد الجاني مفقوء العين وهو معنى القصاص وتحقق الردع كأثر له، بينما من يواجه تهديد بضرر في ماله ونفسه يكفيه التدخل العاجل بإجراءات وقائية وعلاجية ولا يطلب أن تكون الإجراءات موجعة أو رادعة للخصم بل أن تكون ممنتجة ومعالجة قدر الإمكان.

فلا يعمل بقاعدة تساوى الفعل مع النتيجة وإنما يأخذ منه بجانب العناية بالمدعي وأيضاً بالمدعي عليه، فلا يكون أثر الحكم هياج النفوس قلقاً واضطراباً أو دعوة للثأر، أو الدخول في منطقة التجريم الجنائي في جرائم الحياة أو نزاعاً متصللاً يبعد المجتمع عن الأمن، وهذه كانت فلسفة الشرع في الحماية العاجلة للحياة "44م مكرر".

حجم الدعاوى الهائل تنوء به قوة القضاء وقتي والمستعجل، وهذا يستدعي

231 يظهر أثر الضغط الاجتماعي كأثر حتمي لصالح المجتمع ذاته، راجع تفصيلاً الأستاذ عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، ط5، ص110، أيضاً د. على عبد الواحد، المسؤولية والجزاء، دار إحياء الكتب العربية، ص14.

قياس الآثار الاجتماعية للتشريعات والأحكام القضائية، ودراسة العوامل الاجتماعية التي تؤثر على العدالة وتطبيقها في المجتمع،⁽²³²⁾ فغاية القضاء الوقتي والمستعجل حماية للمصالح المشروعة، ومنع الشطط ومجاوزة الحد ومزج العدالة بالمنفعة في تطبيقها النسبي الواقعي وليس المطلق والمجرد، فيه شمول المعاني النفسية والأسباب المادية التي تحول دون طغيان أو افتئات البعض على البعض فتكون العدالة الممكنة ودفع الفساد وحماية المجتمع من السلوك أو النسق يحمل تهديد لحقوق ومصالح الآخرين .

فقبل نشأة السلطة القضائية كان القضاء اتفاقياً، تحل المنازعات رضائياً، وقد سعي نظام التحكيم إلى العودة بنا إليه، ولكنه ضل الطريق وخسرت مصر وجانباً من المتعاملين الكثير، وربح الجانب الآخر بسبب ممارسات للتحكيم وصفناها حينئذ بأنها ممرراً قانونياً للتجاوزات بطرق ولأسباب عديدة.⁽²³³⁾

ويحتاج المجتمع لنقلة نوعية تنقل المتقاضين إلى رحاب أوسع ييسر التقاضي ويجسد ظل العدالة على أرض الواقع بعد أن ضاقت أروقة القضاء بالمتقاضين، وناءت الأضابير بأحمالها، وباتت العدالة في أحيان كثيرة غير يسيرة أو ميسرة، ولعل استعادة الشعور بالعدالة في نفوس المتقاضين، وتحقيق الآمال المعقودة على التنمية والاستثمارات التي نحرص عليها منذ السبعينيات والتي لم تتحقق بعد، ولم نجني من المحاولات السابقة ثماراً.

وهذا يتطلب السعي حثيثاً نحو إيجاد مظلة قانونية حقيقية تعيد السكينة والأمن القانوني وتقرب معنى العدالة للمتقاضين كافة، ونرى في القضاء الوقتي والمستعجل نافذة المستقبل نحو التنمية الاقتصادية المنشودة، إذا ما أدركته عناية التشريع عاجلاً.

والقضاء المستعجل فرع من القضاء العادي يخضع لفكرة الدعوى والعمل القضائي والخصومة والإجراءات المخاصمية وتخضع لمنطقها،⁽²³⁴⁾ وما يخرج من المنازعات عن اختصاص القضاء العادي كأعمال السيادة يخرج عن اختصاص القضاء الوقتي والمستعجل.

ونهيب بالمشرع ألا يكتفي بوجود إجراءات خاصة مستعجلة، وإنما يلزم وجود محاكم خاصة بالقضاء المستعجل، لأن عدم وجود محاكم خاصة بالقضاء المستعجل وتوزيع

232 د. حسن الساعني، علم الاجتماع القانوني، مكتبة الانجلو ، ط3، د.مصطفى محمد حسنين ، علم الاجتماع القضائي، مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع ، ص167، ويشير إلى إحصائيات عن تزايد معدلات الجريمة هامة في أثرها البحثي ودقته ودلالته، السيد ياسين، المشكلات الأساسية لعلم الاجتماع القانوني، المجلة الاجتماعية القومية،المجلد الخامس،ع2،مايو 1968،ص168، راجع بحثه في علم الاجتماع القانوني والسياسة الجنائية ، ندوة عقدت في المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة،1969، د. زكريا إبراهيم، الجريمة والمجتمع، مكتبة الانجلو1958.

233 رسالتنا للدكتوراه حول دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته ، القاهرة، 1997.

234 د. فتحي والي، مناهج البحث في قانون المرافعات، 1967.

الاختصاص المستعجل بين سائر المحاكم الذي تمارسه أدى إلى اختلاف تناول وتباين الأحكام، فبينما تقضي محكمة الأمور المستعجلة بعدم الاختصاص تقضي محاكم أخرى التي تمارس هذا القضاء دون أن تقتصر عليه بالرفض .

كذلك ندعو المشرع إلى سرعة مواجهة ظاهرة التأخير وتراكم الدعاوى، وهي وإن كانت ظاهرة تعم أغلب الدول، إلا أن الدول على تباين مشاربها تسعى لمواجهتها بحلول ناجعة وعلينا التقاط الأفكار وصهرها في مرجل التحديث وابتداع الحلول الملائمة وضبط المضمون على ضوء المستجدات المجتمعية، واستشراف المستقبل .

إن الحماية العاجلة قائمة على محاور ثلاثة الوقت وحسن القضاء ومحدودية التكلفة هي جوهر الأمان القانوني الذي تهدف إليه الحماية القضائية الفعلية والتي تكاد تكون مفتقدة واقعياً في النظام القضائي بأوضاعه الحالية، وبصفة خاصة القضاء الوقتي والمستعجل والذي صار كالقضاء الموضوعي أو يكاد من فرط ما يشهده من طول إجراءات وآجال وتأخر شديد في الفصل في الدعاوى، ويأتي في نهاية المطاف بغير ما ينشده المتقاضون من تجسيد منضبط وواقعي لمعنى العدالة، وهذا ما ينشده القضاة توافقاً مع اعتبارات التخصص تبعاً لطبيعة ناتج العمل.

وتبنى مفاهيم حديثة لمنظومة القضاء المستعجل، والمبادرة بتقديم منظومة تشريعية متطورة ومتكاملة تنهض بدور القضاء المستعجل، منهج وفلسفة التي تعتمد في المقام الأول على إتاحة سلطة إصدار أوامر تحمي الحقوق الظاهرة بإجراءات تحول دون الإطالة والتعقيد تحقيقاً لاستقرار الأوضاع القانونية .

ويتطلب ذلك -وعلى غرار ما اتجه إليه المشرع في بعض الصور ولو جزئياً كالاتجاه نحو إنشاء المحاكم الاقتصادية وقضاء التنفيذ - تخصيص محاكم نوعية وإفراد إجراءات خاصة مغايرة لتلك التي تخضع لها الدعاوى القضائية العادية، تمكن من السرعة وتلبي هدف ومفهوم اقتصاديات التقاضي وقانون التقاضي أمام محاكم الأسرة

كما يتحقق إجرائياً بتنظيم أوضاع إبداء الطلبات أمام القضاء الوقتي والمستعجل، فيفرق بين الحالات الشائعة أو النمطية لتبسيط التكلفة وتيسير التقاضي بنماذج صحف مختصرة مطبوعة تغطي الحالات المعتادة والشائعة لبتخير من بينها المتقاضين، على أن تقدم صحف الدعاوى في الحالات المعقدة أو غير النمطية.

وتملأ النماذج باليد أو من خلال الحاسب الآلي، ويعاد تقديمها على الحاسب أيضاً أو باليد، ويحدد لها جلسة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام كحد أقصى، وميعاد إعلان بين ساعة وساعة، وتسدد الرسوم من خلال ماكينات الإيداع، على أن تتم إجراءات الدعاوى في القضاء المستعجل بالاستعانة تكنولوجيا تخزين المعلومات، والأحكام على شبكات المعلومات

بإيداعه على رابط مخصص لذلك على شبكة الإنترنت طبقاً للقواعد والأصول التقنية المرعية، على نحو يضمن تتابع وسرعة تنفيذ الأمر أو الحكم الصادر في مسألة مستعجلة من تاريخ إبلاغ الخصم الصادر في مواجهته، وهذه التقنية أصبحت متاحة ومتداولة لم تعد عسيرة بعدما أصبح تعامل الأفراد مع التكنولوجيا مسألة يسيرة ومتداولة، وتكفل اعتبارات الخصوصية والسرية، وإدارة تلك الإجراءات بالكفاءة الواجبة من النواحي الإجرائية والفنية والتنظيمية، وبانضباط يحول دون تراخي أو التفاف على القواعد المنظمة.

وتطوير جهة القضاء الوقتي والمستعجل هي النظرة المستقبلية التي تستجيب للتطورات وتتطلب إعادة النظر في مقتضيات تشابك وتعدد الأعباء بناء على اعتبارات ارتباط لزوم الاقتصادية والاستعجال واضح طبيعته والهدف منه مصالح متنافسة التوفيق بينها واستقلال المحاكم الاقتصادية بالهيمنة عليها أمام القضاء الموضوعي .

وهذا يتطلب إصدار قانون ينظم حزمة الإجراءات الواجبة الاتباع أمام قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة، وتضم الأحكام وتدابير الاستعجال على تنوعها، والأوامر والتدابير الوقتية على تعددها، فالقضاء المستعجل جهة قضائية مستقلة لم يعد يكفيها نص المادة "45" في الفصل الذي أفردته للاختصاص النوعي كافية لمعالجة المشكلات الاجتماعية والاقتصادية الحالية، والوصول للعدالة يتطلب أن يتحول من اختصاص نوعي إلى اختصاص ولائي يستقل به القضاء المستعجل دون غيره من المحاكم، وتتعدد الدوائر وتتوسع وتتسم بالتخصص الدقيق والاكتفاء بالمصلحة الاقتصادية فقط، إذا كانت هذه المصلحة مهددة فعلاً بخاطر ما يستدعي الحماية، وتقرير نوع الحماية المناسبة وذلك وفق تقدير القاضي لوقائع الدعوى وظروفها، ويظل اللجوء للقضاء الموضوعي للمطالبة بالحق قائماً وفقاً للقواعد المتبعة وبأحكام نهائية تحوز الحجية بعد استغلاق طرق الطعن عليها.

وفي هذا النسق القضائي الجديد تتلاقى السياسة التشريعية والفلسفة الفكر القانوني مع التطبيق القضائي حول تحقيق المقاصد والمصالح العليا في المجتمع بإيجاد أدوات قضائية تحقق الأهداف وجوهرها غير مفتقد . وقصر اختصاص محكمة الموضوع على نظر طلبات إصدار الأوامر الوقتية والأحكام المستعجلة المتعلقة بالدعوى المنظورة أمامها فقط، على أن يفصل في الدعوى الموضوعية على وجه السرعة تحقيقاً لاستقرار الأوضاع القانونية، وحجب اختصاص القضاء الموضوعي عن نظر الدعاوى الأصلية الوقتية كدعاوى الحيازة والحراسة والنفقة ليستقل بنظرها القضاء الوقتي والمستعجل بحسابه قضاءً مستقلاً ينفرد بالاختصاص النوعي بالطلبات والدعاوى الوقتية والمستعجلة جميعها.

فلم يعد مقبولاً أن تظل نظرة المشرع للقضاء الوقتي والمستعجل على النحو الذي أورده المادة "45"، ورغم وجود حالة الاستعجال فإن بيئة تحضير الدعوى أو المفوضين

وإتاحة الصلح والوساطة القضائية تقدم حلولاً ينشدها المتقاضين إذا تمت بسرعة وفاعلية وقدمت حلولاً واقعية ومتوازنة .

ومن أهم التعديلات التي تتماشى مع فلسفة القضاء المستعجل هي مراجعة نظام الطعن في الأحكام المستعجلة وذلك بحظر استئناف الأحكام والأوامر الوقتية والمستعجلة الحضورية، إلا في حالتها الغش أو الخطأ الجسيم، مع التحميل بغرامة رادعة وجوبية عند عدم تقديم ما يثبت جدية أسباب الطعن، وفي الوقت ذاته مصادرة الكفالة عند ثبوت الغش.

وإتاحة إمكانية الطعن على الأحكام والأوامر والتدابير الوقتية والمستعجلة الصادرة من محكمة أول درجة بالمعارضة فقط في الأحكام الغيابية، على ألا توقف المعارضة إجراءات التنفيذ ما لم يأمر القاضي بذلك ولأسباب يقدرها في كل حالة، والحكم المستعجل غير قابل للمعارضة ولا يجوز الاعتراض على النفاذ المعجل، ويمكن طلب وقف التنفيذ من محكمة الدرجة الثانية. وقصر الطعن بالنقض على حالة تناقض الأحكام فقط، وذلك لتحقيق الفاعلية واستقرار الأوضاع التي ترتبها الإجراءات الوقتية والمستعجلة بحسبانها أوامر وقتية تزول بالفصل في الموضوع، وذلك لتفادي التأخير غير المبرر دون أن ينتقص من عدالة الدعوى .

ونطالب المشرع بإلغاء طريق التظلم من الأحكام والأوامر الوقتية الحضورية الصادرة من قاضي الأمور الوقتية، وقصر سلطة قاضي الأمور الوقتية على قاضي الموضوع أو رئيس الدائرة فيما يتعلق بالدعوى المنظورة أمامه فقط، وهي أوامر تسقط بصدور الحكم في الموضوع، على أن يتقيد في حالة إصدار أوامر وقتية بإصدار الحكم على وجه السرعة .

وفي الوقت ذاته، تظل إمكانية العودة للقضاء الوقتي والمستعجل قائمة، بحيث يعود الخصم صاحب المصلحة لذات المحكمة التي تعهدت الدعوى من البداية إذا ما تغيرت الظروف طالباً العدول عن الأمر المستعجل عند زوال السبب الذي بني عليه، أو تعديله إذا تغيرت الأسباب التي دعت إلى إصداره، أو إذا ما جدت وقائع تستدعي الحد من آثار الأمر أو وقف تنفيذه. ومراجعة وتطوير إجراءات تنفيذ الأحكام والأوامر المستعجلة والوقتية، لأنه لا قيمة لحكم أو إجراء وقتي أو مستعجل لا يتوافر له طريق ميسر للتنفيذ المعجل على أرض الواقع، وذلك بأن يعهد لذات المحكمة التي أصدرته بالأمر بالتنفيذ على نسخة الحكم الأصلية، وبمنظر إشكالات التنفيذ أمام دائرة أخرى متخصصة بذات المحكمة، وذلك على النحو المتبع في بعض الأنظمة الحالية. أو بتخصيص دائرة تنفيذ متخصصة تستقل بتنفيذ الأحكام والأوامر الوقتية والمستعجلة على وجه السرعة. كما تختص دوائر التنفيذ بذات المحكمة بحل مشكلات التنفيذ العكسي عند إلغاء الحكم أو الأمر الوقتي رغم تمام تنفيذه أو أثناء الشروع في تنفيذه، مما يستتبع وجوب إعادة الحال إلى ما كانت

عليه قبل التنفيذ.

والجمع بين سلطة قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة وسلطة قاضي الأمور الوقتية وإسناد سلطة الحكم بالغرامة التهديدية للقضاء المستعجل وليس للقضاء الموضوعي كما هو الوضع في التنظيم القضائي الحالي، وذلك تحقيقاً لأهدافها والحكمة من تقريرها والتي غاب أثرها الإيجابي عن واقع التعاملات على أهميتها. وإعادة تنظيم أوامر الأداء بحسبانها جناح تطوير المعاملات الاقتصادية والبنكية وتنشيط المعاملات المالية، وإسنادها للقضاء المستعجل وفق تنظيم ناجز يحقق التوازن بين مصالح الخصوم .

وذلك يتفق والحكمة من تنظيمه، والقدرة على تبسيط إجراءاته وتقصير مواعيده مع احترام مبادئ المواجهة والمساواة و احتفاظه بالضمانات الأساسية في التقاضي كالقضاء الموضوعي، دون ما يتسم به من بطء شديد ينأى عن الاستجابة لحاجات المتعاملين ويخالف ما سعي إليه المشرع ليحافظ على انتظام النشاط الاقتصادي، ويحمي المصالح المشروعة حماية حقيقية وفعالة بعيداً عن التعقيدات المألوفة.

ونوه في النهاية إلى أن تشخيص وتوصيف إشكالية التنظيم القضائي بأوضاعه الحالية وأسبابها وأثرها ومعالجتها وتنقية العيوب تعتمد على تبنى فلسفة غائية في ضوء المقاصد التي يتوخاها المشرع من تقديم حماية قضائية حقيقية وفاعلة من خلال مرفق القضاء المستعجل تتم برسم تأصيلي وتفصيلي لمراحل وإجراءات الخصومة التي تهدف إلى الإحاطة بالمخاطر ودرئها ، وتفادي الضرر ورعاية المصالح .

فمنظومة القضاء المستعجل القديمة كانت ناجعة في وقت اعتمدت فيه على إبداع القضاء ومحدودية المشكلات الواقعية، ومواجهة المستجدات المجتمعية تتطلب ليس فقط تغيير المسمى أو إصلاح الجوهر القديم، وإنما إعادة تصنيعه بمواصفات تحقق الفلسفة والمقاصد في زمننا هذا بأدوات ومواصفات جديدة تحقق مقاصد لم تكن واردة من قبل . و نشر الأحكام المستعجلة في مجموعات تصدر دورياً وبانتظام .

وسرعة التدخل التشريعي التي ندعو إليها دافعها أن القضاء المستعجل في عمومه فقد ميزة السرعة، وفقد الخصوم في غالبية الأحوال الحماية التي تعهدها المشرع من هذا القضاء النوعي المتخصص لأسباب كثر.ولنا أن نطمح بعين الخيال أن تبلغ العناية بهذا الفرع ليستقل بقانون إجرائي وموضوعي يجمع بالإضافة إلى القواعد الإجرائية والموضوعية قواعد الإثبات ذات الصلة وفق أولوية محددة اتقاء لتبعض القضاء الوقتي والمستعجل.

ومن أهم المعالم التي يتعين إبرازها في هذا القانون هي:

- إسناد دور إيجابي فعال للقاضي المستعجل لمصلحة العدالة ومصالح الخصوم،

وسلطة عدم قبول الدعوى إعمالاً للمادة "63/6" مرافعات عند عدم تقديم أسانيد الدعوى.

- تبسيط الإجراءات وتيسير الوصول لقرار القاضي .
 - تبسيط إجراءات تنفيذ الأحكام وتقصير كافة المواعيد والمهل الإجرائية، حمل الخصوم على الجدية وعدم التعسف بفرض الكفالة، ومضاعفة الغرامات للاستجابة لأوامر المحكمة وحملهم على الجدية وعدم استخدام حق التقاضي للكيد، خاصة الغرامة التي حددها المادة "14" عند تعمد ذكر موطن غير صحيح لخطورة أثره على الحكم المستعجل الذي يصدر مشمولاً بالنفاذ المعجل، وكذلك المادة "19" عند عدم إيداع المستندات، والمادة "110" عن الحكم بعدم الاختصاص، والمادة "188" عند إبداء طلب أو دفاع بسوء نية، أو المادة "159" عند رفض طلب الرد. وإذا كان مضاعفة الغرامة لا تردع جرأة أصحاب القدرة المالية من ذوى النفوس الضعيفة، فكفي بها مصدراً للدولة للارتقاء بمرفق القضاء.
 - جواز الاتفاق وإمكانية تخيير الخصوم على أن يكون حكم محكمة أول درجة إنتهائياً تامشياً مع هدف الفاعلية وتعجيل حسم المنازعات .
 - تفعيل نصوص مجالس الصلح، وإتاحة التسوية القضائية في مقار المحاكم الجزئية من خلال القاضي المستعجل .
 - إحالة النيابة العامة كافة الموضوعات المتعلقة بالقصر وعديمي الأهلية للقضاء المستعجل لحسن إدارتها ومتابعتها.
 - إسناد أمر الأداء والغرامة التهديدية للقاضي المستعجل.
 - القاضي المستعجل هو "قاضي الضرورة" الذي يعالج كافة الأوامر والقرارات والتدابير الوقتية والتحفظية ويصدر أوامر قضائية نافذة معجلاً.
- وقد حرصنا في هذا البحث على التركيز على تطوير آليات التقاضي أمام القضاء الوقتي والمستعجل للوصول إلى تشريع متطور، فقد كانت السرعة في إصدار غالبية أحكام قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة منذ إنشائه، وكيفية تسببها بمشاكل الخطوط الرئيسية الموصلة لحل كثير من المسائل المعقدة التي يقوم هذا القضاء بدراستها وإيجاد حلول عاجلة نابغة من الموازنة بين مصالح الخصوم، فيسعف الخصم الذي يعاني من خطر حال وضرر وشيك، ويقدم نموذجاً حياً للعدالة. قد يهدى الآخر للضباب، فيوفر جل وقت الخصوم ويزيح بعض العبء عن القضاء الموضوعي.
- والغالب مؤخراً أنه من بين مئات الأحكام التي تقضي بعدم الاختصاص أو بالرفض

يصدر حكماً بالقبول، وغالباً ما يأمر بالإجراء -حال قبول إصداره- بعد تغير الواقع مما يجعله محدود القيمة أو عديمها، وهذا يستوجب المبادرة بتقديم تشريع مكتمل ينظم قضاء الأمور الوقتية والمستعجلة.

وحسن إدارة مرفق القضاء تمثل الوجه الآخر لنجاح منظومة العمل القضائي، فرسالة القضاء تتم بقضاء عادل منجز وإدارة فاعلة لمرفق القضاء حسن أدائها يدعم تحقيق العدالة ويؤثر في سرعة إنجازها، ومراحلها تتركز في حصر وتحديد المراحل الإجرائية الإدارية لإدارة الدعاوى، واستبعاد الإجراءات الإدارية غير المجدية التي تكبل يد العدالة وتؤخر الفصل في الدعاوى، وميكنة وتطوير مراحل إدارة الدعوى التي تبدأ بتسجيل صحيفة الدعوى وتنتهي بطباعة الحكم وتبسيطها من أجل إنجاز العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه ويعدل بين الخصوم دون محاباة أو ظلم، والمساواة كمياري ومؤشر للعدالة يساوي بين الخصوم بلا تمييز أو محاباة للسلطة.⁽²³⁵⁾

ويتعين أن تكون مادة قانون القضاء الوقتي والمستعجل محلاً لدراسة مستقلة متخصصة ضمن مواد القانون التي تدرس بكليات الحقوق .

المراجع

- أحمد السيد صاوي، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، 1990.
- أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، 2009، تصدير الأستاذ الدكتور فتحي والي.
- أحمد صدقي، التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة، 2005.
- أحمد عبد التواب، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة، 2006.
- أحمد عبد الكريم، الاستعجال في قانون المرافعات المدنية والدولية، 1988، دار النهضة، نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية، 2008.
- أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة.
- أحمد مسلم، الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة، مجلة القانون والاقتصاد، 1960، ع1، النفقة الوقتية، تكييفها والقانون الذي يحكمها، مجلة التشريع والقضاء، 1951.
- أحمد هاني مختار، إثبات الحالة أمام القضاء المستعجل .
- أمينة النمر، مناطق الاختصاص والحكم في دعاوى المستعجلة، رسالة، الإسكندرية، 1967 .
- حسن عكوش، القضاء المستعجل في الفقه والقضاء، 1957، مكتبة القاهرة الحديثة.
- سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية، دار الكتب القانونية، 2007.
- سيد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة، القاهرة الطبعة الأولى.
- سيف النصر سليمان، مرجع القاضي والمتقاضي في القضاء المستعجل وإشكالات التنفيذ الوقتية والمستعجلة، المكتبة القانونية، القاهرة، 1988.
- على سالم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة .
- عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، 1983 .
- محمد على رشدي، قاضي الأمور المستعجلة، 1939، دار الكتب المصرية .

● تطوير مسارات الحماية القضائية المؤقتة ومناطق التفرقة بين الأوامر والأحكام الوقتية

- محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل، قضاء الأمور المستعجلة، عالم الكتب، ط 6، 1976.
- محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، ط 4، دار النهضة، 1977.
- معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، ط 3، منشأة المعارف.
- مصطفى هرجه، الجديد في القضاء المستعجل، ط 1، 1991.
- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986.
- وجدى راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية، 1973، ع 1.

**قواعد الاختصاص القضائي الدولي
لدولة الامارات العربية المتحدة
في مسائل الأحوال الشخصية
(دراسة تحليلية)**

إعداد

د. عبدالله سيف علي السبوسي

المقدمة

تمهيد وعرض لمشكلة وموضوع الدراسة وأسباب اختياره:

لفهم مشكلة البحث الذي أضعه بين يدي القارئ فإن هناك أسئلة ثلاث يجب الإجابة عليها وهي: لماذا دراسة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، ولماذا دراسة هذه القواعد في دولة الامارات العربية المتحدة بالذات، ولماذا في مسائل الأحوال الشخصية على سبيل التحديد.

بداية فإنه يُنظر لقواعد الاختصاص القضائي الدولي على أنها أحد فروع القانون الدولي الخاص، فهذه القواعد تمثل إجابةً للسؤال الأول الذي يجب على القاضي البت فيه عند النظر في نزاع خاص ذو عنصر أجنبي، فهي التي تحدد محاكم أي دولة مختصة بنظر النزاع، وبالتالي فهي التي تعين القاضي للحكم بدخول النزاع تحت ولايته القضائية من عدمه، وهي بذلك تمثل نقطة البداية في حل أي نزاع من النزاعات التي تشملها قواعد القانون الدولي الخاص.

إلا أنه وعلى الرغم من أهمية قواعد الاختصاص القضائي الدولي إلا أنها لم تلق ذات الاهتمام الذي لقيته شقيقاتها من قواعد تنازع القوانين، التي يُنظر إليها على أنها الفرع الرئيس من فروع القانون الدولي الخاص، ولقد ظهر لي هذا التمييز واضحاً عند اعدادي لهذه الدراسة، حيث وجدت أن حجم الكتابات التي تناولت قواعد الاختصاص القضائي الدولي قليلة مقارنةً بتلك المعنية بتنازع القوانين، والتي أفرد لها المهتمون بدراسات قواعد تنظيم العلاقات الخاصة الدولية مجلدات على حساب تلك التي تُعنى بدراسات قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فلو أضفنا إلى هذا الوضع أهمية قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتأثيرها على حل منازعات العلاقات الدولية الخاصة على النحو الذي سأشير إليه في المبحث الأول من هذه الدراسة لخلصنا إلى أن دراسة أي موضوع متعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي مسألة جديرة بالاهتمام والبحث.

ثانياً: فإن لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الإمارات العربية المتحدة أهمية خاصة نظراً للظروف العامة، والسمات المميزة لمجتمع دولة الامارات العربية المتحدة، واقتصادها وتوجهاتها، والتي خلقت بيئة خصبة لتطبيقات قواعد القانون الدولي الخاص عامة، ومن ضمنها قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فدولة الامارات_ وعلى خلاف كثير من الدول_، دولة منفتحة عالمياً، تمثل نسبة الأجانب فيها حوالي 77 % من إجمالي عدد السكان، ويصل عدد جنسيات هؤلاء الأجانب المتواجدين على أراضيها إلى أكثر من 200

جنسية،⁽¹⁾ كما أنها ذات توجهات اقتصادية قائمة على جذب الاستثمارات الدولية، وتحفيز بيئة العمل لديها، حيث تشير استطلاعات الرأي أن دولة الامارات تأتي في صدارة دول العالم لدى الشباب العربي من حيث جاذبيتها لهؤلاء الشباب للعمل والاستقرار، متقدمة بذلك على دول كالولايات المتحدة وكندا وألمانيا،⁽²⁾ هذه الظروف مجتمعة زادت من فرص عرض نزاعات ذات عنصر أجنبي على القاضي الاماراتي، سواء أكانت هذه النزاعات من مسائل الأحوال الشخصية أو الالتزامات التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية أو غيرها، أمثال هذه النزاعات هي ما تُعنى بها قواعد القانون الدولي الخاص، وعليه ولما كانت فرص عرض هذه النزاعات أكثر أمام القضاء الاماراتي، اذاً فالحاجة لقواعد فعالة للقانون الدولي الخاص أصبحت حاجة ماسة، هذا هو ما جعل المشرع الاماراتي يُعنى بتنظيم قواعد القانون الدولي الخاص الرئيسية في تشريعاته المختلفة، فنراه على سبيل المثال ينظم قواعد تنازع القوانين في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لعام 1985 وتعديلاته، ويتناول قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنفيذ الاحكام الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية رقم (11) لعام 1992 وتعديلاته.

وفيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي والتي هي محل اهتمام هذه الدراسة، فإن هذا الوضع تطلب أن تكون قواعد الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتي وضعها المشرع الاماراتي قادرة على خلق نظام قضائي قوي، فعال في الاستجابة لحاجات المجتمع وطبيعته المختلفة، متمكناً من بسط سيادة الدولة القضائية على اقليمها وما يثور عليه أو يرتبط به من نزاعات ذات عنصر أجنبي، مراعيًا في ذات الوقت طبيعة العلاقات الدولية الخاصة القائمة على اعتبار المجتمع الدولي مجتمعاً واحداً، آخذاً في عين الاعتبار التقاضي كأحد أهم حقوق الافراد بغض النظر عن جنسياتهم بصورة تضمن لهؤلاء الافراد ممارسة هذا الحق أمام القضاء الاماراتي، الامر الذي يطرح سؤالاً مهماً حول مدى فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في التكيف مع متطلبات واحتياجات المجتمع الاماراتي والسياسة الإماراتية.

تجدر الإشارة إلى أن البحث سيعتمد إلى إجابة هذا التساؤل حول فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات من خلال دراسة هذه القواعد في مسائل الأحوال

1 انظر في ذلك البوابة الرسمية لحكومة دولة الامارات العربية المتحدة <https://government.ae/ar-AE/about-the-uae/fact-sheet>

آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 4/8/2017 الساعة 5:30 صباحاً .

2 انظر في ذلك الموقع الالكتروني لـ " بيرسون - ماريلستيلر " <http://www.arabyouthsurvey.com/ar/asdaa-bm.html>

آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 4/8/2017 الساعة 5:30 صباحاً .

الشخصية ذات العنصر الأجنبي فقط دون أي نوع آخر من النزاعات الدولية الخاصة.

ولعل سبب اختيار الأحوال الشخصية لتكون حقل دراسة فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات من خلال هذا البحث، يرجع إلى أنها تعتبر واحدة من أهم أنواع المنازعات وأكثرها تداولاً في القضاء الاماراتي، ولعل أكبر دليل على ذلك تخصيص مبنى خاص لقضايا الأحوال الشخصية في إمارة دبي مراعاةً للأعداد الكبيرة من هذه القضايا، الامر الذي يجعل هذا النوع من النزاعات يمثل اختباراً حقيقياً لفاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات، أضف إلى ذلك فإن لهذا النوع من القضايا تأثير كبير على استقرار المجتمع، فمسائل الأحوال الشخصية من المسائل التي تثور بشكل يومي ومستمر، وعدم قدرة القضاء على مواجهة تحديات هذا النوع من النزاعات، يعني جعل البيئة القانونية والقضائية في دولة الامارات بيئة منفرة للأسر الأجنبية التي قد تجد في دولة الامارات ملجأ للعمل والاستقرار، وهو ما يخالف توجهات الدولة ورؤيتها الاستراتيجية في ان تكون الوجهة الأولى عالمياً للاستقرار والاستثمار، فيا ترى هل استطاعت دولة الامارات من خلال قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بها من خلق بيئة فاعلة لاستقرار الاسر المقيمة في الدولة وأحوالها الشخصية، مع مراعاة مصالح الافراد وسلطان القضاء ومبادئ العدالة؟ إجابة هذا السؤال تتطلب استعراض قواعد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم الحكم بفاعلية هذه القواعد من عدمه، وهو ما يمثل مشكلة البحث الذي أضعه بين يدي القارئ.

أهداف وأهمية الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تقديم جملة من التوصيات والمقترحات التي تسعى إلى معالجة أي قصور قد يعتري النصوص القانونية المنظمة للاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات، وتقديم حلول لبعض ما تثيره هذه النصوص من صعوبات في التطبيق، وذلك من خلال الإجابة على ما يقدمه البحث من أسئلة وفرضيات، وعرضها لمتخذ القرار، عله يكون في الأخذ بها دوراً في معالجة بعض ما تثيره هذه القواعد من اشكاليات، وهذه هي أهمية هذه الدراسة التي يعتقدها الباحث.

على أنه يجب التأكيد أن الهدف من هذه الدراسة ليس تقديم شرح مفصل لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات، وإنما التركيز عليها في مسائل الأحوال الشخصية فقط، كما أن ما قد يطرحه البحث من تقديم حول قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات، الهدف منه تمكين القارئ من خلق خلفية مناسبة لفهم ما قد يلي ذلك من تحليل لنصوص قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة

الامارات دون الدخول المفصل في النظرية العامة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي.

نطاق الدراسة:

تتمثل محددات نطاق هذه الدراسة فيما يلي:

- سيكون التركيز على قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية فقط، وما يرتبط بها من نصوص قانونية.
- سيتم التركيز على قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية الواردة في قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم (28) لسنة 2005، مع الإشارة إلى ذات النوع من القواعد في قانون الإجراءات المدنية الاماراتي رقم (11) لعام 1992 وتعديلاته متى كان ذلك ضرورياً لاستيفاء البحث حقه.
- لن يتناول هذا البحث قواعد تحديد المحكمة المختصة داخلياً بنظر النزاعات الدولية الخاصة، على اعتبار ان ذلك يدخل في تحديد الاختصاص الداخلي للمحاكم وليس الاختصاص الدولي.
- لن يتناول هذا البحث تحديد المسائل التي تدخل في اختصاص المحاكم المختصة داخلياً وذلك مراعاةً لمحدودية البحث من جانب ولكون هذا الموضوع أقرب إلى بيان الاختصاص الداخلي للمحاكم.
- سيشير البحث إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي في تشريعات الدول العربية ليس من باب المقارنة بقدر ما هو من باب تأكيد وجهة نظر أو توجه معين.

منهاج الدراسة:

ستتبع هذه الدراسة منهاج الدراسة التحليلية لنصوص قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات، مع الإشارة إلى بعض التطبيقات القضائية التي تخدم بعض ما يثيره البحث من تساؤلات ونقاط، كما سيعتمد البحث إلى الإشارة إلى الوضع في بعض التشريعات من باب بيان اتساق موقف المشرع الاماراتي مع غيره من المشرعين.

على ان التشريعات التي ستتم الإشارة إليها هي التشريعات المصرية والأردني باعتبارهما تشريعتين مرجعين للتشريعات الإماراتية، حيث أورد المشرع المصري قواعد

الاختصاص القضائي الدولي في القانون رقم 13 لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، في حين جمع التشريع الأردني قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في القانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة 1953.

كما ستم الإشارة إلى والتشريعين البحرين والسعودي باعتبارهما تشريعين خليجيين صادرين في دولتين تتطابق ظروفهما الاجتماعية مع تلك الموجودة في المجتمع الاماراتي، حيث أورد المشرع البحريني قواعد الاختصاص القضائي الدولي في المرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، في حين أورد المشرع السعودي هذه القواعد في نظام المرافعات الشرعية رقم (21) لسنة 1421هـ.

أيضاً ستم الإشارة إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي الواردة في تشريع الاتحاد الأوروبي رقم 44/2001 لسنة 2000 حول الاختصاص القضائي في المسائل المدنية والتجارية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، باعتباره تشريعاً صادراً من مدرسة قانونية مختلفة، يتميز بالحدثة.

كما أن السبب وراء اللجوء للدراسة التحليلية كمنهاج لهذا البحث، يكمن في أن هذا النوع من مناهج البحث العلمي هو الاقدر على استيفاء النصوص القانونية حقها في الدراسة، خاصة أن فاعلية النصوص القانونية يعتمد على قدرتها على التجاوب من مختلف الوقائع التي يمكن أن يُتخيل عرضها على القاضي، وهو ما سيتبعه الباحث في هذه الدراسة.

خطة الدراسة:

سيعمد الباحث في المبحث الأول من هذه الدراسة إلى التقديم لقواعد الاختصاص القضائي الدولي بشكل عام، مع التأسيس لهذه القواعد في دولة الامارات على سبيل التحديد، وفي مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات على سبيل التخصيص، ثم سينتقل الباحث في المبحث الثاني ليتناول بالتحليل النصوص القانونية التي تُعنى بتحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات والتي تكون مبنية على اعتبارات متعلقة بالمدعى عليه، أما المبحث الثالث فسيخصص لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المبنية على اعتبارات متعلقة بالمدعي، في حين سيخصص المبحث الرابع لدراسة قواعد الاختصاص القضائي الدولي المبنية على نوع الدعوى، ثم وأخيراً ستستعرض الدراسة أهم النتائج والتوصيات التي خلصت إليها في خاتمتها.

المبحث الأول

ماهية قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأهميتها

تمهيد وتقسيم:

يهدف الباحث من خلال هذا البحث إلى تقديم قواعد الاختصاص القضائي الدولي محل الدراسة للقارئ بالشكل الذي يمكنه من تتبع ما سيلي ذلك من دراسة، دون أن يشمل ذلك الدخول في تفاصيل مبالغ فيها في عرض النظرية العامة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، وإنما استعراضها بالكمية والكيفية التي يظن الباحث أنها تخدم أغراض الدراسة.

من هذا المنطلق فإن هذا المبحث سيتناول تعريف قواعد الاختصاص القضائي الدولي، ثم تدارس خصائصها، ثم بيان أهميتها، ثم التأسيس لها في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تعريف قواعد الاختصاص القضائي الدولي

على الرغم من وضوح الهدف الرئيس من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وهو تحديد الدولة التي يبسط قضاؤها ولايته على النزاع الخاص ذو العنصر الاجنبي، إلا أن الكثير من التعريفات التي وُضعت لتحديد ماهية قواعد الاختصاص القضائي الدولي يمكن أن تكون محل نظر، إما لتأسيسها على اعتقاد بأن لدى المتلقي فهم مسبق لهدف قواعد الاختصاص القضائي الدولي وماهيتها مما يحول دون الحاجة إلى تبيانها في التعريف، أو بسبب التوسع في نطاق أهداف قواعد الاختصاص القضائي الدولي لتشمل أهدافاً أخرى غير هذا الهدف الذي وجدت بسببه.

فعلى سبيل المثال يعرف بعض الفقه قواعد الاختصاص القضائي الدولي بأنها تلك القواعد التي تضطلع بـ " مهمة تحديد المحكمة المختصة بالمنازعات الدولية الخاصة"⁽³⁾، إلا أن هذا التعريف في اعتقاد الباحث قد يؤدي إلى الخلط بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد الاختصاص القضائي الداخلي، فهدف هذه الأخيرة تحديد المحكمة الداخلية المختصة وليس تحديد نطاق ولاية القضاء للدولة، وعليه فإنه كان من الأفضل - إزالة

3 انظر أستاذنا الدكتور. عوض الله شبية الحمد، أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الاماراتي، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2001، 380.

لبس - الإشارة في التعريف إلى أن هدف هذه القواعد تحديد محكمة أي دولة مختصة بنظر النزاع، أضيف إلى ذلك فإن هذا التعريف لم يحدد ماهية قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فالحديث عن هدف القواعد هو جزء من التعريف وليس التعريف الذي يهدف إلى بيان طبيعة المعرف وتركيبه.

أيضاً نادى جانب آخر من الفقه إلى تعريف قواعد الاختصاص القضائي الدولي بأنها " ذلك الجزء من القانون الدولي الخاص الذي يحدد بالإضافة إلى القواعد المنظمة للاختصاص العام المباشر للمحاكم الوطنية، القواعد التي تحكم القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وآثار الأحكام وذلك إذا كانت العلاقة القانونية محل المنازعة متضمنة عنصراً أجنبياً".⁽⁴⁾

إن الناظر لهذا التعريف بعين الفاحص يظهر له التوسع الكبير الذي شمله التعريف، فهو لا يشمل تحديد الدولة التي تختص محاكمها بنظر النزاع فحسب، وإنما تشمل أيضاً قواعد القانون واجب التطبيق على الإجراءات وآثار الأحكام في المنازعات الدولية الخاصة، وفي ذلك تداخل بين أهداف فروع القانون الدولي الخاص، فتحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات يدخل ضمن قواعد تنازع القوانين التي تُعنى بتحديد القانون واجب التطبيق على مختلف المسائل في المنازعة الدولية الخاصة ويشمل ذلك المسائل الإجرائية، والقول بأن دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي هو تحديد القانون واجب التطبيق يعني التداخل بين الشقين التشريعي والقضائي في المسائل الدولية الخاصة، أضيف إلى ذلك فإن المتتبع لمختلف النصوص القانونية التي تشكل قواعد الاختصاص القضائي الدولي يجد أنها في مجملها تُعنى بتحديد محكمة أي دولة مختصة بالنزاع دون تحديد القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية، فمثلاً نجد أن المشرع الإماراتي نص على قواعد تنازع القوانين في الفصل الأول من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لعام 1985 تحت الفرع الثالث من الفصل الأول من الباب الأول من القانون، تحت مسمى التطبيق المكاني للقانون ويشمل ذلك تحديد القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية الذي نص عليه في المادة (21) من القانون، في حين أنه نص على تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الفصل الأول من الباب الأول من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992 تحت مسمى الاختصاص الدولي للمحاكم، والتي تتناول في مجملها متى تكون محاكم دولة الامارات مختصة، دون الإشارة إلى آلية تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، وذات الامر يتكرر في مسائل الأحوال الشخصية، فالمشرع الإماراتي تناول الاختصاص الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية في المادتين (5) و(6) من قانون الأحوال

4 انظر أ.د هشام صادق علي، أ.د. حفيظة السيد الحداد، مبادئ القانون الدولي الخاص " الجنسية ومركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الباب الثالث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2001 ص 11.

الشخصية الاماراتي رقم (28) لسنة 2005 دون أن تشمل هذه القواعد تحديد القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية.

قد يقول قائل أن ايراد قواعد تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التقاضي ضمن قواعد تنازع القوانين وليس قواعد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع الاماراتي وغيره من التشريعات لا يغير من الأمر شيء، ذلك ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التقاضي كلاهما متفقين على خضوعهما لقانون دولة التقاضي، أي قانون دولة التقاضي هو الذي يحدد ما اذا كانت محكمة الدولة مختصة بالنزاع وهو الذي يحدد كذلك إجراءات التقاضي ولذلك فهما في خندق واحد، وهذا أمر مردود عليه من جانب يتمثل في أن إجراءات التقاضي قد لا تخضع لقانون دولة مباشرة الدعوى، ودليل ذلك مسائل الانابة القضائية، فمثلا المشرع الاماراتي في المادة (21) من قانون العلامات المدنية الاماراتي يشير إلى خضوع المسائل الاجرائية لقانون دولة رفع الدعوى أو مباشرة الإجراءات، فإذا بوشر اجراء التقاضي في دولة غير دولة رفع الدعوى من خلال الانابة القضائية، فإنه يتم وفقاً لقانون الدولة التي تمت الانابة إليها وليس دولة القاضي، وهذا ما أكدته المادة (16) من اتفاقية تنفيذ الاحكام والانابات والاعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لسنة 1996، والتي نصت صراحة أنه: " يتم تنفيذ الانابة القضائية وفقاً للإجراءات المعمول بها في الدولة المطلوب إليها ذلك"، أضيف إلى ذلك أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي لا تتكلم عن ما هو القانون الذي يحدد الاختصاص وإنما مضمون هذا الاختصاص.

هذا فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية، كذلك فإن التعريف من خلال تناوله آثار الاحكام، لم يبين ما هو المقصود بالقانون واجب التطبيق على آثار الأحكام، ولعله يقصد قواعد وآليات تنفيذ الاحكام الأجنبية، فإن كان كذلك فإنه أيضاً أوجد خلطاً بين قواعد تنفيذ الاحكام الجنبية وقواعد الاختصاص القضائي الدولي كفرعين مستقلين من فروع القانون الدولي الخاص، فالمشرع الاماراتي تناول قواعد وإجراءات تنفيذ الاحكام الأجنبية في المواد من (235) إلى (238) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي في معزل عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تناولها في فصل مستقل في المواد (21) - (24) من ذات التشريع، لكل ذلك أخلص إلى أن هذا التعريف الأخير قد جانب الصواب.

ومن جماع ما سبق فإنه يمكن تعريف قواعد الاختصاص القضائي الدولي من منظور الباحث بأنها: " فرع القانون الدولي الخاص الذي يشمل مجموعة القواعد القانونية الوطنية التي تشكل النظام القانوني الهادف إلى تحديد متى تكون محاكم الدولة مختصة بنظر النزاعات الدولية الخاصة"، هذا التعريف من وجهة نظر الباحث حدد ماهية قواعد الاختصاص القضائي الدولي ببيان أنها فرع من فروع القانون الدولي الخاص وأنها نظام قانوني

يحتوي جملة من القواعد الوطنية، كما وضح دورها بالقول انها تهدف إلى تحديد حالات انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة ما، وبذلك ميزها عن قواعد الاختصاص القضائي الداخلي، وهو على هذا يشكل التعريف الذي يقترحه الباحث.

على أنني وقبل انتهاء الحديث حول ما قيل في تعريف قواعد الاختصاص القضائي الدولي فإنه لابد من القول أن أي أساس لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة ما يجب أن يكون مبنياً على تمتع هذه الدولة بالرابطة الوثقى بالنزاع بالشكل الذي يبرر انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة دون غيرها من الدول المتنازعة في المسألة الدولية الخاصة، كما أن متطلبات تطبيق هذه الفكرة توجب تطبيق نوع من المرونة على قواعد الاختصاص القضائي الدولي بعيداً عن الضوابط الجامدة التي تقيد عمل القاضي في تحديد الدولة ذات الرابطة الوثقى،⁽⁵⁾ والباحث وإن كان يؤيد تطبيق هذا الفكر عند تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة ما، فإنني أتمسك بوجود ضوابط محدده لهذا الاختصاص بحيث تخلق قواعد مختلطة بين الجامدة والمرنة تُعطي القاضي مساحة في تقدير المسألة دون ان يتم التوسع بصورة تمس اعتبارات توقعات الأطراف والمصلحة القضائية، وهو سيتم التحقق منه وبيان قيمته من خلال هذه الدراسة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات.

كما يجب التأكيد أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي يتم الحديث عنها هي تلك المعنية بعمل القضاء وليس التحكيم، حيث يخضع التحكيم في تحديد هيئاته التحكيمية وقواعد انعقاد الاختصاص لها لقواعد أخرى بخلاف هذه التي تعني البحث محل الدراسة، كما ان توجهات التشريعات التي تحدد قواعد الاختصاص القضائي الدولي تُخرج التحكيم من هذه القواعد، من ذلك تشريع الاتحاد الأوروبي رقم 44 لعام 2001 حول الاختصاص القضائي في المسائل المدنية والتجارية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، الذي أشار في مادته الأولى إلى ان التحكيم لا يخضع لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الواردة في التشريع.⁽⁶⁾

5 انظر أ.د. أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، جمهورية مصر العربية، 2006، ص 67.

6 EC Regulation 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I); [2001] OJ L12/1

المطلب الثاني

خصائص قواعد الاختصاص القضائي الدولي

تتميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي بجملة من الخصائص المجتمعة التي تميزها عن غيرها من القواعد، هذه الخصائص تتمثل فيما يلي:

(1) قواعد الاختصاص القضائي قواعد مفردة:

أي أنها تنظر فيما إذا كانت محاكم الدولة المعروض أمامها النزاع مختصة بنظر النزاع من عدمه دون البحث عن الدولة الأخرى التي قد تكون محاكمها مختصة بنظر النزاع، وهذا على خلاف قواعد الاسناد التي تختص بتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع في مسائل تنازع القوانين التي تُعنى بتحديد القانون الذي يحكم النزاع سواءً كان هذا القانون هو قانون دولة القاضي أو قانون دولة أخرى.⁽⁷⁾

ولعل السبب في كون قواعد الاختصاص القضائي قواعد فردية الجانب يرجع إلى طبيعة دور هذه القواعد، فلا تستطيع دولة ما أن تفرض على القضاء في دولة أخرى نظر نزاع معين أو إدخاله في اختصاصها لسببين رئيسيين، الأول لارتباط الاختصاص القضائي بمفاهيم السيادة التي تمثلها ولاية القضاء في واحدة من أبهى صورها، الامر الذي لا يتأتى معه إلزام قضاء دولة معينة بنظر نزاع معين، أما السبب الثاني فهو عدم وجود الأدوات التي يمكن من خلالها إلزام قضاء دولة معينة بنظر نزاع معين.

