

هذه الصكوك نحو الإستثمار المباشرة في القطاعات الإقتصادية العامة والخاصة، لذلك فإن الإشكالية الأساسية التي يعالجها البحث تتمثل في: كيف يمكن للصكوك الإسلامية أن تكون أداة لتمويل التنمية الإقتصادية، وسنبين في هذا الفصل تلك الآثار وذلك في المباحث الآتية:-

المبحث الأول:- أثر الصكوك الإسلامية في التنمية الإقتصادية .

المبحث الثاني :-أثر الصكوك الإسلامية في تمويل عجز الموازنة .

المبحث الثالث:- أثر تطبيق الصكوك الإسلامية في جذب رؤوس الأموال .

المبحث الأول:- أثر الصكوك الإسلامية في التنمية الإقتصادية

تمهيد وتقسيم :- تساهم الصكوك الإسلامية في تحقيق التنمية الإقتصادية لقدرتها على حشد الموارد المالية لتمويل المشروعات التنموية الكبرى مثل مشروعات البنية التحتية كالنفط والغاز والطرق والموانئ والمطارات وغيرها، كذلك لتمويل التوسعات الرأسمالية للشركات وتمويل المشاريع التنموية الخيرية وعلى ذلك سوف نتحدث في هذا المبحث حول مفهوم التنمية الإقتصادية ودور الصكوك الإسلامية في تحقيق التنمية الإقتصادية وذلك في مطلبين :-

المطلب الأول:- ماهية التنمية الإقتصادية في الفقه الإسلامي وعند علماء الاقتصاد .

المطلب الثاني :- دور الصكوك الإسلامية في التنمية الإقتصادية .

المطلب الأول:- ماهية التنمية الإقتصادية في الفقه الإسلامي وعند علماء الاقتصاد

سيتم الحديث في هذا المطلب على المفاهيم المتعلقة بالتنمية الإقتصادية، من حيث تعريفاتها المتعددة، إلى جانب بيان مصادر تمويل التنمية الإقتصادية وذلك على النحو التالي :-

الفرع الأول : تعريف التنمية الإقتصادية .

الفرع الثاني:- اهداف التنمية الإقتصادية في الفقه الإسلامي وعند علماء الاقتصاد .

الفرع الثالث :- مصادر تمويل التنمية الاقتصادية .

الفرع الأول : تعريف التنمية الاقتصادية

اولاً:- تعريف التنمية الاقتصادية في الفقه الإسلامي

التنمية في اللغة :- مشتقة من نَمى بمعنى زود أو كثر ، فقد ورد في الصحاح ونميت النار اذ القيت عليها حطبا وذكيتها به (١٢٩٥)

وتعرف التنمية بأنها :- كل زيادة ايجابية وارادية وكمية ونوعية لشيء من الأشياء (١٢٩٦)

والنمو الاقتصادي ليس غاية في حد ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق التنمية البشرية المستدامة التي تعرف بأنها :توسيع الخيارات المتاحة لجميع الناس في المجتمع، وحماية فرص الحياة للأجيال المقبلة .

فالتنمية المنشودة إسلاميا هي التنمية الشاملة التي ترتقي بالإنسان روحيا وماديا ونفسيا واجتماعيا، وتكون نابعة من بينتنا وقيمنا وحاجاتنا المنضبطة بالضوابط والمعايير الشرعية في زيادة الدخل والتعليم والصحة والصناعة ، فهي تنمية ذاتية شاملة متوازنة، تسعى لتحقيق الاكتفاء الذاتي وتأمين حد الكفاية للجميع.

ولعل من أهم ما جاء به الإسلام في المجال الاقتصادي مبدأ أو أصل التنمية الاقتصادية الشاملة وأنه سبحانه وتعالى جعل الإنسان خليفة الله في أرضه بقوله:(وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة) (١٢٩٧)

وأنة تعالى سخر له ما في السموات والأرض يستثمرهما وينميها وينعم بخيراتها ويسبح بحمده بقوله تعالى:(وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه)(١٢٩٨)

وقوله تعالى:(فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا لعلمكم تفلحون) (١٢٩٩)

بل لقد بلغ حرص الإسلام على التنمية وتعمير الدنيا إلى حد قول الرسول ﷺ " إذا قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة فاستطاع ألا تقوم حتى يغرسها، فليغرسها فله بذلك اجر" (١٣٠٠)

^{١٢٩٥} الصحاح ، اسماعيل الجوهري طبعة الشريئلى مكة المكرمة ١٩٨٢ جزء ٦ ص ٢٥

^{١٢٩٦} جمال عبده دور المنهج الاسلامي في تنمية الموارد البشرية ، دار الفرقان عمان ، ١٩٨٤ ص ٤

^{١٢٩٧} البقرة : ٣٠

^{١٢٩٨} الجاثية : ١٣

^{١٢٩٩} الجمعة : ١٠

^{١٣٠٠} مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ج ٣ ص ١٩١

والواقع أن التنمية الاقتصادية، هي من أهم الأصول وأولى المبادئ التي جاء بها الإسلام في المجال الاقتصادي ذلك أن الإسلام ومنذ أربعة عشر قرناً، عالج المشكلة الاقتصادية وهي مشكلة الفقر والتخلف (منذ البدء وقبل أن تتطور الأحداث وتفرض المشكلة نفسها، ووضعها حيث يجب أن توضع في الأساس والمقدمة).

بل إن الإسلام حين طالب الناس بالعبادة وذكر الله تعالى، علله في القرآن الكريم بقوله تعالى: (فليعبدوا رب هذا البيت *الذي اطعمهم من جوع وآمنهم من خوف) ^{١٣٠١}

بل جاء الإسلام بأكثر من ذلك عندما اعتبر مجرد ترك أحد أفراد المجتمع ضائعاً أو جائعاً هو تكذيب للدين بقوله تعالى: (أرأيت الذي يكذب بالدين *فذلك الذي يدع اليتيم *ولا يحض على طعام المسكين) ^{١٣٠٢}

ومن هنا فقد ساوى الإسلام بين التخلف والكفر، ولم يستعد الرسول ﷺ من شيء بقدر استعادته من الفقر فعن أبي بكره رضي الله عنه ان النبي ﷺ كان يقول (اللهم أنى أعوذ بك من الكفر والفقر وعذاب القبر) ^{١٣٠٣} فلما سأله أحدهم أيعذلان قال نعم.

ومن هنا أيضاً ساوى الإسلام بين التنمية والسعي في الأرض وبين الجهاد في سبيل الله .بقوله تعالى: (وآخرون يضرّبون في الأرض يبتغون من فضل الله) ^{١٣٠٤}

من أجل هذه الوصايا كلها يعد الكفاح من أجل التنمية الاقتصادية وتحقيق التقدم الاقتصادي واجباً إسلامياً وضرورة ملحة، حيث تشير الحقائق والبيانات الصارخة للعصر الذي نعيش فيه إلى أن مليار شخص يفتقرون إلى المرافق العامة التي تعزز الصحة العامة، كما لا يزال يتعين إيصال الطاقة الكهربائية إلى ما يقرب من ملياري شخص في العالم معظمهم يعيشون في البلدان الإسلامية ^{١٣٠٥}

ويتطلب توفير هذه الضرورات لهم تسخير واستخدام الموارد على نطاق أوسع، وهو أمر لا يمكن القيام به بدون التنمية الشاملة.

إن لفظ التنمية ليس هو اللفظ الوحيد الذي يستعمل ليعبر عن عملية التقدم والارتفاع بمستويات الدخل ، بل يستخدم كذلك كثيراً من الألفاظ من أشهرها النمو، التقدم ، التغيير طويل المدى ، أما التنمية في الفكر الإسلامي ، فقد استعملت لفظ العمارة أو التعمير في المجال الاقتصادي ، حيث يقول المولى عز وجل:

^{١٣٠١} (قريش :٣-٤)

^{١٣٠٢} الماعون :١-٣

^{١٣٠٣} (مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ج ٥ ص ٣٦

^{١٣٠٤} المزمّل :٢٠

^{١٣٠٥} د/ أوصاف أحمد التنمية الاقتصادية من منظور إسلامي ، بحث مقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، ص ٢٣

(هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها فاستغفروه ثم توبوا إليه إن ربي قريب مجيب) (١٣٠٦)

ويعلق الإمام القرطبي في كتابه جامع الأحكام على هذه الآية بقوله أنها تقصد طلب العمارة لاستعمالها السين والتاء في استعمركم للطلب والطلب المطلق من الله يكون على سبيل الوجوب (١٣٠٧)

يتبين لنا مما سبق طرحه بأن لفظ العمارة الواردة في القرآن الكريم يعني التنمية الاقتصادية ، وقد يفوق هذا اللفظ (العمارة) مدلول التنمية الاقتصادية كما تعرفها الكثير من المدارس الفكرية والتي تحدد التنمية بزيادة الإنتاج في جميع المجالات الاقتصادية إلى شمول شتى مجالات الحياة الإنسانية.

والأمر الثاني الذي يؤكد معنى العمارة ما جاء في سيرة السلف الصالح ومنه قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه من كانت لهم أرض فلم يعمرها ثلاث سنين فعمرها قوم آخرون فهم أحق بها (١٣٠٨)

وكذلك قول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضى الله عنه لثائبه على مصر: ليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استخراج الخراج ، لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة ، ومن طلب الخراج بدون عمارة أخرج البلاد (١٣٠٩)

وهذا أكبر دليل على أن مفهوم هذا المصطلح يعني التنمية الاقتصادية التي تهدف إلى تحقيق الرخاء والرفق للفرد من الجانبين المادي والروحي.

إن مصطلح العمارة لم ينفرد بالتعبير عن التنمية في الإسلام ، ولكن هناك مصطلح آخر احتوى مضمون التنمية الاقتصادية وهو (التمكين)، حيث يقول المولى عز وجل { :وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ (١٣١٠)

أما الجانب التفسيري للآية فهو يعني أن الله سبحانه وتعالى قد مكن الإنسان من السيطرة على الطبيعة وهو إذ مكنا في الأرض طلب منا تعميمها وتنميتها ، وهو ما يحقق عملية التنمية الشاملة.

من خلال ما سبق التعرض إليه من مصطلحات التنمية أنها ثابتة الورود في المنهج الإسلامي منذ ١٤٠٠ سنة وهذا ما يزيدنا وضوحاً أن للإسلام منهجه الخاص بالتنمية الاقتصادية.

إن شمولية الإسلام للمبدأ الاجتماعي يعني بان التنمية الشاملة هي جزء لا يتجزأ من النظام الإسلامي ومنه يمكن أن نخرج بالنقاط التالية:

أ - أن التنمية الشاملة في الفكر الإسلامي تنمية للمجتمع بأبعادها المختلفة ، فهي تتضمن النواحي المادية والروحية والخلقية ، فالتنمية إذاً ليست عملية إنتاج فحسب إنما هي عملية إنسانية تستهدف الإنسان وتقدمه

١٣٠٦ سورة هود ٦١

١٣٠٧ الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي دار الكتب المصرية ،سنة ١٩٣٥ ، ص ٥٦

١٣٠٨ الخراج لأبي يوسف ، ص ٨٥

١٣٠٩ نهج البلاغة للأستاذ شريف الرصاص دار الأندلس، الجزء ٣ ص ٩٦ ، ١٩٨٠،

١٣١٠ سورة الاعراف ١٠

ماديا وروحيا وأخلاقيا ، أي أنها نشاط يقوم على قيم وأهداف المجتمع الإسلامي في كل هذه الأبعاد المختلفة وهي لا تتعارض في أهدافه الدنيوية مع الحياة الروحية ، وهذا ما تفتقر إليه المفاهيم الحالية في التنمية الاقتصادية. (١٣١١)

ب - تسير التنمية الاقتصادية في الإسلام جنباً إلى جنب مع التنمية الاجتماعية ومع التنمية العمرانية وكل الأنواع الأخرى الأمر الذي يؤدي إلى إحداث التوازن بين مختلف العوامل والاتجاهات ، لأن التركيز على جانب واحد لا يوجد أمر يبرره مثل تنمية الفرد تنمية الأسرة ، تنمية المجتمع ، تنمية الأمة الإسلامية.

ج - يبرز الاختلال في عملية التنمية الشاملة عند تركيزها على الاهتمام بجانب واحد ، ولهذا فالتنمية تتضمن كلاً من التغيرات الكمية والنوعية.

د - من مقاصد التنمية في المنهج الإسلامي تحقيق العدالة الاجتماعية في مجال التوزيع الكامل ، وفي عدالة التوزيع .

يقول المولى عز وجل { " واعبدوا الله ولا تُشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم إن الله لا يحب من كان مختالاً فخوراً الذين يبخلون ويأمرون الناس بالبخل ويكتمون ما آتاهم الله من فضله وأعدنا للكافرين عذاباً مهيباً " ١٣١٢

وتبين هذه الآية الكريمة شمولية المذهب الاقتصادي الإسلامي في عملية التوزيع ، بحيث شمل أهم الشرائح الاجتماعية وجعل حق المجتمع في توزيع الثروة مقترنا بعبادة الله سبحانه وتعالى والإخلاء بهذا الحق يترتب عليه العقاب في الدنيا والآخرة.

ويتبين أن الإسلام يعمل على أن تكون عملية التنمية الشاملة على اختلافها تتفق جميعاً على الاستفادة من الموارد بأقصى درجة ممكنة شاملة بذلك كل الأبعاد الروحية والخلقية والاجتماعية للفرد والمجتمع بما يؤدي تحقيق أقصى رفاهية اقتصادية واجتماعية ممكنة ، وبالتالي المنفعة القصوى للأفراد في الدنيا والآخرة في حدود الممكن شرعاً (١٣١٣) .

ويمكن أن نخلص إلى تعريف التنمية الاقتصادية في ظل المنهج الإسلامي بأنها : تلك العملية التي يتم بموجبها استخدام كل الموجودات أو المخلوقات في هذا الكون من ثروات طبيعية ونواميس كونية ووسائل علمية حديثة وطاقت بشرية من أجل تنمية جوانب الإنسان الروحية والخلقية والمادية بصورة متوازنة من غير إفراط أو تفريط في جانب من هذه الجوانب على حساب جانب آخر حتى نستطيع توزيع الناتج بما يحقق حد الكفاية المتناسب مع حجم هذا الناتج . لجميع أفراد المجتمع وتقليل نسب التعاون العادي بين فئات المجتمع (١٣١٤) .

١٣١١ التنمية والرفاه من منظور إسلامي لعبد العزيز خياط ، دار السلام للطباعة والنشر ، والتوزيع ، ١٩٨٨ م ، ص ١

١٣١٢ سورة النساء ٣٦ ، ٣٧

١٣١٣ "مشكلة التخلف وإطار التنمية والتكامل الاقتصادي" ، عبد المنعم عفر ، مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ، ١٩٧٨ م ، ص ٤١

١٣١٤ شكل التنمية الاقتصادية ، يوسف الخليفة اليوسف ، مجلة الاقتصاد الإسلامي / دبي ، ١٩٨٣ م ، ص ٣

وبهذا المفهوم للتنمية - الإستخدام السليم والتوزيع العادل للثروات حقق النظام الإسلامي في عهد الخليفة عمر بن عبد العزيز حد الكفاية لجميع الأفراد وقضى على الفقر نهائياً فلم يوجد في المجتمع مدين أو محتاج أو من يقبل الأموال ، فقد أغنى النظام الإسلامي جميع الناس (١٣١٥) .

ثانياً :- تعريف التنمية الاقتصادية عند علماء الاقتصاد

عرفت التنمية الاقتصادية بأنها :-عملية يرتفع بموجبها الدخل القومي الحقيقي خلال فترة من الزمن (١٣١٦)

وهذا يعني أن هدف التنمية الاقتصادية الرئيسي، يدور حول ازدياد الدخل القومي الحقيقي، فزيادة الدخل القومي الحقيقي في أي بلد من البلدان، تحكمه بعض العوامل كمعدل الزيادة في السكان، والإمكانيات المادية والتكنولوجية الملائمة لتلك الدول، ولعل هذه الزيادة في الدخل مرتبطة أيضاً بإمكانيات هذه الدول المادية والفنية. فكلما كان هناك توافر في رؤوس أموال وكفاءات بشرية في الدول، كلما أمكن تحقيق نسبة أعلى للزيادة في الدخل القومي الحقيقي .

ويرى آخرون أن التنمية الاقتصادية تعني :إنسانا يعمل، ومصانع تقام، وآلات تدور، وطرقاً تعبد، وعمائر تبنى، ومالاً يستثمر، وأرضاً تستصلح، ونباتاً يزرع ويحصد، وحيواناً يرعى ويراعى ويتوالد ويتكاثر، ودخلاً يزيد، ورفاهية تحقق(١٣١٧) .

وعرف أحد الكتاب التنمية الاقتصادية بأنها :إجراءات وسياسات وتدابير متعمدة تتمثل في تغيير بنیان وهيكلا الاقتصاد القومي، وتهدف إلى تحقيق زيادة سريعة ودائمة في متوسط دخل الفرد الحقيقي عبر فترة ممتدة من الزمن ، وبحيث تستفيد منها الغالبية العظمى من الأفراد(١٣١٨) .

و يرى البعض أن التنمية هي : عملية يزداد فيها الدخل القومي ودخل الفرد في المتوسط، بالإضافة إلى تحقيق معدلات عالية من النمو في قطاعات معينة تعبر عن التقدم (١٣١٩)

ويعرفها آخر بأنها ":- تتمثل في تغيير البنيانين الإقتصادي والاجتماعي تغييراً من شأنه أن ينقل الاقتصاد القومي من اقتصاد متخلف، يتميز بانخفاض مستوى الكفاءة الإنتاجية وانحراف البنيان الإقتصادي ، إلى

١٣١٥ إستراتيجية وتكتيك التنمية في الإسلام ، يوسف إبراهيم يوسف ، مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ، سنة ١٩٨١ ، ص ٢١٢

١٣١٦ كاظم حبيب مفهوم التنمية الاقتصادية الطبعة الأولى، دار الفارابي، الجزائر، ١٩٨٠ ، ص ٨
١٣١٧ إبراهيم أحمد عمر فلسفة التنمية - رؤية إسلامية المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٢ ، ص ١٥

١٣١٨ لطفي علي حبيب، التنمية الاقتصادية القاهرة، مكتبة عين شمس، ١٩٨٦ ، ص ١
١٣١٩ حربي محمد موسى عريقات ، مبادئ في التنمية والتخطيط الإقتصادي ، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، دار الفكر للنشر، ١٩٩٢ ، ص ٢٦

اقتصاد متقدم يتميز بارتفاع مستوى الكفاءة الإنتاجية في ظل توازن العلاقات الهيكلية بين القطاعات الإنتاجية الأساسية (١٣٢٠)

ويرى أحد الكتاب أن التنمية الاقتصادية هي: العملية التي تستخدمها الدولة غير المستكملة النمو في استغلال مواردها الاقتصادية الحقيقية بهدف زيادة دخلها القومي الحقيقي وبالتالي زيادة متوسط نصيب الفرد منه (١٣٢١)

وبناءً على ما سبق يتبين للباحث أن هناك أهمية رئيسة لدخول المجتمع في تحسين مستويات معيشة أفراده ، وهذا يمثل في حد ذاته نمواً وتحسناً في الجانب الاقتصادي ، فالتنمية الاقتصادية هي بصورة أساسية، ومن وجهة النظر الاقتصادية زيادة في تدفقات الدخل الحقيقية، أي زيادة في كميات السلع والخدمات الجاهزة، في وحدة زمنية، ولدى جماعة معطاء، حيث يتعلق الأمر بمفهوم يرتبط بعناصر قابلة للحساب الكمي فضلاً عن ذلك ان التنمية هي عملية يزداد بواسطتها الدخل القومي الحقيقي خلال فترة زمنية ليست قصيرة بشرط أن يكون معدل زيادة الدخل الحقيقي أكبر من معدل نمو السكان حتى يرتفع متوسط نصيب الفرد من هذا الدخل و إلى جانب هذا التغير الكمي تغير كيمي في حياة الناس ، و هي بذلك عملية حضارية متواصلة التطور .

الفرع الثاني:- اهداف التنمية الاقتصادية في الفقه الإسلامي وعند علماء الاقتصاد

اولا :- اهداف التنمية في الفقه الإسلامي

يرتكز أسلوب التنمية من منظور إسلامي على فرضية أن النظرة للحياة والكون واستراتيجيات التنمية أمران متلازمان لا انفصام بينهما، لدرجة أنه ما لم تكن النظرة للحياة والكون وما لم تكن استراتيجية النظام منسجمة مع الأهداف المعلنة للنظام، فإنه لن يتمكن النظام من تحقيق أهدافه.

فالأهداف العامة للسياسة التنموية للمجتمع المسلم تشمل تنمية الموارد البشرية والتوسع في الإنتاج النافع وتحسين نوعية الحياة ، وإقامة التنمية المتوازنة وتطوير تكنولوجيا محلية ، وخفض الاعتماد على العالم الخارجي ، وتحقيق درجة أكبر من التكامل بين أجزاء العالم الإسلامي.

وحتى يمكن تحقيق هذه الأهداف لا بد من إجراء تغييرات واسعة في أسلوب التخطيط للتنمية ، وذلك بإنشاء مؤسسات إسلامية جديدة تقوم بتبني مبادرات في حقل التنمية الاقتصادية، واتباع أسلوب لا مركزي في العملية التنموية يتيح للناس المشاركة في العملية التنموية وبذل جهود حثيثة وجادة في مجالي البحث والتخطيط.

١٣٢٠ حسن ثابت فرحان دور البنوك المتخصصة في التنمية الاقتصادية، القاهرة، جامعة القاهرة، كلية التجارة، أطروحة ماجستير غير منشورة، ١٩٩١ ، ص ٣

١٣٢١ حربي محمد موسى عريقات ، مرجع سابق ص ٢٦

ولكي تحقق هذه الاستراتيجية النجاح لا بد أن تتضمن العناصر التالية:

- ١- وجود الدافع الأخلاقي للسلوك والذي من شأنه التخفيف من غلواء وحدة السعي نحو الثروة والسلطة وصبغه بمسحة إنسانية.
 - ٢- وجود عنصر المساءلة أمام الله سبحانه وتعالى من شأنه أن يعمل كقوة حفز على اندفاع الإنسان باتجاه الالتزام بالقيم الإسلامية والعمل لما فيه صالح المجتمع ورفاهيته.
 - ٣- القيام بعملية إعادة هيكلة اجتماعية وإقتصادية واسعة النطاق من شأنها ضمان أن يجد أفراد المجتمع أن بإمكانهم السعي لخدمة مصالحهم الشخصية ضمن نطاق القيود التي تفرضها الرفاهية الاجتماعية ويمليها الإستقرار الإقتصادي . (١٣٢٢)
- كما لا بد من عدة إجراءات تتعلق بالسياسات لتحقيق التنمية مع الإستقرار، وهي
- ١- تقوية العامل الإنساني من خلال ضمان مجتمع أكثر عدلاً وإنصافاً.
 - ٢- إدخال مجموعة من الإصلاحات على ملكية الأراضي واستئجارها وتوفير حوافز لبرامج المزارعة وبدء تنفيذ برامج للتنمية الريفية وتوسيع قاعدة المساهمين في رؤوس أموال الشركات وتطبيق الزكاة وأحكام المواريث الشرعية وإصلاح الهياكل المالية الراهنة.
 - ٣- إعادة الهيكلة الإقتصادية التي تتطلب في المقام الأول إدخال الدافع الأخلاقي حتى يمكن تحويل الموارد الإنتاجية من إنتاج السلع الكمالية الفاخرة إلى إنتاج السلع الضرورية، والتركيز على سد الاحتياجات، وإصلاح المالية العامة بما في ذلك وضع سلم لأولويات الإنفاق الحكومي وإصلاح الدعم الحكومي والشركات الحكومية (المؤسسات العامة)، وإعادة هيكلة بيئة الإستثمار من خلال التخلص من الشكوك المحيطة بالمستقبل السياسي، وما إلى ذلك من إجراءات.
 - ٤- إعادة الهيكلة المالية، بما في ذلك عقد صفقات مع صغار المزارعين المهمشين وأصحاب المؤسسات الصغيرة الذين يعملون من ذات أنفسهم دون الارتباط برب عمل معين، كما يجب التسليم بضرورة توفير التمويل كحق أساسي، كما ينبغي للمؤسسات المالية تلبية حاجات المجتمع الأساسية.
 - ٥- وضع خطة لسياسة استراتيجية طويلة الأمد يكون من شأنها تمكين الدولة من إجراء رصد واقعي لجميع ما هو متوافر من موارد مادية وبشرية، ومن ثم القيام بتحديد سلسلة من الأولويات المحددة تحديداً جيداً. (١٣٢٣)

^{١٣٢٢} د/ محمد عمر شابر، الإسلام والتحدى الإقتصادي، ط ١٩٩٣، ص ٦٢

^{١٣٢٣} عمر شابر مرجع سابق ص ١١٢-١١٨

ثانيا : اهداف التنمية عند علماء الاقتصاد

التنمية الاقتصادية ذات أهداف متعددة و متنوعة لكافة الدول سواء المتقدمة أو النامية، ومع ذلك تختلف هذه الأهداف إلى حد كبير في الدول المتقدمة عنها في الدول النامية، ففي الدول المتقدمة تعني إلى حد كبير سعي هذه الدول إلى تحقيق مستويات عالية من التقدم العلمي والتكنولوجي ، والمعدلات الاقتصادية المرتفعة.

أما في الدول النامية، فتكمن أهداف التنمية فيها، في اعتبارها طريقاً للخروج من دائرة التخلف والوصول إلى النمو الذاتي في المستقبل، من هنا نجد أن الأهداف العامة للتنمية الاقتصادية في الدول النامية، تتلخص في سعيها إلى إشباع الحاجات لجميع أفراد المجتمع، في عدالة وتوازن من خلال زيادة الإنتاج، ورفع مستوى الدخل القومي ، وعدالة توزيع الدخل في المجتمع، علماً بأن هناك أهدافاً فرعية كثيرة للتنمية الاقتصادية، تختلف من مجتمع لآخر حسب ظروفها المختلفة، سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، كما أن لكل مرحلة من مراحل التطور والتقدم في المجتمع أهدافها أيضاً، أما الأهداف العامة للتنمية الاقتصادية في الدول النامية ، فتتلخص فيما يأتي:

١. زيادة الدخل القومي الحقيقي:

تمثل زيادة الدخل القومي الحقيقي في الدول النامية أول وأهم أهداف التنمية الاقتصادية لتلك الدول، فمعظم الدول النامية تعاني من الفقر وانخفاض مستوى معيشة سكانها ، ويشير اصطلاح الدخل القومي إلى مجموع الناتج القومي من السلع والخدمات النهائية التي تنتجها موارد المجتمع الاقتصادية المختلفة خلال فترة زمنية معينة ، وتعتبر زيادة الدخل القومي حقيقية، إذا تحققت زيادة الدخل نتيجة تغييرات عميقة وهيكلية في كافة قطاعات البنية الاقتصادية للمجتمع، ولعله من الواضح أن زيادة الدخل القومي الحقيقي، هي العامل المحدد لزيادة متوسط دخل الفرد الحقيقي

٢. رفع مستوى المعيشة:

لا شك أن هناك ارتباطاً وثيقاً وعلاقة - غالباً ما تكون طردية - بين زيادة الدخل وارتفاع مستوى المعيشة في المجتمع، فكلما تحققت زيادة في الدخل القومي، كلما ارتفع متوسط نصيب الفرد من هذا الدخل، وأدى ذلك بالتالي إلى ارتفاع مستوى معيشة أفراد المجتمع.

والتنمية الاقتصادية ليست مجرد وسيلة لزيادة الدخل القومي فحسب، وإنما هي وسيلة لرفع مستوى المعيشة بكل ما يتضمنه هذا التعبير من معان، ذلك لأن التنمية الاقتصادية، قد تفلح إلى حد ما في زيادة الدخل القومي، غير أن هذه الزيادة قد لا تكون مصحوبة بأي تغيير في مستوى المعيشة وخصوصاً، عندما يكون هناك سيطرة لفئة معينة على مصادر النشاط الاقتصادي في المجتمع، أو عندما تحدث زيادة في عدد السكان بنسبة أكبر من نسبة الزيادة في الدخل القومي^(١٣٢٤))

وتسعى الدول النامية في خططها التنموية إلى تحقيق مستوى معيشة مرتفع، باعتباره من الضروريات المادية للحياة من مأكّل وملبس ومسكن، ويتحدد المستوى المعاش للأفراد بحجم ونوعية السلع والخدمات

^{١٣٢٤} حربى محمد عريقات ، مرجع سابق ص ٣٢ ، ٣٣

المتاحة لهم، فالمستوى المعيشي للفرد الذي يمتلك حجماً أكبر من السلع والخدمات هو أعلى بلا شك من المستوى المعيشي للفرد الذي يمتلك حجماً أقل - في حالة تساوي النوعية - من السلع والخدمات (١٣٢٥).

٣. تقليل التفاوت في توزيع الدخل والثروات:

يعتبر تقليل التفاوت في توزيع الدخل والثروات، يعتبر هدفاً لعملية التنمية الاقتصادية، فأغلب الدول النامية التي تعاني من انخفاض دخلها القومي، وانخفاض متوسط نصيب الفرد فيها، تواجه اختلالات في توزيع الدخل والثروات.

ومن الطبيعي أن يكون للتفاوت في توزيع الدخل والثروات آثار سلبية على المجتمع، تتمثل في عدم شعور الأغلبية بالعدالة الاجتماعية، مما يخلق طبقات في المجتمع، ويؤدي إلى توسيع الفجوة الاجتماعية بين أفراد المجتمع، ولا شك أن ذلك يهيئ المناخ المناسب لانتشار الكراهية والحقد بين أفراد المجتمع، وهذا يعني بدوره أيضاً إهدار موارد التنمية الاقتصادية، في حين أن زيادة الطاقات الإنتاجية في المجتمع والناجمة عن عملية التنمية الاقتصادية، تؤدي إلى إعادة توزيع الدخل لصالح الشرائح الأوسع من المجتمع، بدلاً من تركيزها في يد فئة محددة، لأنها تتوزع من خلال الدخل القومي، في صورة دخول فردية (١٣٢٦).

ومما سبق يتبين للباحث ان التنمية بمفهومها الحضاري تتضمن القدرة الذاتية على التحكم والتطور والابتعاد عن المحاكاة والتقليد، وخصوصاً التحرر من التبعية الخارجية، وذلك حتى لا يتم وضع الدولة كأداة للدول الخارجية تتحكم فيها كما تشاء، وهذا ما نشاهده في هذه الأونة الاخيرة من قيام الدول الكبرى بالضغط على الدول الضعيفة إقتصاديا حال عدم الانسحاق تبعا للقرارات والامور التي في صالحها وتتفق مع اهدافها وسياستها مما يؤدي إلى ربط التنمية بالاكثفاء الذاتي للدول وهذا يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

١٣٢٥ علي حافظ منصور، ونيل الروبي، مذكرات في التنمية الاقتصادية، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٧٠

١٣٢٦ حربي محمد عريقات، مرجع سابق ص ٣٣

الفرع الثالث :- مصادر تمويل التنمية الاقتصادية

اولاً:- مصادر التمويل الداخلية

مصادر التمويل الداخلية للتنمية الاقتصادية

يقصد بالتمويل الداخلي مصادر التمويل التي توفرها المصادر المحلية الوطنية، والموجهة

إلى تنمية القطاعات الاقتصادية المختلفة.

وتتمثل أهم مصادر التمويل الداخلية للتنمية الاقتصادية في الادخار، وتتمثل أهم المدخرات الوطنية الاختيارية في مدخرات الأفراد، وهي كل ما يدخره الأفراد من دخولهم، ومدخرات قطاعي الأعمال، وهي ما تدخره المشروعات من أرباحها في صورة أرباح غير موزعة محتجزة واحتياطيات اختيارية للشركات، ومدخرات إجبارية للقطاع الحكومي^{١٣٢٧}

ويمكن تصنيف وتوضيح أهم المصادر الداخلية كما يأتي:

١- الادخار العائلي الشخصي:

يتمثل الادخار العائلي فيما يتم الاحتفاظ به من فائض فعلي بين ما يحصل عليه أفراد المجتمع من دخول وبين ما ينفقونه على حاجاتهم الاستهلاكية.

وهناك عدة عوامل تؤثر على مستوى الادخار العائلي مثل: الرغبة في الادخار والاكتناز، والتحوظ للمستقبل، ورغم أن أغلب هذه المدخرات تتصف بضالة حجمها من وجهة النظر الفردية، إلا أنها تمثل في مجموعها حجماً لا يستهان به على المستوى القومي، ومن الملاحظ أن أغلب هذه المدخرات توجه إلى المصارف في صورة ودائع استثمارية، وقد يلجأ البعض إلى إنفاقها على سلع كمالية، والبعض الآخر قد يكتزها لديه.

٢- ادخار القطاع الخاص

تعتبر الأرباح غير الموزعة في منشآت وشركات القطاع الخاص، إلى جانب الاحتياطيات المختلفة والمقتطعة من الأرباح، من أهم مكونات ادخار القطاع الخاص، والتي يمكن استثمارها في شراء الأسهم والسندات الحكومية.

^{١٣٢٧} كامل بكري، التنمية الاقتصادية مؤسسه شباب الجامعة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص ١٠٤

ويتوقف ادخار قطاع الأعمال على الأرباح المحققة وعلى سياسة توزيع الأرباح في هذا القطاع فكلما كانت الأرباح كبيرة كلما زادت مدخرات هذا القطاع، كذلك كلما كانت سياسة توزيع الأرباح غير مستقرة وتوزيعات الأرباح غير منتظمة بين سنة وأخرى، فإن مؤسسات وشركات هذا القطاع تقوم بزيادة حجم مدخراتها من احتياطاتها وأرباحها المحتجزة في فترات الرواج لمقابلة توزيعاتها في أعوام الكساد والركود^{١٣٢٨}

٣ - ادخار القطاع الحكومي:

"يتمثل الادخار الحكومي في فائض الإيرادات الحكومية العادية على المصروفات الحكومية العادية"، وتتمثل أهم الإيرادات الحكومية في الضرائب والرسوم والغرامات والتراخيص المفروضة في الدولة، أما أهم مصروفات القطاع الحكومي فتتمثل في مصاريف المؤسسات والوزارات والمرافق الحكومية كالرواتب والمصاريف الإدارية المختلفة، والفرق بين هذه الإيرادات والمصروفات يمثل ادخار أو عجز القطاع الحكومي^{١٣٢٩}

وتعاني الدول النامية من ضالة حجم هذه المدخرات إن لم يكن اختفاؤها، ولعل هناك ظاهرة مستقلة في هذه الدول تتمثل في زيادة الاستهلاك الحكومي فيها زيادة سريعة، تؤدي إلى تدمير مواردها وزوال مدخراتها، حيث باتت في أغلبها تعاني من عجز في موازنتها، وتفاقم في مديونياتها.

ثانياً :- مصادر التمويل الخارجية

تنشأ الحاجة إلى التمويل الخارجي للتنمية الاقتصادية نتيجة عجز المدخرات المحلية عن الوفاء بحجم الإستثمارات المطلوبة، وقصور حصيلة الصادرات عن تغطية قيمة الواردات، وهكذا لا يكون أمام المجتمع سوى الاستعانة بالمصادر الخارجية، لتوفير المال الكافي لتحقيق التمويل اللازم لتحقيق التنمية الاقتصادية.

ولكن الاستعانة بالموارد الخارجية، يترتب عليها أعباء معينة تتحملها الدولة، وهذه الأعباء في حقيقتها هي ثمن يدفع لأصحاب هذه الموارد، غير أن ارتفاع حجم هذه الأعباء أو انخفاضها، ومدى الضغط الذي يمارس على الدولة المدينة، يتفاوت من دولة إلى أخرى.

مصادر التمويل الخارجية للتنمية الاقتصادية:

"تتكون المعونات الأجنبية من منح لا ترد (هباءات)، لا تدخل في نطاق المديونية الخارجية العامة للدولة، وإلى قروض ميسرة في نطاق المديونية الخارجية، أما القروض الميسرة فهي التي تتم وفقاً لقواعد وشروط أيسر من مثيلاتها السائدة في الأسواق المالية الدولية، حيث تقل أسعار الفائدة لهذه القروض الميسرة عن المعدلات العادية، أو من حيث احتوائها على فترات سماح تكون (عادة أطول، أو من حيث مدة السداد التي تستغرق فترة زمنية طويلة) (١٣٣٠)

^{١٣٢٨} محمد عبد العزيز عجمية التنمية الاقتصادية، الدار الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠١ ص ٢٤٠

^{١٣٢٩} حسن ثابت فرحان مرجع سابق ص ١٠

^{١٣٣٠} سمير محمد عبد العزيز المدخل الحديث في تمويل التنمية الاقتصادية مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة الطبعة الأولى، ١٩٩٨ ص ٤٠٨

وتتخذ هذه المعونات في الغالب صور عينية مختلفة كالمعونات السلعية، وخاصة السلع الغذائية والخدمات المختلفة، ولا تكون غالباً في صورة نقدية، وإذا كانت بصورة نقدية فمن المحتمل أن تكون القيمة الحالية للقرض عندما يتم سداده قليلة الأهمية، أو يقدم القرض بسعر فائدة منخفضة، وأحياناً الإعفاء من الالتزام بسداد الأقساط في السنوات الأولى للقرض، وهكذا يكون العبء المالي الناشئ عن القرض على البلد المقترض بسيطاً، وهذا النوع من المعونات يلبي أشد الحاجات إلحاحاً في الدول المتخلفة، نظراً إلى ما تعانيه هذه الدول من نقص شديد في مواردها الغذائية، وقد تقدم هذه المعونات إلى الدولة المستفيدة بهدف معاونتها على رفع معدلات النمو الاقتصادي، فيها دون تحديد لمشروعات معينة بذاتها، بمعنى أن تقوم الدولة المستفيدة بتوجيه هذه المعونات إلى مشروعاتها الإنمائية وفقاً للأولويات التي تضعها (١٣٣١).

"ومن الجدير بالذكر أن المعونات الأجنبية، هي محصلة للدوافع والأهداف التي تسعى الجهة المانحة إلى تحقيقها وترتكز هذه الدوافع والأهداف على اعتبارات سياسية أو إنسانية في المقام الأول، حيث يغلب الدافع السياسي على المعونات الأجنبية التي تقدمها الدول الكبرى، ومثال ذلك: البرامج الضخمة للمعونات التي قدمتها الولايات المتحدة الأمريكية لدول أوروبا الغربية في إطار مشروع مارشال عقب الحرب العالمية الثانية لإعادة بناء اقتصادياتها، والمعونات السنوية التي تقدمها الولايات المتحدة الأمريكية، وإذا كانت كثير من برامج المعونة الأجنبية تختفي وراء أهداف سياسية للدول المانحة، فهذا لا ينفي أنها يمكن أن تقف وراء أهداف إنسانية، كما يحدث عند تقديم معونات عاجلة للدول التي تواجه كوارث طبيعية كالزلازل وموجات الجفاف الحادة وانتشار الأوبئة المختلفة (١٣٣٢).

المطلب الثاني :- دور الصكوك الإسلامية في التنمية الاقتصادية

يعتبر الاستثمار أحد دعائم النمو الاقتصادي، خاصة في البلدان النامية لما ينتج عنه من زيادة طاقة البلد الإنتاجية وأنه من الوسائل الفعالة في تغيير بنية الاقتصاد الوطني لصالح الاختلالات الهيكلية فيه، كما أنه بزيادة حجمه يزيد معدل النمو الاقتصادي من خلال زيادة القيمة المضافة والإنتاجية وتشغيل القوى العاملة.

وتتميز صكوك الاستثمار الإسلامية بخصائص عدة تجعلها قابلة للوساطة المالية التي تسهم في تحقيق التنمية، وتنبع الحاجة للوساطة المالية من تفاوت الأفراد في المعرفة والمهارة والثروة، فهناك الغني لكنه لا يعرف كيف ينمي ثروته، وهناك الذي يملك المهارة والخبرة التجارية لكنه لا يملك المال، فإذا كان الطرفان بعيدين عن بعضهما البعض تنشأ الحاجة لطرف ثالث يتولى دور الوساطة للتقريب بينهما وإشباع حاجة كليهما في مقابل ربح متفق عليه، ولعل صكوك الاستثمار الإسلامية قادرة على القيام بذلك الدور.