(2) قواعد الاختصاص القضائي قواعد مباشرة:

أي انها تجيب على السؤال المطروح أمامها، وهو تحديد ما إذا كان قضاء الدولة مختص بنظر النزاع من عدمه بشكل مباشر. بوصف آخر هي قواعد موضوعية، وهذا أيضاً على خلاف قواعد الاسناد في مجال تنازع القوانين، والتي لا تقوم بتحديد القانون واجب التطبيق مباشرة وإنما منح القاضي الأداة التي من خلالها يتم تحديد القانون واجب التطبيق (ضابط الاسناد).⁽⁸⁾

7 لمزيد من لمعلومات عن خصائص قواعد الاسناد انظر د.أحمد محمد الهوارى، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي " دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية وحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الاماراتي، الطبعة الثالثة، مكتبة الجامعة، الشارقة، الامارات العربية المتحدة، 2012، ص-305 ص311.

8 انظر المرجع السابق.

هذه الخاصية تتماشى تماما مع آلية عمل قواعد الاختصاص القضائي الدولي ودورها، فهي قواعد لا يتصور أن تتغير من نزاع إلى آخر لارتباطها بمفاهيم السيادة والنظام العام وتوقعات الأطراف، وبالتالي فإن تحديدها يجب أن يكون واضحاً قدر المستطاع.

(3) قواعد الاختصاص القضائي قواعد أمره:

تنقسم القواعد القانونية من حيث إلزامية الاخذ بها إلى قسمين، إما قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو قواعد مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ويضع الفقه معيارين لتحديد متى تكون القاعدة أمره ومتى تكون مكملة، الأول هو المعيار اللفظي والذي يتم من خلاله النص صراحة على أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة القاعدة، أما المعيار الثاني فهو معيار المصلحة محل الحماية، فإذا كانت المصلحة التي سُنّت القاعدة القانونية لحمايتها مصلحة عامة مرتبطة بالنظام العام والآداب العامة فإن هذه القاعدة تكون قاعدة أمره، والعكس صحيح.⁽⁹⁾ والسؤال المطروح هو هل قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد أمره أم مكملة؟

تختلف الأنظمة التشريعية من مدى اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد أمره أو مكملة ولكل حججه وتبريراته،⁽¹⁰⁾ وما يهمنا في هذا المقام هو موقف النظام القانوني الاماراتي من مدى اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية على سبيل التحديد قواعد أمره أم مكملة.

يرى الباحث أن قواعد الاختصاص القضائي في دولة الامارات قواعد أمره وذلك لانطباق كلا المعيارين عليها، فالمشرع الاماراتي نص صراحة في المادة (24) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي على أنه يقع باطلاً كل اتفاق يخالف ما نص عليه القانون من قواعد متعلقة بالاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، في إشارة صريحة للمعيار اللفظي لتمييز القواعد الأمره، هذا بالإضافة إلى أن المشرع الاماراتي اعتبر بصريح النص أن الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية تعتبر من النظام العام وفق المادة (3) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985، وعليه فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي المتعلقة بالأحوال الشخصية الواردة في قانون الأحوال الشخصية الاماراتي هي قواعد أمره باعتبارها جزء من أحكام الأحوال الشخصية، هذا ناهيك عن أن المشرع الاماراتي لم يستخدم

9 انظر د. عبدالرازق حسين يس، المدخل لدراسة القانون " نظرية القانون"، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 103-ص 110.

10 انظر د. هشام خالد، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام " دراسة مقارنة في قوانين مصر والامارات والبحرين"، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2000، ص 59 - ص 104.

الفاظا جوازية عند تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة وإنما استخدم لفظ " تختص " في إشارة تؤكد عدم جواز الاتفاق على عدم الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة.

كذلك يعتقد الباحث أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تهدف إلى حماية مصلحة عامة مرتبطة بالنظام العام تؤهلها لتُكيف على انها قواعد أمره، فمن المصلحة العامة اليوم تنظيم مرفق القضاء الذي يمثل صورة من صور سيادة الدولة وولايتها الشخصية والإقليمية، والقول بغير ذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار في التعاملات والتعارض مع توقعات الأطراف، وخلق نظام قضائي مملوك للأفراد غير قادر على بسط سيادته القضائية على المجتمع، وهو ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم (145) لسنة (20) قضائية حيث نص منطوق الحكم على: "العدالة مصلحة عامة تباشرها الدولة في الحدود التي تحقق هذه المصلحة بواسطة قضائها الوطني الذي تراه دون غيره من قضاء أجنبي جيداً بتحقيق هذه الغاية، فالاختصاص الدولي المعقود للقضاء الوطني يكون بهذه المثابة من النظام العام لارتباطه بسيادة الدولة".

بالإضافة إلى ذلك فإن المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم (106) لعام 2016، أشارت في منطوق حكمها صراحة إلى أن الاختصاص الولائي ينعقد لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية وإن كان هناك اتفاق بين الأطراف للجوء إلى جهة قضائية أخرى.

على أنني أريد التأكيد في هذا المقام أن اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد أمره لا يحول دون خلق مرونة في هذه القواعد تسمح للمحكمة بتجاهل اختصاصها متى تيقن لها أن محكمة دولة أخرى هي الاقدر والاصلح لنظر النزاع، فالقواعد الآمرة تعني سحب البساط من يدي الأطراف وليس المحكمة في تحديد المحكمة المختصة،⁽¹¹⁾ كما أود التأكيد أن أخذ المشرع الاماراتي بالمواطن المختار كسبب من أسباب انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الإمارات في مسائل الأحوال الشخصية باعتبار أنها وسيلة يختار بها الأطراف انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة ما بشكل غير مباشر، لا يعني عدم اعتبار هذه القواعد أمره، فهناك فرق بين القاعدة ومضمونها، فالقاعدة آمرة والأطراف ملزمون بها، أما مضمونها فقد يحوي نوعاً من المرونة، كما أن فكرة آمرة قواعد الاختصاص القضائي الدولي تهدف إلى ضمان مباشرة الدولة لاختصاصها القضائي، وهو ما تحققه فكرة المواطن المختار التي تجذب الاختصاص للقضاء الاماراتي، وليس اتخاذ ضوابط تهدف إلى طرد هذا الاختصاص.

4) قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية:

ويقصد بكون قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية أي أنها تختلف من دولة إلى أخرى، فلا يتصور وجود قواعد دولية موحدة للاختصاص القضائي الدولي، ولا يتصور ان تفرض دولة على أخرى قواعد للاختصاص القضائي الدولي، وهذا أمر منطقي يتناسب مع ارتباط القضاء مع سيادة الدولة باعتباره واحداً من أهم مظاهر هذه السيادة، ولا يحول هذا الامر في دخول الدولة في معاهدات واتفاقيات متعلقة بتنظيم الاختصاص القضائي، فهذا الدخول يكون دخولاً اختيارياً غير مفروض على الدولة، كما هذه الاتفاقية تذوب في القانون الداخلي للدولة فتصبح جزءاً منه،⁽¹²⁾ ومن أمثلة هذه الاتفاقية اتفاقية لاهاي لعام 2005 حول اتفاق اختيار المحكمة المختصة،⁽¹³⁾ واتفاقية لاهاي لعام 1996 بشأن الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والإنفاذ والتعاون فيما يتعلق بمسؤولية الوالدين وتدابير حماية الأطفال.⁽¹⁴⁾

ولا يفوتني هنا الإشارة إلى أن نص المادة (21) معاملات مدنية اماراتي واضح في القول أن قواعد الاختصاص القضائي تخضع لقانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات، والنص هنا فيه من العموم ما يشمل تحديد الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص الداخلي، فدولة مباشرة الإجراءات أو إقامة الدعوى هي التي تحدد اختصاصها القضائي الدولي، وتحدد المحكمة الداخلية المختصة، وذلك في إشارة إلى وطنية قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

على ان ذلك لا يعني الصلاحية المطلقة للدولة في أن تفرض ما تشاء من قواعد للاختصاص القضائي الدولي دون أن تلزم بقيود معينة، فالفقه متفق على أن الدولة حين تضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بها تبقى ملتزمة ببعض القيود، وأولها ضمان حق الأجانب في التقاضي على أراضيها، اعمالاً للمبدأ الثابت في معاملة الأجانب والمعروف بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب، والذي يتضمن جملة من الحقوق تضمنتها الكثير

12 انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام الجزئية، الثاني، الكتاب الأول، 1991 ص 20-19

13 للاطلاع على الاتفاقية، انظر الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>

آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 4/8/2017 الساعة 5:30 صباحاً

14 للاطلاع على الاتفاقية، انظر الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 4/8/2017 الساعة 5:30 صباحاً

من الاتفاقيات والعهود الدولية، ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية،⁽¹⁵⁾ كما أن الدولة ملزمة بمراعاة ضوابط الحصانات القضائية التي تكفلها الأعراف والاتفاقيات الدولية.⁽¹⁶⁾

5) عدم التطابق بين انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم والاختصاص التشريعي للدولة في مسائل المنازعات الدولية الخاصة:

على خلاف الوضع في العلاقات الوطنية الصرفة التي تخلو من أي عنصر أجنبي فإن انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة ما في المنازعات الدولية الخاصة لا تعني بالضرورة أن يكون قانون هذه الدولة هو القانون واجب التطبيق.

هذا التمايز بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي للدولة في مجال العلاقات الدولية الخاصة مرده إلى النظرة التي ينظر بها إلى كلا الموضوعين، هذه النظرة التي تطورت وتغيرت على مدار تطور فكر القانون الدولي الخاص وموضوعاته ترجع في الأساس إلى أن فكرة الاختصاص القضائي فكرة إقليمية مرتبطة بالسيادة، في حين أن فكرة تطبيق قانون آخر على النزاع خلاف قانون دولة القاضي قائمة على تحقيق المصالح والاستجابة للمتغيرات التجارية والاجتماعية التي تفرض تداخل المجتمعات واحترام ما يكون احد الأطراف قد كسبه من مراكز قانونية بناء على قانون معين يستلزم خضوعه لهذا القانون حماية لهذا المركز القانوني.

على أن ذلك لا يعني أن يستحيل تطابق الاختصاص القضائي للدولة مع اختصاصها التشريعي، فلو أشارت قاعدة الاسناد في الدولة التي انعقاد الاختصاص التشريعي لقانون دولة القاضي، فهنا حدث التطابق، ولو اشارت القاعدة الموضوعية في قانون الدولة التي انعقد الاختصاص القضائي لها إلى تطبيق قانون دولة القاضي، فهنا صورة أخرى من صور التطابق، وكذلك لو اخذت دولة القاضي بالإحالة من الدرجة الأولى، وأشارت قاعدة الاسناد في دولة القانون واجب التطبيق إلى أن دولة القاضي هي صاحبة القانون واجب التطبيق، أيضا يحدث التطابق بين الاختصاص القضائي والتشريعي، وغيرها من الحالات التي قد تؤدي إلى تطابق الاختصاص التشريعي مع الاختصاص القضائي لدولة القاضي وإنما ليس بشكل

15 للاطلاع على هذا العهد انظر الموقع الالكتروني لمكتب المفوض السامي لحقوق الانسان بالأمم المتحدة:

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 4/8/2017 الساعة 5:30 صباحا

16 انظر د. محمد مبروك الافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي " دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي"، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1994، ص 200.

حتمي ولكن عرضي بناء على تطبيق أدوات حل المنازعات الدولية الخاصة.⁽¹⁷⁾ كذلك فإنني أود التأكيد أن المعايير التي قد تعتنقها دولة ما لتحديد اختصاصها القضائي الدولي لا يشترط أن تكون معتنقة لتحديد الاختصاص الداخلي للمحاكم، والعكس فقد تعتنق الدولة معياراً معيناً للاختصاص الداخلي لتحديد المحكمة المختصة ولكن ذات المعيار لا يكون مناسباً لتحديد الاختصاص الدولي لها، ولعل السبب في ذلك هو اختلاف المبررات والاسس التي يبنى عليها الاختصاص الدولي عنه في الداخلي، فالاختصاص الدولي يُؤخذ فيه بعين الاعتبار معايير السيادة الإقليمية للدولة، وهو ضابط متحقق بالضرورة في تحديد الاختصاص الداخلي، كما أن معيار وجود صلة وثقى بين النزاع والدولة بالصورة التي تبرر عقد الاختصاص القضائي لمحاكمها، معيار له أهمية أكبر في مجال الاختصاص الدولي، في حين أنه معيار مفترض في الاختصاص الداخلي وإن اختلفت المحكمة المختصة، وسيجد القارئ في متن هذا البحث الكثير من الملاحظات على بعض قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي اعتنقها المشرع الإماراتي، لعدم تناسبها من وجهة نظر الباحث مع المعايير التي تراعى عند بسط الاختصاص القضائي الدولي على الرغم من ان لها ما يشابهها في الاختصاص الداخلي.

المطلب الثالث

أهمية قواعد الاختصاص القضائي الدولي

سبق أن بينت أن دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي هو تحديد محكمة أي دولة مختصة بنظر النزاع، ومن هذا الدور يتضح للمتمعن أن لقواعد الاختصاص القضائي الدولي أهمية وتأثير كبير على مجريات وآثار النزاعات الدولية الخاصة، هذه الأهمية تظهر فيما يلي:

(1) تلعب قواعد الاختصاص القضائي الدولي دوراً فاعلاً في مسألة تكييف النزاع، ذلك أن غالبية دول العالم تخضع التكييف في المنازعات الدولية الخاصة لقانون دولة القاضي،⁽¹⁸⁾ فلو انعقد الاختصاص القضائي للدولة (أ) التي تُكيف العلاقة بين

17 هذا بعض صور التطابق بين الاختصاص القضائي والتشريعي التي صاغها الباحث، ولمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر: د. عبد الرسول كريم ابوصيبع، أثر الاختصاص القضائي في تنازع القوانين، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2009، يمكن الوصول للبحث من خلال الرابط التالي: <http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=61397>

آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ 5/8/2017، الساعة 5:39 م.

18 انظر د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي"، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002 ص 323.

صاحب العمل والمقاول من الباطن الذي تعاقده معه المقاول الأصلي للقيام ببعض الاعمال الخاصة بما تم الاتفاق عليه مع صاحب العمل، تُكيف هذه العلاقة على انها علاقة تعاقدية، فإن تكيفها لهذه العلاقة سيكون مختلفاً عنه لو انعقد الاختصاص لمحاكم الدولة (ب) التي تكيف هذه العلاقة على انها علاقة قائمة على المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد مباشر بين صاحب العمل والمقاول من الباطن، هذا الاختلاف سيؤدي بلا شك إلى اختلاف الحكم الصادر.

أضف إلى ذلك فإن انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لدولة ما قد يساعد في تكيف النزاع المطروح على القاضي متى كان هذا النزاع غير معروف لنظامه القانوني،⁽¹⁹⁾ بناء على ذلك، يمكن للمحكمة الإنجليزية على سبيل المثال أن تعتمد على معنى مفهوم "المسائل المتعلقة بالضرر" على النحو المنصوص عليه في المادة 5 (3) من التشريع رقم 44 لعام 2000 لسنة 2001 حول الاختصاص القضائي بين دول الاتحاد الأوروبي لتحديد أسباب الإجراءات التي يمكن تصنيفها على أنها شكل من أشكال الفعل الضار. ففي قضية Kalfelis v Bankhaus Schroder Munchmey - er, Hungst & CO⁽²⁰⁾ أشارت محكمة العدل الأوروبية إلى أن مفهوم "المسائل المتعلقة بالضرر" يشمل جميع الإجراءات التي تسعى إلى اقامة مسؤولية المدعى عليه. لذلك إذا أنشأت المحكمة ولايتها القضائية على قضية معينة كشكل من أشكال الفعل الضار لأغراض الاختصاص، فإنها قد تكيف الفعل ذاته على انه فعل ضار لأغراض تحديد القانون واجب التطبيق.

كذلك فإن دولة العالم قد تختلف في توجهاتها المتعلقة بالقانون الذي يحكم التكيف، فتجد دولاً تخضع التكيف لقانون القاضي منفرداً كما هو الحال في المادة (10) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ودول أخرى تفضل اخضاع التكيف لمعايير مرنة دون أن تربطه بقانون دولة القاضي بشكل منفرد، ويظهر هذا التوجه في الأنظمة الانجلوأمريكية،⁽²¹⁾ هذا الاختلاف في تحديد القوانين الذي يحكم التكيف يختلف باختلاف الدولة التي انعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، وهو ما يؤثر على الحكم الذي قد يختلف من دولة إلى أخرى.

North, P. and Fawcett, J., Cheshire and North's Private International Law, Butterworth, London 19 (13th ed., 1999) p620

.Case 189/87 [1988] E.C.R. 5565 20

Prem Kumar Agarwal., THE THEORY OF CHARACTERIZATION: A CRITICAL LEGAL STUDY PERSPECTIVE, Voice of Research, V. 4, Issue 3, December 2015, ISSN 2277-7733, www.voiceof-research.org/doc/Dec-2015/Dec-2015_13.pdf, last seen on 4/8/2017 at 6:40 am 21

- (2) تلعب قواعد الاختصاص القضائي الدولي دوراً هاماً في تحديد قاعدة الاسناد التي تحكم النزاع، ذلك ان القاضي ملزم بتطبيق قواعد الاسناد الموجودة في تشريعه الوطني، فلو انعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة (أ) التي تُخضع مسائل الاهلية لقانون دولة الموطن، فإن القانون واجب التطبيق سيكون مختلف عنه لو انعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة (ب) التي تُخضع مسائل الاهلية لقانون دولة الجنسية، هذا طبعاً بافتراض اختلاف دولتي الجنسية والموطن، هذا الاختلاف سيؤدي إلى اختلاف القانون واجب التطبيق ومن ثم اختلاف الحكم الصادر في النزاع.
- (3) تلعب قواعد الاختصاص القضائي الدولي دوراً كبيراً في تحديد موقف الدولة من مسائل الإحالة، فلو انعقد الاختصاص القضائي الدولي لقضاء دولة معينة تأخذ بالإحالة، فإن القانون واجب التطبيق قد يكون مختلفاً عنه لو كانت الدولة التي انعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها لا تأخذ بالإحالة.
- (4) أيضاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي أهمية في تحديد موقف القضاء من قانون الدولة، أي أنه لو كانت الدولة التي انعقد الاختصاص القضائي لها ترى في القانون الأجنبي واجب التطبيق مسألة واقع يجب اثباتها من قبل الأطراف، فعلى الأطراف اثبات هذا القانون والتمسك به، ولن تخضع المحكمة في تطبيق هذا القانون لمراقبة المحكمة العليا (محاكم النقض أو التمييز) ذلك أن هذه المحاكم محاكم قانون لا محاكم واقع، وعلى العكس من ذلك سيكون الموقف لو انعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة تنظر للقانون الأجنبي باعتباره قانوناً.
- (5) أيضاً لقواعد الاختصاص القضائي تأثيرها على تطبيق موانع تطبيق القانون واجب التطبيق الذي حددته قواعد الاسناد، ذلك أنه لما كانت فكرة النظام العام كأحد موانع تطبيق القانون واجب التطبيق على سبيل المثال، فكرة مرنة تختلف من دولة إلى أخرى فإن مدى وعمق تطبيق هذه الفكرة سيختلف،⁽²²⁾ فمثلاً لو انعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة تجيز الزواج المختلط بين مختلفي الديانة وكان القانون واجب التطبيق يجيز هذا الزواج فإن تطبيق هذا القانون لن يكون مخالفاً للنظام العام، وعلى خلاف ذلك لو كانت الدولة التي انعقد الاختصاص القضائي لها تمنع الزواج المختلط بين مختلفي الديانة فإن تطبيق ذات القانون الذي أشارت إليها قواعد الاسناد في الدولة الأولى سيكون محل نظر باعتباره مخالفاً للنظام العام.
- (6) كذلك فإن لقواعد الاختصاص القضائي الدولي تأثير كبير على جملة من المسائل التي تعرض للقاضي في شأن المنازعات الدولية الخاصة، ومنا إشكاليات تحديد

22 انظر د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، الهامش رقم 18، ص 323.

الشريعة الداخلية المختصة عند الاسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، وكذلك مشكلة ما يجب على القاضي فعله عند تعذر اثبات مضمون القانون الأجنبي، وكذلك تحديد القانون الشخصي لعديم الجنسية ومتعددتها، كل هذه المسائل يُجيب عليها القاضي بناء على ما يمنحه إياه مشرعه من أدوات ونصوص، تختلف من دولة إلى أخرى مما يعني اختلاف الحكم النهائي الذي بُني على إجابة هذه المسائل باختلاف الدولة التي ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكمها.

المطلب الرابع

التعريف بقواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات العربية المتحدة

تعرف مسائل الأحوال الشخصية بأنها: " مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية مثل كونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها لسبب من أسبابها القانونية"، كما أن الأحوال الشخصية تشمل أموراً كالميراث والوصية والوقف،⁽²³⁾ وعلى ذلك تخرج من مسائل الأحوال الشخصية الدعاوى التي تختلف في مضمونها عن ما ذكر سلفاً، فلا يدخل في مسائل الأحوال الشخصية ومنازعاتها المنازعات التي تؤسس على الفعل الضار على سبيل المثال وان كان أطرافها بينهم رابطة قرابة كأب وابنه.

ولقد أورد المشرع الإماراتي قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية الدولية في موضعين رئيسيين، الأول هو الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (11) لسنة 1992، والثاني هو ما أورده من قواعد متعلقة بالاختصاص القضائي الدولي في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005 تحت عنوان اختصاص المحاكم.

وعلى ذلك وبالنظر إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية التي أوردها المشرع الإماراتي في هذين الموضعين نجد أنه يمكن تسكينها في فئات على النحو المبين في الجدول التالي:

23 لمزيد حول المقصود بالأحوال الشخصية انظر الموقع الإلكتروني للموسوعة العربية:

<https://www.arab-ency.com/ar/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AD%D9%88%D8%AB/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%88%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9> ، آخر زيارة كانت بتاريخ 16/8/2017 الساعة 7:41 ص.

قواعد اختصاص محاكم دولة الامارات بالنظر في المنازعات الدولية الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية	
قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية المبينة على وجود صلة بين المدعى عليه وإقليم دولة الامارات	
1	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه مواطن اماراتي في غير الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج
2	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبيا له موطن في دولة الامارات في غير الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج
3	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبيا له محل اقامة في دولة الامارات في غير الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج
4	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبيا له محل عمل في دولة الامارات
5	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبيا له موطن مختار في دولة الامارات
6	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لقبول المدعى عليه الخضوع لهذا الاختصاص
7	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية في حال تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم له موطن أو محل عمل أو محل إقامة في دولة الامارات
قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية المبينة على وجود صلة بين المدعى وإقليم دولة الامارات	
1) القواعد العامة لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية والمبينة على اعتبارات متعلقة بالمدعى	
أ) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعي مواطناً والمدعى عليه ليس له موطن أو محل إقامة معروف في الخارج	ب) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعي أجنبيا له موطن او محل إقامة أو محل عمل في الدولة والمدعى عليه ليس له موطن أو محل إقامة معروف في الخارج:

<p>(د) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعي أجنبياً له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في دولة الامارات وكان القانون الإماراتي هو القانون واجب التطبيق</p>	<p>(ج) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعي مواطناً وكان القانون الإماراتي هو القانون واجب التطبيق</p>
<p>(1) القواعد الخاصة لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية والمبنية على اعتبارات متعلقة بالمدعى</p>	
<p>(ب) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في الدعاوى المتعلقة بفسخ عقد زواج، أو بطلانه أو بالطلاق أو بالتطبيق لكون المدعية زوجة لها موطن أو محل إقامة في الدولة، والمدعى عليه زوجها الذي كان له موطن او محل إقامة او محل عمل في الدولة، متى كان الزوج قد هجر الزوجة وتؤاخذ موطنها خارج الدولة او ابعد عنها</p>	<p>(أ) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في الدعاوى المتعلقة بفسخ عقد زواج، أو بطلانه أو بالطلاق أو بالتطبيق مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعية زوجة مواطنة أو زوجة فقدت جنسية الدولة متى كان لأي منهما موطن او محل إقامة في الدولة</p>
<p>قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية بالنظر إلى موضوع الدعوى</p>	
<p>(1) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بمنازعات معارضة الزواج المراد ابرامه في الدولة</p>	<p>(1)</p>
<p>(2) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بنفقة زوجة أو والدين أو قاصر متى كان لهم موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة</p>	<p>(2)</p>
<p>(3) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بنسب صغير له موطن أو محل إقامة في الدولة</p>	<p>(3)</p>
<p>(4) انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بمسألة من مسائل الولاية على النفس أو المال، متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه موطن أو محل إقامة في الدولة، أو كان بها آخر موطن أو محل إقامة أو محل عمل للغائب</p>	<p>(4)</p>

5	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالمسائل أولية أو الطلبات العارضة، أو الطلبات المرتبطة المتصلة بدعوى أصلية تدخل في اختصاصها
6	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية وإن لم تكن الدعوى الاصلية تدخل في اختصاص القضاء الاماراتي
7	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأموال في الدولة
8	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بإرث لمواطن
9	انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بتركة فتحت في الامارات

بعد استعراض قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات العربية المتحدة، فإن السؤالين المطرحين هما: ما هي العلاقة بين الموضوعين الذين حدد فيهما المشرع الاماراتي هذه القواعد، أي تلك الواردة في قانون الإجراءات المدنية وتلك الواردة في قانون الأحوال الشخصية، وما هي أهم الملاحظات العامة التي يمكن تسجيلها على هذه القواعد، إجابة هذين السؤالين تتمثل فيما يلي:

(1) من خلال الاطلاع على القواعد الواردة في كلا الموضوعين اللذين وردت فيهما قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات نخلص إلى أن العلاقة بين هذين الموضوعين هي علاقة تكاملية، أي أن صدور قانون الأحوال الشخصية الاماراتي تالياً على قانون الإجراءات المدنية الاماراتي، واحتوائه على قواعد للاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية، على الرغم من وجود مثل هذه القواعد التي تقوم بذات الدور في قانون الإجراءات المدنية، فإن ذلك لا يعني الغاء تلك الواردة في قانون الإجراءات المدنية، بل يعني أنه فيما يتعلق بالقواعد المتشابهة بين كلا القانونين فالتطبيق يكون لهذه القواعد كما وردت في قانون الأحوال الشخصية، أما القواعد التي وردت في قانون الإجراءات المدنية ولم يرد لها شبيه في قانون الأحوال الشخصية أو العكس فتبقى مطبقة، والدليل على هذا التكامل بين القانونين هو ما أورده المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية التي نصت صراحة بعد أن تناولت حالات الاختصاص القضائي الدولي التي نص

عليها القانون، نصت على قولها: " وهناك حالات أخرى نص عليها قانون الإجراءات المدنية لم يشأ القانون تكرارها مثل حالة اذا كانت الدعوى متعلقة بإرث لمواطن او تركة فتحت فيها أو بأموال في الدولة"، هذا النص هو تنبيه إلى أن مثل هذه الحالات تبقى مطبقة وإن لم ترد في قانون الأحوال الشخصية، مما يعني أن ورود قواعد للاختصاص القضائي الدولي في قانون الأحوال الشخصية لا يعني إلغاء تلك الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

على أنني كباحث أعتقد أنه من الأفضل لو جمعت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في موضع واحد، تسهلاً للقارئ والباحث والمطبق على حد سواء، وكذلك تحقيقاً لأغراض التخصص، فلو أن المشرع الاماراتي أبقى على قواعد الاختصاص القضائي الدولي في موضعها الأول في قانون الإجراءات المدنية على اعتبار انه القانون المعني بالقواعد المنظمة للتقاضي أمام محاكم الدولة في المسائل المدنية لكان أكثر ضبطاً، مع الاخذ بعين الاعتبار تعديل هذه القواعد على النحو الذي صيغ في قانون الأحوال الشخصية متى اعتقد المشرع بضرورة إجراء هذا التعديل، خاصة أن قانون الإجراءات المدنية قد عدل في غير مرة، كان آخرها التعديل الذي طرأ على هذا القانون بموجب القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2014 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية الاماراتي، ومما يعضد هذا الرأي في اعتقاد الباحث أن هذا الوضع هو المتبع في كثير من التشريعات العربية المرجعية كالتشريع المصري، حيث جمع قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون رقم 13 لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتشريع الأردني الذي جمع قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في القانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة 1953، والقول بغير ذلك يعني أن على المشرع النص على قواعد للاختصاص القضائي الدولي في كل مسألة من المسائل المدنية بشكل مستقل في كل مرة يقرر افرادها بنصوص قانونية مستقلة، فيحدث تشعب كبير في هذا القواعد قد يؤثر على سهولة الرجوع إليها وتطبيقها.

(2) بمقارنة قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية كما وردت في قانون الإجراءات المدنية الاماراتي ومقارنتها بتلك الواردة في قانون الأحوال الشخصية نخلص للتالي:

(أ) الناظر للنصوص الواردة في قانون الأحوال الشخصية والمتعلقة بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية يجدها أكثر نضجاً وأفضل صياغة من تلك الواردة في قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالأحوال الشخصية، من ذلك على سبيل المثال حالة انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة اذا كانت الدعوى مرفوعة على أجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في الدولة

من قبل زوجته التي لها موطن في الدولة وكان قد سبق للزوج أن كان له موطن في الدولة، وهي الحالة التي أوردها قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وأعيب عليها من كثير من الفقه أنها جاءت عامة في صياغتها رغم ان المقصود منها حالات الطلاق والتطبيق وفسخ عقود الزواج وبطلانه،⁽²⁴⁾ فجاءت النصوص في قانون الأحوال الشخصية لتشير بشكل واضح إلى أن هذه هو المقصود بالقاعدة، إلا أن هذا لا يعفى هذه القواعد سواء في قانون الأحوال الشخصية أو الإجراءات المدنية من النقد من وجهة نظر الباحث على النحو الذي سيبينه فيما يلي من صفحات.

(ب) هناك جملة من القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية أوردهما المشرع في قانون الإجراءات المدنية ولم يوردهما في قانون الأحوال الشخصية، أولى هذه القواعد هي تلك التي تمنع انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية التي تكون منصباً على عقار في الخارج، كالوصية عن العقارات الكائنة في الخارج، والقاعدة الثانية هي قاعدة انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة اذا كانت الدعوى متعلقة بإرث لمواطن او تركة فتحت فيها أو بأموال في الدولة، والقاعدة الرابعة هي اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما القاعدة الخامسة فهي تلك المتعلقة بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة بالمسائل الأولية والطلبات العارضة والطلبات المرتبطة والإجراءات المستعجلة والتحفظية، وأخيراً تأتي قاعدة الاخذ بالاختصاص الاختياري، هذه القواعد وإن لم ترد في قانون الأحوال الشخصية إلا انها تطبق على منازعات الأحوال الشخصية باعتبارها جزءاً من قانون الإجراءات المدنية.

(ت) يظهر للقارئ لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية سواء الواردة في قانون الإجراءات المدنية أو الأحوال الشخصية أنها اعتدت بالموطن المختار كأحد مبررات انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية متى كان للمدعى عليه موطن مختار في الدولة، ولكنها أوردت هذا الحكم ضمن النص الخاص بانعقاد الاختصاص القضائي في حالة لم يكن للمدعى عليه موطن او محل إقامة او محل عمل في الدولة، وأرى أنه كان من الأفضل لو أن المشرع أورد هذه الحالة ضمن الحالات العامة لانعقاد الاختصاص القضائي الواردة في المادة (20) من قانون الإجراءات المدنية والمادة (5) من قانون الأحوال الشخصية، ذلك أن هذين النصين يتعلقان بانعقاد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية متى كان للمدعى عليه رابط بإقليم الدولة يظهر في شكل موطن، أو

24 انظر أ.د. عوض الله شبيبة الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 424.

محل إقامة، أو محل عمل، ويضاف إليها موطن مختار، في حين أن النصوص الأخرى تتناول حالات لا توجد بها رابطة "إقليمية" -إن صح التعبير-، بين إقليم الدولة مع الفرد.

(ث) وذات الملاحظة السابقة تتكرر فيما يتعلق بثبوت الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية عند تعدد المدعى عليهم وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة، لأنه في هذه الحالة سيعامل جميع المدعى عليهم وكأنهم مدعى عليه واحد لأغراض انعقاد الاختصاص القضائي الدولي، وبالتالي سيخضعون للنص العام الذي يعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعى عليه أجنبياً له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة.

(ج) يجد القارئ لأحكام ثبوت الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية متى كانت الدعوى مرفوعة على أجنبي ليس له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة، انها تنقسم إلى قسمين، القسم الأول هو القواعد العامة الواردة في البند السادس من المادة (21) من قانون الإجراءات المدنية، والبند الخامس من المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية، حيث تنطبق هذه الاحكام على جميع مسائل الأحوال الشخصية الدولية، ثم نجد ان هناك انواعاً من دعاوى الأحوال الشخصية وضع لها المشرع الاماراتي أحكاماً خاصة لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي على النحو المبين في المادة (21) من قانون الإجراءات المدنية والمادة (6) من قانون الأحوال الشخصية، ولكن ما يعيب ترتيب النصوص عند المشرع الاماراتي هو الخلط بين هذه النصوص العامة والخاصة، مما ينعكس على عملية تطبيقها، ويوجد صعوبة في عملية بحثها ودراستها، لذلك كنت أتمنى على المشرع الاماراتي لو قسم حالات انعقاد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات متى لم يكن للمدعى عليه الأجنبي موطن أو محل إقامة أو عمل في الدولة إلى قسمين، الأول الاحكام العامة التي تطبق على جميع منازعات الأحوال الشخصية الدولية متى وجدت مبرراتها، والثاني هي تلك المتعلقة بأنواع معينة من دعاوى الأحوال الشخصية، بهذه الطريقة ستكون النصوص متوائمة مع التطبيق بحيث يختبر القاضي أولاً مدى توافر مبررات تطبيق الاحكام العامة، فإن لم يجد انتقل إلى تلك المتعلقة بأنواع معينة من منازعات الأحوال الشخصية الدولية.

(ح) أورد المشرع الاماراتي جملة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي ربطها بأنواع معينة من مسائل الأحوال الشخصية نظراً لما تتميز به هذه المسائل من خصوصية، إلا أنني كنت أتمنى على المشرع لو أورد نصاً خاصة بمسائل الحضانة، بحيث يعقد

الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في دعاوى الحضانة متى كان المشمول بالحضانة متوطن أو مقيم في الدولة، ذلك أن العلة التي دعت المشرع الاماراتي إلى ايراد نص خاص بعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في منازعات النسب متوفرة في منازعات الحضانة أيضاً، وهي حماية الصغير واحاطته بضمانات قضائية أهمها عدم تحميله عبء الانتقال إلى خارج الدولة.

(خ)

بشكل عام يلاحظ على قواعد الاختصاص القضائي الدولي الواردة في قانون الإجراءات المدنية أو تلك الواردة في قانون الأحوال الشخصية أنها تفتقر من وجهة نظر الباحث إلى ترتيب إيرادها بشكل عام، فتجد المشرع يدمج أكثر عن حالة من حالات انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية تحت ذات البند، مما يصعب الإحاطة التامة بشروط تطبيق الحالة وفهم مضمونها، من ذلك على سبيل أن المشرع الاماراتي في قانون الأحوال الشخصية في البند الثاني من المادة (6) دمج بين حالات انعقاد الاختصاص القضائي في مسائل الاحوال الشخصية فيما يتعلق بدعاوى انتهاء رابطة الزواج، دمج بين حالة أن تكون المدعية مواطنة أو مواطنة فقدت جنسية الدولة، مع حالة غير المواطنة المقيمة أو المتوطنة على أرض الدولة، وكان حريا بالمشرع فصل هاتان الحالتان في بندين مستقلين لاختلاف شروط انطباقهما على النحو الذي سأبينه تفصيلاً عند تناولهما بالتحليل، وكذلك نجده مثلا تناول النفقة الزوجية ونفقة الأقارب في بند واحد وهو البند (3) من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي، على الرغم من أن نفقة الزوجية تختلف عن نفقة الأقارب.

(د)

من الملاحظ كذلك على القواعد الواردة لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية، بل في مجمل المسائل المدنية، أن القواعد العامة تبني هذا الاختصاص بالنظر للمركز القانوني للمدعى عليه وليس المدعي، ولعل السبب الرئيس في ذلك يعود إلى أنه أضحي من المستقر عليه حق الأشخاص في التقاضي، هذا الحق يثبت للمدعي بشكل رئيس، أما المدعى عليه فلا يوجد ما يحقق لها ضمانات مشابهة، الأمر الذي يجعل من الضرورة خلق مثل هذه الضمانات والتسهيلات له من خلال ربط انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة بمركزه القانوني كأصل عام.⁽²⁵⁾

(ذ)

بالنظر إلى القواعد التي أوردها المشرع الاماراتي لعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية نجد أنها من التنوع بمجال يجعل

25 انظر د. ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص "الأردني والمقارن"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 261.

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة متحقق في كثير من المنازعات تأسيساً على أكثر من معيار، وهذا يعطي توسيعاً في الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة، وهو أمر إيجابي بالنظر إلى المجتمع الإماراتي ذو التركيبة السكانية المتعددة الجنسيات، وهذا ظهر في جملة من أحكام المحاكم العليا في الدولة، أسوق منها على سبيل المثال حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم (37) الصادر في العام 2002، حيث أسست انعقاد الاختصاص القضائي الدولي على معيارين رئيسيين، الأول هو أن الدعوى متعلقة بنفقة غير، والثانية أن الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الدولة على زوجها الذي كان له موطن في الدولة.

من المهم التأكيد أن وجود قضاء مستقل في بعض إمارات دولة الامارات، وهي إمارات أبو ظبي ودبي ورأس الخيمة، لا يعني معاملة هذه الامارات كدول مستقلة لأغراض الاختصاص القضائي الدولي، وبالتالي لا يمكن أن يعتد بعدم توفر واحد من قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنسبة لمحاكم أي من هذه الامارات للحكم بعدم اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع أمامها، وهذا ما أكدته محكمة نقض أبوظبي، حيث اشارت في حكمها الصادر في الطعن رقم 114 لسنة 2008، إلى أن "وجود قضاء مستقل بذاته في اماره دبي لا ينزع صلاحية النظر في النزاع المطروح من قبل محاكم ابو ظبي".

أخيراً وقبل الانتهاء من التقديم لقواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية، أود أن ابين أنه ولأغراض البحث فإنني سأتبّع تقسيم هذه القواعد على النحو الذي بينته في الجدول الخاص بها والموضح سلفاً، حيث سأخصص لكل مجموعة من مجموعات هذه القواعد مبحثاً مستقلاً.

المبحث الثاني

قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية المبنية على وجود صلة بين المدعى عليه وإقليم دولة الامارات

تمهيد وتقسيم:

بالرجوع إلى مجمل قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي وضعها المشرع الإماراتي لتحديد هذا الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية نجد أنها تعقد الاختصاص بشكل رئيس عندما يكون للمدعى عليه رابط بإقليم الدولة، هذا الرابط يظهر في شكل جنسية، أو موطن، أو محل إقامة، أو محل عمل، أو بخضوع اختياري لقضاء إقليم الدولة، أو موطن

مختار، بغض النظر عن مضمون أو نوع الدعوى، وهو ما يمثل الفئة الأولى من فئات قواعد تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية، هذه القواعد هي ما سيتم تناوله في هذا المبحث كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه مواطن إماراتي

تنص المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي على انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية عامة متى كان المدعى عليه مواطن إماراتي، وذلك بغض النظر عما إذا كان متوطناً في الدولة من عدمه.

بالنظر إلى هذا المعيار نجد أنه يتماشى مع توجهات كثير من التشريعات العربية، ومنها توجه المشرع الأردني في المادة (184) من القانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة 1953، وكذلك المادة (24) من نظام المرافعات الشرعية السعودي رقم (21) لسنة 1421هـ، حيث أن للأخذ بمعيار الجنسية كأحد مبررات انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية له ما يبرره، وذلك على النحو التالي:

- 1) الاخذ بهذا المعيار هو تطبيق لمبدأ السيادة الشخصية للدولة من حيث بسط ولايتها القضائية على مواطنيها أينما كانوا.
- 2) يلعب هذا المعيار دوراً مهماً في تحديد دولة معينة ينعقد الاختصاص لمحاكمها إذا ما انتفت قواعد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة أخرى،⁽²⁶⁾ وذلك على افتراض تمتع جميع الافراد بجنسية دولة معينة.
- 3) كما أن معيار الجنسية معيار ثابت محدد يسهل التوصل إليه وتحديده، مما يجعله واضحاً للمدعي حينما يختار مقاضاة مواطن إماراتي.
- 4) أيضاً انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية الدولية يمثل نوعاً من الحماية للمواطن الاماراتي، فهذا الانعقاد يعني خضوع النزاع للقانون الاماراتي وفقاً لنص المادة (14) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي التي تطبق قانون دولة الامارات على النزاع متى كان أحد الأطراف مواطناً إماراتياً، وبالتالي يحول

26 انظر أ.د. عوض الله شعبة الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 395.

دون تطبيق قانون على المواطن الاماراتي لم يكن يعلم بمضمونه، وكذلك يمنحه حماية تتمثل في استبعاد أي قانون أجنبي مخالف للنظام العام في دولة الامارات، ناهيك عن التسهيل عليه والحيلولة دون تحمله أعباء السفر إلى خارج الدولة، ولعل أهمية هذه الحماية تظهر بشكل أكبر اذا كانت المدعى عليها مواطنة إماراتية.

(5) حساسية مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات المنبثقة من الشريعة الإسلامية تجعلها محاطة بضمانات كثيرة، قد لا يستطيع المواطن الاماراتي التمتع بها إذا لم ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة الامارات، من ذلك التوجيه الاسري والزامية اللجوء إليه وفقاً لنص المادة (16) من قانون الأحوال الشخصية، وكذلك التحكيم والزامية اللجوء إليه وفقاً لنص المادة (118) من ذات القانون.

(6) تحقيق رقابة الدولة على مسائل الأحوال الشخصية لما لها من أهمية كبرى تتمثل في حرص دولة الامارات على تركيبتها السكانية، وخلق البيئة المثلى لتربية النشء الاماراتي محاطاً برعاية الدولة قليلة عدد الشعب، فمسائل الحضانة على سبيل المثال من المهم أن تشرف عليها الدولة وتخضعها لقانونها لضمان أن يتمتع المحضون من أبناء الاماراتيين بحماية القانون الاماراتي بصورة تحقق تربية هذا الابن متشرباً العادات والقيم الإماراتية، وهو ما لن يتحقق إذا لم يكن للقضاء الاماراتي إشراف مباشر على مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات.

إلا أنه وعلى الرغم من قيمة الاخذ بهذا المعيار كسبب لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية الدولية، إلا أنه لم يسلم من النقد، هذه الانتقادات هي على النحو التالي:

(1) أنه قد تنتفي الرابطة الفعلية بين النزاع ودولة الامارات مما يضعف تبرير انعقاد الاختصاص الدولي لمحاكمها، فلو أن زوجاً إماراتياً مقيماً في المملكة المتحدة، تزوج من بريطانية هناك، ثم ثار بينهما نزاع متعلق بالنفقة على سبيل المثال، فأرادت الزوجة مقاضاة زوجها، فإن انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة الامارات لن يكون فعالاً في ظل إقامة كلا الزوجين خارج دولة الامارات.

(2) الاخذ بهذا المعيار قد يمثل عبئاً على المدعى عليه إذا كان متوطناً خارج إقليم دولة الامارات، الامر الذي سيتطلب منه الحضور إلى الدولة ومباشرة الإجراءات، في حين انها لو أقيمت في مكان اقامته لكن خيراً له.⁽²⁷⁾

(3) الاخذ بهذا المعيار يعني صعوبة تنفيذ الحكم الصادر من محكمة اجنبية، فلن

يستطيع الأجنبي تنفيذ الحكم في دولة الامارات بسبب نص المادة (235) من قانون الإجراءات مدنية التي تتطلب ألا تكون محاكم دولة الامارات مختصة بنظر النزاع حتى يمكن تنفيذ الحكم الصادر بشأنه في دولة الامارات.⁽²⁸⁾

وفي ظل هذه الانتقادات التي وجهت للأخذ بمعيار مواطنة المدعى عليه كسبب من أسباب انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية، فإنني أضم رأبي إلى رأي فقه القانون الدولي الخاص في القول أنه لا بد من أن يكون تطبيق هذه المعيار مرناً بصورة تسمح للمحكمة برفض الاختصاص متى ظهر لها جلياً عدم وجود مصلحة حقيقية في انعقاد الاختصاص لها،⁽²⁹⁾ إلا أنني أضيف جزئية وهي أن هذا الحل يجب أن يكون في شكل تعديل لصياغة هذا المعيار وعدم ترك هذا الأمر لاجتهادات التفسير، على النحو الذي يحقق للمحكمة صلاحية ترك اختصاصها حتى لو كان المدعى عليه مواطناً اماراتياً، تجنباً للقول أنه لا اجتهاد مع صريح النص، خاصة أن لمثل هذا التوجه تطبيقات في النظامين القانونيين الإنجليزي والامريكي.⁽³⁰⁾

كما أنني أود أن الإشارة إلى بعض النقاط المتعلقة بحسن تطبيق هذا المعيار، هذه النقاط تتمثل في:

(1) استخدم المشرع الاماراتي مصطلح "المواطن" للتعبير عن حمل جنسية الدولة، وفي اعتقادي أنه كان من الأفضل لو أن المشرع استخدم لفظ "وطني"، ذلك مصطلح وطني يعني كل من يحمل جنسية الدولة، أما كلمة مواطن فتطلق على كل من يحمل جنسية الدولة وغير محروم من مباشرة بعض أو كل حقوقه سواء المدنية أو السياسية،⁽³¹⁾ والقول أن المقصود بحامل الجنسية هو المواطن وليس الوطني يتعارض مع علة النص والتي تقضي بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية لكل من يحمل جنسية الدولة، مما يؤثر سلباً على فوائد هذا المعيار، كما يفتح باباً للاعتراض على الاختصاص القضائي لكون المدعى عليه مواطناً محروماً من مباشرة بعض حقوقه، وإن لم تكن على صلة بالاختصاص القضائي، هذا بالإضافة أن الشخص هنا مدعى عليه وليس مدعياً وبالتالي فلا يُتصور أن يحرم من أن يكون محلاً للولاية القضائية لمحاكم الدولة، فهو ليس من يأخذ زمام المبادرة، كما أن هذا الرأي هو ما أخذ به المشرع المصري

28 انظر أ.د. أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، الهامش رقم 7، ص 482.

29 انظر أ.د. عوض الله شيبية الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 397.

30 انظر Prem Kumar Agarwal، المرجع السابق، الهامش رقم 21.

31 انظر استاذنا أ.د. محمد روي قطب، الجنسية ومركز الأجانب، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الامارات العربية المتحدة، 2006، ص 34.

عندما استخدم مصطلح " المصري " في المادة (28) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر عام 1968 دون أن يميز إن كان وطنياً أو مواطناً، وهو أيضاً ما اخذ به عند استخدامه لمصطلح " الوطني " في البند السابع من المادة (30) من ذات القانون للدلالة على واحدة من صور انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية.

ذات الفكرة تنطبق على كل موضع ذكر فيه مصطلح المواطن فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الإمارات، على أنني لأغراض هذا البحث سأستخدم مصطلح المواطن تماشياً مع ما جاء في القانون.

(2) الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الشخص للحكم أنه وطني أو أجنبي هو وقت رفع الدعوى،⁽³²⁾ وهذا الوقت هو الوقت الذي تتعقد فيه الصلة بين النزاع ومحاكم الدولة، مما يعني أنه حتى لو غير الشخص جنسيته بعد ذلك فإن محاكم الدولة تبقى مختصة بنظر النزاع، وفي هذا استيفاءً لمتطلبات استقرار التعاملات والمراكز القانونية، وحفظاً لدور القضاء من تلاعب الأطراف من خلال تغيير جنسياتهم بعد السير في إجراءات الدعوى، وذات الحديث ينطبق على وقت الاعتداد بمعايير الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية أينما ذكرت في القانون كمعيار الموطن أو محل الإقامة أو محل العمل أو الموطن المختار.

(3) اذا كان للمدعى عليه أكثر من جنسية أحدها جنسية دولة الامارات فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم الإماراتية وفقاً للمعيار محل الدراسة، فهذا الشخص في وجهة نظر القانون الاماراتي هو مواطن اماراتي بغض النظر عن الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها، وهذا في حقيقته ما هو إلا تطبيق لما هو مستقر عليه فقهاً وتشريعاً،⁽³³⁾ كما انه يتطابق مع توجهات المشرع الاماراتي في مجال تنازع القوانين، حيث نص صراحة في المادة (24) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أنه في الحالات التي تثبت للشخص في وقت واحد جنسية دولة الامارات و جنسية دولة أخرى فإن القانون الذي يحكم النزاع هو القانون الاماراتي، وذات الحديث ينطبق أينما استخدم مصطلح المواطن في القانون لأغراض الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية.⁽³⁴⁾

32 انظر أ.د. أحمد محمد الهوارى، المرجع السابق، الهامش رقم 7، ص 484.

33 لمزيد من التفصيل انظر أستاذنا أ.د. محمد روبي قطب، المرجع السابق، الهامش رقم 31، ص 132- ص 136.