إن الصكوك الإسلامية لها الصفات الرئيسية التي تمكنها من الارتقاء إلى سلم التنمية، ومن أهم هذه الصفات كونها مرتبطة باستثمارات حقيقية، وهذه الاستثمارات تعد بديلاً ناجحاً يثبت أن الاستثمار الناتج

^{١٣٣١} كامل بكرى مرجع سابق ص ١٢٢

^{١٣٣٢} سمير محمد عبد العزيز مرجع سابق ص ٤١٠

من الفائدة غير حقيقي، وأنه يزيد المرابي غنى والمقترض إيذاءً وفقراً، إذ من المعلوم للجميع أن التنمية الاقتصادية تتطلب وجود استثمار حقيقي يخدم العملية الإنتاجية في محاولة النهوض بالإمكانيات الاقتصادية داخل الدولة، إضافة إلى ذلك تتمتع الصكوك الإسلامية أو بالأحرى الأساليب الاستثمارية محل التصكيك بصفة اعتماد الأولويات الإنمائية، بحسب ما تقتضيه منظومة العقلانية الاقتصادية، وبالشكل الذي يحقق أكثر مقاصد شرعية ممكنة.

إذن يمكن القول إن اقتران صكوك الاستثمار الإسلامي بمختلف فروعها مع التنمية مسألة بديهية، نظراً لوجود علاقة طردية قائمة على ذلك، حيث إن هذه الصكوك تمتلك مقومات التنمية الاقتصادية ومؤهلاتها المنضبطة بأحكام الشريعة الإسلامية، وفي هذا الإطار تكون صيغة التمويل التي يكون فيها سداد الأصل والحصول على الربح متوقفاً على نجاح المشروع، ستكون أقدر على تحقيق متطلبات التنمية أحسن من صيغ التمويل الأخرى القائمة على الفائدة المضمونة، وتتفرع من هذه الميزة ميزات أخرى كثيرة لصالح العملاء ومشروعات التنمية، ومنها أن قاعدة الغنم بالغرم تجعل الجهة الممولة تبتذل كل ما في وسعها أثناء الدراسة والتحليل والتقويم لاحتمالات نجاح المشروع وبذلك تساعد العملاء على عدم الخوض في مشروعات لا تثبت جدواها الاقتصادية والاجتماعية.

فالصكوك الإسلامية تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال قدرتها على حشد الموارد المالية لتمويل المشروعات التنموية الكبرى مثل مشروعات البنية التحتية كالنفط والغاز والطرق والموانئ والمطارات وغيرها، وكذلك لتمويل التوسعات الرأسمالية للشركات (١٣٣٣).

لقد إذن انتشار الصكوك الإسلامية وتسابق العالم إلى إصدارها ببدء مرحلة جديدة يتم فيها التحول من الاقتصاد الورقي وأسواق الائتمان إلى الاقتصاد الحقيقي، المرتبط بالسلع والخدمات. فعن طريق الصكوك يتم تعبئة المدخرات المالية الموجودة بين أيدي الأفراد التي هي عاطلة عن القيام بوظيفتها الاقتصادية ودورها التنموي، مما يؤدي إلى استثمارها في المجالات الزراعية والصناعية والتجارية، التي تعبر عن مدى التقدم والتخلف في البلاد.

والسؤال هنا هل الصكوك الإسلامية تحقق مزايا اقتصادية ام لا ؟

في الواقع إن الصكوك الإسلامية تحقق مزايا اقتصادية هامة في حال تطبيقها، خاصة وان الخصخصة ترتب عليها اثار وخيمة واهدار للاقتصاد المصري وضياع لأموال الدولة العامة وشركات قطاع الأعمال الموجودة بالدولة وضياع حقوق الدولة مما عاد بالسلب على الاقتصاد الوطني وهي على النحو الآتي:-

١. تساعد عمليات التصكيك في المواءمة بين مصادر الأموال واستخداماتها بما يسهم في تقليل مخاطر عدم التماثل بين آجال الموارد واستخدامها.
٢. يزيد التصكيك من قدرة المنشأة على زيادة نشاطها دون الحاجة إلى زيادة رأسمالها.
٣. توفر عمليات التصكيك فرصاً استثمارية متنوعة للأفراد والمؤسسات والحكومات بصورة تمكنهم من إدارة سيولتهم بصورة مربحة.
٤. تساعد عمليات التصكيك في نمو الناتج المحلي الإجمالي دون الحاجة إلى استثمارات إضافية.

^{١٣٣٣} فتح الرحمن علي محمد صالح، " دور الصكوك الإسلامية في تمويل المشروعات التنموية"، ورقة بحث مقدمة لمنتدى الصيرفة الإسلامية، إتحاد المصارف العربية، ، بيروت، يوليو ٢٠٠٨ ص١٧-١٨

٥. تزيد عمليات التصكيك من درجة تعميق السوق المالية.
٦. لا تتعامل بالدين، وإنما تشجع وتحفز على تداول أدوات الملكية بشكل واسع، وتستحدث من الصيغ الاستثمارية، كل ما يخدم عملية التبادل الحقيقي للسلع والخدمات، الذي يؤدي إلى ربط الاقتصاد الحقيقي بالاقتصاد المالي للحد من التضخم، وذلك عن طريق مساهمة هذه الأدوات
٧. في إتاحة السيولة والتمويل طويل الأجل اللازمين لإيجاد فرص استثمارية جديدة.
٨. أنها تقدم قناة جيدة للمستثمرين الذين يريدون استثمار فائض أموالهم، ويرغبون في الوقت نفسه أن يستردوا أموالهم بسهولة عندما يحتاجون إليها؛ لأن المفروض في هذه الصكوك أن تكون لها سوق ثانوية تباع فيها وتُشترى .
٩. مساندة التغييرات الدولية الحاصلة في سوق التمويل بغرض إرضاء المستثمر المحلي بدلا عن انتقاله لاستهلاك هذه الخدمات في الخارج.
١٠. إتاحة فرص هائلة لسداد العجز في موازنة الدولة بتوفيره لموارد حقيقية غير مؤثرة سلبا على المستوى العام للأسعار. وبالتالي تمكينها من تمويل مشروعات التنمية الأساسية بصورة غير مكلفة.
١١. تنوع صكوك الاستثمار وتعددتها، فهناك أنواع قائمة على التبرعات والبر والإحسان، وأساليب للتمويل قائمة على المشاركات) الصكوك الخيرية والصكوك الاستثمارية (وهذا يتيح فرصاً ومجالات أكثر لتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة.
١٢. الصكوك الاستثمارية تقوم على أساس دراسات الجدوى من الناحية الاقتصادية، وعلى أساس الحلال من الناحية الشرعية، وهذا يعني أن المشروعات عند دراستها تخضع للأولويات الإسلامية من ضروريات واحتياجات وتحسينات، مما يحقق تخصيصاً أمثل للموارد.
١٣. تسهم صكوك الاستثمار في القضاء على مشكلة البطالة، وزيادة مستوى التشغيل وفي تشغيل الأموال المعطلة، كون هذه الصكوك تحقق رغبات المستثمرين والمدخرين على حد سواء.
١٤. الصكوك الإسلامية أداة يمكن استغلالها لتمويل مشاريع البنية التحتية والتنمية والمشاريع الضخمة التي تتطلب أقالمتها رؤوس أموال كبيرة، وهي بذلك تحقق فوائد لكل من المصدر والمستثمر.^{١٣٣٤}
- والسؤال هنا هل الاعتماد على الصكوك الإسلامية يؤدي إلى وجود عوائد لتمويل المشروعات التنموية ؟**

في الواقع إن الاعتماد على الصكوك الإسلامية لتمويل المشروعات التنموية قد يعود بالفائدة على الاقتصاد الوطني ، خاصة في هذه الأونة التي يعاني فيها الاقتصاد في كثير من بلدان العالم ، ومنها الدول لكبرى من ازمت ، وذلك من خلال الآتي:

١. توسيع رقعة الحلول والمنتجات المالية الإسلامية التي تواكب احتياجات قطاعات واسعة من المستثمرين سواء الحكومات أو الشركات.
٢. الدعم الحكومي سواء بالتشجيع من خلال القوانين المنظمة للصكوك الإسلامية أو من خلال إصدارها بواسطة البنوك المركزية ، والمساهمة في تغطيتها مثل صكوك السلم بمملكة البحرين ، وذلك لكونها أحد أدوات تطوير أسواق المال بهذه الدولة.
٣. زيادة السيولة وبالأخص في الدول المصدرة للنفط.
٤. تراكم الفوائض النقدية العربية بعد أحداث الحادي عشر من شهر سبتمبر .

^{١٣٣٤} هناع محمد هلال الحنيطي دور الصكوك الإسلامية في التنمية الاقتصادية دراسة حالة مجلة دراسات، العلوم الإدارية، المجلد ٤٢ ، العدد ٢ سنة ٢٠١٥ ص ٥٥٩، ٥٦٠

٥. زيادة حجم الطلب على الصكوك الإسلامية نتيجة لنموها بمعدلات تتجاوز ٧٠ % سنويا.
٦. وجود الضوابط الشرعية والمحاسبية والممارسات ذات الطبيعة المنظمة التي تنظم إصدار هذه الصكوك والتعامل فيها معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٧. وجود القوانين التي توّطر لصناعة التصكيك ، وبالأخص في البلدان التي بها بورصات تتعامل في أدوات مالية متوافقة مع الشريعة الإسلامية.
٨. زيادة الاحتياج لرأس المال الكثيف لتمويل المشروعات التنموية الكبرى مثل مشروعات الطاقة والبتروول والغاز الطبيعي، ومشروعات التشييد والإعمار العقاري.
٩. حققت تجربة إصدار الصكوك الإسلامية قبولاً مقدراً من قبل المستثمرين المسلمين وغير المسلمين بسبب عوائدها المرتفعة نسبياً مقارنة بالأدوات المالية الأخرى.
١٠. وجود هيئات رقابية شرعية ضمن هيكلية إصدار هذه الصكوك تضمن سلامة إجراءاتها بما يتوافق ومصالح المستثمرين فيها. (١٣٣٥)
١١. زيادة حجم الإصدارات من الصكوك الإسلامية يوفر أدوات مهمة لإدارة السيولة ودعم الربحية للمؤسسات ، سواء المصرفية أو الإقتصادية المتعاملة في هذه الصكوك.
١٢. دخول بلدان غير إسلامية في سوق إصدارات الصكوك الإسلامية كولاية ساكسوني أنهالت الألمانية وغيرها .
١٣. إمكانية استخدام هذه الصكوك في تمويل الإنفاق الاجتماعي والخيري بما يسهم في استدامة التنمية الاجتماعية في البلدان الإسلامية ، وفي هذا المقام يمكن أن تسهم صكوك الوقف وصكوك القرض الحسن وصكوك التبرع في تمويل الإنفاق الاجتماعي بصورة كبيرة.
١٤. تنامي الوعي المالي في أوساط المستثمرين ، سواء على مستوى الشركات أو الأفراد بسبب سرعة وتيرة الاتصال بين الأسواق المالية العربية والدولية إضافة إلى عوامل العولمة المالية وضعف القيود أمام حركة الأموال. كل هذه العوامل أسهمت في تكوين وعي مالي مناسب في الأوساط العربية والإسلامية من شأنه أن يسرع من استجابة المستثمرين لموجات عمليات التصكيك بصورة مناسبة.
١٥. توفر الموجودات الجاذبة للمستثمرين والقابلة للتصكيك.
١٦. وجود المؤسسات المالية الوسيطة القادرة على القيام بأعمال التصكيك، إلى جانب توفر المكاتب التي تقدم خدمات المحاسبة والمراجعة والاستشارات المالية والفنية اللازمة (١٣٣٦)

المبحث الثاني :- أثر الصكوك الإسلامية في تمويل عجز الموازنة

تمهيد :-

إن كثرة الجدل و الإختلاف خاصة في الفترة الأخيرة، حول عجز الموازنة العامة للدولة وزيادته من عام لآخر أصبح يتطلب التوقف بالدراسة والتحليل حول تطور هذه الظاهرة وآثارها المختلفة، خاصة وأنه لم

١٣٣٥ فتح الرحمن علي محمد صالح إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية بالإشارة للحالة السودانية، ورقة مقدمة إلى ملتقى الخرطوم للمنتجات المالية الإسلامية، النسخة الرابعة ٥-٦ أبريل ٢٠١٢ ، تحت عنوان: التحوط وإدارة المخاطر في المؤسسات المالية الإسلامية ص: ١٢-١٤
١. فتح الرحمن علي محمد صالح، مرجع سابق ، ص: ١٢-١٤

بعد من الأمور المرفوضة أو المستهجنة في أية دولة، بعدما كان يقتصر فقط على مواجهة أزمة أو لتغطية نفقات طارئة... الخ.

وهذه الظاهرة لم تعد قاصرة على دولة بعينها أو حتى مجموعة من الدول ، بل توجد في معظم دول العالم بما فيها الدول المتقدمة. فقد شهدت الفترة الماضية خاصة بعد الأزمة المالية العالمية الأخيرة تعسر إقتصاديات العديد من دول الاتحاد الأوروبي من أمثال اليونان وإيطاليا وغيرها، والتي لا زالت تعاني حتى هذه اللحظة، حتى كادت هذه الدول أن تشهر إفلاسها لولا مساعدة الاتحاد الأوروبي والمؤسسات الدولية. ليس هذا فحسب بل إن الولايات المتحدة ذاتها تعاني من تضخم الدين العام، وهناك خوف بسبب تخفيض تصنيفها الائتماني؛ وقد ترتب على تفاقم هذا العجز في الموازنة العامة تصاعد الخلاف بين الإدارة الأمريكية والكونجرس، حتى تم الإتفاق على رفع سقف الدين العام ، فضلا عن ذلك عقب اعلان الدولة بعد ثورة ٢٥ يناير عن الاستمرار في تبني الاقتصاد الحر مع التأكيد على تحقيق العدالة الاجتماعية في ظل استمرار تزايد عجز الموازنة العامة يتطلب بالضرورة تغيير السياسات المطبقة، وربما يتطلب الأمر تغيير بعض القوانين أو اللوائح والإجراءات التي كانت متبعة في السابق . كما أن التأكيد على تحقيق العدالة الاجتماعية ربما يوحي للوهلة الأولى تخفيف الأعباء عن أصحاب الدخول المنخفضة، وزيادتها على أصحاب الدخول المرتفعة بالتزامن مع زيادة السلع العامة التي تقدمها الدولة . وهذا التفسير يؤدي حتما إلى انخفاض الإيرادات العامة من ناحية وزيادة النفقات العامة من ناحية أخرى؛ والذي يؤدي بالتبعية إلى تفاقم عجز الموازنة العامة؛ وما يتبعه من تزايد حجم الدين العام وأعبائه .

وهذا ما يثير التساؤل حول مدى نجاح السياسة المالية المطبقة خلال الفترات الماضية في تشخيص عجز الموازنة؛ ومن ثم إمكانية السيطرة على ذلك العجز؟ ومن ثم مدى إمكانية الاستمرار في تطبيق هذه السياسات خلال الفترة القادمة أو تغييرها خاصة بعد التغييرات التي تعرضت لها مصر في ظل التغييرات الإقتصادية والانفتاح على العالم الخارجي والتطور التكنولوجي للعلوم المختلفة وتعدد المجالات التي تستوجب أن تتدخل بها الدولة باستخدام الموارد المتاحة في المجالات

التي تخدم المجتمع وتحقق رفاهيته بوضع تلك الموارد في المكان الصحيح للغرض الأكثر أهمية ، والذي يفترض ان يكون بأقل كلفة للحصول على أكبر منفعة اسوة بالبلدان التي تعاني من ندرة الموارد وعليها التزامات كبيرة والتي تعتبر الاقل تطورا والاكثر حاجة للأموال.

باعتماد اسلوب سليم ومتقدم في تقدير المصروفات العامة لوحدة الدول واذا كان ظهور عجز في الموازنة العامة للدولة يبرز الحاجة إلى معالجة هذا العجز نظراً لعدم إمكانية خفض المصروفات أو زيادة الإيرادات في الأجل القصير وذلك لإزالة هذا العجز .

وجدير بالذكر أن الدول قد لا تفضل اللجوء إلى الاقتراض من الخارج نظرا للتبعات التي قد تترتب على ذلك ، فإن السوق المحلية تمثل البديل الأنسب ، وذلك من خلال إصدار صكوك إسلامية حكومية .

وعلى ذلك سوف نتحدث في هذا المبحث في المطالب الآتية :-

المطلب الأول :- ماهية الموازنة العامة .

المطلب الثاني :- تمويل العجز في الموازنة العامة بواسطة الصكوك .

المطلب الأول :- ماهية عجز الموازنة

أ- نبذة تاريخية عن مفهوم الموازنة العامة

إن لفظ الموازنة العامة استخدم اول مرة في الاقتصاد الوضعي في انجلترا بمعنى الحقيبة الجبلية التي كان وزير الخزانة العامة يحملها معه عند حضوره لمجلس العموم البريطاني ، وكانت تحتوى على بيانات واقتراحات الوزير المتعلقة بالإيرادات والنفقات العامة ثم تطور هذا الاستخدام للفظ فاصبح يدل على بيانات واقتراحات الوزير المتعلقة بالإيرادات والنفقات العامة ، وهذا هو المفهوم الجديد للموازنة العامة (١٣٣٧) .

فالموازنة العامة لم تعرف في صورتها الحديثة مرة واحدة ، وانما تطورت تدريجيا وعبر مراحل متتالية إلى ان وصلت إلى ما هي عليه حديثا .

فلقد بدا الاهتمام بجانب الإيرادات العامة ، وخاصة الضرائب التي كان الملوك والامراء يفرضونها عنوة ودون موافقة أو استشارة للشعب فيها لينفقونها على مصالحهم الخاصة ، ثم انتقل الاهتمام بجانب النفقات العامة الذي اقتصر في البداية على حق ممثلي الشعب في رفض أو انقاص النفقات العامة التي تقترحها، الحكومة واستمر هذا الحق ليزداد تدريجيا إلى ان وصل إلى ما هو عليه في الموازنة الحديثة (١٣٣٨) .

ب- التعريف بالموازنة العامة في الاقتصاد الوضعي :-

الموازنة : هي وثيقة مالية تشمل جميع الإيرادات الحكومية ومصروفاتها خلال سنة مالية ، وتعكس التوجهات الرئيسية للسياسة العامة للحكومة (١٣٣٩)

. وعرفها قانون الموازنة العامة ٥٣ لسنة ١٩٧٣ والمعدل بالقانون ٨٧ لسنة ٢٠٠٥ ، بأنها البرنامج المالي السنوي لخطّة التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تضعها الدولة من أجل تحقيق أهدافها المتعددة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية. (١٣٤٠)

كما عرفت بأنها تقدير مفصل ومعتمد للإيرادات والنفقات العامة لمدة زمنية مقبلة غالبا ما تكون سنة ، وتعمل على تحقيق الاهداف العامة التي تتبناها الدولة (١٣٤١)

والموازنة بصورة عامة تعرف أيضا أنها تقدير للإيرادات والنفقات المستقبلية خلال فترة زمنية مقبلة عادة ما تكون سنة. قد تبدأ السنة المالية في بداية السنة الميلادية وتنتهي بنهايته أو تبدأ في الأول من يوليو وتنتهي في الثلاثين من يونيو، أو تبدأ من الأول من مارس وتنتهي بنهاية فبراير أو تبدأ في سبتمبر وتنتهي بنهاية أغسطس. أي أنه لا توجد قاعدة عامة لتحديد بداية ونهاية السنة المالية وإنما يتوقف توقيت

١٣٣٧ د/ محمد فرهود ، علم المالية العامة ، معهد الإدارة العامة الرياض ص ٤٩٧

١٣٣٨ د/ حسن عواضة ، المالية العامة دراسة مقارنة ، دار الطليعة بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٦٧ ص ٢٨ ، ٢٩ ،

١٣٣٩ د/ عبد الله شحاته خطاب ، د/ صالح عبد الرحمن أحمد بحث بعنوان الموازنة العامة والموازنة بالمشاركة مع التطبيق على الموازنة المصرية جامعة القاهرة ٢٠٠٨ ص ٢

١٣٤٠ قانون الموازنة العامة ٥٣ لسنة ١٩٧٣ والمعدل بالقانون ٨٧ لسنة ٢٠٠٥

١٣٤١ د/ محمد فرهود ، مرجع سابق ، ص ٤٩٨

بدايتها ونهايتها مالياً على قدرة الدولة على تحديد توقيتات الإيرادات والنفقات ونتائج الأعمال الخاصة بالعمليات الاقتصادية وفقاً لما استقر عليه العرف المالي في الدولة من التعريفات السابقة يتبين لنا ان عناصر الموازنة العامة تتمثل في الآتي :-

١- التقدير

تحتوي الموازنة العامة على الإيرادات العامة التي تقدر الدولة ان تحصلها وعلى النفقات العامة التي تتوقع ان تقوم بها ، لذا لا بد ان يكون ذلك مبنياً على اساس علمية وموضوعية لضمان نجاح الموازنة العامة ، خاصة بان الموازنة العامة وقيمتها تتوقف على مدى دقة هذه الاسس والاساليب التي استخدمت في التقدير الذي يجب الا يكون بمعزل عن الظروف التي يمر بها المجتمع مثل الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لان الموازنة تؤثر وتتأثر بالظروف التي يواجهها المجتمع .

وفي ظل النظرية المالية الحديثة فان دور الدولة توسع ليشمل جميع نواحي الحياة مما نتج عنه توسع وزيادة للنفقات العامة ، واصبح للدولة حرية اكبر في تحديدها في ضوء امكانياتها القومية واهدافها العامة ، مما دفع الدولة للخروج عن مبدأ اولوية النفقات العامة على الإيرادات العامة والاخذ بمبدأ اولوية الإيرادات العامة على النفقات العامة بما يتفق مع الاهداف التي تسعى الدولة لتحقيقها (١٣٤١) .

٢- السنوية

أي انه يتم تقدير الإيرادات والنفقات لمدة سنة واحدة لأنها فترة زمنية مناسبة لتقدير الإيرادات العامة ، وخاصة الضرائب المباشرة المفروضة على الدخل الثانوية ، ولأنها ايضا تغطي الدورة الطبيعية لأغلب الإيرادات والدخول ولأنها تتلاءم مع النفقات العامة التي تختلف باختلاف فصول السنة ، مما يجعل السنة وحدة متكاملة ولان اعداد الموازنة العامة يتطلب جهداً ووقتاً ليس بالقصير لم تجعل الفترة اقل من سنة وكذلك اعدادها لفترة اكثر من سنة سيجعل التقدير اصعب لطول الفترة بين اعدادها والعمل بها .

فضلا عن ذلك ان ظروف الدولة التي تمر بها قد تدعو إلى الخروج عن فترة السنة في اعداد الموازنة العاملة مثل مواجهتها لازمة اقتصادية أو طبيعية أو حروب تطلب نفقات كبيرة لفترة تطول أو تكثر عن السنة (١٣٤٣) .

٣- الاهداف العامة

تسعى الدولة حديثاً من خلال بنود الموازنة العامة إلى تحقيق اهدافها العامة على جميع المستويات السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، حيث تعتبر الموازنة العاملة كمرآة تعكس الدور والنشاط التي تمارسه الدولة ، ومن هذه الاهداف التوازن الاجتماعي والاقتصادي العام وتحقيق التنمية الاقتصادية (١٣٤٤)

ج- التعريف بالموازنة العامة في الاقتصاد الإسلامي

١٣٤٢ د/ عوف الكفراوي ، الاقتصاد المالي الإسلامي ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٤ ص ٦٢٩ ، ٦٣٠ ،

١٣٤٣ د/ قطب ابراهيم ، الموازنة العامة للدولة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة ، الطبعة ٢ ، ١٩٧٧ ، ص ٢٠ ، ٢٢ ،

١٣٤٤ د/ محمد فرهود ، مرجع سابق ص ٥٠١

لقد مرت الموازنة العامة في الاقتصاد الإسلامي بعدة مراحل حتى وصلت إلى ما هي عليه في العصر الحاضر ، فلقد ظهرت بعض التنظيمات المالية منذ نشأة الدولة الإسلامية على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر رضى الله عنه ، حيث كانت هناك بعض عناصر الإيرادات العامة التي تطلبها الدولة للقيام بوظائفها وفي عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه ظهرت بعض التنظيمات المالية التي تظهر بعض ملامح الموازنة العاملة ، حيث كان يبعث عماله في أقاليم الدولة ليقدروا مساحة أراضي الخراج ومقدار فريضة الخراج فيه وتقدير اعداد أهل الذمة لتحديد مقدار الجزية عليهم وكل ذلك من الإيرادات العامة فضلا عن اتخاذه للدواوين لتدوين مالية الدولة ولتقدير نفقات الدولة الإسلامية (١٣٤٥)

ومن التجارب العملية التي تعتبر من احدث الطرق التي توصل إليه الفكر المالى الحديث في مجال تقدير النفقات العامة عند اعداد الموازنة العامة عندما امر بإعداد جريب (١٣٤٦) من طعام فطحن ثم خبز ثم ترد ثم دعا ثلاثين رجلا فاكلوا منه حتى شبعوا وفعل مثل ذلك في العشاء ، فرأى ان ما يكفى الرجل جريبان كل شهر (١٣٤٧)

ثم تطورت مالية الدولة الإسلامية بعد ذلك وتطورت تبعاً لها الموازنة العامة على مر العصور الإسلامية ، حيث ظهر ما يعرف في الاقتصاد الإسلامي بتقدير الارتفاع والذى يمثل الموازنة ، العامة حيث تتم فيه المقابلة بين الإيرادات والنفقات العامة (١٣٤٨)

قال النويري في نهاية الارب في فنون الادب (انه يلزم في كل سنة تقدير الارتفاع الذى هو قائمة تحتوى على جميع إيرادات السنة ومصروفاتها ويعد الحساب الختامى وان الحاصل هو الرصيد والأصول هي الأموال التي ترد إلى بيت المال بعينه الا انه لا يضيف في الارتفاع حاصلا ولا باقيا ولا يفصل فيه الجوالى اى (الجزية) بالأسماء بل يعقد الجملة في صدره على ما يستحق بتلك المعاملة من جهات الأصول وهي الأموال التي ترد إلى بيت المال والمضاف وهي الأموال التي ترد إلى بيت المال بصفة غير دائمة اى الإيرادات غير الدورية ، ويخصم بالمرتب عليها عن سنة كلمية ويسوقه إلى خالص وهي حالة تتساوى فيها النفقات مع الإيرادات أو فائض ليظهر بذلك ميزان تلك الجهة (١٣٤٩)

فيتبين لنا ان بعض مهام امين بيت المال في عصره انه يعد تقدير الارتفاع وهو عبارة مقابلة اجمالى الإيرادات العامة المقدرة للسنة القادمة باجمالى النفقات العامة الثابتة لمدة سنة ليتبين له هل سيتحقق فائض أو توازن للموازنة العامة للسنة القادمة

١٣٤٥ أبو عبيد ، الأموال ، تحقيق محمد خليل هراس ، بيروت ، طبعة ٢ ، ١٩٧٥ ، ص ٨٦

١٣٤٦ الجريب : هو وحدة للكيل تقدر ب ٤٨ صاع

١٣٤٧ الماوردى ، الأحكام السلطانية دار الكتب العلمية ، بيروت ، طبعة ١ ، ١٩٨٥ ، ص ٢٥٠

١٣٤٨ د/ محمد عبد الحليم الموازنة العامة للدولة في الفقه الاسلامى ، مجلة الدراسات الإسلامية التجارية ، كلية التجارة ، جامعة الأزهر ، ١٩٨٤ ص ٦٦

١٣٤٩ شهاب الدين أحمد النويرى نهاية الارب في فنون الادب ، وزارة الثقافة والارشاد القومى ، القاهرة جزء ٨ ص ٢٩٧

بالإضافة إلى ذلك فإن قواعد الشريعة الإسلامية تتسم بالمرونة والاتساع بحيث تتسع لتقبل الوسائل والتطبيقات التي يتوصل المسلمون إليه أو يستمدونها من غيرهم بشرط ان تكون في صالحهم وخيرهم ولم تكن موجودة في العصور الإسلامية السابقة ، بشرط ان لا تتعارض مع اصل من اصولهم الثابتة .

وعلى ذلك عرفت الموازنة العامة في الاقتصاد الاسلامي بأنها مجموع الايرادات والنفقات العامة المقدره والمعتمدة للفترة الزمنية القادمة التي غالبا ما تكون سنة في سبيل تحقيق الاهداف العامة المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية (١٣٥٠)

وبناءً على ذلك يعرف الباحث الموازنة العامة بأنها :-

هي تقدير مفصل للإيرادات والنفقات العامة المقدره بما تحقق التكافل الاجتماعي والتوازن الاقتصادي ، واقامة وسائل التنمية والعمران داخل الدولة بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وبما يؤدي إلى اشباع الحاجات وتحقيق المصالح الضرورية في المجتمع .

المطلب الثاني :- تمويل العجز في الموازنة العامة

سوف نتناول الحديث في هذا المطلب عن بيان وقوع العجز في الموازنة العاملة والأسباب التي ادت إلى وجوده ومحاولة وضع مجموعة من الوسائل التي بمقتضاها قد تؤدي إلى سد هذا العجز أو الحد من وقوعه وذلك على النحو التالي :-

الفرع الأول :- ماهية العجز في الموازنة العامة واسبابه

الفرع الثاني :- وسائل سد العجز في الموازنة العامة

١٣٥٠ د/ وليد خالد يوسف الشايجي ، وسائل سد عجز الموازنة العامة في الاقتصاد الاسلامي ، رسالة ماجستير ، ١٩٩٠ ، جامعة ام القرى ، المملكة العربية السعودية ص ١٠

الفرع الأول :- ماهية العجز في الموازنة العامه واسبابه

سوف نتحدث في هذا الفرع عن تعريف عجز الموازنة في اللغة وعند علماء الاقتصاد وأنواع العجز
واسبابه

اولا :- العجز في اللغة :-

ياتى بمعنى الضعف فيقال عجز عن الشئ اذا ضعف عنه ولم يقدر عليه (١٣٥١)

ثانيا العجز عند علماء الاقتصاد :-

فيقصد به قصور الإيرادات العامة المقدره للدولة عن سداد النفقات العامة المقدره (١٣٥٢)

بمعنى زيادة النفقات للدولة عن الإيرادات في موازنة الدولة العامة ، بحيث لا تستطيع الإيرادات مجارة
الزيادة المضطرة في النفقات العامة وسبب هذه الزيادة في النفقات هو تطور الحاجه العامة ونمو وظائف
الدولة

ومن ثم فيعرف الباحث عجز الموازنه بأنه زيادة النفقات العامة عن الإيرادات العامة العادية في الدولة
زيادة تؤدي إلى عدم قدرة الإيرادات في سداد هذه النفقات.

ثالثا :- أنواع عجز الموازنة

١- عجز مؤقت أو طارئ

يسمى هذا النوع بالعجز الحقيقي أو الموسمي أو النقدي والذي يقع في الموازنة العامة أثناء السنة
المالية بسبب التفاوت الكمي بين الداخل والخارج الناتج عن سبب من الاسباب الطارئة غير العادية أو
بسبب خطأ في تقدير بعض عناصر الموازنة العامة ، وهذا النوع من العجز يزول بزوال السبب

^{١٣٥١} الفيومي المصباح المنير جزء ٢ ص ٣٩٣

^{١٣٥٢} حسين راتب يوسف ، عجز الموازنة وعلاجه في الفقه الاسلامي ، دار النفائس ١٩٩٩ ص ٩٢

الذي يتسبب في حدوثه ، وعادة تستطيع الدولة معالجته بعد فترة زمنية قصيرة قد تكون في الموازنة القادمة (١٣٥٣)

اي ان هذا النوع من العجز ينشا نتيجة تبدل الحالة الاقتصادية أثناء السنة المالية ، فقد تضع الدولة أثناء السنة المالية موازنة وبتقديرات صحيحة ، بحيث تتساوى فيها الإيرادات مع النفقات وفقا للحالة الاقتصادية المتوقعة عن تنفيذ الموازنة أثناء السنة المالية الا انه قد يصاب الاقتصاد الوطنى بظروف قد تؤدي إلى انخفاض الدخل القومى ، مما يؤثر ذلك في مجمل الضريبة ، ويظهر هذا العجز كذلك حالة الازمات الاقتصادية التي تعمل الدولة على زيادة حجم انفاقها من اجل العمل على حل الازمة ، وبالتالي يحصل عجز في الموازنة العامة

والسؤال هنا هل هذا العجز يمكن حدوثه في الاقتصاد الإسلامي ؟

اقول إن حصيلة الاقتصاد الإسلامي تتمثل في الزكاة أو الخراج أو الجزية أو حصيلة مشروعات تقييمها الدولة ومن ثم اذا حدث أثناء السنة زيادة في النفقات على الإيرادات وتعذر أو تأخر حصد حصيلة الزكاة أو الخراج أو الجزية نتيجة لقطع يصيب الدولة أثناء السنة نتج عنه زيادة النفقات على الإيرادات يؤدي ذلك إلى وجود عجز في الموازنة في هذه الحالة اي ان العجز قد يتحقق ويمكن حدوثه في الاقتصاد الإسلامي

٢- العجز المقدر أو المخطط

قد يسمى ايضا بالعجز المقصود وهو العجز الذي تسمح به الدولة في الموازنة بحدود وشروط معينة وفقا لدراسات دقيقة وموضوعية في تحديده حيث تقوم الدولة بصورة مقصودة بزيادة نفقاتها العامة على إيراداتها العامة أو العادية (١٣٥٤)

وهذا النوع من أنواع العجز قد يطول أو يقصر احيان حسب الظروف والحاجه التي لجات الدولة إليه

والسؤال هنا هل هذا النوع من العجز يمكن حدوثه في الاقتصاد الإسلامي؟

اقول إن الدول قد يواجهها في بعض الاوقات ظروف طارئه تحتاج فيها إلى زيادة النفقات العامة لسدها خاصة في ظروف الازمات والثورات والحروب كما حدث في مصر في حروب ١٩٦٧ ، ١٩٧٣ ، وفى ثورة ال ٢٥ يناير وغيرها فى مثل هذه الاحوال تحتاج الدولة إلى زيادة كبيرة في النفقات العامة لسد ومواجهة عواقب هذه الظروف في ذات الوقت التي قامت الدولة فيه بوضع الموازنة العامة الخاصة بها وتحديد إيراداتها ونفقاتها على ضوء الظروف العادية المعاصرة أثناء وضع هذه الموازنة ، مما قد يؤدي ذلك إلى عجز في الإيرادات العامة العادية عن تغطيتها فضلا عن ذلك قد يتعذر تحصيل قيمة الزكاة والجزية وغيرها من الموارد الإسلامية التي تقوم الموازنة في الاقتصاد الإسلامي عليها وينتج عن ذلك عجز في الموازنة العامة ، ومن ثم فان هذا النوع ايضا قد يتوافر في الاقتصاد الإسلامي .

٣- العجز الهيكلى

١٣٥٣ د/ عادل حشيش ، أصول المالية العامة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٣٩٤

١٣٥٤ د/ محمود رياض عطيه ، موجز في المالية العامة ، دار المعارف ، ١٩٩٨ ، ص ٤٧٧

هذا النوع من العجز يحدث عندما لا تغطي الإيرادات في الدولة النفقات العامة فيها ولكن ذلك بصفة مستمرة فيصبح عجزاً دائماً بسبب عدم توازن الأوضاع المالية للدولة الناتج من زيادة الانفاق العام بمعدل يزيد عن القدرة المالية للاقتصاد القومي ككل بجميع مصادره وهو ما يدل أو يشير بوجه عام إلى عيب أو خلل في الهيكل الإقتصادي إذ قد لا يكون الانفاق العام منتجا انتاجا كافيا (١٣٥٥) .

والسؤال هنا هل هذا النوع من العجز يوجد في الاقتصاد الإسلامي ؟

إذا كان الاقتصاد الإسلامي يقوم ويتم تنفيذه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية القائمة على الاعتدال والقوامة في الانفاق تطبيقاً لقوله تعالى (والذين إذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً) (١٣٥٦)

وإذا كان العجز الهيكلي يتوافر نتيجة لزيادة الانفاق العام بمعدل يزيد عن القدرة المالية للاقتصاد القومي ككل أدى إلى عيب أو خلل في الهيكل الإقتصادي ، ومن ثم فهذا النوع من العجز يندر ويقل وقوعه في الاقتصاد الإسلامي تطبيقاً لما سبق الإشارة إليه

وإذا طبقت الدولة الإسلامية أحكام وقواعد الدين الإسلامي في أمور حياتها لقل ذلك من معاناة هذه الدول من وجود عجز في الموازنة الخاصة بها خاصة أن هذا الدين الحنيف يقوم على عدم الاسراف والاعتدال والقوامة في الانفاق

والسؤال هنا هل العجز الموجود في مصر عجز هيكلي أم عجز مؤقت أم عجز مقدر؟

يرى الباحث انه تطبيقاً لما سبق وطبقاً للظروف السارية في مصر ، خاصة في الآونة الاخيرة من وجود عجز بصفة مستمرة في السنوات الاخيرة ويعقبها زيادة في اسعار السلع والخدمات مما يدفع المسؤولين في الدولة إلى رفع الضرائب على بعض السلع الموجودة بها حتى ولو كانت هذه السلع غير مشروعة كما حدث بزيادة الضرائب المفروضة على السجائر في الأعوام الاخيرة ، ومن ثم فإن هذا النوع يعتبر عجزاً هيكلياً وذلك للأسباب الآتية :-

- أ- ان العجز الهيكلي يتوافر عندما لا تغطي الإيرادات النفقات العامة بصفة مستمرة ، فيصبح عجزاً دائماً وهذا الأمر يتحقق في الموازنة العامة في مصر خاصة .
 - ب- ان العجز المقدر هو عجز مخطط تسمح به الدولة بشروط محددة ومعينة عندما تقوم بزيادة نفقاتها العامة على إيراداتها العامة ، وهذا لا يتحقق في الموازنة العامة لمصر ، حيث ان العجز الموجود بها عجز خارج عن ارادة الدولة خاصة عجز المسؤولين بها من تلافى هذا العجز ووضع الحلول المناسبة لمواجهته
 - ج- ان العجز المؤقت هو عجز يقع في الموازنة العامة أثناء السنة المالية بسبب التفاوت الكمي بين الداخل والخارج بسبب من الأسباب الطارئة غير العادية أو بسبب خطأ في تقدير بعض عناصر الموازنة العامة ، وهذا لا يتحقق في الموازنة العامة لمصر لكونه عجزاً مستمراً
- رابعا :- اسباب عجز الموازنة**

^{١٣٥٥} د/قطب ابراهيم محمد. الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٤ ، ص ٤٨

^{١٣٥٦} سورة الفرقان ، الآية ٦٧

أن ظاهرة العجز هي عبارة عن نتاج لمجموعة مركبة من العوامل و المؤثرات ترجع في جزء منها إلى جانب النفقات العامة وفي جزء آخر ترجع إلى جانب الإيرادات العامة ، وهناك اسباب تؤدي إلى تراجع الإيرادات وزيادة النفقات ومن هذه الاسباب :-

١- الحوادث والكوارث الطبيعية

ان الحوادث والكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين والفيضانات والقحط والابوئة هي حوادث طبيعية لا دخل للإنسان في حدوثها تؤدي إلى تدمير وتخريب ما يعتمد عليه الاقتصاد من اراض زراعية وايدٍ عاملة ومصانع وغيرها ومما ينتج عنه من نقص في الإيرادات العامة المحصلة بسبب تدمير كثير من العناصر المنتجة للدخل والإيراد مما يقل معه حصيلة الإيرادات ، وفي المقابل تزداد النفقات العامة ، وذلك لاغثة المنكوبين واعمار ما دمرته هذه الحوادث مما سيزيد من النفقات العامة عن الإيرادات العامة العادية مما قد يلجئ الدولة إلى الإيرادات غير العادية محدثا العجز في الموازنة العامة .