34 على الرغم من ان قانون الجنسية الاماراتي رقم (17) لسنة 1972 المعدل بالقانون رقم (10) اسنة 1975 حرص على منع تعدد الجنسية في التجنس والجنسية بالتبعية من خلال اشتراط التنازل عن الجنسية الاصلية للحصول على جنسية دولة الامارات، إلا أن التعدد قابل للتحقق في القانون الاماراتي في حالة الجنسية بحكم القانون على

(4) قد يقول قائل أنه ولتجنب الانتقادات التي وجهت للأخذ بهذا المعيار منفرداً، فإنه يجب ان يقرأ بشكل تكاملي مع معيار الموطن،⁽³⁵⁾ أي أن تكون قراءة المعيار على النحو التالي: المواطن الذي له موطن أو محل إقامة أو عمل في الدولة"، وهذا الرأي مردود عليه، فالمتمعن لطريقة صياغته سواء في قانون الإجراءات المدنية أو الأحوال الشخصية يجد أنه من الصعوبة بمكان قراءة النص على هذا النحو، حيث أن المشرع فرق صراحة بين حالة المواطن، وحالة الأجنبي، حيث نص في قانون الإجراءات بانعقاد الاختصاص في حال الدعاوى التي ترفع على مواطن والدعاوى الترفع على أجنبي، مما يعني أننا بصدد معايير مختلفين، وذات التوجه ملموس في قانون الأحوال الشخصية، حيث يقول المشرع: "تختص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية التي ترفع على المواطنين، والأجانب الذين لهم موطن، أو محل إقامة، أو محل عمل في الدولة، واستخدام الفاصلة بعد كلمة المواطنين توحى بأننا امام حالة مختلفة عن حالة الأجنبي.

المطلب الثاني

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبياً له موطن في دولة الامارات

أود الإشارة قبل الخوض في غمار شرح هذا المعيار من معايير انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات العربية المتحدة في مسائل الأحوال الشخصية الدولية وما سيليه من معايير يثار فيها مصطلح الأجنبي، أن الأجنبي المقصود هنا لا يقتصر على ذلك الذي يحمل جنسية أجنبية وإنما يمتد كذلك إلى الأجنبي المطلق من أولئك الذين لا يتمتعون بأي جنسية، وذلك لاتفاق العلة في كلا الحالتين، فكلا المدعى عليهم لا يحمل جنسية دولة الامارات.

أشار المشرع الاماراتي في المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتية بانعقاد الاختصاص لمحاكم دولة الامارات إذا كان المدعى عليه أجنبياً له موطن في دولة الامارات العربية المتحدة.

هذا التوجه الذي أخذ به المشرع الاماراتي يتماشى مع توجهات مماثلة في كثير من التشريعات العربية والاجنبية، ومنها التشريع البحريني وفقاً لنص المادة (14) من

تفصيل لا يتسع له مقام هذا البحث.

35 انظر أ.د. أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، الهامش رقم: 7، ص 486.

المرسوم بقانون رقم (12) 1971 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتشريع الاتحاد الأوروبي وفقاً لنص المادة (2) من التشريع رقم 44/2001 الصادر عام 2000 بشأن قواعد الاختصاص القضائي في المسائل المدنية والتجارية،⁽³⁶⁾ ولعل الأخذ بهذا المعيار من قبل كثير من التشريعات في العالم لتقرير الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها يرجع إلى جملة من التبريرات يمكن جردها على النحو التالي:

(1) تحقيق السيادة الإقليمية للقضاء الاماراتي، حيث أن الاخذ بهذا المعيار يعني بسط الولاية القضائية لمحاكم الدولة على جميع المتوطنين في دولة الامارات، بهذه الطريقة ستزداد فاعلية القضاء الاماراتي وقدرته على مواجهة الطبيعة المختلطة للمجتمع الاماراتي متعدد الجنسيات، وهو ما سيؤدي بالضرورة الى استقرار الحياة الأسرية للأسر المقيمة في دولة الامارات، وينعكس ايجاباً على توجهات الدولة، صحيح أن هذا التبرير يفترض أن تأخذ الدولة أيضاً بانعقاد الاختصاص اذا كان المدعي متوطناً في الدولة، إلا أن عدم توفر هذا المعيار فيما يتعلق بالمدعي -إلا باستثناءات سيتم توضيحها لاحقاً-، لا ينفي وجود هذا التبرير وجودته.

(2) الاخذ بمعيار توطن الأجنبي في دولة الامارات كسبب من أسباب انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات، يسهل اتخاذ الكثير من الإجراءات في حق المدعي عليه، كإجراءات الإعلان وغيرها، وهو أمر يزداد فاعلية في دولة الموطن، خاصة أن الموطن هو واحد من الأماكن التي يتم الإعلان فيها وفق للمادة (8) من قانون الإجراءات المدنية.

(3) الاخذ بمعيار الموطن يسهل تنفيذ الحكم الصادر، وذلك في ظل وجود أموال وشخص المدعي عليه بشكل رئيس في دولة الامارات.⁽³⁷⁾

وعليه وفي ظل عدم وجود انتقاد حقيقي للأخذ بمعيار توطن الشخص في دولة الامارات كسبب من أسباب انعقاد اختصاص المحاكم الإماراتية بنظر منازعات الأحوال الشخصية، إلا أن حسن تطبيق هذا المعيار يرتبط بإجابة جملة من الأسئلة تتمثل في:

1) ما المقصود بالموطن؟

عرف المشرع الاماراتي الموطن في المادة (81) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، حيث أشار إلى أن الموطن هو " المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"، وعليه فالموطن يتحقق بتوافر عنصرين الأول هو الإقامة الفعلية والثاني هو اتجاه النية نحو هذه الإقامة غير

36 انظر المرجع السابق، الهامش رقم 6.

37 انظر أ.د. عوض الله شيبية الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 402.

المحددة بمدة.

إلا أنه إذا كان تحديد العنصر الأول من السهولة بمكان، فإن تحديد العنصر المعنوي قد يجد فيه القاضي بعض الصعوبة باعتباره مسألة نفسية داخلية، ولكن على القاضي أن يسترشد بجملة من المظاهر الخارجية التي توحى له بوجود نية الإقامة والاستقرار لدى المدعى عليه، كنقله لأمواله وممتلكاته إلى داخل الدولة، وفي جميع الأحوال فإنه يظهر للباحث أن عدم توفر نية الاستقرار غير المحددة بمدة، لدى المدعى عليه لن يعدم اختصاص المحاكم بنظر دعاوى الأحوال الشخصية الدولية اعتماداً على معيار آخر كمعيار محل الإقامة أو محل العمل على النحو الذي سيبين عند تناول هذه المعايير.

2) ما هو تأثير تعدد الموطن في تحديد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات؟

أجاز المشرع الاماراتي في المادة (81) في قانون المعاملات المدنية الاماراتي أن يكون للشخص أكثر من موطن، فلو كانت دولة الامارات هي موطن من المواطنين التي اتخذها الشخص فهل ينعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها؟

إن الناظر لصريح نص المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية يجد أن الإجابة هي نعم ينعقد الاختصاص القضائي في مثل هذه الحالة حتى لو كان للمدعى عليه موطن آخر غير دولة الامارات، وما يؤكد هذه الإجابة أن المشرع لم يشر إلى أن يكون هذا الموطن هو الموطن الوحيد، وهو ما يجب أن يعتد به في الصور الأخرى للارتباط بإقليم الدولة كمحل الإقامة والموطن المختار.

إلا أنه يظهر لي أن هذا التوجه يجب أن لا يكون مطلقاً، فعلى سبيل المثال لو أن مصرياً متزوج من إماراتية وأخرى بريطانية وله منزل وموطن في كل من الامارات حيث يقيم مع زوجته الاماراتية وفي إنجلترا حيث يقيم مع زوجته البريطانية، ثم أرادت زوجته البريطانية مقاضاته في مسألة من مسائل النفقة، فما هو وجه الحكمة الذي يجعل من الأفضل أن ينعقد الاختصاص المحاكم الإماراتية لنظر النزاع في ظل كون المدعية والمدعى عليه لهما موطن مشترك في المملكة المتحدة، وكون الدعوى متعلقة بنفقة يأخذ فيها بعين الاعتبار المستوى المعيشي في دولة إقامة الزوجة، ناهيك عن ما يثيره ذلك من حماية مبالغى للمدعي على حساب المدعى عليه، حيث ستختار المدعية إقامة الدعوى في الدولة التي تحقق لها مصلحة أكبر من بين دول توطن الزوج. لذلك فإني أعتقد أنه من الأفضل ايراد نص هنا مشابه لما سبق أن تم الإشارة إليه في حالة انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة كون المدعى عليه مواطناً إماراتياً، أي نص يجعل من حق المحكمة تجاهل اختصاصها بنظر النزاع إن تحقق له وجود رابطة وثقى بين النزاع ودولة أخرى غير الامارات.

3) كيف يتم تحديد موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب؟

قد يحدث في مسائل الأحوال الشخصية أن يكون المدعى عليه قاصراً، من ذلك أن ترفع زوجة دعوى نفقة على زوجها الاماراتي البالغ من العمر (17) سنة والذي تزوجها لتوافر المصلحة ولموافقة القاضي وفقاً لنص المادة (30) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي، في مثل هذه الحالة هل يعتبر هذا الزوج بالغاً رشيداً لأغراض تحديد الاختصاص القضائي الدولي أم يعتبر قاصراً له من يمثله قانوناً؟ والنتيجة التي تترتب على إجابة هذا السؤال تكمن أنه لو اعتبر بالغاً فإنه سيعتد بموطنه هو، أما لو لم يعتد بذلك فإنه موطنه سيكون موطن ممثله القانون وفقاً لنص المادة (83) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي، وفي نظري كباحث أرى أن الاعتداد هنا يجب أن يكون بالنظر إلى موطن القاصر ذاته، ذلك أن الشخص متى دخل كمدعى عليه في مسائل الأحوال الشخصية فإنه يفترض وصوله إلى مرحلة من النضج جعلته طرفاً في علاقة من علاقات الأحوال الشخصية، وحتى لو لم يكن كذلك، فإن باب مراعاة وضع هذا القاصر يتطلب التسهيل عليه بأن تتم مقاضاته في دولة توطنه أو اقامته، هذا الرأي اعتقد بانطباقه في جميع المعايير التي يعتد بها لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية سواء تلك التي تثبت بالنظر إلى للمدعى أو المدعى عليه، دام الموطن أو محل الإقامة أو محل العمل أو الموطن المختار هو سبب ثبوت الاختصاص القضائي الدولي، وذلك باستثناء المسائل المتعلقة بالولاية على المال على النحو الذي سأشير إليه لاحقاً.

4) هل يشمل مصطلح الموطن هنا الموطن الخاص:

حددت المادة (82) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي مضمون الموطن الخاص بالقول أنه المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو مهنة أو حرفة وذلك بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة أو الحرفة، أي أن المشرع اشترط في الموطن الخاص أن يكون مرتبطاً بتجارة أو مهنة أو حرفة، وأن يقتصر دور هذا الموطن الخاص على كل ما يتعلق بهذه المهنة أو الحرفة أو التجارة، وبتطبيق ذلك على الموضوع محل الدراسة نجد أنه لا يمكن أن يُعتد بفكرة الموطن الخاص هنا لتحديد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية، ذلك أن هذه المسائل لا تدخل فيما يمارسه الشخص من مهنة أو حرفة أو تجارة، وبالتالي لا تأثير لفكرة الموطن الخاص عليها، وعلى ذلك فإن ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية من بيانها أن الموطن المقصود في هذا المقام يشمل أيضاً الموطن الخاص،⁽³⁸⁾ أمر مردوم عليه لتعارضه مع ما جاء في قانون المعاملات المدنية الاماراتي في بيانه بالمقصود بالموطن الخاص وتأثيره، كما أنني أعتقد أن

38 انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية، ص 16 .

فكرة الموطن المختار وليس الموطن الخاص هي الأنسب للعب دور في تحديد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية، فكلاهما قائم على اختيار الشخص موطناً له، ولكن الموطن الخاص مرتبط بمهنة أو حرفة أو تجارة، أما الموطن المختار في عام غير مرتبط بنوع معين من العلاقات القانونية، وبالتالي يمكن الاعتداد به لتحديد الموطن لأغراض تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الثالث

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبياً له محل إقامة في دولة الامارات

أشار المشرع الاماراتي في المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتية بانعقاد الاختصاص لمحكمة دولة الامارات إذا كان المدعى عليه أجنبياً له موطن في دولة الامارات العربية المتحدة، وهو ذات توجه المشرع المصري في المادة (29) من القانون رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وعلى الرغم من أن معيار محل الإقامة والموطن يتفقان فيما يحققانه من إيجابيات في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات، إلا أننا نجد أن المشرع الاماراتي بأخذه بمحل الإقامة سهل عمل القاضي، فأضحى القضاة لا يسعون لإثبات وجود العنصر المعنوي للموطن، فمجرد وجود محل إقامة الأجنبي في دولة الامارات فان ذلك يضمن انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة الإمارات، على أساس أن إقامته ستكون لمدة معينة تبرر انعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة دون اشتراط أن تكون هذه المدة غير محددة، وهذا يسهل عمل القاضي من جهة، ويوسع من نطاق الاختصاص القضائي من جهة أخرى في ظل كون معظم المقيمين في الدولة هم ممن يقيمون بناء على عقود عمل مؤقتة في الدولة، فينطبق في حقهم معيار محل الإقامة أكثر من انطباق معيار الموطن.

على انه يجب التأكيد على ضرورة خلق نص مرن يمنح المحكمة صلاحية رفض الاختصاص في حال تعدد محال إقامة المدعى عليه إن تحقق لها أن النزاع أكثر صلة بدولة أخرى.

المطلب الرابع

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبياً له محل عمل في دولة الامارات

أشار المشرع الاماراتي في المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية أنه ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الإمارات العربية المتحدة بمسائل الأحوال الشخصية متى كان للمدعى عليه محل عمل في دولة الامارات، في تطبيق لما يعرف بالموطن الحكمي، حيث يرتبط الشخص بدولة معينة على الرغم من عدم اقامته الفعلية فيها.⁽³⁹⁾

وقد تفرد المشرع الاماراتي بهذه الحالة من حالات ثبوت الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية فلا يكاد تجد له شبيه في كثير من التشريعات المرجعية كالتشريع المصري والأردني، بل إن هذه الإضافة قد اضافها المشرع الاماراتي في قانون الأحوال الشخصية حيث لم تكن موجودة ضمن قواعد الاختصاص القضائي الواردة في قانون الإجراءات المدنية، هذا الامر يدفع للتساؤل حول هدف وقيمة هذه الإضافة.

أشارت المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية أن المقصود بمحل العمل " المكان الذي يعمل فيه الشخص، ويكون تابعاً فيه لغيره في مهمته أو طبيعته،⁽⁴⁰⁾ فالحالة التي نحن بصدها هي حالة شخص ليس له موطن أو محل إقامة في دولة الامارات وإنما له محل عمل.

ولعل السبب في اعتقادي الذي دفع المشرع الاماراتي إلى وضع هذه الإضافة في قانون الأحوال الشخصية هي التوسع في نطاق ولاية القضاء الاماراتي على مسائل الأحوال الشخصية الدولية، بحيث يبسط سلطته على أكبر قدر ممكن من النزاعات وذلك حرصاً على مسائل الأحوال الشخصية وخصوصيتها وارتباطها باستقرار المجتمع، هذا ناهيك عن أن دولة الامارات باعتبارها دولة جاذبة لأصحاب الأعمال فإن الاخذ بهذا المعيار يبدو له ما يبرره في هذه الدولة التي هي كعبة الباحثين عن فرص العمل، كما أن محل العمل يبدو أنه المكان الذي يسهل فيه التنفيذ باعتباره المكان الذي توجد به أموال المدعى عليه، ولكن يبقى السؤال هل هذه الحجج كافية لتبرير عقد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية لمحاكم دولة الامارات فقط لان المدعى عليه له عمل في الدولة؟

إجابة هذا السؤال يمكن الوصول إليها بعد الأخذ بعين الاعتبار النقاط التالية:

39 للحدث تفصيلاً عن الموطن الحكمي انظر عادل بن طلق المطيري، الاختصاص القضائي للمحاكم السعودية في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010.

40 انظر المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الاماراتي، ص 16.

- (1) هل يتصور واقعياً أن يكون لشخص عمل في دولة غير دولة اقامته؟ في غالب الحالات يعمل الشخص حيث يقيم، وان افترضنا وجود اعمال له في دولة أخرى فهي إما اعمال متقطعة أو مؤقتة، أي بشكل عارض وبصورة لا تبرر انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، خاصة في ظل طول مدد الدعاوى، بل إن المدعى عليه قد يكون له عمل بدولة الامارات رغم أنه لم يزرها مطلقاً، كحالة أولئك الذين يباشرون أعمالهم عن طريق الانترنت، أو مكاتب المحاماة الكبرى التي تباشر أعمالاً في دولة الامارات رغم أن كثير من مسؤوليها لم يزرورا الامارات من قبل.
- (2) على اعتبار أن فكرة الاختصاص القضائي الدولي قائمة على فكرة وجود رابطة وصلة حقيقية بين الدولة والنزاع، فهل تتحقق هذه الصلة إذا كانت دولة الامارات هي فقط دولة مكان العمل؟ بمعنى آخر لو أن المدعى عليه وأسرته مقيمون خارج الدولة ولكنه يأتي للدولة يومياً للعمل ثم يغادرها، فهل ستكون الرابطة الوثقى منعقدة مع دولة الامارات أم دولة الموطن؟ خاصة أن مسائل الأحوال الشخصية مسائل متعلقة بالأسر وكياناتها.
- (3) فيما يتعلق بالتنفيذ، فإن التنفيذ في موطن الشخص أو محل اقامته سيكون أكثر فاعلية، حيث تتواجد أملاك المدعى عليه وموجوداته، حيث أن مكان الإقامة هو مكان استقرار الشخص وأسرته، وهو المكان الذي يبقى فيه أمواله عادة.
- (4) مسائل الأحوال الشخصية هي مسائل متعلقة بالأسر، والاسر يرتبط استقرارها بمحل اقامتها، وبالتالي فمن المنطق أن تخضع لمعايير محل الإقامة وليست لمكان عرضي يتواجد فيها المدعى عليه بشكل متقطع.
- (5) ماذا إذا تعددت محال العمل وتوزعت بين أكثر من دولة ومنها دولة الامارات، كالعاملين عن طريق الانترنت فهل سينعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في هذه الحالة؟ بل ان تحديد محل العمل في هذه الحالة سيكون من الصعوبة، فهل محل العمل وهو مكان مباشرة الوظيفة، أي مكان التواجد الفعلي، أم هو المكان الموجه إليه العمل؟
- (6) وحتى لو اعتقدنا أن النص على محل العمل الهدف منه التركيز على فئة المقيمين العاملين بالمقارنة بالمقيمين غير العاملين الذين ينطبق عليهم نص انعقاد الاختصاص القضائي بسبب الإقامة، فهذا كلام مردود عليه، ذلك أن كلا الفئتين تشتركان في معيار الإقامة وهو كاف وحده لجذب الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية.
- (7) المشرع الاماراتي لم يأخذ بمعيار محل العمل في قواعد أخرى للاختصاص القضائي

الدولي رغم تطابق العلة من النص، من ذلك أنه لم يشر في البند الخامس من المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية إلى معيار محل العمل كواحد من معايير وجود موطن أو محل إقامة للأجنبي في الخارج بالصورة التي تحول دون انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، في إشارة إلى أن ضابط محل العمل ليس من الأهمية بمكان سوى مجرد جلب الاختصاص للقضاء الاماراتي، بل إن المشرع الاماراتي ذاته، لو يورد النص على هذا الضابط في قانون الإجراءات المدنية وانما استحدثه في قانون الأحوال الشخصية.

لكل ما سبق أخلص أن النص على محل العمل كضابط من ضوابط الاتصال بإقليم الدولة ليس في محله ومن الأفضل إلغاؤه.

المطلب الخامس

انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعى عليه أجنبي له موطن مختار في دولة الامارات

أشار المشرع الاماراتي في المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي إلى أنه ينعقد الاختصاص لمحكمة دولة في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان للمدعى عليه موطن مختار في الدولة، في توجه مماثل لما اخذت به مجموعة من التشريعات العربية، ومنها التشريع السعودي في المادة (25) من نظام المرافعات الشرعية السعودي رقم (21) لسنة 1421هـ.

لقد أجازت المادة (84) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية للأفراد اتخاذ موطن مختار في دولة الامارات لتنفيذ عمل قانوني معين، وذلك بضوابط معينة بيّنها متن المادة، وبتطبيق ذلك على مسائل الأحوال الشخصية فقد يتفق الزوجان على اتخاذ دولة الامارات موطناً مختاراً بكل ما يتعلق بنزاعاتهما، أو أن يتخذ فرد بإرادته المنفردة دولة الامارات موطناً مختاراً، كأن يتخذ شخص موطن محاميه كموطن مختار لمنازعات الأحوال الشخصية التي يكون طرفاً فيها.

يشير رأي في فقه القانون الدولي الخاص إلى أن الاخذ بالموطن المختار هو تطبيق لفكرة الخضوع الاختياري لمحكمة الدولة،⁽⁴¹⁾ حيث يعقد الخصوم الاختصاص لمحكمة الدولة.

ويرى الباحث أن المشرع الاماراتي بأخذه بهذا المعيار فإنه يكون قد وسع من نطاق

41 انظر أ.د. أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، الهامش رقم 5، ص 286.

ولاية القضاء الاماراتي في كل ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، فنجده يسعى إلى كل ما من شأنه سحب نزاعات مسائل الأحوال الشخصية لقضائه حتى لو كانت هناك اعتبارات أخرى يجب عليه أن يضعها في الحسبان، فاتخاذها للموطن المختار سبباً لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية قد يعتريه النقد في نقاط هي:

(1) هل اتخاذ الشخص لموطن مختار في دولة الامارات يعني وجود صلة وثقى بين النزاع ودولة الامارات؟ إن إجابة هذا السؤال تشير إلى أن مجرد اتخاذ الشخص لموطن مختار في دولة الامارات لا يعني بالضرورة وجود صلة أو مصلحة للأطراف في انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة الامارات، من ذلك أن يتزوج بريطانيين في دولة الامارات بعد أن اقاما فيها لمدة ستة أشهر، ثم غادراها إلى المملكة المتحدة بعد أن كانا اتفقا أثناء اقامتهما في دولة الامارات على اتخاذها موطناً مختاراً لكافة منازعاتهما، وبعد زواج دام (15) عاما أقاما خلالها في المملكة المتحدة قررا الانفصال، فهل من مصلحة الدولة هنا أن ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة الامارات، رغم عدم وجود اتصال واضح بين النزاع ودولة الامارات؟ وما هي مصلحة الأطراف في انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة الامارات؟ هذه الأسئلة يجب أن تؤخذ في عين الاعتبار قبل الحكم بانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات فقط لان دولة الامارات اتخذت موطناً مختاراً، خاصة أن القول بانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة لمجرد وجود موطن مختار للأطراف فيها يعني تكليف القضاء مزيداً من الدعاوى دون مصلحة واضحة.

(2) ماذا لو كان العمل القانوني الذي تم اتخاذ دولة الامارات موطناً مختاراً له ليس ذو صلة بنزاعات الأحوال الشخصية فهل ينعقد الاختصاص القضائي؟ مثلاً أن يبرم تاجر سوري وآخر مصري عقد لهما ويتفقان في العقد أن دولة الإمارات هي الموطن المختار لكل ما يتعلق بهذا العقد، ثم ثار نزاع بين التاجر السوري وزوجته المقيمة معه في لبنان حول نفقة الزوجية، فهل يجوز لهذه الزوجة أن ترفع دعاوها أمام القضاء الاماراتي على اعتبار أن لزوجها موطناً مختاراً في الدولة؟ قد تكون إجابة هذا السؤال منطقية بالقول إنه لا، ذلك أن الموطن المختار مرتبط بعمل معين وما دام هذا العمل ليس متعلقاً بمضمون الدعوى التي تقدمت بها الزوجة فإن الانعقاد لا ينعقد لمحاكم الدولة، وأرى انه كان من الأفضل لو أن المشرع الاماراتي نص صراحة على ذلك عند حديثه عن الموطن المختار بأنه يكون هذا الموطن متعلقاً بمضمون النزاع.

(3) ماذا لو تعدد الموطن المختار وتوزع بين أكثر من دولة ومنها دولة الامارات، فهل مجرد وجود أحد هذه المواطنين في دولة الامارات تبرر سحب الاختصاص القضائي

للمحاكم الإماراتية.

لكل ذلك أرى ان المشرع الاماراتي يجب أن يخلق نوعاً من المرونة في الاتجاه القائل بالأخذ بالمواطن المختار كسبب لانعقاد لاختصاص القضائي لمحاكم الدولة تبعاً لظروف كل واقعة والمصلحة التي يمكن أن تتحقق للأطراف.

على أنني وقبل أن اختتم هذه الجزئية أو الإشارة إلى انه من الأفضل لو أن المشرع الاماراتي أضاف هذا المعيار إلى المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية عوضاً عن المادة (6)، ذلك أن المواطن المختار هو صورة من صور المواطن وبالتالي هو أقرب لنص المادة (5) التي تقيم الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة متى كان هناك رابط بين شخص المدعى عليه وإقليم دولة الامارات.

المطلب السادس

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لقبول المدعى عليه الخضوع لهذا الاختصاص

تعرف هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات بالخضوع الاختياري للقضاء الاماراتي، وقد نص عليه المشرع الاماراتي في المادة (23) إجراءات مدنية، ولها ما يماثلها في التشريع المصري وفقاً لنص المادة (35) من القانون رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية

أما مضمون هذه القاعدة فهو أنه لو قام المدعي برفع الدعوى أمام المحاكم الإماراتية، ثم جاء المدعى عليه ولم يدفع بعدم الاختصاص فالاختصاص ينعقد للمحاكم الإماراتية ولو لم تكن مختصة أصلاً بنظر النزاع، وعلى ذلك فصاحب الكلمة الفصل هو المدعى عليه باعتبار أن المدعي هو من تقدم بالدعوى فقد قبل الاختصاص لا بل سعى له.

الجدير بالذكر أنه قد يرى البعض أن هذه القاعدة تعالج مسائل مرتبطة بالاختصاص الداخلي وليس الدولي، ولكن وفي ظل طريقة صياغة القاعدة وإيرادها بعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي، والإشارة في متنها أن المقصود عدم الاختصاص وفقاً للقواعد السابقة، إذا فهذه القاعدة مختصة بمسائل الاختصاص القضائي الدولي.

إلا ان تطبيق هذه القاعدة يثير عدة نقاط تتمثل في:

(1) هل تنطبق هذه القاعدة إذا كان محل النزاع عقار موجود بالخارج؟ لو تمعنا في المبررات التي ساقها المشرع الإماراتي لمنع اختصاص محاكم الدولة بنظر منازعات

العقارات الموجودة في الخارج على النحو المبين في المطلب السابع من هذا المبحث، لخلصنا إلى أن مفترضات مراعاة هذه الاعتبارات تجعلنا نرفض أن تختص محاكم الدولة بمنازعات العقارات خارج الدولة وان قبل المدعى عليه ذلك.⁽⁴²⁾

(2) هل تنطبق هذه القاعدة على حالات سلب القضاء الإماراتي اختصاصه؟ الإجابة على هذا السؤال هي النفي، حيث أن اختصاص القضاء مسألة من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي تختص الدولة بتقريرها،⁽⁴³⁾ على أنه ولتفعيل هذا الجانب بشكل فعال يجب ان تكون هناك رابطة بين القضاء الاماراتي والنزاع محل النظر، بحيث لا يلتجأ الأفراد إلى القضاء الاماراتي ويقبل به المدعى عليه بعد التنسيق مع المدعي لتحقيق أغراض معينة، كالاستفادة من الرسوم القضائية المخفضة، هذ الرابطة تفرض أن يكون هناك صلاحية للقضاء الاماراتي لتجاهل الاختصاص في حالة عدم وجود هذا الرابط، هذه الأداة المرنة غير موجودة في التشريع الحالي وهو ما نطالب المشرع بإضافته.

أخيراً أود التأكيد أن هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الاحوال الشخصية تنطبق على جميع دعاوى الأحوال الشخصية دون النظر إلى مضمون الدعوى.

المطلب السابع

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية في حال تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم له موطن أو محل عمل أو محل إقامة في دولة الامارات

أشار المشرع الاماراتي في المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي إلى أنه ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية في حال تعدد المدعى عليهم متى كان لأحدهم موطن أو محل عمل أو محل إقامة في الدولة.

هذا التوجه من المشرع الاماراتي جاء مماثلاً لذلك الذي أخذت به مجموعة التشريعات العربية ومنها التشريع الاردني في المادة (184) من القانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة 1953.

ومن صور تعدد المدعى عليهم في مسائل الأحوال الشخصية قيام أحد الوالدين

42 انظر أ.د. هشام صادق، أ.د. حفيظة السيد، المرجع السابق، الهامش رقم 4، ص 100.

43 انظر أ.د. عوض الله شيبه الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 455.

بمقاضاة أبنائه الموسرين جميعاً مطالباً إياهم بالنفقة وفقاً لنص المادة (82) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي. وتطبيق هذا المعيار يفترض أن الدعوى فيما يتعلق بجميع المدعى عليهم ستنظرها المحاكم الإماراتية بحيث يكون الحكم نافذاً في مواجهة الجميع.

على أنه إذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية لمحاكم دولة الامارات ليس بسبب أن أحد المدعى عليهم له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة، وإنما لأن دولة الامارات هي الدولة التي فتحت فيها التركة على سبيل المثال فإن الدعوى لا تكون سارية في مواجهة جميع المدعى عليهم وإنما فقط في مواجهة المدعى عليه المحدد.

إلا أنني أرى أنه من الأفضل في مثل هذه الحالة أن تكون الدعوى نافذة في حق المدعى عليهم وان تعددوا، ذلك أن العلة من عقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في حالة تعدد المدعى عليهم ولأحدهم موطن أو محل إقامة أو محل عمل، والعلة من عقدها لمحاكم الدولة في حالة تعدد المدعى عليهم وإن لم يكون لأحدهم موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة، العلة واحدة وهي توحيد الأحكام وضمان عدم تعارضها في ظل وحدة موضوع الدعوى.

أما السبب وراء موقف المشرع الاماراتي من اعتناق هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي فيتمثل في ضمان وحدة الاحكام الصادرة في ذات المنازعات وإن تعدد المدعى عليهم، خاصة أن موضوع الدعوى متطابق.⁽⁴⁴⁾

إلا أنه وبتدارس هذا النص يمكن أن نخلص لما يلي:

- (1) الحالات التي سبق بيانها من حالات انعقاد الاختصاص القضائي في حال ماذا كان للأجنبي موطن أو محل إقامة أو محل عمل أو موطن مختار في دولة الامارات، فتفترض أن المدعى عليه فرد وليس مدعى عليهم متعددين، وهذا ما يُفهم عندما أورد المشرع الاماراتي نصاً خاصاً بحالة تعدد المدعى عليهم.
- (2) يلحظ كذلك أن المشرع الاماراتي اشترط في حال تعدد المدعى عليهم لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات أن يكون ل احد المدعى عليهم موطن أو محل عمل أو محل إقامة في دولة الامارات دون الإشارة إلى الموطن المختار، أي لو كان المدعى عليهم متعددين ولأحدهم موطن مختار فقط في دولة الامارات فلا ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات، على عكس حالة ما اذا كان المدعى عليه فرد، ولم يتبين لي سبب هذا التوجه، ولماذا لا يمكن تطبيق ذات

التوجه في حال تعدد المدعى عليهم متى أحيط هذا التوجه بما تمت الإشارة اليه سابقاً من تعديلات وتحفظات عند الحديث عن معايير الموطن أو محل الإقامة أو محل العمل أو الموطن المختار، لذا فإنني كباحث أقترح أن يعيد المشرع الاماراتي النظر في هذه الصياغة ويضيف معيار الموطن المختار إلى معايير انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة الدولة في مسائل الأحوال الشخصية في حال ما اذا كان المدعى عليهم الأجانب المتعددون لأحدهم بإقليم الدولة.

على أن تطبيق هذا المعيار يتطلب توافر شروط معينة تتمثل في:

(1) أن يتساوى المدعى عليهم في مراكزهم القانونية:

يعني هذا الشرط أن يكون الأطراف متساوون من حيث صلاحيتهم ليكونوا مدعى عليهم،⁽⁴⁵⁾ من ذلك أن ترفع الأم دعوى نفقة على أبنائها جميعاً، في حين لا يكون هذه المعيار متحققاً لو قررت البنت غير المتزوجة مقاضاة كل من أمها وابيها بالنفقة، حيث لا تتساوى المراكز القانونية هنا، فالأم لا ينتقل لها الالتزام النفقة بموجب نص المادة (80) من قانون الأحوال الشخصية الا إذا كان الاب معسراً، لذلك فالاختصاص ينعقد هنا إذا كان للاب موطن أو محل إقامة أو محل عمل في دولة الامارات.

(2) أن لا يكون تعدد المدعى عليهم سورياً:

والهدف من هذا الشرط هو منع التحايل من قبل المدعي،⁽⁴⁶⁾ الذي قد يعتمد إلى مقاضاة مدع عليه معين بهدف عقد الاختصاص لمحكمة دولة الامارات، تحقيقاً لغاية معينة كالوصول إلى تطبيق قانون معين وفقاً لقواعد تنازع القوانين الإماراتية، ومن أمثلة هذا الوضع في مسائل الأحوال الشخصية قيام عجوز غير قادرة على الانفاق على نفسها ولا أولاد لها، بمقاضاة ابنة اختها وابن أخيها طالبة إياهما بالنفقة، وقد قامت بمقاضاة ابنة اختها بهدف اخضاع النزاع للاختصاص القضائي الدولي لمحكمة الدولة باعتبار أن تلك الفتاه مقيمة في دولة الامارات، هذا على الرغم من أن هذه الفتاه غير ملزمة بالإنفاق على العجوز وفقاً لنص المادة (84) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتية، وكان هدف العجوز تقريب مكان مباشرة التقاضي حيث انها تقيم في سلطنة عمان.

45 انظر د. أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، الهامش رقم 5، ص 274.

46 انظر المرجع السابق، ص 275.

3) ارتباط طلبات المدعي في مواجهة المدعى عليهم بشكل يبرر جلبهم أمام ذات المحكمة،⁽⁴⁷⁾ فمثلا لا يتصور تطبيق هذا المعيار عند مقاضاة شخصين أحدها بالنفقة والآخر بالحضانة على سبيل المثال لاختلاف موضوع الدعويين.

أخيراً أود الإشارة على أن المشرع الإماراتي لم يجب عن سؤال مدى تمتع محاكم دولة الإمارات بالاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في حال تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم مواطن، وأرى كباحث انه كان يجدر بالمشرع توضيح إجابة هذا السؤال، حيث اعتقد انه في مثل هذه الحالة فإن الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الإمارات ينعقد في مواجهة جميع المدعى عليهم، ذلك أن العلة من عقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في حالة تعدد المدعى عليهم ولأحدهم موطن او محل إقامة أو محل عمل، والعلة من عقدها لمحاكم الدولة في حال تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم مواطن في الدولة، هو ضمان وحدة الاحكام وعدم تعارضها، مع الاخذ في عين الاعتبار ما سبق ان بينته من ملاحظات حول الاعتداد بمعيار جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الثامن

استثناء دعاوى الأحوال الشخصية العينية الدولية المرتبطة بعقارات خارج الدولة من اختصاص محاكم دولة الامارات

وفقاً لما نص عليه المشرع الإماراتي في المادة (20) من قانون الإجراءات المدنية فإن القضاء الإماراتي غير مختص بنظر الدعاوى العينية العقارية التي تنصب على عقارات خارج الدولة حتى وإن كان المدعى عليه مواطناً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في دولة الإمارات، في استثناء واضح على حالات انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة اذا كان المدعى عليه مواطناً أو اجنبي له موطن أو محل إقامة في دولة الامارات، وتطبيق مبادئ لتوجه المشرع المصري في المادتين (28) و(29) من القانون رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، والمادتين (24) و(25) من النظام رقم (21) لسنة 1421هـ بشأن نظام المرافعات الشرعية.

والسؤال المطروح هو: هل ينطبق ذات الاستثناء في مجال الأحوال الشخصية في ظل عدم وجود نص مماثل في قانون الأحوال الشخصية؟

يعتقد الباحث انها هذا الاستثناء يمتد أيضاً إلى مسائل الأحوال الشخصية للأسباب

47 انظر المرجع السابق، ص 277.

التالية:

(1) قانون الأحوال الشخصية لم يأتي لإلغاء قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي، وإنما ليتكامل معه كما سبق وأن وضحت عند الحديث عن التقديم لهذه القواعد في المبحث الأول من هذه الدراسة، وبالتالي فالمسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية ونُص عليه في قانون الإجراءات المدنية يبقى سارياً ما لم يتعارض صراحة من نص في قانون الأحوال الشخصية، وهي الحالة غير المتحققة هنا على اعتبار أن قانون الأحوال الشخصية جاء خالياً من أي نص متعلق بالاستثناء محل البيان.

(2) على تقرير أن قانون الأحوال الشخصية لم يورد أي نصوص متعلقة بانعقاد الاختصاص الدولي في مسائل الأحوال الشخصية، وأن مصدر هذه القواعد هو فقط قانون الإجراءات المدنية، فالنص المتعلق بهذا الاستثناء في قانون الإجراءات المدنية جاء عاماً غير مرتبط بنوع دون آخر من المنازعات الخاصة، مما يعني أنه محل تطبيق في منازعات الأحوال الشخصية الدولية.

(3) تماشياً مع توجه المشرع الإماراتي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث نص صراحة في المادة (18) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار.

(4) أن العلة من هذا الاستثناء والتي سأليناها فيما يلي من سطور متوفرة سواء فيما يتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية أو غيرها من المنازعات الدولية الخاصة، بصورة تبرز تطبيق الاستثناء حتى في منازعات الأحوال الشخصية الدولية.

وعلى ذلك لو رفعت دعوى متعلقة بإنفاذ وصية على عقار في الخارج وكان المدعى عليه مواطناً إماراتياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة في دولة الامارات، فالاستثناء يطبق ولا تختص محاكم الدولة بنظر النزاع.

أما فيما يتعلق بمبررات تطبيق هذا الاستثناء فإنها تتمثل في سهولة اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالعقار، وكذلك سهول تنفيذ الاحكام المتعلقة به، ذلك أن العقار جزء رئيسي من المنظومة الإقليمية للدولة التي تخضعها لقانونها وإجراءاتها، خاصة أن من الإجراءات ما يصعب تنفيذه إلا في دولة وجود العقار كإجراءات الحجز التحفظي وما الى ذلك.⁽⁴⁸⁾

على أن تطبيق هذا الاستثناء يثير نقطتين رئيسيتين هما:

(1) قد يثور تساؤل حول مدى تطبيق هذا الاستثناء في حالة ما إذا كان المدعى عليه

48 انظر في ذلك أد. عوض الله شعبة الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 413.

في الدعوى العينية العقارية المتعلقة بعقار في الخارج له محل عمل في الدولة، ذلك أن محل العمل لم يذكر في قانون الإجراءات المدنية الذي ورد فيه الاستثناء ولكنه موجود في قانون الأحوال الشخصية، وبالنسبة لي كباحث أرى بامتداد تطبيق الاستثناء حتى في هذه الحالة لتشابه العلة والتسبيب في كلا الحالتين.

(2) تطبيق هذا الاستثناء يثير تساؤل حول مدى تطبيقه إذا ثبت الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة لسبب آخر غير كون المدعى عليه مواطناً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة في الدولة، وكانت الدعوى عينية متعلقة بعقار في الخارج. حيث جاءت صياغة هذا الاستثناء متعلقة بكون المدعى عليه مواطناً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة في الدولة، وفي اعتقاد الباحث أنه يجب أن يمتد تطبيق الاستثناء في جميع الدعاوى المتعلقة بعقار في الخارج بغض النظر عن سبب انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية، لتوفر العلة في جميع هذه الحالات والتي تبرر عدم اخضاع المنازعات العينية العقارية لمحاكم الدولة.

وعليه واستناداً لهاتين النقطتين فيني أرى وجود حاجة لتعديل القانون للإشارة صراحةً إلى أن جميع الدعاوى العينية العقارية التي تنصب على عقار في الخارج يجب أن تخضع لهذا الاستثناء بغض النظر عن سبب انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها.

المبحث الثالث

قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية المبنية على وجود صلة بين المدعى وإقليم دولة الامارات

تمهيد وتقسيم:

بعد أن بينت في المطلب السابق حالات انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية اذا كان للمدعى عليه رابط بإقليم دولة الامارات سواء اتخذ هذا الرابط شكل الجنسية، أو الموطن، أو محل الإقامة، أو محل العمل، أو موطناً مختاراً أو مبني على موافقة المدعى عليه على انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، سأنتقل فيما يلي من وريقات للحديث عن الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات لأسباب واعتبارات متعلقة بالمدعي وصلته بإقليم الدولة وليس المدعى عليه، حيث أنه في جميع الحالات التي سأتناولها خلال هذا المبحث لا يوجد للمدعى عليه رابط بإقليم الدولة أياً كان شكل هذا الرابط.

إن القارئ لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية التي

تبناها المشرع الاماراتي والمؤسسة على اعتبارات متعلقة بالمدعي وعلاقته بإقليم الدولة يظهر له أنه يمكن تقسيمها إلى قسمين، الأول القواعد العامة التي تشمل جميع منازعات الأحوال الشخصية، وثانياً القواعد الخاصة المتعلقة بأنواع معينة من هذه المنازعات، وعليه فإنه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول سيتناول القواعد العامة ثم بعد ذلك القواعد الخاصة بأنواع معينة من منازعات الأحوال الشخصية.⁽⁴⁹⁾

المطلب الأول

القواعد العامة لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية والمبنية على اعتبارات متعلقة بالمدعي

أشار المشرع الاماراتي في نص الفقرة (5) من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي إلى أن الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات ينعقد في مجمل مسائل الاحوال الشخصية التي لا يكون للمدعى عليه رابط بإقليم الدولة اذا ما توافرت أربعة فروض، الأول فرض كون المدعي مواطناً إماراتياً والمدعى عليه ليس له موطن أو محل إقامة معروف في الخارج، والثاني في فرض أن يكون للمدعي موطن أو محل إقامة معروف في الدولة وذلك في حال لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معروف في الخارج، أما الفرض الثالث فهو فرض أن يكون المدعي مواطناً وأن يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق حتى وإن كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة أو محل عمل معروف في الخارج، والفرض الرابع أن يكون المدعي أجنبياً له موطن أو محل إقامة، أو محل عمل في الدولة متى كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، حتى وإن كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة أو محل عمل معروف في الخارج.

هذه الفروض الأربعة لها ما يطابقها في تشريعات الكثير من الدول، منها التشريع المصري وفقاً للبند (7) من المادة (30) من القانون رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، والبند السادس من المادة (15) من المرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني.

على أنه وقبل تناول هذه الفروض الأربع بالبيان فإنه من فريضة القول التأكيد أن هذه الفروض تمثل الملاذ الأول الذي يسعى القاضي الاماراتي من خلاله لاختبار مدى

49 تناول هذه الحالات بالدراسة قد يثير تعريف بعض المصطلحات كالمقصود بالمواطن أو الأجنبي أو المواطن وغيرها، ومنعاً للتكرار فإني أحيل القارئ لما سبق بيانه من تعريف لهذه المصطلحات عند الحديث عنها في المطلب الأول، كما أني أحيل القارئ لذات الإشكاليات التي يثيرها تطبيق بعض المعايير المتطابقة مع ما جاء في المبحث الأول منعاً للتكرار.

انعقاد اختصاصه القضائي الدولي بنظر مسائل الأحوال الشخصية الدولية في حالات انطباق الاختصاص لاعتبارات تعود للمدعي، فإذا تحقق من عدم توافر شروط تطبيق هذه الفروض انتقل لاختبار توافر الحالات الأخرى التي نص عليه المشرع الاماراتي، كما يجب التأكيد أن تكييف المسألة الماثلة أمام القاضي أنها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية والتي تبرر تطبيق هذه الفروض هي مسألة من مسائل التكييف التي تخضع لقانون دولة الامارات وفقاً لنص المادة (10) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

الفرع الاول

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعي مواطناً والمدعى عليه ليس له موطن أو محل إقامة معروف في الخارج

سبق أن بينا أن المشرع الاماراتي عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية متى كان المدعى عليه مواطناً، وها هو هنا يقرر ايضاً انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات متى كان المدعي مواطناً، ولكنه اشترط هنا ألا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معروف في الخارج، بصورة تؤكد أن انعقاد الاختصاص القضائي لكون المدعي مواطناً هو استثناء يُطبق فقط إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معروف في الخارج.

والسؤال الذي يتبادر منطقياً للذهن هو ما هو سبب تقرير هذا الاستثناء؟

يشير شراح قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الإمارات إلى أن تقرير هذا الاستثناء يرجع لسببين رئيسيين هما:

- 1) الحيلولة دون انكار العدالة في الحالات التي لا ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم أي دولة أخرى إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في الخارج، أي أن هذا الحكم من أحكام انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات يعمل كحكم احتياطي عندما يتعذر تحديد موطن أو محل إقامة للمدعى عليه.⁽⁵⁰⁾
- 2) منح المدعي المواطن نوع من الحماية من خلال تسهيل مهمته في تحديد المحكمة التي يستطيع فيها مقاضاة المدعى عليه متى صعب انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة أخرى.⁽⁵¹⁾

50 انظر أ.د. عوض الله شبيبة الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 417

51 انظر المرجع السابق، ص 419.

وعلى ذلك فإن الاخذ بهذا المعيار له ما يبرره وما يجعله جيداً بالاعتناق، إلا أنني أود أن أضيف أنه في حال كان المدعي متعدداً للجنسية، وكانت جنسية دولة الامارات هي إحدى الجنسيات التي يحملها، فإن على القاضي عدم التسرع بالحكم بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مثل هذه الظروف إلا بعد أن يتأكد من وجود صلة وثقى بين المدعي ودولة الامارات، وأنه لا ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة لها ارتباط أوثق بالنزاع، والقول بغير ذلك سيجعل المدعي متساهلاً باحثاً عن ما يخدم مصلحته باتخاذ من الظروف ما يبرر عقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة حيث يقيم في الغالب.

ويبقى السؤال هل ينعقد الاختصاص إذا كان المدعي مواطناً والمدعى عليه ليس له موطن أو محل إقامة أو محل عمل معروف في الخارج ولكن له موطن مختار معروف؟ في اعتقاد الباحث أنه في مثل هذه الحالة فإنه لا ينعقد الاختصاص القضائي للدولة حيث زالت العلة التي بمقتضاها انعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، حيث يوجد معيار أخذت به الكثير من الدول لعقد الاختصاص القضائي لمحاكمها، وهو الموطن المختار الذي يمكن التعويل عليه لتحديد دولة أخرى غير دولة الامارات، وذات الحديث ينطبق على محل العمل، فلو وجد للمدعى عليه محل عمل معروف في الخارج فلا ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة اعتماداً على صريح النص.

الفرع الثاني

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعي أجنبي له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة والمدعى عليه ليس له موطن أو محل إقامة معروف في الخارج

جاء هذا الفرض الذي أخذ به المشرع الاماراتي استجابةً لذات مبررات تطبيق الفرض السابق، وبالتالي فإنه تنطبق عليه ذات الملاحظات التي أوردتها فيما يتعلق بالفرض السابق من حيث عدم النص على الموطن المختار ومحل العمل للمدعى عليه في الخارج.

ولقد اشترط المشرع الاماراتي لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في هذه الحالة أن يكون للمدعي موطن أو محل إقامة أو محل عمل، كما يجب أن لا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معروف في الخارج، دون اشتراط ان تكون دولة الإقامة هي ذاتها دولة الجنسية، ويمكن الاستدلال على وجود موطن معروف للأجنبي خارج الدولة بدلائل خارجية ومنها على سبيل المثال سبق مقاضاته في عنوان محدد خارج الدولة، واجابته لهذا التقاضي، وهذا ما أكدته محكمة نقض أبوظبي في الطعن رقم 929 - لسنة 2009، حيث أكدت أن لكون المطعون ضدها عنوان ثابت خارج الدولة وقد تم اعلان صحيفة الدعوى

على هذا العنوان، وان كان هذا العنوان يختلف عن دولة جنسيتها، فإن الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة لا ينعقد.

على أنني أرى أن يضيف المشرع الإماراتي الموطن المختار ضمن أنواع الموطن التي يعتد بها للحكم بوجود صلة بين المدعي وإقليم دولة الامارات، وذلك للاتفاق في العلة، على أنه يجب أن يراعى في ذلك ما سبق بيانه من ملاحظات على الاخذ بفكرة الموطن المختار عند الحديث عنه ضمن حالات انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان للمدعي عليه موطن مختار في الدولة.

الفرع الثالث

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية لكون المدعي مواطناً وكان القانون الإماراتي هو القانون واجب التطبيق

أشار المشرع الاماراتي في البند الخامس من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي إلى انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية متى كان المدعي مواطناً بشرط أن يكون القانون الاماراتي هو القانون واجب التطبيق.

ولعل السبب وراء الأخذ بهذا المعيار يتمثل في حسن تطبيق القانون واجب التطبيق،⁽⁵²⁾ حيث تشير قواعد تنازع القوانين الإماراتية في المادة (14) من قانون المعاملات المدنية أنه لو كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد عقد الزواج فالقانون الاماراتي هو الواجب تطبيق، وعلى ذلك فإن خضوع الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات سيضمن حسن تطبيق هذا القانون.