وفي هذا يتفق الاقتصاد الإسلامي مع الاقتصاد الوضعي في ان هذه الحوادث الطبيعية تؤثر سلبا على الموازنة العامة للدولة (١٣٥٧)

٢- الازمات الاقتصادية

تؤدي الازمات الاقتصادية إلى احداث العجز في الموازنة العامة لأنها تؤدي إلى نقص إيرادات الدولة نتيجة عدم قدرة الافراد على دفع الضرائب الملتزمين بدفعها من ناحية وتهرب الآخرين والقادرين على دفعها من ناحية اخرى وتخاذل المحصلين عن تحصيلها من ناحية ثالثة في الوقت الذي تتطلب هذه الازمات من الدولة زيادة الانفاق لعلاج اثرها في صورة اعانات للعمال العاطلين ونفقات لاعادة النشاط إلى الاقتصاد القومي من ناحية اخرى (١٣٥٨)

٣- الحروب والثورات

تتسبب الحروب والثورات في احداث العجز في الموازنة عندما تفاجئ الدولة بعدوان خارجي يتطلب منها مزيدا من النفقات العامة وذلك لتجهيز الجيش وشراء الاسلحة للحرب خاصة ، اذا كان ذلك غير متوقع وغير مدرج له اى بند من بنود الموازنة التي تم اعدادها وكذا وقوع حرب في الدول المجاورة لها مما يهدد امنها فان ذلك يتطلب مزيدا من الاستعدادات والحذر مما قد يؤدي إلى ارتفاع نفقتها على التسليح الحربي ، خاصة اذا كان غير محدد بالموازنة اى بند لمواجهة ذلك وكذا ارتفاع اسعار المؤن الحربية (١٣٥٩)

حتى بعد انتهاء الحروب ،حيث تزداد النفقات بسبب إعادة التعمير بعد الحرب

٤- سوء تصرف الإدارة العامة

وهو العجز الناشئ عن سوء تصرف الدوائر الحكومية عندما تسرف في الإنفاق دون مراعاة الحاجات الضرورية الماسة ، وفي المقابل يكون نظام التحصيل لديها معيبا وبطيئا ، وهذا سببه ضعف الرقابة وعدم دقتها وتهاون الموظفين وتكاسلهم واختلاسهم واستغلالهم الأموال العامة لمنافعهم الشخصية مع عدم

١٣٥٧ /د/ وليد خالد يوسف الشايجي ، مرجع سابق ص ٧٥

١٣٥٨ /د/ محمود رياض عطيه ، مرجع سابق ، ص ٤٧٣

١٣٥٩ /د/وليد خالد يوسف الشايجي ، مرجع سابق ص ٧٧

مراعاتهم والتزامهم بالترتيب أو التنظيم الصحيح للإنفاق العام ، وكل هذا يساهم في زيادة النفقات العامة وقد يكون العجز ناشئاً عن خطأ فني أو حسابي في تقدير مختلف عناصر الموازنة^(١٣٦٠)

٥- تمويل التنمية ووسائل العمران

من الوظائف الهامة التي يجب على الدولة القيام بها قيامها بتوفير المصالح والمرافق الأساسية للحياة والنشاط الإقتصادي من خدمات الامن والدفاع والطرق والشوارع العامة والجسور والسدود والمدارس والمستشفيات ، وكل ما يساعد على النمو والتنمية الإقتصادية للمجتمع وكل هذه الخدمات تطلب من الدولة الكثير من النفقات العامة وتتبع الدول النامية سياسة خاصة للإنشاء والاعمار تهدف إلى رفع طاقتها الإنتاجية وتحتاج في تنفيذها إلى مبالغ كبيرة تفوق إيراداتها العامة معرضة موازنتها العامة إلى العجز الذي يلجئها إلا الإيرادات غير العادية

٦- انقطاع بعض الإيرادات العامة

من الاسباب التي ساعدت على احداث العجز في الموازنة العامة في الاقتصاد الاسلامي توقف وانقطاع بعض عناصر الإيرادات العامة التي كانت تعتمد عليها الدولة الإسلامية في تمويل نفقاتها العامة كانقطاع الجزية التي انقطعت حصيلتها بسبب دخول الكثير من أهل الذمة الاسلام وبسبب انخراطهم في الخدمة العسكرية في الدول الإسلامية في الوقت الحاضر ، وكذلك لتوقف مورد خمس الغنائم في عصرنا الحالي بسبب توقف الفتوحات الإسلامية كل ذلك ادى إلى قلة الإيرادات العامة للدولة وزيادة النفقات العامة للدولة مما ادى إلى وجود عجز في الموازنة^(١٣٦١) .

٧- الزيادة الطبيعية في عدد السكان

و ما يترتب على ذلك من مسؤوليات على الدولة تجاه المجتمع من توفير الحاجات الأساسية للمواطنين و إقامة المشاريع و المرافق العامة من طرق و مدارس و مستشفيات و كفالة الصحة و التعليم و ما يتطلبه ذلك من زيادة في الإنفاق من سنة لأخرى .

^{١٣٦٠} د/ تقي الدين المقریزی ، اغاثة الامة اغاثة الأمة بكشف الغمة ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن علي المقریزی ت ٨٤٥ هـ ، تحقيق د. كرم حلمي فرحات ، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية ، مصر ، ط ١ ، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٧ م ص ٤٣-٤٥

^{١٣٦١} د/ وليد خالد يوسف الشايحي ، مرجع سابق ص ٨٤

لفرع الثاني :- وسائل سد العجز في الموازنة العامة

بعد ان قمنا بتحديد العجز في الموازنة العامة للدولة وأيا ما كان سبب العجز ، وطبيعته، فإن ما يهمنا هو التركيز على الأدوات المالية المناسبة لتغطيته ونظرا لاستمرار هذا العجز في الموازنة العامة للدولة منذ عشرات السنوات وعدم قدرة المختصين على إيجاد حل لهذه المشكلة وبناء على ذلك سوف نتحدث في هذا الفرع عن أدوات سد عجز الموازنة العامة في الاقتصاد الوضعي والاقتصاد الاسلامي ، وذلك على النحو التالي :-

اولا:- أدوات تمويل سد العجز في الاقتصاد الوضعي

١- فرض الضريبة لتمويل عجز الموازنة

تلجأ الدول إلى الضرائب^(١٣٦٢) لتمويل عجز الموازنة العامة ، وذلك بزيادة اسعار الضرائب الحالية أو فرض ضريبة جديدة

الواقع إن الدول تقوم باللجوء إلى زيادة اسعار الضرائب الحالية عن فرض ضريبة جديدة ، وذلك للأسباب الآتية:-

- أ- ان فرض ضريبة جديدة يحتاج إلى وقت اطول وإلى نفقات اكثر من زيادة سعر ضريبة موجودة
 - ب- ان رد الفعل المصاحب لرفع سعر الضريبة الموجودة يكون اقل من فرض ضريبة جديدة
 - ج- الدقة في تقدير المبلغ المتحصل عن زيادة الضرائب الموجودة اكثر من فرض ضريبة جديدة^(١٣٦٣)
- رغم هذه الاسباب نجد ان بعض الدول تلجأ إلى تطبيق نظام فرض الضرائب الجديدة ، وذلك للأسباب الآتية :-

- أ- ان الدولة قد تحتاج إلى اموال كثيرة لا تستطيع تحصيلها عن طريق الضرائب الحالية
- ب- ان الضرائب الحالية قد تكون اسعارها مرتفعة وحال قيام الدولة بزيادة اسعارها قد يترتب عليها اضرار كبيرة مما قد يجعل هذه الدول تسعى الى تطبيق فرض الضرائب الجديدة وقد لجأت كثير من الدول التي خاضت القتال في الحروب العالمية الأولى والثانية إلى الاخذ بهذا النظام لمواجهة النفقات الحربية المتزايدة^(١٣٦٤)

علما بان هذا النظام من الضرائب هو عبارة عن ضريبة استثنائية تقوم الدولة بفرضها لمواجهة ظروف غير عادية لحقت بها ، وذلك لما تجنيه من إيرادات غزيرة منها

١٣٦٢ يمكن تعريف الضريبة على أنها مساهمة نقدية تفرض على المكلفين بها حسب قدراتهم التساهمية و التي تقوم عن طريق السلطة ، بتحويل الأموال المحصلة و بشكل نهائي دون مقابل محدد ، نحو تحقيق الأهداف المحددة من طرف السلطة العمومية(انظر د/ محمد عباس محرزى ، إقتصاديات الجباية والضرائب الجزائر، دار هومة ، ٢٠٠٨ ، ط ٤ ، ص ١٣)

^{١٣٦٣} د/ محمود رياض مرجع سابق ١، ص ٣١٣

^{١٣٦٤} د/ زين العابدين ناصر ، علم المالية العامة ، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٢٤٦

فضلا عن ذلك ان هذا النظام من الضرائب يقلل سيطرة أصحاب رؤوس الأموال وتقليل الفوارق للدخول والثروات في المجتمع

وبرى الباحث

ان كلا النظامين قد يؤدي تطبيقه إلى اثار سيئة على المجتمع ، وذلك على النحو الآتي

بشأن رفع اسعار الضرائب الحالية قد يؤدي زيادة اسعار السلع المفروض عليها هذه الضرائب مما يعود بالسلب على دخول المواطنين ، خاصة أصحاب الدخل الضعيفة والمتوسطة ، خاصة لان المنتجين لهذه السلع سوف يقومون بوضع الضريبة على تكلفة الانتاج و زيادة سعرها من تاجر إلى آخر حتى تصل إلى المستهلك

بشأن فرض ضريبة جديدة تؤثر على الاستقرار الإقتصادي وهروب رؤوس الأموال المستثمرة إلى الخارج وعدم رغبة المستثمر الخارجي للاستمرار في السوق المحلي وعلى فرض وضع نظام ضرائب خاص به لجذبه للعمل داخل الدولة ، فان ذلك يعد مفارقه ومنحه مميزات عن المستثمر المصري والأفضل هو البحث عن مصادر تمويل حقيقية وليست مؤقتة

والسؤال هنا هل تطبيق الانظمة السالف ذكرها ينشأ عنها اثار واعباء إقتصادية ام لا؟

ان فرض الضرائب ينشأ عنها اثار إقتصادية منها

١- أثر الضريبة على الاستهلاك والادخار

تؤدي الضرائب المباشرة إلى تخفيض الدخل والثروات بينما تؤدي الضرائب غير المباشرة إلى رفع اسعار السلع والخدمات^(١٣٦٥)

هذا و الفقراء الذين ينفقون معظم دخلهم على الاستهلاك فان نقص دخولهم سينتج عنه انخفاض حجم استهلاكهم من السلع والخدمات ، ويبدأ انخفاض استهلاك السلع والخدمات الأقل أهمية ثم الاعلى أهمية إلى ان تمس الضروريات في حالة الضرائب المرتفعة^(١٣٦٦)

اما بالنسبة للاغنياء وذوى الدخل المرتفعة ، فان دخولهم موجه جزء منها إلى الاستهلاك والجزء الباقي للادخار فعند فرض الضريبة المباشرة أو زيادة سعرها سيؤدي إلى نقص مدخراتهم اما الاستهلاك ، فلن يتأثر بينما يزداد انخفاض الادخار الخاص مع زيادة اسعار الضريبة المفروضة فعندما تفرض الدولة ضريبة تصاعديّة ذات سعر مرتفع فإنها ستؤدي إلى انخفاض استهلاك الفقراء وادخار الاغنياء^(١٣٦٧)

٢- أثر الضريبة على الانتاج

^{١٣٦٥} د/ عبد الحميد القاضى ، إقتصاديات المالية العامة والنظام المالى فى الاسلام ، دار الجامعة المصرية ، الاسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص ١٤٦

^{١٣٦٦} د/ عادل حشيش ، إقتصاديات المالية العامة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، ١٩٩٨ ، ص ٣٣٠

^{١٣٦٧} د/ محمد عصفور ، أصول الموازنة العامة، دار المسيرة للطباعة والنشر، ٢٠١٥ ، ص ٣٧٢

تؤثر الضريبة على الانتاج من خلال تأثيرها في المقدرة على العمل والرغبة فيه وفي الحافز على الادخار وفي انتقال عناصر الانتاج بين فروع الانتاج ، فتؤدى إلى استقطاع جزء من دخول القوة العاملة والضرائب غير المباشرة التي تقلل من استهلاكهم إلى حرمانهم من ضروريات الحياة مما يقلل ذلك في رغبتهم في العمل وكذا من كفاءتهم ومساهماتهم في الانتاج (١٣٦٨)

وقد يكون لها أثر بين انتقال عناصر الانتاج بين فروع الانتاج وذلك لتوجه المنتجين إلى فروع الانتاج والصناعات ذات العائد والربح الكبير والتي لاتخضع للضريبة أو المفروض عليها ضريبة بسعر اقل مما يؤدى إلى انخفاض انتاج السلع الأخرى في ذات الوقت التي تكون هذه السلع الدولة في حاجة إليه (١٣٦٩)

٣- أثر الضريبة على النشاط الإقتصادي

يمكن ان تؤثر الضريبة في الإستقرار الإقتصادي عندما تعاني الدولة من حالة كساد وركود ، فان الاجراء السليم في هذه الحالة ان تقوم الدولة بزيادة انفاقها العام وخفض الضرائب المفروضة على الدخول ورؤوس الأموال لتنشيط الطلب الكلى الذى يعانى من نقص التشغيل فاذا ماقامت الدولة بالجوء إلى زيادة الضرائب ، فأنها في هذه الحالة تؤدى إلى زيادة الازمة ونقص الايرادات العامة في السنوات المقبلة ، وذلك لانخفاض الدخول والثروات التي تستمد منها الدولة ايرادتها (١٣٧٠)

٤- أثر الضريبة في توزيع الدخل القومى

عندما تفرض الدولة ضريبة مباشرة تصاعديّة ذات سعر مرتفع أو تزيد من سعرها ، فأنها تقطع جزءا كبيرا من دخول وثروات الاغنياء وتنقلها إلى الدولة التي ان استخدمتها في النفاق على السلع والخدمات التي يستفيد منها الفقراء مع إعفائهم من الضرائب أو جزء منها سيؤدى إلى عدالة في توزيع الدخل القومى وتقليل التفاوت بين الاغنية والفقراء وكذلك عندما تفرض الدولة ضريبة غير مباشرة على استهلاك السلع الكمالية والترفيهية واستخدام حصيلتها في توفير مزيد من الخدمات للفقراء (١٣٧١)

٢- القروض العامة

١٣٦٨ د/ محمد عصفور ، المرجع السابق ص ٣٧٢

١٣٦٩ د/ عبد المنعم فوزى مالية الدولة ، دار المعارف ، الاسكندرية ط ١ ، ١٩٦٢ ص ١٧٦

١٣٧٠ د/ سامى خليل النظريات والسياسات النقدية والمالية ، الكويت ، شركة كاظمة ، ط ١ ، ١٩٨٢ ، ص ٧٢٣

١٣٧١ د/ محمد عصفور ، مرجع سابق ص ٣٧٤

هو المبالغ النقدية التي تستدينها الدولة أو إحدى الهيئات العامة الأخرى من الأفراد أو من الهيئات الخاصة أو العامة الوطنية ، مع الالتزام برد المبالغ المقترضة مضافا إليه بعض المزايا أهمها فائدة محددة ، و ذلك طبقا لشروط عقد القرض (١٣٧٢)

من خلال ما سبق ذكره يتضح لنا أن القرض العام:

مبلغ من المال و الصفة النقدية هي الغالبة في العصر الحاضر على القروض العامة ، كما أن

القرض العام تغلب عليه الصفة الاختيارية باعتباره موجهاً للاكتساب العام ، إلا انه من الممكن أن

تقوم السلطات بإجبار موظفي الوظيفة العمومية بالإككتاب جبرا في القرض ، وهذا في الظروف الغير عادية ، و باعتبار أن المحصل لأموال الإككتاب هي السلطة ، فان ذلك يعطي للقرض العام

صفة الإيراد المراد منه تحقيق النفع العام ، فالقرض العام واجب الوفاء في تاريخ استحقاقاته و

للدولة الحق في تمديد تاريخ الإستحقاق مقابل زيادة في معدل الفائدة.

بما إن للدولة عدة مصادر لتمويل عجز موازنتها ، إلا أنها تعتمد على القروض العامة كأداة من أدوات التوجيه الاقتصاد و لعل هذا الاختيار مبني على عدة اعتبارات لعل أهمها

- أ- لتمويل المشروعات الضخمة التي تحتاج إلى نفقات كبيرة تفوق الموارد السنوية للدولة
- ب- تضطر الكثير من الدول إلى الاقتراض عندما تكون بحاجة إلى المال لمواجهة نفقات تنموية أو عسكرية ، حيث تكون الضرائب قد وصلت إلى حد لا تتحمل معه أية زيادة.
- ج- قد تلجئ الدولة إلى طريقة التمويل بالقرض للوصول إلى المدخرات المكتنزة بدلا من فرض الضرائب عليها إذا شعرت أن هناك قدرا من الاكتناز في المجتمع.
- د- قد تلجئ الدولة إلى الاقتراض في حالة وجود خطر التضخم لتقلل من القوة الشرائية بين الأفراد من خلال سحب الكتلة النقدية الزائدة و التأثير على الطلب الكلي. (١٣٧٣).
- هـ- لرغبة الدولة في الحصول على العملات الاجنبية ، وهذا خاص بالقرض الخارجي (١٣٧٤).

اقسام القروض العامة

تنقسم القروض العامة من حيث مصدرها إلى

- أ- قرض داخلي :- وهو القرض الذي يتم إصداره وتغطيته في السوق المحلية للدولة المقترضة ويكون بالعملة الوطنية

١٣٧٢ د/ منصور ميلاد يونس ، ليبيا ، الجامعه المفتوحة ، ١٩٩٤ ص ٧١

١٣٧٣ د/ حسين يوسف راتب ، مرجع سابق ص ٩٢

١٣٧٤ د/ باهر محمد عتلم، المالية العامة ومبادئ الاقتصاد المالى ، دار نهضة مصر ، القاهرة ط ١ ، ١٩٧٣ ص ١٧٨

ب- القرض الخارجى :- هو القرض الذى يتم إصداره وتغطيته في الاسواق الخارجية ، ويكون بالعملة الاجنبية وتلجا الدولة للقرض الخارجى عادة عند عدم كفاية المدخرات القومية عن تغطية النفقات العامة أو حاجة الدولة للعملات الاجنبية الضرورية في التجارة الخارجية (١٣٧٥)

وهذا النوع من القروض قد ينتج عنه بعض الآثار الاقتصادية تتوقف على طريقة الإستخدام له ، ففي حالة الدول المتقدمة التى تعانى من الركود ونقص التشغيل فيها ، فأنها تستخدم حصيلة هذا القرض في زيادة الطلب الكلى الفعال لزيادة التشغيل والدخل والنتاج القومى الذى يمكن دفع التزامات القرض العام مستقبلا من هذه الزيادة في الدخل والنتاج القومى

اما في حالة الدول النامية التى تعانى من نقص العوامل الإنتاجية فيها وليس من طلب النقص الكلى الفعال لذلك يستخدم هذا القرض في تمويل نفقاتها العامة والتي تتوقف آثار القرض الخارجى فيها على نوعية هذه النفقات العامة فاذا استخدمت في استيراد سلع استهلاكية غير انتاجية لاتزيد من الطاقة الإنتاجية والدخل القومى شيئا وانما لمجرد المساعدة على تخفيض اسعار هذه السلع وتوفيرها في السوق المحلى مما يعنى تبيد جزء من الناتج والدخل القومى في اغراض غير انتاجية يمكن ان تعطى عائد يستخدم في سداد القرض وفوائده ، ويعتبر هذا التصرف تصرفا غير سليم من الدولة سيوقعها في مشاكل مالية مع العالم الخارجى ويزيد من مديونيتها الخارجية

اما اذا استخدمت الحصيلة في استيراد السلع الإنتاجية الراسمالية التى تستخدم في اغراض التنمية وزيادة الطاقة الإنتاجية ورفع مستوى الدخل والنتاج القومى ، ومن خلال هذه الزيادة في الدخل والنتاج القومى يمكن سداد القرض وفوائده (١٣٧٦)

و تستخدم الحصيلة أيضاً في تمويل الصناعات المنتجة لسلع التصدير أو السلع البديلة للواردات الأساسية مما يؤدى إلى تحسين ميزان مدفوعاتها ، ويكفل لها توفير فائض في العملات الاجنبية مما يبسر لها سداد القرض وفوائده (١٣٧٧)

الا انه رغم ما سبق يرى الباحث ان هذا النوع من القروض له اثار وخيمة على الدول قد يترتب عليها ان تكون الدولة المقترضة أداة للجهة المقرضة ، خاصة اذا عجزت عن سداد قيمة هذا القرض فضلا عن ذلك قد تقوم الجهة المقرضة بفرض شروط مجحفة ، وذلك للضغط على الدولة المقترضة بما يتفق مع تنفيذ سياستها داخليا وخارجيا ، وهذا ما عانت منه مصر عندما قامت بطلب قرض من البنك الدولى وقام بوضع شروط تعجيزية للموافقة على منح القرض لمصر

وهذا ما يجعل الصكوك الإسلامية بديلا مميذا عن هذه القروض حال تطبيقها في مصر .

٣- التمويل التضخمي:

١٣٧٥ د/ عبد الحميد ، إقتصاديات المالية العامة والنظام المالى في الاسلام ، مطبعة الرشاد ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ٢٠٣-٢٠٦

١٣٧٦ د/ بركات طراز علم المالية العامة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٧١، ص ٤٩٦،

١٣٧٧ د/ عبد الحميد القاضى مرجع سابق ص ٢٤٢

ماهية الإصدار النقدي : هو عبارة عن سك النقود الورقية من طرف السلطة النقدية غالباً ما تكون هي البنك المركزي وفقاً لما يخول لها القانون باعتبار أن البنك المركزي هو الهيئة الوحيدة في الوطن التي لها الحق في خلق و تدمير النقود ، و تتم عملية الإصدار النقدي وفق عدة معايير لعل من أهمها الحالة الاقتصادية و مدى قدرة الاقتصاد على تحمل الكتلة النقدية الإضافية.

لذا يرى الكثير من المفكرين أن وظيفة الإصدار النقدي تعتبر أهم وظائف البنك المركزي ، و هذا للأهمية القصوى التي تحيط بمفهوم الإصدار النقدي في تمويل الاقتصاد و إبقاء حالة المرونة في التعاملات و تمويل الحكومة و إبقاء قدرتها على الإنفاق من أجل تحقيق النفع العام

كيفية التمويل بالتضخم :

يقوم البنك المركزي بتقديم وسائل الدفع اللازمة للحكومة كي تتمكن من تأدية نشاطاتها المتعددة مقابل حصوله منها على اذونات خزينة صادرة من السلطة . التنفيذية في صورة قرض عادة ، فتقوم القروض المباشرة للحكومة لمواجهة عجز الموازنة إن الالتجاء إلى الإصدار النقدي الجديد كمصدر من مصادر التمويل يكون عندما تعجز المصادر التقليدية الأخرى كالضرائب و القروض العامة عن تغطية النفقات العامة ، مما يضطر الدولة إلى الالتجاء لإصدار كمية من الأوراق النقدية عن طريق البنك المركزي تستخدم في تغطية العجز في الإنفاق هذا ، و يطلق على هذا الأسلوب التمويل بالتضخم ، لأن هذا الأسلوب يؤدي إلى حدوث التضخم

أسباب التضخم الناتجة عن الإصدار النقدي :

يعتبر السبب الرئيسي في حدوث التضخم الناتج عن الإصدار النقدي هو أن الموارد الطبيعية محدودة عادة ، و لذا لا يستطيع عرض السلع و الخدمات مجارات الطلب المتزايد عليها عند زيادة عرض كمية النقود ، فتتسبب فجوة بين العرض و الطلب ، مما يؤدي إلى تسريع معدلات التضخم و غلاء الأسعار الذي أصبح الآن واحداً من أكبر المشكلات التي يواجهها الاقتصاد العالمي. (١٣٧٨)

ثانياً :- أدوات تمويل سد العجز في الاقتصاد الإسلامي

الفكر الاقتصادي الإسلامي قد سبق جميع مدارس الفكر القديمة والحديثة ، خاصة في وسائله التي استخدمها في معالجة مشكلة تمويل سد العجز في الاقتصاد الإسلامي ، ولعل أهم ما يميزها أنها تتفق مع أحكام وضوابط الشريعة الإسلامية ومن أهمها :-

أولاً :- الزكاة

تعتبر الزكاة من أهم موارد التكافل الاجتماعي في الإسلام ، فهي مورد خصب ومعين في تأمين حاجة الفقراء والمحتاجين وسد العجز

وقد نجحت تجربة جباية الزكاة في العصور الإسلامية عبر التاريخ ، فكان لها أكبر أثر في محاربة الفقر واستئصاله من جذوره حتى ان المجتمع الاسلامي اصبح مجتمعا متكافلا لا تجد من ابناؤه من يستحق كفالة بيت المال ، ومن ثم فتعتبر الزكاة هي الأداة الرئيسية في الموازنة العامة للدولة في الاقتصاد الإسلامي اذ لها دور فعال في تمويل التنمية الاقتصادية وذلك لكونها مورداً مالياً كبيراً ومتجدداً ، ولا يتوقف دورها التمويلي عند حدود حصيلتها بل يتعداها إلى ما يمكن ان تحرره من اموال مجمده ومكتنزته مما يقدر بحقق الإستقرار الإقتصادي في الدولة وبناءً على ذلك سوف نتحدث عن تعريف الزكاة في اللغة والشرع وحكمها وذلك على النحو التالي :-

الزكاة لغة : مصدر زكا الشيء اذا نما وزاد، وزكا فلان اذا صلح ،

فالزكاة هي البركة والنماء والطهارة والصلاح وصفوة الشيء^(١٣٧٩)

والزكاة : وزكاة المال هو تطهيره والفعل منه زكا يزكو تزكية اذا ادى عن ماله زكاته ،

والزكاة ما اخرجته من مالك لتطهره به وقد زكا المال . وقوله تعالى ((وتزكهم بها))^(١٣٨٠) قالوا تطهرهم بها قال أبو علي الزكاة صفوة الشيء وزكاه اذا اخذ زكاته وتزكى اى تصدق وفى التنزيل العزيز ((والذين هم للزكاة فاعلون))^(١٣٨١)

واصل الزكاة في اللغة الطهارة والنماء والبركة والمدح وكله قد استعمل في القران والحديث فالزكاة طهرة للاموال وزكاة الفطر طهرة للابدان^(١٣٨٢)

وقال ابن تيمية نفس المتصدق تزكو وماله يزكو يطهر ويزيد في المعنى^(١٣٨٣)

اما في الاصطلاح:-

عرفت الزكاة بأنها : ايجاب طائفة من المال في مال مخصوص لمالك مخصوص^(١٣٨٤)

كما عرفت بأنها : حصة من المال ونحوه يوجب الشرع بذلها للفقراء ونحوهم بشروط خاصة^(١٣٨٥)

^{١٣٧٩} المعجم الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مجمع اللغة العربية ، ص ١١

^{١٣٨٠} سورة التوبة الآية ١٠٣

^{١٣٨١} سورة المؤمنون آية ٤

^{١٣٨٢} لسان العرب ، لابن منظور مجلد ، دار صادر ، بيروت ، مجلد ١٤ ص ٣٥٨ ، باب الوأو والياء من المعتل ، فصل الزاى

^{١٣٨٣} مجموعة فتاوى ، ابن تيمية ، جزء ٢٥ ص ٨

^{١٣٨٤} معجم التعريفات للامام على بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، تحقيق ودارسة ، محمد صديق المنشاوى دار الفضيلة للنشر ، القاهرة ٢٠٠٤ ص جزء ١ ص ٧

^{١٣٨٥} المعجم الوسيط ، مرجع سابق ص ١١

الزكاة ركن من أركان الإسلام الخمسة وفرض من فروضه ، فهي الركن الثالث من أركان الإسلام ومبانيه التي لا يقوم إلا عليها ودليل فرضيتها كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ وإجماع الأمة المحمدية.

أدلة مشروعيتها

فمن أدلة الكتاب العزيز:

- ١ - قول الله تعالى: (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاٰكِعِينَ) (١٣٨٦)
 - ٢ - قوله تعالى: (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) (١٣٨٧)
 - ٣ - قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ) (١٣٨٨)
 - ٤ - قوله تعالى: (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا) (١٣٨٩)
 - ٥ - قوله تعالى: (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) (١٣٩٠)
 - ٦ - قوله تعالى: (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ * لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) (١٣٩١) والحق المعلوم هو الزكاة.
 - ٧ - قوله تعالى: (وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقِيَمَةِ) (١٣٩٢)
- فدللت هذه الآيات الكريمات على وجوب الزكاة للأمر بها والأمر للوجوب. وقد قرنت الزكاة بالصلاة في آيات كثيرة من القرآن مما يدل على أهميتها وعظيم شأنها.

ومن أدلة السنة على وجوب الزكاة:

- ١ - عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وحج

١٣٨٦ [سورة البقرة آية: ٤٣].

١٣٨٧ [سورة البقرة آية: ١١٠].

١٣٨٨ [سورة البقرة آية: ٢٦٧].

١٣٨٩ [سورة التوبة آية: ١٠٣].

١٣٩٠ [سورة النور آية: ٥٦].

١٣٩١ [سورة المعارج آية: ٢٤ - ٢٥].

١٣٩٢ [سورة البينة آية: ٥].

البيت وصوم رمضان» رواه البخاري ومسلم^(١٣٩٣) واللفظ للبخاري ولفظ مسلم «وصيام رمضان والحج» بتقديم الصيام على الحج، وقال: هكذا سمعته من النبي ﷺ وهذه الرواية أنسب للترتيب لأن فرض الصوم متقدم على فرض الحج.

٢ - وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ بعث معاذًا رضي الله عنه إلى اليمن فقال: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله فإن أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم» رواه البخاري ومسلم^(١٣٩٤) وفي رواية للبخاري: «فأخبرهم أن الله فرض عليهم زكاة من أموالهم»^(١٣٩٥) وهي مبينة للمراد من الصدقة المفروضة في الرواية الأولى أنها الزكاة وقد أفاد الحديثان وجوب الزكاة وفرضيتها وأنها ركن من أركان الإسلام وخص الفقراء بالذكر في حديث ابن عباس من بين بقية الأصناف الثمانية لمقابلة الفقراء بالأغنياء ولأن الفقراء هم الأغلب وحقهم في الزكاة أكد من بقية الأصناف^(١٣٩٦).

وأجمع المسلمون على وجوب الزكاة وأنها أحد أركان الإسلام وفريضة من فرائضه.. واتفق الصحابة رضي الله عنهم في عهد أبي بكر على قتال مانعيها^(١٣٩٧).

وعلى ذلك إذا استطعنا تطبيق صك الزكاة كحق مفروض على كافة المحاصيل الزراعية وكذلك عروض التجارة والذهب والفضة والأوراق النقدية ، فإن أموال الزكاة ستصل إلى حد كبير يفوق حد التصور وهي كافية لكي تستأصل من المجتمع الإسلامي جذور الفقر والجهل والمرض وعدم الالتجاء إلى سد العجز عن طريق قروض ربوية وتنازلات من الدولة للجهة المقرضة

فاذا ادى كل فرد ما عليه من زكاة ، فإن ذلك سيعود على كل فرد من افراد الامة بنعمة الكفاية ويستظل بظل عدالة الاسلام

ومن هنا يظهر لنا حاجة الدولة إلى تطبيقها ، خاصة في هذه الآونة التي ظهرت فيها فروق بين الطبقات بشكل ظاهر وواضح في ذات الوقت التي تعاني فيه الدولة من ظروف إقتصادية سيئة وقيام البعض بتهريب الأموال إلى الخارج ، وهذا ما تبين لنا عقب الثورات التي قامت في مصر .

ثانياً :- المضاربة

^{١٣٩٣} صحيح البخاري ج ١ ص ٨ باب " دعاؤكم إيمانكم " . ومختصر صحيح مسلم ج ١ ص ٢٢ باب " بني الإسلام على خمس

^{١٣٩٤} صحيح البخاري ج ٢ ص ٩٠ باب " وجوب الزكاة " . ومختصر صحيح مسلم ج ١ ص ١٣٦ باب " وجوب الزكاة " .

^{١٣٩٥} صحيح البخاري ج ٢ ص ١٠١ .

^{١٣٩٦} دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين ج ٤ ص ٩ وأحكام الأحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم ج ٢ ص ٥ ..

^{١٣٩٧} المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٣٤ ، والإفصاح لابن هبيرة ج ١ ص ١٣١ ، والمجموع شرح المذهب ج ٥ ص ٢٩٢ .

قدم الاقتصاد الإسلامي بدائل شرعية كثيرة للمعاملات الربوية المختلفة، ومن هذه البدائل المضاربة والمضاربة في اللغة:- اصل المضاربة من الضرب في الارض يضرب ضربا وضربانا ومضروبا بالفتح بالفتح ، خرج فيها تاجرا أو غازيا وقيل اسرع ، وقيل سار في ابتغاء الرزق ، وضربت في الارض ابتغى الخير من الرزق يقال ان لى في الف درهم لمضربا اى ضربا

قال الله عز وجل ((واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة))^(١٣٩٨) اى سافرتم

وقوله تعالى ((لا يستطيعون ضربا في الارض))^(١٣٩٩)

يقال ضرب في الارض اذا سار فيها مسافرا ، فهو ضارب والضرب يقع على جميع الأعمال إلا قليلا ضرب في التجارة وفي الارض وفي سبيل الله ودار به في المال من المضاربة وهي القراض والمضاربة ان تعطى انسانا من مالك ما يتجر فيه على ان يكون الربح بينكما أو يكون له سهما معلوما من الربح

والمضاربة لغة أهل العراق ، اما أهل الحجاز فيسمونها القراض قيل هو مشتق من القطع لان اصل القرض في اللغة القطع (١٤٠٠)

المضاربة في الإصطلاح

أولاً : الأحناف :

جاء في تكملة فتح القدير : المضاربة عبارة عن عقد على الشركة بحال من أحد الجانبين وعمل الآخر . وقال صاحب النهاية : المضاربة في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا^(١٤٠١)

وقال الميرغاني " المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر" وقال شارحاً لهذا التعريف : مراده الشركة في الربح هو مستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب

^{١٣٩٨} النساء الاية ١٠١

^{١٣٩٩} سورة البقرة ٢٧٣

^{١٤٠٠} لسان العرب ، لابن منظور جز ١ ص ٥٤٤،٥٤٥ باب الباء فصل الضاد المعجمه

^{١٤٠١} مواهب الجليل على مختصر خليل ج ٥

الأخر ولا مضاربة بدونها لأنه لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرض (١٤٠٢)

ثانياً : المالكية :

وعرف المالكية المضاربة أو القراض بعدة تعريفات أهمها مايلي

قال خليل في مختصره : " القراض توكيل على التجار في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما " (١٤٠٣).

قال شارحه : القراض بكسر القاف وهو القطع ، سمي بذلك : لأن المالك قطع قطعة لمن يعمل فيه بجزء من الربح " توكيل " من رب المال لغيره على اتجار في نقد ذهب أو فضة فهو توكيل خاص مخرج ما عداه من أنواع التوكيل حتى الشركة ، لأن معنى في نقد اتجار مفيد به وفي معنى الباء أي : بنقد والاتجار والتصرف في البيع والشراء ليحصل ربح " مضروب " ضرب يتعامل به لا بعروض ولا بتبر ونقار فضة " مسلم : من ربه للعامل " بجزء " شائع كائن " من ربحه : أي ربح ذلك المال لا يقدر معين من ربحه كعشرة دنانير ولا بشائع من ربح غيره " إن علم قدرهما " أي المال والجزء ونصف (١٤٠٤)

ثالثاً : الشافعية :

عرف الشافعية القراض بعدة تعريفات نذكر منها ما يلي :

قال النووي في تعريف المضاربة : " أن يدفع إليه مالا يتجر به والربح مشترك (١٤٠٥).

وقال زكريا الأنصاري : " وحقيقته عقد يتضمن دفع مال لآخر ليتجر فيه والربح بينهما " .

رابعاً : الحنابلة :

لقد عرف الحنابلة المضاربة أو القراض بعدة تعاريف منها

فقد جاء في كشف القناع : والمضاربة هي : دفع مال وما في معناه معين معلوم قدره إلى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه (١٤٠٦)

وقال ابن قدامة : المضاربة هي : " أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما " (١٤٠٧)

١٤٠٢ تكملة فتح القدير لابن الهمام ج ٨ .

١٤٠٣ الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوى ج ٦ ، وانظر أيضاً مختصر خليل ص ٢٣٥

١٤٠٤ انظر الشرح الكبير ج ٣ .

١٤٠٥ المنهاج مع مغني المحتاج ج ٢ .

١٤٠٦ كشف القناع للبهوتي ج ٣ .

والتعريف المختار هو :-

(المضاربة عقد يتضمن دفع مال خاص وما في معناه معلوم قدره ونوعه وصفته من جائز التصرف لعاقل مميز رشيد يتجر فيه بجزء مشاع معلوم من ربحه له)

او تعرف المضاربة اصطلاحاً بأنها اتفاق أو عقد بين طرفين أو عدة أشخاص يبذل فيه طرف ماله، ويبذل الطرف الآخر جهده وعمله، ويكون الربح في ذلك حسب الإنفاق، وفي حالة الخسارة يتحمل

صاحب المال الخسارة المالية بينما يخسر صاحب العمل جهده ونشاطه، ولا يطالب العامل

ادلة مشروعيتها

أولاً : الكتاب :-

قال الله تعالى : " وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله " (١٤٠٨)

وجه الاستدلال :

حيث ذكر الله سبحانه وتعالى فضل الضرب في الأرض والسفر طلباً للرزق للنفقة على نفسه وعياله ، فكان ذلك بمنزلة الجهاد لأنه جمعه مع الجهاد في سبيل الله.(١٤٠٩)

فدل ذلك على مشروعية المضاربة ، لأن معناها الضرب في الأرض لطلب الرزق في الأرض عن طريق التجارة .

وقال تعالى : " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله " (١٤١٠).

وجه الاستدلال :

قال القرطبي: هذا أمر بإباحة معناه إذا فرغتم من الصلاة فانتشروا في الأرض للتجارة والتصرف في حوائجكم " وابتغوا من فضل الله " أي من رزقه . والمضاربة نوع تجارة فدل على جوازها.(١٤١١)

ج- وقال تعالى : " ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم .."(١٤١٢)

١٤٠٧ الكافي لابن قدامة ج ٢

١٤٠٨ سورة المزمل ، آية : ٢٠ . ص ٤٨

١٤٠٩ الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي . ج ١٠ . ص ٥٢ .

١٤١٠ سورة الجمعة . آية : ١٠ .

١٤١١ الجامع لأحكام القرآن . للقرطبي . ج ٩ ص ٩٩ .

١٤١٢ سورة البقرة ، آية ١٩٨ .

وجه الاستدلال :

ذكر الماوردي في وجه الاستدلال بهذه الآية في مشروعية المضاربة : أن هذه الآية أكثر نص استدلال به العلماء على مشروعية المضاربة فقال : " وهي الأصل في إحلال القراض وإباحته ، حيث في القراض ابتغاء فضل الله وطلب نماء. (١٤١٣)

ثانياً : السنة :-

- أ- ما روي عن ابن عباس أنه قال : كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشتراط على صاحبه أن لا يسلك به بجرأ ولا ينزل به ولا يشتري به دابة ذات كبد ورطبة فإن فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه ذلك رسول الله فأجاز شرطه. (١٤١٤)
- ب- روى ابن ماجه من حديث صهيب أن النبي ﷺ قال : " ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمقارضة وأخلاق البر بالشعير للبت لا للبيع " . (١٤١٥)
- ج- وبعث رسول الله ﷺ والناس يتعاملون بالمضاربة فلم ينكر عليهم ، وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة. (١٤١٦)

ثالثاً : الآثار :-

- أ- ما روى زيد بن أسلم عن أبيه " أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب - رضي الله عنهم - خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فرحب بهما وسهل ، وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال بلى ، هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكما ، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، ثم تبيعانه في المدينة ، وتفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه ، فقالا : وددنا ، ففعل ، فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما ، وباعا ، وربحا ، فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما أسلفتما ؟ فقالا : لا ، فقال عمر ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما ؛ أديا المال وربحه ، فأما عبد الله ، فسكت ، وأما عبيد الله ، فقال : يا أمير المؤمنين ، لو هلك المال ضمناه . فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا

١٤١٣ تكملة المجموع ، لمحمد نجيب المطيعي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. ج ١٤ ص ٥٦

١٤١٤ أخرجه الدار قطني ج ٣ / ٧٨ رقم الحديث (٢٩٠) وقال إن في إسناده أبو الجارود وهو ضعيف . وأخرجه البيهقي في السنن ج ١١١/٦ وقال ضعيف الإسناد .

١٤١٥ رواه ابن ماجه ج ٢ / ٦٧٨ في باب الشركة والمضاربة رقم الحديث ٢٢٨٩ وقال في نيل الأوطار ج ٥ / ٣٩٤ . وفي إسناده نصر ابن القاسم عن عبد الرحمن بن داود وهما مجهولان .

١٤١٦ البدائع جزء ٦ ص ٧٩

أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضاً ، فأخذ رأس المال ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال " . (١٤١٧)
وجه الاستدلال :

ذكر الماوردي عن الاستدلال بهذا الأثر الذي ورد عن ابن عمر فقال : وقد اختلف أصحابنا في وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه :

١ . قول الجليس لو جعلته قراضاً ، وإقرار عمر على صحة القراض . ولو علم فساده لرده .

٢ . أن عمر أجرى عليهما في الربح حكم القراض الفاسد ، لأنهما عملا على أن يكون الربح لهما ، ولم يكن قد تقدم في المال عقد يصح حملهما عليه .

٣ . أن عمر أجرى عليهما في الربح حكم القراض الصحيح وإن لم يتقدم منهما عقد. (١٤١٨)

ب- عن حكيم بن حزام انه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة يضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله على بحر ولا تنزل به بطن مسيل فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي. (١٤١٩)

ج- عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده : أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطاه مالا قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما. (١٤٢٠)

د- ما روي عن علي أنه قال : " في المضاربة الوضيعة على المال والربح على ما اصطالحوا عليه " . (١٤٢١)

وغيرها من الآثار الدالة على مشروعية المضاربة كثير .

رابعاً : الإجماع :-

لقد تعامل المسلمون بالمضاربة منذ البعثة إلى وقتنا الحاضر من غير نكير ، ومثل هذا يكون إجماعاً ، قال الشوكاني بعد أن نقل آثار الصحابة التي تدل على تعاملهم بالمضاربة : " إن هذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير فكذا إجماعاً منهم على الجواز. (١٤٢٢)

وقال ابن حزم قوله " كل أبواب الفقه فيه أصل الكتاب والسنة ، حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً في السنة لكنه إجماع صحيح ويقطع بأنه كان في عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره " . (١٤٢٣)

١٤١٧ أخرجه مالك في الموطأ (ج ٢ / ٦٨٧) والشافعي والدارقطني وقال الحافظ : إسناده صحيح

١٤١٨ تكملة المجموع لمحمد المطيعي ج ١٤ ص ١١٥ .

١٤١٩ أخرجه مالك في القراض عن يعقوب الجهني أنه عمل في مال لعثمان على أن الربح منهما .

١٤٢٠ الموطأ رواية يحيى بن يحيى الليثي ج ١ ص ٤٨٠ رقم الحديث ١٣٨٦ .

١٤٢١ نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ . ص ٣٩٣ .

١٤٢٢ نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ .

وقال ابن المنذر: " أجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ".^(١٤٢٤)

وقال الصنعاني: " لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام ".^(١٤٢٥)

خامساً : القياس :

استدل بعض الفقهاء على مشروعية المضاربة بقياسها على المساقاة والمزارعة بجامع أن كلاً منهم شرع للحاجة ، حيث إن مالك النخيل أو الزروع قد لا يحسن العمل فيهما أو قد تكون عنده ظروف تمنعه من السقى والزراعة كما أن من يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه وهذه العلة موجودة في القروض .

وممن قاس المضاربة على المساقاة والزراعة الإمام أحمد .

قال ابن تيمية : " ولقد كان الإمام أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة لثبوتها بالنص فتجعل أصلاً يقاس عليه .

ولقد رجح رحمه الله – ابن تيمية – ذلك حيث قال : وقياس كل منهما على الآخر صحيح وإن خالف فيهما من خالف ممن ثبت عند جواز أحدهما أمكنه أن يستعمل فيه حكم الآخر لتساويهما.^(١٤٢٦)

سادساً المعقول :

أننا لو نظرنا إلى أموال الناس وقدراتهم ومداركهم لوجدنا فيهم اختلافاً كبيراً فمنهم الغني الذي أعطاه الله بسطة في المال والذكاء ، بحيث يستطيع أن يستثمر ماله وينميّه دون الحاجة إلى إعطاء ماله لآخر لينميّه له ومنهم من لديه المال ، ولكن لا يستطيع أن ينميّه إما لعدم قدرته على ذلك ، أو لعدم فراغه لانشغاله بطلب علم وغير ذلك .

لذلك كان القول بجواز المضاربة أولى ، وخاصة أنه ليس هناك دليل شرعي يمنع ذلك .

قال في المقدمات لابن رشد: " القراض مما كان في الجاهلية فأقره في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتمييزها بالتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه . فاضطر فيه إلى استئابة غيره ولعله لا يجد من يعمل له فيه لهذه الضرورة واستخرج بسبب هذه العلة من

١٤٢٣ المحلى لابن حزم ج ٨ .

١٤٢٤ تكملة المجموع لمحمد نجيب المطيعي . ج ١٤

١٤٢٥ تكملة المجموع لمحمد المطيعي ، انظر بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ .

١٤٢٦ مجموع الفتاوى ابن تيمية . ج ١٠١/٢٩ .

الإجازة المجهولة على نحو ما ، وخص في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه".^(١٤٢٧)

تحرص الشريعة الإسلامية على تنمية المال وتفعيل دوره في الأنشطة الاقتصادية النافعة، وتمنع كثر المال وحجبه عن التداول. وبما أن الشريعة تحرم المتاجرة بالنقود عن طريق الربا؛ لما له من مفسد اقتصادية واجتماعية وسياسية ، فأنها تفتح آفاقاً كثيرة لتنمية المال منها المضاربة.

والمبدأ في المضاربة أن من يملك النقود قد لا يحسن التجارة أو لا يملك الوقت لإدارتها، ومن يحسن التجارة قد لا يملك رأس المال ، فاحتاج الطرفان إليه فشرعت لدفع الحاجتين.

والمضاربة اتفاق استثماري بين أرباب الأموال والعمال تتميز بفعالية وملاءمة للظروف الاقتصادية، فهي تكفل جمع المدخرات واستثمارها لتمويل التنمية، وتحقق بذلك قوة دفع ذاتية مستمرة ومتزايدة للنظام الاقتصادي الإسلامي، وتؤدي إلى المساهمة في تحقيق وظيفة الإنسان في الأرض وهي عمارة الأرض .

وعلى ذلك يمكن تمويل عجز الموازنة في الاقتصاد الإسلامي بصكوك المقارضة فيمكن للحكومة ان تصدر كمية من هذه الصكوك و طرحها للاكتتاب العام لتمويل مشروع معين أو لتوسيع مشروع موجود .

المبحث الثالث:- أثر تطبيق الصكوك الإسلامية في جذب رؤوس الأموال

تمهيد وتقسيم :- لقد عانت الدول العربية والإسلامية في الآونة الاخيرة من اضطرابات سياسية واقتصادية ، مما جعلها منطقة غير مستقرة لا تشجع المستثمرين على الإستثمار فيها، بل وساعدت هذه الأوضاع على هجرة رؤوس الأموال المحلية إلى الخارج، وهذا ما تبين لنا بعد ثورة الخامس والعشرون من يناير والتي اظهرت وجود اموال باهظة باسماء بعض رجال الأعمال في البنوك الخارجية ، الأمر الذي أدى إلى حرمان بلادنا من الاستفادة من هذه الأموال حتى الان وعجز السلطات المختصة عن استردادها

وادی عدم إستقرار الوضع السياسي إلى هروب أموال المستثمرين الأجانب وعدم رغبتهم في إستثمار اموالهم داخل الوطن، الأمر الذي حد من التنمية الاقتصادية والاجتماعية وساعد على استمرار تخلفها وفقرها.

ومع الإصلاحات التي تقوم بها الدولة ودول المنطقة ، لمحاولة الحد من هذه الظاهرة تم عمل مؤتمرات إقتصادية يكون الغرض منها رفع اقتصاد الدولة وجذب المستثمرين الاجانب إلى مصر ودول المنطقة ومع تطبيق الإستثمار الإسلامي متمثلاً بالصكوك ومع المخاطر التي يتعرض لها المستثمرون في البلاد الغربية الأمل كبير في ازدياد الإستثمارات في البلاد الإسلامية، وعودة الأموال إلى مواطنها الأصلية ليستفيد منها المسلمون.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث على النحو الآتي

المطلب الأول:- أثر تطبيق الصكوك الإسلامية على الإستثمار الداخلي

المطلب الثاني :- أثر تطبيق الصكوك الإسلامية على جذب رؤوس الأموال

المطلب الأول:- أثر تطبيق الصكوك الإسلامية على الإستثمار الداخلي

نظرا لما ارتأيناه في هذه الأونة وخاصة بعد الآثار السيئة التي تعرضت لها الدولة كأثر لنظام الخصخصة التي تم تطبيقه في مصر مما اعقبه ضياع اموال الدولة الامر الذي دفعنا إلى الوقوف عن مدى امكانية تطبيق الصكوك الإسلامية كأداة لتمويل المشروعات الصغيرة وإدارة الممتلكات العامة للدولة وتأثيرها على المستثمرين والمصدرين وبيان ذلك على النحو التالي :-

١- تمويل الصكوك للمشروعات الصغيرة:

لا يوجد تعريف جامع ومحدد لها حيث يرتبط التعريف بعدة معايير منها: حجم العمالة المستخدمة، وحجم الإستثمار أو رأس المال المستخدم، وحجم الإنتاج، ومدى تطور التقنية المستخدمة

وفي مصر أخذ القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ٢٠٠٤ م بإصدار قانون تنمية المنشآت الصغيرة، في تحديد المشروعات الصغيرة بمعيار رأس المال

فعرف المنشأة الصغيرة في تطبيق أحكام هذا القانون ، كل شركة أو منشأة فردية تمارس نشاطا إقتصاديا إنتاجيا أو خدميا أو تجاريا لا يقل رأسمالها المدفوع عن خمسين ألف جنيه ولا يجاوز مليون جنيه ولا يزيد عدد العاملين فيها على خمسين عاملا .

و يقصد بالمنشأة المتناهية الصغر في تطبيق أحكام هذا القانون كل شركة أو منشأة فردية تمارس نشاطا إقتصاديا إنتاجيا أو خدميا أو تجاريا ، ويقل رأسمالها المدفوع عن خمسين ألف جنيه . (١٤٢٨)

تتبع أهمية التمويل للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من أهمية تلك المؤسسات ذاتها لإقتصاديات الدول جميعا، فهي من البداية أساس الإنتاج وأصل النشاط الإقتصادي الذي بدأ بمشروعات صغيرة قبل أن تظهر المشروعات الكبيرة، كما أنها طوق النجاة للخروج من الأزمات الإقتصادية، لقدرتها العالية على تنمية الاقتصاد، وتحديث الصناعة، ومواجهة مشكلة البطالة، وإعداد قاعدة عمالية، وتفعيل مشاركة المرأة، وخلق روح التكامل والتنافس بين المشروعات، وتطوير المستوى المعيشي للأفراد، وتضييق الفجوة بين الادخار والاستثمار، وتوسيع قاعدة الملكية للقطاع الخاص، وزيادة الصادرات، والإحلال محل الواردات، مما يعكس إيجابا على ميزان المدفوعات، ويساهم في إستقرار سعر الصرف، ويحجم ارتفاع الأسعار، وينقل العديد من الطبقات الفقيرة من خط الفقر إلى دائرة الحياة.

^{١٤٢٨} القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون تنمية المنشآت الصغيرة مادة ١ ، ٢٠

إن المشروعات الصغيرة تعتبر بحق المصدر الرئيس لتقديم احتياجات المواطنين من السلع والخدمات، وترتبط بعلاقة تبادلية تجمع بين التشابك والتكامل بين كافة فروع الصناعات، فهي تمثل القنوات الأساسية في استهلاك ما تنتجه المشروعات الكبيرة من خامات ومواد وسيطة، وفي الوقت نفسه تمد المشروعات الكبيرة بما تحتاجه من قطع غيار وأجزاء ومكونات، مما يسهم في إثراء عملية التنمية بشقيها الاقتصادي والاجتماعي^(١٤٢٩)

ويكشف الواقع التمويلي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول الإسلامية، وما به من معوقات أمام تلك المؤسسات، مدى حاجة الدول الإسلامية للوقوف على تلك المعوقات، وعلاجها بما يحقق للنظام التمويلي دوره في تنمية تلك المؤسسات، وتبدو هنا أهمية التمويل الإسلامي وفي مقدمتها الصكوك لتحقيق ذلك، فهي تملك من الخصائص والسمات ما يحول دون وجود مثل هذه المعوقات، بما تتضمنه من مزايا لا توجد في غيرها من أنظمة التمويل التقليدي، ويمكن إيجاز تلك المزايا فيما يلي

١. تنوع صكوك الإستثمار وتعددتها، فهناك أنواع قائمة على التبرعات والبر والإحسان، وأساليب للتمويل قائمة على المشاركات) الصكوك الخيرية والصكوك الاستثمارية (وهذا يتيح فرصاً ومجالات أكثر لتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة.
 ٢. الصكوك الاستثمارية تقوم على أساس دراسات الجدوى من الناحية الاقتصادية، وعلى أساس الحلال من الناحية الشرعية، وهذا يعني أن المشروعات عند دراستها تخضع للأولويات الإسلامية من ضروريات وحاجيات وتحسينات، مما يحقق تخصيصاً أمثل للموارد، ويحقق ما تصبو إليه البلاد العربية من تنمية اقتصادية واجتماعية مستدامة.
 ٣. صكوك الإستثمار الإسلامية تنقل التمويل من أسلوب الضمان والعائد الثابت إلى أسلوب المخاطرة والمشاركة، والغنم بالغرم، فلا مجال هنا لاستفادة طرف على حساب آخر كما في التمويل التقليدي، وهي بذلك تحقق معيار العدل في المعاملات.
 ٤. سعر الفائدة كئمن للإقراض والاقتراض هو ربا محرم شرعاً، فضلاً عن أنه عملية دخيلة على النظام البشري، تضخم معها النشاط التمويلي بما فيه من أمراض التضخم والمقامرة، وانكماش فيه النشاط الإنتاجي بما فيه من تنمية ووفرة، وهذا بعكس الصكوك الإسلامية التي تغلب النشاط الإنتاجي على النشاط المالي.^(١٤٣٠)
- إن مؤسسات تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة حينما تتحول من الأسلوب الربوي إلى الأسلوب الإسلامي فإنها تقيم تنظيمًا جديدًا فنيًا وإداريًا، حيث يتحول اهتمامها من إدارة الإقراض إلى إدارة الإستثمار، ومن التركيز على الضمان إلى التركيز على الجدوى الاقتصادية، ومن اشتقاق الائتمان للحصول على فائدة إلى تحفيز الادخار والاستثمار، ومن دور المرابي إلى دور المستثمر والمستشار الاقتصادي، الذي يلتحم مع المشروع ويقدم له المشورة، بما يكون لها من مراكز أبحاث اقتصادية، ومعرفة بأحوال السوق، ويتوفر كم كاف من المعلومات عن حركة الإستثمار.

^{١٤٢٩} انظر، هاني سيف النصر، دور الصندوق الاجتماعي في تنمية وتمويل المشروعات الصغيرة، تجربة مصرية، بحث مقدم لندوة أساليب التمويل الإسلامية للمشروعات الصغيرة، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠٠٤ م، ص ١

^{١٤٣٠} متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، الملتقى الدولي ١٧- ١٨ أبريل ٢٠٠٦ ص ٣٣٨- ٣٤٥

وفي هذا الإطار يمكن لمؤسسات تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة تبني آلية لتمويل تلك المشروعات تقوم على تنمية جانب الموارد وكذلك تنمية جانب الاستخدامات بمؤسسات التمويل، بما ينمي من المشروعات الصغيرة والمتوسطة

٢- الصكوك الإسلامية بديلاً للخصخصة^(١٤٣١)

وقد ظهرت الخصخصة كردة فعل على الأوضاع الاقتصادية التي سادت في أثناء سيطرة القطاع العام على الاقتصاد في الدولة، حيث ظهر العجز المتزايد في الموازنات العامة وفي موازين المدفوعات، وارتفعت معدلات البطالة ومعدلات التضخم، وازداد حجم الديون المحلية والأجنبية بشكل كبير^(١٤٣٢)

وإذا كان النظام الإسلامي يقرر وجود الملكية العامة كركيزة يقوم عليها النظام الاقتصادي في الإسلام، كما يقوم على ركيزة الملكية الخاصة إلا أنه يرفض خصخصة ملكية بعض الأموال العامة، ويجيزها في البعض الآخر. أما خصخصة الإدارة فلا يمكن التعرف على موقف الاقتصاد الإسلامي منه دون التعرض لمسألة نظام استغلال الممتلكات العامة^(١٤٣٣)

نظام استغلال الممتلكات العامة:

أ- الأموال المتجمعة في بيت المال، مثل مال الخراج، والأموال الأخرى التي توجه للإنفاق في المصالح العامة الأصل فيها أن توجه مباشرة للإنفاق على هذه المصالح، فتشيد بها السدود والقناطر وتعد بها الطرق وتبنى بها المدارس والمستشفيات ومختلف المرافق وتدفع منها الأجور والمرتببات.. الخ.

ومعنى ذلك أن الشأن فيها هو الإستخدام والإنفاق وليس الاستغلال والحصول منها على غلة أو عائد.

فإذا وجد فائض في هذه الأموال، وادخر للمستقبل، كما نص على ذلك الكثير من الفقهاء وخاصة الأحناف.

فهل هناك ما يمنع من إستثمار هذه الأموال واستغلالها في إقامة مشروعات إقتصادية؟

ليس هناك ما يمنع ذلك، بل إن ذلك هو النهج السليم، وإلا تحولت إلى مكتنزات طالما أنها لم تستغل استغلالاً إقتصادياً جيداً.

وهناك إشارات فقهية تدل على هذا الاتجاه:

١٤٣١ (مجموعة السياسات والإجراءات المتكاملة التي تستهدف الاعتماد الأكبر على نظام السوق وآلياته في تحقيق التنمية والعدالة) (النشرة الإقتصادية، بنك مصر، السنة الثالثة والأربعون، العدد الثاني، ٢٠٠٠ م، ص ٤٠)

^{١٤٣٢} الخصخصة وتقليص دور القطاع العام، موقف الاقتصاد الإسلامي، شوقي دنيا، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، مكة المكرمة، ٢٠٠٣، ص ١٠

^{١٤٣٣} د/ أسامه عبد الحليم جورية، مرجع سابق، ص ١٧٣

ورد في المبسوط "فإن اشترى الإمام بمال الخراج غنماً سائمة للتجارة وحال عليها الحول فعليه فيها الزكاة^(١٤٣٤)" والشاهد هنا الاعتراف الفقهي بقيام الدولة بإستثمار واستغلال مال الخراج، وذلك بتحويله إلى أصول نامية يتحقق منها ربح.

وقياساً على ذلك، للدولة القيام باستغلال هذه الأموال بالأسلوب الذي تراه أكثر صلاحية؛ وقد يتمثل ذلك في إقامة مشروعات إقتصادية تنتج سلعاً وخدمات بقصد الربح، ومعنى ذلك قيام ما يعرف حالياً بالقطاع الإقتصادي العام.

وعلى هذا طالما أن أصل ومصدر هذه المشروعات هي أموال مملوكة لبيت المال فإنه من حق الدولة أن تخصص هذه المشروعات خصصة ملكية وإدارة معاً، شريطة أن يخضع ذلك للضوابط الشرعية الحاكمة للدولة في تصرفاتها في الأموال العامة.

ب- الممتلكات العامة الإنتاجية المتمثلة في موارد الثروة مثل الأراضي والمناجم والغابات والمياه ومصادر الطاقة .. الخ.

هذه الموارد تحتاج إلى استغلال وتنمية حتى لا تترك معطلة؛ ومعنى ذلك إقامة المشروعات الزراعية والصناعية والتجارية والخدمية، مثل محطات توليد الطاقة ومشروعات استخراج المعادن وتصنيعها، والمشروعات الزراعية ... الخ.

ومثل هذه المشروعات تتطلب مشروعات تتولى تصريف هذه السلع والخدمات.

فهل من حق الدولة إقامة قطاع عام يمارس أنشطة إقتصادية متنوعة؟

من الناحية النظرية نعم من حقها ذلك، بل قد يكون من واجبها إقامة هذه المشروعات لأنها مسؤولة عن استغلال وإستثمار هذه الموارد حتى يستفيد منها كل الناس؛ وقد لا يتأتى ذلك إلا من خلال إقامة هذه المشروعات العامة.^(١٤٣٥)

ومن الناحية العملية التطبيقية قد قامت الدولة في صدر الإسلام بشيء من هذا القبيل، حيث ثبت أن الدولة في عهد عمر رضى الله عنه أقامت الصوافي بنفسها، أي أقامت ما يمكن اعتباره مشروعات زراعية عامة.

كما ثبت أنه عندما أجلي عمر رضى الله عنه إليه ود من خبير قامت الدولة باستغلال حصتها في هذه الأراضي، وخيرت أصحاب الحصص الأخرى في أن يقوموا هم باستغلالها أو أن تقوم الدولة باستغلالها لهم نظير جزء من الناتج^(١٤٣٦)

وتفيد هذه الواقعة قيام الاستغلال العام "القطاع العام" على الممتلكات العامة، وكذلك قيام القطاع العام على ممتلكات خاصة بهدف استغلالها.

^{١٤٣٤} . . المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩ ج ٣ ص ٥٢

^{١٤٣٥} د/ عيسى عبده النظم المالية في الإسلام، معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٧٤

^{١٤٣٦} يحيى بن آدم القرشي، الخراج، المكتبة العلمية، لاهور، باكستان، ١٩٧٤، ط ١، ج ١ ص ٦٩

وقدم الفقه تنظيراً فقهياً لاستغلال هذه الممتلكات الإنتاجية العامة. موضحاً أن أمام الحاكم أسلوبين لاستغلال هذه الأموال، الأسلوب العام "القطاع العام" و الأسلوب الخاص "الاستغلال من قبل القطاع الخاص" وعلى الحاكم أن يختار أحسن الأسلوبين. فقد ورد في الأحكام السلطانية: "أما المعدن من حيث هو فيمكن استغلاله بإحدى طريقتين: إقطاعه لمن يستغله في نظير شيء لبيت المال، وهو إقطاع انتفاع لا إقطاع تملك، بأن يقيم الوالي فيه من يعمل للمسلمين بأجرة^(١٤٣٧)". ويقول يحيى بن آدم: "وكل أرض لم يكن فيها أحد تمسح عليه ولم يوضع عليها الخراج، قال حسن فذلك للمسلمين، وهو إلى الإمام، إن شاء أنفق عليها من بيت مال المسلمين وأستأجر من يقوم فيها، ويكون فضلها للمسلمين، وإن شاء أقطعها رجلاً ممن له غناء عن المسلمين"^(١٤٣٨)

أما عن الأسلوب الثاني للاستغلال وهو الاستغلال الخاص، من قبل القطاع الخاص فله هو الآخر ركيزته التطبيقية، فقد ثبت ((أن الرسول ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها))^(١٤٣٩) عندما رأى أنهم أقدر على زراعتها.

دفع أراضي الفتوح الإسلامية والتي أصبحت ملكية عامة t كما ثبت أن عمر لأصحابها السابقين ليقوموا باستغلالها نظير جزء من الناتج^(١٤٤٠)، وفي الحالتين لم تقم الدولة باستغلال هذه الموارد من خلال القطاع العام.

كذلك ثبت أن عثمان رضى الله عنه حول استغلال أراضي الصوافي من القطاع العام إلى القطاع الخاص عندما تبين له أن الثاني أكفاً من الأول، إذ لم يزد العائد على الدولة من خلال الأسلوب العام عن تسعة ملايين درهم بينما وصل في الأسلوب الخاص إلى خمسين مليون درهم^(١٤٤١)

وعندما جاء عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه أمر بأن تستغل أراضي الصافية من قبل القطاع العام

يتضح من هذه الأمثلة أن أصول الاقتصاد الإسلامي لا تمنع من وجود ما يعرف بالقطاع العام، سواء كان منبوعه ومبوعه وجود موارد عامة إنتاجية تحتاج إلى استغلال أو كان مبوعه وجود أموال عامة سائلة تحول إلى استثمارات بدلاً من تركها بحالتها النقدية معطلة.

وهذا يبين بوضوح أن الخصخصة إن كانت تخصيص إدارة فتجوز بغير خلاف، حيال كل المشروعات العامة، شريطة أن يكون ذلك هو الأسلوب الأمثل؛ وشريطة ألا يترتب عليه تفويت حق لأي فرد كان له في ظل المشروع العام في المجتمع. وقد فعل ذلك عثمان رضى الله عنه في أرض الصوافي كما طالب بفعله عمر بن عبد العزيز.

^{١٤٣٧} الأحكام السلطانية، الماوردي، مكتبة الحلبي، القاهرة، ص ٧

^{١٤٣٨} الخراج، يحيى بن آدم القرشي، ج ١ ص ٢٠

^{١٤٣٩} صحيح مسلم، الإمام مسلم، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، رقم الحديث ١٥٥١). ج ٣ ص ١١٨٦

^{١٤٤٠} الخراج، يحيى بن آدم القرشي، ج ١ ص ٢٠

^{١٤٤١} المقدمات، ابن رشد (الجد)، دار صادر، بيروت، ١٩٩٨ ص ٢٢٥

أما إن كان تخصيص ملكية، بأن تصبح هذه المشروعات ذات الملكية العامة مملوكة ملكية خاصة ، فإن الجواب بالإمكانية أو عدمها ليس سهلاً، ولا ينبغي التعميم والإطلاق.

ومرجع ذلك ما سبقت الإشارة إليه من تنوع الممتلكات العامة ما بين ملكيات جماعية أو مشتركة لكل الناس، وبين ملكية للدولة أو لبيت المال.

تبرز صكوك الإستثمار في ظل الخلافات الحادة الناتجة عن طرح مشروعات الخصخصة ومع الجدل حول جدواها الإقتصادية مخرجاً من هذه الأزمة التي كثر الكلام حولها.. حيث يمكن للدولة أن تصدر صكوك إستثمار في كل من القطاعين العام والجماعي فتحافظ عليهما وتزيد فعاليتهما ، وتستغني عن الخصخصة التي تمنع انتفاع الأجيال القادمة بهما من خلال ما يلي:

١- في القطاعات الإنتاجية التي لا تستطيع الدولة استثمارها أو عجزت عن استثمارها بالشكل الأمثل أو لم تعد تستطيع الإنفاق عليها من أجل تحسين كفاءتها مثل قطاعات النفط والغاز والثروات الباطنية وقطاع الكهرباء والهاتف... يمكن للدولة أن تصدر صكوك المشاركة والمشاركة المنتهية بالتمليك ، حيث تبقى هذه الصكوك على ملكيتها الجماعية وتعهد إلى شركات خاصة ومؤسسات مالية مسؤولة إصدار الصكوك وإدارة المشروعات مع تخصيص جزء من الأرباح لها؛ وبهذه الطريقة تكون الدولة قد حافظت على هذا القطاع من الضياع ووفرت على نفسها عناء الإدارة والإشراف.

٢- كما تستطيع الدولة إستثمار الأراضي التي تملكها عن طريق صكوك المزارعة، حيث تصدر مؤسسة مالية صكوك المزارعة تمثل الأرض ورأس مال المزارعة وتطرحها للاكتتاب، فتعهد الدولة إلى هذه المؤسسة إستثمار هذه الأرض مقابل تملك جزء من هذه الصكوك التي يكون لها عند انتهاء المزارعة غنمها وغرمها.

٣- في القطاعات العامة الخدمية كالطرق والجسور والسدود.. والتي تحتاج للتمويل يمكن للدولة أن تصدر صكوك المشاركة المنتهية بالتمليك وصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك ، حيث تستثمرها الشركات المصدرة للصكوك ثم تعود ملكيتها للدولة.

٤- وفي كل إصدارات الصكوك في القطاع العام تحافظ الدولة على نسبة معينة من الصكوك تخولها بالتحكم في مصير مشروعاتها والحفاظ على أموالها.

وقد قامت الشركة السعودية للكهرباء بتجربة ناجحة في هذا المجال ، حيث أصدرت صكوكاً خاصة بها بقيمة خمسة مليارات ريال لدعم قطاع الكهرباء ، حيث تحافظ الدولة السعودية على ملكيتها للشركة وترجع بعض أرباحها لأصحاب الصكوك.^(١٤٤٢)

٣- أثر الصكوك على المصدرين^(١٤٤٣) والمستثمرين

لصكوك الإستثمار آثار إيجابية ومزايا هامة على الأفراد والشركات، والمصدرين والمستثمرين، حيث تظهر آثار الصكوك على مصدرها في الجوانب الآتية :-

^{١٤٤٢} أسامة عبد الحلیم الجورية ، مرجع سابق، ص١٧٨، ١٧٧

^{١٤٤٣} وهو من يصدر الصك ، ومصدر الصك قد يكون شركة أو فرداً أو حكومة أو مؤسسة مالية، وقد ينبوع عن المصدر في تنظيم عملية الإصدار مؤسسة مالية ذات غرض خاص - مقابل أجر أو عمولة تحددها نشرة الإصدار

١- تساعد عمليات التصكيك في الموازنة بين مصادر الأموال واستخداماتها بما يساهم في تقليل مخاطر عدم التماثل بين آجال الموارد واستخداماتها.

٢- يضاعف التصكيك من قدرة المنشآت على إنشاء الأموال أي تحريرها لتأمين السيولة اللازمة لتمويل احتياجاتها المختلفة، بالإضافة لتنوع مصادر التمويل متعدد الآجال والمكاملة للمصادر التقليدية، وبالذات للمنشآت التي لا تستطيع الوصول مباشرة لسوق المال.

٣- يساعد التصكيك في تحسين نسبة كفاية رأس المال، لأنه عبارة عن عمليات خارج الميزانية.

٤- يتيح التصكيك للمصارف وسائر المؤسسات المالية وغير المالية الأخرى إمكانية منح التمويل والتسهيلات ثم تحريكها واستبعادها من ميزانياتها العمومية خلال فترة قصيرة، وبالتالي فإنه يغنيها عن تكوين مخصصات للديون المشكوك في تحصيلها.

٥- يعتبر التصكيك وسيلة جيدة لإدارة المخاطر الائتمانية بالبنوك والمؤسسات المختلفة وذلك بسبب أن الأصل محل التصكيك مخاطره محددة بينما تكون المخاطر أكبر بالنسبة لنفس الأصل إذا كان موجودا ضمن خارطة أصول المنشأة كلها.^(١٤٤٤)

٦- يزيد التصكيك من قدرة المنشأة على زيادة نشاطها دون الحاجة إلى زيادة رأسمالها.

٧- يساعد التصكيك في تحسين ربحية المؤسسات المالية والشركات ومراكزها المالية، وذلك لأن عمليات التصكيك تعتبر عمليات خارج الميزانية ولا تحتاج لتكلفة كبيرة في تمويلها وإدارتها كما أنه يؤدي إلى تحسين النسب المالية للمصدر.

كما تظهر آثارها على المستثمرين في الجوانب الآتية:-

١- الصكوك أداة قليلة التكلفة مقارنة بالاقتراض المصرفي، وذلك بسبب قلة الوسطاء والمخاطر المرتبطة بالورقة المالية المصدرة.

٢- تتميز أداة الصكوك بأنها غير مرتبطة بالتصنيف الائتماني للمصدر حيث تتمتع الأوراق المالية المصدرة بموجب عمليات التصكيك بصفة عامة بتصنيف ائتماني عالٍ نتيجة دعمها بتدفقات مالية محددة عبر هياكل داخلية معرفة بدقة إضافة للمساندة الخارجية بفعل خدمات التحسين الائتماني وهذا قد لا يتوفر للسندات التقليدية.

٣- تعطي الصكوك الإسلامية عوائد أعلى مقارنة ببقية الإستثمارات المالية الأخرى (الأوراق المالية الحكومية والسندات ذات الآجال المتقاربة).

٤- للصكوك الإسلامية تدفقات مالية يمكن التنبؤ بها.

٥- توفر عمليات التصكيك فرصا استثمارية متنوعة للأفراد والمؤسسات والحكومات بصورة تمكنهم من إدارة سيولتهم بصورة مربحة.^(١٤٤٥)

^{١٤٤٤} فتح الرحمن علي محمد صالح، مرجع سابق، ص ١٠

راى الباحث

ومما سبق يتبين لنا ان الصكوك الإسلامية تتمتع بالمرونة التي تجعلها حلا لكافة المشكلات الاقتصادية وبديلا شرعيا لسياسات الخصخصة والاقتراض الربوي ، وكذلك المشاكل التقنية في تنفيذ البرامج المالية والسياسات النقدية المختلفة وانه كان يجب على المسؤولين في الدولة قبل القيام بالخصخصة في مصر ان يقوموا بدراسة انظمة اخرى بديلة حفاظا على المال العام وانهيار الدولة وانهيار سعر العملة .

المطلب الثاني :- أثر تطبيق الصكوك الإسلامية على جذب رؤوس الأموال

اكتسبت الدعوة إلى الحد من ظاهرة هجرة رؤوس الأموال العربية والإسلامية للخارج، وإيجاد السبل والوسائل لتهيئة الظروف المناسبة لتوطينها، وكذلك دراسة المردود الاقتصادي والمالي الذي يمكن أن تحققه هذه الأموال في حالة توطينها ولو جزئياً أهمية متزايدة في الفترة القليلة الماضية وخاصة في ظل الظروف الاقتصادية والسياسية التي فرضتها المتغيرات الدولية الحديثة في المنطقة كأحداث ١١ سبتمبر وحرب العراق وما تلاها من تجميد لبعض أرصدة واستثمارات مستثمرين وحكومات عربية وإسلامية ، وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوروبية.

في الوقت الذي حققت فيه العديد من الدول العربية والإسلامية نتائج إيجابية في إطار برامجها الإصلاحية تمثلت في إزالة التشوهات السعرية وانخفاض ملحوظ للعجز الكلي في الموازنات وإجراء تغييرات نوعية في حجم وهيكل الصادرات وارتفاع الاحتياطيات الخارجية ، فأنها لم تستطع الحد من تنامي ظاهرة هجرة الأموال للخارج في الوقت الذي بدأت فيه بعض المشاكل الاقتصادية تهدد استقرارها الاقتصادي وخاصة مشكلة البطالة. (١٤٤٦)

^{١٤٤٥} فتح الرحمن علي محمد صالح مرجع سابق ص ١١

^{١٤٤٦} التقرير الاقتصادي العربي الموحد، صندوق النقد العربي، الفصل الثامن، التجارة الخارجية للدول العربية .
التقرير الاقتصادي العربي الموحد، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية وآخرون، أبو ظبي ١٩٩٨

وأدى ضعف المعدلات الاستثمارية العربية البينية منها والأجنبية إلى وجود فجوة كبيرة في تمويل الاستثمارات المرتبطة بعملية التنمية الاقتصادية وصلت في بعض الدول العربية إلى حوالي ٧٠% مما اضطر هذه الدول إلى الاقتراض الخارجي بشروط صعبة وقبول الإعانات والتي غالباً ما ترتبط بنواحي سياسية

والسؤال هنا هل استثمار الأموال العربية بالخارج يضر بمصالح الدولة ومصالح مواطنيها؟

يرى الباحث انه مما لا شك فيه أن استثمار الأموال العربية بالخارج يضر بمصلحة الدول ومواطنيها بالإضافة لما تحققه هذه الاستثمارات من منافع اقتصادية واجتماعية للدول الأجنبية ، فإن بعض هذه الدول تمارس سياسات منحازة ضد المصالح العربية ، كما أن عدم استثمار هذه الأموال في مواطنها الأصلية يلحق الضرر بالمجتمع ويعرقل جهود التنمية ويساعد في زيادة حدة المشكلات التي تعاني منها.

والسؤال هنا ما هي اسباب هروب رؤوس الأموال إلى الخارج؟

لقد أسهمت العديد من العوامل الاقتصادية وغير الاقتصادية في هجرة الأموال العربية للخارج وبيانها على النحو التالي :-

اولاً :- اسباب داخلية

١. ضعف المقدرة الاستيعابية للإقتصاديات العربية:
يتمثل ضعف المقدرة الاستيعابية لإقتصاديات العالم العربي بعدم استطاعة هذه الإقتصاديات استغلال الموارد المتوافرة لديها استغلالاً كاملاً في تحقيق مستوى من التنمية تتناسب مع مستوى هذه الموارد. ومن الأمثلة على ذلك عدم مقدرة البنوك والشركات والمؤسسات المالية العربية على استثمار ما لديها من فوائض مالية بالرغم من توافر الكثير من الفرص الاستثمارية ذات الجدوى في المجالات المتعددة ، مما يؤدي إلى تدني مستوى العوائد المتحققة.
٢. بالرغم من الإصلاحات الإدارية والقانونية التي تمت في معظم البلدان العربية ، فلا زالت هناك كثير من المشاكل التي يتعرض لها المستثمرون العرب داخل البلدان العربية فلا زالت المزاجية وشيوع الروتين والفساد الإداري والمالي وغياب الشفافية والتسهيلات تمثل حاجزاً كبيراً لانسياب رؤوس الأموال بين الدول العربية وهروبها للخارج^(١٤٤٧)
٣. شيوع عقلية الربح الكبير والسريع والخوف من المخاطرة لدى قطاع كبير مما يطلق عليه رجال الأعمال تجاوزاً.
٤. غياب التطبيق العملي على أرض الواقع للإصلاحات الإدارية والتنظيمية ، وكذلك التشريعات الخاصة لجذب الاستثمارات العربية في البلدان العربية.
٥. عدم الاستقرار السياسي في منطقة الشرق الأوسط يجعلها من وجهة نظر الكثيرين منطقة غير آمنة للاستثمار.
٦. عدم كفاءة أو عية جذب الاستثمارات العربية.

^{١٤٤٧} عبد الواحد الحميد ، المال العربي والحاجة إلى الإصلاح منتدى الكتاب، المملكة العربية السعودية

٧. المعاناة الكبيرة في مراكز الحدود العربية الجوية والبحرية منها والبرية وسوء المعاملة في بعض الأحيان.^(١٤٤٨) إضافة إلى ما سبق انه يوجد بعض الأسباب التي قد تؤدي إلى قيام رجال الأعمال إلى تهريب اموالهم إلى الخارج والتمثلة في ضعف مرافق البنية الأساسية والمبالغة في فرض الرسوم والضرائب والإجراءات الروتينية المعقدة بشأن التراخيص .

ثانياً :- اسباب خارجية

١ -المحافظة على الأموال:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوروبية من وجهة نظر أصحاب رؤوس الأموال العربية المهاجرة الملاذ الآمن للحفاظ على قيمة هذه الأموال نتيجة لقوة الأداء الإقتصادي بتلك الدول والمتزامن مع القوة السياسية والعسكرية في ظل حرية إقتصادية تمنع التعدي على هذه الأموال، ولكن يلاحظ الآتي:

١ -يشير الواقع العملي إلى أن تجميد الأرصدة الإيرانية والعراقية والليبية والسورية قد زرع مصداقية الضمان والمحافظة على الأموال الإسلامية بعد أزمة الرهائن وحرب الخليج الثانية وأزمة لوكيربي ، وقد استمر هذا النزاع بعد أحداث ١١ سبتمبر نتيجة للتهديد المستمر بتجميد بعض الأرصدة والحسابات لمستثمرين وأفراد وحكومات عربية .وقد قامت الحكومة الأمريكية فعلاً بتجميد حسابات بعض الجمعيات الخيرية والمستثمرين العرب بحجة الصلة بأنشطة إرهابية.