إلى أنني كباحث أرى أن هذا المعيار يحتاج إلى إعادة نظر لأسباب هي:

(1) مرحلة تحديد القانون واجب التطبيق هي مرحلة لاحقة على بسط الاختصاص القضائي للدولة، فكيف يمكن للقاضي أن يتحقق أن القانون الإماراتي هو القانون واجب التطبيق ما لم يبسط ولايته على النزاع أولاً، أي أن القاضي لن يستطيع معرفة القانون واجب التطبيق إلا بعد انعقاد الاختصاص القضائي له والسير في نظر الدعوى ودراستها، قد يقول قائل أن القانون واجب التطبيق في مثل هذه الحالة معروف مسبقاً ولا يحتاج إلى تأويل دام أن المدعى عليه مواطن فالاختصاص منعقد للقانون الإماراتي بحكم النص الموضوعي للمادة (14) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، وبالتالي لن يكون للقاضي دور في البحث حول اختصاص قانون آخر،

52 انظر أ.د. هشام صادق و أ.د. حفيظة السيد، المرجع الأسبق، الهامش رقم 4، ص 71.

والرد على هذا يتمثل في أن مسائل الأحوال الشخصية لا تقتصر على مسائل الزواج وآثاره وانفصال عراه، وهي المسائل التي تعلق بها الحكم الوارد في نص المادة (14) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، حيث أنها تشمل مسائل اخرى كالميراث والوصية والنفقة بين الأقارب وغيرها من المسائل التي لا تخضع لنص المادة (14) والتي قد يكون القانون واجب التطبيق عليها قانون غير القانون الاماراتي رغم أن أحد الطرفين مواطن اماراتي، هذا يعني أنه يجب على القاضي أن ينظر في النزاع ويدرسه قبل تحديد القانون واجب التطبيق وهنا تكون المفارقة، بل إن نص المادة (14) في حد ذاته استثنى شرط الأهلية للزواج الذي يبقى خاضعاً للأحكام المتعلقة به في شأن تحديد القانون واجب التطبيق، الامر الذي يعني أن هذا الشرط سيخضع لقانون كل من الزوج والزوجة وفقاً لنص المادة (12) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي (الشروط الموضوعية للزواج)، فكيف يمكن للقاضي اذا عرض عليه نزاع متعلق بنزاع بين زوجة تحمل جنسية دولة أجنبية وزوجها الاماراتي أن يقول أن القانون الاماراتي منفرد هو القانون واجب التطبيق بصورة تعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة؟ أضف إلى ذلك أن خطوات الفصل في منازعات القانون الدولي الخاص لا تتطلب من القاضي النظر في مضمون القانون التي لا تعني للقاضي الكثير إلا بعد تعيين القانون واجب التطبيق، فمثلا في مسائل الإحالة، إذا كان المشرع الاماراتي يأخذ بالإحالة فإن على القاضي الاماراتي أن ينظر في قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي حتى لو كانت هذه القواعد ستشير إلى تطبيق ذات القانون الأجنبي، ولا يمكن القول في هذه الحالة أن القاضي لم يأخذ بالإحالة، لان النظر في قواعد الاسناد الخاصة بقانونه أو تلك الخاصة بالقانون الأجنبي ستشير إلى ذات القانون.

(2) بالإضافة إلى ذلك فهل مجرد كون القانون الاماراتي هو القانون واجب التطبيق يجعل من النزاع نزاعاً وثيق الصلة بدولة الامارات مما يبرر تطبيقه؟ فمثلا لو أن بريطانياً (من أصل عربي) مقيماً في المملكة المتحدة متزوج بإمارتية مقيمة معه هناك، ثم ثار نزاع بينهما حول النفقة التي تطالب بها الزوجة، فإنه في مثل هذه الحالة اختصاص قانون الامارات بحكم النزاع قد يكون محل انتقاد على الرغم من أن المشرع الاماراتي يعقد الاختصاص التشريعي للقانون الاماراتي في هذه الحالة، ذلك أن الصلة بين القانون الاماراتي والنزاع ضعيفة مقارنة بالصلة بين النزاع والقانون الإنجليزي، ذات الحديث ينطبق على الاختصاص القضائي، حيث أن النزاع اكثر صلة بالمملكة المتحدة منه إلى دولة الامارات.

لكل ما سبق فإني أرى أنه من الأفضل لو ان المشرع الاماراتي تخلى عن هذا المعيار من معايير تحديد الاختصاص القضائي.

الفرع الرابع

**انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية
لكون المدعي أجنبيًا له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في دولة الامارات وكان
القانون الإماراتي هو القانون واجب التطبيق**

للحيلولة دون التكرار فإني أحيل القارئ إلى ما تمت اثارته من نقاط حول متطلبات تطبيق هذا الفرض والتي تمت اثارته في المواضيع السابقة.

المطلب الثاني

**القواعد الخاصة لانعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة في مسائل الأحوال
الشخصية والمبنية على اعتبارات متعلقة بالمدعي**

بعد أن تناولت الدراسة في المطلب السابق القواعد العامة لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية بالنظر إلى علاقة المدعي بدولة الامارات، فإن هذا المطلب سيتناول القواعد الخاصة بأنواع معينة من منازعات الأحوال الشخصية والتي ينعقد الاختصاص القضائي فيها لمحكمة الدولة بالنظر إلى علاقة المدعي لإقليم الدولة.

الفرع الأول

**انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في الدعاوى المتعلقة بفسخ
عقد زواج، أو بطلانه أو بالطلاق أو بالتطليق لكون المدعية زوجة مواطنة أو زوجة
فقدت جنسية الدولة متى كان لأي منهما موطن أو محل إقامة في الدولة**

قرر المشرع الإماراتي في الفقرة في البند الثاني من المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية انعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة في دعاوى انتهاء رابطة الزواج متى توافرت شروط معينة إذا كانت الدعوى مرفوعة من زوجة مواطنة أو زوجة فقدت جنسية الدولة متى كان لأي منهما موطن أو محل إقامة في الدولة، حيث يهدف المشرع الى تسهيل إجراءات التقاضي على الزوجة، فلا تضطر لمتابعة الزوج أينما ذهب.

على أن تطبيق هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي تتطلب ما يلي:

(1) أن تكون الدعوى متعلقة بفسخ عقد الزواج أو بطلانه أو بالطلاق أو بالتطليق، والواضح هنا أن المشرع الاماراتي قصر حالات نظر الدعوى على صور انفصال عرى

الزواج وفقاً للقانون الإماراتي المأخوذ من الشريعة الإسلامية، وكان الأجدر به مراعاة حالات انفصال عرى الزواج الموجودة في غير الشريعة الإسلامية ومنها الانفصال الجسماني، بل إنه حتى في مجال الشريعة لم يشير إلى الخلع باعتباره صورة من صور انفصال رابطة الزواج، لذلك كان من الأسلم ومراعاة للأسر المقيمة في دولة الإمارات والتي تختلف دياناتها، وبالتالي تختلف صور ومبررات فرقة الزواج بينها، لو أنه لم يعلق صور فرقة الزواج التي تبرر انعقاد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية على الحالات التي حددها في النص فقط.

(2) ان تكون المدعية زوجة مواطنة أو مواطنة فقدت الجنسية الإماراتية:

القارئ لهذا الشرط يظهر له أنه تضمن فأتين، الألى هي المدعية المواطنة، والثانية هي الأجنبية التي كانت تحمل جنسية الدولة، والسؤال الهام هنا هو لماذا لم يخضع المشرع الزوجة التي فقدت جنسية الدولة للحكم الوارد في الفرض الثاني أدناه والذي يتناول الزوجة الأجنبية التي لها موطن أو محل إقامة في الدولة، رغم ان كلاهما تعتبر اجنبية، والسبب في ذلك انه في الحالة الثانية المشرع اشترط أن يكون للزوج موطن أو محل إقامة أو محل عمل سالك في الدولة وهو ما لم يشترطه هنا من بابل التسهيل على هذه الفئة من الزوجات.

ولكن يبقى السؤال لماذا عمد المشرع الإماراتي إلى منح الزوجة التي كانت تحمل جنسية الدولة مثل هذه الضمانة. يرى الباحث أن المشرع الإماراتي اعتبر أن هذه المرأة قد تكون فقدت جنسية الدولة ليس لعدم الرغبة فيها، ولكن لاعتقادها بوجود مصلحة أكبر، من ذلك تغيير الزوجة الإماراتية جنسيتها لتكتسب جنسية زوجها الذي تقيم معه في الخارج، أو أن تفرض دولة الزوج جنسيتها على الزوجة الإماراتية، وبالتالي لم ينظر المشرع لحالات فقدان الجنسية على أن منبعها الزهد في الجنسية الإماراتية، خاصة أن هذه المرأة من الممكن أن تسترد الجنسية الإماراتية وفقاً لقواعد الاسترداد الواردة في قانون الجنسية الإماراتية.

على أنني أقترح على المشرع عدم جعل هذا المعيار معياراً جامداً بل منحه مرونة تسمح للمحكمة بهجر اختصاصها متى تحقق لها أن الصلة التي تربط الدولة بالنزاع ضعيفة مقارنة بها في مواجهة دول أخرى.

كذلك من المهم التنويه هنا أن المشرع الإماراتي اشترط ان تكون المدعية هي الزوجة، وعليه لو أن ولي الزوجة تقدم بدعوى لفسخ عقد زواجها وفقاً لنص المادة (24) أحوال شخصية فلن ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، وأرى انه من الأفضل لو أن المشرع لم يشترط أن تكون الدعوى مرفوعة من الزوجة تسهيلاً عليها حتى لو كان وليها مثلاً هو من رفع الدعوى، وذات الامر ينطبق على الحالة المذكورة في الفرض المبين في الفرع

الثاني من هذا المطلب.

(3) أن يكون لأي من الفئات المشمولة بهذا النص موطن أو محل إقامة في الدولة:

الملاحظ في هذا الشرط ان المشرع تطلب أن يكون للمواطنة موطن أو محل عمل في الدولة، إلا أنه لم يتطلب أن يكون لها محل عمل او موطن مختار، وأعتقد أنه ونظرا لتشابه العلة فإنه من الأفضل تطبيق ذات القاعدة من قواعد الاختصاص إذا كان للزوجة موطن مختار في الدولة مع مراعاة متطلبات المرونة في الاخذ بهذه المعايير، على النحو السابق بيانه عند الحديث عن الموطن المختار في المبحث السابق من هذه الدراسة.

الجدير بالذكر أن هذا الموضوع هو الموضوع الوحيد الذي ربط فيه المشرع الاماراتي بين اشتراط التمتع بجنسية الدولة وشرط التوطن فيها كسبب لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكمها، ولعل السبب في ذلك ضمان أن يكون هناك صلة وثقى بين النزاع ودولة الامارات بصورة تبرر انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكمها، وهو توجه محمود وان كان ما يزال جامداً يحول دون خلق سلطة تقديرية للمحكمة للبت بعدم اختصاصها متى تحقق لها ان النزاع أكثر صلة بدولة أخرى.

الفرع الثاني

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في الدعاوى المتعلقة بفسخ عقد زواج، أو بطلانه أو بالطلاق أو بالتطليق لكون المدعية زوجة لها موطن أو محل إقامة في الدولة، والمدعى عليه زوجها الذي كان له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة، متى كان الزوج قد هجر الزوجة واتخذ موطناً خارج الدولة أو أبعد عنها

جاءت هذه القاعدة لتحقيق ذات الغايات التي أرادت تحقيقها القاعدة السابقة والمتعلقة بالتسهيل على الزوجة كي لا تضطر لتتبع الزوج لمعرفة أين ترفع دعاواها عليه. من قراءة هذا الفرض يتضح لنا أن شروطاً خمسةً وضعها المشرع الاماراتي لانعقاد الاختصاص القضائي في هذه الحالة تتمثل في:

- (1) ان تكون الدعوى متعلقة بفسخ عقد الزواج أو بطلانه أو بالطلاق أو بالتطليق: وأحيل القارئ لما سبق بيانه حول هذا الشرط في الفرض السابق منعاً للتكرار.
- (2) أن تكون الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن أو محل إقامة في الدولة: وأحيل القارئ لما سبق بيانه حول هذا الشرط فيما سبق بيانه من نقاط حول مفاهيم الموطن ومحل الإقامة.

(3) أن تكون الدعوى مرفوعة على الزوج الذي كان له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة:

يمثل هذا الشرط واحداً من أوجه الاختلاف عن الفرض السابق، حيث أن المشرع الاماراتي افترض أن الأجنبية التي لم يسبق لها أن تمتعت بجنسية الدولة لن تقيم في الدولة إلا مرتبطة بزوجها وهو ما يبرر انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم الإماراتية، ولكن كنت أتمنى على المشرع إضافة الموطن المختار إلى صور الارتباط السابق بالإقليم الاماراتي، مع مراعاة المرونة في الاخذ بالموطن المختار على النحو المبين عند الحديث عنه في المبحث الثاني.

مع التأكيد أنه لو كانت الزوجة مقيمة أو متوطنة في الدولة ولم يسبق لزوجها الإقامة أو التوطن أو اتخاذ الدولة محلاً للعمل فإن هذا الشرط لا يتحقق، وهو أمر منطقي في هذه الحالة، فلا يفرض على المدعى عليه اختصاص قضاء لم تربطه به أي رابطة تبرر خضوعه له.

(4) أن يكون الزوج قد هجر زوجته:

ونلاحظ هنا أن المشرع الاماراتي استخدم لفظ الهجر، وهو ما يعني لأغراض انعقاد الاختصاص القضائي ألا يكون للزوج نية لإعادة الإقامة مع زوجته، أي ألا يكون الوضع مؤقتاً، ولكن دائم، وهو ما يبرر انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة تسهيلاً على هذه المرأة التي أضحت وحيدة في دولة اقامتها بعد أن تركها زوجها مهجورة، فتحتاج لتحديد حالتها واستقرارها بالحكم بانحلال عقد زواجها مع الزوج أو بقائها على ذمته.

أما لو كان بعد الزوج عنها ليس بقصد الهجر وإنما استجابة لظروف متعلقة بتجديد إقامته على سبيل المثال، فإني كباحث أعتقد بعدم اختصاص القضائي في هذه الحالة.

(5) أن يكون الزوج اتخذ بإرادته المنفردة موطناً خارج الدولة أو أبعد عنها:

هذا الشرط من شروط هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة يفترض أمرين، إما ان الزوج أجبر على ترك الدولة بالإبعاد، أو انه بإرادته قرر اتخاذ موطناً أو محل عمل أو محل إقامة خارج الدولة، والفرق أن حالة الإبعاد لا تعني بالضرورة أن الزوج اتخذ من الدولة التي أبعد إليها موطناً أو محل عمل أو محل إقامة، وفي اعتقاد الباحث أن الحديث عن الإبعاد تزيد من قبل المشرع أو وجد ارتباكاً أكثر منه ضبطاً، ذلك أن المبعد إذا لم يتخذ من الدولة المبعد إليها موطناً أو محل إقامة أو محل عمل فيكون غير معروف الموطن أو محل الإقامة أو محل العمل فيكون الاختصاص مبني على القواعد العامة الواردة في البند الخامس من المادة (6) أحوال شخصية، أما اذا اتخذها كذلك فهو داخل في

جملة الزوج الذي اتخذ موطناً أو محل إقامة أو محل عمل خارج الدولة.

أضف إلى ذلك فإن استخدم كلمة المبعد أثرت في تفسير الشرط السابق الخاص بالهجر، فالمبعد لم يهجر زوجته رغباً في ذلك ولكن مجبراً، مما يجعل مصطلح الهجر غير منضبط، فالزوج أبعد عن زوجته ولم يهجرها بإرادته المنفردة، فهل يكون ذلك مبرراً لانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، أي هل عله انعقاد الاختصاص القضائي في هذا الطرف تكون متوفرة، فالزوجة في مثل هذه الحالة ليست في حالة ضعف والاجدر بها متابعة زوجها أينما ذهب، والقول بغير ذلك يعني يفتح باباً للتساهل من قبل الزوجات.

المبحث الرابع

قواعد انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية بالنظر إلى موضوع الدعوى

تمهيد وتقسيم:

بعد أن تناول البحث فيما سبق من صفحات قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات بالنظر إلى وجود علاقة بين المدعى عليه وإقليم الدولة، ثم بالنظر لوجود مبررات متعلقة بالمدعي وارتباطه بإقليم الدولة، يأتي دور هذا المبحث لدراسة قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة والمبنية على ظروف وعوامل مرتبطة بالدعوى في حد ذاتها وليس أطرافها، حيث ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة وإن لم يكن للأطراف ارتباط بإقليمها في تسع أنواع من منازعات الأحوال الشخصية، هذه التسع أنواع من الدعاوى التي نص عليها المشرع الاماراتي هي موضوع هذا المبحث.

المطلب الأول

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بمنازعات معارضة الزواج المراد إبرامه في الدولة

يقصد بدعوى معارضة الزواج تلك الدعاوى التي ترفع بهدف الحيلولة دون إبرام عقد زواج معين، كأن يعترض ولي المرأة على عقد الزواج المراد إبرامه في امارة دبي بسبب وجود مانع من موانع الزواج، والأخذ بهذا المعيار له تطبيقات في كثير من التشريعات العربية منها المادة (27) من النظام رقم (21) لسنة 1421هـ بشأن نظام المرافعات الشرعية

السعودي، حيث تكمن العلة وراء انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مثل هذا الحالة إلى عدة مبررات هي:

أولاً: التسهيل على الأطراف، حيث أنه ولما كان العقد سيبرم في دولة الامارات، لذلك فإنه من باب التسهيل على المتعاقدين وغيرهم من الأطراف أن تكون محاكم دولة الامارات هي الأولى بنظر النزاع المتعلق بإبرام العقد للتحقق من استيفاء العقد لشروط وأركان الانعقاد، خاصة أن دول العالم تعتد بمكان إبرام عقد الزواج كأحد ضوابط الاسناد المتعلقة بمسائل الزواج لذلك من المهم أن يكون العقد صحيحاً وفقاً لقانون دولة الابرام.⁽⁵³⁾

ثانياً: مراعاة الوضع في دولة الامارات التي تضم عدداً كبيراً من الأسر والتي تبرم عقود زواج بشكل يومي، وبالتالي منح القضاء الاماراتي ولاية البت في كافة منازعات معارضة الزواج يسهل على الأسر التداعي أمام القضاء، ويسرع من الفصل في أي مسائل تحول دون إبرام عقد الزواج، ويجعل القضاء الاماراتي أكثر تجاوباً مع احتياجات المجتمع.⁽⁵⁴⁾

ثالثاً: لما كان العقد سيبرم في الامارات وبالتالي فإنه سيوثق فيها وبالتالي فإن القضاء الاماراتي هو الاقدر على البت في أن عقد الزواج قد استوفى شروط التوثيق، وهو ما لن يتمكن من الاضطلاع به ما لم يختص القضاء الاماراتي بنظر كافة منازعاته.⁽⁵⁵⁾

على أنني أود التأكيد على أن انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في هذه الحالة دون الاعتداد بمعايير مرتبطة بالمدعي أو المدعى عليه لا يعني الاخلال بمبدأ اشتراط وجود صلة وثقى بين النزاع ودولة الامارات، ذلك أن العنصر الهام ذو الثقل والذي بني عليه الاختصاص هنا هو العقد ذاته وليس الأطراف، مما يعني أن الصلة الوثقى يجب أن تكون بين العقد ودولة الامارات.

ولقد اشترط المشرع الاماراتي لإنفاذ هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي شرطين رئيسيين، الأول أن يكون العقد يراد إبرامه في دولة الامارات، والثاني أن تكون الدعوى متعلقة بمعارضة في إبرام عقد الزواج.

فيما يتعلق بالشرط الأول فإنه من المهم التمييز بين مصطلح الابرام ومصطلح التوثيق، فالإبرام مرتبط بنشأة العقد، وهو أساس ولادة هذا العقد، حيث تهدف دعوى معارضة الزواج إلى وقف إبرام عقد الزواج، أما التوثيق فهو مرحلة لاحقة على إبرام عقد الزواج، ويهدف لإثبات عقد الزواج والاعتداد به، ودعوى المعارضة تهدف في هذه الحالة إلى

53 وهذا ما أخذ به المشرع الاماراتي في المادة (12) معاملات مدنية، حيث بين ان عقد الزواج يقع صحيحا شكلا إذا تم وفق الأوضاع التي قررها قانون مكان إبرام العقد.

54 انظر أ.د. عوض الله شبيبة الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 422.

55 انظر الرجوع السابق ص 423.

منع التوثيق وليس الابرام، حتى لو أبرم العقد صحيحاً في الخارج.

هذا التمييز يدفعنا للتساؤل حول مدة اختصاص القضاء الاماراتي بنظر دعوى معارضة زواج من المتوقع ابرامه خارج الدولة ولكن توثيقه في الدولة؟ بالنظر إلى صريح النص بالإجابة هي لا، بمعنى أن دعوى المعارضة إذا كانت مرتبطة بمنع توثيق العقد لا ابرامه فالقاعدة محل الدراسة لا تنطبق، وهذا ما قد لا يتناسب مع الهدف من هذه القاعدة، التي تبتغي التسهيل على الأطراف والموثق، حيث أنه ولما كان العقد سيوثق في الدولة وإن أبرم خارجها، فمن المنطقي أن يختص القضاء الاماراتي بالفصل في كل ما يتعلق بهذا الزواج ومعارضته، لذلك أرى انه كان من الاصوب لو ان المشرع نص على التوثيق عوضاً عن الابرام، خاصة أن توثيق عقود الزواج المنعقدة في دولة الاماراتي الزامي بموجب نص المادة (27) أحوال شخصية، أي أن الابرام لن يعتد به ما لم يتم توثيق العقد، فكأن التوثيق أضحى هو الابرام، ويمكن الجمع بين المصطلحين إقامة للحجة ومنعاً لأي تأويل يقوض من دور هذه القاعدة، وهذا هو مسلك قانون الإجراءات المدنية الاماراتي قد نص على " التوثيق " والابرام" عند بيانه لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في المادة (21).

أما فيما يتعلق بالشرط الثاني فإنه من نافلة القول بيان أن الدعوى إذا كانت متعلقة بعقد الزواج ولكنها ليست دعوى معارضة فإنه تخرج من نطاق تطبيق هذا المعيار، كدعاوى فسخ عقد الزواج أو بطلانه.

المطلب الثاني

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بنفقة زوجة أو والدين أو قاصر متى كان لهم موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة

هذا النص في التشريع الاماراتي والذي يعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في دعاوى النفقات هو توجه مشابه لذلك الذي اعتنقه المشرع المصري في المادة (30) من القانون رقم 13 لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وتتمثل الحكمة من اتخاذ المحاكم الاماراتية اختصاصاً دولياً خاصاً في مجال دعاوى النفقة على النحو المبين في التسهيل على هذه الزوجة أو الوالد أو الصغير أو المحجور عليه بحيث لا يتحمل أعباء الانتقال إلى دولة تقبل محاكمها الاختصاص،⁽⁵⁶⁾ خاصة أن طلبه للنفقة في غالب الأحوال يعني حاجته إلى المال، وأن هذه الفئة من المستفيدين من النفقة

56 انظر المرجع السابق، ص 426.

سيكونون غالباً مقيمين في الدولة ولهم صلة بها بالشكل الذي يبرر انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكمها.

على أنه من المهم الإشارة هنا والتأكيد أن المدعي لا يشترط أن يكون هو هذه الزوجة أو هذا الولد أو ذلك القاصر أو ذلك المحجور عليه، فقد يكون الوصي على محجور عليه مقيماً في دولة غير دولة الامارات خاصة أن قانون الأحوال الشخصية لم يشترط إقامة الوصي مع المحجور عليه في ذات الدولة وفقاً لنص المادة (215) أحوال شخصية، لذلك فإن الاعتداد هنا بنوع الدعوى وليس شخص المدعي.

كما تجب الإشارة أن المشرع الاماراتي هنا قد جمع صورتين من صور النفقة، الأولى هو نفقة الزوجية التي تعتبر أثر من آثار الزواج، والثانية هي نفقة الأقارب التي تبنى على القرابة، ولا صير في جمع كلا الصنفين في قاعدة واحدة طالما أن علة الجمع واحدة.

أيضاً من المهم التأكيد أن النفقة الوقتية تخرج من نطاق هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي على نحو سأبينه تفصيلاً عند الحديث عن النفقة الوقتية عند الحديث عن اختصاص محاكم الدولة بالإجراءات المستعجلة، خاصة أنها لا تدخل ضمن أصناف النفقة المذكورة في القاعدة.

أضف إلى ذلك فإنه من فريضة القول بيان أنه لا يمكن الاعتداد بتعريف الموطن بالنسبة للقاصر والمحجور عليه الذي يجعل من موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً هو موطنهم لأغراض انفاذ هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، لأن ذلك يتعارض من علة ايراد النص الذي يهدف إلى التسهيل على هذا الشخص المحتاج للنفقة وليس من يمثله وفقاً لنص المادة (83) معاملات مدنية، الذي غالباً ما يكون قادراً على تحمل أعباء الانتقال للقيام باحتياجات من يمثله.

ولقد اشترط المشرع الاماراتي لتطبيق هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي جملة من الشروط تتمثل في:⁽⁵⁷⁾

1) أن تكون هذه النفقة هي نفقة زوجة أو نفقة والدين أو نفقة قاصر أو نفقة محجور عليه:

ومؤدى هذا الشرط أنه لو كان طالب النفقة من غير الأصناف الأربعة المذكورة فذلك يعني أن الاختصاص القضائي الدولي لا ينعقد لمحاكم الدولة إذا لم تتوافر واحدة من الحالات الأخرى لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي.

57 المشرع الاماراتي في قانون الأحوال الشخصية لم ينص على المحجور عليه ولكنه موجود ضمن الفئات الواردة في قانون الإجراءات المدنية.

على ذلك فإنه لو عرض على القاضي الاماراتي دعوى نفقة لعمة لا أولاد لها، على ابن أخيها حيث يُطالب هذا الابن بالنفقة وفقاً للمادة (84) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي الذي يفرض النفقة على الوارث الشرعي لطالب النفقة، هذه الحالة لا تدخل في اختصاص المحاكم الإماراتية لأغراض الاختصاص القضائي الدولي، لكون العمة ليست من الفئات المذكورة، هذا الموقف من المشرع الاماراتي في رأي الباحث يحتاج إلى إعادة نظر، حيث لا علة ظاهرة لقصر مطالبات النفقة بين الأقارب التي تدخل في اختصاص محاكم الدولة قصرها على هذه الفئات فقط، مما يجعلني اقترح تعديل صياغة هذه المادة ليكون النص عاماً في النفقة بين الأقارب، تأكيداً على العلة من النص وهي التسهيل على طالب النفقة.

ويلاحظ هنا أن المشرع الاماراتي قد عدل صياغة النص التي أوردها في قانون الأحوال الشخصية باستخدام مصطلح " القاصر " عوضاً عن المحجور عليه الذين كان ينص عليه في قانون الإجراءات المدنية الاماراتي، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن مصطلح القاصر بصور قانون الأحوال الشخصية الاماراتي أصبح يضم المجنون والمعتوه والسفيه وفقاً للمادة (160)، وهي الفئات التي تدخل ضمن المحجور عليهم، ويشمل أيضاً الصغير وفقاً لمجمل صياغة النصوص في قانون الأحوال الشخصية.

2) أن يكون للزوجة أو الوالد أو القاصر أو المحجور عليه موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة:

والملاحظة هنا أن المشرع الاماراتي أضاف محل العمل ضمن صور علاقة طالب النفقة بإقليم الدولة ضمن حالات انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا أمر محل انتقاد في وجهة نظر الباحث للأسباب التي سبق بيانها عند الحديث محل العمل كواحد من أسباب انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة بالنظر إلى وجود علاقة بين المدعى عليه وإقليم الدولة، مع التأكيد على إضافة الموطن المختار ضمن هذه الحالات مع اشتراط احاطته بالضمانات التي سبق بيانها عند الحديث عن الموطن المختار في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثالث

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بنسب صغير له موطن أو محل إقامة في الدولة

جاءت هذه الحالة أيضاً من حالات انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة من

باب التسهيل والتخفيف على الصغير كي لا يتحمل صعوبات الانتقال إلى دولة أخرى.⁽⁵⁸⁾

كما أن لهذا الفرض تطبيقات مشابهة في تشريعات الدول العربية، ومنها التشريع البحريني في البند السابع من المادة (15) من المرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

الجدير بالذكر أنه في مثل هذا النوع من الدعاوى فإنه لا يُتصور أن يكون المدعي هو هذا الصغير، وإنما من يمثله قانوناً، لذلك فإن المشرع وللحيلولة دون الاعتداد بموطن الممثل القانوني وفقاً لنص المادة (83) معاملات مدنية، نص صراحة على أن الاختصاص ينعقد إذا كان للصغير موطن أو محل إقامة في الدولة.

على أنه يجب التوضيح أن المشرع اشترط أن يكون الشخص المتنازع في نسبه "صغيراً"، أما إذا كان كبيراً فإنه لا ينعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة، لأن مناط الحماية هو صغر هذا الصغير وضعف حيلته، ولكني كباحث أرى أن الأفضل أن لا تشترط الصغر، فقد يكون الشخص المتنازع على نسبه كبيراً إلا أنه فاقد للأهلية لجنونه، وبالتالي فهو في وضع مشابه لوضع الصغير بل أشد، حيث أن انتقاله من دولة إلى أخرى فيه من العناء الشيء الكبير، ولذلك أرى أن ينص المشرع الإماراتي بانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل النسب عامة، مع منحها المرونة في اهمال اختصاصها إن تحقق لها أن دولة أخرى غير دولة الامارات لديها من الروابط ما يجعلها أكثر صلة بالدعوى، مع مراعاة مصالح الأطراف.

على أنه ومنعاً للتكرار فيني أحيل القارئ لما سبق بيانه في الحالة السابقة من ملاحظات متعلقة بالموطن أو محل الإقامة.

المطلب الرابع

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بمسألة من مسائل الولاية على النفس أو المال، متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه موطن أو محل إقامة في الدولة، أو كان بها آخر موطن أو محل إقامة أو محل عمل للغائب

عرف المشرع الإماراتي الولاية على النفس أو المال في المادة (178) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، فنص على أن الولاية على النفس هي: "العناية بكل ماله علاقة بشخص القاصر والاشراف عليه وحفظه وتربيته وتعليمه وتوجيه حياته وإعداده إعداداً

58 انظر أ.د. أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، الهامش رقم: 7، ص 498.

صالحاً، ويدخل في ذلك الموافقة على تزويجه"، في حين أن الولاية على المال هي: " كل ماله علاقة بمال القاصر وحفظه وادارته واستثماره"، كما أشارت المادة إلى ان الولاية تشمل الوصاية والقوامة والوكالة القضائية.

وانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مسائل الولاية هو تطبيق لما أخذت بها الكثير من التشريعات العربية المرجعية، ومنها التشريع المصري في المادة (30) من القانون رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في هذه المسائل يأتي كذلك من باب التخفيف على المشمول بالولاية دون تحميله أعباء الانتقال إلى محكمة دولة أخرى.⁽⁵⁹⁾

على أنني أتفق مع ما اتجه اليه استاذنا الدكتور عوض الله من القول بضرورة التمييز بين الولاية على النفس والولاية على المال، فالمنازعات المتعلقة بالولاية على النفس يفضل أن يعرف الموطن بموطن المشمول بالولاية ذاته وليس ممثله القانوني، أما الولاية على المال فالاعتداد يكون بموطن الممثل القانوني للمشمول بالولاية وفقاً لنص المادة (83) معاملات مدنية، ذلك أن مسائل ولاية النفس مسائل متعلقة بشخص المشمول بالولاية ومنها تزويجه، وهي أمور مرتبطة بالمشمول بالولاية وتتطلب تواجده، على عكس مسائل الولاية على المال حيث يدير الولي أو الوصي هذه الأموال دون الحاجة إلى تدخل من المشمول بالولاية مما يبرر اعتماد تعريف الموطن بأنه موطن من يمثله قانوناً.

المطلب الخامس

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالمسائل الأولية أو الطلبات العارضة، أو الطلبات المرتبطة المتصلة بدعوى أصلية تدخل في اختصاصها

أشار المشرع الإماراتي في المادة (22) إجراءات مدنية، أن محاكم الدولة تختص بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة والطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية الداخلة في اختصاصها، وعلى الرغم من أن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي جاء خالياً من نص مشابه، فإن هذه القاعدة تطبق في مسائل الأحوال الشخصية من منطلق التكامل بين قواعد الاختصاص القضائي الواردة في القانونين، الأحوال الشخصية والإجراءات المدنية.

مضمون هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي يكمن في أن الدعوى المطروحة أمام القاضي هي دعوى تتضمن مسائل متصلة بدعوى أصلية دخلت في

59 انظر المرجع السابق، ص498.

اختصاصه بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي نُص عليها، وبينها الباحث سلفاً في المباحث والمطالب السابقة، بحيث يكون مصدر الاختصاص في هذه الدعاوى هو ارتباطها بالدعوى الاصلية.

هذا التوجه من المشرع الاماراتي له ما يطابقه في عدة تشريعات، منها التشريع المصري في المادة (33) من القانون رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

والسؤال المطروح عند تطبيق هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية هو ما المقصود بالمسائل الأولية والطلبات العارضة؟

تعرف المسائل الأولية بأنها مسائل تثار أمام القاضي أثناء سيره في نظر الدعوى، ويعتبر الفصل فيها ضرورياً للفصل في موضوع النزاع، وقد نص عليها المشرع الاماراتي في المادة (102) في قانون الإجراءات المدنية، ومن تطبيقاتها في مجال الأحوال الشخصية، أن تثار مسألة ثبوت نسب عند نظر دعوى ميراث.

أما الطلبات العارضة فهي طلبات تقدم أثناء سير الخصومة تتعلق بتغيير في الطلبات المقدمة في الدعوى الاصلية، من ذلك مثلا في مسائل الأحوال الشخصية أن يعدل المدعي طلبه للحصول على نصيبه في الميراث من كونه وارث إلى كونه موصى له.⁽⁶⁰⁾

أما الطلبات المرتبطة فهي تلك الطلبات المرتبطة بالدعوى الاصلية بصورة تحول دون الفصل بينهما، من ذلك أن يطالب شخص بتسليمه نصيبه من الإرث فيرد المدعى عليه مطالبا بالحكم بعدم ثبوت النسب للمورث.⁽⁶¹⁾

يظهر للدارس لهذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي أنها جاءت استجابة للارتباط القائم بين الدعوى الاصلية وما يتصل بها من مسائل أولية وطلبات عارضة، بحيث يستلزم الفصل في هذه المسائل والطلبات قبل الفصل في الدعوى الاصلية، كما أن هذه القاعدة جاءت للتخفيف على الأطراف وتوفير الإجراءات وسرعة البت في النزاع وعدم تعارض الحكام، وهي اعتبارات أشار لها المشرع الاماراتي بمصطلح " حسن سير العدالة".⁽⁶²⁾

على أنني أود التأكيد أن تطبيق هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي

60 لمزيد من المعلومات انظر أ.د. علي الحديدي " رحمه الله"، القضاء والتقاضي وفقا لقانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الجزء الثاني: إجراءات التقاضي والاحكام وطرق الطعن، أكاديمية شرط دبي، دبي، الامارات العربية المتحدة، 1998، ص 177 وما بعدها.

61 انظر المرجع السابق

62 انظر أ.د. عوض الله شيبه الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 446.

لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية يستلزم بالإضافة إلى كون القضاء الاماراتي مختصاً أصلاً بنظر الدعوى الاصلية، وكون المسألة الأولية أو العارضة مرتبطة بالدعوى الاصلية، يستلزم ألا تكون المحكمة مختصة أصلاً بهذه المسائل بموجب واحد من صور انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة، فلو كانت كذلك لانعقد الاختصاص لمحاكم الدولة دون الحاجة للجوء لهذه لقاعدة.

المطلب السادس

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية وإن لم تكن الدعوى الاصلية تدخل في اختصاص القضاء الاماراتي

كما هو الوضع فيما يتعلق بدعاوى الطلبات العارضة والمرتبطة والمسائل الولية، نص المشرع الاماراتي على اختصاص القضاء الاماراتي بنظر الإجراءات المستعجلة والتحفظية في قانون الإجراءات المدنية وليس قانون الأحوال الشخصية، كما أن لهذه القاعدة ما يطابقها في قوانين دولة أخرى، منها المادة (29) من النظام رقم (21) لسنة 1421هـ بشأن نظام المرافعات الشرعية السعودي.

ووفقاً لهذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية، فإن محاكم دولة الامارات تختص باتخاذ الإجراءات المستعجلة والتحفظية التي تتخذ في دولة الامارات وإن لم تكن الدولة مختصة أصلاً بنظر الدعوى الاصلية.

وتعرف الإجراءات المستعجلة بأنها " الطلبات التي يخشى عليها من فوات الوقت والتي يطلب فيها الخصوم الحكم بإجراء وقتي لا يمس أصل الحق"،⁽⁶³⁾ ومن أشهر امثلتها التي يسوقها الفقه النفقة الوقتية، وعلى ذلك اذا تقدمت أجنبية مقيمة في دولة الامارات طلباً للقاضي الاماراتي تطالبه بفرض نفقة وقتية على ابن أخيها المقيم في المملكة المتحدة، فإن محاكم دولة الامارات لن تختص بنظر النزاع تأسيساً على معايير المدعى عليه لانعدام ارتباطه بإقليم الدولة، ولن ينعقد الاختصاص تأسيساً على معيار كون المدعي مقيماً في الدولة في دعاوى النفقات لكون العمدة ليست ضمن الفئات المذكورة في نص القاعدة التي تأسس للاختصاص في دعاوى النفقات، ولن ينعقد الاختصاص تأسيساً على الحكم العام في مسائل الأحوال الشخصية نظراً لان للمدعى موطن معروف في الخارج، ولكن

63 انظر استاذنا الدكتور عاشور السيد مبروك، دراسات في قانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الكتاب الأول، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الامارات العربية المتحدة، 2015، ص 346.

الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة يمكن أن يأسس على هذا المعيار.

أما الإجراءات التحفظية فهي تلك الإجراءات التي تتخذها المحكمة بهدف الحفاظ على وضع معين دون تغيير، ومن أمثلتها وضع الحراسة على التركة لحين الفصل في النزاعات المتعلقة بالميراث.

أما الأسباب دفعت المشرع الاماراتي للأخذ بهذا المعيار من معايير ثبوت الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة فهي ترجع في الغالب إلى حالة الاستعجال التي تكون مرتبطة بهذه الإجراءات، الامر الذي يعني أن تأخير اتخاذها سيسبب ضرراً للأطراف، ويأثر سلباً على سير مجريات الدعوى، بل إن عدم اتخاذها أحياناً له تأثيره السلبي على دولة الامارات، كما هو الحال في النفقة الوقتية، حيث تحتاج المرأة إلى مصدر دخل وعدم توفره سيؤثر على وضعها المادي ويؤثر بالتبعية على المجتمع الاماراتي.

على أنني أود التأكيد أن الفرق بين هذه الحالة من حالات انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة وبين حالة انعقاد الاختصاص القضائي في المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة أنه في هذه الحالة لا يشترط أن يكون القضاء الاماراتي مختص بنظر النزاع الأصلي، أما الحالة السابقة فإنه لا بد أن يكون القضاء الاماراتي مختص أصلاً بنظر النزاع، ولعل السبب في التمييز بين الحالتين فيما يتعلق بهذا الشرط، أن المسائل الأولية والمسائل العارضة والطلبات المرتبطة هي موضوعات متصلة بموضوع الدعوى بحيث تذوب وتصبح جزءاً منها (حكماً)، أما الإجراءات المستعجلة والتحفظية فهي إجراءات لا تمس أصل الدعوى ومضمونها الأصلي، وإنما تهدف إلى حسن سير الدعوى دون أن تؤثر في الطلب الأصلي.

ختاماً يجب التأكيد أنه لو انعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة أصلاً بنظر الدعوى الاصلية فإن نظرها لإجراءات التحفظية والمستعجلة المتعلقة بهذه الدعوى لن يكون مثار جدل.

على أن هناك سؤال يطرح حول مدى اشتراط توافر المرونة في تقرير اختصاص محاكم الدولة في نظر الطلبات العارضة والمسائل الأولية وإجراءات التحفظية والمستعجلة، أي هل يمكن أن يتصور أن يكون من حق الدولة تجاهل اختصاصها في نظر هذه المسائل لوجود رابطة وثقى مع دولة أخرى تبرر عقد الاختصاص لتلك المحكمة.

يرى الباحث أنه لا يتصور أن تحكم المحكمة بعدم الاختصاص في نظر مثل هذه المسائل حتى لو كان هناك ارتباط بدولة أخرى، فبالنسبة للطلبات العارضة والمرتبطة فإن اختصاص الدولة انعقد لنظرها أصلاً تأسيساً على انعقاد الاختصاص في نظر دعوى أصلية، هذا الاختصاص لم يكن لينعقد للدعوى الاصلية مالم يكن هناك ارتباط وثيق بالدولة يبرره نص عليه القانون، وعليه فلا يتصور أن ينعقد الاختصاص في نظر الدعوى الاصلية ولا ينعقد

في دعاوى المرتبطة بها.

أما بالنسبة للإجراءات التحفظية والمستعجلة فإنها إجراءات تتخذ في دولة الامارات في حدود اقليمها، وعليه فالقضاء الاماراتي أقدر على البت فيها، خاصة أنها تحاط بظروف تستلزم الاستعجال وقد يكون لها تأثير أمني على المجتمع يبرر نظر القضاء الاماراتي لها.

المطلب السابع

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأموال في الدولة

بموجب هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات، فإن الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة ينعقد في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان محلها مال موجود في الدولة، ولقد ورد النص على هذه القاعدة في قانون الإجراءات المدنية وليس الأحوال الشخصية، ولكن ونظراً لتكامل القانونين فإنه تنطبق في مجال الأحوال الشخصية.

هذه القاعدة جاءت لتتطابق مع قواعد مأخوذ بها في تشريعات أخرى، ومنها التشريع السعودي في المادة (26) من النظام رقم (21) لسنة 1421هـ بشأن نظام المرافعات الشرعية

وعلى ذلك لو أن القاضي الاماراتي بصدد دعوى متعلقة بوصية تنصب على أموال موجود في الدولة فإن الاختصاص القضائي ينعقد لمحاكم الدولة وان لم يكن المدعى عليه مواطناً أو أجنبياً له موطن أو محل عمل أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة، وان لم يكون المدعى كذلك مواطناً، أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة في الدولة، وإن لم يعرف له موطن أو محل إقامة معروف في الخارج، وان لم يكن القانون الاماراتي هو القانون واجب التطبيق.

ولعل السبب الذي جعل المشرع الاماراتي ينص على هذه القاعدة من قواعد ثبوت الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة يعود إلى مسألتين، الأولى فاعلية الإجراءات المتخذة، حيث أن دولة وجود المال هي الدولة الاقدر على اتخاذ الإجراءات، وكذلك فاعلية التنفيذ، حيث أن التنفيذ على المال سيكون أسهل وفقاً للإجراءات المتخذة في الدولة التي يوجد بها المال،⁽⁶⁴⁾ ولعلي أضيف نقطة مفادها أن الأموال وبالذات العقار كثير من ينظر إليها على أنها جزء من إقليم الدولة، وبالتالي فإن الدولة تحرص على عدم المساس بأي جزء

64 انظر أ.د. هشام صادق و أ.د. حفيظة السيد، المرجع الأسبق، الهامش رقم 4، ص 83.

من هذا الإقليم من خلال استخدام أدوات قانونية كثيرة منها اخضاع المال لقانون مكان وجوده، ومنها أيضا اخضاع المال للاختصاص القضائي لدولة مكان وجوده.

ويلاحظ أن المشرع الاماراتي لم يفرق بين كون المال مالاً أو عقاراً، ففي جميع الحالات تبقى محاكم الدولة مختصة، وإن تغير موقع المنقول بعد السير في الدعوى حفاظاً على المراكز القانونية والدور الفعال للقضاء.

على أنني أود التنبيه انه فيما يتعلق بالمنقول لا بد من خلق نوع من المرونة في مسائل الاختصاص القضائي، فلو انه تحقق للمحكمة أن النزاع أكثر صلة بدولة أخرى غير دولة الامارات، فمن الأفضل تجاهل اختصاصها لصالح محاكم تلك الدولة، كأن تكون الدعوى متعلقة بأموال سائلة في أحد بنوك الدولة، وكان الوارث والمورث والموصى لهم جميعهم مقيمون في ذات الدولة خارج الامارات، فإنه من الأفضل اخضاع النزاع للاختصاص القضائي لمحاكم تلك الدولة تطبيقاً لفكرة العلاقة الوثقى بين النزاع ودولة الاختصاص القضائي، ولن يمس ذلك بإجراءات التنفيذ في الدولة، ذلك ان التنفيذ في الدولة محاط بضمانة فاعلة وهي ضمانة عدم مخالفة الحكم الصادر للنظام العام في دولة الامارات وفقاً لنص البند (هـ) من المادة (235) من قانون الإجراءات المدنية، بحيث لن يطبق أي حكم متعلق بهذا المال متى كان متعارضاً من النظام العام والمصالح العليا للدولة.

يبقى القول أنه فيما يتعلق بالدعاوى المتعلقة بعقار في دولة الامارات فإن القضاء الاماراتي يبقى مختصاً بنظر النزاع حتى لو كان هناك ارتباط بدولة أخرى، كأن يكون كلا الطرفين متوطنين في خارج الدولة، ذلك أن العقار ولارتباطه بمفاهيم الإقليمية من حيث الاستقرار والثبات، واستناداً لمتطلبات استقرار المعاملات الخاصة به، فإنه لا يتصور ان تتنازل الدولة عن تنظيم المسائل والاحكام المتعلقة به لدولة أخرى، حتى لو وجد هناك ارتباط بين النزاع وتلك الدولة.

المطلب الثامن

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بإرث لمواطن

تفترض هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة ان الجنسية الإماراتية هي آخر جنسية تمتع بها المورث مما يبرر انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، وإن لم تكن التركة موجودة في الدولة وإن لم يكن المدعى عليه مواطناً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة أو محل عمل أو موطن اختياري في الدولة، أو موطن أو محل

إقامة معرفين في الخارج، وان لم يكن المدعى مقيم او له موطن او محل عمل في الدولة، بل وان لم يكن المورث الإماراتي مقيم أو له محل عمل أو موطن مختار في الدولة، ولقد أخذ المشرع الإماراتي هذا التوجه متشابهاً في ذلك مع المشرع البحريني في المادة (16) من مرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

أما المبررات التي دفعت المشرع الإماراتي للأخذ بهذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية فهي أولاً أن آخر جنسية للمتوفي عادة ما تكون دولة الجنسية التي توفي وهو حامل لها، مما يعني أن أمواله وما يتصل بها من التزامات تكون مرتبطة بتلك الدولة، كما أن هذا الوضع يسهل من اتخاذ الإجراءات تجاه التركة ويسهل تنفيذ الاحكام الصادرة بشأنها.⁽⁶⁵⁾

إلا أنه يظهر لي أن مجرد كون المتوفي يحمل جنسية الدولة عند وفاته لا يبرر انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في دعاوى الميراث، ذلك أن التبريرات التي قيلت لدعم الأخذ بهذا المعيار هي تبريرات مرتبطة بالمال وليس بشخص المورث، وهو أمر منطقي، فالشخص في الغالب تكون أمواله في محل توطنه لا محل جنسيته، لذلك كان من الأفضل لو ان المشرع الإماراتي لم ينص على حالة الميراث واكتفى بالنص على خضوع منازعات الأموال الموجودة في دولة الامارات لمحاكم الدولة.

هذا ناهيك عن أن فكرة الارتباط الوثيق بين الدعوى ودولة الامارات بالصورة التي تبرر انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكمها قد تنتفي إذا كان المعيار الذي بني عليه الاختصاص هو فقط جنسية المورث لاعتبارات أحيل القارئ فيها إلى ما سبق ان بينته عند الحديث عن معيار الجنسية في المبحث الثاني من هذه الدراسة، ويكفي القول أن وجود أموال المورث وتوطنه خارج الدولة يجعل ارتباط دولة الموطن ودولة وجود الأموال بالنزاع أشد من ارتباطه بدولة الامارات وهي فقط دولة الجنسية.

كما الناظر لقواعد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في مسائل الأحوال الشخصية يجد أن المشرع الإماراتي اعتنق من القواعد ما قد يُغني عن الاخذ بهذه القاعدة، منها على سبيل المثال اختصاص المحاكم الإماراتية بنظر الدعوى المتعلقة بالأموال الموجودة في الدولة، ومنها كذلك قاعدة اختصاص المحاكم الإماراتية بمنازعات الأحوال الشخصية اذا كان المدعي مواطناً أو اجنبياً له موطن أو محل إقامة أو محل عمل في الدولة وكان القانون الإماراتي هو القانون واجب التطبيق، فالقانون الإماراتي هو القانون الذي يحكم الميراث وفقاً لنص (17) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تخضع الميراث لآخر قانون للمورث،

65 انظر أ.د. عوض الله شيبه الحمد، المرجع السابق، الهامش رقم 3، ص 435.