٢ -يعاني الاقتصاد الأمريكي من أزمات ومشاكل متلاحقة منذ بداية عقد التسعينيات من القرن الماضي، كما أن الديون الحكومية تضاعفت حوالي ١٤ مرة^(١٤٤٩)

٢ -الربحية:

يعتبر عنصر الربحية من العناصر المهمة والمحددة لتحركات رؤوس الأموال وهجرتها، فكلما نضج الاقتصاد وتطور قلت فرص الإستثمار المربح في هذا الاقتصاد، وتصبح فرص الإستثمار في البلدان الأقل تطوراً أكثر ربحية منها في الدول المتقدمة ، وهو ما يفسر أن أغلب الإستثمارات الأجنبية المباشرة تتم في بلدان مثل الصين وبعض دول جنوب شرق آسيا التي ما زالت أرضاً بكرّاً للإستثمار المربح علاوة على توافر بعض الشروط الضرورية الأخرى للقيام بهذا الإستثمار وتتعلق هذه الشروط الضرورية بما يسمى بتهيئة مناخ الإستثمار في أي بلد من بلدان العالم .وهو ما يقدم كسبب وراء إجماع الأموال العربية عن التوطن و الإستثمار في العالم العربي .وبتطبيق معيار) درجة نضج الاقتصاد وتطوره (على الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا الغربية يلاحظ تدني نسبة الربحية بها مقارنة بمعدل الربحية في دول جنوب شرق آسيا،

وعلى ذلك لا يعتبر عنصر الربحية من العناصر قوية التأثير على هجرة رؤوس الأموال العربية للخارج ، وتنتفق مع ذلك كثير من الدراسات التي تمت بهذا الخصوص

٣ -ضمان رؤوس الأموال في أي وقت دون عوائق:

١٤٤٨ أسامة عبد الحلیم الجورية مرجع سابق ص ١٥٥ ، ١٥٦

^{١٤٤٩} أسامة عبد الحلیم الجورية مرجع سابق ص ١٥٤

تتسابق دول العالم في سن التشريعات الخاصة بتحويل الأرباح واسترجاع الأموال في أي وقت بالنسبة للاستثمارات الأجنبية، ومع ذلك فإن الولايات المتحدة الأمريكية حتى الآن هي الدولة الوحيدة في العالم التي لا تعلن قوانينها موقفاً من تحرك رؤوس الأموال الوطنية أو الأجنبية دخولاً أو خروجاً وإن كان هذا لا يعني عدم وجود سياسات تحد من مثل هذه التحركات.^(١٤٥١)

ومما لا شك فيه أن حرية تحركات الإستثمارات الأجنبية الكبيرة في الولايات المتحدة الأمريكية وبصفة خاصة الأموال والإستثمارات العربية ليست بالسهولة المطبقة في كثير من دول العالم بل أنها تخضع لاعتبارات سياسية وإقتصادية تحددها مصلحة المؤسسات والشركات والبنوك والأسواق الأمريكية بالرغم من زعامة الولايات المتحدة الأمريكية لسياسات الحرية والتحرر الإقتصادي غير المطبقة على أرض الواقع أو المطبقة بعدة مكابيل.

دور الصكوك الإسلامية في عودة الأموال من الخارج

في ظل هذا الوضع الإقتصادي المتردي للدول العربية والإسلامية، وبالإضافة إلى الإصلاحات الإقتصادية التي يرحى القيام بها في العالم الإسلامي يبرز دور الصكوك الإسلامية كعامل من أهم العوامل الجاذبة لرؤوس الأموال المهاجرة حيث أثبتت فعاليتها في جذب المدخرات واستقطاب رؤوس الأموال في فترة وجيزة، حيث تضاعف حجم إصدار الصكوك أربع مرات في الفترة بين عامي ٢٠٠٤ و ٢٠٠٦ م.

واسهمت الصكوك الإسلامية ب ٦٤ مليار دولار بمجال الطاقة بالكويت حتى عام ٢٠١٠^(١٤٥١)

ويتوقع الخبراء بلوغ حجم إصدارات الصكوك الإسلامية ٣ تريليونات دولار أميركي بنهاية عام ٢٠١٥ ، وقال آخرون إن الصكوك الإسلامية برزت خلال السنوات الأخيرة كواحدة من أهم الأدوات الاستثمارية والتمويلية الإسلامية الأكثر نفوذاً وفاعلية في العمليات المصرفية والإقتصادية المختلفة، حيث استطاعت أن تجد لها موطئ قدم في أسواق المال العالمية.

وقد تمكنت الصكوك الإسلامية من استقطاب أعداد كبيرة من المستثمرين من مختلف دول العالم، وليس في العالم الإسلامي فحسب، إذ أصبحت الصكوك الموازية للسندات في الإستثمار المصرفي التقليدي متاحة للجميع أفراداً وشركات وحكومات في دول أوروبا وآسيا وأميركا.

وإذا استمر هذا الأداء المميز للصكوك مع ما يكتنف الإستثمارات الغربية من المخاطر والعقبات في ظل الأزمة المالية الراهنة ، فإن الصكوك ستلعب الدور الرئيسي في عودة الأموال الإسلامية المهاجرة إلى مواطنها الأصلية لتساهم في عملية التنمية الإقتصادية في جميع مجالاتها.^(١٤٥٢)

رأى الباحث

^{١٤٥٠} سليمان المنذري الإستثمار بين ضمانات التوطين ومخاطر الاغتراب ندوة الإستثمار العربي والقرن الحادي والعشرين، الأهرام، القاهرة يناير ١٩٩٥ ص ١٣١

^{١٤٥١} جريدة الانباء ، الكويتية الاحد ١٦ سبتمبر ٢٠٠٧ ص ٢٦

^{١٤٥٢} أسامة عبد الحلیم الجورية مرجع سابق ص ١٥٦

إن الصكوك الإسلامية بتنوع أنواعها تؤدي دوراً تنموياً هاماً وكبيراً في البلاد العربية والإسلامية إذا استغلت بالشكل المناسب ، واستطاع القائمون على إصدارها استدراج الأموال المهاجرة وإشراك الفوائض المالية في العملية التنموية التي من المفترض أن تشمل الجوانب الصناعية والزراعية والتجارية والخدمية . كما يمكن للدول أن تستعين بالصكوك للخروج من أزمات العجز في ميزانياتها، والتي تضطرها للجوء إلى الاقتراض الخارجي الذي يفاقم المشكلة ويجعلها عرضة لابتزاز الدول المقرضة.

النتائج

- ١- الصكوك أداة لتمويل المشاريع الاستثمارية العملاقة التي لا تستطيع الدولة بمفردها القيام بها وكذلك مشاركة أصحاب رؤوس الأموال الصغيرة في المشاريع العملاقة وعدم احتكار أصحاب الأموال الطائلة للمشروعات في المجتمع والتحكم بإقتصاديات السوق ، مما يخلق فرصاً كثيرة للعمل ويحقق العدالة الاجتماعية .
- ٢- الصكوك هي من أهم الأوراق بل تعد الوحيدة التي لا تتأثر بالأزمات الإقتصادية كونها تعتمد على اقتصاد حقيقي يتمثل في سلع وخدمات ، مما يجعلها أقل عرضة للمخاطر من غيرها من الأوراق المالية .
- ٣- الصكوك الإسلامية تعتبر أداة من الأدوات التمويلية الإسلامية التي تتيح المشاركة الشعبية لدعم احتياجات ومتطلبات التنمية الإقتصادية ، وذلك من خلال توجيه الأموال التي يتم تجميعها من حصيلة الإكتتاب في هذه الصكوك نحو الإستثمار المباشر في القطاعات الإقتصادية العامة والخاصة .
- ٤- التنمية بمفهومها الحضاري هي القدرة الذاتية على التحكم والتطور والابتعاد عن المحاكاة والتقليد والتحرر من التبعية الخارجية ، حتى لا يتم وضع الدولة كأداة للدول الخارجية تتحكم فيها كما تشاء .
- ٥- ان التنمية الإقتصادية هي زيادة في تدفقات الدخل الحقيقية أي زيادة في كميات السلع والخدمات الجاهزة في وحدة زمنية ولدى جماعه معطاه ، وبواسطتها يزداد الدخل القومي الحقيقي خلال فترة زمنية .
- ٦- ان الصكوك الإسلامية تؤدي دوراً تنموياً هاماً وكبيراً في البلاد العربية والإسلامية اذا استغلت بالشكل المناسب ، واستطاع القائمون على إصدارها استدراج الأموال المهاجرة وإشراك الفوائض المالية في العملية التنموية .
- ٧- ان الفكر الإقتصادي الإسلامي سبق جميع مدارس الفكر القديمة والحديثة خاصة في وسائله التي استخدمها في معالجة مشكلة تمويل سد العجز في الاقتصاد الإسلامي ، وتتفق مع أحكام وضوابط الشريعة الإسلامية (الزكاة - المضاربة)

- ٨- ان الدولة قد تستعين بالصكوك للخروج من ازمات العجز في الموازنة والتي تضطرها للجوء إلى الاقتراض الخارجي الذي يفاقم المشكلة ، ويجعلها عرضة لابتزاز الدول المقرضة
- ٩- ان مؤسسات تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة حينما تتحول من الاسلوب الربوي إلى الصكوك الإسلامية ، فإنها تقيم تنظيمًا جديدًا فنيًا وإداريًا حيث يتحول اهتمامها من إدارة الاقتراض إلى إدارة الإستثمار ومن التركيز على الضمان إلى التركيز على الجدوى الاقتصادية .

التوصيات

- ١- يوصى الباحث بقيام الحكومة المصرية والجهات التشريعية والتنظيمية والشركات والمؤسسات التابعة للدولة بالتوجه إلى تطبيق الصكوك الإسلامية واعتبارها أداة رئيسية وفعالة في التمويل واستمرارها في تشجيع الاعتماد على الصكوك الإسلامية في الدولة
- ٢- يوصى الباحث الحكومة المصرية والجهات التنظيمية والتشريعية بمراعاة تحقيق مقاصد الاقتصاد الإسلامي عند قيامهم بإعداد هيكلية تبنى عليها الصكوك الإسلامية وبما يتفق مع العقود الشرعية .
- ٣- يوصى الباحث الجهات التنظيمية والحكومية والتشريعية في مصر عند قيامهم بإصدار وهيكلية الصكوك الإسلامية بتوفير البيئة التشريعية والتنظيمية الملائمة لإصدار الصكوك ، وذلك لما ينتج عن ذلك من آثار ايجابية في تعزيز إصدارها ودعم اقتصاد وسوق الدولة .
- ٤- يوصى الباحث بإنشاء هيئات تنظيمية ورقابية تتولى الاشراف على عملية إصدار وتداول الصكوك الإسلامية بما يضمن إصدارها وتوافقها مع القواعد الشرعية ، وبما يضمن سلامة اجراءاتها وتوافقها مع مصالح الدولة والمستثمرين بما يضمن تضييق الخلاف الفقهي واستقرار السوق المحلي وزيادة الثقة به ، ومن ثم الاقبال عليه .
- ٥- يوصى الباحث بضرورة قيام الجهات والمؤسسات المالية والحكومية في الدولة والمصدرة للصكوك الإسلامية مراعاة الضوابط الشرعية لإصدار وتداول تلك الصكوك بما يفي ذلك من تقليل والحد من مخاطر الصكوك الإسلامية .
- ٦- يوصى الباحث بضرورة القيام بجهد إعلامي كبير للترويج لنشر ثقافة الصكوك الإسلامية في داخل البلاد الإسلامية وخارجها ، بما قد يؤدي ذلك إلى استقطاب الأموال الإسلامية المستثمرة في الخارج .
- ٧- يوصى الباحث بضرورة سن قوانين وتشريعات جديدة تتضمن الطرق المثلى في الاستخدام الامثل للصكوك الإسلامية .
- ٨- يوصى الباحث بتكوين مؤشر للصكوك الإسلامية على المستوى المحلي والمستوى الإقليمي والمستوى الدولي للوقوف على موقف الصكوك .

٩- يوصى الباحث بالرجوع إلى قيمنا الاصلية التي تؤدي إلى مجتمع متماسك ، وأن يكون دور الدولة بالتوجه الإعلامي عن طريق نشر الوعي الإعلامي بالسلوكيات الذي حددها الشرع والقانون

المراجع

القران الكريم

١. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي: أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، ت: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط: دار الكتب المصرية - القاهرة

كتب الحديث

٢. موطأ الامام مالك ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٤
٣. - الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه = صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الأولى، ١٤٢٢هـ.
٤. - سنن ابن ماجه: - وماجه اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: ٢٧٣هـ)، ت: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
٥. صحيح مسلم
٦. مسند الإمام أحمد بن حنبل
٧. نيل الأوطار للشوكاني

كتب اللغة

٨. لسان العرب لابن منظور ، دار صادر ، بيروت ، المجلد العاشر ص ٤٥٦ ، باب الكاف فصل الصاد
٩. المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية (الطبعة الثالثة)
١٠. نهج البلاغة للأستاذ شريف الرصاص دار الأندلس، الجزء ٣
١١. معجم التعريفات للإمام علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، تحقيق ودراسة ، محمد صديق المنشاوي دار الفضيلة للنشر ، القاهرة ٢٠٠٤ ص جزء ١ ص ٧

كتب الفقه الإسلامي

١٢. بدائع الصنائع للكسائي الحنفى جزء ٤
١٣. . المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩
١٤. الماوردى ، الأحكام السلطانية دار الكتب العلمية ، بيروت ، طبعة ١، ١٩٨٥
١٥. د/ تقى الدين المقرئى ، اغائة الامة إغائة الأمة بكشف الغمة ، تقى الدين أبو العباس أحمد بن علي المقرئى ت ٨٤٥ هـ ، تحقيق د. كرم حلمي فرحات ، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية ، مصر ، ط ١ ، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٧ م فتاوى
١٦. مجموعة فتاوى ابن تيمية الجزء ٢٠

المراجع القانونية

- ١٧ . كاظم حبيب مفهوم التنمية الاقتصادية الطبعة الأولى، دار الفارابي، الجزائر، ١٩٨٠
- ١٨ . إبراهيم أحمد عمر فلسفة التنمية - رؤية إسلامية المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٢
- ١٩ . لطفي علي حبيب، التنمية الاقتصادية القاهرة، مكتبة عين شمس، ١٩٨٦
- ٢٠ . حربي محمد موسى عريقات ، مبادئ في التنمية والتخطيط الاقتصادي ، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، دار الفكر للنشر، ١٩٩٢
- ٢١ . د/ محمد عمر شابر، الإسلام والتحدى الاقتصادي ، ط ١٩٩٣
- ٢٢ . محمد عبد العزيز عجمية التنمية الاقتصادية ، الدار الجامعية بالإسكندرية ، ٢٠٠١
- ٢٣ . سمير محمد عبد العزيز المدخل الحديث في تمويل التنمية الاقتصادية مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة الطبعة الأولى، ١٩٩٨
- ٢٤ . د/ محمد فرهود ، علم المالية العامة ، معهد الإدارة العامة الرياض
- ٢٥ . د/ حسن عواضة ، المالية العامة دراسة مقارنة ، دار الطليعة بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٦٧
- ٢٦ . د/ عوف الكفراوي ، الاقتصاد المالي الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٤
- ٢٧ . د/ قطب ابراهيم ، الموازنة العامة للدولة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة ، الطبعة ٢ ، ١٩٧٧
- ٢٨ . أبو عبيد ، الأموال ، تحقيق محمد خليل هراس ، بيروت ، طبعة ٢ ، ١٩٧٥ ،
- ٢٩ . حسين راتب يوسف ، عجز الموازنة وعلاجه في الفقه الإسلامي ، دار النفائس ١٩٩٩
- ٣٠ . د/ عادل حشيش ، أصول المالية العامة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢
- ٣١ . د/ محمود رياض عطيه ، موجز في المالية العامة ، دار المعارف ، ١٩٩٨
- ٣٢ . / محمد عباس محرزي ، إقتصاديات الجباية والضرائب الجزائر، دار هومة ، ٢٠٠٨
- ٣٣ . د/ زين العابدين ناصر ، علم المالية العامة ، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ، ١٩٩٥ ،
- ٣٤ . د/ عبد الحميد القاضي ، إقتصاديات المالية العامة والنظام المالي في الإسلام ، دار الجامعة المصرية ، الاسكندرية ، ١٩٨٠
- ٣٥ . د/ محمد عصفور ، أصول الموازنة العامة، دار المسيرة للطباعة والنشر، ٢٠١٥
- ٣٦ . د/ عبد المنعم فوزي مالية الدولة ، دار المعارف ، الاسكندرية ط ١ ، ١٩٦٢
- ٣٧ . د/ منصور ميلاد بونس ، ليبيا ، الجامعه المفتوحة، ١٩٩٤
- ٣٨ . د/ باهر محمد عتلم، المالية العامة ومبادئ الاقتصاد المالي ، دار نهضة مصر ، القاهرة ط ١ ، ١٩٧٣
- ٣٩ . د/ بركات طراز علم المالية العامة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية ، ١٩٧١
- ٤٠ . د/ عيسى عبده النظم المالية في الإسلام، معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٩٦٥
- ٤١ . د/ عبد الواحد الحميد، المال العربي والحاجة إلى الإصلاح منتدى الكتاب، المملكة العربية السعودية ١٤٢٣ هـ
- ٤٢ .

مؤلفات حديثه

- ٤٣ . جمال عبده دور المنهج الإسلامي في تنمية الموارد البشرية ، دار الفرقان عمان ، ١٩٨٤
- ٤٤ . التنمية والرفاه من منظور إسلامي لعبد العزيز خياط ، دار السلام للطباعة والنشر. والتوزيع ، ١٩٨٨ م

- ٤٥ . تكملة المجموع ، لمحمد نجيب المطيعي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ج ١٤ .
- ٤٦ . يحيى بن آدم القرشي ، الخراج ، المكتبة العلمية ، لاهور ، باكستان ، ١٩٧٤ ، ط ١ ، ج ١ رسائل علميه
- ٤٧ . د/ محمد نور الدين اردنية ، القرض الحسن واحكامه فى الفقه الإسلامى ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، ٢٠١٠
- ٤٨ . د/ غدير بنت سعد الحمود رسالة ماجستير ٢٠٠٤ م العلاقة بين الإستثمار العالم و الإستثمار الخاص فى اطار التنمية الإقتصادية السعودية كلية العلوم الادارية جامعة الملك سعود
- ٤٩ . / جميل أحمد الوظيفة التنموية للمؤسسات المالية الإسلامية ، دراسة حال البنك الإسلامى للتنمية رسالة ماجستير جامعة الجزائر ١٩٩٦ م
- ٥٠ . حسن ثابت فرحان دور البنوك المتخصصة فى التنمية الإقتصادية ، القاهرة ، جامعة القاهرة ، كلية . التجارة ، أطروحة ماجستير غير منشورة ، ١٩٩١
- ٥١ . د/ وليد خالد يوسف الشايجى ، وسائل سد عجز الموازنة العامة فى الاقتصاد الإسلامى ، رسالة ماجستير ١٩٩٠ ، جامعة ام القرى ، المملكة العربية السعودية
- ٥٢ . د/ عبد الحميد فيجل ، تقييم دور الصكوك الإسلامية فى تطوير السوق الإسلامى لرأس المال ، رسالة ماجستير ، جامعة محمد خضيرة بسكرة ، الجمهورية الجزائرية الشعبية سنة ٢٠١٥

الدوريات

- ٥٣ . د/ أوصاف أحمد التنمية الاقتصادية من منظور إسلامى ، بحث مقدم إلى المعهد الإسلامى للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامى للتنمية ، جدة ،
- ٥٤ . مشكلة التخلف وإطار التنمية والتكامل الإقتصادى " ، عبد المنعم عفر ، مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الإسلامية ، ١٩٧٨ م
- ٥٥ . شكل التنمية الإقتصادية ، يوسف الخليفة اليوسف ، مجلة الاقتصاد الإسلامى / دبي ، ١٩٨٣ م
- ٥٦ . إستراتيجية وتكتيك التنمية فى الإسلام ، يوسف إبراهيم يوسف ، مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك الإسلامية ، سنة ١٩٨١ ،
- ٥٧ . فتح الرحمن على محمد صالح إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية بالإشارة للحالة السودانية" ، ورقة مقدمة إلى ملتقى الخرطوم للمنتجات المالية الإسلامية ، النسخة الرابعة ٦-٥ أبريل ٢٠١٢ ، تحت عنوان: التحوط وإدارة المخاطر فى المؤسسات المالية الإسلامية
- ٥٨ . د/ عبد الله شحاته خطاب ، د/ صالح عبد الرحمن أحمد بحث بعنوان الموازنة العامة والموازنة بالمشاركة مع التطبيق على الموازنة المصرية جامعة القاهرة ٢٠٠٨
- ٥٩ . قانون الموازنة العامة ٥٣ لسنة ١٩٧٣ والمعدل بالقانون ٨٧ لسنة ٢٠٠٥
- ٦٠ . د/ محمد عبد الحليم الموازنة العامة للدولة فى الفقه الإسلامى ، مجلة الدراسات الإسلامية التجارية ، كلية التجارة ، جامعة الأزهر ، ١٩٨٤
- ٦١ . شهاب الدين أحمد النويرى نهاية الأرب فى فنون الأدب ، وزارة الثقافة والإرشاد القومى ، القاهرة جزء ٨
- ٦٢ . د/ سامى خليل النظريات والسياسات النقدية والمالية ، الكويت ، شركة كاظمة ، ط ١ ، ١٩٨٢
- ٦٣ . القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون تنمية المنشآت الصغيرة مادة ١ ، ٢ ،

٦٤. انظر، هاني سيف النصر، دور الصندوق الاجتماعي في تنمية وتمويل المشروعات الصغيرة، تجربة مصرية، بحث مقدم لندوة أساليب التمويل الإسلامية للمشروعات الصغيرة، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠٠٤ م
٦٥. متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، الملتقى الدولي ١٧-١٨ أبريل ٢٠٠٦
٦٦. (مجموعة السياسات والإجراءات المتكاملة التي تستهدف الاعتماد الأكبر على نظام السوق وآلياته في تحقيق التنمية والعدالة) (النشرة الاقتصادية، بنك مصر، السنة الثالثة والأربعون، العدد الثاني، ٢٠٠٠ م
٦٧. الخصخصة وتقليص دور القطاع العام، موقف الاقتصاد الإسلامي، شوقي دنيا، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، مكة المكرمة، ٢٠٠٣
٦٨. التقرير الاقتصادي العربي الموحد، صندوق النقد العربي، الفصل الثامن، التجارة الخارجية للدول العربية. التقرير الاقتصادي العربي الموحد، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية وآخرون، أبو ظبي ١٩٩٨
٦٩. سليمان المنذري الإستثمار بين ضمانات التوطين ومخاطر الاغتراب ندوة الإستثمار العربي والقرن الحادي والعشرين، الأهرام، القاهرة يناير
٧٠. جريدة الأنباء، الكويتية الأحد ١٦ سبتمبر ٢٠٠٧

الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

إعداد

مهندس فرحان محمد الطعاني

مقدمة

يتفق فقهاء القانون على أن القضاء هو صاحب السلطة العامة، في الفصل بالمنازعات المختلفة بين الخصوم، والاستثناء على ذلك هو ما خوله القانون للأشخاص أو الهيئات التحكيمية من سلطة البت في المنازعات والتي قد تكون نشأت بالفعل، أو في المستقبل بصفته بديلاً عن سلطة القضاء العام.

لذا، يعدُّ التحكيم أحد الوسائل البديلة لفض المنازعات بين الخصوم، عند توافر مقتضيات الالتجاء إلى هذا النوع من القضاء الخاص وفقاً لما تقرره الأنظمة القانونية الوضعية، وهذا يقوم على ركيزتين هما: ١- إرادة الاطراف المنشئة لاتفاق التحكيم. ٢- اقرارالمشرع لهذه الإرادة بالنص على جواز التحكيم في الموضوعات محل الاتفاق؛ فالدولة تهدف الى التيسير على الخصوم كي يتم الفصل في النزاع من قبل هيئة فنية أو دولية أو عائلية لتفادي علانية جلسات القضاء وإجراءاته وتوفير الجهد والوقت

فالقضاء يحترم إرادة المشرع بإقراره التحكيم، كطريق لفض المنازعات بين أطرافه بواسطة اللجوء إليه. فقد ذهب القضاء المصري إلى أن:(...المقرر أن التحكيم- إذ هو طريق استثنائي لفض الخصومات- قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية - وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحكمتين في عرضه على هيئة التحكيم...).

كما ذهب القضاء الأردني في حكم له إلى القول:(..إن الاصل في فض النزاعات هو من اختصاص المحاكم بأنواعها، وان اللجوء إليها هو حق لكل مواطن، وحيث أن المشرع استثنى من هذا الأصل اجازة قيام الاطراف بفض النزاعات، بالتراضي أو باللجوء إلى التحكيم، وان اللجوء إلى التحكيم هو استثناء من القاعدة العامة المشار إليها..).

ونظراً لأن اتفاق التحكيم يحول بين المرء وحقه، في اللجوء الى قضاء الدولة في حالة أي منازعة حوله، ، لذا سنعرض الدراسة من خلال الأفكار الآتية:

أولاً- مشكلة الدراسة:

لئن كان واجب على المحكمتين أعمال اتفاق التحكيم في حدود النطاق المحدد له باتفاق أطراف النزاع ويقضي شرط التحكيم عادة بأن يحال الى التحكيم كل نزاع ينشأ أو يتصل بتنفيذ العقد أو بتفسيره.

وهذا مما يشكل اشكالية في أنه متى يكون شرط التحكيم جائز من حيث طبيعة العقود التي يمكن أن يرد بها شرط التحكيم من مدنية أم تجارية أم ادارية طالما كان موضوع العقد أمرا يجوز التحكيم فيه كما تثير مسألة تحديد طبيعة شرط التحكيم أهمية مبالغة من حيث أنه تحريك العملية التحكيمية ،

ومدى الزامية أحالة أطراف النزاع المتفق بشأنه على التحكيم أم أنه لا بد من إبرام مشاركة التحكيم والتي لا بد من التعرف على تعريفها وخصائصها وماهية أوجه التشابه والاختلاف عن شرط التحكيم ومن ثم هل يعتبر اتفاق تحكيم محتوياً على مشاركة و شرط تحكيم لكل منهما محل مختلف .

ثانياً- تحديد مشكلة الدراسة:

يمكن أجمال عناصر مشكلة البحث من خلال إثارة المسائل الآتية:

- ١) عدم وجود تعريف محدد لشكلي اتفاق التحكيم (شرط التحكيم و مشاركة التحكيم) وما هية صورته في قانون التحكيم المصري والأردني والتشريعات الأخرى.
- ٢) ماهو الهدف من شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم وهل يشترط ا فراغ كتابة شرط التحكيم في شكل خاص.؟.
- ٣) ما مدى حاجة القوانين الاردنية والمقارنة إلى تشريعات حديثة لمعالجة شرط التحكيم .؟
- ٤) هل هنالك أوجه تشابه واختلاف شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.؟
- ٥) هل هنالك مسائل يمكن حلها بالتحكيم أو تلك التي لايجوز لها بالتحكيم.؟
- ٦) هل يشترط تحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم ومدى أهمية ذلك .؟
- ٧) هل شرط التحكيم يغني عن إبرام مشاركة التحكيم.؟

ثالثاً- أهمية الدراسة :

تتجلى أهمية البحث في الآتي:

- ١) بيان النصوص القوانين الاردنية والقوانين المقارنة التي تعالج اتفاق التحكيم (شرط ومشاركة) وصوره .
- ٢) معالجة المشاكل الناتجة عن المسائل التي يجوز أو لايجوز أن يشملها اتفاق التحكيم.
- ٣) إمكانية تعديل النصوص القانونية التقليدية لمعالجة شرط التحكيم.

٤) مدى حاجة الأردن ومصر والدول الأخرى الى سن تشريعات قانونية جديد لمعالجة النظام القانوني لشرط التحكيم .

رابعاً- اهداف الدراسة:

يهدف هذا البحث الى تحقيق الاهداف الآتية:

(١) توضيح مفهوم اتفاق التحكيم(شرط التحكيم و مشاركة التحكيم) .

(٢) ايجاد حلول للمشاكل القانونية الناتجة عن المسائل التي لايجوز أن يشملها شرط التحكيم.

(٣) بيان المقصود بالتنفيذ العيني الجبري لاتفاق التحكيم.

(٤) بيان اوجه الاختلاف والتشابه بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

(٥) بيان الأثر المترتب على أن لا يكون محل النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم

خامساً- منهجية الدراسة:

سوف نقوم اثناء تناول هذا البحث إتباع عدة مناهج بحثية أكاديمية وعلمية، ولاسيما منها المنهج التحليلي : سأتناول وجهة النظر الفقهية وأسعى الى تحليل نصوص القانون الأردني وإظهار إشكالياتها، والبحث عن إجابات وحلول للعديد من المسائل والثغرات التي تعترض التطبيق العملي لها، إضافة إلى الآراء الفقهية المتضمنة في مجموعة من المراجع والكتب، التي تناولت هذا الموضوع مروراً بالتجارب العملية وتطبيقاتها والإشكاليات التي تواجهها بهذا البحث حيث ان المنهجية التي سأتبناها بأني سأقوم على اجراء تحليل ودراسة للنصوص القانونية المقارنة المنظمة لشرط التحكيم في قانون التحكيم الأردني، وبعض التشريعات الصادرة في بعض الدول والمقارنة ما بين التشريعات التي تتبع نظاما واحداً وهو النظام اللاتيني كالقانون المصري والفرنسي و بعض المعاهدات والاتفاقيات الدولية، كاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة (١٩٥٨) قانون الأونسيترال(UNCITRAL) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام (١٩٨٥) ما أمكن، فضلاً انني سأقوم بالاطلاع على العديد من تطبيقات المحاكم بهذا الخصوص والاستعانة بقرارات محكمة التمييز الاردنية وغيرها موضعاً اهم المسالك الموفقة للاستفادة منها وأوجه القصور فيها لتلافيها. الطبيعة القانونية لشرط التحكيم.

سادساً- خطة الدراسة :

قسمت الدراسة إلى مبحثين على النحو التالي:

سنذهب في هذا الدراسة إلى التعرف على الطبيعة القانونية لشرط التحكيم من خلال التعرف على ماهية اتفاق التحكيم، وصوره والمقصود بموضوع النزاع، وماهية المنازعات القابلة للتحكيم من عدمه، إلى تناول نوعي الاتفاق على التحكيم (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم)، وبيان طبيعتهما القانونية في المبحث الأول وفي المبحث الثاني أوجه التشابه والاختلاف بين شرط ومشاركة التحكيم في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذه السنة (١٩٥٨) وفي قانون الأونسيترال(UNCITRAL) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة (١٩٨٥) وفي القانون المصري والأردني والفرنسي في ضوء الفقه وأحكام القضاء.

الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

مقدمة وتقسيم:-

يرمي التحكيم إلى منع قضاء الدولة من نظر المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم ؛ فمما لاشك فيه أن الاتفاق على التحكيم هو الذي يلزم أطرافه بإحالة نزاعهما في اطار القانون الخاص الناشئ عن العقد الأصلي، حسب شروط وأحكام اتفاق التحكيم بشكل شرط او مشاركة، مما يرتب منع المحكمة من نظر النزاع وهو اتفاق ملزم لطرفيه في القانون المصري رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤.١٤٥٣، والمستمد بشكل رئيسي من القانون النموذجي لسنة (١٩٨٥) الذي وضعته لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) بشأن التحكيم مع وجود بعضاً من التعديلات عليه^{١٤٥٤}.

١٤٥٣- د. يوسف حسن يوسف، المحكمون، الطبعة الاولى، القومي للإصدارات القانونية، عابدين، السنة ٢٠١١، ص٤٧.

١٤٥٤- د. عبد الحميد الاحدب، قانون التحكيم الاردني الجديد، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر، السنة ٢٠٠٢، ص ٧٦. كما أنظر الطعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٥٧ق-جلسة ١٦/٧/١٩٩٠، محكمة النقض -المكتب الفني، مجموعة الاحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، من مايو ١٩٩٠ حتى ديسمبر ١٩٩٠، ص٢٤١، مطبعة الهيئة العامة للمطابع الاميرية، القاهرة، بند ٢٤٥٥، السنة ١٩٩٤، ص٣٤. لقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها إلى أنه:(لما كانت المادة ٣١٠ من قانون المرافعات والتي اختتم المشرع الفصل الخاص بتنفيذ الاحكام والأوامر والسندات الاجنبية تقضي بأنه إذا وجدت معاهدات

لهذا، سوف نتطرق في هذا الدراسة إلى تناول نوعي الاتفاق على التحكيم (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم)، وبيان طبيعتهما القانونية في المبحث الأول من خلال التعريف بهما وشكل نوعا اتفاق التحكيم وصوره وتحديد موضوع النزاع وفي المبحث الثاني الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم. وذلك وفق الآتي:

المبحث الأول: مفهوم شرط التحكيم وتحديد موضوع النزاع.

المبحث الثاني: الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

المبحث الأول

ماهية شرط التحكيم وتحديد موضوع النزاع

بعد اتفاق التحكيم (شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم) دستور التحكيم ومصدر سلطات المحكمين^{١٤٥٥}، ويفترض الاتفاق على التحكيم توافر أمرين هما قيام نزاع ناشئ عن علاقة قانونية محددة، والاتفاق على حسم النزاع عن طريق التحكيم وخارج ساحة قضاء الدولة^{١٤٥٦}، وعليه فإن هذا المبحث يقوم على مطلبين وهما:

المطلب الأول : مفهوم شرط التحكيم.

بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الاحكام الاجنبية فإنه يتعين إعمال أحكام هذه المعاهدات وكانت مصر قد انضمت الى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن احكام المحكمين الاجنبية وتنفيذها بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ وصارت نافذة ابتداء من ٨ يونيو سنة ١٩٥٩ ومن ثم فإنها تكون قانوناً من قوانين الدولة واجبة التطبيق ولو تعارضت مع احكام قانون المرافعات)

١٤٥٥- الطعن رقم ٩٨ لسنة ٧٩ق-جلسة ٢٤/١٢/٢٠٠٩ (محكمة النقض) المستحدث من احكام القضاء المصري في مسائل التحكيم، المستشار حسين مصطفى فتحي، نائب رئيس هيئة قضايا الدولة المصرية، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الامانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السابع عشر، ديسمبر، السنة ٢٠١١، بند ١، ص ٢٣٣

١٤٥٦- د.نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، السنة ٢٠١١، بند ٤٣، ص ٥٧.

المطلب الثاني : تحديد موضوع النزاع

المطلب الأول

مفهوم شرط التحكيم

يعد اتفاق التحكيم أساس العملية التحكيمية بين أطراف النزاع^{١٤٥٧}؛ فالأصل هو أن الاطراف يختارون التحكيم وسيلة لفض منازعاتهم، والتي تثبت بالشرط التحكيمي إلا أن التحكيم لا يولد سوى عند نشوب النزاع ، وقد يأتي شرط التحكيم عند الاتفاق عليه في عقد مبرم بين طرفين بمعطيات مختلفة يمكن لهما من اختيارها مسبقا ومن ذلك مكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق، والمحكمين، وعددهم، ومؤهلاتهم، غير ان المنطق لا يمكن أن يحمل شرط التحكيم ما لا طاقة له به كالتكهن بموضوع النزاع مسبقا وهو الباعث عند طلب التحكيم إلى الشروع فيه وتحديد سلطة المحكم وولايته التي لا تقوم إلا عند بناء "عقد التحكيم" القائم بين الأطراف^{١٤٥٨}.

وللتعرف على مفهوم شرط التحكيم، فسوف نعرض لتعريف شرط التحكيم وصوره في ضوء المعاهدات الدولية والقوانين المصري والاردني والفرنسي التي عيّنت بوضع تعريف لشرط التحكيم في فرع أول، ثم نعالج في فرع ثان موقف الفقه والقضاء من تعريف شرط التحكيم.

١٤٥٧ - د. عاطف شهاب ، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، دون ذكر الناشر، السنة ٢٠٠٢ بند ٣، ص ٤.

١٤٥٨ - الحبيب مالوش ، رئيس المجلس المتوسطي للتحكيم ، رئيس دائرة بالمحكمة الأوروبية للتحكيم الدولي، رأي واقع التحكيم بتونس سنة ٢٠٠١، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة يصدرها الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السادس، أغسطس، السنة ٢٠٠٣، ص ٥٤.

Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, pag. ٥٥٤ , par. ٩٥٧, § ١, Litec, ١٩٩٦

الفرع الأول

شرط التحكيم في المعاهدات الدولية والقوانين المصري والاردني والفرنسي

ان اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٣ قد جاءت المادة الاولى منها بالنص على شرط التحكيم الذي تعترف به الدول الموقعة، إذ يلاحظ على نص المادة بأن شرط التحكيم لم يكن يعني عن ابرام مشاركة الحكيم، وبالتالي لا يلزم الطرفين جبراً على التحكيم الا ابرام مشاركة التحكيم، مما يعني افتقاد هذا الشرط للأثر الملزم للتحكيم كما خلت اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ المكملة للاتفاقية السابقة من أي حكم مغاير^{١٤٥٩}.

لقد ظهر اصطلاح اتفاق التحكيم في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة (١٩٥٨) ، والتي نصت في المادة الثانية منها على: أن (تلتزم كل دولة متعاقدة بالاعتراف باتفاق التحكيم)، وهذا المصطلح يعتبر تعبيراً واحداً يجمع بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم^{١٤٦٠}.

كما قرر قانون الأونسيترال (UNCITRAL) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة (١٩٨٥) بخصوص المنازعات التي يمكن ان يشملها اتفاق التحكيم وذلك في المادة (١/٧) ، ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن القانون النموذجي لسنة (١٩٨٥) الذي وضعته لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية بشأن التحكيم ووفقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة السابعة، الى أن اتفاق التحكيم يمكن ان يتخذ شكل شرط التحكيم قد يرد في شكل اتفاق مستقل، أو أنه قد يرد في العقد الاصلي إلا أن النص لم يبين فيما اذا كان هذا الاتفاق المنفصل يشمل الاتفاق على التحكيم الذي يتم قبل نشوء النزاع، أم أنه يشير فقط الى مشاركة التحكيم التي تبرم بعد وقوع النزاع أو الخلاف، ومع ذلك فإنه من المتصور أن يدل تعبير (الاتفاق) بحيث يشمل كلا من شرط ومشاركة التحكيم^{١٤٦١}.

^{١٤٥٩} - د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، السنة ٢٠٠٦، ص ٦٩.

١٤٦٠ - د. احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠٥، بند ٢٠، ص ٣١.

١٤٦١ - د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١١، بند ٤٣، ص ٦٢.

فمن الثابت في نصوص قانوني التحكيم المصري والأردني بأنهما لم يضعوا تعريفاً لشرط التحكيم ، إلا انه يمكن أن يستدل على هذا المعنى في تعبير اتفاق التحكيم وصوره والتي نصت عليها (٢/١٠) من قانون التحكيم المصري التي نصت على أن: (٢- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواءً قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين...).

فطبقاً لنص المادة (٣ / ١٠) من قانون التحكيم المصري فإنه:

(.. ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة، وتتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

كما عبّر المشرع الاردني صراحة على تعبير اتفاق التحكيم وصوره فقد نصت المادة (١٠) من قانون التحكيم بالنص على أنه:

(أ- يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق .ب- ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ج- إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، وبعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب).

وجاء في المادة (١١) منه أنه: (يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء اكان مستقلاً بذاته او ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات او بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين.....).

أما قانون التحكيم الفرنسي الجديد رقم ٨٤ لسنة ٢٠١١ فقد نص على شكلي اتفاق التحكيم وتعريفهما في نص المادة (١٤٤٢) بأنه: (يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط تحكيم أو مشارطه تحكيم، شرط التحكيم هو اتفاق بمقتضاه يلتزم الاطراف في عقد او اكثر بإخضاع منازعاتهم المتولدة عن هذا العقد او تلك العقود الى التحكيم مشاركة التحكيم عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتفق الاطراف في نزاع قائم على اخضاع

نزاعهم الى التحكيم)، وبذلك فان القانون الفرنسي الجديد قد اتجه الى توحيد النظام القانوني لشرط التحكيم ولمشاركة التحكيم ووضعها تحت التعريف العام للاتفاق التحكيم^{١٤٦٣}.

وعلى ذلك فإن الاستفادة من مجمل النصوص القانونية الواردة في التشريعات والاتفاقيات اعلاه، أن اتفاق التحكيم هو أساس مشروعية التحكيم والأساس القانوني المباشر لإخراج موضوع النزاع من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة، مما يعني ان عدم وجود اتفاق التحكيم يؤدي الى انعدام حكم التحكيم، لانعدام ولاية المحكم في اصدار الحكم التحكيمي^{١٤٦٣} لهذا فإن اتفاق التحكيم، يلزم أطرافه بالفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو التي قد تنشأ بينهم والمتفق على حلها بواسطة التحكيم وليس بواسطة القضاء العادي^{١٤٦٤}، وان هذا الاتفاق هو عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر قد يرد في عقد مستقل أو في بند وارد في عقد ما بينهم على أن يحيلوا النزاع أو النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم الى التحكيم، سواء كان النزاع ناشئاً عن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية^{١٤٦٥}.