هذه القواعد يجعل تطبيق هذه القاعدة محل نظر.⁽⁶⁶⁾

المطلب التاسع

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بتركة فتحت في الامارات

اخضع المشرع الاماراتي وفقاً للمادة (21) إجراءات مدنية دعاوى الشركات التي تفتتح في دولة الامارات لاختصاص المحاكم الإماراتية، أسوة بالمشرع المصري في المادة (31) من رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

يفترض المشرع الاماراتي في مثل هذه الحالة أن الدعوى المتعلقة بتركة فتحت في دولة الامارات، أن الاموال المتعلقة بهذه التركة موجودة في دولة الامارات، وأنه في اغلب الأحوال سيكون جميع الأطراف وبالأخص المٌتوفى مقيمين في دولة الامارات وأن هناك ارتباط مفترض بين دولة الامارات والتركة بصورة جعلت الطرف يختارون فتح التركة في الامارات، الامر الذي يسهل جميع الإجراءات المتعلقة بهذه التركة.⁽⁶⁷⁾

تجدر الإشارة أن اختيار فتح التركة في دولة الامارات تبدو كصورة من صور الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الإماراتي، وهو ما يمثل نقطة قوة للأخذ بقاعدة فتح التركة كإحدى قواعد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الإمارات، ولكن تبقى الحاجة إلى إيجاد نوع من المرونة في تطبيق هذه القاعدة، فمجرم فتح التركة في الامارات لا يعني ارتباطها بدولة الامارات، فقد يختار المعنيين فتح التركة في الدولة لسهولة إجراءاتها على الرغم من وجود كافة الأموال خارج الدولة وتوطن الافراد خارج الدولة، لذلك فإن معيار المرونة محل أهمية هنا.

66 هذا طبعاً مع التأكيد على أن الباحث يقترح إلغاء قاعدة عقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة متى كان القانون واجب التطبيق هو القانون الوطني، ولكن تبقى معتداً بها إلى حين إلغائها إذا رأى المشرع ذلك.

67 نظر المرجع السابق، ص 435.

الخاتمة

بعد انتهى الباحث من استعراض مفردات البحث واشكالياته وذلك فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الاحوال الشخصية، وعمد إلى تحليلها وبيان أهم الملاحظات الواردة عليها من وجهة نظر الباحث، وبناءً على ما طرح من حجج تدعم وجهة نظره، فإنه من المهم في هذه المرحلة الإجابة على سؤال البحث الرئيسي، وبيان أهم النتائج التي توصل إليها البحث، وأهم ما يقدمه من توصيات.

النتائج:

في مقدمة هذه الدراسة طرح الباحث سؤالاً يمثل مشكلة الدراسة، هذا السؤال هو: هل استطاعت دولة الامارات من خلال قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بها خلق بيئة فاعلة لاستقرار الأسر المقيمة في الدولة وأحوالها الشخصية، مراعيًا في ذلك مصالح الافراد وسلطان القضاء ومبادئ العدالة؟، والآن وبعد أن تم استعراض قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية وتحليلها، أستطيع الإجابة على هذا السؤال بالقول أن فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة الامارات في مسائل الأحوال الشخصية قد تتأثر بجملة من الملاحظات والنقاط التي أثارها البحث، مما يستلزم إجراء تعديلات على هذه القواعد، بهدف زيادة فاعليتها ودورها في ضمان دور القضاء في مسائل الأحوال الشخصية الدولية، مراعاةً للأسر والمجتمع الاماراتي، حيث وجد الباحث أن أهم نتائج الدراسة التي تؤدي ما سبق بيانه من إجابة لهذه السؤال هي:

- 1) لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة الامارات أهمية خاصة تتطلب مزيداً من التطوير التشريعي لهذه القواعد استجابةً لمتطلبات يفرضا واقع وتركيب المجتمع في دولة الإمارات.
- 2) أورد المشرع الإماراتي قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في قانوني الأحوال الشخصية وقانون الإجراءات المدنية، وكان حرياً به جمعها في موضوع واحد لسهولة التطبيق والحيلولة دون ظهور أي تعارض.
- 3) قواعد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات تحتاج إلى إعادة تنظيم من حيث طريقة صياغتها وايرادها، بحيث يتم تخصيص مادة واحد أو فقرة لكل حكم من أحكام قواعد الاختصاص القضائي المبنية على ذات الأساس، من ذلك ايراد مادة لقواعد الاختصاص القضائي المبني على العلاقة الإقليمية بين المدعى عليه ودولة الامارات، ويكون لهذه المادة مجموعة من الفقرات لكل حكم،

وكذلك جمع النص الخاص بانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة استناداً لوجود علاقة بين المدعى عليه وإقليم الدولة في شكل موطن مختار، والنص الخاص بتعدد المدعى عليهم، جمع هذين النصين تحت النص العام الذي يعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة بالنظر إلى علاقة المدعى عليه بالدولة.

(4) على الرغم من أن المشرع الاماراتي في قواعد الاختصاص القضائي قد أورد نصوصاً خاصة لمسائل معينة في مسائل الأحوال الشخصية مراعاة لخصوصيتها، إلا أنه لم يورد نصوصاً مشابهاً لمسائل أخرى رغم توافر ذات العلة التي من أجلها أورد النصوص الخاصة بتلك المسائل، وأخص بالذكر هنا مسائل الحضانة، التي لم يورد المشرع لها نصاً خاصاً رغم تشابهها مع مسائل النسب والولاية في علة إيراد نص خاص بها.

(5) أورد المشرع الاماراتي قواعد للاختصاص القضائي الدولي في مسائل معينة من مسائل الأحوال الشخصية على الرغم من أن بعض هذه المسائل تشترك مع غيرها في ذات المضمون بحيث يمكن دمجها في حكم واحد، كما هو الحال فيما يتعلق بالميراث، الذي يمكن دمجها مع النص الذي يعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة فيما يتعلق بالأموال، خاصة أن النص المتعلق بالميراث تعثره عدة ملاحظات سلبية.

(6) تتصف قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات بالجمود، بحيث لا يمكن للقاضي واستناداً لصريح النص أن يتجاهل اختصاصه بنظر مسألة الأحوال الشخصية المعروضة أمامه، على الرغم من ضعف ارتباط الدولة بالمسألة المطروحة مقارنة بارتباط هذه المسألة بدولة أخرى.

(7) وقت رفع الدعوى هو الوقت الذي يعتد به للتحقق من توافر شروط تطبيق أي قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فينعقد الاختصاص حتى لو اختلف هذا الضابط بعد ذلك.

(8) استخدم المشرع الاماراتي ضابط " مكان العمل " كأحد ضوابط انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات على الرغم من عدم فاعلية هذا الضابط، والنتائج السلبية التي يؤدي إليها تطبيقه.

(9) استخدم المشرع الاماراتي مصطلح " المواطن " يحتاج إلى ضبط، فالمصطلح الأقدم على التعبير عن الفئة المستهدفة من النص هو " الوطني، وليس المواطن.

(10) استخدم المشرع الاماراتي لضابطي المواطن ومحل الإقامة يعني أن ضابط الإقامة يغني عن التحقق من توافر الركن المعنوي المشترط عند استخدام ضابط المواطن.

- 11) لا يمكن الاعتداد بفكرة الموطن الخاص على النحو الذي اعتنقه المشرع الاماراتي، وذلك كضابط من ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية.
- 12) في حال تعدد الجنسيات بالنظر إلى المدعى أو المدعى عليه، واستخدام الجنسية كضابط لجذب الاختصاص القضائي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية، فإنه يُنظر للشخص على أنه وطني إماراتي بغض النظر عما قد يحمله من جنسيات أخرى.
- 13) أثار تطبيق ضوابط كالموطن ومحل الإقامة والموطن المختار جملة من الأسئلة المتعلقة بتعدد هذه المواطن أو المحال، وذلك من حيث بيان انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في حالة التعدد طالما ان دولة الامارات هي أحد هذه المواطن أو محال الإقامة، ويمكن القول عند استخدام هذه الضوابط فإن الشخص يعتبر متوطناً أو مقيماً في الامارات بغض النظر عن توطنه أو اقامته في دولة أخرى.
- 14) لم يضيف المشرع الاماراتي " الموطن المختار " كأحد أسباب انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في حال تعدد المدعى عليهم، حيث اقتصر النص على الموطن العام والإقامة ومحل العمل، وكان الأفضل لو ضم إليهم الموطن المختار لتطابق العلة.
- 15) لم يجب المشرع الاماراتي عن مدى انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة متى تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم مواطناً.
- 16) استخدم المشرع الاماراتي ضابط " كون القانون الوطني هو واجب التطبيق " كأحد ضوابط تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الإماراتية في مسائل الأحوال الشخصية بشروط معينة، على الرغم من الملاحظات الكثيرة الواردة عليهم والتي تؤثر في فاعليته.
- 17) فيما يتعلق بمعيار انعقاد الاختصاص القضائي في دعاوى الطلاق والتطليق وبطلان عقد الزواج، فإن قصر المشرع الاماراتي انعقاد الاختصاص القضائي على هذه الحالات فقط، قد يفتح باباً للتأويل أن هناك حالات تخرج من هذا النص كحالات الانفصال الجسماني، وهو ما يقلل من فاعلية النص في ظل وجود أسر غير مسلمة في الدولة.
- 18) وفي ذات المعيار أيضاً، نرى أن المشرع اشترط أن تكون الدعوى مرفوعة من الزوجة، على الرغم من أن بعض دعاوى بطلان عقد الزواج تكون مرفوعة من طرف آخر، ولنقل ولي الزوجة مثلاً، مما يعني وجود مبرر لعدم قصر المدعي في هذه الحالات

على الزوجة فقط.

(19) وفي ذات المعيار أيضاً، فإن استخدام المشرع لمصطلح " المُبعد " أفرز إشكاليات وتناقضات تجعل من الأفضل إلغاؤه.

(20) فيما يتعلق بمعيار انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في دعاوى معارضة الزواج في حال ابرم عقد الزواج في دولة الامارات، فإن استخدام المشرع لمصطلح " إبرام " أوجد خلطاً في استخدام المعيار عند التوثيق، فإبرام العقد يختلف عن توثيقه، مما يؤثر في فاعلية النص ويجعل من الأفضل استخدام كلا المصطلحين.

(21) فيما يتعلق بمعيار انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في دعاوى النفقة، فإن المشرع الإماراتي قصر النفقة بين الأقارب على أصناف معينة من الأقارب، وهو ما أخل بعملة النص، والأفضل جعل النص عامة لجميع الأقارب.

(22) فيما يتعلق بانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في دعاوى نسب الصغير، فإن استخدام المشرع مصطلح " الصغير " أخرج دعاوى النسب المرفوعة من الكبير أو ممثلة القانوني من نطاق النص، رغم أن العلة من انعقاد اختصاص القضائي لمحاكم الدولة في حق الكبير قد تكون أشد من الصغير.

(23) على الرغم من أن الباحث يرى ضرورة وجود مرونة في يد المحكمة تسمح لها بتجاهل اختصاصها القضائي متى لم يكن هناك ارتباط وثيق بين الدولة والدعوى المطروحة لصالح دولة أخرى، إلا أن هذه المرونة تنعدم في حالات هي: العقار الموجود داخل الدولة، المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة بالدعوى الأصلية، والإجراءات التحفظية والمستعجلة، حيث لا بد من أن ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة هنا متى توافرت شروط انعقاد الاختصاص القضائي، ولا يجوز للمحكمة تجاهل اختصاصها في مثل هذه الحالات.

(24) خلص البحث إلى أن هناك أسئلة تدور حول تطبيق مصطلح الموطن ومفهومه فيما يتعلق بالصغير أو المشمول بالولاية أو الوصاية، حيث خلص البحث أن موطن هؤلاء الأشخاص أو محل اقامتهم أو محلهم المختار هو موطنهم أو محل اقامتهم هم أو محلهم المختار هم وليس من يمثلهم قانوناً، ويستثنى من ذلك مسائل الولاية على المال حيث يعتد بموطن من يمثلهم قانوناً.

التوصيات

بعد هذا الاستعراض لما تم التوصل إليه من نتائج حول قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات، فيني أضع بين يدي القارئ ومتخذ القرار جملة من التوصيات التي أبنيتها على ما توصلت اليه من نتائج، وما أعتقده هاماً لزيادة فاعلية قوعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الإمارات، عله يكون فيها مصلحة لسير مرفق القضاء في دولة الامارات:

هذه التوصيات تشمل ما يلي:

أولاً: ضم قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الامارات في قانون واحد هو قانون الإجراءات المدنية، وهو ما يستلزم الغاء تلك الواردة في قانون الأحوال الشخصية، مع تخصيص فصل خاص لها في قانون الإجراءات المدنية.

ثانياً: اجراء تعديل على منظومة قواعد الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية الاماراتي، وإعادة صياغتها في قواعد على النحو التالي:

المادة ()

تختص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعى عليه:

- (1) وطنياً.
 - (2) أجنبياً له موطن في الدولة.
 - (3) أجنبياً له محل إقامة في الدولة.
 - (4) أجنبياً له موطن مختار في الدولة.
- (ب) تختص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية في حال تعدد المدعى عليهم إذا كان:

- (1) أحدهم وطنياً.
- (2) أحدهم أجنبياً له موطن في الدولة.
- (3) أحدهم أجنبياً له محل إقامة في الدولة.
- (4) أحدهم أجنبياً له موطن مختار في الدولة.

المادة (1)

- تختص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعي:
- (1) وطنياً، ولم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة أو موطن مختار معروف في الخارج.
 - (2) أجنبياً له موطن أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة، ولم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة أو موطن مختار معروف في الخارج.
 - (3) زوجةً وطنيةً، أو زوجةً وطنيةً فقدت جنسية الدولة، متى كان لأي منهما موطن أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة، وكانت الدعوى متعلقة بإنهاء رابطة الزواج.
 - (4) أجنبيةً لها موطن أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة، متى كان قد سبق للزوج أن اتخذ من الدولة موطناً أو محل إقامة أو موطن مختار، ثم هجر زوجته واتخذ موطناً أو محل إقامة أو موطناً مختاراً معروفاً خارج الدولة.

المادة (2)

- تختص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بمسائل ودعاوى الأحوال الشخصية التالية:
- (1) دعاوى معارضة زواج يراد إبرامه أو توثيقه في الدولة.
 - (2) دعاوى النفقة الزوجية متى كان للزوجة موطن أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة.
 - (3) دعاوى النفقة بين الأقارب متى كان لطالب النفقة موطن أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة.
 - (4) دعاوى النسب متى كان للمتنازع حول نسبه موطن أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة.
 - (5) دعاوى الحضانة متى كان للمشمول بالحضانة موطن أو محل إقامة في الدولة.
 - (6) الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال والولاية على النفس متى كان للمشمول بالولاية موطن أو محل إقامة أو موطن مختار في الدولة.
 - (7) الدعاوى المتعلقة بأموال في الدولة.
 - (8) الدعاوى المتعلقة بتركة فتحت في الدولة.

المادة ()

مع مراعاة ما جاء من أحكام في المواد السابقة فإنه إذا تحقق للقاضي عدم وجود مصلحة في انعقاد الاختصاص القضائي للدولة، أو عدم وجود صلة قوية تبرر انعقاد الاختصاص القضائي للدولة، جاز له الحكم بعدم الاختصاص.

المادة ()

وفي جميع الأحوال تختص محاكم الدولة بالفصل في المنازعات التالي:

- 1) المسائل الأولية والطلبات العارضة والطلبات المرتبطة، متى ما كانت الدعوى الأصلية تدخل في اختصاص محاكم الدولة.
- 2) الإجراءات المستعجلة والتحفيزية التي تنفذ في الدولة، وإن لم تكن محاكم الدولة مختصة بالدعوى الاصلية.

المادة ()

إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن المحكمة مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها

المادة ()

وفي جميع الاحكام السابقة فإنه لا تختص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بعقار كائن في الخارج.

المادة ()

يفسر الموطن المختار لأغراض انعقاد الاختصاص القضائي الدولي باعتباره مختاراً لمباشرة دعاوى الأحوال الشخصية

المادة ()

يقع باطلاً كل اتفاق يُخالف مواد هذا الفصل

أخيراً أقول أن أي عمل بحثي ما هو إلا محاولة متواضعة من باحث ليتلمس مواطن الضعف والقوة في موضوع بحثه، ثم يقدم لها ما يظنه مناسباً من توصيات، قد تساعد في تقوية مواطن الضعف وقد لا تفلح في ذلك، ولكن تبقى قيمة البحث في فتح باب لمزيد من النقاش حول موضوع الدراسة، وهذا هو ما هدفت إليه من خلال هذه الأوراق التي عرضت فيها دراسة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي لمسائل الأحوال الشخصية في دولة الإمارات، داعياً الله تعالى أن أكون قد وفقت في عرض وتقديم موضوع البحث بشكل مبسط ومفيد.

قائمة المراجع

• الكتب:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام الجزء الثاني، الكتاب الأول، 1991.
- أ.د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي " دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية وحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الاماراتي، الطبعة الثالثة، مكتبة الجامعة، الشارقة، الامارات العربية المتحدة، 2012.
- أ.د. أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، جمهورية مصر العربية، 2006.
- أ.د. عاشور السيد مبروك، دراسات في قانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الكتاب الأول، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الامارات العربية المتحدة، 2015
- د. عبدالرازق حسين يس، المدخل لدراسة القانون " نظرية القانون " ، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008
- أ.د. علي الحديدي " رحمه الله "، القضاء والتقاضي وفقا لقانون الإجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الجزء الثاني: إجراءات التقاضي والاحكام وطرق الطعن، أكاديمية شرط دبي، دبي، الامارات العربية المتحدة، 1998
- أ.د. عوض الله شيبه الحمد، أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الاماراتي، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2001.
- أ.د. محمد روبي قطب، الجنسية ومركز الأجانب، أكاديمية شرطة دبي، دبي، الامارات العربية المتحدة، 2006
- د. محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي " دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي"، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1994.
- د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي"، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002.

- د. ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص " الأردني والمقارن"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998
- د. هشام خالد، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام " دراسة مقارنة في قوانين مصر والامارات والبحرين"، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2000
- أ.د هشام صادق علي، أ.د. حفيظة السيد الحداد، مبادئ القانون الدولي الخاص " الجنسية ومركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الباب الثالث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2001.
- North, P. and Fawcett, J., Cheshire and North's Private International Law, (Butterworth, London (13th ed., 1999 p620

• المقالات والأبحاث:

- عادل بن طلق المطيري، الاختصاص القضائي للمحاكم السعودية في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010.
- د. عبد الرسول كريم ابوصيبغ، أثر الاختصاص القضائي في تنازع القوانين، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2009، يمكن الوصول للبحث من خلال الرابط التالي: <http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=61397>
- Prem Kumar Agarwal., THE THEORY OF CHARACTERIZATION: A CRITICAL LEGAL STUDY PERSPECTIVE, Voice of Research, Volume 4, Issue 3, December 2015, ISSN 2277-7733
www.voiceofresearch.org/doc/Dec-2015/Dec-2015_13.pdf

• القضايا:

- حكم المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم (106) لعام 2016، الصادر بتاريخ 13/5/2016.
- حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم (37) الصادر في العام 2002.

- حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم (145) لسنة (20) قضائية، الصادر بتاريخ 26/11/2000.
- حكم محكمة نقض أبو ظبي في الطعن رقم 929 - لسنة 2009، الصادر بتاريخ 14/10/2009.
- حكم محكمة نقض أبو ظبي، في الطعن رقم 114 لسنة 2008، الصادر بتاريخ 30/4/2008.
- Kalfelis v Bankhaus Schroder Munchmeyer, Hungst & CO
Case 189/87 [1988] E.C.R. 5565

• التشريعات:

- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (28) لسنة 2005
- قانون الإجراءات المجنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (11) لسنة 1992 وتعديلاته.
- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 1985 وتعديلاته.
- قانون رقم (13) لسنة 1968 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية بجمهورية مصر العربية.
- نظام رقم (21) لسنة 1421 بشأن نظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية.
- مرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية بمملكة البحرين.
- القانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة 1953 في المملكة الأردنية الهاشمية.
- EC Regulation 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I); [2001] OJ L12/1
- اتفاقية لاهاي لعام 2005 حول اتفاق اختيار المحكمة المختصة:

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>

- اتفاقية لاهاي لعام 1996 بشأن الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والإنفاذ والتعاون فيما يتعلق بمسؤولية الوالدين وتدابير حماية الأطفال:

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

• المواقع الإلكترونية:

- البوابة الرسمية لحكومة دولة الامارات العربية

<https://government.ae/ar-AE/about-the-uae/fact-sheet>

- الموقع الالكتروني لمؤسسة "بيرسون-ماريلستيلر" لاستطلاعات الرأي

<http://www.arabyouthsurvey.com/ar/asdaa-bm.html>

- الموقع الالكتروني للموسوعة العربية:

<https://www.arab-ency.com/ar/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AD%D9%88%D8%AB/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9>

ماهية مفترضات الجريمة

إعداد

د. نوفل علي عبد الله الصفو

استاذ القانون الجنائي المشارك كلية الحقوق جامعة حلوان

مقدمة

تحكم القواعد الجنائية من حيث التجريم والعقاب بالواقعة الجنائية، ويتحقق التجريم من خلال التكليف بالأمر أو النهي الذي يتوجه به المشرع الجنائي إلى المخاطبين بالقواعد الجنائية، وبترتب على مخالفة التكليف الجنائي الذي تتضمنه القواعد الجنائية جزء معين، وتتضمن النصوص الجنائية هذه القواعد الجنائية سواء جاءت القاعدة في نص واحد أو توزعت بين أكثر من نص، وأن التجريم والعقاب يستهدف حماية المصلحة القانونية، إذ أن أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يكمن في النصوص الجنائية إذ يعتبر القانون الجنائي أهم المجالات التي تتعرض فيها الحقوق والحريات للصراع والتناقض مع المصلحة العامة ويتحمل هذا التشريع مسؤولية تحقيق التوازن الذي يوقف هذا الصراع ويكفل حماية الحقوق والحريات مع تحقيق المصلحة العامة بقدر متناسب، ومن أجل تحقيق هذه الغاية يلتزم المشرع الجنائي باحترام الضمانات والمبادئ التي ينص عليها الدستور، إذ تحكم القانون الجنائي نوعان من المبادئ الدستورية أولها عام يحكم سائر فروع القانون، وثانيها خاص بالقانون الجنائي وحده، وتشكل هذه المبادئ بنوعها الدائرة الدستورية في القانون الجنائي، وبجانب هذه الدائرة توجد مبادئ أخرى يضعها المشرع في إطار سلطته التقديرية وتشكل الدائرة التقديرية في القانون الجنائي، وتضيق هذه الدائرة في القسم العام من قانون العقوبات إذ يخضع في الجزء الأعم من نصوصه للمبادئ الدستورية، وتتسع في قسمه الخاص فتحكمها اعتبارات السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع ورؤيته للضرورة والتناسب كأساس للتجريم، ولا تخضع هذه الدائرة لرقابة المحكمة الدستورية العليا لأنها تصدر في نطاق السلطة التقديرية للمشرع في مجال تنظيم الحقوق ما لم تخالف بها أهداف الدستور، وتستظهر المحكمة الدستورية هذه المخالفة إذا كانت صارخة واضحة، أو إذا تم التجريم والعقاب بغير ضرورة أو تناسب.

ويوازن القانون الجنائي بفرعيه بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن حسن سيره وفعاليته، ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح وخاصة الفردية منها على النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، وأن الحقوق والمصالح التي يستهدف القانون الجنائي حمايتها قد تتحدد من خلال مراكز قانونية يجب توافرها ابتداءً مثال ذلك توافر صفة الموظف العام فيما يتعلق بحماية الوظيفة العامة أو تحقق الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة، وكذلك افتراض وجود الشيك ابتداءً فيما يتعلق بجريمة إصدار شيك بدون رصيد، وافتراض قيام الزوجية فيما يتعلق بجريمة الزنا، وافتراض وجود عقود الأمانة فيما يتعلق بتحقق جريمة خيانة الأمانة،

اذ يتعين في هذه الحالات توافر هذه المراكز او الصفات ابتداء كمفترضات قبل اعمال القاعدة الجنائية، لان بعض القواعد الجنائية بما تتضمنه من تجريم وعقاب انما يتوقف نطاق تطبيقها على اعمال القواعد غير الجنائية فيما تحده من مراكز قانونية تحميها القواعد الجنائية .

وان كل جريمة تمر بمراحل عديدة لارتكابها، فهي لا تقع عادة دفعة واحدة، بل تتحقق بثلاث مراحل: ما قبل ارتكابها، وأثناء ارتكابها، وما بعد ارتكابها،⁽¹⁾ واتفق الفقهاء على ان لكل جريمة ركنان عامين مادي ومعنوي مع اختلافهم حول اركان عامة اخرى، اضافة الى اركان خاصة تتطلبها بعض الجرائم فلا تقوم بهذا الوصف بغيرها فتنتفي بانتفائها او تقوم تحت وصف اخر، وقد يوجد اضافة الى جانبها عناصر تبعية ثانوية تتمثل بالظروف لا تدخل في تكوين الجريمة وانما تؤثر في جسامتها تخفيفا او تشديدا او اعفاء.

وبعض هذه العناصر قد تكون سابقة من الناحية الزمنية والمنطقية على نشاط الجاني ولازمة لوجود الجريمة حتى يتحقق النموذج القانوني المكون للجريمة ويمكن أن تتمثل بمراكز أو عناصر أو صفات أو وقائع قانونية أو مادية، وتكون سابقة لنشاط الجاني من الناحيتين الزمنية والمنطقية ومستقلة عنه، وتظل معاصرة له حتى يفرغ الجاني من نشاطه، فالقاعدة ان المكان والزمان والطريقة والوسيلة وصفة الجاني وصفة المجني عليه لا تؤثر في تحقق الجريمة فلا تعد من العناصر المكونة للجريمة ولا تكون محل اعتبار في قيام الجريمة، لذلك لا يتعين العلم بها في الأصل، الا ان المشرع قد يعتد بها في بعض الجرائم فيجعلها محل اعتبار اما لقيام الجريمة فيجعلها ركنا خاصا، او لا يعتد بها كعنصر مكون وانما كظرف يدخل على الجريمة فيؤثر في جسامتها تخفيفا او تشديدا، وإذا تطلب المشرع هذه العناصر المكونة القانونية او المادية السابقة في الوجود على الجريمة وانه لا يتصور وجود الجريمة بدونها لأنها عناصر مكونة في الجريمة فعندئذ يتعين العلم بها لتحقق القصد الجنائي ، اذ تتجه الارادة الى عناصر الجريمة السابقة على ارتكاب الفعل (الاركان الخاصة المفترضة) مثال ذلك الركن الخاص في جريمة القتل ان يكون الانسان على قيد الحياة اذ ان الارادة لا تتجه الى الفعل مجردا عن الوقائع التي تحيط به لأنه إذا تجرد عن هذه الوقائع فلا دلالة له ولن يحقق للجاني غرضا ولن تحفل به ارادته فالإرادة تتجه الى الفعل باعتباره عنصرا من عناصر مجموعة من الوقائع وهي تتجه اليه لأنها تتجه الى هذه المجموعة كلها وهي تتمثل بالمفترضات، اذ ان خطورة الفعل على الحق الذي يحميه القانون ثابتة له أيا كان مكان او زمان ارتكابه او صفة الجاني او المجني عليه .

والحقيقة إن الخلاف حول تحديد تعبير معين للعناصر المفترضة مرتبط بالخلاف

1 د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، 1990، ص206.

حول تحديد طبيعة هذه العناصر وفيما إذا كانت تابعة لأركان الجريمة أم مستقلة عنها، لذلك فإننا سنعرض في هذا البحث لبيان ذلك من خلال تقسيمه إلى مباحث ثلاثة وكما يأتي: -

المبحث الاول: -تعريف مفترضات الجريمة.

المبحث الثاني: -طبيعة مفترضات الجريمة.

المبحث الثالث: -صور مفترضات الجريمة.

المبحث الأول

تعريف مفترضات الجريمة

تعرف المفترضات لغة بانها الامور الواجبة التي يلزم توافرها لتحقيق واقعة معينة،⁽²⁾ فالمفترضات هي الأمور اللازم تواجدها لتحقيق واقعة معينة، وفكرة المفترضات ليست حديثة فقد ظهرت في مجال القانون الخاص ثم وجدت طريقها فيما بعد في مجال القانون الجنائي، ويعد الفقيه (اورتلان) من اوائل الفقهاء الذين كتبوا في فكرة المفترضات اذ عبر عنها باصطلاح الظروف المكونة وعرفها بانها تلك الظروف التي تقتدر بعناصر اساسية وتجعل منها عناصر مركبة ويكون اتحادها بالعناصر الاساسية ضروريا لوجود الجريمة، ويعد الفقيه (مانزيني) أول من اوجد نظرية متكاملة للمفترضات، اذ عرف المفترضات بانها (عناصر او ظروف ايجابية او اساسية تعتبر سوابق ضرورية ومفترضة لوجود الواقعة او الجريمة) وبناء على هذا التعريف قسم المفترضات الى نوعين وكما يأتي :

اولا:- مفترضات الجريمة. وهي تلك العناصر القانونية السابقة على تنفيذ الجريمة والتي يتوقف عليها وجود او عدم وجود اسم الجريمة، وان عدم تحقق هذه المفترضات لا يؤثر في وجود الواقعة التي نصت عليها مادة التجريم، وانما يؤدي الى خضوعها لاسم جريمة اخرى لا تتطلب هذا العنصر لوجودها.

ثانيا:- مفترضات الواقعة. وهي تلك العناصر القانونية او المادية السابقة على تنفيذ الواقعة المكونة للجريمة والتي يشترط القانون توافرها لكي تخضع الواقعة المرتكبة لنص التجريم.

إذ ان لكل جريمة ركنان مادي ومعنوي وفقا للرأي الغالب في الفقه، ويوجد إلى جانبهما عناصر أخرى جوهرية أو ثانوية قد لا تدخل في تكوين الجريمة ولكن لا قيام للجريمة من دونها أو لا قيام للجريمة بوصف قانوني محدد من دونها كما هو الحال في مفترضات الجريمة، أو قد لا تغير من تكوينها لكنها تؤثر في جسامتها كما هو الحال في الظروف.⁽³⁾ وهذه العناصر قد تكون سابقة على نشاط الجاني ولازمة لوجود الواقعة المكونة

2 انظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الجزء الثاني ، 1938 ، باب الضاد فصل الفاء ، ص 340 ؛ لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب والعلوم ، ط19، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، باب الفاء فصل الراء، ص 577 .

3 د. رفيق محمد سلام، الحماية الجنائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص116؛ د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967، ص23، 212، 215؛ د. حسين ابراهيم صالح عبيد، مفترضات الجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، العددان 3، 4، 1979، ص 536 وما بعدها.

للجريمة حتى يتحقق النموذج القانوني المكون للجريمة،⁽⁴⁾ وقد أطلق الفقه على هذه العناصر تسميات مختلفة، فقد أطلق عليها في الفقه الألماني تعبير (Voraussetzun-gen)، وفي الفقه الإيطالي (Presupposti)، وفي الفقه الفرنسي (Les presuppositions)،⁽⁵⁾ وأطلق الفقه المصري عليها تعبيرات متعددة منها (العناصر المفترضة)،⁽⁶⁾ أو (مفترضات الجريمة)،⁽⁷⁾ أو (الأركان المفترضة)،⁽⁸⁾ أو (الجانب المفترض في الجريمة)⁽⁹⁾، أو (الشروط المفترضة في الجريمة).⁽¹⁰⁾

ويفضل البعض استخدام تعبير الشرط المفترض على سواه من التعابير، ويفسر هذا الاختيار على اعتبار إن تعبير الشرط يكشف عن فحوى هذه العناصر ويتفق مع خصائصها على اعتبار إن الشروط المفترضة تسبق النشاط وتستقل عن إرادة فاعله، ومن ناحية أخرى فإن مضمون الشرط بوصفه أمراً خارجاً عن الحدث الذي يتوقف وجوده على توافره، يعين أكثر من سواه على الكشف عن موضع الشروط المفترضة داخل بنیان الجريمة،⁽¹¹⁾ إضافة إلى أن أركان الجريمة تحددها عادةً قواعد جنائية، في حين تحدد الشروط المفترضة في الغالب قواعد غير جنائية، ولذلك لا يجوز العذر بالغلط في قواعد قانون العقوبات التي تحدد أركان الجريمة، بخلاف ما إذا تعلّق الغلط بقاعدة غير جنائية، فذلك يعدّ عذراً، لأنه ينفي القصد الجرمي.⁽¹²⁾

اذ لا ينفي الغلط بالقانون (أي اعتقاد الجاني خطأ وجود قانون) أو الجهل به (جهل الجاني بوجود قانون) القصد الجنائي، اذ ان افتراض العلم بالقانون يفترض العلم بقانون

4. د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المرجع السابق، ص220 وما بعدها.
5. د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967، ص259 هامش رقم (1)؛ د. عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، 1983، ص6.
6. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط10، مطبعة جامعة القاهرة، 1983، ص39؛ د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، ص452؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، فقرة 38 ص53.
7. د. أمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الرابعة عشرة، 1972، فقرة 29 ص248؛ د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، المرجع السابق، ص536.
8. د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، فقرة 40 ص51،52؛ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط2، مطبعة التوني، 1989، ص42.
9. د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص259.
10. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، 1981، فقرة 144 ص256؛ د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط7، دار النهضة العربية، 1977، فقرة 12 ص31.
11. انظر د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص115،116.
12. د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص295 وما بعدها؛ د. عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، مطابع جامعة دمشق، سورية، 2002، ص146 هامش رقم (12).

العقوبات والقوانين المكملة له أيا كان نوع الجريمة او مكان ارتكابها وتجاه جميع الاشخاص الخاضعين لأحكام القانون الجنائي فلا فرق بين وطني واجنبي فأى جريمة او شخص يخضع لأحكام القانون الجنائي يفترض العلم بالقانون تجاهه، اذ ان واجب الفرد هو العلم بالقانون اذ لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون فكل شخص يفترض فيه العلم بالقانون، وان اهمال السلطة وعدم قيامها بالتنبيه للنتائج المترتبة على تجاهل القانون لا يعد مبررا لقبول اعتذار المتهم بجهله بالقانون من اجل نفي القصد الجنائي اذ لا يزال علمه بالقانون مفترضا ذلك لان القانون لا يجعل التنبيه شرطا لقيام المسؤولية الجنائية او شرطا لافتراض علم المتهم بالقانون انما يستهدف بها مجرد التبصير بالعواقب المترتبة على مخالفة القانون، وقد تبنت التشريعات الجنائية مبدأ افتراض العلم بالقانون اذ وفقا للمادة (37) عقوبات عراقي⁽¹³⁾ اقر المشرع بافتراض العلم بالقوانين العقابية بقريئة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس وان وردت عليها استثناءات وقصر هذا الافتراض بالعلم بالقانون على قانون العقوبات او اي قانون عقابي اخر، الا ان نطاق مبدأ افتراض العلم بالقانون يقتصر على قانون العقوبات والقوانين المكملة له ولا يشمل القوانين الاخرى لذلك يمكن الدفع بالجهل بالقوانين الاخرى غير الجنائية كالقانون المدني والتجاري ونفي القصد الجنائي عن الفعل في حين لا يمكن ذلك بالنسبة لأحكام القانون الجنائي ، اذ لا تتضمن القوانين غير الجنائية نصا يشير الى مبدأ افتراض العلم بالقانون ، الا انه مع عدم وجود نص في القوانين غير الجنائية فان هذا المبدأ يأخذ به في تطبيق احكامها، فلا يجوز الاحتجاج بالجهل بأحكام القوانين، لذلك لا يمكن الاستناد لهذه الحجة لترجيح استخدام مصطلح الشروط المفترضة وترجيحه على غيره من المصطلحات .

ويتفق غالبية الفقه الايطالي على ضرورة وجود هذه العناصر وعلى كونها عناصر مفترضة وسابقة على وجود الجريمة، فقد عرف جانب من الفقه الإيطالي المفترضات بأنها : (عناصر أو ظروف إيجابية أو سلبية تعتبر سوابق ضرورية ومفترضة لوجود الواقعة أو الجريمة)، وعرفها آخرون بأنها : (عناصر توجد قبل وجود الجريمة ولا تدخل في تكوينها مع ارتباطها بالواقعة ومساهمتها معها في تحديد الوصف المميز لأسم الجريمة)،⁽¹⁴⁾ وقد فرق جانب من الفقه الإيطالي بين مفترضات الجريمة وهي تلك العناصر القانونية السابقة على تنفيذ الجريمة التي يتوقف عليها وجود أسم الجريمة أو عدمه، وبين مفترضات

13 تقابلها المادة (42) من قانون العقوبات الاماراتي الاتحادي رقم (3) لسنة 1987 اذ نصت على (لا يعتبر الجهل بأحكام هذا القانون عذرا) ، والمادة (85) من قانون العقوبات الاردني المرقم (16) لسنة 1960 اذ نصت على (لا يعتبر جهل القانون عذرا لمن يرتكب أي جرم).

14 Manzini , Trattato di diritto penale Italiano secondo il codice del 1930, P.520. Giotto Bonini, I1 14 presupposto penal. 1949, P.19

أشار إليه د. عادل عازر، المرجع السابق، ص536 وما بعدها.

الواقعة وهي تلك العناصر القانونية أو المادية السابقة على تنفيذ الواقعة المكونة للجريمة التي يشترط القانون توافرها لكي تخضع الواقعة المرتكبة لنص التجريم، ويذهب الدكتور عادل عازر الى أن النظريات التي تتطلب مفترضات لوجود الجريمة لا تستند إلى أسس قانونية ومنطقية وتعوزها الحجج، بخلاف مفترضات الواقعة التي تساهم في تحليل عناصر الجريمة،⁽¹⁵⁾ ويذهب الدكتور عبد الفتاح الصيفي إن هذه التفرقة التي نادى بها الفقه الإيطالي لا تستقيم، لأن مفترضات الواقعة هي في الوقت نفسه مفترضات للجريمة ذاتها، لهذا فلا فرق يذكر بين الجانب المفترض للجريمة والجانب المفترض للواقعة،⁽¹⁶⁾ ونحن نتفق مع هذا الرأي فنرى ان مفترضات الواقعة هي في الوقت نفسه مفترضات للجريمة فاذا جعلها المشرع محل اعتبار في تحقق الجريمة فلا تتحقق بغيرها اذ لا قيام للجريمة وفق وصف معين الا بتحقق الواقعة بكافة الوقائع المحيطة والمرتبطة بها، فإذا تطلب المشرع هذه العناصر المكونة القانونية او المادية السابقة في الوجود على الجريمة فانه لا يتصور وجود الجريمة بدونها لأنها عناصر مكونة في الجريمة، اذ تتجه الارادة الى عناصر الجريمة السابقة على ارتكاب الفعل (الاركان الخاصة المفترضة)، مثال ذلك الركن الخاص في جريمة القتل ان يكون محل الجريمة انسان على قيد الحياة، اذ ان الارادة لا تتجه الى الفعل مجردا عن الوقائع التي تحيط به لأنه إذا تجرد عن هذه الوقائع فلا دلالة له ولن يحقق للجاني غرضاً ولن تحفل به ارادته فالإرادة تتجه الى الفعل باعتباره عنصراً من عناصر مجموعة من الوقائع وهي تتجه اليه لأنها تتجه الى هذه المجموعة كلها.

أما الفقه الفرنسي فقد اعتمد على أفكار الأستاذ (قوان) الذي يعد أول من استخدم تعبير (الشرط السابق الأولي)، وقد عرّف هذا الفقيه المفترضات بقوله إنها (العناصر التي تحدد المجال الذي يمكن للجريمة أن ترتكب فيه)، في حين يقول الأستاذ (لوفاسير) بأن هذه المفترضات لا تعدو كونها ظروف تسبق النشاط وتسبغ عليه الصفة الجرمية. وبالمجمل يعرّف الفقه الفرنسي هذه المفترضات بأنها : مراكز قانونية أو واقعية سابقة على النشاط الاجرامي، فهي بمثابة نسيج خارج عن الجريمة نفسها، ينظم الجاني فوفه نشاطه الاجرامي من دون أن ينفك عنه، أو هي مراكز محايدة في ذاتها تمثل نقطة البدء لارتكاب بعض الجرائم وتكون لازمة لوقوع الجريمة،⁽¹⁷⁾ فقد عرفها جانب من الفقه بأنها: (ظروف تسبق النشاط وتجعل منه إجرامياً)،⁽¹⁸⁾ او بانها: (العناصر التي تحدد المجال الذي يمكن ان

15 في بيان هذه الآراء والانتقادات التي وجهت إليها انظر د. عادل عازر، المرجع السابق، ص 213 ومابعدها.

16 انظر د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 270.

17 انظر د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 76 ومابعدها، وهامش رقم (2) في ص 77.

18 LEVASSEUR, cours de droit penal special (1967,1968), P.9

أشار إليه د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 77.

ترتكب فيه الجريمة)،⁽¹⁹⁾ اما الفقه المصري فقد عرفها بأنها: (العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل لنشاطه)،⁽²⁰⁾ أو بأنها: (مركز أو عنصر قانوني أو فعلي، أو واقعة قانونية أو مادية ينبغي قيامها وقت ارتكاب الجريمة، ويترتب على تخلفها إلا توجد الجريمة)،⁽²¹⁾ او بانها(عنصر سابق على السلوك يلزم وجوده كي يثبت لهذا السلوك صفته الجرمية)،⁽²²⁾ وعرفها البعض بانها (هي نسيج من شروط أو عناصر قانونية أو أوضاع ايجابية أو سلبية تتعلق بموضوع الجريمة أو بالجاني بالمجني عليه)⁽²³⁾ وعرفها البعض (بانها مركز قانوني تحميه القاعدة الجنائية).⁽²⁴⁾

ويمكننا مما تقدم ان نعرف مفترضات الجريمة بانها (مركز أو عنصر قانوني أو فعلي، أو واقعة قانونية أو مادية ينبغي قيامها بوقت سابق او معاصر لارتكاب السلوك، ويترتب على تخلفها إلا تتحقق الجريمة او ان تتحقق بوصف قانوني اخر)، اذ يمكن القول إن الخصائص المشتركة للمفترضات (سواء اطلق عليها شرطا او ركنا او عنصرا او غير ذلك) التي يمكن استخلاصها من خلال التعاريف الفقهية السابقة، هي إن المفترضات عناصر ضرورية ولازمة لوجود الواقعة المكونة للجريمة، هذا بالنسبة للعناصر المفترضة التي يجعلها المشرع محل اعتبار في تحقق الجريمة باعتبارها ركنا خاصا، اما بالنسبة للعناصر التي لا يجعلها المشرع محل اعتبار في تحقق الجريمة وانما تؤثر في جسامه العقوبة فهي تتمثل بالظروف، وإنها تكون مستقلة عن نشاط الجاني وسابقة له من الناحية الزمنية والمنطقية او معاصرة له، وان الجريمة لا تقوم بوصف معين الا اذا توافرت هذه المفترضات والا فان الجريمة سوف لا تقوم او تقوم ولكن وفقا لوصف اخر تطبيقا لنظرية تحول التكييف الجنائي، اذ إن التكييف يتطلب شرطين لازمين :-

- أ- أن ينص المشرع على انه إذا توافرت واقعة مجردة لها خصائص معينة فإنها تندرج تحت أحد الأوصاف التي يعرفها القانون ويرتب عليها أثرا قانونيا معيناً.
- ب- أن يعلن القاضي إن الواقعة المعروضة عليه تتوافر فيها خصائص الواقعة المجردة التي أضفى عليها القانون وضعا قانونيا معيناً.

19 p. 2 .no 2. 1976. Manuel de droit penal special. vouhn.

اشار اليه د. محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الاجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010، ص 97.

20 د. محمود محمود مصطفى، القسم العام، المرجع السابق، فقرة 22 ص39؛ د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص53.

21 د. عبد الفتاح الصيغي، المرجع السابق، ص259.

22 د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق، ص494.

23 د. عبد المهيمن بكر ، المرجع السابق ، ص13.

24 د. محمد علي سويلم ، المرجع السابق ، ص 101.

والشرط الأول هو من عمل المشرع أما الشرط الثاني فهو من عمل القاضي. والمشرع حين يضيف تكييفاً (وصفاً) قانونياً معيناً على واقعة ما فإنه ينشئ هذا التكييف. هذا بخلاف القاضي، فإنه حين يضيف هذا التكييف القانوني على الواقعة المعروضة عليه، فإنه يعلن هذا التكييف ويكشفه. وهناك ارتباط وتلازم بين الشرطين فالقاضي لا يمكنه أن يختار تكييفاً معيناً إلا إذا عرفه وحدده المشرع (من خلال الوصف القانوني المسبق للجريمة)، بل إن دور القاضي في هذا الشأن كاشف محض لأنه يتمثل في الخصائص التي يتطلبها المشرع في الواقعة المجردة وقد توافرت في الواقعة المعروضة عليه.

وهذا ما دعى جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن تكييف الواقعة يعد عملاً أساسياً وضرورياً للقاضي. حيث إن التكييف ليس إلا من عمل القاضي لأن الأخير عندما يضيف واقعة ما وفقاً لوصفها القانوني فإنه يوجد منطقة قانونية وفنية يجذب إليها الواقعة من الأسفل ويرتفع بها درجة إلى التكييف، ثم يسحب القانون من خلال إنزاله من عليائه المجرّد درجة إلى التكييف، وبالتالي يعمل القاضي في تلك المنطقة على التقاء الواقع بالقانون وحينئذ يسهل تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة.⁽²⁵⁾

فإذا لم تتوافر المطابقة التامة بين عناصر النموذج القانوني وعناصر الواقعة وتوافرت أركان جريمة أخرى في الواقعة التي جرمها القانون فإن التكييف الجنائي يتحول إلى تلك الجريمة فتتحقق أركانها وتقوم المسؤولية الجنائية عنها ويسأل الجاني عن هذه الجريمة التي تحول التكييف إليها لا عن تلك الجريمة التي لم تكتمل عناصرها أو أركانها بشرط اكتمال كافة عناصر الجريمة التي تحول التكييف الجنائي إليها نظراً لعدم تحقق المطابقة الجنائية بشكل تام مع عناصر الجريمة الأولى، لأنه لا توجد مطابقة جزئية، فالمطابقة إما أن تكون تامة أو لا تكون، لذلك فإن المطابقة لم تتم مع عناصر الجريمة الأولى لانتفاء عنصر أو أكثر من عناصرها إلا أنها تمت مع جريمة أخرى تطابق النص الجنائي مع عناصرها مطابقة تامة، فإذا كانت العناصر المتبقية (انقراض المطابقة) تضم بين طياتها العناصر اللازمة لتكييف جريمة أخرى عمدية كانت أو غير عمدية فالتكييف الجنائي يتحول إليها، وسوف نكون في هذه الحالة أمام مطابقة جديدة قائمة على انقراض المطابقة التي لم تتحقق، وتتحقق هذه المطابقة بين الجريمة المتحولة وبين النموذج القانوني للجريمة الأخرى في عملية يطلق عليها تحول التكييف الجنائي، وقد أشارت بعض التشريعات إلى أحكام تحول التكييف الجنائي ومنها قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930 إذ نصت المادة (49/3) منه على: (بالنسبة للحالات سالفة الذكر في الفقرتين الأولى (التي تعالج الجريمة الظنية) والثانية (التي تعالج الجريمة المستحيلة لعدم صلاحية الفعل أصلاً، أو لانعدام

25 د. محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 79.
83

وجود المحل المادي للفعل (إذا توفرت في الفعل المرتكب عناصر تكون جريمة اخرى مغايرة فان الفاعل يخضع لعقوبة الجريمة التي ارتكبها فعلا)، وكذلك ما جاء في نص المادة (47/2) بخصوص الغلط في الوقائع اذ نصت على (الغلط في الواقعة التي تكون جريمة معينة لا يستبعد العقاب من اجل جريمة اخرى مختلفة)، فهذه اشارات واضحة لنظرية تحول التكييف الجنائي، و اشار قانون العقوبات البحريني المرقم (15) لسنة 1976 لهذه الحالة ايضا في قانون العقوبات اذ نصت المادة (27) منه على (ينتفي العمد إذا وقع الفعل المكون للجريمة بناء على غلط في واقعة تعد عنصرا من عناصرها القانونية أو في ظرف لو تحقق لكان الفعل مباحا . على أن ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما قد يتخلف عن فعله من جريمة غير عمدية أو أية جريمة أخرى.)، وكذلك نص قانون العقوبات الليبي على هذا الحكم في معالجته للخلط المادي اذ نص في المادة (67) على: (الخلط في الفعل المكون لجريمة يعفى الفاعل من العقاب عليها. ومع ذلك إذا كان الغلط ناشئاً عن خطأ الفاعل فلا إعفاء له من العقوبة إذا اعتبر القانون الفعل جريمة خطئية. وكذلك يعاقب الفاعل كلما كون الفعل جريمة أخرى). في حين لم تتضمن تشريعات اخرى الاشارة لحكم هذه الحالة كالقانون العراقي اذ لم يتضمن نصوصاً مماثلاً، لذلك نقترح على المشرع العراقي تجاوز هذا النقص وتبني النص الاتي و اضافته الى بداية نص المادة(36) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969(ينتفي القصد الجنائي في الجريمة إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط في واقعة تعد ركنا من اركانها. على ان ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما يتخلف عن فعله من جريمة غير عمدية او اية جريمة اخرى) او تبني النص التالي

1. لا يُسأل الفاعل عن جريمة عمدية، إذا وقع الفعل المكون للجريمة بحسن نية، وبناءً على أسباب معقولة وكافية، وتعلق بخلط في واقعة تعد عنصراً من عناصرها القانونية. ولا يمنع ذلك من مسألته عما يترتب على فعله من جرائم أخرى عمدية أو غير عمدية، ما لم يكن قد اتخذ جانب الحيطة اللازمة قبل القيام بفعله. أما إذا لم يكن للخلط ما يبرره عدّ ذلك عدراً مخففاً.

2. لا يُسأل من ارتكب الفعل معتقداً على سبيل الغلط أنه يكون جريمة).

إلا إنه على الرغم من اتفاق التعاريف الفقهية حول العناصر المشار إليها، إلا إنها قد اختلفت حول تحديد مدلول هذه المفترض، لذلك استخدم بعض الفقهاء في تعريفها تعبير عنصر (Element)،⁽²⁶⁾

26 ذهب جانب من الفقه إلى تسمية العنصر المكون للجريمة بالعنصر (Element) تمييزاً له من الظروف والشرط. انظر د. محمد محي الدين عوض، الظروف المشددة، مجلة المحاماة، العدد 9، السنة 43، ص 112 - 113.

Rober d.pursly, Introduction of criminal Justice, ED 26. U.S.A. 1980, P.31

.Harvy Wallace and Cliff Roberson, Principles of criminal Law, Longman, U.S.A. 1996, P.34

أو حالة (Etat)،⁽²⁷⁾ أو واقعة (Fait)، أو ظرف (Circomstance)، أو مركز (Situation)، ويرى البعض إن تعريف المفترضات بوصفها مركزاً قانونياً تحميه القاعدة الجنائية يتفق والخصائص التي سبقت الإشارة إليها ولا يتعارض مع التطبيقات التي أوردها الفقه لهذه الفكرة، وعليه فإذا استخدم تعبير التصرف القانوني أو الإجراء القانوني أو الواقعة القانونية فينبغي أن يحمل على المركز القانوني الذي يشغله صاحب هذه الصفة،⁽²⁸⁾ ويتوجه البعض إلى إن هذه المفترضات قد تتمثل بمواقف أو مراكز أو صفات تتوافر في شخص أو شيء.⁽²⁹⁾ ويمكن من استعراض الجهود الفقهية ملاحظة إن الفقه⁽³⁰⁾ يتخذ تطبيقاتاً للمفترضات قد تتمثل

بمراكز قانونية، مثال ذلك قيام دعوى أمام المحكمة بالنسبة إلى جريمة شهادة الزور،⁽³¹⁾ أو في صفات قانونية، إذ يفترض تحقق صفة قانونية معينة في الفاعل أو المجني

ويتوجه البعض إلى تسمية المقومات الأساسية للجريمة بالأركان وتسمية المقومات المتفرعة عن هذه الأركان عند تحليلها بالعناصر، إذ يتكون الركن المادي للجريمة من عناصر ثلاثة هي السلوك والنتيجة والعلاقة السببية فيما بينها، ويتألف الركن المعنوي (في صورة العمد) من عنصرين هما الإرادة والعلم.

انظر د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 239.

27 عرف الفقه الأحوال ومن ضمنهم الاستاذ (ديلوجو) والذي عرف الاحوال بانها (صفات قانونية تطلقها الدولة على بعض الاشخاص عند توافر شروط معينة) انظر ديلوجو، القانون الجنائي وتطبيقه، ص 157. نقلاً عن د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، دار المعارف، القاهرة، 1967، ص 102.

في حين يذهب بعضهم في تعريف الاحوال إلى انها (مراكز قانونية لطوائف معينة من الافراد في المجتمع، يعترف بها فرع من فروع القانون ويضع لها تنظيماً قانونياً خاصاً) انظر د. فخري عبد الرزاق الحديثي، النظرية العامة للأعدار القانونية المعفية من العقاب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1973، ص 32.

إذاً الأحوال هي جمع الحالة وهي مجموعة الاوصاف التي ان توافرت في شخص حددت مركزه القانوني، فجعلته صالحاً لاكتساب نوع معين من الحقوق او للتحمل بنوع معين من الواجبات، ما كان ليكتسبها او ليتحمل بها لو لم تتوافر فيه هذه الصفات كالأحداث فصغر السن جعلهم يخضعون لأحكام قانون خاص هو قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983.

28 انظر د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 79 وما بعدها.

29 د. عادل عازر، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها؛ د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 260، 261.

30 انظر د. عادل عازر، المرجع السابق، ص 224 وما بعدها؛ د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 39؛ د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 260 وما بعدها.

31 إذ تنص المادة (251) من قانون العقوبات العراقي على (شهادة الزور هي ان يعتمد الشاهد بعد ادائه اليمين القانونية امام محكمة مدنية او ادارية او تأديبية او امام محكمة خاصة او سلطة من سلطات التحقيق الى تقرير الباطل او انكار حق او كتمان كل او بعض ما يعرفه من الوقائع التي يؤدي الشهادة عليها). تقابلها المادة (294) عقوبات مصري المرقم (58) لسنة 1937، والمادة (255) من قانون العقوبات الاماراتي المرقم (3) لسنة 1987.

عليه، ففي جرائم ذوي الصفة ومن ضمنها جريمتي الرشوة،⁽³²⁾ والاختلاس⁽³³⁾ يفترض في مرتكبها أن يكون موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة، إذ لا يمكن تصور ارتكابها إلا من موظف عام، وهنا يضاف ركن آخر لأركان الجريمة المعروفة الا وهو ركن الصفة أي ان يكون الجاني موظفاً عاماً لا تقوم الجريمة بدون توافره، فالقاعدة العامة انه لا يتطلب المشرع صفة معينة في الجاني، وذلك ان غالبية نصوص التجريم تخاطب جميع الافراد الخاضعين لسلطان النص، ومن ثم فان الجريمة تتحقق بمجرد مخالفتها من قبل الفرد المخاطب،⁽³⁴⁾ الا ان هناك جرائم لا يتحقق السلوك في الجريمة الموصوفة في النموذج الاجرامي الا اذا كان الفاعل ذا صفة معينة، فالجريمة في الحالة الاولى تسمى بجريمة الفاعل المطلق، اما في الحالة الثانية فتسمى بجريمة الفاعل الخاص (او جرائم ذوي الصفة)،⁽³⁵⁾ مما تقدم يمكن تحديد اركان جريمة الموظف العام الجنائية بما يأتي: -

1. الركن المادي والمتمثل بالفعل او الامتناع الذي جرمه القانون، أي السلوك إضافة الى النتيجة والعلاقة السببية.
2. الركن المعنوي والمتمثل بالقصد الجنائي بأية صورة من صورته او الخطأ غير العمدي إذا نص المشرع على تحققها خطأ.
3. الركن الخاص المفترض (الصفة) والمتمثل في ان يكون مرتكب الفعل او الامتناع

32 انظر المواد (307 – 314) من قانون العقوبات العراقي المرقم (111) لسنة 1969، تقابلها المادة (234) عقوبات اماراتي ، وتقابلها المواد (103، 111) عقوبات مصري.

33 انظر المواد (315 – 321) عقوبات العراقي ، تقابلها المواد (224، 228) عقوبات اماراتي ، وتقابلها المادة (112) عقوبات مصري.

34 الأصل في الجرائم أنها تقوم من غير النظر الى شخصية الفاعل أو جنسه أو صفته أو وظيفته، انما ينظر الى السلوك الصادر عنه والى العناصر الثابتة في الجريمة فحسب. على ان المشرع في بعض الجرائم يتطلب أن تتوافر في الجاني صفة قانونية أو فعلية معينة، أي وصف معين أو وضع خاص، وفي هذه الحالة يلزم توافرها وأن يعلم الجاني بهذه الصفة أو ذلك الوصف ليقوم القصد الجرمي لديه.

وهكذا نجد بأن المادة (377/1) عقوبات عراقي) تشترط لقيامها أن تكون صفة الجاني (زوجة)، وأن تكون هذه الزوجة زانية، وكذلك (المادة/ 377/2) عقوبات عراقي) تشترط لقيامها ان تكون صفة الجاني (زوج)، وأن يكون قد زنى في منزل الزوجية. أما (المواد/288و293و308و305-320و315-341و322) عقوبات عراقي) فقد استلزمت في الجاني أن يكون (موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة)، وقضت (المادة 296) عقوبات عراقي) بأن يكون الجاني (مكلفاً قانونياً)، وقضت (المادة/297) عقوبات عراقي) بان يكون الجاني طبيباً أو قابلة. أما (المادة/267) عقوبات عراقي) فقد فرضت في الجاني أن يكون قد (هرب بعد القبض عليه أو حجزه أو توقيفه أو حبسه بمقتضى القانون). وكذلك اشترطت (المادة/157/1)، و(المادة/180) عقوبات عراقي) ان يكون الجاني ((مواطناً))، و(المادة/10) عقوبات عراقي) اشترطت ان يكون (عراقياً). عراقي) اشترطت ان يكون (مواطناً يقيم في العراق)، و(المادة/204/1) ج عقوبات عراقي) ((أن يكون الجاني أجنبياً مقيماً في العراق وكل عراقي ولو كان مقيماً في الخارج)). واشترطت (المادة/393/1) ج عقوبات عراقي) أن يكون الجاني (من الموظفين أو من المكلفين بخدمة عامة أو من رجال الدين أو الأطباء)، واستلزام صفة (التاجر) في جريمة الافلاس بالتدليس وفق (المادة/468) عقوبات عراقي).

35 د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص58.

موظفا عاما او مكلف بالخدمة العامة وبالوصف الذي حدده القانون.

وان تحديد اركان جريمة الموظف العام على النحو الذي سبق ذكره يجب ان لا يقود إلى الاعتقاد بان الموظف إذا ما ارتكب جريمة اخرى لم يشترط القانون فيها ان ترتكب من موظف يجعله بمنأى عن المسؤولية، وانما العكس هو الذي يصح وهو ان الجريمة التي اشترط القانون لوقوعها ان يكون الجاني موظفا لا يمكن تصورها لو ارتكب الفعل المكون لركنها المادي شخص لا يحمل صفة الموظف لتخلف ركن من اركانها وهو ركن الصفة لان هذه الصفة يجب ان تتحقق في الفاعل.

واشترط صفة معينة في الجاني تبرز أهميته في مجال المساهمة الجنائية،⁽³⁶⁾ ذلك إن المشرع حينما يشترط في الجريمة صفة معينة في الجاني ويعدها ركناً مكوناً لها، فهو يلزم لقيام تلك الجريمة أن يكون من يتمتع بتلك الصفة هو الذي ارتكب الفعل المادي المكون لها طبقاً للنموذج التشريعي للواقعة، ويثار التساؤل هنا هل يلزم أن تتوافر صفة الموظف أو من في حكمه في الفاعل، أم يكفي توافرها بالنسبة إلى أحد المساهمين دون اشتراط توافرها بالفاعل؟

والواقع أن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: -حالة وجود الموظف أو من في حكمه بوصفه فاعلاً أصلياً، وهنا لا تثار أية مشكلة، إذ تطبق القواعد العامة، فإذا كان الشريك تتحقق فيه صفة الموظف فإنه يعاقب أيضاً بذات العقوبات المقررة، أما إذا كان الشريك من آحاد الناس الذين لا تتحقق فيهم صفة الموظف فإنه يخضع للقواعد العامة في الاشتراك فيعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة.⁽³⁷⁾

الحالة الثانية: -وهي حالة ما إذا كان الفاعل الأصلي فرداً من آحاد الناس، وهنا يمكن التفريق بين رأيين. يذهب الرأي الأول إلى إن القواعد العامة تقضي هنا بخضوع الشريك - وهو في هذه الحالة الموظف - للعقوبة المقررة للفاعل الأصلي - وهو في هذه الحالة شخص من آحاد الناس - الأمر الذي يؤدي إلى خضوع الفعل لنص غير النص الذي يتطلب الصفة الخاصة ومن ثم عقاب الشريك وهو موظف بالعقوبة ذاتها. لذلك فقد خرج المشرع على هذه القاعدة العامة وأخضع الفاعل الأصلي للعقوبة المقررة للشريك -الموظف العام- وذلك من أجل ضمان فاعلية الحماية لهذه الأموال، لأن أعمال القاعدة العامة سوف يؤدي

36 يفرق الفقه بين نوعين من المساهمة ، المساهمة الأصلية وهي حالة تعدد الجناة في الجريمة التي قاموا بتنفيذها كلها أو بعضها أو اتخذوا فيها دوراً أساسياً ويطلق عليهم هنا وصف الفاعلين للجريمة. والمساهمة التبعية وهي حالة اقتصر دور المساهم على القيام بدور تبعية أو ثانوي ويطلق عليه وصف الشريك.

37 انظر نص المادة (50 ف1) من قانون العقوبات العراقي.

إلى نتيجة غير منطقية.⁽³⁸⁾

وبتوجه الرأي الثاني إلى إنه لم يتم الخروج عن القواعد العامة في المساهمة، لأن النص يحدد أفعالاً إذا ارتكب الموظف أحدها فقد توافرت في حقه الواقعة الإجرامية، فضلاً عن إن هذا الوضع قد تحدد بنص خاص في شأن الموظف والقاعدة إن الخاص يقيد العام، فقد نص المشرع بشكل صريح بصدد بعض جرائم الموظفين العموميين على عقاب التسهيل بوصفه فعلاً أصلياً وليس اشتراكاً،⁽³⁹⁾ لأنه لولا هذا النص لعد التسهيل اشتراكاً بطريق المساعدة وفقاً للقواعد العامة.⁽⁴⁰⁾

ومن خلال استعراض الرأيين السابقين يتبين إن كليهما قد اتفق في النتيجة وهي عد الموظف العام (في حالة اشتراكه مع أحد الأفراد) فاعلاً أصلياً وليس مجرد شريك أما بعده كذلك حكماً وخروجاً على القواعد العامة وفقاً للرأي الأول، أو بحسب الأصل وفقاً للرأي الثاني، فالموظف يعد في هذه الجرائم الفاعل الأصلي، لأنه الذي يملك زمام الأمور فيوجهها الوجهة التي تحقق مشروعه الإجرامي فهو الذي يملك السلطة على الأموال العامة التي تقع عليها الجريمة، لذلك فإنه يكون دائماً فاعلاً أصلياً، أما الغير فيعد شريكاً يخضع لعقوبة الموظف وفقاً لقواعد الاشتراك.

وفي جريمة القتل يفترض أن يكون المجني عليه (محل الجريمة) إنساناً على قيد الحياة،⁽⁴¹⁾ أو قد تتمثل بواقعة قانونية⁽⁴²⁾ كما هو الحال في اشتراط المشرع لقيام الجريمة أن يسبقها وقوع جريمة أخرى تعتمد عليها وتستمد منها بعض عناصرها، ومثال ذلك جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة،⁽⁴³⁾ إذ يتطلب لتحقيق هذه الجريمة ان يسبقها

38 د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص136 ؛ د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ج1 ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص280.

39 انظر نص المادة (316) من قانون العقوبات العراقي والمادة (113) من قانون العقوبات المصري.

40 انظر د. مأمون محمد سلامة ، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغائي ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، السنة 39 ، 1969 ، ص152-153.

41 انظر المواد (405 – 409) عقوبات عراقي، تقابلها المادة (332) عقوبات اماراتي، تقابلها المادة (230) عقوبات مصري.

42 الواقعة القانونية هي (واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً. وقد تكون طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت، وقد تكون اختيارية حدثت بإرادة الإنسان كالبناء والغراس. وإذا كانت الواقعة اختيارية فقد يقصد الإنسان من وراءها إحداث الأثر المترتب عليها (كالاستيلاء والحيازة) وقد لا يقصد هذا الأثر (كدفع غير المستحق) وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعامل غير المشروع. وسواء كانت الواقعة القانونية طبيعية أو اختيارية، وسواء قصد أثرها القانوني أو لم يقصد أو قصد عكسه فهي دائماً واقعة مادية وليست إرادة كما هي الحال في التصرف القانوني).

انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، فقرة 1 ص1.

43 انظر المادة (460) عقوبات عراقي إذ نصت على (مع عدم الاخلال بأية عقوبة اشد يقررها القانون يعاقب بالسجن

ارتكاب جناية او جنحة كجريمة السرقة او الاحتيال، أو تتمثل بتصرف قانوني،⁽⁴⁴⁾ سواء كان هذا التصرف صادراً عن إرادة حرة واحدة أم عن التقاء إرادتين، مثال ذلك جريمة خيانة الأمانة⁽⁴⁵⁾ إذ يفترض تسليم المال بناء على عقد من عقود الأمانة كالوديعة او عارية الاستعمال، أو قد تتمثل بواقعة مادية، كما هو الحال في جريمة الإجهاض⁽⁴⁶⁾ إذ يفترض لوجودها أن تكون المجني عليها حاملاً.

فالمفترضات على نحو ما سبق يمكن أن تتمثل بمراكز أو عناصر أو صفات أو وقائع قانونية أو مادية، وتكون سابقة لنشاط الجاني من الناحيتين الزمنية والمنطقية ومستقلة عنه، وتظل معاصرة له حتى يفرغ الجاني من نشاطه.

مدة لا تزيد على سبع سنوات من حاز او اخفى او استعمل اشياء متحصلة من جناية او تصرف فيها على اي وجه مع علمه بذلك، ويعاقب بالحبس اذا كانت الجريمة التي تحصلت منها تلك الاشياء جنحة على ان لا تزيد العقوبة عن الحد الأقصى المقرر لعقوبة الجنحة التي تحصلت منها تلك الاشياء كل ذلك دون ان يكون الحائز او المخفي او المستعمل او المتصرف قد ساهم بارتكاب الجريمة التي تحصلت منها الاشياء)، تقابلها المادة (107) عقوبات اماراتي.

44 التصرف القانوني في فقه القانون الخاص، هو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين سواء كان صادراً عن إرادة واحدة أم عن التقاء إرادتين كالعقد والوصية. والفرق بين الواقعة القانونية الاختيارية وبين التصرف القانوني هو إن القانون في الواقعة القانونية يعول على الحدث في ذاته دون النظر إلى نية الفاعل وسواء قصد الأثر التي رتبها القانون أم لم يقصدها.

انظر د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1976، فقرة 484 ص 820,819.

45 انظر المادة (453) عقوبات عراقي، تقابلها المادة (404) عقوبات اماراتي، و المادة (341) عقوبات مصري.

46 انظر المواد (417 - 419) عقوبات عراقي، تقابلها المادة (340) عقوبات اماراتي، والمواد (260,264) عقوبات مصري.

المبحث الثاني طبيعة مفترضات الجريمة

أخذت الإشكالية التي تتعلق بموضع وطبيعة المفترضات، من أركان الجريمة اهتمام فقهاء القانون الجنائي؛ نظرا لأهمية ذلك في تحليل بناء أي جريمة، ومفاد هذه الإشكالية يتعلق بالتساؤل الاتي هل تعد مفترضات الجريمة أحد مكونات أي من الركنين المادي أو المعنوي للجريمة؟ أم أنها تمثل عنصرا مستقلاً بذاتها؟ إذ لم يتفق الفقهاء حول طبيعة المفترضات، ويمكن أن نفرق بين اتجاهين في هذا المجال يتوجه، أولهما إلى عدم استقلال العنصر المفترض ويرده إلى أركان الجريمة وعناصرها الأخرى، ويتوجه ثانيهما إلى استقلال العنصر المفترض عن أركان الجريمة، لذلك قسمنا هذا المبحث الى مطلبين وكما يأتي: -

المطلب الاول: -تبعية العنصر المفترض.

المطلب الثاني: -استقلالية العنصر المفترض.

المطلب الاول تبعية العنصر المفترض

الجريمة أولاً وقبل كل شيء حقيقة بشرية، والرغم من التقدم الحضاري الذي وصلت إليه البشرية، فالظاهرة الإجرامية ستبقى ما بقي الإنسان، وسيبقى عاجزاً عن القضاء عليها كلياً، والأصل في الانسان البراءة، والأصل في الافعال الإباحة وان ما يرد من قواعد التجريم والعقاب انما يأتي على سبيل الاستثناء الذي تتطلبه الموازنة بين حماية الحقوق والحريات وحماية المصلحة العامة، ويتكون القانون الجنائي من مجموعة من النصوص، وان النص الجنائي هو أداة المشرع ووسيلته التي يحمل عليها القاعدة الجنائية التي تمثل تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجزائية، إذ ان القاعدة الجنائية من قبيل القواعد الامرة المقومة لسلوك الانسان، ويتحقق هذا التقويم عندما تجد القاعدة ان هذا السلوك كان ينبغي ان يكون على نحو اخر افضل، الامر الذي يترتب عليه المساس بالحياة المشتركة بين من صدر عنه السلوك وبين الجماعة التي هو فرد من أعضائها، ولذلك فالقاعدة الجنائية تنظر لما يجب ان يكون وليس لما هو كائن، وهي بذلك تكون قاعدة تقويم، فالنص القانوني عبارة عن صيغ لفظية تستوعب هدفاً معقولاً يقصده المشرع، ويتمثل المضمون التشريعي في قواعد تهدف الى تحقيق مصالح وتصاغ في صورة نصوص، والعلم بالمصالح يزيد النفس طمأنينة بالتشريع وأحكامه، فالنفس مَجْبُولَةٌ على التسليم للحكم الذي عرفت

ويوازن القانون الجنائي بفرعيه بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن حسن سيره وفعالته، ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح وخاصة الفردية منها على النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، فالتشريع الجنائي يتحمل مسؤولية تحقيق التوازن الذي يوقف الصراع بين مختلف الحقوق والحريات من جهة وبينها وبين المصلحة العامة من جهة أخرى ويكفل حماية كل من الحقوق والحريات والمصلحة العامة بقدر متناسب. ويلتزم المشرع في سبيل كفالة هذه الحماية باحترام المبادئ التي ينص عليها الدستور، إذ أن حماية النظام الديمقراطي المعرض للخطر تعد قيمة أولى بالرعاية، وأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، فإن كان التشريع متجاوزا للحدود على نحو يجعله غير ضروري غدا مخالفا للدستور، فلا يجوز مواجهة الجريمة بجريمة ترتكب بمخالفة القانون والمبادئ الدستورية والخروج عليها، فلا يجوز أن تكون مواجهة الاعتداء على القانون إلا بالقانون ذاته.

وتحكم القواعد الجنائية من حيث التجريم والعقاب بالواقعة الجنائية، ويتحقق التجريم من خلال التكليف بالأمر أو النهي الذي يتوجه به المشرع الجنائي إلى المخاطبين بالقواعد الجنائية، ويترتب على مخالفة التكليف الجنائي الذي تتضمنه القواعد الجنائية جزاء معين، وتتضمن النصوص الجنائية هذه القواعد الجنائية سواء جاءت القاعدة في نص واحد أو توزعت بين أكثر من نص، ويمكن القول أن كل النصوص الجنائية تتضمن قواعد جنائية ولكن ليس كل القواعد الجنائية تتضمن عنصري التجريم والعقاب أو يجتمع فيها العنصران، وليس كل القواعد الجنائية تتضمن نماذج قانونية إنما التي تتضمن هذه النماذج هي القواعد الجنائية الأساسية المستقلة المجرمة الايجابية، أما القواعد الجنائية التابعة فأنها لا تتضمن نماذج قانونية.

وان التجريم والعقاب يستهدف حماية المصلحة القانونية، وان الحقوق والمصالح التي يستهدف القانون الجنائي حمايتها قد تتحدد من خلال مراكز قانونية يجب توافرها ابتداء مثال ذلك توافر صفة الموظف العام فيما يتعلق بحماية الوظيفة العامة أو تحقق الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة، وكذلك افتراض وجود الشيك ابتداء فيما يتعلق بجريمة اصدار شيك بدون رصيد، وافتراض قيام الزوجية فيما يتعلق بجريمة زنا الزوجية، وافتراض وجود عقود الامانة فيما يتعلق بتحقيق جريمة خيانة الامانة، إذ يتعين في هذه الحالات وغيرها توافر هذه المراكز أو العناصر أو الصفات أو الوقائع القانونية أو المادية ابتداء كمفترضات قبل اعمال القاعدة الجنائية، لان بعض القواعد الجنائية بما تتضمنه من تجريم وعقاب إنما يتوقف نطاق تطبيقها على اعمال القواعد غير الجنائية فيما تحده من

مراكز قانونية تحميها القواعد الجنائية، ويقتصر دور القواعد غير الجنائية في هذه الاحوال على تحديد العناصر المفترضة السابقة على التكليف الجنائي اي السابقة على الركنين المادي والمعنوي للجريمة دون ان تسهم في تحديد مضمون الافعال والنواهي محل التجريم، فتختلف عن حالة القاعدة على بياض التي يتم بموجبها تحديد الافعال والنواهي التي تعاقب عليها القواعد الجنائية، فتعد القواعد غير الجنائية بموجب القاعدة على بياض مع القواعد الجنائية كلا لا يتجزأ فتندمج بالقواعد الجنائية .

ويجب التمييز بين النصوص غير المستوعبة او غير التامة وبين صورة اخرى يطلق عليها الفقه تسمية(القاعدة على بياض)،اذ يحدد المشرع شق الجزاء في النص الجنائي ويحيل في نفس الوقت الى قانون اخر غير القانون الجنائي لتحديد شق التكليف الذي لا يكون قد وجد او حدد لحظة وضع القاعدة على بياض، فشق التكليف لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض فيتولى المشرع في القاعدة غير المستوعبة توزيع شقي التكليف والجزاء على نصيين جنائيين في قانون واحد او قوانين مختلفة ولكنها متعاصرة ، وشق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض يرد دائما في قانون اخر لاحق غير القانون الجنائي سواء كان قانونا او لائحة او قرارا طالما انه صدر بناء على قانون، فالقاعدة الجنائية في هذه الحالة تكون بمثابة قاعدة على بياض تكملها القاعدة غير الجنائية، فتجزئة القاعدة الجنائية ووضع قواعد جنائية على بياض لا يتنافى مع مبدا الشرعية الجنائية لأنه كان بناء على قانون.

فوفقا لهذا الراي فان العنصر المفترض لا يكون عنصر عام قائم بذاته، إنما يضاف إلى سائر العناصر العامة في الجريمة، وأنه لا يعدو إلا أن يكون محلا للجريمة، أو موضوعها الذي وضعت القاعدة الجنائية أساساً من أجل حمايته، ففي كل جريمة لابد أن يسبق تحديد أركانها العامة، تعيين " المصلحة القانونية " موضوع الحماية فيها، مثال ذلك جريمة الرشوة، فموضوع الحماية هو " نزاهة الوظيفة العامة " إذ أن السلوك الإجرامي لا يتصور أن يأتيه إلا موظف عام او مكلف بخدمة عامة، لأن هذا الشخص هو وحده الذي يخل وجوده بنزاهة الوظيفة العامة.

والاصل ان القاعدة الجنائية تستأثر بتحديد اركان الجريمة وعقوبتها وان القاعدة غير الجنائية لا تتدخل في تحديد نطاق التجريم والعقاب لان المراكز القانونية الناشئة او المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية الا بحكم الضرورة والتناسب، فالقاعدة الجنائية فرع من اصل عام هو القواعد القانونية، وتعرف القاعدة الجنائية بانها(تعبير يفرض به المشرع ارادته على اعضاء الجماعة ويحدد فيه انواع السلوك- ارتكابا كان أو امتناعا - التي يعدها جرائم كما يوضح الجزاءات القانونية التي

يرتبطها على مخالفة هذه الإرادة⁽⁴⁷⁾، وتتكون القاعدة الجنائية التجريدية⁽⁴⁸⁾ من شقين، شق التكليف (شق التجريم) وهو امر أو نهي يتوجه به المشرع الى المكلف بالخضوع للقاعدة القانونية واطاعة مضمونها وهو الذي يتضمن النموذج القانوني المجرد للجريمة وهو الذي يثبت صفة اللامشروعية للواقعة نتيجة لتعارضها مع القاعدة القانونية، اذ ان اثبات صفة اللامشروعية للواقعة يتم في مرحلة سابقة لتحقيق المسؤولية الجنائية على توقيع الجزاء اي في شق التجريم الذي يحوي التزاما موجها للمخاطب بالقاعدة الجنائية، ولا توصف الواقعة الانسانية بوصف الجريمة (اللامشروعية الجنائية) الا اذا طابقت النموذج القانوني المجرد في كافة اركانه وعناصره والذي يقصد به الحد الأدنى من العناصر المكونة واللازمة لوجود الجريمة، في حين يتضمن شق الجزاء النتيجة القانونية المترتبة على مخالفة هذا الالتزام، ومع ذلك قد تؤثر القواعد غير الجنائية في نطاق التجريم والعقاب، اذ قد يؤثر المركز القانوني المفترض في وصف الجريمة او عقوبتها اذا ما جعله المشرع محل اعتبار في الجريمة سواء باعتبارها من العناصر المكونة (ركن خاص)، او باعتباره من العناصر غير المكونة التي تؤثر في جسامه الجريمة (الظروف)، مثال ذلك صفة الموظف العام في جريمة

47 د. يسر انور علي، القاعدة الجنائية، دار النهضة العربية، 1969، ص 73.

48 تنقسم القواعد الجنائية الى عدة اقسام تختلف باختلاف الاساس الذي تقوم عليه وكما يأتي :-

اولا: -من حيث مضمون القاعدة الجنائية.

تقسم الى قواعد مجرمة (مانعة / ايجابية) وهي كل قاعدة تنشي الجريمة، كالقواعد التي تجرم القتل والسرقة، وقواعد مبيحه (مبررة / سلبية) وهي القواعد التي تبيح الفعل او تبرره كقواعد الدفاع الشرعي.

ثانيا: -من حيث اعتمادها على نفسها.

تقسم الى قواعد جنائية مستقلة كالقواعد التي يتضمنها القسم الخاص من قانون العقوبات التي تجرم القتل والسرقة، وقواعد جنائية تابعة لقواعد جنائية غيرها، وهي قواعد لا تنطبق الا إذا اعتمدت على قواعد جنائية غيرها، ومن امثلتها قواعد القسم العام من قانون العقوبات كقواعد المساهمة الجنائية، وتنقسم القواعد التابعة بدورها الى: -

1-قواعد موجهة

2-قواعد معلنة او موضحة او شارحة لغيرها

3-قواعد موسعة من مجال تطبيق غيرها

4-قواعد مضيقه من مجال تطبيق غيرها

5-قواعد محددة لمجال تطبيق غيرها

6-قواعد احالة

7-قواعد فاصلة في التنارع في الاختصاص بين قاعدتين

8-قواعد مفسرة لغيرها

9-قواعد فعالة

انظر د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 44-41.

الرشوة اذ يوتر في وصف الجريمة فيعد ركنا خاصا مفترضا،⁽⁴⁹⁾ وصفة الجاني في جريمة الاغتصاب اذ تعد ظرفا مشددا للعقاب.⁽⁵⁰⁾ اذ يشترط المشرع توافر الصفات سواء أكانت ركناً خاصاً مفترضاً ام ظرفاً قبل مباشرة الفاعل للنشاط الاجرامي.

ولم تعرف التشريعات الجنائية الصفة،⁽⁵¹⁾ ولم تضع معياراً لتمييز الصفات التي تعتبر ركناً في الجريمة او ظرفاً مشدداً لعقوبتها، والتي يستغلها الشخص بحكم وظيفته او صفته الطبيعية في ارتكاب الجرائم لتحقيق مطامعه الشخصية او للكسب المادي غير المشروع او لضرورة تلجئه الى ذلك حيث وردت نصوص عديدة ومتفرقة في قانون العقوبات المقارن تتضمن الصفة وتوضيحها بحسب الموقع الذي وردت فيه دون تحديد لهذه الصفة قانونية كانت ام طبيعية.

ويتفق أنصار تبعية العنصر المفترض على عد العنصر المفترض من مكونات الجريمة الأساسية، إلا إنهم ينكرون على هذا العنصر استقلاله عن عناصر الجريمة، لأن كل ما يتميز به العنصر المفترض هو كونه سابقاً من الناحية الزمنية على ارتكاب الفاعل لنشاطه، وهذه الاسبقية غير ذات أهمية قانونية، لذلك يتوجه البعض إلى إن الأمثلة التي تذكر للعنصر المفترض يسهل إدخالها في أحد الأركان العامة للجريمة.⁽⁵²⁾

اذ يذهب الدكتور رمسيس بهنام الى ان العنصر المفترض لا يعتبر خارجا عن النموذج الاجرامي أي الواقعة المكونة للجريمة (الركن المادي للنتيجة) انما هو داخل في تكوين النموذج باعتبار انه من ملاسبات السلوك المكون للجريمة ولا يوجد حاجة لجعله عنصرا مستقلا عن العنصر المادي للجريمة ذاتها.⁽⁵³⁾

وقد انتقد هذا الاتجاه على اعتبار إن العناصر المفترضة لا تتميز من أركان الجريمة

49 انظر نصوص المواد (314-307) عقوبات عراقي.

50 انظر المادة (393) عقوبات عراقي.

51 اما الفقه الجنائي فقد عرف الصفة بانها (خصيصة تحدد معالم الشخصية) انظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 1028. وعرفها بعضهم بانها (المركز الذي يشغله الشخص بين الناس بمقتضى مولده او وظيفته او حرفته او ما شاكل ذلك) انظر حسن الفكاهاني، النصب، منشور في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج 25، الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، 1978-77، ص 887. او تعرف بانها (كل خصيصة استقر عرف المعاملات بين الناس على منح صاحبها قدراً من الثقة دون مطالبته بتقديم دليل يثبت صحتها) انظر د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات اللبناني القسم الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1999، ص 400. او بانها (المركز او المقام الذي يشغله الشخص الذي يمنح صاحبه سلطات ومزايا معينة يستطيع ان يباشرها او يتمتع بها بمقتضى مولده او وظيفته او رتبته او درجته العلمية) انظر د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 164.

52 انظر د. محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص 5.

53 د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 452.

بصفة الأسبقية الزمنية فقط، ولكنها تتميز فضلاً عن ذلك باعتبارات قانونية وواقعية، فهي مستقلة عن إرادة الفاعل خلافاً لأركان الجريمة التي تتعلق بإرادته وتعد تجسيداً لها، كما إن الأخذ بها يعد ضرورة منطقية من أجل تحليل عناصر الجريمة.⁽⁵⁴⁾

ويتوجه البعض إلى عد العنصر المفترض من قبيل العناصر أو الأركان الخاصة بالجريمة التي تختلف باختلاف النماذج القانونية للجرائم،⁽⁵⁵⁾ وقد انتقد هذا الاتجاه أيضاً على اعتبار إن هناك تعارضاً بين فكرة الشرط المفترض وفكرة الركن الخاص في الجريمة على اعتبار إن الركن الخاص يفترض وجود مصلحة إضافية يتكفل المشرع بحمايتها تغاير المصلحة الأساسية التي يتكفل النص بحمايتها مجرداً عن هذا الركن،⁽⁵⁶⁾ فضلاً عن إن سلطة الاتهام تلتزم بإقامة الدليل على الأركان الخاصة بوصفها من الأركان، في حين لا تتعرض لإثبات العناصر المفترضة واقامة الدليل عليها إلا إذا نازع المتهم في وجودها أو ادعى انتفاءها فيقع عليه عبء إثبات ذلك.⁽⁵⁷⁾

ويذهب البعض إلى إن العنصر المفترض لا يعد خارجاً عن النموذج القانوني للجريمة، لأنه لا يستقل عن ملابسات السلوك الإجرامي، فهو لا يخرج عن كونه أحد مقومات الركن المادي للجريمة،⁽⁵⁸⁾ في حين يردده البعض إلى المحل القانوني للجريمة.⁽⁵⁹⁾

ويذهب البعض⁽⁶⁰⁾ إلى ان المفترض هو ركن من الأركان الخاصة التي هي ليست أكثر من تطبيق للأركان العامة، الأمر الذي يجعل الشرط المفترض ركن من الأركان العامة. وذلك بداعي أن الأركان الخاصة لا تعدو أكثر من كونها مجرد تطبيق للأركان العامة على جريمة معينة. فحين يتطلب المشرع أن يكون المجني عليه في جريمة القتل العمد (حياً) وقت الجريمة، فإن هذا العنصر يتصل بالركن القانوني (الشرعي) للجريمة، على اعتبار أن علّة اسباب الصفة غير المشروعة على فعل الجاني أن هذا الفعل يمثل عدوان على الحق في الحياة، ومن ثم كان متعيناً ثبوت الاعتداء عليها، وذلك دون شك يستوجب أن تكون الحياة قائمة لدى المجني عليه وقت الاعتداء. وكذلك الأمر في استلزام كون الشيء منقولاً مملوكاً

54 د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص102.

55 انظر د. محمود محمود مصطفى، القسم العام، المرجع السابق، ص39؛ د. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 39، 1969، ص22.

56 د. حسين إبراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص114،115.

57 د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص105.

58 د. عوض محمد، المرجع السابق، ص53،52.

59 د. جلال ثروت، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بيروت، 1962، ص113.

60 د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان1998-ص71-69.

للغير فهو أمر يتصل بالركن الشرعي للسرقة، على اعتبار أن علة تجريمها هي الاعتداء على ملكية المنقولات وحيازتها، ويفترض هذا الاعتداء توافر العناصر المفترضة المذكورة في الشيء.

ولكن لا يصدّق القول على الأركان الخاصة أنها تطبيق للأركان العامة دائماً وفي كل الجرائم، إذ إن المشرّع يستلزم في جرائم كالرشوة والاختلاس أن يكون الجاني موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة، وفي جريمة زنا الزوج يتطلب أن يكون محل الزنا في (بيت الزوجية)، وعلى الرغم من ذلك، هناك من يقول إن هذه الأركان الخاصة ما هي الا تطبيق للأركان العامة حتى في هذه الحالة، فكون المرتشي أو المختلس موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة، فهو شرط لتصور الاعتداء على نزاهة الوظيفة العامة، وهذا الاعتداء هو علة اسباغ الصفة غير المشروعة على الرشوة والاختلاس، أي هو علة توافر الركن الشرعي لهاتين الجريمتين. وأما اشتراط كون زنا الزوج يحصل في بيت الزوجية، فإنه لا يتحقق الاعتداء الذي يجرمه القانون في الركن الشرعي الا بهذا الشرط، فالمفترض وهو العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل نشاطه لا يعد ركناً خاصاً في بعض الجرائم، كصفة الموظف المختص في جريمة الرشوة وكون المجني عليه حياً في جريمة القتل، ذلك لان كل ما يتميز به الشرط المفترض هو أنه يكون سابقاً في وجوده على ارتكاب الفاعل لنشاطه، وهذه الأسبقية الزمنية لا تشكّل أهمية قانونية، فضلاً عن كون الأمثلة التي يتسع تصورهما للشرط المفترض يسهل ادخالها في أحد الأركان العامة للجريمة.⁽⁶¹⁾

المطلب الثاني استقلالية العنصر المفترض

ان طبيعة الحياة تقتضي ان تتطور القوانين بشكل مستمر لتطور الحياة وتغيرها وحتى تكون قادرة على حل ما يستجد من اشكالات ومعاضل، لان القانون مرآة للمجتمع وانعكاس مباشر لاحتياجاته وتطلعاته ومتطلباته، والا فأنها سوف تتصف بالقصور، ويقصد بالقصور في التشريع، عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه. بمعنى اخر عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة اليه من احكام تفصيلية او جزئية في ظل تغيرات جوهرية شهدها المجتمع. ويعبر تحقق القصور في التشريع عن تطور المجتمع تطوراً جوهرياً وعدم قدرة النصوص القانونية التي وضعت في زمن سابق على مواكبة هذا التطور. وليس صحيحا القول ان قانون العقوبات يتبع

61 د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المرجع السابق، ص 69-71.

القوانين غير الجنائية وان المصلحة المحمية جنائياً تطابق المصلحة التي يحميها القانون غير الجنائي، ذلك ان التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقف على معيار الضرورة والتناسب ووفقا لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعا لمعايير قانون غير جنائي، وانما يكون تدخله بصفة اصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة اذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب، لذلك فان الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها ، لان الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظرا لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي.

وفي مقابل الاتجاه الذي ينكر على العناصر المفترضة استقلاليتها فيرجعها إلى الواقعة الإجرامية سواء بردها إلى الأركان العامة أو إلى الأركان الخاصة في الجريمة أو إلى عناصر السلوك الإجرامي أو إلى المحل القانوني للجريمة، نجد اتجاهاً فقهياً يذهب إلى استقلال العناصر المفترضة عن أركان الجريمة فيعترف لها بصفة مقومات الجريمة التي لا توجد من دونها، ويعترف بإمكانية عزلها عن أركان الجريمة بعدّها سابقة عليها من الناحية الزمنية والمنطقية.⁽⁶²⁾

ويقوم هذا الاتجاه على أساس أن العنصر المفترض ليس سابقاً على نشاط الجاني ومستقلاً عن إرادته فقط، بل يعد أيضاً خارجاً عن أركان الجريمة، فهو وإن كان يرتبط بالواقعة ويعد لازماً لوجودها، إلا إنه لا يدخل في تكوينها، لأنه لا يدخل في السلسلة السببية المادية التي تربط النشاط بالنتيجة، وإن كان يعد من العناصر المكونة للنموذج القانوني للجريمة.⁽⁶³⁾

ويؤكد البعض استقلال المفترضات عن أركان الجريمة، وأن هذه الصلة لا يمكن الالتفات عنها أو إنكارها، ولكنها صلة غير مباشرة، فمثلا المحل القانوني للجريمة بوصفه المصلحة التي تحميها القاعدة الجنائية لا يكون بذاته شرطاً مفترضاً خارج النموذج القانوني للجريمة، إنما هو بمثابة الحكمة من املائه وتقرير العقاب على السلوك الموصوف فيه، فهذه الحكمة إذا لا تتحقق الا إذا توافرت شروط معينة قد ينص عليها المشرع صراحة أو يشير اليها ضمناً، وهذه الشروط ماهي الا العناصر المفترضة في الجريمة. ومن هنا تبدو الصلة بين المحل القانوني للجريمة والعناصر المفترضة فيها، فالمحل يفرض وجود هذه الشروط بالضرورة ويفترضها، وعلى سبيل المثال إذا كان المحل القانوني في جريمة القتل هو (حق الحياة) أو (العدوان على هذا الحق)، فإن هذا الحق وذلك العدوان عليه يفرضان

62 د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص112.

63 د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص256،257؛ د. عادل عازر، المرجع السابق، ص220 وما بعدها.

ويفترضان (وجود إنسان على قيد الحياة) قبل مباشرة الفاعل لسلوكه، يكون بمثابة الشرط المفترض في جريمة القتل. والأمر نفسه يقال في حق الملكية بوصفه المحل القانوني في جريمة السرقة، (وعلى ذلك فإن المفترضات تبتعد في موضوعها داخل بنیان الجريمة عن أركانها) فتستقل هذه المفترضات عن أركان الجريمة التي ينتمي إليها المحل القانوني، لذلك فإنه يمكن تحديد خصائص مفترضات الجريمة بالخصائص الآتية: -

1 - المفترض مستقل عن نشاط الجاني. فالمفترضات تسبق ارتكاب الجاني لنشاطه الاجرامي، وهي من خلال ذلك تكون - منطقياً - مستقلة عن هذا النشاط، على اعتبار أنها المجال الذي تقع فيه الجريمة، الأمر الذي يمكن معه القول ان استقلال هذه الشروط عن النشاط الاجرامي يجعلها بلا ريب تستقل عن رابطة السببية أيضاً بوصفها حلقة الوصل بين ذلك النشاط والنتيجة الاجرامية المتولدة عنه.

2 - المفترض لازم للوجود القانوني للجريمة. فالوجود القانوني للجريمة مرهون بوجود الشرط المفترض وتحققه، وذلك الأمر يستلزم أن يسبق ويعاصر الشرط المفترض النشاط الاجرامي ثم يواكبه حتى تقع الجريمة تامة، أو الى حين توقف النشاط الاجرامي إذا وقعت الجريمة عند حدّ الشروع.⁽⁶⁴⁾

وإن استعراض الآراء الفقهية المتعلقة بالمفترضات، يرصد لنا بعض الأمور التي انعقد عليها الإجماع الفقهي: -

أولها: - أن هذه المفترضات تدخل في الأنموذج القانوني للجريمة كما رسمها القانون وليست بخارجة عنها. وذلك لأن المشرع لا يستطيع أن ينص على كل التغيرات والتفصيلات التي تلحق بالجريمة أو الصور المختلفة التي قد تتخذها، لذلك فإنه ينص على الحد الأدنى من العناصر المكونة واللازمة لوجود الجريمة، وهذا الحد الأدنى هو ما يسمى بـ (النموذج القانوني المجرد للجريمة)، وهو يختلف عن (النموذج الواقعي للجريمة) الذي يتضمن التغيرات والصور المختلفة التي تتحقق فعلاً بارتكاب الفعل وما يلحق به من أوصاف عند ارتكابه في العالم الخارجي، وهو النموذج الذي يبحث القاضي في مدى خضوعه وتطابقه مع النموذج القانوني المجرد.

وثانيها: - أن هذه المفترضات من مقومات وعناصر الجريمة التي لا تقوم إلا بها إذا ما جعلها المشرع محل اعتبار في تحقق الجريمة، فهي تعد عناصر تكوينية، لأن عدم وجودها يعني عدم وجود الجريمة.

وثالثها: - أن هذه المفترضات تسبق النشاط الإجرامي من الناحية الزمنية أو قد

64 د. عبد العظيم مرسي وزير - المرجع السابق - ص 78 وما بعدها ، 90 ، 111.

تعاصره لكنها لا يمكن بحال من الاحوال أن تكون لاحقة للنشاط الإجرامي.

وعلى الرغم من اتفاقنا مع الخصائص التي اشار اليها الراي الاخير للمفترضات الا اننا لا نتفق مع ما ذهب اليه البعض من استقلال مفترضات الجريمة عن اركانها، لأننا نرفض بالأصل القول بفكرة استقلال العناصر عن بعضها البعض وانعدام التأثير المتبادل بينها، كما لا نؤيد القول ايضاً باستقلال القانون الجنائي عن القوانين الاخرى وانما ننادي بذاتية القانون الجنائي، فتمتع هذه المفترضات بالذاتية عن الاركان والعناصر الاخرى، فالاستقلالية تعني الانفصال بينما لا تعني الذاتية الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني إن لهذه المفترضات طابعاً ذاتياً خاصاً بها، فلا تتعارض مع غيرها من اركان وعناصر الجريمة، ولا بد من وجودها لقيام الجريمة تحت وصف معين.

المبحث الثالث

صور مفترضات الجريمة

في ظل غياب التأصيل الكافي لفكرة المفترضات، واختلاف الفقه حول تحديد طبيعتها، وفيما إذا كانت تابعة للواقعة الإجرامية أم مستقلة عنها، نجد إن أغلب الفقهاء الذين يسلمون بفكرة المفترضات، لا يسلمون بها بشأن كل الجرائم وإنما يقصرونها على بعض الجرائم دون غيرها، لذلك يمكن القول انه لاوجود لمفترضات عامة مشتركة بين كافة الجرائم، وحتى في إطار الجرائم التي يتم التسليم بوجود العناصر المفترضة فيها فإن هذه الأغلبية لا تسلم بها بذات الدرجة، إنما يبحثون فيها صراحة حينما يكون انفصالها ظاهراً عن الأركان، ولا يتناولونها بشكل صريح إذا كان هذا الانفصال غير ظاهر.⁽⁶⁵⁾

وفي ظل الشروط التي يشترط اجتماعها في العنصر المفترض وهي:

1. أن يكون العنصر المفترض سابقاً من الناحية الزمنية والمنطقية على نشاط الجاني، أو أن يعاصره، وأن يستمر حتى ينتهي الجاني من نشاطه.
2. أن يكون مستقلاً عن نشاط الجاني.⁽⁶⁶⁾

فان هناك طائفة من العناصر لم يكن من السهل وصفها بأنها من المفترضات، لأن استقلالها عن أركان الجريمة غير واضح ، ويمكن رد هذه الصعوبة إلى إن هذه العناصر إذا نظر إلى دورها في بنيان الجريمة لكانت إلى الشروط المفترضة أقرب، أما إذا نظر إلى

65 د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص124.

66 د. عبد الفتاح الصيغي، المرجع السابق، ص270.