الفرع الثاني

شرط التحكيم وتعريفه في الفقه المصري والاردني

١٤٦٢ - النص بالفرنسي

« Art. ١٤٤٢.-La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

« La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

« Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

راجع د. اسامه ابو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الامانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الثامن عشر، يونيو، السنة ٢٠١٢، ص ٢١.

١٤٦٣ - د. الياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الالكتروني، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، السنة ٢٠١٢، ص ٥٣-٥٤.

١٤٦٤ - د. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص ١١٠.

١٤٦٥ - د. الياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص ٥٦.

لقد تناول فقهاء القانون وضع تعريف لشرط التحكيم فمنهم من يعرفه بأنه: (اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم)^{١٤٦٦}.

أو هو: (شكل من أشكال الاتفاق على التحكيم وهو يواجه نزاعاً مستقبلياً لم ينشأ بعد لحظة الاتفاق على التحكيم وقد لا ينشأ على الإطلاق فهو محتمل الحدوث)^{١٤٦٧}.

وعرفه آخر بأنه: (الاتفاق المبرم بين طرفين بينهما عقد أساسي مدني أو تجاري؛ كعقد بيع أو إيجار أو نقل مثلاً على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره وذلك قبل نشوء النزاع)^{١٤٦٨}.

وقال عنه آخر أنه: (الاتفاق الذي يرد - عادة - كبنود من بنود عقد من العقود بمقتضاها يلتزم أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات بخصوص هذا العقد تنفيذاً أو تفسيراً على محكم أو أكثر يختارونهم للحكم فيها، بدلاً من المحكمة ذات الولاية والاختصاص)^{١٤٦٩}.

ويرى آخر بأنه هو: (نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه)^{١٤٧٠}. وقد عرفه أخيراً بأنه: (اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات مستقبلية أو احتمالية غير قائمة بالفعل ولكنها قد تنشأ في المستقبل وقد

١٤٦٦ - د. احمد هندي، التحكيم - دراسة اجرائية - دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، السنة ٢٠١٣، بند ١، ص ٤.

١٤٦٧ - د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية المرجع السابق، بند ٥١، ص ٦٢.

١٤٦٨ - د. احمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي، لبنان السنة ٢٠٠٣، ص ٤١.

١٤٦٩ - د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، السنة ١٩٨٥، بند ٢٧، ص ٤٩.

١٤٧٠ - د. محمد عبدالفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لأتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، السنة ٢٠٠٣، ص ٣٩٣.

أستمد هذا الاتفاق تسميته من انه يكون جزءاً من عقد كأحد بنوده وشرطاً من شروط العقد الأصلي لاحتمال نشوء نزاع بسبب تنفيذه أو تفسيره^{١٤٧١}

الفرع الثالث

مشاركة التحكيم وتعريفها في الفقه والقضاء المصري والاردني

وغني عن البيان بأنها فيما يتعلق بالصورة الثانية من اتفاق التحكيم وهي مشاركة التحكيم فيمكن أن ترد كاتفاق لاحق ومستقل عن العقد الاصلي بعد نشوء النزاع، لهذا يعرفها بعض من الفقه بأنها هي: (اتفاق منفصل عن العقد الأصلي يبرمه أطراف هذا العقد لإخضاع نزاع قائم بينهما فعلاً لقضاء خاص هو قضاء التحكيم)^{١٤٧٢}.

ويعرفها بعض من الفقه بأنها (إبرام اتفاق مستقل عن العقد وهذا الاتفاق يتم بعد نشوء النزاع أي ان الطرفين يقرران اللجوء الى التحكيم لحسم النزاع الذي نشأ عن العقد بينهما)^{١٤٧٣}، ويعرفها آخر بالقول: (أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصل عن العقد الاصلي وذلك للجوء الى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلاً بينهما)^{١٤٧٤}.

^{١٤٧١} - أحمد محمد عبدالصاادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، السنة ٢٠١٤، ص ٧٦.

^{١٤٧٢} - د. حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم، دار النهضة الجامعية، القاهرة، السنة ٢٠٠٣، ص ٧.

^{١٤٧٣} - د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة السادسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، السنة ٢٠١٢، ص ١٠٩.

^{١٤٧٤} - د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الاول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، السنة ١٩٨٤، بند ٢٥، ص ٧٥.

وعرفها غيرهم بأنها: (اتفاق يتم بين المتعاملين في التجارة الدولية على تسوية نزاع قد نشأ بينهم بالفعل وذلك عن طريق التحكيم)^{١٤٧٥}، ومن الملاحظ أن هذا التعريف وإن كان يمثل المنازعات التي تكون نشأت بالفعل بين بعد وقوع النزاع إلا أنه يقتصر على المعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية ويستثني المنازعات المتعلقة بالتجارة الوطنية. لقد ذهبت محكمة النقض في حكم لها إلى تعريفه: (مشاركة التحكيم لاتعدوا أن تكون اتفاقاً بين الخصوم على طرح النزاع على محكمين ليفصلوا فيه بدلاً من طرحه على القضاء)^{١٤٧٦}.

المطلب الثاني

تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم

فمن المستقر عليه في مختلف القوانين، ضرورة أن يكون محل النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم، ولكن إذا كان موضوع الاتفاق على التحكيم لا يقبل التحكيم فإن شرط التحكيم يكون خالياً من أثره؛ لأنه يكون غير قابل للتنفيذ سواء في بلد التحكيم أو بلد تنفيذ الحكم التحكيمي، ولو كان شرط التحكيم صحيحاً وموضوع النزاع قابلاً للتحكيم في بلد مكان التحكيم ولم يكن كذلك في بلد تنفيذ الحكم التحكيمي، فإن التحكيم يكون بدون أية فائدة لأن الحكم التحكيمي يكون غير قابل للتنفيذ^{١٤٧٧}.

وعلى هذا الأساس فإن موضوع هذا المطلب هو تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم) والذي يقع بتعريف موضوع النزاع وطريقة تحده واهمية تحديده كفرع أول، ثم تعالج مدى قابلية المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم كفرع ثان .

١٤٧٥ - د. احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، بند ٣٠، ص ٣٧.

١٤٧٦ - الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٥١ ق-جلسة ١٢/١٢/١٩٨٦/١٢٣ ص ٣٧ ع ١٤٦٦، محكمة النقض -المكتب الفني، مجموعة الربع قرن الثانية، القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، من أول يناير سنة ١٩٦٦ لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٠ من السنة ١٧ المدنية لغاية السنة ٤١ المدنية، ج ٢، بند ٣٣، ص ٥٣٦.

١٤٧٧ - د. ماهر محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء الى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١٢، ص ٣٦-٣٧.

الفرع الاول

تعريف موضوع النزاع وطريقة تحديده واهميته

يقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد موضوعه أي: (مجموعة الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم، والادعاء هو محل طلب الخصم) ^{١٤٧٨}.

لقد اشترط قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم الاردني تحديد موضوع النزاع اذا تم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع حتى لو اقيمت في شأنه دعوى أمام القضاء ويشترط في هذه الحالة أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع والمسائل التي سوف تحال الى التحكيم والا كان الاتفاق باطلاً ^{١٤٧٩}.

فتحديد موضوع النزاع يوضح الرؤية لأن يكون المحل مشروع ولا يخالف النظام العام، ولأن سبب اتفاق التحكيم هو حل منازعة التحكيم والتي يترتب على عدم وجودها بطلان اتفاق التحكيم؛ فالكتابة وتعيين موضوع النزاع تعتبران من الشروط الشكلية المطلوبة لصحة اتفاق التحكيم ^{١٤٨٠}.

كما أن سبب شرط التحكيم هو رغبة الأطراف في سلب الاختصاص في نظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم من قضاء الدولة وتحويله لقضاء التحكيم للفصل فيه ^{١٤٨١}، مع مراعاة شروط التمسك به،

١٤٧٨ - د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ١٩٩٦، ص ٢٠٩.

١٤٧٩ - د. احمد ابوالوفا، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الاولى، منشأ المعارف، الاسكندرية، بند ١٠، ص ٢٢. د. ابراهيم رضوان الجعبر، بطلان حكم المحكم، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، الاردن، السنة ٢٠٠٩، ص ١٤٠.

١٤٨٠ - عائشة محمود الذواي التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراة في الحقوق، جامعة عين شمس، قسم المرافعات، السنة ٢٠٠٥، ص ١٠٦.

وإجراءات تقديمه إذا كانت إرادة الأطراف هي التي تحدد موضوع النزاع أو المنازعات المراد طرحها على التحكيم إلا أن تلك الإرادة لا تدخل في تحديد نطاق القابلية للتحكيم أي ما يجوز فيه التحكيم؛ فذلك الأمر متروك للنظام القضائي القانوني للدولة المقرر اختصاص محاكمها الوطنية أصلاً بالمنازعة^{١٤٨٢}

لذا، تختلف طريقة تحديد موضوع النزاع بحسب صورة اتفاق التحكيم ومن ذلك فقد نصت المادة (٣/٢) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة (١٩٥٨) بأنه: (يتوجب على محكمة البلد المتعاقد التي تقام لديها قضية ذات علاقة باتفاقية معقودة بين الفرقاء ضمن منطوق هذه المادة، أن تحيل ذلك النزاع إلى التحكيم وذلك بطلب من أحد الفرقاء، إلا إذا تبين إلى المحكمة بان تلك الاتفاقية لاغية وباطلة، أو أنها غير ملزمة، وأنه ليس في الامكان تنفيذها).

هذا، ويرى بعض الفقهاء إن هذه الاتفاقية لم تبين الحل الواجب الاتباع بشأن تعيين موضوع النزاع كي تتمكن هيئة التحكيم من مباشرة مهمتها على خلاف أحكام قانون الأونسيترال (UNCITRAL) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام (١٩٨٥) والتي تغلبت على الصعوبات بما قرره من الزام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، بإحالته للتحكيم متى توافرت شروطه، دون أن يعترض ذلك عدم تعيين موضوع النزاع إذ نصت المادة (١/٨) على أنه: (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد اقضاء تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، مالم يتضح لها ان الاتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتنفيذ) وهذا يتمشى مع ما تتبناه التشريعات الحديثة^{١٤٨٣}.

أما فيما يتعلق بشرط التحكيم ومنها قانونا التحكيم في مصر والأردن اللذان لم يشترطا على أن يشتمل شرط التحكيم؛ تحديد موضوع النزاع بسبب أن شرط التحكيم ينشأ قبل نشوء النزاع لهذا يكون من الكافي أن يتحدد إطار النزاع الذي يتعلق به هذا الشرط ومن ذلك النزاعات التي تتعلق بعقد معين، أو

١٤٨١ د. احمد مساعدة، استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الاصلي، دراسة وصفية وتحليلية مقارنة (مجلة الحقوق، فصلية علمية محكمة، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد ٤، السنة ٣٧، ديسمبر، ٢٠١٣م، ص ٢٨٤).

١٤٨٢ د. حسام الدين فتحي ناصيف، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠١، ص ٥٣.

١٤٨٣ د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٦٩-٧٠.

بنشاط شركة معينة مثلاً والتي يجري على تحديدها بعد ذلك عند إثارة المنازعة أمام المحكم، ومن جانب آخر لم يشترط المشرعان المذكوران على وجوب اشتغال شرط التحكيم على تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم، أو صفاتهم أو على بيان الطريقة التي يعين بها^{١٤٨٤}.

يمكن القول بأن المشرعين المذكوران، ونظراً لأهمية تحديد موضوع النزاع والمتعلق بشرط التحكيم السابق على نشوء النزاع فقد اشترطوا بالنص صراحة على تحديد المسائل محل النزاع في بيان مكتوباً بدعواه حسب تعبير المادتين (٢٠٣٠/١٠) من قانون التحكيم المصري.

هذا، ويتمثل نص المادتين (١١،٢٩) من قانون التحكيم الأردني مع نص، المادتين (١٠،٣٠) من قانون التحكيم المصري مع وجود اختلاف في الصياغة طبقاً لما جاء في القانون الأردني حيث نصت المادة (١١) منه: (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات، أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين..).

كما يلاحظ بأن المشرع الأردني استعمل تعبيراً آخر في المادة (٢٩) من قانون التحكيم الأردني وهو "تحديد للمسائل موضوع النزاع في لائحة مكتوبة بداعوه" والتي نصت على: (أ. يرسل المدعي خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين لائحة مكتوبة بدعواه تشمل على اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل موضوع النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه اللائحة).

لذا، يمكن أن يحدد شرط التحكيم في أي من المنازعات التي تتعلق به والناشئة عن عقد معين بكافة صور المنازعات الناشئة عن هذا العقد أو المنازعات والخلافات الناشئة عن شركة معينة لهذا فشرط التحكيم لا يكون مقبولاً كأن يتم الاتفاق بين شخصين على إخضاع أي نزاع بينهما ولأي سبب ولأي حالة فهنا نكون أمام شرط تحكيم بلا موضوع قبل نشأة النزاع^{١٤٨٥}.

١٤٨٤ - د. احمد خليل، قواعد التحكيم، المرجع السابق، ص٤٣-٤٤.

١٤٨٥ - د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، ١، بند ٥٥، ص٦٨.

فالأصل أن يتعلق شرط تحكيم بين بائع ومشتري في عقد البيع فيما يتعلق بحقوقهما او التزاماتهما الناشئة عن هذا العقد، ما لم يتم الاتفاق بينهما على حصر المنازعات المتعلقة بتفسير هذا العقد فقط او في تنفيذه^{١٤٨٦}.

هذا، ويذهب بعض الفقهاء - بحق - إلى أن المشرع المصري كان منطقياً في أرجاء وجوب تحديد موضوع النزاع، عندما نكون أمام شرط التحكيم السابق على قيام النزاع إلى الوقت الذي تبدأ فيه الإجراءات بشأن التحكيم، واستوجب أن يحدد المدعي بوضوح النزاع أو المسائل محل النزاع في بيان الدعوى الذي يقوم بإرساله للمدعى عليه متضمناً فيه ايضاً طلباته في هذا النزاع طبقاً لنص المادة (٣٠) ومن خلال بيان الدعوى يمكن تحديد موضوع النزاع فيما اذا احتوى على موضوع النزاع، أم انه جاء غامضاً مبهماً بغير تحديد دقيق للمسائل المنوي عرضها على التحكيم، وللوقوف على مدى توافر هذا الشرط من عدمه، ومن ثم الوقوف على صحة او بطلان شرط التحكيم^{١٤٨٧}.

الفرع الثاني

المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم

يقصد بمحل التحكيم أنه: (موضوع المنازعة أو المنازعات التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم). ويتعين أن يكون هذا الموضوع وفقاً لاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة (١٩٥٨) من المسائل التي يجوز تسويتها بواسطة التحكيم، فقد نصت المادة (١/٢) من ذات الاتفاقية على أنه: (.وذلك فيما يتعلق باي نزاع يمكن تسويته بطريق التحكيم)^{١٤٨٨}.

لذا لم تفصح هذه الاتفاقية عن المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم، أو تلك التي لا يجوز حلها بالتحكيم حيث اكتفت بالإحالة الى قانون الدولة التي يطلب اليها تنفيذ حكم التحكيم، لمعرفة إذا كان

١٤٨٦ - د. احمد خليل، قواعد التحكيم المرجع السابق، ص ٤٥

١٤٨٧ - د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، بالمرجع السابق، بند ١٢٩ - ص ١٨٩ - ١٩٠.

١٤٨٨ - د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠٧، بند ٤٨، ص ٧٩.

قانون الدولة يجيز حل النزاع الصادر فيه حكم التحكيم المراد تنفيذه من عدمه، ويعد هذا الشرط في حد ذاته حالة من الحالات التي يرفض فيها تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي، الذي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها^{١٤٨٩} كما جاء في اتفاقية نيويورك التي يجوز للقاضي فيها أن يرفض تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، في غير الدولة التي صدرت فيها ومنها المسائل التي تبعد الدولة في اخضاعها للتحكيم ومنها المسائل التي لا يجوز الصلح فيها أو لمخالفته النظام العام أو الآداب في الدولة المطلوب التنفيذ بها^{١٤٩٠}.

هذا ويرى بعض الفقهاء - ونحن نؤيده - أن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة (١٩٥٨) تقصد بتطبيق النظام العام، والمتعلق بالدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي فيها ، وبالتالي يمكن رفض حكم التحكيم الواجب التنفيذ في مصر عندما يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه قد خالف النظام العام المصري؛ لأن هذا الحكم قد ينتهك المبادئ الأساسية للنظام القانون المصري بما يصدم الشعور بالعدالة والمبادئ الخلفية للمجتمع المصري .

لهذا يجيز قانون التحكيم المصري للقاضي لأن يرفض من تلقاء نفسه إصدار الامر بتنفيذ حكم تحكيم اجنبي بالتطبيق أو بالخلع، بسبب عدم قابلية محل النزاع للتحكيم ، ومن ناحية ثانية يجب أن تفسر فكرة النظام العام تفسيراً ضيقاً مع الأخذ بالحسبان التفرقة بين قواعد النظام العام والقواعد الآمرة، إذ لا يمكن تنفيذ حكم تحكيم اجنبي إذا خالف النظام العام في مصر، ولكن يمكن تنفيذه ولو خالف قاعده أمره في القانون المصري^{١٤٩١}. كما أن قانون الأونسيترال (UNCITRAL) النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام (١٩٨٥) نص في المادة (٣٦/ب/١) منه على أنه يجوز رفض الاعتراف بتنفيذ قرار التحكيم الاجنبي إذا قررت المحكمة أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون هذه دولة.

كما أجازت المادتان (١/١٠، ١) من قانون التحكيم المصري على التحكيم في صورة الشرط التحكيمي في أي نزاع يقبل الخضوع للتحكيم سواء ما كان منها ادرياً أم تجارياً أو مدينياً في المنازعات التي يمكن أن تثور بمناسبة بروابط قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، وقد فرض المشرع في منازعات

^{١٤٨٩} - د. ايناس محي الدين عبدالمعطي، انقضاء اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١١، ص ٤٩ - ٥٠.

^{١٤٩٠} - د. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر السنة ص ١٩٤.

^{١٤٩١} - د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، السنة ٢٠١٤، بنداين ٣٥٨، ٣٥٩، وكذلك أنظر من ذات المرجع ص ٦٤٦-٦٤٩.

العقود الادارية موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك^{١٤٩٢}.

فالتحكيم في القانون المصري و الأردني يجوز في المسائل التي يجوز فيها الصلح وهذا ما نصنا عليهما المادتين (١١) تحكيم مصري و (٩) تحكيم اردني، كما نصت المادة (٥٥١) مدني مصري على أنه: (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم) وكذلك فعل المشرع الاردني فقد نصت المادة (٣/١٦٣) مدني أردني على أن: (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة، للتصرف في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال محجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

لهذا نتصور أن يوجد الشرط التحكيمي في العلاقات التي تنشأ بين الافراد بحكم القانون، كالعلاقات بين المالكين المتجاورين والتي تفرض عليهم التزامات قانونية متبادلة، و يجوز التحكيم في المسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بالمصالح المالية التي تتصل بالمال^{١٤٩٣}، كما يجوز التحكيم في النزاع المتعلق بعقد التأمين وشرط التحكيم صحيحاً والمتعلق بأن يحل أي خلاف قد ينشأ عن العقد أو تطبيقه إلى التحكيم حسب القانون الأردني جاء بشكل مستقل ومنفصل ويحمل توقيع المدعي. وحيث إن هذا الشرط لا يخالف القانون أو النظام العام وهو شرط صحيح منتج لآثاره بالمفهوم المخالف لمنطوق المادة (٤/٩٢٤) من القانون المدني^{١٤٩٤}.

غير أنه، لا يجوز التحكيم في مسائل الاحوال الشخصية ومسائل الجنسية لانه لا يجوز للطرفين ابرام صلح بشأنها، ومن ذلك لا يجوز التحكيم بشأن حالة شخص معين أو لتحديد من صاحب الولاية، أو

١٤٩٢ - د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، بند ٥٥، ص ٦٧

١٤٩٣ - د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، السنة ١٩٧٤، بند ٢٩، ص ٧٣.

^{١٤٩٤} - قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم ٢٠١٢/٧٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٢/٣/١٢ منشورات مركز عدالة

الوصاية عليه أو أهليته أو لتحديد نسب شخص معين أو الفصل في المنازعة حول الحق في الحضانة، أو في دعوى الخلع أو الفصل في دعوى تطليق للضرر، أو الفصل فيما إذا كان الزواج صحيحا أو باطلا، أو ووقوع الطلاق أم لا أو حول حق الزوج في الطلاق، أو حول ما إذا كان الشخص مفقودا أم لا

كما لا يجوز التحكيم حول نسب الطفل إلى والده أو تحديد الانصبه في الارث وغيرها من المسائل التي تتعلق في الاحكام التي تحكمها الشريعة الاسلامية^{١٤٩٥}.

فمن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح والمتعلقة بالنظام العام وبالتالي لايجوز فيها الصلح : الجرائم ؛ فلا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسؤولية الجاني الجنائية وما إذا كان ما ارتكبه يعد جريمة أو لا أو في تحديد النص الواجب التطبيق في قانون العقوبات جزاء على ما ارتكبه الجاني ولكن يجوز التحكيم في شأن تقدير التعويض المستحق للمجنى عليه وهذا لا يمنع من رفع الدعوى العمومية على الجاني أو السير فيها أو من تقديم شكوى للنياحة العامة لقصد توقيع العقوبة الجنائية على المتهم إلا أنه يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بطلب شهر افلاس تاجر^{١٤٩٦}.

فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: (لئن كان من غير الجائز التحكيم بصدد تحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام ، الا انه اذا اشتمل الاتفاق على التحكيم بالقضاء في منازعات لا يجوز فيها فاته-شأنه في ذلك سائر العقود- يصح بالنسبة إلى ما يجوز فيه التحكيم ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده مالم يقدم من يدعي البطلان الدليل على ان الشق الباطل او القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد)^{١٤٩٧}.

المبحث الثاني

١٤٩٥ - د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، المرجع السابق، بند ٧٣، ص ١٤٥.

١٤٩٦ - د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءته، المرجع السابق، بند ٢٩، ص ٧٤.

١٤٩٧ - الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٥٣ق-جلسة ١٩/١١/١٩٨٧س ٣٨ع ٢ص ٩٦٨ مجموعة الربع قرن الثانية، القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية من اول يناير ١٩٦٦ لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٠ من السنة ١٧ المدنية لغاية السنة ٤١ المدنية، محكمة النقض، المكتب الفني، ج ٢، بند ٧٠، ص ٥٤٢.

الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

رأينا إن صور اتفاق التحكيم هي نوعان الاول اتفاقات لاحقة لقيام النزاع والثانية لاينتظر فيها أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع، وانما يستبقون الحوادث فيتفقون على التحكيم مقدما في العقد الذي يبرمونه، أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقا للعقد ولكنه على أية حال سابق على قيام النزاع وهذا ما يفسره هذا الفرق الجوهرى اختلاف الشروط التي تضعها التشريعات الوطنية لصحة كل اتفاق منهما^{١٤٩٨}.

لقد عنى المشرع المصري باتفاق التحكيم وأفرد له باباً خاصاً وهذا تأكيدٌ منه على ان هذا التعبير النوعي بأن اتفاق التحكيم يتضمن، تعهداً أو التزاماً مستقلاً عن العقد الاصلي بالخضوع للتحكيم سواء تمثل بشرط التحكيم أم بمشاركة التحكيم^{١٤٩٩}.

لذا، يجب التعرف على أوجه التشابه، والاختلاف فيما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم حيث سنتعرف على اوجه التشابه بينهما كمطلب اول ثم سنتناول اوجه الاختلاف بينهما كمطلب ثاني.

المطلب الاول

أوجه التشابه بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

ينصرف شرط التحكيم الى النزاع المنصوص عليه فيه، أو في العقد الاصلي الذي يتضمنه فإذا ورد بشرط التحكيم أن كل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد، تحال الى التحكيم فإن ذلك يعني أن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع، موضوع شرط التحكيم إنما ينحصر فيما ينشأ بين الأطراف ذوي الشأن من منازعات متعلقة بتنفيذ العقد، أما غير ذلك من منازعات فلا تدخل في اختصاصها وذات الحل ينطبق بالنسبة لمشاركة التحكيم ١٥٠٠ بمعنى لأنه يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في

^{١٤٩٨} - د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٩٩٧ بند ١٠٩، ص ١٧١.

^{١٤٩٩} - د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٥٨.

^{١٥٠٠} - د. محمود السيد عمر التحيوي، طبعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، السنة ٢٠٠٣، ص ٢٦٨-٢٦٩.

النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم أن تلتزم بحدود النزاع المتفق على تحكيمها فيه بواسطة أطراف الاتفاق على التحكيم، ولا يجوز اطلاق القول بان قاضي الاصل هو قاضي الفرع، فالتحكيم يكون مقصورا على ما تتصرف إرادة اطراف الاتفاق على التحكيم الى عرضه على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم^{١٥٠١}.

يهدف شرط التحكيم كهدف مشاركة التحكيم، اخراج النزاع من اختصاص المحاكم العادية، وإدخاله في ولاية المحكم، لذا فإن تحرير مشاركة التحكيم فور وقوع النزاع، أو في وقت لاحق أو تحريره بعد رفع الدعوى امام المحاكم العادية، ففي هذه الحالة يكون من شأن مشاركة التحكيم وضع حد لاختصاص المحاكم العادية في نظر النزاع، ورفع يدها عنه وإدخاله في اختصاص هيئة التحكيم، وتكون مشاركة التحكيم جائزه امام محكمة البداية والاستئناف والنقض(التميز) وفي سائر طرق الطعن بسبب ان مشاركة التحكيم تعد بمثابة تنازل عن جميع الاجراءات التي تمت امام المحاكم العادية، بما في ذلك الاحكام والقرارات الصادرة فيها ونقل الاختصاص بالفصل في النزاع الى المحكم^{١٥٠٢}.

كما ان من اوجه التشابه فيما بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم بأن المشرع المصري من جواز التحكيم في المنازعات التجارية والتحكيم في المنازعات المدنية^{١٥٠٣} وكذلك فعل المشرع الاردني

ويذهب جانب من الفقه المصري - وبحق- على أن شرط التحكيم يكفي بذاته لتحريك الدعوى امام هيئة التحكيم، ولا يلزم سوى أن يحدد المدعي أمام هيئة التحكيم موضوع الدعوى في بيان الدعوى الذي يتقدم به الى هيئة التحكيم، اما بخصوص تعيين هيئة التحكيم ففي حال عدم الاتفاق مسبقا على تعيينها

^{١٥٠١} - الطعن رقم ٧٤٠ لسنة ٥٢ق-جلسة ١٨/٥/١٩٨٩س١٩٨٩/٥/١٨، محكمة النقض -المكتب

الفني،مجموعة الربع قرن الثانية، القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية،من أول يناير سنة ١٩٦٦ لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٠ من السنة ١٧ المدنية لغاية السنة ٤١ المدنية، ج٢، بند٤، ص٥٣١.

^{١٥٠٢} - د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، بند٦٥، ص٨٠.

^{١٥٠٣} - د.حسني المصري،التحكيم التجاري الدولي،المرجع السابق،ص٦٠١

بين الاطراف فيمكن تعيينها عن طريق القضاء وفقا لاحكام المادة (١٧) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. ١٥٠٤ والتي تقابلها المادة (١٦) من قانون التحكيم الاردني.

وهو ما يطلق عليه التنفيذ العيني الجبري لاتفاق التحكيم، والتي تهدف الى قهر مقاومة الطرف الذي بعد أن قبل الاتفاق على التحكيم لا يود في المشاركة في اجرائه بل ويحاول بكل الطرق أن يؤخر اللجوء الى استخدام هذه الاجراءات، والتي تنسم في بعض الاحيان بأنها اعمال تسويقية تهدف الى تعطيل سير اجراءات التحكيم ١٥٠٥.

كما أن مشاركة التحكيم سواء كانت مسبقة بشرط تحكيم ام لم تكن مسبقة الا ان الهدف منها يكون دائماً هو لتحريك اجراءات التحكيم ، فمشاركة التحكيم تفترض قيام نزاع معين بين الفريقين بالفعل وتتولى مشاركة التحكيم في الغالب تنظيم كل ما يتعلق بهذا التحكيم، مما يكون لطرفي التحكيم حرية الاتفاق عليه ، كتشكيل هيئة التحكيم ورسم حدود ولايتها واختيار الاجراءات التي تتبعها وتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع ١٥٠٦ . لذا يمكن لنا القول ان اتفاق التحكيم - شرطاً ، أم مشاركة- يمكن بهما تحريك العملية التحكيمية والسير بها بهدف فض النزاع عن طريق التحكيم دون اللجوء الى قضاء الدولة العام^{١٥٠٧}.

المطلب الثاني

اوجه الاختلاف بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

١٥٠٤ - د. مصطفى محمد الجمال- د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الاول، الطبعة الاولى، السنة ١٩٩٨، حقوق الطبع محفوظة للمؤلفين بند ٢٣٤، ص ٣٤٨.

١٥٠٥ - د. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ١١٦-١١٧. انظر د. اسامة روبي عبدالعزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠٩، ص ٢٨-٢٩.

١٥٠٦ - د. مصطفى محمد الجمال- د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، البندين ٢٣٩-٢٤٠ ص ٣٥٨-٣٥٩

١٥٠٧ - د. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم واجراءاته، المرجع السابق، ص ٦٢.

يبرز الفرق بين مشاركة التحكيم و شرط التحكيم هي لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم فإذا كانت سابقة على النزاع كنا بصدد شرط تحكيم سواء ورد بندا من بنود العقد الاصلي أو ان يوجد هذا الشرط في صورة اتفاق لاحق على العقد الاصلي فشرط التحكيم هو الصورة الشائعة لاتفاق التحكيم^{١٥٠٨}.

كما أنه يلزم لصحة مشاركة التحكيم الذي يبرم بعد وقوع النزاع أن ينص في صلب الاتفاق على موضوع النزاع المراد حله بواسطة التحكيم ولكن إذا تعلق الأمر في شرط التحكيم فإنه لا يلزم أن يشار إليه فيه إلى نزاع محدد بذاته لكونه يرد بصيغة عامة بالنسبة لأنواع معينة من المنازعات يحددها الشرط نفسه.

لذلك اذا قام أثناء تنفيذ العقد نزاع يدخل في اطار المنازعات التي يحددها الشرط فهنا يجب فقط أن يحدد موضوع النزاع ذاته في بيان التحكيم أو طلب التحكيم وفقا لأحكام المادة(٢/١٠) من قانون التحكيم المصري التي جاء فيها: (.كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد اقيمت في شأن دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا..). فهذا الفارق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم لا يخل بالطبيعة القانونية للثلاثين^{١٥٠٩}، على الرغم من استعمال المشرع المصري تعبيراً (المسائل التي يشملها التحكيم).

ومن حيث التنفيذ فأن تنفيذ شرط التحكيم يكون أمراً احتمالياً باحتمال عدم نشوء نزاع بين الخصوم عند تنفيذ العقد اما مشاركة التحكيم فهي لا تتم الا بمناسبة نزاع نشأ بالفعل بين الخصوم^{١٥١٠}.

١٥٠٨- ج. رجب محمد السيد الكحلوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دون ذكر رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١٠، ص ١٨٧-١٨٨.

Jean Robert, Me Bertrand Moreau – L'arbitrage droit interne droit international privé, Pag ٧٦; Par. ٩٥, Dalloz ١٩٩٣

١٥٠٩- د.برهام محمد عطالله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم، محاضرات مؤتمر مراكز التحكيم العربية الذي انعقد تحت اشراف كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، اعداد المحامي وليد عناني، الطبعة الاولى، المكتبة الوطنية، دمشق، السنة ٢٠٠٣، ص ١١٩. د.ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ١٩٩٦، ص ٢١٢

١٥١٠- د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، السنة ١٩٨٨، بند ٧، ص ٢٦. د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار

ومن جانبنا نعتقد أن الفارق الزمني بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم يعد أمر ضرورياً للتمييز بينهما حيث أن شرط التحكيم ينشأ قبل وقوع النزاع سواء ورد شرط التحكيم ضمن العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل غير أن مشاركة التحكيم لا تنشأ إلا بعد وقوع النزاع فعلاً.

كما يمكن التفرقة بين شرط التحكيم الذي يرد في العقد الأصلي، وبين التحكيم الذي يتم بناءً على اتفاق مستقل عن العقد؛ ففي الحالة الأولى فإن شرط التحكيم يرد بشكل مكتوب لكونه يرد في بنود العقد الأصلي، وهذا بخلاف ما إذا كان اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، ففي هذه الحالة فإن شرط الكتابة خاص باتفاق التحكيم وليس بالعقد الأصلي إذ يبقى هذا العقد من حيث صحته وإثباته خاضعاً للقواعد العامة، أي أن العقد الأصلي يمكن أن يكون إبرامه شفويًا بل وإثباته بالشهادة، إلا أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً، والمثال على ذلك عقد بيع تجاري؛ فيجوز حسب القانون المصري والاردني إبرام مثل هذا العقد شفويًا تطبيقاً لمبدأ الرضائية في العقود دون حاجة للكتابة، أو لأي شكل آخر فيه كما يجوز إثباته بشهادة الشهود، ولكن لو فرضنا أن أحد طرفيه ادعى بوجود اتفاق التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد فإن هذا الادعاء يجب أن يكون باتفاق مكتوب^{١٥١١}.

وبالتالي يجب أن تكون إرادة الأطراف في كتابة شرط التحكيم موجودة فلا يكفي عرض أحد الطرفين دون أن يقابله قبول من الطرف والذي لا بد من أن يرد التبادل على وثائق مكتوبة لأن المشرع يستلزم شرط وجود الكتابة فالإيجاب الصادر من أحد الطرفين في ورقة مكتوبة سواء كانت رسالة أو برفقية أو فاكس أو توكس، لا بد أن يقابله قبول في وثيقة مكتوبة أيضاً، وبالتالي يترتب عدم صحة وجود اتفاق التحكيم وعلّة صحة أحكام التحكيم وبالتالي يصبح حكم التحكيم لا وجود له إذا لم يكن اتفاق التحكيم مكتوباً^{١٥١٢}، وهذا ما ذهب إليه القضاء الاردني في العديد من أحكامه ومنها:

التحكيمي وأثاره، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، السنة ٢٠٠٩، ص ٩٣. Théorie .
de l'arbitrage, Bruno Oppetit, pag. ٩٧, par. I, Presses Universitaires de France, ١٩٩٨

١٥١١ - د. حمزة حداد، كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية، (مصر والأردن والإمارات)، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري، المنعقد بتاريخ ٣١/١٢/٢٠٠٣، ص ٤.

١٥١٢ - د. محمد حسن المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، السنة ٢٠١٤، ص ٦٨.

أولاً- (إذا كان المميز يستند في طلبه برد الدعوى لوجود شرط التحكيم في العقد المؤرخ في ٢٠٠٥/٣/١٠ وإن هذا العقد لم يتضمن شرط التحكيم فإن طلب إلزام خصم بتقديم سند تحت يده والحالة هذه لا تتوفر فيه شروط المواد (٢٠ و ٢١ و ٢٢) من قانون البيئات وذلك لأن الاتفاقية الموقعة في عام ١٩٩٩ تكون والحالة هذه غير منتجة في هذه الدعوى ولعدم استناد الخصم إليها ولعدم تعلقها بالدعوى، وعليه يكون قرار المحكمة بعدم توجيه اليمين في محله وبالتالي يكون المستدعي (المميز) قد عجز عن إثبات طلبه) ١٥١٣ لهذا يعد شرط الكتابة هو: شرط انعقاد بحيث يترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم بطلانه^{١٥١٤}.

ثانياً- وقد ذهب القضاء المصري في حكم له: (رغم اشتراط المشرع لأن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً فلم يشترط أن تفرغ الكتابة في شكل خاص فيكفي بصريح النص أن ترد في رسالة أو برفيقة..)^{١٥١٥}.

النتائج

نخلص من مجمل أعمال الدراسة التي تم التركيز فيها على الطبيعة القانونية لشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم وأثر ذلك في العملية القضائية إلى مجموعة من الاستنتاجات والنتائج نعرضها في الآتي:

- ١- اتفاق التحكيم، هو: أساس مشروعية التحكيم والأساس القانوني المباشر لإخراج موضوع النزاع من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة
- ٢- إن المشرعان المصري والاردني قد اعتمدا مقياسا في جواز وعدم جواز التحكيم هو قابلية الموضوع للصلح إضافة الى ما نص عليه القانون المدني.

^{١٥١٣} - قرار محكمة التمييز الاردنية /مدي رقم ٢٠١٥/١١٢ (هيئة عادية) تاريخ ٢٥/٣/٢٠١٥ منشورات مركز عدالة، الأردن، عمان .

١٥١٤ - د. احمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وانظمة التحكيم الدولية، السنة ٢٠٠٢، بند ٣٠، ص ٤٤.

^{١٥١٥} - الطعن رقم ٧٤ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٩، محكمة النقض، الدائرة المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، مجلة التحكيم العالمية، مجلة التحكيم العربي في الغرب ومجال التحكيم العربي في البلاد العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، العدد التاسع، كانون الثاني "يناير" السنة الثالثة، السنة ٢٠١١، ص ٥٥٥.

٣- رأينا إن صور اتفاق التحكيم هي نوعان الاول اتفاقات لاحقة لقيام النزاع والثانية لاينتظر فيها أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع، وانما يستبقون الحوادث فيتفقون على التحكيم مقدما في العقد الذي يبرمونه، أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقا للعقد ولكنه على أية حال سابق على قيام النزاع وهذا ما يفسره هذا الفرق الجوهرى اختلاف الشروط التي تضعها التشريعات الوطنية لصحة كل اتفاق منهما

٤- ان اتفاق التحكيم - شرطا ، أم مشاركة- يمكن بهما تحريك العملية التحكيمية والسير بها بهدف فض النزاع عن طريق التحكيم دون اللجوء الى قضاء الدولة العام

التوصيات

١- نتمنى على المشرعان المصري والأردني بأن يضعوا تعريفاً لشكل اتفاق التحكيم ووضوره كما فعل المشرع الفرنسي

٢- أن يرد المشرعان المصري والأردني على أنه بطلان الشق المتعلق بشرط التحكيم في المنازعة التي لايجوز بشأنه التحكيم ولايرد البطلان على باقي المنازعات التي يجوز بها التحكيم

٣- أن يأخذ المشرع الأردني بجواز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالعقود الإدارية كما فعل المشرع المصري

٤- أن ينص المشرعان صراحة في نصوص قانون التحكيم على مراعاة أحكام القانون المدني فيما يتعلق بالمسائل التي لايجوز فيها التحكيم.

هذا جهد متواضع حاولت أن أضع فيع عصاره ما وصلت إليه وقد يكون في الرث وفيه الثمين والكمال لله وحده ، فله الأمر والتدبير وهو على كل شيء قدير .

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة والمتخصصة

- ١- د. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر السنة.
- ٢- ابراهيم رضوان الجعبر، بطلان حكم المحكم، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، الاردن، السنة ٢٠٠٩.
- ٣- د. احمد هندي، التحكيم -دراسة اجرائية-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، السنة ٢٠١٣.
- ٤- د. احمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي، لبنان السنة ٢٠٠٣.
- ٥- أحمد محمد عبدالصديق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، السنة ٢٠١٤.
- ٦- د. احمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وانظمة التحكيم الدولية، السنة ٢٠٠٢.
- ٧- د. احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠٥.
- ٨- د. احمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الاولى، منشأ المعارف، الاسكندرية.
- ٩- د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، منشأ المعارف، الاسكندرية، السنة ١٩٨٨.
- ١٠- د. احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءته، الطبعة الثانية، منشأ المعارف، الاسكندرية، السنة ١٩٧٤.
- ١١- د. الياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الالكتروني، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، السنة ٢٠١٢.