موضعها داخل هذا البنيان لكانت إلى الأركان أقرب، لذلك نجد إن الفقه حينما يتناول هذه المفترضات بالبحث، بخاصة في إطار قانون العقوبات الخاص، وكيف العنصر المفترض الذي يتطلب المشرع سبق وجوده لإمكان قيام الجريمة، بأنه شرط مفترض، وذلك حينما يكون انفصال هذا العنصر واضحاً عن النشاط الإرادي الذي تتحقق به الجريمة، أما في الجرائم الأخرى التي لا يكون انفصال بعض مكوناتها ظاهراً، فإن الفقه لا يذكر صراحة وجود شروط مفترضة فيها، ومثال ذلك الجرائم التي يتطلب فيها المشرع صفة معينة في فاعل الجريمة أو المجني عليه فيها،⁽⁶⁷⁾ فالمسؤولية الجنائية لا ترتبط بخصائص أو صفات تتعلق بشخصية الفاعل أو نوعية سلوكه (خلافاً لموانع المسؤولية الجزائية التي ترتبط بشخصية الفاعل فهي ذات طبيعة شخصية) وإنما ترتبط بالفعل الذي يرتكب نتيجة خطأ يصدر عن الفاعل، فالأصل ان قانون العقوبات هو قانون يعاقب على الفعل ولا يرتبط بالفاعل. إذ يمكن التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية في الامور التالية: -

- 1 - ان القاعدة غير الجنائية يقتصر دورها على تحديد المراكز القانونية وحمايتها في مجال اوسع من القاعدة الجنائية التي تحدد مجال الحماية الجنائية التي تضيفها على هذه المراكز في مجال ضيق يتحدد وفقاً لمعيار الضرورة والتناسب، وهو مجال اضيقت مما تضيفه الحماية غير الجنائية لان المشرع الجنائي يختار ما يراه من مصالح قانونية لكي يضيف عليها الحماية بالقدر الضروري المتناسب.
- 2 - الاصل ان القاعدة الجنائية تستأثر بتحديد اركان الجريمة وعقوبتها وان القاعدة غير الجنائية لا تتدخل في تحديد نطاق التجريم والعقاب لان المراكز القانونية الناشئة او المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية الا بحكم الضرورة والتناسب، ومع ذلك قد تؤثر القواعد غير الجنائية في نطاق التجريم والعقاب إذ قد يؤثر المركز القانوني المفترض في وصف الجريمة او عقوبتها، مثال ذلك صفة الموظف العام في جريمة الرشوة إذ يؤثر في وصف الجريمة باعتبارها من جرائم الاخلال بواجبات الوظيفة في حين لا توصف بهذا الوصف اذا ما ارتكبت ممن لا يتصف بهذه الصفة انما يمكن ان تكييف باعتبارها جريمة احتيال او جريمة خيانة امانة، وكذلك صفة الجاني في جريمة الاغتصاب والاجهاض إذ تعد ظرفاً مشدداً للعقاب.
- 3 - ان التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقف على معيار الضرورة والتناسب ووفقاً لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعاً لمعايير قانون غير جنائي، وانما يكون تدخله بصفة اصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة اذا تطلبت الضرورة

67 د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص118 وما بعدها.

الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب، لذلك فان الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها ، لان الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظرا لاختلاف مضمون وغايات كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي .

- 4

تخضع المسائل غير الجنائية التي تنظمها القواعد غير الجنائية لطرق اثبات في القانون الخاص بها فالأوصاف والأوضاع (القانونية) التي أوردنا امثلتها آنفاً، يرجع في تحديد معناها ومفهومها الى القانون الذي تخضع لحكمه، وذلك لأن قانون العقوبات قد أحالها اليها، فتعد صفة (الزوجية) مثلاً وصفاً يلحق بالجاني ويحددها نص من نصوص قانون الأحوال الشخصية، وصفة (الموظف أو المكلف بخدمة عامة) تحدها نصوص القانون الاداري، وصفة (المواطن) و(العراقي) تحدها نصوص القانون الدستوري وقوانين الجنسية، وهذه كلها قوانين غير جنائية، وهو ما يؤكد على ان المسائل غير الجنائية لا تندمج في المسائل الجنائية، مع ملاحظة ان ذاتية القانون الجنائي يترتب عليها ان لا يتقيد القانون الجنائي بالمفهوم الفني للمصطلحات القانونية التي تنص عليها فروع القانون الاخرى (مثل ذلك مصطلح المال والموظف والشيك والعقار والمنقول) وكذلك المفاهيم الشرعية او الاجتماعية لبعض المصطلحات (مثل ذلك مفهوم العرض)، وانما يتم تطويع هذه المفاهيم غير الجنائية (اتساعاً او ضيقاً) على النحو الذي يحقق اهداف وغايات القانون الجنائي التي تختلف عن اهداف وغايات القوانين الاخرى لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وتحقق الغاية منها، واذا حدد قانون العقوبات المقصود ببعض المصطلحات يكون ذلك التحديد مفهوماً خاصاً يقيد المفهوم العام لتلك المصطلحات، ومثال ذلك ما أشارت اليه (المادة/19/1) عقوبات عراقي من تحديد لمعنى (المواطن) بقولها أن (المواطن: هو أحد رعايا جمهورية العراق ويعتبر في حكم المواطن من لا جنسيه له اذا كان مقيماً في الجمهورية)، وبقولها في الفقرة (2) أن (المكلف بخدمة عامة: كل موظف أو مستخدم أو عامل أئيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك...).

- 5

تتضمن القاعدة الجنائية شقين التكليف والجزاء اما القاعدة غير الجنائية فأنها تحدد المراكز القانونية المترتبة على علاقة قانونية دون ان تندمج في التكليف الجنائي الذي تتضمنه القاعدة الجنائية.⁽⁶⁸⁾

وقد اختلف الفقه الذي تبني فكرة المفترضات في بيان صورها وتقسيماتها اذ يتجه الفقيه Marsich الى ان مفترضات الجريمة تنحصر في الفاعل والنص والمصلحة محل الاعتداء المكون للجريمة والحق الشخصي الذي ترعاه المصلحة والحق الشخصي في العقاب وذلك من خلال تعريفه المفترضات بانها (عناصر توجد قبل وجود الجريمة ولا تدخل في تكوينها مع ارتباطها بالواقعة ومساهمتها معها في تحديد الوصف القانوني المميز لاسم الجريمة)، في حين يتجه الفقيه (كارنيلوتي) الى ان المفترضات يتراوح عددها بين اثنين كحد ادنى ضروري لوجود كل الجرائم وهي الفاعل والمجني عليه وبين اربعة كحد اقصى وذلك اذا ما نص القانون على اعتبار المصلحة محل الاعتداء والوسيلة المستعملة من مفترضات الجريمة، اما الفقيه Massri فيذهب الى وجوب التفرقة بين المفترضات العامة والمفترضات الخاصة ويقسم المفترضات العامة الى: اولا. وجود مبدأ او قاعدة قانونية توجب سلوكا معيناً، ثانياً. وجود جزاء جنائي يلحق بهذه القاعدة السلوكية، اما المفترضات الخاصة فهي عبارة عن مطلوبات لبعض الجرائم.⁽⁶⁹⁾

وذهب البعض إلى أبعد من ذلك، حيث ذهبوا إلى وجود عناصر مفترضة عامة، تسري على كافة الجرائم، كالقاعدة الجنائية أو النص الجنائي وأيضاً الجاني والمجني عليه والحق الذي تحميه القاعدة الجنائية، ويجمع بين كل ما سبق أنها أمور سابقة على الجريمة ولازمة فيها. الا انه لا يمكن التسليم بهذا الراي وذلك لأن الجرائم وإن كانت لها أركاناً عامة تشترك فيها، فإنها تفتقر لوجود مفترضات عامة تتماثل فيها أيضاً، لأن مفاد هذه الفكرة هو وجود مفترضاً عاماً لازماً لقيام الجرائم كافة، ولا يدخل في ماهية نشاط الجاني، بل يسبقه من الناحية الزمنية والمنطقية. وهذا أمر يستحيل إيجاده في عموم الجرائم، ويبرهن على ذلك أن غالبية الجرائم قد لا تتضمن مقومات وعناصر أخرى سواء ركنها المادي والمعنوي فلا تتطلب عناصر أخرى لقيامها، على الرغم من امكانية اعتبار الركن الشرعي ركناً عاماً مفترضاً لكافة الجرائم، نظراً لتطلب وجوده لقيامها واسبقيته الزمنية على الاركان الأخرى، الا ان هذا القول لا يقبل به الرافضون لوجود الركن الشرعي للجرائم والاقتصار على الركنين المادي والمعنوي كأركان عامة للجريمة.⁽⁷⁰⁾

ويتجه البعض الى اخراج بعض العناصر من دائرة المفترضات اهمها اخراج القاعدة الجنائية بما تتضمنه من شقي التكليف والجزاء من مفترضات الجريمة لانطوائه على خلط بين المفهوم القانوني والمفهوم الواقعي للجريمة، وذلك لان المفهوم القانوني يعني ان القاعدة الجنائية لا تسبق الجريمة من الناحيتين الزمنية او المنطقية، لان الجريمة توجد في ذات لحظة تشريع القاعدة الجنائية المنشئة لها، في حين ان المفهوم المادي للجريمة

69 د. عادل عازر، المرجع السابق، ص 216، 217.

70 د. عادل عازر، المرجع السابق، ص 217؛ د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

لا يعتبر القاعدة الجنائية عنصراً مفترضاً للجريمة، لأن الشارع عند تحديده تكييف الجريمة يدخل في حساباته كافة العناصر اللازمة لاكماله.⁽⁷¹⁾ ويتوجه البعض إلى إنه من خلال البحث في طبيعة الشروط المفترضة يتبين أنه لا أساس لتسمية الشروط المفترضة، لأنه إذا كان هناك شروط مفترضة لا قيام للجريمة تحت وصف معين من دونها، فإننا لا نكون بصدد شرط بل نكون بصدد ركن خاص، لأن الشرط المفترض يمتد مفهومه ليشمل الجرائم كافة، خلافاً للركن الخاص الذي يقتصر على بعض الجرائم دون بعضها، كما إن القول إنه شرط مفترض يدفع إلى القول إنه لا داعي للبحث عنه وإثباته، في حين إن البحث عنه وإثباته يكونان لازمين وضروريين لقيام الجريمة تحت وصف معين، لذلك فإن صفة العمومية للفاعل في جرائم الاخلال بواجبات الوظيفة تعد ركناً خاصاً لا شرطاً مفترضاً.⁽⁷²⁾

ويذهب رأي إلى القول بأن التفرقة بين الركن والشرط ليس لها محل، فالشرط ما هو الا عنصر مكون (ركن)، ويترتب على تخلفه الآثار نفسها التي تترتب على تخلف العنصر المكون للركن. وان كان له صفات خاصة تختلف في بعض الاحكام عن الأركان العامة الا أنه من ناحية التكييف يعد الشرط عنصراً تكوينياً يترتب على عدم وجوده عدم وجود التكييف، والصفة الخاصة لهذا العنصر يمكن أن تجعله ركناً خاصاً. وأهم ما يتميز به هذا العنصر من صفات خاصة، هي الاسبقية الزمنية على الأركان الاخرى بالإضافة إلى بعض الاعتبارات القانونية أو الواقعية، الا أن أثره على التكييف لا يختلف عن أي عنصر تكويني.⁽⁷³⁾

ويؤيد البعض هذا الاتجاه بالقول إن العناصر المكونة للتكييف هي الأركان التي تقسم بدورها إلى أركان عامة تشترك فيها الجرائم كافة، وأركان خاصة تقتصر على بعض الجرائم دون غيرها، ومن الأركان المفترضة الخاصة التي أشار إليها الفقه صفة الموظف العمومي في جريمتي الرشوة والاختلاس،⁽⁷⁴⁾ والزوجية في جريمة زنا الزوجية،⁽⁷⁵⁾ او ان يكون زوجاً او محرم في عذر القتل في حالة التلبس بالزنا، اذ ان قانون العقوبات العراقي النافذ قد اشترط في المادة (409) منه صفة خاصة بالجاني، وهي ان يكون زوجاً للمجنى عليها

71 د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها؛ د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، المرجع السابق، ص 268 وما بعدها.

72 د. رفيق محمد سلام، المرجع السابق، ص 120.

ويتوجه البعض إلى عد صفة الجاني في جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة شرطاً مفترضاً في هذه الجرائم.

انظر د. أحمد حبيب السماك، جريمة التهرب في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، العدد 2، السنة 1998، ص 966؛ د. أحمد العطار، موجز في جرائم الرشوة والعدوان على المال العام، 1991، ص 27 وما بعدها.

73 د. آمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، البحث السابق، ص 254، 252.

74 انظر المواد (307-321) عقوبات عراقي.

75 انظر المادة (377) عقوبات عراقي.

أو محرماً لها، إذ نصت المادة المذكورة على (...من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه...)، في حين قصرها المشرع المصري على صفة الزوج ولم يشمل المحرم بهذا العذر،⁽⁷⁶⁾ وحياة المجني عليه في جريمة القتل،⁽⁷⁷⁾ وهي تعد عناصر تكوينية، لأن عدم وجودها يعني عدم وجود الجريمة، وهي مفترضة، لأنها سابقة على وجود الجريمة ومستقلة عنها، وإن كانت صفة الاسبقية لا أهمية لها لأن العبرة بمعاصرة هذا العنصر للسلوك الإجرامي واقترانه به ، فالشروط المفترضة إذن ما هي إلا أركان خاصة.⁽⁷⁸⁾

وعلى الرغم من عدم اتفاقنا مع ما ذهب إليه الرأي الأول في الحجة التي استند إليها لرفض تسمية الشرط المفترض، لأن الشرط المفترض يفترض فيه أن يمتد مفهومه ليشمل الجرائم كافة في حين إنه يقتصر على بعضها دون البعض الآخر. إذ إن الجانب الغالب من الفقهاء الذين يسلمون بفكرة العناصر المفترضة ذهبوا إلى إنها تقتصر على جرائم معينة ولا وجود لها في جرائم أخرى، فلا يسلمون بفكرة المفترضات العامة للجريمة. ومع ما ذهب إليه الرأي الثاني من عدم قيام الجريمة وانتفائها في حالة تخلف الأركان المفترضة الخاصة، لأن الجريمة قد تنتفي أو تقوم ولكن تحت وصف مختلف، فانتفاء صفة الموظف العام في مرتكب جريمة الاختلاس قد يؤدي إلى تكييف الجريمة تكييفاً مختلفاً تحت وصف آخر كأن تكون جريمة السرقة أو خيانة الأمانة. فوفقاً لنظرية تحول التكييف الجنائي إذا توافرت اركان وعناصر جريمة اخرى وفقاً للأنموذج القانوني الذي نص عليها في الواقعة التي جرمها القانون وتحققت المطابقة التامة، فان التكييف الجنائي يتحول من الوصف الاول الى تلك الجريمة، فتحقق اركانها وتقوم المسؤولية الجنائية عنها ويسأل الجاني عن هذه الجريمة التي تحول التكييف إليها لا عن تلك الجريمة التي لم تكتمل عناصرها او اركانها المتطلبة لتحقق تكييفها، بشرط اكتمال كافة عناصر الجريمة التي تحول التكييف الجنائي إليها نظراً لعدم تحقق المطابقة الجنائية بشكل تام مع عناصر الجريمة الاولى لأن المطابقة لا تكون التامة بتوافر كافة عناصر الانموذج القانوني⁽⁷⁹⁾ الذي نص عليها فالمطابقة لا تكون جزئية، فالمطابقة اما ان تكون تامة وذلك بتوافر كافة عناصرها او لا تكون، لذلك فان المطابقة

76 انظر المادة (237) عقوبات مصري، في حين قصرها المشرع الاماراتي على الزوجة او البنت او الأخت انظر المادة (334) عقوبات اماراتي.

77 انظر المادة (405) عقوبات عراقي.

78 د. هدى سالم الاطرقجي، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2000، ص 87 وما بعدها.

79 ظهرت فكرة الانموذج القانوني للجريمة خلال القرن التاسع عشر في المانيا، فقد تضمن القانون الصادر عام 1870 اصطلاح (tatbestand) فأكد على اهمية المطابقة في مجال التجريم. إذ تتكون القاعدة الجنائية التجريبية من شقين التجريم وشق الجزء، وشق التكييف (شق التجريم) هو امر او نهي يتوجه به المشرع الى المكلف بالخضوع للقاعدة القانونية واطاعة مضمونها وهو الذي يتضمن الانموذج القانوني للمجرد للجريمة ويثبت صفة اللامشروعية للواقعة نتيجة لتعارضها مع القاعدة القانونية. انظر د. امال عبد الرحيم عثمان، البحث السابق، ص 3.

لم تتم مع عناصر الجريمة الاولى لانتفاء او اختلاف عنصر او اكثر من عناصرها الا انها تمت مع جريمة اخرى تطابق النص الجنائي مع كافة عناصرها فيتحول تكييف الجريمة الى وصف قانوني اخر توافرت كافة عناصره، فاذا كانت العناصر المتوافرة تضم بين طياتها تكييف وصفا قانونيا لجريمة اخرى عمدية كانت او غير عمدية، فالتكييف الجنائي يتحول اليه وسوف نكون في هذه الحالة امام مطابقة تامة جديدة مع وصف قانوني اخر قائمة على انقاص المطابقة الاولى التي لم تكتمل عناصر تحققها، فتتحقق هذه المطابقة بين الجريمة المتحولة وبين النموذج القانوني للجريمة الاخرى.

إلا إننا نتفق في النتيجة مع تلك الآراء في عد المفترضات ركنا خاصا اذا ما تطلبها واعتبرها المشرع من العناصر المكونة للجريمة، لأن الاختلاف في مدلول كل مصطلح من هذه المصطلحات (ركن، عنصر، شرط) ليس اختلافاً شكلياً،⁽⁸⁰⁾ انما هو اختلاف يتجاوز الشكل إلى الجوهر، ولعل في المدلول اللغوي والاصطلاحي ما يعيننا في هذا التمييز وذلك بأن نبين ماهية كل من الركن والشرط لكونهما أكثر المصطلحات التي تستخدم لتعبر عن هذه المقومات التي تتضمنها القاعدة الجنائية، فركن الشيء في اللغة هي جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها، فهو الجانب الأقوى للشيء، وركن من باب دَخَلَ وَمَالَ وَسَكَنَ وَخَصَّعَ،⁽⁸¹⁾ وهو عند الفقهاء الاصوليين (ما يكون به قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلياً في ماهيته)، أما العنصر، فهو أصل الشيء،⁽⁸²⁾ فالعُنْصُرُ: المادة التي تدخل في تكوّن جسم ما، كالهيدروجين والأكسجين في تكوّن الماء والجمع : عناصر والعناصر (عند القدماء) أربعة، وهي : النار ، والهواء ، والماء ، والتُّراب. أما الشرط في اللغة، فهو من باب صَرَبَ واشترط،

80 فهناك من الفقهاء من يرى إن الخلاف حول تسمية أجزاء الجريمة أو مقوماتها ليس إلا خلافاً شكلياً ينحصر في المفاضلة بين تسميات مترادفة لا فرق بينها.

Maggiore (G), Diritto penale, vel, Bologna, 1955, p.205.

أشار إليه د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص238.

وقد استخدم بعض الفقهاء تعبير الشرط مرادفاً لتعبير الركن فقد بحث (TREBUTIEN)) في عناصر الجريمة بوصفها شروطاً إذ يقول: (هناك شرطان أساسيان وتكوينيان للجريمة أولاً: العنصر المادي ... والثاني العنصر المعنوي...).

TREBUTIEN, Cours Elementaire de droit criminel, 1854, t.1, p.90.

أشار إليه د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص30.

وقد ذهب البعض إلى إن التفريق بين الركن والشرط ليس له محل، فالشرط ما هو إلا عنصر تكويني يترتب على تخلفه الآثار نفسها التي تترتب على تخلف العنصر المكون. انظر د. هدى سالم الأطرقي، المرجع السابق، ص81.

81 أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 13، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1956، ص185، 186؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت/ لبنان، 1967، ص255.

82 لسان العرب، المجلد 4، ص611.

ومن باب الإعلام ووضع علامة للشيء والاعداد له.⁽⁸³⁾ وهو بمعنى إلزام الشيء والتزامه، وشروط الشيء أوامر ماهي اوائله أو العلامات التي تتقدمه.⁽⁸⁴⁾ وهو في المنطق، أمر خارج عن الحدث الذي يتوقف وجوده على توافر هذا الأمر.⁽⁸⁵⁾ وفي اصطلاح الفقهاء الأصوليين (كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته).⁽⁸⁶⁾ والشروط في القانون الخاص هو حدث مستقبلي غير مؤكد يتوقف عليه الأثر القانوني للعمل.⁽⁸⁷⁾ وهو في القانون الجنائي، أمور أو عناصر أو مقومات تسبق نشاط الجاني الذي تتولد عنه ماديات الجريمة.⁽⁸⁸⁾

أما اصطلاحاً، فقد عرفت أركان الجريمة بأنها: (العناصر التي يقوم عليها كيانها وإذا تخلف عنصر منها لم يكن للجريمة وجود)⁽⁸⁹⁾ كما عرفت بأنها: (تلك العناصر أو الوقائع الداخلة في تكوين النموذج القانوني للجريمة والتي يترتب على تخلفها أو تخلف إحداها عدم قيام الجريمة كلياً)،⁽⁹⁰⁾ أما الشرط فقد عرف بأنه: (ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته أو ماهيته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء)،⁽⁹¹⁾ أما عناصر الجريمة، فهي تسمية تشير إلى الأجزاء والمقومات التي تتكون منها الجريمة، ويذهب الدكتور عبد الفتاح الصيفي ونحن نتفق معه إلى إن الجريمة تتحلل إلى أركان، ويتحلل الركن إلى عناصر، ويتحلل العنصر إلى شروط، وبهذا يكون لكل مصطلح من هذه المصطلحات مجاله الخاص به،⁽⁹²⁾ كما ان الشروط المفترضة في الجريمة تختلف اختلافاً جوهرياً عن الظروف حتى لو ارتبطت بما يقابل شرطاً من هذه الشروط، إذ تظل دائماً ذات صفة عرضية ينحصر دورها في تعديل الجزاء فحسب،⁽⁹³⁾ وبهذا فإن الركن والشرط يتفقان في أن عدم أي منهما يستلزم عدم الشيء، ويختلفان في أن الركن يدخل في

- 83 مختار الصحاح للرازي، المرجع السابق، ص334.
- 84 لسان العرب، المجلد السابع، ص329،330.
- 85 عماد فتحي السباعي، النظرية العامة للأعذار المعفية في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة القاهرة، 1986، ص391 ومابعدها.
- 86 د. عبود السراج، المرجع السابق، ص146 هامش رقم (12)
- 87 د. يسر أنور علي، شرح قانون العقوبات القسم العام، 1992، ص226.
- 88 عماد فتحي السباعي، المرجع السابق، ص391.
- 89 د. ماهر عبد شويش، المرجع السابق، ص180.
- 90 د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، يصدرها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد 17، العدد 2، مصر، 1974، ص254.
- 91 د. عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980، ص157.
- 92 انظر د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص239.
- 93 انظر د. عبد العظيم مرسي وزير - المرجع السابق - ص92 هامش رقم (2).

ماهية الشيء وحقيقته. والشرط خارج عن حقيقة الشيء وليس جزء منه. إذن فكل ما هو داخل في حقيقة الشيء فهو ركن. أما ما ليس بداخل في حقيقة الشيء فهو شرط. وكلاهما يتوقف وجود الشيء على وجوده.

وبما إن الجانب الراجح في الفقه قد ذهب إلى إن مفترضات الجريمة تعد من المكونات الأساسية للجريمة، لذلك فإن المشرع إذا تطلب توافرها لوجود الجريمة أو لقيامها تحت وصف معين فإنها تعد ركناً خاصاً لا شرطاً، لأن الشرط لا يدخل في ماهية الشيء بل هو خارج عن مكوناته. لذلك نحن نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي⁽⁹⁴⁾ من إن العنصر المفترض يعد من الأركان الخاصة في بعض الجرائم، حينما يوجب القانون وجوده من أجل وجود الجريمة أو من أجل عددها من نوع معين، ويعد في بعضها الآخر من الظروف المشددة القانونية.⁽⁹⁵⁾

ويتعين العلم بالأركان الخاصة المفترضة للجرائم لأنها عناصر مكونة للجريمة في بعض الجرائم، فالقاعدة وجوب العلم بكل العناصر المكونة التي تقوم عليها الجريمة لان القصد الجنائي يجب ان يشملها جميعاً ولا خروج على هذه القاعدة الا إذا لم يكن بالإمكان العلم ببعض الوقائع نظراً لطبيعتها الخاصة، إضافة الى ذلك يتعين العلم بالتكييف القانوني لبعض هذه الوقائع، اذ يجب العلم بالتكييف القانوني الذي تتصف به بعض الوقائع وليس كلها لان بعض الوقائع التي تقوم بها الجريمة لا يكون لها اهمية قانونية الا إذا اكتسبت وصفا قانونيا معيناً فاذا تجردت من هذا الوصف لم يعد لها اهمية قانونية. لذلك يتعين العلم بالأركان الخاصة للجرائم لأنها عناصر مكونة للجريمة في بعض الجرائم فلا تقوم وفق هذا الوصف الا بها فاذا انتفى الركن الخاص اما ان تنتفي الجريمة او ان توصف بوصف اخر فلا تقوم وفق هذا الوصف الا بها.

ولم يتفق الفقه على تحديد لمدلول تعبير الوصف القانوني، حيث ان الشارع المصري لم يستعمله دائماً في معنى واحد فالمادتان (39، 41) من قانون العقوبات تستعملان تعبير وصف الجريمة للدلالة على موضع الجريمة بين مجموعة من الجرائم تحمل نفس الاسم القانوني مما يعني ان هناك ثمة فارقا اساسيا بين الاسم القانوني للجريمة والوصف القانوني لها،⁽⁹⁶⁾ فالاسم القانوني اشمل من الوصف، اذ تندرج تحت الاسم القانوني الواحد

94 د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بغداد، 1992، ص 19.

95 مثال ذلك اعتبار المشرع الجنائي العراقي صفة الموظف ظرفاً مشدداً في العديد من النصوص انظر مثال ذلك المواد (135، 304، 305، 444) عقوبات عراقي.

96 اذ تنص المادة (39) عقوبات مصري على (يعد فاعلاً للجريمة: أولاً: من يرتكبها وحدة أو مع غيره. ثانياً: كل من يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها. ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها). وتنص المادة (41) عقوبات

مجموعة من الاوصاف القانونية دون ان تحسب من اركانها، وتحديد الاسم رهن بتوافر الاركان الخاصة للجريمة، ولكن تحديد وصفها رهن بتوافر عناصر قانونية تدخل في كيانها ويطلق عليها تعبير الظروف التي تغير من وصف الجريمة.⁽⁹⁷⁾

اذ يتجه راي الى ان الوصف اصطلاحاً يقصد به في اللغة القانونية التعيين، وهو هنا تعيين نوع الجريمة اوردها الى فصيلتها. فالوصف القانوني للجريمة هو منزلتها في التقسيم الثلاثي للجرائم، حيث تقسم الى جنايات وجنح ومخالفات وبالتالي فان نوع الجريمة ووصفها القانوني تعبيرين مترادفين، فوصف الجريمة هو ردها لفصيلتها ضمن التقسيم الثلاثي للجرائم فأما ان تكون جناية او جنحة او مخالفة.⁽⁹⁸⁾ ويتجه راي اخر الى ان تعبير الوصف القانوني يعد تخصيصاً للفظ نوع الجريمة وبالتالي لا يكون مرادفاً له،⁽⁹⁹⁾ وعرف البعض الوصف القانوني للجريمة بأنه وسيلة تحديد الواقعة المستوجبة للعقاب وهو الثوب القانوني الملائم لها بلا ضيق ولا اتساع، وينبغي أن يكون الفعل قيد التهمة هو الذي يتوافق معه هذا الوصف.⁽¹⁰⁰⁾

اما فيما يتعلق بالمشروع العراقي فقد استخدم مصطلح وصف الجريمة في نص المادة (36) من قانون العقوبات العراقي،⁽¹⁰¹⁾ وكذلك في نص المادة (224) من قانون اصول المحاكمات الجزائية.⁽¹⁰²⁾

ويذهب بعض الفقه الى وجود فارق أساسي بين الاسم القانوني (الوصف القانوني) للجريمة والتكييف القانوني لها، على اعتبار ان الأول اشمل من الثاني، حيث تندرج مجموعة

مصري على (من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها إلا من استثنى قانوناً بنص خاص ومع هذا: أولاً: لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال. ثانياً: إذا تغير وصف الجريمة نظراً إلى قصد الفاعل منها أو كيفية علمه بها يعاقب الشريك بالعقوبة التي يستحقها لو كان قصد الفاعل من الجريمة أو علمه بها كقصد الشريك منها أو علمه بها).

97 انظر د. محمود نجيب حسني ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 54.

98 انظر د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 41.

99 انظر د. محمود نجيب حسني ، قوة الحكم الجنائي في انهاء الدعوى الجنائية ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، 1977 ، ص 273.

100 جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع، بلا ناشر، 2004، ص 188.

101 اذ تنص على (إذا جهل الفاعل وجود ظرف مشدد يغير من وصف الجريمة فلا يسأل عنه ولكنه يستفيد من العذر ولو كان يجهل وجوده).

102 (اذ تنص على (آ - يشتمل الحكم او القرار على اسم الحاكم او الحكام الذين اصدره واسم المتهم وباقي الخصوم وممثل الادعاء العام ووصف الجريمة المسندة الى المتهم ومادتها القانونية والاسباب التي استندت اليها المحكمة في اصدار حكمها او قرارها واسباب تخفيف العقوبة او تشديدها وان يشتمل الحكم بالعقوبة على العقوبات الاصلية والفرعية التي فرضتها المحكمة ومقدار التعويض الذي حكمت به على المتهم والمسؤول مدنياً عنه ان وجد او قرارها برد الطلب فيه كما يبين في الحكم الاموال والاشياء التي قررت ردها او مصادرتها او اتلافها ويوقع الحاكم او هيئة المحكمة على كل حكم او قرار مع تدوين تاريخ صدوره ويختتم بختم المحكمة).

التكليفات القانونية تحت الاسم (الوصف) القانوني الواحد للجريمة ، وكذلك فإن توافر الأركان الخاصة للجريمة هو الذي يحدد اسمها (وصفها) القانوني، في حين إن توافر عناصر قانونية معينة تدخل في كيان الجريمة دون أن تعد من أركانها هو الذي يحدد تكييفها القانوني الذي يقوم به القاضي ويطلق على الأخيرة (الظروف التي تغير من تكييف الجريمة)، ومثال على ذلك يقال بأن القتل العمد والسرقعة وصفان (اسمان) قانونيان وكل منهما يدل على مجموعة من الجرائم تختلف آحادها في التكييف القانوني الذي يباشره القاضي وفقا للنص أو النموذج القانوني المحدد سلفا ، وتحقيق كل وصف قانوني رهن بتوافر الأركان الخاصة بالقتل العمد أو السرقعة ، فإذا تتبعنا مجموعة الجرائم التي توصف بأنها قتل عمد نجد من آحادها ما يوصف بأنه قتل عمد مع سبق الإصرار أو قتل عمد باستعمال المفرقعات وكل منها يحمل وصف قانوني معين، وكذلك السرقعة فهناك في آحادها ما يوصف بأنه سرقعة من خادم بالأجرة أو سرقعة باستعمال سلاح وتسور ، وكل منها ذو وصف قانوني محدد في القانون ، وبالتالي يجب على القاضي عندما تعرض عليه واقعة معينة أن يردها إلى وصفها القانوني من حيث توافر الشروط والأركان التي تطلبها القانون سلفا.⁽¹⁰³⁾ وان الوصف القانوني للجريمة ليس إلا تحديد الجريمة في نموذج أو نص قانوني يتضمن أركان هذه الجريمة بالإضافة إلى عقوبتها وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية، والمشرع هو الذي يقوم بهذه المهمة وليس القاضي، حيث إن الأخير مهمته إنزال وتطبيق حكم النص أو النموذج القانوني على الواقعة المعروضة أمامه.⁽¹⁰⁴⁾

ولا تنفق مع هذا الرأي انما نرى بان الوصف القانوني هو ذاته التكييف القانوني ويطلق عليه بالتكييف القانوني، فالوصف القانوني لا يعد اشمل من التكييف القانوني بحيث تتدرج تحت الوصف القانوني مجموعة من التكليفات القانونية، انما نميز بين التكييف القانوني والتكييف القضائي والتكييف الفقهي، وإن الوصف القانوني للجريمة (التكييف القانوني) ما هو إلا عملية سابقة للتكييف القضائي للجريمة وما على القاضي الذي يريد أن يطبق القانون على الواقعة المعروضة إلا أن ينزل الوصف أو النموذج القانوني المحدد من قبل المشرع سلفا على تلك الواقعة.

وليس دقيقا القول بان توافر الأركان الخاصة يحدد الوصف القانوني للجريمة، في حين ان توافر الظروف يحدد تكييف الجريمة، انما لا يتحقق الوصف القانوني للجريمة الا اذا توافرت جميع العناصر اللازمة لقيام الجريمة وتطابقها التام مع النموذج القانوني للجريمة، سواء خضعت في تكييفها للنموذج العام للجريمة والذي يشتمل على الحد الأدنى من العناصر التكوينية اللازمة لقيام الجريمة والتي يحددها المشرع بموجب النموذج القانوني

103 د. محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 22.

104 فرقد عبود العرضي، الوصف القانوني للجريمة، بحث متاح على الانترنت، على الموقع

العام للجريمة ويشتمل على الأركان العامة والخاصة المتطلبية بموجب النموذج القانوني لقيام الجريمة والذي يحدد عنوان الجريمة أي وصفها القانوني، أو خضعت في تكييفها للنموذج الخاص للجريمة، وهو نموذج قانوني خاص اضافي يلحق بالنموذج العام للجريمة في بعض الجرائم لا كلها، ويتضمن النموذج الخاص عناصر إضافية تضاف للعناصر المكونة للجريمة ولا تنتقص منها فتخضع الجريمة لوصف اخر نص عليه المشرع بموجب النموذج القانوني الخاص في بعض الجرائم، وتتمثل هذه العناصر الإضافية التي تدخل على اركان الجريمة بالظروف، فتؤثر في جسامه الجريمة، فتؤدي الى تشديد العقوبة أو تخفيفها.

ويجب عدم الخلط بين اسم الجريمة وعنوانها، فالمشرع يطلق على السلوك موضوع الجريمة اسما تقليديا لتمييزها عن غيرها من الجرائم مثل القتل والسرقة، ويبقى اسم الجريمة ثابتا ولو تغيرت بعض عناصرها التكوينية، ففي حالة الشروع نكون بصد جريمة ناقصة ومع ذلك لا يختلف اسم الجريمة، بل يلحق التغيير عنوانها فقط، فكل اختلاف في الفكرة القانونية للجريمة يعقبه تغيير في عنوانها، وان النموذج العام للجريمة يرتبط بعنوانها لا باسمها الذي يطلق عليها والذي يتعلق بموضوعها (الحق المعتدى عليه) ، والعنوان بدوره يتعلق بالفكرة الاولى للجريمة اي بالحد الأدنى من العناصر التي يجب توافرها لوجود جريمة معينة، ويخرج عن نطاقه العناصر التبعية الاضافية (الظروف) التي لا تغير في عنوان الجريمة وان احدثت تغييرا في العقوبة واجبة التطبيق تخفيفا أو تشديدا، اذا يمكن القول ان اسم الجريمة يتضمن عدة عناوين ،ومحل الجريمة يحدد اسم الجريمة اي اسم الطائفة التي تنتمي اليها مجموعة من الجرائم كجرائم الاعتداء على الاموال، اما المعيار الذي يحدد نموذج الجريمة ويميزها عن غيرها من الجرائم التي تنتمي الى نفس الطائفة فهو المصلحة التي يحميها النص ويعاقب على من يعتدي عليها مثال ذلك جريمة السرقة والاحتيال ضمن طائفة جرائم الاموال.⁽¹⁰⁵⁾ وان كل جريمة ذات عنوان مستقل ونموذج متميز تحمي مصلحة قانونية يمكن تمييزها عن سائر المصالح الاخرى التي يرهاها قانون العقوبات ويضفي عليها حمايته.

لذلك نتفق مع الراي الذي يعرف الوصف القانوني للجريمة بانه منزلتها في التقسيم الثلاثي للجرائم حيث تقسم الى جنایات وجنح ومخالفات وبالتالي فان نوع الجريمة ووصفها القانوني تعبيرين مترادفين.⁽¹⁰⁶⁾

وذهب البعض الى ان الوصف القانوني للجريمة هو النموذج القانوني الذي يحدده

105 () انظر د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967، ص 69 وما بعدها؛ د. امال عبد الرحيم عثمان، النموذج القانوني للجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد 1، 1972، ص 65-66.

106 () انظر د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص 41.

المشرع في قانون العقوبات أو أي قانون عقابي آخر، والذي بموجبه يمكن أن تعد بعض الأفعال وفقا لشروط وأركان خاصة جريمة ما يترتب على ارتكابها عقوبة معينة ، حيث إن المشرع هو الذي يصف من خلال النص أو النموذج القانوني الموضوع من قبله، فهو ليس إلا تحديد للنموذج القانوني لجريمة معينة وإعطائها اسم معين في إطار نص قانوني عقابي محدد من قبل المشرع يوضح فيه إن الفعل إذا توافرت فيه أركان جريمة معينة فإنه يوصف بذلك الوصف القانوني ، فالوصف القانوني هو أن فعلا ما إذا توافرت فيه أركان جريمة معينة فإنه يوصف بكونه جريمة وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية،⁽¹⁰⁷⁾ وهذا التعريف يخلط بين الوصف القانوني والانموذج القانوني للجريمة، فالوصف القانوني الذي هو التكييف القانوني من قبل المشرع لواقعة معينة وإخضاعها لنص أو نموذج قانوني معين ينطبق عليها.

107 فرقد عبود العرضي ، الوصف القانوني للجريمة ، بحث متاح على الانترنت ، على الموقع

www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=16529

الخاتمة

في ختام بحثنا في موضوع ماهية مفترضات الجريمة توصلنا للعديد من الاستنتاجات نعرض اهمها فيما يأتي: -

1 - يمكن ان نعرف مفترضات الجريمة بانها (مركز أو عنصر قانوني أو فعلي، أو واقعة قانونية أو مادية ينبغي قيامها بوقت سابق او معاصر لارتكاب السلوك، ويترتب على تخلفها إلا تتحقق الجريمة او ان تتحقق بوصف قانوني اخر)، اذ يمكن القول إن الخصائص المشتركة للمفترضات سواء اطلق عليها شرطا او ركنا او عنصرا او غير ذلك التي يمكن استخلاصها هي إن المفترضات عناصر ضرورية ولازمة لوجود الواقعة المكونة للجريمة، وإنها تكون مستقلة عن نشاط الجاني وسابقة له من الناحية الزمنية والمنطقية، وان الجريمة لا تقوم بوصف قانوني معين الا اذا توافرت هذه المفترضات والا فان الجريمة سوف لا تتحقق، او تقوم وفقا ولكن وفقا لوصف قانوني اخر.

2 - المفترضات هي عبارة عن عناصر قانونية او مادية سابقة في الوجود على الجريمة، فاذا جعلها المشرع محل اعتبار في تحقق الجريمة فلا يتصور وجود الجريمة بدونها لأنها عناصر مكونة في الجريمة، وبما ان المفترضات عناصر لازمة وضرورية لقيام الجريمة لذا يتطلب العلم بها لقيام القصد الجنائي.

3 - إن أغلب الفقهاء الذين يسلمون بفكرة المفترضات، لا يسلمون بها بشأن كل الجرائم وإنما يقصرونها على بعض الجرائم دون غيرها، وحتى في إطار الجرائم التي يتم التسليم بوجود العناصر المفترضة فيها فإن هذه الأغلبية لا تسلم بها بذات الدرجة، إنما يبحثون فيها صراحة حينما يكون انفصالها عن الأركان ظاهراً، ولا يتناولونها بشكل صريح إذا كان هذا الانفصال غير ظاهر.

4 - القاعدة ان المكان والزمان والطريقة والوسيلة وصفة الجاني وصفة المجني عليه لا تؤثر في تحقق الجريمة فلا تعد من العناصر المكونة للجريمة ولا تكون محل اعتبار في قيام الجريمة لذلك لا يتعين العلم بها في الأصل، الا ان المشرع في بعض الجرائم قد يعتد بها فيجعلها محل اعتبار اما لقيام الجريمة فيجعلها ركنا خاصا او لا يعتد بها كعنصر مكون وانما كظرف يدخل على الجريمة فيؤثر في جسامتها تخفيفا او تشديدا، وإذا نص المشرع على اعتبارها عناصر مكونة في بعض الجرائم فعندئذ يتعين العلم بها لتحقيق القصد الجنائي، اذ ان خطورة الفعل على الحق الذي يحميه القانون ثابتة له أي كان مكان او زمان ارتكابه او صفة الجاني او المجني عليه، فالقاعدة في الجريمة انها تتحقق بالسلوك المكون لها أي كان الفاعل صاحب السلوك، الا ان هناك جرائم

لا يحقق السلوك فيها الجريمة الموصوفة في النموذج الاجرامي الا اذا كان الفاعل ذا صفة معينة ، فالجريمة في الحالة الاولى تسمى بجريمة الفاعل المطلق اما في الحالة الثانية فتسمى بجريمة الفاعل الخاص.

5 - يتعين العلم بالأركان الخاصة المفترضة للجرائم لأنها عناصر مكونة للجريمة في بعض الجرائم فلا تقوم وفق هذا الوصف الا بها فاذا انتفى الركن الخاص اما ان تنتفي الجريمة او ان توصف بوصف اخر.

6 - ان مفترضات الواقعة هي في الوقت نفسه مفترضات للجريمة فلا فرق يذكر بين الجانب المفترض للجريمة والجانب المفترض للواقعة فلا تتحقق غيرها اذ لا قيام للجريمة وفق وصف معين الا بتحقق الواقعة بكافة الوقائع المحيطة والمرتبطة بها، فإذا تطلب المشرع هذه العناصر المكونة القانونية او المادية السابقة في الوجود على الجريمة وانه لا يتصور وجود الجريمة بدونها لأنها عناصر مكونة في الجريمة، اذ تتجه الارادة الى عناصر الجريمة السابقة على ارتكاب الفعل (الاركان الخاصة المفترضة) مثال ذلك الركن الخاص في جريمة القتل ان يكون محل الجريمة انسان على قيد الحياة اذ ان الارادة لا تتجه الى الفعل مجردا عن الوقائع التي تحيط به لأنه إذا تجرد عن هذه الوقائع فلا دلالة له ولن يحقق للجاني غرضا ولن تحفل به ارادته بالإرادة تتجه الى الفعل باعتباره عنصرا من عناصر مجموعة من الوقائع وهي تتجه اليه لأنها تتجه الى هذه المجموعة كلها.

7 - إن المفترضات عناصر ضرورية ولازمة لوجود الواقعة المكونة للجريمة، وإنها تكون مستقلة عن نشاط الجاني وسابقة له من الناحية الزمنية والمنطقية، وان الجريمة لا تقوم بوصف معين الا اذا توافرت هذه المفترضات والا فان الجريمة سوف لا تتحقق او تقوم وفقا لوصف اخر تطبيقا لنظرية تحول التكييف الجنائي اذ انه اذا توافرت اركان جريمة اخرى في الواقعة التي جرمها القانون فان التكييف الجنائي يتحول الى تلك الجريمة فتتحقق اركانها وتقوم المسؤولية الجنائية عنها ويسأل الجاني عن هذه الجريمة التي تحول التكييف اليها لا عن تلك الجريمة التي لم تكتمل عناصرها او اركانها بشرط اكتمال كافة عناصر الجريمة التي تحول التكييف الجنائي اليها نظرا لعدم تحقق المطابقة الجنائية بشكل تام مع عناصر الجريمة الاولى لأنه لا توجد مطابقة جزئية فالمطابقة اما ان تكون تامة او لا تكون، لذلك فان المطابقة لم تتم مع عناصر الجريمة الاولى لانتفاء عنصر من عناصرها الا انها تمت مع جريمة اخرى تطابق النص الجنائي مع عناصرها ، فاذا كانت العناصر المتبقية (انقاص المطابقة) تضم بين طياتها تكييف جريمة اخرى عمدية كانت او غير عمدية فالتكييف الجنائي يتحول اليها وسوف نكون في هذه الحالة امام مطابقة جديدة قائمة على انقاص

المطابقة التي لم تتحقق وتحقق هذه المطابقة بين الجريمة المتحولة وبين النموذج القانوني للجريمة الاخرى .

8 - لم يتضمن القانون العراقي نصا لمعالجة مسألة تحول التكييف الجنائي، لذلك نقترح على المشرع العراقي تجاوز هذا النقص وتبني النص الاتي واصافته الى بداية نص المادة(36) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969(ينتفي القصد الجنائي في الجريمة إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط في واقعة تعد ركنا من اركانها. على ان ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما يتخلف عن فعله من جريمة غير عمدية او اية جريمة اخرى)، او تبني النص التالي (1. لا يُسأل الفاعل عن جريمة عمدية، إذا وقع الفعل المكون للجريمة بحسن نية، وبناءً على أسباب معقولة وكافية، وتعلق بخلط في واقعة تعد عنصراً من عناصرها القانونية. ولا يمنع ذلك من مسائلته عما يترتب على فعله من جرائم أخرى عمدية أو غير عمدية، ما لم يكن قد اتخذ جانب الحيطة اللازمة قبل القيام بفعله. أما إذا لم يكن للخلط ما يبرره عدّ ذلك عذراً مخففاً. 2. لا يُسأل من ارتكب الفعل معتقداً على سبيل الغلط أنه يكون جريمة).

المصادر

اولا: -كتب ورسائل

- 1 - د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، 2002.
- 2 - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، 1981.
- 3 - د. أحمد العطار، موجز في جرائم الرشوة والعدوان على المال العام، 1991.
- 4 - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 4، المجلد 7، المجلد13، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1956.
- 5 - حسن الفكهاني، النصب، منشور في موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج 25، الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، 1978-77.
- 6 - د. جلال ثروت، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بيروت، 1962.
- 7 - جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، بدون مكان طبع، بلا ناشر، 2004.
- 8 - د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- 9 - د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- 10 - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت/ لبنان 1967-.
- 11 - د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1976.
- 12 - د. رفيق محمد سلام، الحماية الجنائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 13 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
- 14 - د. عبود السراج، قانون العقوبات/القسم العام، مطابع جامعة دمشق، سورية، 2002.
- 15 - عماد فتحي السباعي، النظرية العامة للأعذار المعفية في القانون الجنائي، رسالة

- دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة القاهرة، 1986.
- 16 - د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بغداد، 1992.
- 17 - د. فخري عبد الرزاق الحديثي، النظرية العامة للأعذار القانونية المعفية من العقاب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1973.
- 18 - د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967.
- 19 - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الثاني، 1938.
- 20 - لويس معلوف، المنجد في اللغة والادب والعلوم، ط 19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت.
- 21 - د. عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، 1983.
- 22 - د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967.
- 23 - د. عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980.
- 24 - د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات اللبناني القسم الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1999.
- 25 - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 10، مطبعة جامعة القاهرة، 1983.
- 26 - د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968.
- 27 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- 28 - د. محمود نجيب حسني، قوة الحكم الجنائي في انهاء الدعوى الجنائية، ط 2، دار النهضة العربية، 1977.
- 29 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 30 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المجلد الأول،

- 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان1998.-
- 31 - د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 32 - د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط7، دار النهضة العربية، 1977.
- 33 - د. هدى سالم الاطرقي، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2000.
- 34 - د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، ج1، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 35 - د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، 1990.
- 36 - د. محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الاجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.
- 37 - د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط2، مطبعة التوني، 1989.
- 38 - د. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- 39 - د. محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003.
- 40 - د. يسر انور علي، القاعدة الجنائية، دار النهضة العربية، 1969.
- 41 - د. يسر أنور علي، شرح قانون العقوبات القسم العام، 1992.

ثانياً: -البحوث

- 1 - د. أحمد حبيب السماك، جريمة التربح في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، العدد 2، السنة 22، 1998.
- 2 - د. آمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الرابعة عشرة، 1972.
- 3 - د. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 39، 1969.

- 4 - د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، مفترضات الجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، العددان 3،4، 1979.
- 5 - د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، يصدرها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد 17، العدد 2، مصر، 1974.
- 6 - د. محمد محي الدين عوض، الظروف المشددة، مجلة المحاماة، العدد9، السنة 43.
- 7 - فرقد عبود العرضي، الوصف القانوني للجريمة، بحث متاح على الانترنت، على الموقع www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=16529

ثالثا: -القوانين

- 1 - قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.
- 2 - قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983.
- 3 - قانون العقوبات الاماراتي المرقم (3) لسنة 1987.
- 4 - قانون العقوبات المصري المرقم (58) لسنة 1937.
- 5 - قانون العقوبات البحريني المرقم (15) لسنة 1976.
- 6 - قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930.
- 7 - قانون العقوبات الاردني المرقم (16) لسنة 1960.
- 8 - قانون العقوبات الليبي.