- ١٢- د. ايناس محي الدين عبدالمعطي، انقضاء اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١١.
- ١٣- د. اسامة روبي عبدالعزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠٩.
- ١٤- د. حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم، دار النهضة الجامعية، القاهرة، السنة ٢٠٠٣.
- ١٥- د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، السنة ٢٠٠٦.
- ١٦- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الاول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، السنة ١٩٨٤.
- ١٧- د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، دون ذكر الناشر، السنة ٢٠٠٢.
- ١٨- د. رجب محمد السيد الكحلوي، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دون ذكر رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١٠.
- ١٩- د. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
- ٢٠- د. محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، السنة ١٩٨٥.
- ٢١- د. محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١١.
- ٢٢- د. محمد عبدالفتاح ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، السنة ٢٠٠٣.
- ٢٣- د. ماهر محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء الى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠١٢.

- ٢٤- د. حسام الدين فتحي ناصيف، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠١.
- ٢٥- د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية والادبية، لبنان، السنة ٢٠٠٩.
- ٢٦- د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ٢٠٠٧.
- ٢٧- د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، السنة ٢٠١٤.
- ٢٨- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة السادسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، السنة ٢٠١٢.
- ٢٩- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ١٩٩٧.
- ٣٠- د. محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، السنة ٢٠٠٣.
- ٣١- د. مصطفى محمد الجمال - د. عكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، السنة ١٩٩٨، حقوق الطبع محفوظة للمؤلفين.
- ٣٢- د. محمد حسن المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، السنة ٢٠١٤.
- ٣٣- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ١٩٩٦.
- ٣٤- د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، السنة ٢٠١١.
- ٣٥- د. يوسف حسن يوسف، المحكمون، الطبعة الأولى، القومي للإصدارات القانونية، عابدين، السنة ٢٠١١.

ثانياً: مجلات والدوريات والمؤتمرات

- ١- د. عبد الحميد الاحدب، قانون التحكيم الاردني الجديد، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر، السنة ٢٠٠٢ .
- ٢ - د. حمزه حداد، كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية، (مصر والأردن والإمارات)، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري، المنعقد بتاريخ ٣١/١٢/٢٠٠٣ .
- ٣- د. احمد مساعدة، استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الاصلي، دراسة وصفية وتحليلية مقارنة، مجلة الحقوق، فصلية علمية محكمة، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد ٤، السنة ٣٧، ديسمبر، ٢٠١٣ .
- ٤- المستحدث من احكام القضاء المصري في مسائل التحكيم، المستشار حسين مصطفى فتحي، نائب رئيس هيئة قضايا الدولة المصرية، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الامانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السابع عشر، ديسمبر، السنة ٢٠١١ .
- ٥- الحبيب مالوش، رئيس المجلس المتوسطي للتحكيم، رئيس دائرة بالمحكمة الاوروبية للتحكيم الدولي، رأي واقع التحكيم بتونس سنة ٢٠٠١، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السادس، اغسطس، السنة ٢٠٠٣ .
- ٦ - د. اسامه ابو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الامانه العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الثامن عشر، يونيو، السنة ٢٠١٢ .
- ٧- مجموعة الربع قرن الثانية، القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، من أول يناير سنة ١٩٦٦ لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٠ من السنة ١٧ المدنية لغاية السنة ٤١ المدنية، ج ٢ .
- ٨- د. برهام محمد عطا الله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم، محاضرات مؤتمر مراكز التحكيم العربية الذي انعقد تحت اشراف كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، اعداد المحامي وليد عناني، الطبعة الاولى، المكتبة الوطنية، دمشق، السنة ٢٠٠٣ .
- ٩- مجلة التحكيم العالمية، مجلة التحكيم العربي في الغرب ومجال التحكيم الغربي في البلاد العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، العدد التاسع، كانون الثاني "يناير" السنة الثالثة، السنة ٢٠١١ .

الرسائل العلمية

- عائشة محمود الذواي التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراة في الحقوق، جامعة عين شمس، قسم المرافعات، السنة ٢٠٠٥.

ثالثاً: المراجع الاجنبية

- ١- Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial
٢- Théorie de . international, pag. ٥٥٤ , par. ٩٥٧, § ١, Litec, ١٩٩٦
l'arbitrage, Bruno Oppetit, pag. ٩٧, par. I, Presses Universitaires de France,
١٩٩٨
- ٣- Jean Robert, Me Bertrand Moreau – L'arbitrage droit interne droit international
privé, Pag ٧٦; Par. ٩٥, Dalloz ١٩٩٣

أسباب زيادة ظاهرة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في التشريع اليمني

(دراسة مقارنة)

إعداد

ناصر مساعر علي الرفاعي

أسباب زيادة ظاهرة

العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة

تعتبر مشكلة الحبس قصير المدة قديمة وهامة ، حيث شغلت الفكر الجنائي منذ القرن الماضي ، فكانت ومازالت تحظى باهتمام كبير في السياسة الجنائية المعاصرة ، بسبب الشك في قدرتها علي مكافحة الجريمة^(١٥١٦) ، وما يزيد من حجم مشكلة هذه العقوبة أنه تستأثر بأعلى نسبة من أحكام القضاء في اغلب الدول ، ومنها جمهورية مصر العربية^(١٥١٧) ، فقد لوحظ اتجاه القضاء إلي الهبوط بالعقوبة إلي مستوي حدها الأدنى ، بل وفي بعض الحالات الهبوط عن هذا الحد ، إذا توافرت نظرية الظروف المخففة أو توافرت أعمار مخففة ، وهنا تثار تساؤل عن الأسباب التي أدت إلي زيادة هذه الظاهرة^(١٥١٨).

ويمكن رد أسباب ازدياد الظاهرة إلي نوعين من الأسباب : الأول تشريعي والثاني : قضائي.وسنخصص مطلب في هذا المبحث لعرض كل نوع علي النحو الآتي:

المطلب الأول

الأسباب التشريعية لزيادة الحكم

بالعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة

(١٥١٦) د . محمد أبو العلا عقيدة ، دراسة تحليلية وتأصيلية للنظام العقابي المعاصر مقارناً بالنظام العقابي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ١٠٠ ، د . غنام محمد غنام ، علم الأجرام وعلم العقاب ، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٥ ، ص ٢٧٣.

(١٥١٧) د . فوزية عبد الستار ، مبادئ علم الإجراء والعقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٤.

(١٥١٨) جاسم محمد راشد العنتيلي ، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، دراسة مقارنة في دولة الإمارات العربية المتحدة ومصر وفرنسا ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٤.

سبق الإشارة إلي تعدد الآراء حول تعريف الحبس القصير المدة ، وأن كان اقرب الآراء إلي الصواب في هذا الشأن هو الذي يحددها بأقل من ستة أشهر^(١٥١٩) ، ويمكن إرجاع زيادة هذه الظاهرة إلي المشرع نفسه ، فمن جهة نجد الكثير من النصوص التي جعل لها المشرع عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة ، وفق المعنى السابق ، ومن جهة ثانية نص علي حالات يجوز فيها للقاضي أن يهبط بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر (نظرية الظروف المخففة) وحالات أخرى يجب فيها علي القاضي أن ينزل بالحد الأدنى (الأعدار المخففة).

أولاً : النص في القانون علي العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة :

تتعدد النصوص التي تضع حداً أدنى قليل للعقوبات السالبة للحرية ، ففي التشريع اليمني فالحد الأدنى العام لعقوبة الحبس عموماً قصير بطبيعته ، فمدته لا تقل عن أربع وعشرين ساعة وفقاً للمادة ٣٩ من قانون الجرائم والعقوبات ، يضاف إلي ذلك وجود عدد من النصوص التي تحدد الحد الأعلى لعقوبة الحبس والذي هو قصير بذاته لا يتجاوز سنة ولا تحدد الحد الأدنى ، أي ترك ذلك للحد الأدنى العام ، ومثال ذلك المواد : ١٤٥ ، ١٤٦ ، ١٦٨ ، ١٧٠ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٥ ، ١٨١ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩١ ، ١٩٨ ، ٢٠٦ ، ٢١٧ ، ٢٣٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٨٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، ٣١٢ ، ٣١٦ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ من قانون الجرائم والعقوبات .

وفي حالات أخرى نص المشرع اليمني علي حد أقصى قصير للحبس لا يتجاوز ستة اشهر ودون وضع حد ادني مثال ذلك المواد : ١٧٤ ، ١٧٧ ، ٢٠٣ ، ٢٢٣ ، ٢٧٤ ، ٢٨٧ من قانون الجرائم والعقوبات ، وهو بذلك ينص صراحة علي تطبيق العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة .

بل وجعل المشرع اليمني الحد الأعلى لعقوبة الحبس في المادتين : ٢٠٥ ، ٢٥١ من قانون الجرائم ، والعقوبات ثلاثة اشهر وهو حد يعبر عن عقوبة قصير المدة.

(١٥١٩) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، الطباعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٥٣٢ .

ومما سبق نلاحظ أن المشرع اليمني قد جعل الحد الأعلى الذي لا يتجاوز سنة لعدد من النصوص وهو أمر يعني عدم قدرة القاضي على تجاوز هذا الحد ما لم يتوافر ظرف مشدد^(١٥٢٠). وآلا فإنه ملزم بتطبيق عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة .

أما في التشريع المصري فتحدد المادة ١٨ من قانون العقوبات الحد الأدنى العام لعقوبة الحبس بما لا يقل عن أربع وعشرين ساعة وهو حد ادني قصير ولكن المادة ٢٧٦ عقوبات المستبدلة بموجب القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١ ألغت الحبس الذي لا تزيد مدته علي أسبوع في كل نص ورد في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر .

وتوجد نصوص في التشريع المصري جعلت الحد الأعلى لعقوبة الحبس بما لا يتجاوز سنة مثال ذلك المواد : ١٨٢ ، ١٨٥ ، ١٩٤ ، ٢٨٧ ، ٢٩٣ ، ٠٠ عقوبات وهناك نصوص أخرى نزلت بالحد الأقصى إلي مدة لا تزيد عن ستة اشهر مثال ذلك المواد : ١٦٩ ، ١٧٠ مكرر ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٥٧ ، ٢٧٧ عقوبات ، بل ووردت نصوص هبطت بالحد الأقصى لعقوبة الحبس إلي ثلاثة اشهر مثال ذلك المواد ٢٤٢ مكرر ، ٢٦٩ مكرر ، ٣٤٤ ، ٣٧١ ، عقوبات ، ومنها ما نزل بالحد الأعلى إلي شهرين كالفقرة الأخيرة من المادة : ٢٨٣ ، عقوبات .

ومما سبق نلاحظ أن شدة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في القانون المصري اقل شدة من مثيلة اليمني .

فمن جهة نجد قلة المواد التي تضمنت النص على الحد الأعلى للعقوبات السالبة للحرية ، ومن جهة ثانية فإن المشرع المصري قد جعل الحد الأدنى العام لعقوبة الحبس أربع وعشرين ساعة وهو ذات الحد العام في القانون اليمني ، إلا أن المشرع المصري تدارك هبوط الحد الأدنى ونص صراحة في المادة ٣٧٦ من قانون العقوبات علي إلغاء كل عقوبات الحبس الذي لا تتجاوز مدته أسبوع .

ثانيا : الظروف القضائية المخففة :

(^{١٥٢٠}) مدحت الديبسي ، سلطة القاضي الجنائي في تفريد العقوبة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٤ وما بعدها .

الظروف القضائية المخففة هي أسباب لتخفيف العقاب وفقا للقانون ، تسمح للقاضي بالهبوط بمستوي العقوبة إلي اقل من الحد الأدنى المقرر للجريمة ، وهي تتفق مع الأعدار القانونية المخففة في أنهما يخفان من العقوبة ، إلا أنهما يختلفان في أن الأعدار محددة في القانون علي سبيل الحصر ، وهي وجوبية في الحدود المنصوص عليها ، أما الظروف فهي غير محددة علي سبيل الحصر ، ويترك تقديرها لمهارة ونباهة وحذاقه القاضي وحسن تقديره (١٥٢١).

وتعتبر من الظروف المخففة كبر السن ، وارتكاب الجريمة لأول مرة وقيام الروابط الأسرية ، كالجرائم الواقعة بين الزوجين ، وقله نباهة المجرم ، أو أن يكون الجاني طالباً يخشى علي مستقبله ، أو ارتكاب الجريمة تحت ضغط العوز والحاجة كالسرقة بسبب الحاجة للغذاء أو الدواء (١٥٢٢).

وتصنف هذه الظروف بحسب علاقتها بالجريمة أو فاعلها إلى ظروف مادية وظروف شخصية ، ثم بحسب تأثيرها في العقوبة إلى ظروف مخففة عادية وظروف مخففة غير عادية ، والظروف القضائية تعمل علي الموازنة بين شخصية الجاني والعقاب إعمالاً بالسلطة التقديرية للقاضي وهو الأمر الذي ميزها عن الأعدار المخففة (١٥٢٣).

في التشريع اليمني نجد أن المادة ١٠٩ من قانون الجرائم والعقوبات قد وضعت عدد من الظروف القضائية المخففة عندما قالت : " يقدر القاضي العقوبة التعزيرية المناسبة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة مراعيًا في ذلك كافة الظروف المخففة أو المشددة ، وبوجه خاص درجة المسؤولية ، والبواعث علي الجريمة وخطورة الفعل والظروف التي وقع فيها وماضي الجاني الإجرامي ، ومركزه الشخصي وتصرفه اللاحق علي ارتكاب الجريمة ، وصلته بالمجني عليه ، وما إذا كان قد عوض المجني عليه أو ورثته ، وعند تحديد الغرامة يراعي القاضي المركز الاقتصادي للجاني ، وإذا كانت

(١٥٢١) د . حسنين عبید ، النظرية العامة للظروف المخففة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١١٩ وما بعدها .

(١٥٢٢) سيد حسن البغال ، الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقهاً وقضاءاً ، دار الفكر العربي ، ص ٢١٤ .

(١٥٢٣) د . عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص ١٤ وما بعدها .

العقوبة المقررة للجريمة هي الإعدام واقتربت بظرف خفف طبق القاضي عقوبة الحبس بحد أعلى لا يتجاوز خمس عشر سنة وبتحديد أدنى لا يقل عن خمس سنوات .

ويتضح من نص المادة أن المشرع اليمني وضع ظروف مخففة تتعلق بالجريمة مثل : خطورة الجريمة والأضرار المترتبة عليه ، والسلاح المستخدم فيها ومكان وزمان حدوثها ، وظروف شخصية تتعلق بالجاني مثل : ماضي المجرم غير الإجرامي ومركزه الاجتماعي ، والاقتصادي والدوافع على ارتكاب الجريمة ، وتصرفه اللاحق للجريمة ، وصلة قرابته بالمجني عليه ، وقيامه بتعويض المجني علي .

أما في التشريع المصري فقد قصرت تأثير الظروف القضائية في مواد الجنايات ، وحددت هذا التأثير المادة ١٧ من قانون العقوبات التي قالت بأنه: " يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاة بتبديل العقوبة علي الوجه الآتي :

- عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المشدد أو السجن .
- عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المشدد أو السجن .
- عقوبة السجن المشدد بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة أشهر .
- عقوبة السجن بعقوبة الحبس الذي لا يجوز أن تنقص ممن ثلاثة شهور^(١٥٢٤).

ويتضح من نص المادة أن المشرع المصري حصر نطاق الظروف المخففة في الجنايات فقط ، وعلمه ذلك يعود إلي أن القاضي يملك في مواد الجنح ، والمخالفات سلطة تقديرية في الهبوط بالعقوبة إلي مستوي أدنى قدر لها ، فيملك في مواد الجنح الهبوط بعقوبة الحبس إلي أربع وعشرين ساعة وبعقوبة

(١٥٢٤) د . حامد راشد ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الجزء الثاني ، النظرية العامة للعقوبة ، ٩٧ / ١٩٩٨ ، ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

الغرامة إلي مائه قرش (١٥٢٥) ، ويمكن أن يستفيد من الظروف المخففة كافة طوائف الجناة سوء كانوا مبتدئين أو عائدين، أحداث أو بالغين ، وطنيين أو أجنب ، حاضرين جلسات الحكم أو غائبين (١٥٢٦)

وتقدير الظروف المخففة متروك للسلطة التقديرية للمحكمة ولها كامل الحرية في ذلك . (١٥٢٧) دون معقب عليها ودون أن تسأل حساباً عن الأسباب التي في أجلها قررت العقوبة بالقدر الذي رأته (١٥٢٨) .

ويتبين من الظروف المخففة أنها تعد سبباً لزيادة ظاهرة العقوبات القصيرة المدة ، خاصة وأن المشرع المصري والمشرع اليمني لم يحددا الوقائع التي تسند عليها المحكمة في القول بتوافر هذه الظروف ، كما أنه لا يلزم القاضي ببيان سبب استخدام هذه السلطة ، بل يكفي القول بأنه قدر توافر ظروف مخففة ، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية : أن أعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات دون الإشارة إليها لا يعيب الحكم مادامت العقوبة التي أوقعتها المحكمة تدخل في الحدود التي رسمها القانون ومادام تقدير العقوبة هو في اطلاقات محكمة الموضوع دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التي من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذي ارتأته (١٥٢٩) .

ثالثاً : الأعدار المخففة :

(١٥٢٥) د . اشرف توفيق شمس الدين ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الرابعة ، ٢٠١٥ ، ص ٥٣٨ ، عماد محمد فتحي السباعي النظرية العامة للأعدار في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ٣٥٣ .

(١٥٢٦) د . مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، قانون العقوبات ، دراسة مقارنة ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٦٤ .

(١٥٢٧) نقض ١٩٢٨/١٢/٦ مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، رقم ٤٢ ، ص ٦٦ .

(١٥٢٨) نقض ٦٦/٦/٢٠ ، أحكام النقض س ١٧ رقم ١٦١ ، ص ٨٥٢ .

(١٥٢٩) جاسم محمد راشد العنتيلي ، مرجع سابق ، ص ٩١ .

يقصد بالأعذار المخففة بأنها حالات حددها المشرع علي سبيل الحصر يلتزم فيها القاضي بان ينزل بالعقوبة المقررة للجريمة وفقاً لقواعد معينة بنص القانون (١٥٣٠) ، ومن ثم فهي استثناء لا يجوز القياس عليه (١٥٣١) والأعذار المخففة قد تكون عامة وقد تكون خاصة (١٥٣٢) ، فالأولي يمتد نطاقها ليشمل كل الجرائم ، أو معظمها ، بينما الثانية يقتصر نطاقها علي جرائم معينة .

وقد نص قانون الجرائم والعقوبات اليمني علي هذين النوعين من الأعذار ، العامة الخاصة بالنسبة للنوع الأول يوجد عذران هما : عذر صغر السن ، وعذر تجاوز حدود الإباحة أو حالة الضرورة أو الدفاع الشرعي ، وبالنسبة للنوع الثاني يوجد عدد من الأعذار منها : قتل الزوج زوجته ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنا أو اعتداء عليهما اعتداء أفضي إلي موت أو عاهه ، وقتل الأصل فرعه ، واستعمال طابع سبق استعماله و طرحه للتداول من قبل شخص يعلم بذلك ، خطف الصغير من قبل أباة أو أمة أو ولية الشرعي .

أولاً : الأعذار المخففة العامة :

العذر الأول : عذر صغر السن :

نص القانون اليمني علي عذر صغر السن كسبب يؤدي توافره إلي تخفيف العقوبة في كل الجرائم التي يرتكبها الصغير .

فقد نصت المادة (٣١) من قانون الجرائم والعقوبات علي أنه : " لا يسأل جزائياً من لم يكن قد بلغ السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة وإذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة ولم يبلغ الخامسة عشر الفعل أمر القاضي بدلاً من العقوبة المقررة بتوقيع أحد التدابير المنصوص عليها في

(١٥٣٠) د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ٩١٧ .

(١٥٣١) نقض ١٩٧٦/١١/١ ، أحكام النقض س ٢٧ رقم ١٨٧ ، ص ٨١٧ .

(١٥٣٢) صلاح عبيد محمد الغول ، الأعذار القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٠ .

قانون الأحداث ، فإذا كان مرتكب الجريمة قد أتم الخامسة عشر ، ولم يبلغ الثامنة عشر حكم عليه بما لا يتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً ، وإذا كانت هذه العقوبة هي الإعدام حكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات ، وفي جميع الأحوال ينفذ الحبس في أماكن خاصة يراعي فيها معاملة مناسبة للمحكوم عليهم ولا يعتبر الشخص حديث السن مسئولاً مسئولية جزائية تامة إذا لم يبلغ الثامنة عشر عند ارتكاب الفعل ، وإذا كانت سن المتهم غير محققة قدرها القاضي بالاستعانة بخبير " فصغر السن عذر عام في جميع الجرائم المرتكبة من قبل الصغير ، يلزم القاضي بتخفيف العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة .

وقد تضمن الحكم الصادر من محكمة عدن الصغرى الابتدائية في محافظة عدن في القضية الجزائية رقم ١١١ لسنة ١٤٣٠ هـ ، على أنه : بما أن الجاني لم يتم الثامنة عشرة في جريمة السرقة التي ارتكبها يحبس لمدة ستة أشهر " (١٥٣٣).

العذر الثاني : عذر تجاوز حدود الإباحة أو الضرورة أو الدفاع الشرعي :

نص التشريع اليمني علي هذا العذر المخفف في المادة ٣٠ من قانون الجرائم والعقوبات بالقول : إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة أو الضرورة أو الدفاع الشرعي يعاقب علي هذا التجاوز إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية " .

ويقصد بالتجاوز في المادة تعدي حدود الإباحة أو الضرورة أو الدفاع الشرعي عما هو جائز ومباح إتيانه من الأفعال والوسائل والقوة للتصدي لتلك الحالات ، فإذا تجاوزها فأن المتجاوز لا يعاقب بعقوبة جل الجريمة ، وإنما يعاقب بعقاب اخف فيما إذا كان القانون يعاقب علي الفعل المتجاوز فيه (١٥٣٤).

(١٥٣٣) حكم محكمة عدن الصغرى الابتدائية الجزئية محافظة عدن رقم ١١١ لسنة ١٤٣٠ هـ (جريمة سرقة) . غير منشور .

(١٥٣٤) د . طاهر صالح العبيدي ، الأحكام العامة للعقوبات ، وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية ، دار الصادق ، صنعاء ، ٢٠٠٥-٢٠٠٦ ، ص ٢١٩ .

وعليه فالتجاوز بالعمال من الشخص المتجاوز لحدود الإباحة أو حالة الضرورة أو الدفاع الشرعي عذر مخفف عام يسري نطاقه علي اغلب الجرائم ، وتحديد مسألة التجاوز مسألة تعود وتخضع لتقدير وفطنه القاضي .

في التشريع المصري حدد القانون عذران عامان هما : عذر تجاوز حق الدفاع الشرعي ، وعذر صغر السن (١٥٣٥).

فعذر تجاوز حق الدفاع الشرعي : نصت عليه المادة ٢٥١ عقوبات كعذر مخفف عام يمتد نطاقه ليشمل كل جناية بغير تحديد متي توافر العذر ، فقالت : " لا يعفي من العقاب كلياً من تعدي بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً أحداثاً ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع ، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلاً ، وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون" (١٥٣٦) ، أما عذر صغر السن : فهو للحدث فيما بين الخامسة عشر والثامنة عشرة يعد عذراً مخففاً بمقتضاه يلتزم القاضي في الجنایات بتوقيع العقوبات المخففة ، المنصوص عليها في المادتين ١١١ ، ١١٢ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ ، وعلّة هذا العذر المخفف في هذه الحالة هو وجود قرينة قانونية للمسئولية المخففة أساسها سن الحدث وما يشوبه من نقض في التمييز والإدراك (١٥٣٧).

ثانياً : الأعدار المخففة الخاصة :

نص المشرع اليمني علي بعض الأعدار المخففة ، لعل أهمها : ما نصت عليه المادة ٢٣٢ من قانون الجرائم والعقوبات والمتعلقة بقتل الزوج لزوجته ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنا أو اعتداء عليهما اعتداء أفضي إلي موت أو عاهة بالقول : " إذا قتل الزوج زوجته ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنا أو اعتدي عليهما اعتداء أفضي إلي موت أو عاهة ، فلا قصاص في ذلك إنما يعزر الزوج

(١٥٣٥) د . احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢١٥ ، ص ١٠٣٥ .

(١٥٣٦) مدحت الديبسي ، مرجع سابق ، ص ٤٦١ .

(١٥٣٧) صلاح عبيد محمد الغول ، مرجع سابق ، ص ٩٨ .

بالحبس مدة لا تزيد علي سنة أو بالغرامة ، ويسري ذات الحكم علي من فاجأ أحدي أصوله أو فروعاه أو أخواته متلبسة بجريمة الزنا ، فاستفزاز الزوج عند تفاجئه بزوجه ومن يزين بها متلبسان بجريمة بالزنا ، أو من يتفاجئ بأحدي أصوله أو فروعاه أو أخواته متلبسة بجريمة الزنا ، عذر مخفف خاص يلزم القاضي بتخفيف العقاب علي الزوج أو الشخص الذي يتفاجئ بزنا أحدي أصوله أو فروعاه أو أخواته ، فالاستفزاز ظرف يستوجب التخفيف فالحالة التي تنتاب من يحدث له هذا تفقده السيطرة لي نفسه وأفعاله ، فالقتل حدث بسبب الوضع الذي كان عليه المجني عليهما وهو السبب الوحيد لارتكاب الجريمة ، فتقدير حالة الزوج ، ومن يفاجئ بأحدي أصوله أو فروعاه ، أو أخواته سبباً لتخفيف أعقاب ، وهذا العذر لا يمتد ليشمل غيرهما أو جرائم أخرى غير هذه الجريمة .

وقد تضمن الحكم الصادر من محكمة الشيخ عثمان الابتدائية الجزائرية في محافظة عدن علي : " حبس الشقيق القاتل لشقيقته أثناء تلبسها بالزنا ، وذلك مراعاة لحالة الاستفزاز التي كان عليها عند ارتكاب الجريمة وعدم قدرته علي السيطرة علي أفعاله" . (١٥٣٨)

والي جانب هذا العذر المخفف الخاص نص المشرع اليمني علي عذر خاص آخر منصوص عليه في المادة ٢٣٣ ، والمتعلق باعتداء الأصل علي فرعه (أي الأب علي الابن)

حيث نصت المادة علي أنه : " إذا اعتدى الأصل علي فرعه بالقتل أو الجرح فلا قصاص ، وإنما يحكم بالدية ، أو الأرش ويجوز تعزيز الجاني بالحبس مدة لا تزيد علي ثلاث سنوات أو بالغرامة في القتل وبالحبس مدة لا تزيد علي ثلاثة اشهر أو بالغرامة في مال يحصل عفو؟" .

ومن النص يتبين أن صلة القرابة (الأبوة) عذر يلزم القاضي بتخفيف العقاب علي الأصل القاتل أو الجراح بفرعه .

ونص التشريع المصري أعمار مخففة خاصة منها ما نصت عليه المادة ٢٣٧ ، من قانون العقوبات والمتعلقة بالتلبس بجريمة الزنا ، بالقول ، من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال ومن يزين

(١٥٣٨) حكم محكمة الشيخ عثمان الابتدائية ، محافظة عدن ، رقم ١٦٠ لسنة ١٤٢٦ هـ في القضية الجزائرية رقم ٥١٢ لسنة ١٤٢٦ هـ (جريمة قتل) ، غير منشور .

بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ (١٥٣٩) ، وعلّة هذا العذر المخفف الذي نصت عليه المادة هو الحالة النفسية للجاني والهيّاج الشديد الذي يصعب السيطرة عليه فيأتي بأفعال لا يمكن التحكم بها (١٥٤٠).

ومن قبيل الأعدار المخففة الخاصة أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٠٤ عقوبات بالقول : كل من قبل بحسن نية عمله مقلده أو مزيفة أو مزورة ثم تعامل بها بعد علمه بعيبها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه ، فالعقوبة الأصلية لمن يروح عمله مزيفة هي عقوبة الجناية (٢٠٣ عقوبات) ويترتب على هذا العذر المخفف الخاص أن يحكم القاضي بعقوبة الجنحة بدلاً عن عقوبة الجناية (١٥٤١).

ومما سبق يمكننا ملاحظة التشابه الكبير في الأعدار المخففة العامة والخاص الواردة في التشريعين المصري واليميني التي تلزم القاضي بتخفيف العقاب في حال توافرها .

المطلب الثاني

الأسباب القضائية لزيادة الحكم بالعقوبات السالبة القصيرة

(السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة)

يقصد بالسلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة

(١٥٣٩) د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٩١٨ ، د أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص ١٠٣٧ ، ١٠٣٨ .

(١٥٤٠) د . محمد عبد اللطيف فرج ، علم الإجرام والعقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ١٧٥ .

(١٥٤١) د . فهد هادي يسلم حبتور ، التفريد القضائي للعقوبة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢٩ وما بعدها .

قدرته علي الملائمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة عليه والعقوبة التي يقررها فيها ، وهي في أبسط صورها مقدرته علي التحرك بين الحد الأقصى والأدنى للعقوبة ، أو لتحديدتها بينهما أو عند احدهما (١٥٤٢).

ويعني ذلك أن القاضي عندما يمارس هذه السلطة (في المعني السابق) أنما يبيث في القانون روح الواقعية ويجعله حينما يطبق علي الواقعة التي أمامه أكثر تحقيقاً للعدالة (١٥٤٣) ، ويرجع البعض الزيادة المضطردة في نسبة الأحكام الصادرة بالعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة إلي سببين : الأول لجوء القضاة إلي تسعير العقاب ، أي إصدار القضاة أحكاماً متماثلة في الجرائم المتماثلة ، دون اعتباراً لشخصية المحكوم عليه أو لظروفه (١٥٤٤) ، أما الثاني : فيرجع إلي ما يمكن تسميته بعقده الحد الأدنى ، أي ميل القضاة إلي النزول بالأحكام إلي مستوي الحد الأدنى للعقوبة (١٥٤٥).

وعلي الرغم من هذا النقد الموجه للسلطة القاضي التقديرية في ميله إلي اختيار العقوبات السالبة للحرية التي تقترب كثيراً من مستوي الحد الأدنى ، إلا أنه نقد في غير محله ، فالقاضي يؤدي عمله في استعمال هذه السلطة المخولة له قانوناً ، في الحدود الممنوحة له ، فحين يمنح له المشرع بتطبيق الحد الأدنى ، ويجيز له تطبيق الظروف المخففة ، فإن الميل الطبيعي لدي القاضي الذي ترسمه اعتبارات العالة ، تكون الحكم المسيطر علي ضميره في أن يحقق توافق بين مدة سلب الحرية التي يقررها القانون وبين ظروف الجريمة ، وشخصية فاعلها (١٥٤٦).

وإذا كانت السلطة التقديرية للقاضي تزيد من حجم ظاهرة غير مقبولة ، بسبب ما يترتب عنها من مشاكل تصيب المجتمع ، لأنه لا يقبل أيضاً ويل ولا يجوز التضحية بسلطة القاضي في تقرير العقاب

(١٥٤٢) حامد الديبسي ، مرجع سياق ، ص ١٣ .

(١٥٤٣) جاسم محمد راشد العنتيلي ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

(١٥٤٤) د . عبد المعطي عبد الخالق ، مرجع سابق ، ص ٩٢ .

(١٥٤٥) د . يسرا نور علي ، د . أمال عبد الرحيم عثمان ، أصول علمي الإجرام والعقاب ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٤ .

(١٥٤٦) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٣٤ .

في سبيل القضاء علي ظاهرة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، ولأهمية ودور سلطة القاضي في تحديد وتقدير العقاب ، دفعت المحكمة الدستورية في مصر إلي اعتبار سلطة القاضي ذات صفة دستورية لا يجوز المساس بها^(١٥٤٧) . وعليه لا يجوز وجود نصوص تتعارض مع سلطة القاضي في تقرير العقاب ، وألا كانت مخالفة للدستور ، وهو ما يعني عدم تقييد هذه السلطة والتضحية بها لتحقيق غرض القضاء علي العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، خاصة إذا توافرت إمكانية المحافظة علي هذه السلطة ، مع إيجاد بدائل مناسبة لهذه العقوبات تتجنب مساوئها وتحقق أغراض العقوبة^(١٥٤٨) .

(١٥٤٧) أستاذنا. الدكتور عمر سالم ، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٤ ، ص ٨٠ وما بعدها .

(١٥٤٨) جاسم محمد راشد العنتيلي ، مرجع سابق ، ص ١٠٣ .

خاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع أسباب زيادة ظاهرة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في التشريع اليمني مقارنا بالتشريع المصري ، وقد قمت في هذه الدراسة بتفسير وبيان أسباب زيادة هذه الظاهرة ، فوجدنا أن بعض هذه الأسباب تعود للمشرع اليمني نفسه الذي نص علي عدد من العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة كعقوبات مقررّة لعدد من الجرائم ، إلي جانب نصه أيضا علي الظروف القضائية المخففة التي تجيز الهبوط بمستوي العقوبة إلي اقل من الحد الأدنى المقرر للعقوبة ، والأعدار المخففة التي تسمح النزول بالعقوبة إلي مستوي الحد الأدنى للعقوبة .

وإلي جانب هذه الأسباب التشريعية توجد أسباب تعود للقضاة حيث يصدرون أحكام متماثلة في الجرائم المتماثلة دون مراعاة اختلاف شخصية الجناة وظروفهم ، أو ميلهم إلي النزول بالأحكام إلي مستوي الحد الأدنى للعقوبات ، وهو ما يطلق عليه بعقوبة الحد الأدنى .

وفي نهاية بحثنا وبعد دراسة أسباب زيادة ظاهرة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة يمكننا إيداء التوصيات الآتية للمشرع اليمني :

- ١- عدم الاعتماد على العقوبات السالبة للحرية قصيرة كوسيلة رئيسة لمكافحة الجريمة ، بسبب مفاستها وأضرارها الكثيرة
- ٢- الاعتماد على بدائلها في محاربة الجريمة ، واقتصار اللجوء إلي العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في أضيق الحدود .
- ٣- إقامة ورش العمل والدورات والندوات ، للقضاة والقائمين على تنفيذ العدالة ، لإلقاء الضوء على مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، وبيان مزايا بدائلها في محاربة الجريمة ودورها في تأهيل وإصلاح الجناة ، وتلافي عيوب العقوبات القصيرة إلي جانب مساهمتها في تخفيف ازدحام وتكدس السجون ، فضلاً عن إنها تقلل من إنفاق الدولة علي تنفيذ العقوبات السالبة للحرية لا سيما القصيرة منها.

المراجع

أولا : المؤلفات القانونية :

- ١- د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥ .
- ٢- د. اشرف توفيق شمس الدين ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الرابعة ، ٢٠١٥ .
- ٣- د. حامد راشد ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الجزء الثاني ، النظرية العامة للعقوبة ، ٩٧ ، ١٩٩٨ .
- ٤- د. حسنين عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
- ٥- سيد حسن البغال ، الظروف المشددة في قانون العقوبات فقها وقضاء ، دار الفكر العربي .
- ٦- صلاح عبيد محمد الغول ، الأعداء القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ٧- د. طاهر صالح العبيدي ، الأحكام العامة للعقوبات ، وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية ، دار الصادق ، صنعاء ، ٢٠٠٥ / ٢٠٠٦ .
- ٨- د. عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٦ .
- ٩- د. عبد المعطي عبد الخالق، مبادئ علم العقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة.
- ١٠- د. عمر سالم ، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٤ .
- ١١- د. غنام محمد غنام ، علم الإجرام وعلم العقاب ، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٥ .
- ١٢- د. فوزية عبد الستار ، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- ١٣- د. محمد أبو العلا عقيدة ، دراسة تحليلية وتأهيلية للنظام العقابي المعاصر مقارناً بالنظام العقابي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠١١ .
- ١٤- د. محمد عبد اللطيف فرج ، علم الإجرام والعقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٤ .
- ١٥- د. محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
- ١٦- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ .
- ١٧- مدحت الدبسي ، سلطة القاضي الجنائي في تقييد العقوبة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .

- ١٨- د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، قانون العقوبات ، دراسة مقارنة ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- ١٩- د. يسر أنور على ، أمال عبد الرحيم عثمان ، أصول علمي الإجرام والعقاب ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

ثانيا : الرسائل العلمية :

١. جاسم محمد راشد العنتيلي ، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، دراسة مقارنة في دولة الإمارات العربية المتحدة ومصر وفرنسا ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ .
٢. عماد محمد فتحي السباعي النظرية العامة للأعذار في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٦ .

ثالثا : أحكام المحاكم :

أحكام المحاكم المصرية :

١. نقض ١٩٢٨/١٢/٦ مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، رقم ٤٢ .
٢. نقض ٦٦/٦/٢٠ ، أحكام النقض س ١٧ رقم ١٦١ .
٣. نقض ١٩٧٦/١١/١ ، أحكام النقض س ٢٧ رقم ١٨٧ .

أحكام المحاكم اليمنية :

١. حكم محكمة الشيخ عثمان الابتدائية ، محافظة عدن ، رقم ١٦٠ لسنة ١٤٢٦ هـ في القضية الجزائية رقم ٥١٢ لسنة ١٤٢٦ هـ (جريمة قتل) ، غير منشور .
٢. حكم محكمة عدن الصغرى الابتدائية الجزئية محافظة عدن رقم ١١١ لسنة ١٤٣٠ هـ (جريمة سرقة) . غير منشور .

نظام الاختبار القضائي

اعداد

ناصر مساعري (الرفاعي)

نظام الاختبار القضائي

تمهيد وتقسيم :

بعد نظام الاختبار القضائي أحد بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، يهدف إلى إصلاح الجاني وإعادة إدماجه في المجتمع دون سلب حريته .

ويقتضي البحث في نظام الاختبار القضائي كأحد الأساليب العقابية البديلة ، التي يتم تنفيذها خارج السجون أن نبين من ناحية ماهيته ونشأته وقيمه العقابية ، ومن ناحية أخرى صورته وشروطه ، فضلاً عن موقف المشرعين اليمني والمصري منه ، وعليه سوف نقسم هذه الدراسة إلى المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : ماهية نظام الاختبار القضائي ونشأته وقيمه العقابية .

المبحث الثاني : صور وشروط نظام الاختبار القضائي .

المبحث الثالث : موقف المشرعين اليمني والمصري من نظام الاختبار القضائي .

المبحث الأول

ماهية نظام الاختبار القضائي

ونشأته وقيمه العقابية

بعد الاختبار القضائي من أهم البدائل الفعالة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، حيث يتم تطبيقها خارج أسوار المؤسسة العقابية ، وسنقوم في هذا المبحث ببيان ماهية نظام الاختبار القضائي في مطلب أول وفي مطلب ثانٍ سنعرض نشأته ، ثم نتناول قيمته العقابية في مطلب ثالث على النحو الآتي :

المطلب الأول

ماهية نظام الاختبار القضائي

لا شك أن دراسة ماهية نظام الاختبار القضائي تستدعي تعريفه إلى جانب تمييزه عن غيره من النظم الذي قد تشبه به ، لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

تعريف نظام الاختبار القضائي

عرف المشرع اليمني في قانون رعاية الأحداث الاختبار القضائي بأنه : " وضع الحدث في بيئته الطبيعية تحت التوجيه والإشراف والملاحظة لمراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة"^(١٥٤٩).

وعرفه المشرع المصري في قانون الطفل على أنه : "يكون الاختبار القضائي بوضع الطفل في بيئته الطبيعية تحت التوجيه والإشراف ومع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة"^(١٥٥٠).

(^{١٥٤٩}) انظر : الفقرة الثانية في المادة (٢) ، والفقرة الخامسة من المادة (٣٦) من قانون رعاية الأحداث

رقم ٢٤ لعام ١٩٩٢ م

ويلاحظ التشابه الواضح في تعريف الاختبار القضائي في كل من التشريعيين وأن نطاقه يشمل الأحداث دون البالغين .

وعرف مشروع قانون العقوبات المصري الجديد الاختبار القضائي في المادة ٨٧ بالنص الآتي : "يكون الاختبار القضائي بوقف النطق بحكم الإدانة لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات يخضع الشخص خلالها للإشراف والقيود التي يحددها القاضي" (١٥٥١).

وهذا يعني أن مشروع القانون جعل نطاق الاختبار يشمل البالغين ، أما الفقه فقد عرف الاختبار القضائي : بأنه نظام عقابي ينطوي على معاملة عقابية تتم خارج أسوار السجن ، تستهدف التأهيل أساساً ، وتفترض تقيدي حرية الخاضع له من خلال فرض التزامات عليه والخضوع للإشراف شخص ، فإذا لم يحترم هذه الالتزامات استبدل بها سلب الحرية (١٥٥٢).

وعرف بأنه : جزاء جنائي على هيئة تدبير من تدابير الدفاع الاجتماعي يطبق بشأن جرائم معينة ، و على طائفة من المحكوم عليهم المنتقلين بعد فحص دقيق ، القابلين للإصلاح والتقويم بهدف تجنبهم مفسد الاختلاط داخل السجون ، والعمل على مساعدتهم من خلال توجيههم والإشراف عليهم (١٥٥٣).

وعرفه خبراء الأمم المتحدة سنة ١٩٥١ بأنه : أسلوب لمعاملة بعض المجرمين المنتقلين انتقياً خاصاً ، ويتمثل في الإيقاف الشرطي للعقوبة مع وضع المجرم تحت الرقابة الشخصية والتوجيه والعلاج (١٥٥٤).

(١٥٥٠) انظر : المادة (٦) من قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ .

(١٥٥١) د . محمد المنجي ، الاختبار القضائي ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٢٠١٧-٢٠١٨ .

(١٥٥٢) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٦٥ .

(١٥٥٣) د . أحمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

(١٥٥٤) المرجع السابق ، ص ١٠١ ، ١٠٢ .

ويتضح مما سبق أن جوهر الاختبار القضائي يقوم على أمرين :

أولهما: هو تجنب الخاضع له دخول المؤسسة العقابية ، والاكتفاء بتقييد حريته بفرض بعض الالتزامات عليه وخضوعه للرقابة والإشراف من قبل شخص يتولى القيام بذلك^(١٥٥٥).

وثانيهما : هو التجربة وما يرتبط بها احتمال سلب الحرية في حال الفشل في تحقيق الإصلاح والتأهيل والتهذيب^(١٥٥٦).

ويحتل نظام الوضع تحت الاختبار أهمية كبيرة في السياسة العقابية الحديثة فهو وسيلة لتفادي اختلاط المدان الجدير بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة بالمساجين تجنباً لمفاسد هذا الاختلاط وما يترتب عليه^(١٥٥٧).

إلى جانب أهميته في تحقيق الدفاع عن المجتمع من خلال حماية طائفة من الجناة المنتقلين بتجنبيهم دخول السجن وتقديم المساعدة الايجابية لهم تحت التوجيه والإشراف والرقابة بهدف إزالة العوامل الإجرامية الكامنة فيهم^(١٥٥٨) ، ونظام الاختبار القضائي يمثل مرحلة متقدمة لتطور السياسة الجنائية المعاصرة^(١٥٥٩) ، والمعاملة في هذا النظام تفترض غلبه الإصلاح ، من خلال عنصر اختبار

(١٥٥٥) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٦٥ ، د . شريف سيد كامل ، الحبس قصير المدة ، مرجع سابق ، ص ٢٩ .

(١٥٥٦) د . حسنين إبراهيم صالح عبيد ، الوجيز في علم الإجرام والعقاب ، مرجع سابق ، ص ٣٣٤ ، د . أسامة عبد الله قايد ، علم العقاب ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ٢٠٠ .

(١٥٥٧) د . فوزية عبد الستار ، مبادئ علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ .

Bouloc (Bernard) : Penologie , Dalloz , ١٩٩١ , P ٢١٣ .

(١٥٥٨) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٧٧ ، د . أحمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي ، مرجع سابق ، ص ٧٠ .

(١٥٥٩) د . محمد سعيد نمور ، دراسات في فقه القانون الجنائي ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٩ .

مدى القدرة على تحقيق هذا الغرض فإن تحقق عن طريقة تثبت جدواه واكتفي به وأن لم يتحقق هذا الغرض ، تطبق معاملة عقابية هي سلب الحرية (١٥٦٠).

وفي الأخير يمكننا القول أن التعريف الدقيق والشامل لجميع العناصر الأساسية والفرعية الذي ينطوي عليها نظام القضائي يتمثل في الآتي (١٥٦١) :

- الاختبار هو تدبير علاجي من تدابير الدفاع الاجتماعي .
- يطبق على فئات مختارة بدقة من المجرمين القابلين للإصلاح والتقديم .
- من مقتضاه ، أن يوقف القاضي النطق بالعقوبة ، ويفرج عن المجرم لتجنبيه مفاسد عقوبة الحبس قصيرة المدة .
- ثم يعهد به إلى مساعد الاختبار القضائي الذي يتعهد بالإشراف الاجتماعي الكفيل بإصلاحه وتقويمه وإعادةه إلى أحضان المجتمع مواطناً صالحاً .

الفرع الثاني

التمييز بين نظام الاختبار القضائي والنظم الشبيهة به

يعد الاختبار القضائي أحد مظاهر تطور السياسة العقابية الحديثة ، حيث يتم تطبيقه خارج السجون ، وهو من هذا المنطلق قد يتشابه مع العديد من النظم العقابية التي تطبق في ذات المكان ، الأمر الذي يستدعي مقارنته بها لتمييزه عنها ، والمتمثلة في : وقف التنفيذ ، البارول ، وقف النطق بالعقوبة ، وسنتناول ذلك فيما يأتي :

أولاً : المقارنة بين نظام الاختبار القضائي ونظام وقف التنفيذ ، والمقارنة بين النظامين ستدعي ابتداء تحديد أوجه الشبه ، ومن ثم أوجه الاختلاف .

أوجه الشبه:

(١٥٦٠) د . بس الرفاعي ، نظام الاختبار القضائي ، دراسة مقارنة ، تقرير مقدم ، المؤتمر خبراء الشئون الاجتماعية ، الدورة الثامنة ، ١٩٦١ ، ص ١٨ .

(١٥٦١) د . محمد المنجي ، مرجع سباق ، ص ٢١٨ .

يعتبر نظام وقف التنفيذ القرين لنظام الاختبار القضائي، حيث تطور الأول في الوقت الراهن ليتقرب كثيراً من الاختبار عن طريق استعارته منه الالتزامات والإشراف بل أنهما يندمجان في بعض التشريعات ، مما يسمح بالقول بأن إيقاف التنفيذ بعد تطوره يعتبر صورة من الاختبار^(١٥٦٢).

يتفق نظام الاختبار القضائي مع وقف التنفيذ في أنهما وسيلة كفاح ضد العود للجريمة، كما أن الغاية منهما هو تجنيب المحكوم عليه مفاصد العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة^(١٥٦٣).

وينتفان في ثبوت الجريمة المنسوبة إلى المتهم وعدم التنفيذ الفوري للعقوبة^(١٥٦٤).

يشجعان الخاضع لهما على سلوك طريق الاستقامة حتى ينجو نهائياً من تنفيذ العقوبة عليه^(١٥٦٥).

أوجه الاختلاف :

مع وجود أوجه للشبه والالتقاء بين نظام الاختبار القضائي ونظام وقف تنفيذ العقوبة ، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في عدة وجوه أبرزها :

- لعل من أبرز نقاط الاختلاف بين النظامين ، أن المستفيد ف نظام الاختبار القضائي يخضع لإشراف ورقابة ومساعدة شخص مكلف (موظف أو متطوع) ، ويلزم بمراعاة العديد من الالتزامات أثناء مدة

(١٥٦٢) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٦٩ .

(١٥٦٣) د . رؤوف عبید ، أصول علمي الإجرام والعقاب ، الطبعة الخامسة ، مطبعة الاستقلال الكبرى ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٦٣٤ .

(١٥٦٤) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ ، د. سامح السيد ، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب ، ١٩٧٦ ، ص ٢٩٠ ، p. ٧٥٩ ، Pradel (Jeam) , Droit penal general ,

(١٥٦٥) د . عبد المعطي عبد الخالق ، مرجع سابق ، ص ٣١٥ .

الاختبار^(١٥٦٦) ، بخلاف وقف التنفيذ ذو الطبيعة السلبية ، إذ يترك المحكوم عليه وشأنه مع تحذيره وإنذاره فقط من مخالفة القانون بارتكاب جريمة جديدة^(١٥٦٧).

- أنه يمكن تطبيق الاختبار القضائي قبل النطق بالعقوبة على الخاضع له أو بعد النطق بها ، بينما يطبق وقف التنفيذ بعد النطق بالعقوبة أي أنه يتطلب صدور حكم بإدانة المتهم ، وفرض عقوبة جزائية عليه^(١٥٦٨).

مما يعني أن المستفيد من تطبيق الاختبار القضائي عليه لا يعاني من الأثر التهديدي للعقوبة إذا فشل الاختبار^(١٥٦٩) ، بينما المحكوم عليه بوقف التنفيذ يعاني من اثر الحكم عليه بالعقوبة على الرغم من عدم تنفيذها عليه^(١٥٧٠).

- تحديد الالتزامات وأسلوب المعاملة المناسب في الاختبار يأتي بعد فحص دقيق (طبي ، نفسي ، اجتماعي) لحالة الخاضع له ، بينما لا يحتاج تقرير إيقاف التنفيذ إلى مثل هذا البحث الشامل والدقيق^(١٥٧١).

(١٥٦٦) د . سعد حماد القبائلي ، وضع المحكوم عليه تحت الاختبار القضائي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، السنة الخامسة والأربعون ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٤ .

(١٥٦٧) د . علي محمد جعفر ، الإجرام وسياسة مكافحته ، عوامل الجريمة والسياسة العقابية في التشريع الليبي والمقارن ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص ١٧٣ ، د . أدورد غالي الذهبي ، مبادئ علم العقاب ، الطبعة الأولى ، المكتبة الوطنية ، بنغازي ، ١٩٧٥ ، ص ١٦٢ .

(١٥٦٨) د . محمد عبد الله الوريكات ، مرجع سابق ، ص ٤٤٩ ، د . سامح السيد احمد جاد ، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب ، ١٩٧٦ ، ص ٢٩٠ .

(١٥٦٩) د . حسن محمد ربيع ، مبادئ علمي الإجرام والعقاب ، مطابع البيان ، دبي ، ١٩٩١ ، ص ٤٥٧ .

(١٥٧٠) د . محمد المنجي ، مرجع سابق ، ص ٨٢ .

(١٥٧١) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

- يختلف الأثر المترتب على الوفاء بالالتزامات التي يتطلبها كل من نظام الاختبار القضائي ونظام وقف التنفيذ ، ففي الأول ليس سوي إعفاء قضائي من العقاب ، أما في الثاني اعتبار الحكم الذي صدر ضد المحكوم عليه كأن لم يكن (١٥٧٢).
- إلغاء نظام الاختبار القضائي لا يشترط فيه أن ترتكب جريمة ، وإنما يكفي لذلك أن يخالف الخاضع له الالتزامات المفروضة عليه أثناء مدة الاختبار ، أو ينبئ سلوكه بأنه غير جدير بهذا النظام ، بعكس نظام وقف التنفيذ الذي يقرر في حال ارتكاب جريمة خلال مدة الوقف (١٥٧٣).
- مدة الوضع تحت الاختبار تهتز بالمرونة حيث يوضع لها حد أدنى وأقصى ويترك للقاضي حرية تحديد المدة الملائمة لكل خاضع للاختبار ، بعكس المدة في نظام وقف التنفيذ التي عادة ما تتسم بالجمود والتحديد مسبقاً (ثلاث سنوات في اليمن ومصر وخمس سنوات في فرنسا) (١٥٧٤).
- يقتصر نطاق تطبيق الاختبار القضائي في التشريعين اليمني والمصري على الأحداث ، بينما يشمل تطبيق وقف التنفيذ البالغين .

ثانيا : المقارنة بين نظام الاختبار القضائي ونظام البارول :

سبق وأن عرفنا نظام الاختبار القضائي ، أما البارول فيعرف بأنه إطلاق سراح المحكوم عليه بعد قضاءه جزء من عقوبته داخل المؤسسة العقابية ، مقابل التزامه بالسلوك القويم وتعهده بالخضوع للرقابة والإشراف وغيرها من الالتزامات وألا أعيد مرة أخرى إلى المؤسسة العقابية ليستوفي المدة المتبقية من العقوبة (١٥٧٥).

(١٥٧٢) د . أحمد عوض بلال ، النظرية العامة للجرائم الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٥٣١.

(١٥٧٣) د . محمد خلف ، مبادئ علم العقاب، الطبعة الثانية ، الشركة العامة للنشر والتوزيع ، ١٩٧٧ ، ص ٢٧٠.

(١٥٧٤) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠.

(١٥٧٥) د . محمد المنجي ، مرجع سابق ، ص ٩٨ ، د . عبود السراج ، الوجيز في علم الإجرام والعقاب ، الطبعة السابعة ، مطبعة جامعة دمشق ، ٩٥ ، ١٩٩٦ ، ص ٣٠٤ .

ومن خلال تعريف كل من نظام الاختبار القضائي ونظام البارول يمكننا القول أنه بين النظامين أوجه للاتفاق ، كما أن بينهما أوجه للاختلاف وذلك على التفصيل الآتي :

أوجه الشبه :

- يتفق نظام الاختبار القضائي مع نظام البارول في كونهما من أنظمة المعاملة العقابية الحديثة التي تتم في الوسط الحر خارج أسوار السجون^(١٥٧٦).

- يتفق كلاً من النظامين في أن الخاضع لهما تفرض عليه بعض القيود والالتزامات ويخضع للإشراف والتوجيه بهدف تحقيق الإصلاح والتأهيل^(١٥٧٧).

وهذه الالتزامات تقدير الحرية دون سلبها ، وإذا أُخل بالالتزامات يلغى كلاً من النظامين^(١٥٧٨) ، وتستمر المحاكمة حتى إصدار الحكم إذا كان الأمر يتعلق بتطبيق الاختبار ، أو إعادة المخالف التي المؤسسة العقابية في حالة تطبيق نظام البارول^(١٥٧٩).

- ويقوم بتنفيذ الإشراف الاجتماعي في كل من النظامين موظفين مختصين^(١٥٨٠).

- من حيث الشروط يتشابه النظامان في اختيار نوعية الأشخاص الصالحين للتطبيق^(١٥٨١) ، فالاختبار ليس رخصه أو منحة أو ميزة تمنح للجنة ، والبارول ليس حقاً مكتسباً حتى يتسنى للمفرج عنه المطالبة به^(١٥٨٢).

(١٥٧٦) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٧١ .

(١٥٧٧) د . أحمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي ، مرجع سابق ، ص ٩٩ .

(١٥٧٨) د . محمد المنجي ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧ .

(١٥٧٩) د . يسرا نور على ، د . أمال عبد الرحيم عثمان ، مرجع سابق ، ص ٣٥٠ .

(١٥٨٠) د . عبد المعطي عبد الخالق ، مرجع سابق ، ص ٣٥٧ .

(١٥٨١) د . محمد المنجي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

أوجه الاختلاف :

إذا كان النظامان يقتربان من بعضهما في هذه النقاط إلا أن كل منهما يختلف عن الآخر في النواحي الآتية :

- أنه يمكن تطبيق الاختبار القضائي قبل النطق بالعقوبة أو بعد النطق بها مع وقف تنفيذها، بينما لا يتقرر نظام البارول إلا بعد النطق بالعقوبة وتنفيذ المحكوم عليه جزء من عقوبته داخل المؤسسة العقابية^(١٥٨٣) ، وبناء عليه فالاختبار القضائي لا يفترض سلب الحرية ، إذ أن من بين أهدافه الرئيسة تجنيب الشخص الخاضع له مفاصد العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، في حين يفترض نظام البارول سلباً سابقاً للحرية (يتعين أن يمضي المحكوم عليه جزء من عقوبته داخل السجن)^(١٥٨٤) نظام الاختبار القضائي وطبيعة قضائية فيختص القضاء بتطبيقه ، فيعد بذلك من الجزاءات الجنائية ، بينما نظام البارول فله طبيعة إدارية ، إذ تختص بتقريره سلطة التنفيذ العقابي، وهي سلطة مستقلة عن السلطة القضائية^(١٥٨٥).

ثالثاً : المقارنة بين نظام الاختبار القضائي ونظام وقف النطق بالعقوبة :

يتفق نظام الاختبار القضائي ونظام وقف النطق بالعقوبة من عدة أوجه ، كما أن بينهما أوجهاً للاختلاف وسنتناول ذلك في ما يأتي:

أوجه الشبه :

(١٥٨٢) د . محمد صبحي نجم ، المدخل إلى علم الإجرام وعلم العقاب ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩١ ، ص ٢٦١ .

(١٥٨٣) د . محمد عبد الله الوريكات ، مرجع سابق ، ص ٤٤٨ .

(١٥٨٤) د . عبد المعطي عبد الخالق، مرجع سابق، ص ٣٥٧ .

(١٥٨٥) د . يسرا نور على ، د . أمال عبد الرحيم عثمان ، مرجع سابق، ص ٣٥٠ ، د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٧١ .

- يتشابه النظامان من منح الخاضع لهما فرصة لإصلاح نفسه بعيداً عن أسوار المؤسسة العقابية ، لمنع اختلاطه بالمجرمين أصحاب الخبرات والسوابق الإجرامية (١٥٨٦).
- يتشابه النظامان باعتبارهما من تدابير الدفاع الاجتماعي ، وإن كان يمكن اعتبار الاختبار القضائي ضمن مجموعة التدابير العلاجية ، بينما يمكن اعتبار وقف النطق بالعقوبة ضمن مجموعة التدابير التحفظية (١٥٨٧).
- من حيث الآثار يتشابه النظامان في الآثار المترتبة على مخالفة الالتزامات المفروضة على للخاضع لهما ، والتي تتمثل في إلغاء الانتفاع بالتدبير وتعرض الخاضع نفسه للحكم عليه بالعقوبة المقررة في القانون للجريمة المقررة (١٥٨٨).

أوجه الاختلاف :

- أوجه الاتفاق السابقة بين النظامين لا تنفي وجود الاختلاف بينهما ، لعل من أهمها :
 - أن نظام الاختبار القضائي ينطوي على المساعدة الايجابية التي يقدمها ضابط الاختبار ، حيث يتعهد الخاضع له ويشرف عليه ويوجهه ويراقبه بما يحقق الإصلاح والتأهيل للعودة إلى المجتمع ثانية فرداً صالحاً ، بينما نظام وقف النطق بالعقوبة يتسم بالطابع السلبي ، فيترك الخاضع له لإصلاح نفسه بنفسه دون أن تقدم له أيّاً من تدابير المساعدة (١٥٨٩).
 - إن نظام الاختبار القضائي يقتصر نطاق تطبيقه على طائفة من الجناة لا يكفي لإصلاحهم وإنذارهم مجرد مرحلتى التحقيق ، وإنما يحتاجون لتقديم بعض تدابير المساعدة للأخذ بيدهم لإعادتهم لجادة

(١٥٨٦) د . محمد المنجي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٣ .

(١٥٨٧) د . أحمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي ، مرجع سابق ، ص ١١٦ .

(١٥٨٨) د . محمد المنجي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٣ .

(١٥٨٩) د . محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ ، د . محمد أحمد المنشاوي ، مرجع سابق ، ص

الصواب^(١٥٩٠) ، بينما يتحدد نطاق تطبيق النطق بالعقوبة بطائفة من الجناة الذين يكفي لإصلاحهم مجرد تعرضهم لمرحلتى التحقيق أمام النيابة العامة والمحاكمة أمام القضاء ، في جلسة علنية يحضرها الأقارب والأهل والأصدقاء ، والأعداء والعامة ، دون حاجة إلى أي مساعدة ايجابية^(١٥٩١).

المطلب الثاني

نشأة نظام الاختبار القضائي

يرى البعض أن جذور هذا النظام تعود إلى حكم الملك الإنجليزي هنري الثامن في القرن الثالث عشر عندما سمح القانون الإنجليزي بوضع الجاني الذي يجيد القراءة والكتابة أو كان من رجال الدين تحت الرقابة الدينية بدلاً من وضعه في السجن^(١٥٩٢) ، فنكون فكرة الاختبار هي فكرة منشأها ديني^(١٥٩٣) ، ففي سنة ١٨٢٠ بدء تطبيق نظام الاختبار القضائي في إنجلترا على الأحداث الجانحين بهدف إنقاذهم من دخول المؤسسات العقابية ، وكان يجوز لقاضي الصلح أن يلزم من ارتكب جريمة ما تخل بالأمن العام أن يكتب تعهد يلتزم فيه باحترام الأمن وأن يسلك - سلوكاً حسناً مقابل إطلاق سراحه ، فإن خالف ذلك أمكن توقيع عقوبة عليه أو أبدالها بمبلغ من المال ، ثم استبدل هذا التعهد فيما بعد بإجراءات رقابية وإشرافيه من قبل الشرطة للتحقق من سلوك المتهم وكانت هذه هي بداية ظهور نظام الوضع تحت الاختبار بمعناه الدقيق^(١٥٩٤) ، ثم انتقل هذا النظام بعد ذلك إلى الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٨٤١ عندما طالب الاسكافي جدت أغسطس المحكمة في مدينة بوسطن بعدم النطق بالعقوبة على

(١٥٩٠) د . هدى حامد قشقوش ، أصول علمي الإجرام والعقاب ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٤٤٤ .

(١٥٩١) د . محمد المنجي ، المرجع السابق ، ذات الموضوع .

(١٥٩٢) د . محمد عبد الله الوريكات ، مرجع سابق ، ص ٤٤٢ .

(١٥٩٣) د . هدى حامد قشقوش ، الطبعة الثانية ، مرجع سابق ، ص ٤٤٣ .

(١٥٩٤) د . يوسف حسن يوسف ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ .

بعض الشباب المتهمين مستنداً إلى ضمانات حسن سلوكهم وتعهد بالإشراف عليهم^(١٥٩٥) ، ثم واصل الجهود في مدينة بوسطن أيضاً السيد كوك حتى تكثرت تلك الجهود بصدور أول قانون سنة ١٩٧٨ الذي تضمن أسس هذا النظام ، وعين ادوارد سافاج ضابط اختبار في ذات المدينة فكان لجهوده اثر كبير في إبراز ايجابيات هذا النظام^(١٥٩٦) ، وعلى ضوء ذلك اقره القانون الاتحادي ، وفي ولاية ماساتشوستس صدر أول قانون سنة ١٨٧٨ لتطبيق نظام الاختبار القضائي ، وقد طبق هذا النظام على كل الأشخاص الذين يجرى تهذيبهم وإصلاحهم من غير حاجة إلى توقيع العقاب عليهم ، وبعد نجاح هذا النظام انتشر تدريجياً فشمّل ولاية ميسوري سنة ١٨٩٩ ، ومثلها مينيوتا ورود ايلاند في نفس العام ، ثم شمل ولاية بنوجريس ونيويورك سنة ١٩٠٠ ، دخل سنة ١٩٠٣ ميتشجان وكاليفورنيا^(١٥٩٧) ، وقد بلغ عدد الولايات التي أخذت به في سنة ١٩١٠ ، ١٩ ولاية ثم ازداد الرقم إلى ٢٨ ولاية في سنة ١٩٢١ ، ومنذ سنة ١٩٥٤ شمل هذا النظام كل الولايات المتحدة الأمريكية^(١٥٩٨) ، وطبق هذا النظام في الولايات المتحدة ابتداءً على الأحداث ثم بعد ذلك شمل البالغين ، وفي إنجلترا صدر أول قانون لتطبيق نظام الوضع تحت الاختبار سنة ١٨٧٩ ، ليطبق على المجرمين المبتدئين ثم امتد بعد ذلك إلى غير المبتدئين بمقتضى قانون صدر سنة ١٩٠٧^(١٥٩٩) ، وفي فرنسا ترجع النشأة لهذا النظام بجانب نظام وقف التنفيذ إلى صدور قانون بيرنجي الصادر في ٢٨ مارس ١٨٩١ ، والذي تأكد الأخذ به في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٥٨ ، المواد من ٣٧٣ إلى ٧٣٤ ، والذي تضمن إدراج نظام إيقاف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار وخصصي له المواد من ٧٣٨ إلى ٧٤٨ والتي عدلت بالقوانين الصادرة في ١٧ يوليو ١٩٧٠ و ١١ يوليو ١٩٧٥^(١٦٠٠) ، ثم انتقل إلى هولندا وبولندا إلا أنها أدمجته في نظام وقف

(١٥٩٥) د . أحمد محمد بونة ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ .

Stefani , levasseur , merlln , crilyimologie et science , P.٤٤٥.

(١٥٩٦) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٦٧ .

(١٥٩٧) فهد صالح علي الخياط ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(١٥٩٨) د . أحمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي ، مرجع سابق ، ص ٤٨ .

(١٥٩٩) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨ .

(١٦٠٠) د . رامي متولي القاضي ، مذكرات في علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٢٢٤ .

التنفيذ^(١٦٠١)، واخذ به المشرع الألماني سنة ١٩٥٣^(١٦٠٢)، وقد أخذت بنظام الاختبار القضائي اغلب دول الكومنولث : نيوزيلندا ، استراليا ، كندا ، الهند ، سيلان ، وجنوب أفريقيا^(١٦٠٣).

الجدير بالذكر أن نظام الاختبار القضائي تطبقه الدول في مراحل الدعوي المختلفة ، فقد طبقته بلجيكا قبل إحالة الدعوي إلى القضاء ، كما طبقته السويد بعد الإحالة وقبل الأدانه ، وطبقته إنجلترا بعد الإدانة وقبل تقرير العقوبة ، وهو ما سلكه المشرع اليمني ، وفي فرنسا يطبق بعد النطق بالعقوبة دون أن يصاحبه إيقاف التنفيذ^(١٦٠٤).

وفي الأخير يمكننا القول أن الإحصائيات الجنائية تشير إلى تزايد عدد المحكوم عليهم بالاختبار القضائي ، كما هو الحال في فرنسا حيث بلغ عدد الأحكام الصادرة من محاكم الجرح في هذا الشأن سنة ١٩٦٤ (٥٠٠٠) حكم ، وقد وصل هذا العدد إلى ٢٩١٤٣ حكماً^(١٦٠٥).

المطلب الثالث

القيمة العقابية لنظام الاختبار القضائي

إن تقييم القيمة العقابية لنظام الاختبار القضائي يستلزم عرض مزاياه التي ينطوي عليها ، ثم بيان عيوبه التي انتقد بسببها ، وهو ما سنتناوله فيما يأتي :

الفرع الأول

مزايا نظام الاختبار القضائي

(١٦٠١) د . على عبد القادر قهوجي ، علم الإجرام والعقاب ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ١٨٠.

(١٦٠٢) د . يوسف حسن يوسف ، المرجع السابق ، ص ٢١٠.

(١٦٠٣) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨.

(١٦٠٤) د . نبيه صالح ، دراسات في علم الإجرام والعقاب ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩ ، ص ٢١٩ ، د . محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢.

(١٦٠٥) د . شريف سيد كامل ، الحبس قصير المدة ، مرجع سابق ، ص ٣٠.

الوضع تحت الاختبار القضائي أسلوب من أساليب المعاملة العقابية تتم خارج أسوار المؤسسة العقابية ، يحقق عدد من النتائج الايجابية أهمها :

- إنه يتجنب مفسد العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، فيحول بين الخاضع له وبين التأثير السيئ لهذه العقوبات (١٦٠٦) ، خاصة بعد أن أثبتت الإحصاءات أن نسبة عدد المحكوم عليهم بعقوبة الحبس قصير المدة - سنة فأقل - حوالي ٨٠% بينما بلغ عدد المحكوم عليهم بمدد طويلة ٢٠% ، من إجمالي تعداد المحكوم عليهم في السجون العمومية، وهذه النسبة المرتفعة بخصوص العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، تجعل للاختبار القضائي أهمية كبيرة في أن يكون بديل مناسب لها (١٦٠٧).

- الإيقاف المشروط للنطق بالعقوبة أو لتنفيذها في الاختبار القضائي يحقق عدة مزايا فمن جهة يتضمن هذا الشرط أسلوباً تربوياً ناجحاً في التهديد الذي يحتويه ، إذا لم يسلك المحكوم عليه السلوك القويم سيكون قصيرة السجن ، والشرط في ذاته يتضمن خاصية عقابية ، حيث يرتبط بمجموعة من الالتزامات تحمل تضييقاً وتقييداً لحرية المحكوم عليه ، وهو ما يكفي نفسياً لعدد من الخاضعين له كعقاب على ما ارتكبه من جرم فضلاً عن ذلك فإن الالتزامات المفروضة على الخاضع له ليست محددة مسبقاً على سبيل الحصر بل يجوز للقاضي أن يضيف إليها التزامات إضافية خلال مدة الاختبار فيحقق هذا الأخير أقصى درجات التفريد (١٦٠٨).

- أنه لا يعزل الخاضع له عن مجتمعه وبيئة الطبيعية ، فلا يكون تأثيره مدمراً لنفسه المحكوم عليه ، بما يخلقه لدي هذا الأخير سلب الحرية من اضطرابات نفسية ناتجة عن العزلة الإجبارية (١٦٠٩) ، فيجنب تعرضه بعد تنفيذه مدة سلب الحرية لما يسمى بصدمة الحرية (١٦١٠).

(١٦٠٦) د . اسحق إبراهيم منصور ، موجز في علم العقاب ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩١ ، ص ٢٠٦ ، د . سليمان عبد المنعم ، مبادئ علم الجزاء الجنائي ، ٢٠١٢ ، ص ١١٦ .

(١٦٠٧) د . أحمد فتحي سرور ، الاختبار القضائي، مرجع سابق ، ص ٢٩٣ ، د . محمد المنجي ، مرجع سابق ، ص ٤٥٢ .

(١٦٠٨) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ .

(١٦٠٩) د . سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ١١٧ .

- لا يفقد الخاضع له عمله ، ومصدر رزقه ، والي جانب أنه يسمح له أن يواصل دراسته أن كان طالب^(١٦١١) ، فيظل الخاضع له قادراً على الإنفاق على أسرته وتوفير حاجتهم ، ومواصلة دراسته للحصول على مؤهل يساهم في رفع مستواه .
- يسمح للخاضع له بالإشراف والرقابة على أسرته ورعايتها ، وعدم تفككها وتصدعها بسبب غياب عائلها^(١٦١٢) .
- إن تطبيقه غير مكلف مقارنة بالعقوبات السالبة للحرية لاسيما القصيرة منها ، التي تكبد الدول نفقات باهظة في سبيل تنفيذها^(١٦١٣) .
- يساهم في الحد من ظاهرة تكديس وازدحام السجون بالنزلاء من المحكوم عليهم بسلب الحرية^(١٦١٤) .
- ولعل من أهم المزايا التي ينطوي عليها نظام الاختبار هو قيام شخص (ضابط الاختبار) مكلف بمراقبة ومساعدة الخاضع له ، لكي يتحقق من تأهيله في الوسط الحر على النحو الذي يهدف إليه الاختبار القضائي ، وهذه الميزة هي التي تجعل هذا النظام يفضل نظام وقف التنفيذ^(١٦١٥) .
- أنه يضيف على الإجراءات الجنائية مسحة إنسانية ، حيث يضع القاضي في حسبانته - بطريقة ملموسة - شخصية الخاضع له وظروفه مجتهداً في انتقاء أسهل الوسائل وإنجاحها لكفالة تأهيلية وتطهيره من العوامل الإجرامية ، واستعادته فرداً صالحاً من أفراد المجتمع^(١٦١٦) .

(١٦١٠) د . فوزية عبد الستار ، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ .

(١٦١١) د . محمد المنجي ، المرجع السابق ، ص ٤٥٢ .

(١٦١٢) د . محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ .

(١٦١٣) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٧٨ .

(١٦١٤) د . رمسيس بهنام ، د . على عبد القادر القهوجي ، علم الإجرام والعقاب ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص ٤٤٣ .

(١٦١٥) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ .

الفرع الثاني

عيوب نظام الاختبار القضائي

لم تمنع المزايا التي ينطوي عليها الاختبار القضائي من توجيه النقد إليه ، بسبب بعض المآخذ التي قيل أنها تقتزن بتطبيقه مثل :

- أنه يتعارض والحريات العامة ، حيث يضيق عليها ويقيدتها من خلال وضع التزامات وقيود على الخاضع له تحد من حريته الشخصية ، خاصة عندما يترك تقريرها لجهة إدارية (ضابط الاختبار) (١٦١٧).

والرد على هذا إن الالتزامات المفروضة على الخاضع له تكون فقط بالقدر الذي يحقق إصلاحه وتأهيله بحسب حالته وظروفه ، وتفرض هذه الالتزامات من قبل السلطة القضائية ، والذي يشكل ذلك أكبر ضمانه للحريات العامة وعدم المساس بها ، فضلاً عن كون الاختبار يعتبر بديلاً لسلب الحرية ، فالأول يقيد الحرية بينما الثاني يسلبها (١٦١٨).

- إنه لا يكفل تحقيق الردع العام ، كهدف تسعى إليه العقوبة ، حيث أنه لا ينطوي على إلى إيلاء مقصود للجاني وعدم دراية العامة به ، فتطبيقه يعني ترك الخاضع له حراً تطبيقاً خارج أسوار المؤسسات العقابية (١٦١٩).

يرد على هذا أن الاختبار القضائي ينهض على مجموعة من الالتزامات تقيد من جهة المحكوم عليه ، فضلاً عن علم الكافة بذلك ، مما يكفي وحده لا يلامه ، أما القول بعدم دراية كافة الناس به فهو

(١٦١٦) د . حسنين إبراهيم صالح عبيد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٨ .

(١٦١٧) د . أسامة عبد الله فايد ، علم العقاب ، مرجع سابق ص ٢٠٣ .

(١٦١٨) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٧٨ .

(١٦١٩) د . اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦ .

قول بالغ السطحية لأن تكيف النظم القانونية لا يرتبط بعلم أو جهل الناس بها ، وإنما يتحدد وفقاً لضوابط علمية محددة (١٦٢٠).

- إنه يعتبر وسيلة لإفلات الجناة من العقاب، فلا يكون حائلاً دون العودة إلى الجريمة ثانية.

ويرد على هذا أن الأمر بالاختبار القضائي يقتصر على فئة معينة من الجناة ، الذين تدل شخصيتهم وظروفهم على عدم خطورتهم ، وذلك من خلال الفحص الدقيق الذي يقوم به القضاء (١٦٢١) ، أنه لا يرضي شعور المجني عليه وأسرته وبقية أقاربه بالعدالة.

يرد على هذا بأنه يكفي المحكوم عليه وحسبه أن يري الجاني مقيد الحرية خاضعاً لإشراف موظف حكومي يراقبه في ذهابه وعودته وكيفية أدائه للالتزامات التي فرضت عليه (١٦٢٢).

- صعوبة تطبيقه حيث أنه يتطلب من ناحية عدد كبير من الاختصاصيين لإجراء الفحص الدقيق لشخصية المتهم وإعداد ملف بذلك ، إلى جانب ضرورة توافر عدد آخر من الاختصاصيين لمراقبة ومساعدة الخاضعين له ومتابعتهم في تنفيذهم للالتزامات ، وبالتالي فتكلفه تطبيقه مرتفعة للغاية .

ويرد على هذا أنه برغم من هذا الصعوبات في تطبيق هذا النظام إلا أن الدول التي تطبقه تستعين بعدد كبير من المتطوعين يقومون بمساعدة المختصين في القيام بعملهم ، يضاف إلى ذلك أن تنفيذ حكم الحبس في هذا العدد الكبير الخاضع لنظام الاختبار القضائي سوف يقل كاهل الدول بنفقات مالية كبيرة ، مع عدم إغفال المشاكل التي ستلحق بها، إذا نفذت فيهم عقوبة الحبس قصير المدة (١٦٢٣) ، فعلي سبيل المثال دولة مثل اليابان تدل إحصاءات سنة ١٩٨٠ على خضوع ٥٣١٦٧ شخصاً للاختبار

(١٦٢٠) د . حسنين إبراهيم صالح عبيد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦ وما بعدها .

(١٦٢١) د . حسنين إبراهيم صالح عبيد ، الوجيز في علم الإجرام والعقاب ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ .

(١٦٢٢) د . محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، مرجع سابق ، ص ٥٧٨ .

(١٦٢٣) فهد صالح على الخياط ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

يتابعهم إشراف ، ورقابة مساعدة عدد ٨٨٠ موظفاً مختصاً ويعاونهم ٥٢ ألف متطوع ، وتنفيذ حكم الحبس في إعداد مهولة كهذه سوف يكبد الدولة كثير من الأموال فضلاً عن مفاصد السجن^(١٦٢٤).

ومما سبق نخلص إلى جدوى نظام الاختبار القضائي ، وإن مزاياه تغلب عيوبه ونوصي بالأخذ به في قانون الجرائم والعقوبات اليمني وقانون العقوبات المصري^(١٦٢٥).

المبحث الثاني

صور وشروط نظام الاختبار القضائي

يتخذ نظام الاختبار القضائي عدد من الصور ، أهمها صورتان^(١٦٢٦): الأولى يتم اتخاذها قبل صدور حكم الإدانة بحق المتهم ، والثانية تتخذ بعد صدور الحكم بإدانة المحكوم عليه حيث يقتزن الوضع تحت الاختبار بوقف التنفيذ ، و الحكم بنظام الاختبار يستوجب توافر عدد من الشروط حتى يجوز للمحكمة الأمر به ، والمعرفة صورتي نظام الاختبار القضائي وشروطه سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : صور الاختبار القضائي

المطلب الثاني : شروط نظام الاختبار القضائي .

المطلب الأول

صور الاختبار القضائي

كما اشرنا سابقاً لنظام الاختبار القضائي صورتين رئيسيتين ، صورة تتخذ قبل صدور حكم الإدانة ، وأخرى تتخذ بعد صدور حكم الإدانة تقتزن بوقف تنفيذ العقوبة ، وسنتناول هاتان الصورتان في الفرعين الآتيين:

(١٦٢٤) د . محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٢ .

(١٦٢٥) فهد صالح على الخياط ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ .

(١٦٢٦) د . شريف سيد كامل ، الحبس قصير المدة ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

الفرع الأول

الاختبار القضائي قبل صدور الحكم بالإدانة

تأخذ بعض التشريعات كالتشريع الإنجليزي بهذه الصورة من صور الاختبار القضائي، حيث يوضع المتهم تحت الاختبار قبل المحاكمة أو حتى قبل رفع الدعوى الجنائية، ويتقرر الاختبار القضائي سواء ثبتت الإدانة على المتهم أم لا^(١٦٢٧)، وقد بدأت تجربته هذه الصورة في بلجيكا سنة ١٩٦٤ ثم أخذ بهذه الصورة القانون السويدي، ومشروع قانون العقوبات المصري^(١٦٢٨)، وتفترض هذه الصورة أن يوقف القاضي السير في إجراءات الدعوى، وتأجيل النطق بالعقوبة للجريمة المقررة، بعد التحقق من حدوث الجريمة وثبوت مسئولية المتهم عنها، ويأمر في ذات الوقت بوضع المتهم تحت الاختبار لمدة زمنية معينة، تفرض عليه فيها التزامات معينة ويخضع للأشراف والرقابة، فإذا انقضت مدة الاختبار المحددة دون إخلال بالالتزامات المفروضة عليه، فإن الحكم لا يصدر ضده نهائياً^(١٦٢٩)، أما إذا اخل بالالتزامات المفروضة عليه فتستكمل سير الدعوى ويصدر ضده حكم بالعقوبة الملائمة^(١٦٣٠)، وتتميز هذه الصورة بأنها تساعد في تأهيل وإصلاح الجناة، فهي تنطوي على تهديد الجاني بالاستمرار في إجراءات المحاكمة حتى إتمامها، وتوقيع العقوبة إذا تبين خلال مدة الاختبار عدم جدارته واستحقاقه لهذا النوع من المعاملة العقابية، فتجعل الجاني من خوف مستمر من إصدار عقوبة ضده^(١٦٣١)، خاصة وأنه يجهل مقدار العقوبة، فقد يتصورها أكثر جسامه وشده مما ينبغي أن تكون عليه في الواقع، فتدفعه إلى الحرص على أداء الالتزامات المفروضة عليه، وعدم مخالفة القانون ثانية، لينفادى تطبيق العقوبة

(١٦٢٧) عائشة حسين على المنصوري، مرجع سابق، ص ٧٥.

(١٦٢٨) د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم العقاب، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(١٦٢٩) د. أحمد محمد بونه، علم الجزاء الجنائي، النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٠٩.

(١٦٣٠) د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص ٥٨٢.

Germain (c) lesursis La probation , R.S.C.١٩٥٤ / P.٦٤٥.

(١٦٣١) د. شريف سيد كامل، الحبس قصير المدة، مرجع سابق، ص ٣٤.