رابعا: -المصادر الاجنبية

- 1 - Rober d.pursly، Introduction of criminal Justice، ED 26، U.S.A. 1980
- 2-Harvy Wallace and Cliff Roberson، Principles of criminal Law، Long-man، U.S.A، 1996



الأعداد السابقة



السنة الأولى - العدد الأول - يناير 1993م

- 1- تطبيق الشريعة الإسلامية سبيل الأمن والعدل والسلام. أ. د. محمود محمد الطنطاوي
- 2- قادة الشرطة، وإدارة الكوارث والأزمات. أ. د. عبد الكريم درويش
- 3- علاقة الشرطة بالجمهور وأثرها على الأمن العام. د. محمد نيازي حتاته
- 4- تفسير القواعد الأصولية للتفسير. أ. د. عبد الخالق حسن أحمد
- 5- حقوق القاضي وواجباته. م. د. مصطفى كيره
- 6- التدابير المقررة للأحداث والجانحين والمشردين، وفق أحكام القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 1976م. أ. د. حسن محمد ربيع
- 7- نحو مفهوم متطور للأمن القومي العربي. أ. د. مفيد محمود شهاب
- 8- دراسة إنشاء اتحاد كليات الشرطة العربية. العقيد / إسماعيل عبد الله القرقاوي
د. علوي أمجد علي
- 9- الملامح الرئيسية للسوق الأوروبية الواحدة، أو أوروبا الموحدة 1992م. أ. د. أحمد جامع
- 10- قانون التجارة الدولية، أو القانون التجاري - دراسة فكرية - Lex Mercatoria . أ. د. أبو زيد رضوان
- 11- تأملات في النظريات النازمة للتحكيم. د. عبيد صقر بوست
- 12- الشرطة والقانون (دراسة تأصيلية تحليلية للارتباط الوثيق والتساند المتبادل بين الشرطة والقانون). أ. د. ثروت بدوي
- 13- الضبط الإداري (دراسة مقارنة). أ. د. سليمان محمد الطماوي
- 14- مشكلة المخدرات بنظرة علمية. الأستاذ. مصطفى سويف

السنة الأولى - العدد الثاني - يوليو 1993م

- 15- العقوبات في الإسلام للزجر والردع والمنع. أ. د. محمود محمد الطنطاوي
- 16- أساليب البحث الجنائي بين أصالة العلم ورجاحة الفكر. د. أحمد أبو القاسم أحمد
- 17- الخطر الإرهابي بين التوقع والوقوع. أ. د. أحمد ضياء الدين محمد خليل
- 18- شرح بعض القواعد الأصولية الفقهية التفسيرية التي وردت في قانون المعاملات المدنية الاتحادي. أ. د. عبد الخالق حسن أحمد
- 19- القذف والسب في حق الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة. أ. د. محمود نجيب حسني
- 20- بعض التعليقات على قانون الإجراءات المدنية الاتحادي الجديد رقم (11) سنة 1992م، لدولة الإمارات العربية المتحدة. أ. د. عزمي عبدالفتاح
- 21- التكوين المهني لرجال القضاء. أ. د. محمد كامل عبيد
- 22- التزام الطبيب بتبصير المريض. أ. د. علي نجيدة
- 23- رأس المال البشري وعلاقته برأس المال المادي. أ. د. عبدالله الصعيدي
- 24- خطابات الضمان المصرفية في ضوء مشروع قانون التجارة لدولة الإمارات العربية المتحدة. أ. د. سميحة القليوبي
- 25- الإعلام وحدود الكفاءة في مواجهة ظاهرة تعاطي المخدرات. د. محيي الدين أحمد حسين

السنة الثانية - العدد الأول - يناير 1994م

- 26- الاجتهاد وأهميته في حياتنا المعاصرة. أ. د. يوسف محمود قاسم
- 27- نظرية التنظيم وإدارة الأمن. أ. د. عبد الكريم درويش
- 28- الحس الأمني. د. عبد العظيم لاشين
- 29- تقسيم اللفظ باعتبار دلالاته على المعنى. أ. د. عبد الخالق حسن أحمد
- 30- الدفاع الشرعي. أ. د. فوزية عبد الستار
- 31- الضبط الإداري بين الحرية والنظام العام. أ. د. محمود عاطف البنا
- 32- تعسف مأموري الضبط القضائي وأثره في الدليل الجنائي. أ. د. أحمد ضياء الدين محمد خليل
- 33- حماية البيئة إبان المنازعات المسلحة في البحار. أ. د. صلاح الدين عامر
- 34- فحص الشعر في الأدلة الجنائية. أ. د. مصطفى عبد اللطيف كامل
- 35- نحو منظور نفسي للتنشئة القانونية. أ. د. محيي الدين الخطيب
- 36- إدارة الأزمات الأمنية بين النظرية والتطبيق. لواء / شرف الدين محمد حسين
- د. علوي أمجد علي
- أ. د. محيي الدين الخطيب

السنة الثانية - العدد الثاني - يوليو 1994م

- 37- مستقبل الأمة الإسلامية ودور الشريعة الإسلامية.
أ. د. صوفي أبوطالب
- 38- عقد المضاربة في الفقه الإسلامي.
أ. د. رشاد حسن خليل
- 39- المسوح الميدانية كأداة علمية لتقدير حجم مشكلة المخدرات وخطورتها.
د. مصطفى سويف
- 40- المؤتمر الأول للخبراء الجنائيين دبي - الإمارات 1994م.
ترجمة / مصطفى عبداللطيف كامل
- 41- مدى سريان أحكام قانون العقوبات الاتحادي.
أ. د. عوض محمد عوض
- 42- الجرائم الاقتصادية وموقف قانون العقوبات الاتحادي.
أ. د. عبود السراج
- 43- انعكاسات مبدأ المشروعية على أعمال الضبط الإداري.
أ. د. عادل السعيد محمد أبو الخير
- 44- حكم المحكمين في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم (11) لسنة 1992 وفي قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 وقانون المرافعات الفرنسي الجديد.
أ. د. عزمي عبدالفتاح عطية
- 45- الاتفاق الفلسطيني الإسرائيلي : غزة - أريحا أولاً.
أ. د. مفيد محمود شهاب
- أ. د. السيد عبد المولى الضريبة على الكربون وحماية البيئة.

السنة الثالثة - العدد الأول - يناير 1995م

- 46- مناقشة قضايا مستند الاجماع. أ. د. عبدالفتاح حسيني الشيخ
- 47- العقوبة بالمال في الشريعة الإسلامية. أ. د. محمد سعيد رمضان البوطي
- 48- الشرطة والحرية: مبدأ التوازن بين سلطات الشرطة وحريات المواطنين. أ. د. ثروت بدوي
- 49- البيئة من منظور أمني. أ. د. ليلى تكلا
- 50- قياس مدى جودة الخدمات: دراسة ميدانية استكشافية لشرطة دبي. د. عادل راشد الشارد
- 51- الرقابة الإدارية على تقارير كفاية الموظف العام - دراسة مقارنة. أ. د. أنور أحمد رسلان
- 52- اتفاقية الجات ومستويات العمل الدولية «نظرة إلى مستقبل منظمة العمل الدولية». أ. د. أحمد حسن البرعي
- 53- الدور الطبي الشرعي في البحث الجنائي في حالات الوفاة. أ. د. علي جمال الدين عبدالعال
- 54- سيكولوجية الحوادث. د. محمود السيد أبوالنيل
- 55- Forfeiture as - a Domestic and international Law Enforcement Tool Juan C. Narrero

السنة الثالثة - العدد الثاني - يوليو 1995م

- 56- السلام في الإسلام. أ. د. محمود محمد الطنطاوي
- 57- أحكام بيع المرابحة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة). أ. د. محمود بلال مهران
- 58- الجريمة المنظمة عبر الحدود والقارات. أ. د. عبدالكريم درويش
- 59- الإجهاض الأمني. أ. د. عبدالعظيم لاشين
- 60- الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية. أ. د. جميل الشرقاوي
- 61- تنوع وتزايد العقود الإدارية، وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر إلى الاتفاق والمكافأة. أ. د. سعاد الشرقاوي
- 62- معاهدة السلام الأردنية الإسرائيلية. أ. د. مفيد شهاب
- 63- اتفاقية الجات وأهم آثارها المحتملة على اقتصاديات الدول العربية. أ. د. السيد عبدالمولى
- 64- تطور الأسلحة النارية.
- The Forfeiture (Confiscation) of the Proceeds of Drug Trafficking by the United States Government -65
د. مصطفى عبد اللطيف كامل
Dr. William J. Snider

السنة الرابعة - العدد الأول - يناير 1996م

- 66- المنهج الإسلامي في تحقيق هذه المعادلة -
المساواة بين الرجال والنساء، وولاية الرجال
على النساء.
أ. د. أحمد علي طه ريان
- 67- المهارات الأمنية ودورها في منظومة الأداء
الأمني.
أ. د. أحمد ضياء الدين محمد خليل
- 68- إدارة المقابلات في عمليات التفاوض .
د. حسن محمد وجيه
- 69- المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات
المدنية.
أ. د. مصطفى الجمال
- 70- عقد الإذعان .
أ. د. عبد المنعم فرج الصدة
- 71- منظمة التجارة العالمية.
أ. د. إبراهيم العناني
- 72- إبرام عقود نقل التقنية وتحديد محلها .
أ. د. محمود مختار أحمد بريري
- 73- الإيقاع الشخصي كمؤشر للشخصية
واضطراباتنا.
د. عبدالسلام أحمدى الشيخ
- 74- الأحكام الإجرائية والموضوعية للتظلم الإداري
من القرارات الإدارية (ملخص رسالة
ماجستير).
- 75- Admissibility of Forensic RELP and PCR
Testing in the American Legal System -
د. عبدالله محمد محمود ارجمند
Dr. W.Clark

السنة الرابعة - العدد الثاني - يوليو 1996م

- 76- خيار العيب في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة).
أ. د. علي أحمد مرعي
- 77- مواجهة التشريعية لجرائم المخدرات في ضوء أحكام القانون الاتحادي رقم (14) لسنة 1995.
أ. د. فوزية عبدالستار
- 78- تعريب ملخصات أعمال المؤتمر الثاني للخبراء الجنائيين (دبي) الإمارات 96 تحت شعار وحول موضوع (الأثار المادية الدقيقة في مسرح الجريمة).
د. عبدالقادر الخياط، وفريدة الشمالي
- 79- دور القانون المقارن في تطوير القانون الوطني.
أ. د. عبدالمنعم البدراوي
- 80- الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقها في دولة الإمارات العربية المتحدة.
أ. د. رمزي الشاعر
- 81- المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها الأشياء، نشأتها وتطورها في القانونين المصري والفرنسي وتقريرها في قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة.
أ. د. عبدالفتاح عبدالباقي
- 82- مقارنة بين بعض المفاهيم الأساسية في الاقتصاد الوضعي والفكر الإسلامي.
أ. د. عبدالله الصعيدي
- 83- الأدوية النفسية.. مصداقيتها وفعاليتها في عملية استجواب المتهم.
د. محمد حمدي الحجار
- 84- الدليل الفني في الطب الشرعي.
د. عادل عبدالحافظ التومي
- 85- رسائل الخريجين «سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة» (ملخص رسالة ماجستير).
د. السلال سعيد الهويدي
- 86- The Dangerous Alliance of White Collar
Dr. Sam S. Souryal

السنة الخامسة - العدد الأول - يناير 1997م

- 87- ولاية القضاء في الفكر الإسلامي. أ. د. محمد كامل عبيد
- 88- خيار الرؤية بين الشريعة وقانون المعاملات المدنية. أ. د. محمود عبد الله العكازي
- 89- الإثبات العلمي ومشكلات التطبيق. د. أحمد أبو القاسم
- 90- إرهاب المخدرات. د. مصطفى عبد اللطيف كامل
- 91- التعبير عن الإرادة بين الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد العربية. أ. د. عبد المنعم فرج الصده
- 92- بيع الأشياء المستقبلية في نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي. د. جاسم علي سالم
- 93- تنوع وتزايد العقود الإدارية، وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر إلى الاتفاق والمكافأة. أ. د. سعاد الشرقاوي
- 94- حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي. د. سامح السيد أحمد جاد
- 95- منظمة التجارة العالمية: البدايات الاقتصادية - المضمون والاسم والجات. أ. د. أحمد جامع
- 96- رسائل الخريجين «تأصيل الجزاءات الخاصة في عقد التأمين» (دراسة مقارنة). أ. د. جاسم محمد بالرميثة
- 97- The arbitration agreement under the common Law Dr. Obid Saqur Boset

السنة الخامسة - العدد الثاني - يوليو 1997م

- 98- سدُّ الذرائع وفتحها. أ. د. حسن أحمد مرعي
- 99- معوقات الأداء بمراكز الشرطة «دراسة ميدانية لمراكز شرطة دبي». د. عادل راشد الشارد
- 100- مكافحة الجرائم الدولية في قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات والقانون المقارن. د. سمير الشناوي
- 101- القضاء الجنائي الدولي. أ. د. إبراهيم محمد العناني
- 102- حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة (الجزء الثاني). د. سامح السيد أحمد جاد
- 103- فلسفة العقوبات البدنية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الغربية. أ. د. محمد أبو العلا عقيدة
- 104- منظمة التجارة العالمية البدايات الاقتصادية. أ. د. أحمد جامع
- 105- سيكولوجية التدريب. د. محمود السيد أبو النيل
- 106- دور الأشعة التشخيصية في الاستعراف على الأشخاص. د. آمال عبدالرزاق مشالي
- 107- الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع، وفقاً لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة. د. عبدالقدوس عبدالرزاق الصديق
- 108- The Right to Life - Old Concept and New Development

Dr. Ahmed S. Bin-Hezaim

السنة السادسة - العدد الأول - يناير 1998م

- 109- الرجوع في الهبة - دراسة مقارنة. أ. د. جمال طه العاقل
- 110- الجرح القطعي.. لماذا؟. د. مصطفى عبداللطيف كامل
- 111- القواعد الفقهية في قانون المعاملات المدنية. أ. د. خليفة بابكر الحسن
- 112- الغلط في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية. أ. د. عبدالمنعم فرج الصدة
- 113- دراسة للمنهج الفقهي للمرحوم أ. د. محسن شفيق في معالجه لموضوع الأوراق التجارية. أ. د. ثروت علي عبدالرحيم
- 114- التحكيم في منازعات العقود الإدارية. أ. د. أنور أحمد رسلان
- 115- الأمم المتحدة في عالم متغير. أ. د. صلاح الدين عامر
- 116- الموازنة والتنمية. د. يوسف فندي شباط
- 117- خصائص الإيقاع الموسيقي المثير للسلوك السوي والمثير للسلوك المنحرف. د. عبدالسلام أحمد الشيخ
- 118- رسائل الخريجين: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع. د. فوزية عبدالعزيز طه
- 119- Alook at the right of silence under English Low د. أحمد عيد المنصوري

السنة السادسة - العدد الثاني - يوليو 1998م

- 120- حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية. أ. د. محمود محمد الطنطاوي
- 121- السياسة الوقائية في مكافحة الجريمة. د. محمد علي جعفر
- 122- مشكلة تعاطي المخدرات. د. مدحت محمد محمود أبوالنصر
- 123- دراسة في مدى دستورية القانون الاتحادي رقم (18) لسنة 1988، في شأن الوكالات التجارية. د. حامد أنور الجزيري
- 124- الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار. د. عدنان إبراهيم السرحان
- 125- الاثراء بلا سبب في القانون الدولي. أ. د. محمد سامي عبد الحميد
- 126- ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي. أ. د. علي الشحات الحديدي
- 127- قضاء أمن الدولة الاستثنائي. أ. د. هشام محمد أبو الفتوح
- 128- دراسة في بعض الآثار المترتبة على الدين العام المحلي. أ. د. عبد الله عبد العزيز الصعيدي
- 129- حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي. د. عبد الله حسين علي
- 130- The Geography of Crime Dr. Norman Davidson

السنة السابعة - العدد الأول - يناير 1999م

- 131- الجهاد في الإسلام (حقيقته وأهدافه). د. المرسي عبدالعزيز السماحي
- 132- دور الشرطة في رعاية حقوق ضحايا الجريمة. د. سعود محمد موسى
- 133- الإعلام الأمني. د. حمدي شعبان
- 134- عمليات التهريب الجمركي - آثارها وسبل مواجهتها. أ. د. محمد حافظ عبده الرهوان
- 135- قانون تحديد المهور الجديد بين النظرية والتطبيق. د. فتيحة محمود قررة
- 136- المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي. د. عبدالحكم أحمد شرف
- 137- أسس فكرة الضبط الإداري. د. عادل السعيد أبو الخير
- 138- مفهوم السيادة الوطنية والنظام العالمي الجديد. د. جمعة صالح حسين
- 139- دراسة مقارنة بين مدمني الهيروين والكحول وغير المدمنين في الاكتئاب والهستيريا والسيكوباتية والفصام. أ. د. محمد رمضان محمد
- 140- Service Quality Assurance: What is in it for Police Forces? Adel Al Shared John Maguire
- 141- رسائل الخريجين د. عبد الله محمود

السنة السابعة - العدد الثاني - يوليو 1999م

- 142- البراءة الأصلية.. أساسها الشرعي وتطبيقاتها العملية.
أ. د. يوسف محمود قاسم
- 143- العقوبات البدنية بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي.
د. علي محمد جعفر
- 144- الجرائم المعلوماتية - أصول التحقيق الجنائي الفني وآلية التدريب التخصصي للمحققين.
أ. د. هشام محمد فريد رستم
- 145- سلطة التحقيق الابتدائي في القانون المصري والإماراتي للإجراءات الجنائية.
د. محمد حنفي محمود
- 146- الغلط في القانون باعتباره عيباً في الرضى، واقتراح بإلغاء النصوص المتعلقة به.
أ. د. منصور مصطفى منصور
- 147- أهمية إيجاد قضاء مالي مستقل ومتخصص لحماية الأموال العامة.
د. يوسف فتدي شباط
- 148- مجلس التعاون والتنمية الاقتصادية في دول الخليج العربية.
د. يحيى حلمي رجب
- 149- اتفاقات التجارة العالمية ومنظمة التجارة العالمية (3) الجولة الثامنة (جولة أوروغواي 86 - 1994).
أ. د. أحمد جامع
- 150- الأهمية الاقتصادية للتعليم بين التنظير والواقع.
أ. د. السيد أحمد عبد الخالق
- 151- دراسة مقارنة بين مرض الفصام ومرض الاكتئاب الذهاني في الذكاء اللفظي وديناميات المرض.
أ. د. محمد رمضان محمد
- 152- رسائل الخريجين.
د. السلال سعيد جمعة الهويدي

السنة الثامنة - العدد الأول - يناير 2000م

- 153- من قواعد الإثبات والتحقيق في قصة يوسف الصديق.
د. محمود علي محمد
- 154- الشائعات في قانون العقوبات الاتحادي.
د. محمد هشام أبو الفتوح
- 155- نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك.
د. محمد بنداري
- 156- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
د. ناجي عبد المؤمن
- 157- النظام القانوني لمجلس التعاون الخليجي.
د. يحيى رجب
- 158- إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.
أ. د. إبراهيم العناني
- 159- أهمية ترشيده الانفاق.
د. يوسف فتدي شباط
- 160- سيكولوجية المرأة القاتلة.
أ. د. محمد رمضان محمد
- 161- ملخص رسالة دكتوراه في موضوع: حق الاحتباس في قانون المعاملات المدنية.
د. جاسم محمد جاسم بالرميثة
- Towards a Counter - Terrorism Strategy
for Arab States: Lessons From Lockerbie
Incident of 1988
Dr. Jamal Al-marri

السنة الثامنة - العدد الثاني - يوليو 2000م

- 162- الظفر بالحق في الفقه الإسلامي المقارن. أ. د. جابر علي مهران
- 163- السجون وسياسة تطوير وظائفها الإصلاحية: دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية. د. علي محمد جعفر
- 164- الحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي. أ. د. محمد عبداللطيف
- 165- مفهوم القانون الطبيعي في العالم القديم ومدى تأثير القانون الروماني به. أ. د. عبدالمجيد الحفناوي
- 166- تطويع الالتزامات لتقلبات سعر العملة. أ. د. جاسم علي الشامسي
- 167- حالة الضرورة في قانون العقوبات الاتحادي ومشروع قانون العقوبات الإسلامي في مصر. أ. د. يوسف قاسم
- 168- Non - Forcible Intervention in the Domestic Affairs of States An International Legal Study. Dr. Ahmed Saeed Bin Hazeem

السنة التاسعة - العدد الأول - يناير 2001م

- 169- أثر الوعي الإسلامي في النهضة القانونية الأوروبية في العصور الوسطى.
أ. د. أحمد محمد بخيت
- 170- المصلحة المرسله بين النظرية والتطبيق.
أ. د. حسن أحمد مرعي
- 171- العلاقات العامة بين الفن والشخصية الإدارية المستقلة.
د. عبدالله طلبة
- 172- كيفية التصدي لظاهرة الشيكات المرتجعة بدولة الإمارات.
أ. د. جمال محمد المري
- 173- الإجرام المنظم العابر للحدود وسياسة مكافحته.
د. علي جعفر
- 174- نظرة الميسرة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
د. محمد إبراهيم بنداري
- 175- الحجز على الأموال الموجودة في الخزائن الخاصة لدى البنوك.
أ. د. علي الشحات الحديدي
- 176- أهمية الرقابة الداخلية على الأموال العامة: دراسة مقارنة.
د. يوسف شباط
- 177- أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية في عقود الإدارة بدولة الإمارات العربية المتحدة.
أ. د. محمد فتوح محمد عثمان
- 178- إدارة الصراعات الاقتصادية الدولية وفقاً لأسلوب التدخل الاستراتيجي.
أ. د. محمد حافظ الرهوان
- 179- الجوانب المختلفة للممارسات الاحتياطية في معاملات بيع البضائع الدولية - مع نظرة خاصة للنقل بالحاويات - ومع التركيز على تحليل الظاهرة وفي النظام القانوني لدولة الإمارات والتطبيقات العملية فيها.
د. لؤي بالهول

السنة التاسعة - العدد الثاني - يوليو 2001م

- 180- عالمية الإسلام والعولمة. أ. د. محمود محمد الطنطاوي
- 181- ولاية التزويج في الفقه الإسلامي. د. أحمد نصر الجندي
- 182- قياس قوة الاتصال: دراسة ميدانية لنظرية الاتصال ومؤثراتها (حالة شرطة دبي). د. عادل الشارد، وجون ماجواير
- 183- الإعلام الأمني والوقاية من السلوك الإجرامي. د. عادل عبدالجواد الكردوسي
- 184- إعداد الموازنة العامة للدولة علماء وعملاً. د. يوسف شباط
- 185- حرمة المسكن في القانونين الإماراتي والأردني. د. علي خطار شطناوي
- 186- دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة والدستور السوري الدائم لعام 1973. د. عبدالله طلبة
- 187- الخصخصة ونظامها القانوني. د. إعاد حمود القيسي
- 188- الملامح الرئيسية للمحكمة الجنائية الدولية. د. معتصم خميس مشعشع
- 189- الأهمية الاقتصادية للتجارة الإلكترونية. أ. د. السيد أحمد عبدالخالق
- 190- التأمين من المسؤولية وتطبيقاتها الإجبارية المعاصرة (دراسة مقارنة) بين قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصري. د. عبدالقدوس عبدالرزاق، د. محمد الصديق

السنة العاشرة - العدد الأول - يناير 2002م

- 191- العولمة وأثرها في تطور الجريمة. د. عمر محمد خيرالحاج
- 192- التقنيات الحديثة لسماع الضحايا القصر. د. العربي شحط عبدالقادر
- 193- توسيع مدى الإبصار. د. سلامة محمد الهريفي البلوي
- 194- المبادئ العامة للخبرة في المنازعات القانونية في قانون دولة الإمارات والقانون السوداني. د. عبدالعزيز محمد حمد ساتي
- 195- التشريعات الإدارية الفرعية والأمر الوظيفي. د. أعاد حمود القيسي
- 196- الأحكام الجنائية بين الشك واليقين. د. مصطفى مصباح دبارة
- 197- النظام القانوني لجامعة الدول العربية. د. يحيى حلمي رجب
- 198- اختصاص المحكمة الجنائية الدولية. د. محمد يوسف علوان
- 199- الآثار الاقتصادية والاجتماعية للفساد في الدول النامية. د. زياد عربية بن علي
- 200- آليات فحص الشكاوى الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة: اقتراحات بالتعديل والنظر على وجه الخصوص لنظام الأمبودسمان. د. محمد بطي ثاني الشامسي

السنة العاشرة - العدد الثاني - يوليو 2002م

- 201- سورة الإسراء أو بني إسرائيل وعلاقتها
بإسرائيل اليوم.
د. محمد علي الحسن
- 202- جرائم المتفجرات في التشريع الإماراتي.
د. محمد حنفي محمود محمد
- 203- كشف المراقبة في حراسة الشخصيات
الهامة.
عميد / ممدوح الجندي
- 204- الفعل المفضي إلى الجريمة.
د. محمد ياسر شرف
- 205- عمليات غسيل الأموال : مفهومها، خطورتها،
واستراتيجية مكافحتها.
أ. د. محمد حافظ الرهوان
- 206- العلاقات العامة وإدارة الجودة الشاملة.
د. حمدي محمد شعبان
- 207- تقييم الرقابة على دستورية القوانين في دولة
الإمارات.
د. سعيد محمد عبدالله عمير
- 208- Legal Responses the Problems of Dishonored Cheques: An Examination of International Experience and Developments.
Dr. Niel Kibble

السنة الحادية عشرة - العدد الأول - يناير 2003م

- 209- رد شبه المجيزين لنقل الأعضاء من
الناحيتين الدينية والطبية.
أ. د. محمود محمد عوض سلامة
- 210- الظاهرة الإجرامية: أساليب الرصد
والمواجهة.
د. عبدالواحد إمام مرسي
- 211- التدابير الجنائية في قانون المخدرات
الإماراتي.
د. محمد حنفي محمود
- 212- الجروح من المنظور القانوني والطبي.
د. فوزي عبدالسلام بن عمران
- 213- جريمة الإبادة الجماعية في القضاء الجنائي
الدولي.
د. محمد خليل مرسي
- 214- النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية.
أ. د. أحمد عبدالكريم سلامة
- 215- جريمة إفشاء الأسرار.
د. محمود علي محمد
- 216- الحق في الصحة ومدى حمايته جنائياً في
التشريعات الاتحادية لدولة الإمارات.
أ. د. هشام محمد فريد
- 217- سلطة القاضي في العقوبات التعزيرية.
د. مصطفى أحمد نجيب
- 218- مدى الشرعية في المخالفات والجزاءات
التأديبية في ظل قانون الخدمة المدنية
الإماراتي.
د. إعاد حمود القيسي
- 219- تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم
وتففيذه.
د. ممدوح عبدالحميد عبدال مطلب
- 220- الجرائم الانضباطية الشرطة.
د. إنعام السيد الدسوقي

السنة الحادية عشرة - العدد الثاني - يوليو 2003م

- 221- دلالات الألفاظ على الأحكام عند الأصوليين. د. خليفة بابكر الحسن
222- إطار عملية تقويم التدريب. د. عبد الله طلبة
223- الحماية الإدارية والجنائية للأفراد عند
تجميع بياناتهم الشخصية في أجهزة
الكمبيوتر. أ. د. غنام محمد غنام
224- الإرهاب في القانون اليمني والتشريعات
العربية. د. إلهام محمد حسن العاقل
225- السرقة الأدبية وضوابط تجريمها قانونياً. د. عبد الحفيظ بلقاضي
226- الصلح في نطاق قانون الإجراءات الجنائية
الجديد. أ. د. هدى حامد علي قشوش
227- حول مفهوم الشرف والاعتبار في جرائم
القذف والسب. د. محمد عبداللطيف عبدالعال
228- شرط عدم المنازعة في وثيقة التأمين. أ. د. ثروت عبدالحميد عبدالحليم عمر
229- الأثر الرجعي لأحكام المحكمة العليا للولايات
المتحدة الأمريكية في المجال الضريبي. د. هشام محمد فوزي
230- مسؤولية الشريك كجزء من نظرية المساهمة
الإجرامية في القانون الجنائي الإنجليزي
والإماراتي. د. خالد خلفان المنصوري

السنة الثانية عشرة - العدد الأول - يناير 2004م

- 231- العمل القضائي خارج ديار الإسلام مايحل منه وما يحرم.
أ. د. محمد الزحيلي
- 232- الأمن المعلوماتي : معالجة قانونية أولية.
د. حسن مظفر
- 233- غسيل الأموال آثاره الاقتصادية والاجتماعية ومكافحته دولياً وعربياً.
د. زياد علي
- 234- النقود الإلكترونية (ماهيتها ومخاطرها وتنظيمها القانوني).
د. محمد إبراهيم محمود الشافعي
- 235- الاقتصاد السياسي لحماية حقوق الملكية الفكرية.
أ. د. السيد أحمد عبد الخالق
- 236- دراسة حول مبدأ تكافؤ الفرص في تولي الوظيفة العامة في الإمارات: بين النظرية والتطبيق .
د. محمد بطي الشامسي
- 237- تكييف حق الدولة على الأموال العامة.
د. نوفل عبد الله الصفو
- 238- الصفة في الدفاع عن المصلحة الجماعية والمصلحة العامة.
أ. د. علي الحديدي
- 239- سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي.
د. عبد الله حسين علي

السنة الثانية عشرة - العدد الثاني - يوليو 2004م

- 240- الواجب باعتبار التحديد. أ. د. عبد الله محمد الصالح
- 241- الكوننة أو السوق العالمية - العولمة. د. محمد أحمد بن فهد
- 242- المرأة والجريمة رؤية عالمية محلية. أ. د. محمد رمضان محمد
- 243- علم النفس ومشكلات المرور. د. محمود السيد أبو النيل
- 244- الشائعات في عصر المعلومات. د. السيد أحمد مصطفى عمر
- 245- التعاون الدولي في المسائل الجنائية في دولة الإمارات العربية المتحدة. د. عادل ماجد
- 246- نظرات في الحماية الدبلوماسية ودور فكرة الجنسية في المسؤولية الجنائية عن الأضرار البيئية. أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة
- 247- تعطل الاختصاص الوظيفي. د. علي خطار الشطناوي
- 248- النظرية العامة للقانون التأديبي. أ. د. محمد ماجد ياقوت
- 249- سياسة الوقاية من الجريمة. د. أكرم نشأت الهلالي
- 250- الإقرار وحججته أمام القضاء. أ. د. محمد الزحيلي
- 251- الجريمة المنظمة. د. عبد الله سيف الشامسي

السنة الثالثة عشرة - العدد الأول - يناير 2005م

- 252- الكوننة «2» السوق العالمية.
د. محمد أحمد بن فهد
- 253- الاتفاقات التجارية الإقليمية.
د. محمد إبراهيم محمود أحمد الشافعي
- 254- القضاء الجنائي الدولي.
د. علي عَوَاد
- 255- محكمة الجزاء الدولية في مواجهة القضايا الصعبة.
د. علي محمد جعفر
- 256- تعليق على نص المادة الأولى من قانون العقوبات.
د. خالد خلفان المنصوري
- 257- أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.
د. عبدالوهاب عمر البطرابي
- 258- الخطأ في المسؤولية المدنية عن عدم المحافظة على السر الطبي.
د. محمد إبراهيم البنداري
- 259- المختارات الإصلاحية لمعالجة الطلاق.
أ. د. محمد الزحيلي
- 260- الرضا عن التخصص العلمي (دراسة مقارنة بين طلبة أكاديمية شرطة دبي وطلبة الجامعة الأمريكية بالشارقة).
أ. د. محمد رمضان محمد

السنة الثالثة عشرة - العدد الثاني - يوليو 2005م

- 261- الكوننة «3» السوق العالمية. د. محمد أحمد بن فهد
- 262- الملامح العامة للسياسة الجنائية في مجال جرائم المرور. أ. د. غنّام محمد غنّام
- 263- النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي. د. محمود مصطفى يونس
- 264- الحراية بين الفقه والقانون. د. مصطفى أحمد نجيب
- 265- أثر العرف والعادة في الفتوى. د. عبدالحى عزب
- 266- أخلاقيات البيوع. د. فكري أحمد نعمان

السنة الرابعة عشرة - العدد الأول - يناير 2006م

- 267- دور وسائل الاعلام في ارتكاب السلوك
الاجرامي. أ. د. أبو الوفا محمد أبو الوفا
- 268- منظمة التجارة العالمية. د. صفوت عبد السلام عوض الله
- 269- جوانب من مشكلات التنظيم القانوني. د. سعد محمد سعد
- 270- السياسة البيئية. د. محمد إبراهيم الشافعي
- 271- جريمة الزنا في القوانين الوضعية. د. نوفل علي الصفو
- 272- شرط صلاحية المبيع. د. علي عدنان الفييل
- د. فكري أحمد نعمان

السنة الرابعة عشرة - العدد الثاني - يوليو 2006م

- 273- دراسة تحليلية في ماهية القانون الدولي. أ. د. يوسف شباط
- 274- دية الجنين وأثرها في اسباغ الحماية الشرعية والقانونية عليه. أ. د. عبدالحى عزب
- 275- الرقابة القضائية على الإجراءات الصادرة بموجب قانون منع الجرائم الأردني رقم (7) لسنة 1954. أ. د. علي خَطَّار شطناوي
- 276- ماهية حقوق الشخصية وتقسيماتها. د. عز الدين مرزا ناصر
- 277- التفسير الاقتصادي للصراع الغربي ضد الحضارة الإسلامية. أ. د. محمد حافظ الرهوان
- 278- حظر بيع الأعيان غير الطاهرة. د. فكري أحمد نعمان

السنة الخامسة عشرة - العدد الأول - يناير 2007م

- 279- التحليل الأمني ودوره في الوقاية من الجريمة
وفي اكتشافها. لواء أ. د. محمد حافظ الرهوان
- 280- اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأمم المتحدة
للقانون التجاري الدولي. Uncitral. د. فايز نعيم رضوان
- 281- الأهمية القانونية لتاريخ إنشاء الشيك.
د. مؤيد أحمد عبيدات
- 282- عمل المرأة خارج البيت وأثره في الخلافات
الزوجية. د. محمد الزحيلي
- 283- العدول الاختياري عن اتمام الجريمة في
الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي
الوضعي. د. نوفل علي عبد الله
المحامي علي عدنان الفيل
- 284- حظر بيع الأعيان الطاهرة. د. فكري أحمد نعمان

السنة الخامسة عشرة - العدد الثاني - يوليو 2007م

- 285- حماية المستهلك في مجال بطاقات الدفع الإلكتروني.
د. فايز نعيم رضوان
- 286- تحديات التعليم في عصر التكنولوجيا والمعلومات.
د. السيد أحمد عبد الخالق
- 287- القطاع المصرفي العربي في مواجهة تحديات العولمة.
د. سهير محمود معتوق
- 288- سقوط ووقف الحق في معاشات ومكافآت التقاعد للعسكريين.
د. محمود مصطفى يونس
- 289- ملاحظات ومقترحات حول نصوص القانون المدني الأردني.
د. أمجد محمد منصور
- 290- نموذج الجاذبية كأداة لتحليل العلاقات التجارية الدولية.
د. محمد إبراهيم محمود

السنة السادسة عشرة - العدد الأول - يناير 2008م

- 291- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم (محاذير وتوجيهات).
أ. د. أحمد عبدالكريم سلامة
- 292- مسؤولية الناقل البحري الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية هامبورج 1978.
أ. د. فايز نعيم رضوان
- 293- الاقتصاد السياسي لحماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاق التربس مع التطبيق على نقل التكنولوجيا للدول النامية.
أ. د. السيد أحمد عبدالخالق
- 294- سياسات الضرائب في تشجيع الإبداع والتطوير والتجديد بالتطبيق على مصر.
أ. د. رمضان صديق محمد
- 295- صور اتفاق التحكيم واستقلاله.
د. أحمد إبراهيم عبدالقواب

السنة السادسة عشرة - العدد الثاني - يوليو 2008م

- 296- حماية الحق في الخصوصية في ظل قانون
دولة الإمارات العربية المتحدة.
د. حسام الدين كامل الأهواني
- 297- التبؤ وأهميته في وضع استراتيجية أمنية
للقاية من الجريمة.
اللاء. د. محمد حافظ الرهوان
- 298- أثر استخدام النقود الإلكترونية على دور
المصارف المركزية في إدارة السياسة
النقدية.
د. صفوت عبدالسلام عوض اللّهُ
- 299- جريمة غسل الأموال في القانون الإماراتي.
د. أحمد عبدالظاهر
- 300- مدى مشروعية الدفاع الشرعي الاستباقي
طبقاً لأحكام القانون الدولي المعاصر.
د. سيف غانم السويدي

السنة السابعة عشرة - العدد الأول - يناير 2009م

301- أدلة إثبات الجرائم الإلكترونية وتقديرها في

إطار نظرية الإثبات الجنائي. أ. د. علي محمود علي حمودة

302- دعائم استقلال القضاء في الإسلام. أ. د. محمد الزحيلي

303- مشكلة القروض المتعثرة في الجهاز المصرفي

ووسائل علاجها. د. رمضان صديق

304- مظاهر الحرية السياسية للموظف العام

(دراسة مقارنة). أ. د. يوسف شباط

305- القيمة القانونية للعرف الدولي في القانون

الدولي الإنساني. أ. د. أحمد أبو الوفا

السنة السابعة عشرة - العدد الثاني - يوليو 2009م

306- نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل

الضار. د. مدحت عبد العال

307- التكتلات الاقتصادية الإقليمية وأثرها على

النظام التجاري العالمي. د، محمد إبراهيم الشافعي

308- سياسات تمكين المرأة وعلاقتها بالموازنة

العامة للدولة. د. محمود محمد الدمرداش

309- قواعد تطبيق العقوبة. د. أبو الوفا محمد

310- مدى مراعاة الطبع البشري في الأحكام

الشرعية من منظور إسلامي. د. مبروك عبد العظيم أحمد

السنة الثامنة عشرة - العدد الأول - يناير 2010م

- 311- التجارة الإلكترونية، واقع وتحديات وطموح. د. يوسف شباط
- 312- جريمة الغش في تداول الأسهم في القانون المقارن والفقہ الإسلامي. د. أبو الوفا محمد أبو الوفا
- 313- دور منظمة الـ WIPO في حماية الملكية الفكرية عبر شبكة الإنترنت. د. شريف محمد غنام
- 314- مفهوم القرصنة البحرية طبقاً لأحكام القانون الدولي. د. سيف غانم السويدي
- 315- سيناريوهات صنع القرار في الأزمة الأمنية. د. أحمد توفيق

السنة الثامنة عشرة - العدد الثاني - يوليو 2010م

- 316- المفوض البرلماني ودوره في حل منازعات
الإدارة والمتعاملين معها.
أ. د. مجدي عبد الحميد شعيب
- 317- تأملات في قانون الجنسية الإماراتية.
د. محمد الروبي
- 318- صناديق التحوط.
د. طارق محمود عبد السلام السالوس
- 319- معايير كفاءة الأيتام من قبل المؤسسات
الخيرية.
د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري
- 320- المواجهة الجنائية لجرائم الإرهاب.
د. إبراهيم حسن عبد الرحيم الملا

السنة التاسعة عشرة - العدد الأول - يناير 2011م

321- المجني عليه الذي يعتد برضائه لإباحة

تسجيل المحادثات التليفونية. د. حسام الدين كامل الأهواني

322- قراءة نقدية لحلول مشكلات تنازع القوانين

في تقنين المعاملات المدنية الإماراتي. د. أحمد الهواري

323- التزامات الشاحن ومسؤوليته في قواعد

روتterdam 2008 لنقل البضائع دولياً عبر

البحر. د. شريف محمد غنام

324- ذاتية عقد التأمين الإلزامي على المركبات. د. هيثم حامد المصاروة

325- القتل الرحيم في ضوء حق الإنسان في الحياة

في القانون الدولي وبعض الأنظمة الداخلية. د. أحمد فوزي عبد المنعم

السنة التاسعة عشرة - العدد الثاني - يوليو 2011م

- 326- تشكيل هيئة التحكيم «دراسة مقارنة بين التشريعات ولوائح التحكيم في مراكز التحكيم التجاري الدولي». أ. د. فايز نعيم رضوان
- 327- اتفاق التحكيم الإداري وإشكالية الاختصاص بالفصل في الأمور المستعجلة. أ. د. مجدي عبد الحميد شعيب
- 328- اختصاص المحاكم الاقتصادية الجنائية بين القواعد العامة والقواعد الخاصة. أ. د. أبو الوفا محمد أبو الوفا
- 329- أثر قواعد المنشأ الواردة باتفاقات الشراكة الأوروبية المتوسطة على التجارة البينية للدول العربية في السلع الوسيطة. أ. د. محمد إبراهيم محمود الشافعي
- 330- أثر القرابة بين الجاني والمجني عليه في تشديد العقوبة (دراسة مقارنة). د. علي عدنان الفييل

السنة العشرون - العدد الأول - يناير 2012م

- 331- الضبط القضائي في جرائم الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية في ظل التنظيم القانوني للإجراءات التحفظية. أ. د. أبو الوفا محمد أبو الوفا
- 332- نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية. أ. د. علي عبد الحميد تركي
- 333- التأمين من المسؤولية المدنية عن مخاطر الطيران المدني. أ. د. سمير حامد عبد العزيز الجمال
- 334- البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات. د. عبد الله ناجي القيسي
- 335- مجانية القضاء والرسوم القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة. د. فيصل أحمد صالح أحمد البشر

السنة العشرون - العدد الثاني - يوليو 2012م

- 336- عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد. أ. د. أحمد محمد الهواري
- 337- حدود حرية التعبير في الإنترنت (دراسة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان). أ. د. وائل أحمد علام
- 338- التخصص والتكامل وفقاً لقانون المحاكم الاقتصادية «نحو مفهوم جديد لبعض مبادئ التقاضي». أ. د. مصطفى المتولي قنديل
- 339- نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية - دراسة في القانون الفرنسي. أ. د. علي عبد الحميد تركي
- 340- المسؤولية الجنائية للقادة والرؤساء والدفع بأوامرهم أمام القضاء الجنائي الدولي. د. سيف غانم السويدي

السنة الحادية والعشرون - العدد الأول - يناير 2013م

- 341- أثر وفاة المؤلف على حقوقه الأدبية على
مصنفيه في ظل قانون الملكية الفكرية. د. حسام الدين كامل الأهواني
- 342- المشاركة بالرمز وتحالف شركات الطيران. د. نادية محمد عوض
- 343- الملامح الأساسية لأحكام القضاء الإماراتي
في مجال المعاهدات الدولية. د. وائل علام
- 344- عنصر الزمن في التحليل الاقتصادي (دراسة
في فلسفة الاقتصاد). د. عبيد علي أحمد الحجازي
- 345- نحو توحيد أحكام إصابة العمل في التشريعات
الإماراتية. د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي
- 346- فعالية إدارة الوقت. د. أحمد محمد توفيق

السنة الحادية والعشرون - العدد الثاني - يوليو 2013م

- 347- ماهية الطعن بالتماس إعادة النظر وبيان حالاته وفقاً لقانون الإجراءات المدنية. أ. د. عاشور مبروك
- 348- حق الاستمتاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي. أ. د. ربيع دردير محمد علي
- 349- العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي (دراسة تطبيقية على دولة الإمارات العربية المتحدة). أ. د. محمد حسن القاسمي
- 350- عنصر الزمن في التحليل الاقتصادي (دراسة في فلسفة الاقتصاد). أ. د. عبيد علي أحمد الحجازي
- 351- الحماية القانونية للبيئة بدولة الإمارات العربية المتحدة. د. خالد علي العراقي
- 352- الإضراب بين المشروعية والتجريم (دراسة مقارنة). د. تامر محمد صالح

السنة الثانية والعشرون - العدد الأول - يناير 2014م

- 353- نظام الوساطة كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات ودياً.
أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة
- 354- نظرية المحكمة غير الملائمة كوسيلة للتعاون القضائي الدولي.
أ. د. محمد الروبي
- 355- المشكلات القانونية والأخلاقية المثارة بشأن استخدام الطائرات بدون طيار.
أ. د. محمد حسن القاسمي
- 356- الإضراب بين المشروعية والتجريم (دراسة مقارنة).
د. تامر محمد صالح
- 357- أنظمة النقل الذكية مع إمكانية تطبيقها بقطاع المرور بدولة الكويت.
د. عامر سالم الحصينان
- 358- سبل تفعيل أسلوب التسليم المراقب للمخدرات بين دول مجلس التعاون الخليجي.
د. عبد المجيد خلف منصور العنزي

السنة الثانية والعشرون - العدد الثاني - يوليو 2014م

- 359- النظام الإجرائي للطعن بالتماس إعادة النظر وفقا لقانون الإجراءات المدنية (دراسة تحليلية مقارنة).
أ. د. عاشور مبروك
- 360- التطور التشريعي لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي وحقوق المرأة في ظلّه.
أ. د. ربيع دردير محمد علي
- 361- مبدأ عدم جواز استخدام القوة في القانون الدولي (اتفاق على المفهوم واختلاف في التطبيق).
أ. د. محمد حسن القاسمي
- 362- مجلس الأمن الدولي بين الفعالية والضمان.
أ. د. يوسف شباط
- 363- مقتضيات المصلحة العامة في العقد الإداري (مع دراسة تطبيقية لعقد تصدير الغاز المصري لإسرائيل).
أ. د. حمدي أبو النور السيد
- 364- الأزمة المالية العالمية (رؤية لإصلاح بنية النظام المالي العالمي في ضوء النتائج والدروس المستفادة).
د. محمود محمد الدمرداش

السنة الثالثة والعشرون - العدد الأول - يوليو 2015م

365- مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بأحكام

القانون المدني

دراسة تأصيلية لأحكام البطلان لبيان

طبيعة علاقة القانون الإداري بالمديني في

فرنسا ومصر

أ.د. مجدي عبدالحميد شعيب

366- السرية كمبدأ إجرائي عند تسوية

المنازعات بطريقة ودية

د. عبدالله عبد الرحمن الجناحي الخطيب

367- الموازنة بين حقّ الأجنبي في الخصوصية

وحقّ الدولة في حماية أمنها وتطبيقاتها

في القضاء الأوروبي والقضاء الأمريكي

د. نعمان عطا الله محمود الهيبي

368- مبدأ الشرعية الجزائية في جرائم الآداب

العامة الإلكترونية

دراسة في مرسوم بقانون جرائم تقنية

المعلومات الاتحادي الإماراتي

د. محمد شاكر الحمادي

369- خصوصية الفرد في الفقه الإسلامي

وموقف التشريعات القانونية في دولة

الإمارات العربية المتحدة منها

د. عبدالله سالم عبدالله آل طه

370- (البصمات المستحدثة في الإثبات

الجنائي)

د: طارق إبراهيم الدسوقي

السنة الثالثة والعشرون - العدد الثاني - ديسمبر 2015 م

371- المشكلات الإجرائية للتوقيع الإلكتروني
أمام القضاء المدني.

(دراسة مقارنة بين القوانين المصري
والفرنسي والعماني والإماراتي).
د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي

372- حكم اشتراط المرأة عدم الزّواج عليها.

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي
وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية)
د. شمس الدين محمد حامد التكنينة

373- الاستغلال التجاري للفضاء الخارجي

من خلال القطاع الخاص وفق معاهدات
ومبادئ الأمم المتحدة.
د. أحمد محمد خميس الضليح الزعابي

374- المسؤولية الجزائية عن جرائم وسائل

الإعلام.
د. إبراهيم حسن عبدالرحيم الملا

375- القوة الناعمة في إدارة الأزمة.. بين

(التمجيد والتجميد).
اللواء د. فهد بن أحمد الشعلان

376- إجراءات البحث الجنائي في ضبط

الجريمة الإلكترونية.
د. طارق إبراهيم الدسوقي عطية

السنة الرابعة والعشرون - العدد الأول - يناير 2016 م

- 377- الاختصاص النوعي بالفصل في منازعات التنفيذ الجبري.
د. مصطفى المتولي قنديل
- 378- مراكز الإخصاب.
د. صالح أحمد اللهبي
- 379- المسؤولية القانونية عن التجارب العلاجية بالخلايا الجذعية.
د. فؤاد الشعيبي
- 380- الحق في الحرية والأمان الشخصيين
د. محمد سعيد الحداد
- 381- مدى التعويض عن الضرر النفسي في حوادث النقل الجوي.
د. سعود فيصل الرميثي
- 382- الشركة ذات المسؤولية المحدودة.
د. سوزان علي حسن محمود

السنة الرابعة والعشرون - العدد الثاني - يوليو 2016 م

- 383- إشكالية الاختصاص بالفصل في المسائل الأولية
التي تنصب على القرارات الإدارية التي تثار أمام
محكمة التحكيم الإداري.
أ. د. مجدى عبد الحميد شعيب
- 384- فجوة الأمن الغذائي الخليجي - الواقع والمأمول -
أ. د. عبد الباسط وفا
- 385- تنازع القوانين في الفقه الإسلامي.
أ. د. محمد الروبي
- 386- دور بصمة المخ في مواجهة الجريمة.
د. أيمن عبدالله فكري
- 387- المسؤولية الجنائية الناشئة عن استخدام تقانة
النانو في العمل الطبي
د. محمد نصر محمد

388- حماية حقوق الملكية الفكرية بين منهجي

قاعدة التنازع والقواعد الموضوعية
أ.د. أحمد عبدالكريم سلامة

389- الأمن الوظيفي في دول مجلس التعاون الخليجي

دراسة لتجربة توظيف العمالة الخليجية
أ.د. عبدالباسط وفا

390- التنظيم القانوني لاستعمال الدراجات البخارية

المائية (jet-ski)
د. سوزان علي حسن

391- نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض بالمخاطر الطبية

(دراسة مقارنة)
د. أحمد بلحاج جراد

392- خيار المستهلك في العُدول عن العقد الإلكتروني

(دراسة مقارنة)
د. عمر فارس

أ. عمار البيك

- 393- استثمار أموال الزكاة دراسة فقهية مقارنة
أ.د. عبد العزيز فرج محمد موسى
- 394- عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص دراسة مقارنة بين
القانون المصري وقانون دبي للشراكة د. حمدي أبوالنور السيد
- 395- تطوير مسارات الحماية القضائية المؤقتة ومناطق التفرقة بين الأوامر
والأحكام الوقتية د. هدى نور
- 396- قواعد الاختصاص القضائي الدولي لدولة الامارات العربية المتحدة
في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة تحليلية)
د. عبد الله سيف علي السبوسي
- 397- ماهية مفترضات الجريمة
د. نوفل علي عبد الله الصفو